

# თევდორე ნინიძე 65

საიუბილეო კრებული

თბილისი  
2016

წინამდებარე გამოცემა ეძღვნება ცნობილი ქართველი მეცნიერის, ცივილისტისა და საზოგადო მოღვაწის პროფესორ **თევდორე წინიძის** დაბადებიდან 65 წლის იუბილეს. საიუბილეო კრებულში წარმოდგენილია სამართლის სხვადასხვა დარგის აქტუალურ საკითხებზე შესრულებული ნაშრომები.

## **სარედაქციო კოლეგია:**

### **გიორგი ცერცვაძე**

სამართლის დოქტორი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი

### **ნანა ჭილაძე**

სამართლის დოქტორი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორი

### **თამარ ზარანდია**

სამართლის დოქტორი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი, დეკანის მოადგილე

### **გიორგი სვანაძე**

სამართლის დოქტორი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტი-პროფესორი

### **ზვიად როგავა**

სამართლის დოქტორი, პროფესორი

### **სიმონ ტაკაშვილი**

თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, ადვოკატი

### **თორნიკე ნემსწერიძე**

თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრანტი

© სტატიების ავტორები, 2016

ISBN 978-9941-10-

## შინაარსი

|  |     |
|--|-----|
| <b>ნინათქმა</b> .....  | 5   |
| <b>ლაშა ცერცვაძე</b><br>კომპანიის კრედიტორთა დაცვა და დირექტორთა<br>პასუხისმგებლობა.....   | 8   |
| <b>George Svanadze</b><br>Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Georgia<br>and Forum selection clause/Choice of Jurisdiction .....                         | 47  |
| <b>სიმონ ტაკაშვილი</b><br>დავის საერთაშორისო საარბიტრაჟო წესით განხილვისას<br>გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის განსაზღვრა<br>მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას ..... | 62  |
| <b>გიორგი ამირანაშვილი</b><br>სამოქალაქო უფლების ცნების თეორიული და პრაქტიკული<br>მნიშვნელობა .....  | 98  |
| <b>ნინო ბოგვერაძე</b><br>დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები:<br>მნიშვნელობა და გამოწვევები .....  | 108 |
| <b>დავით აბესაძე</b><br>შეცვლილი გარემოებები და მათი ზეგავლენა სამშენებლო<br>ხელშეკრულებათა შინაარსზე.....   | 153 |
| <b>ელდარ ახვლედიანი</b><br>პოლიტიკური რეჟიმები – ტოტალიტარიზმი და<br>დემოკრატია .....  | 164 |

**ნათია გველესიანი**

საპარლამენტო იმუნიტეტი, როგორც საპარლამენტო დემოკრატიის მნიშვნელოვანი მახასიათებელი .....176

**თორნიკე ნემსწვერიძე**

ღირებულებებით დეტერმინირებული სამართალი (ესსე).....213

**David Maisuradze**

RECHTSSTELLUNG DER RELIGIONSGEMEINSCHAFTEN in Deutschland und Georgien.....225

**მარიამ ბიბილეიშვილი**

ცრუმაგიერი მფლობელობა საგადასახადოსამართლებრივ ურთიერთობებში .....265

**ჰანს მიხაელ ჰაინიგი**

პოლიტიკა და ძირითადი კანონით გათვალისწინებული სოციალური სახელმწიფოს პრინციპი კონსტიტუციური სამართლისა და თეორიის ქრილში.....314

## წინათქმა

2000 წლის გაზაფხულზე პირველად შევხვდი პროფესორ თევდორე ნინიძეს. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მეორე კურსის (როგორც ახლა უყვართ ხოლმე თქმა – მეოთხე სემესტრის) სტუდენტი, მაშინ ნამდვილად ვერ წარმოვიდგენდი, რომ ბატონ თედოსთან როგორც აკადემიურ, ასევე პრაქტიკულ სფეროში მჭიდრო თანამშრომლობა მომიწევდა და მისგან სწავლას წლების შემდეგაც სიამოვნებით გავაგრძელებდი.

ბ-ნ თედოს ბიოგრაფიული მონაცემების გაცნობამ კიდევ ერთხელ დამარწმუნა, რომ მისი სახით ძალიან საინტერესო, უნიკალურ პერსონასთან გვაქვს საქმე. ძნელია გაიხსენო მეორე ქართველი იურისტი, რომელიც სხვადასხვა დროს იყო პარლამენტის წევრი, იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრი, გენერალური პროკურორი და იუსტიციის მინისტრი. ასეთი მრავალფეროვანი ბიოგრაფია იძლევა საფუძველს გადაუჭარბებლად ითქვას, რომ თედო ნინიძე თანამედროვე ქართული სამართლის სისტემის სათავეებთან მდგომ ქართველ იურისტებს შორის ერთ-ერთი გამორჩეულია.

ერთხელ კიდევ დავუბრუნდეთ 2000 წელს. ჩემთვის დღემდე ამოუხსნელად რჩება, რატომ გადაწყვიტა თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მაშინდელმა ხელმძღვანელობამ შედარებითი კერძო სამართლის ურთულესი კურსი თედო ნინიძის ხელმძღვანელობით მეორე კურსელებისთვის, ანუ იმ სტუდენტებისთვის შეეთავაზებინა, რომლებსაც სამოქალაქო სამართლის მხოლოდ ზოგადი ნაწილი ჰქონდათ გავლილი. საგანი არჩევითი იყო და ჩვენი კურსი პირველად გახდა ამ უცნაური ექსპერიმენტის ნაწილი. ნებისმიერ შემთხვევაში პირადად მე მადლობის გარდა არაფერი მეთქმის ამ ექსპერიმენტის ავტორებისათვის. სამი თვე პირდაღებული ვუსმენდი ლექტორს, რომელიც ისე ლაპარაკობდა ფრანგულ კუთიუმებზე და ნაპოლეონზე, სავინიზე და აბსტრაქციის პრინციპზე, ტრასტზე და ბარისტერების გაერთიანებებზე ინგლისში, გეგონებოდა, გუშინ აქვს ყველაფერი ეს თავის თვალთნანახი და ახლა შენთვის ჩვენებასაც ცდილობსო. მახსოვს, ნაპოლეონის კოდექსზე საუბრისას სალექციო დროს

მნიშვნელოვნად გადააჭარბა. არც ერთი სტუნდენტი ადგილიდან არ განძრეულა. როგორ გავიდა დრო ვერავინ გაიგო. უკმაყოფილო იყო მხოლოდ ბ-ნი თედოს ქიმიკოსი კოლეგა, რომლის ლექციაც ნაპოლეონს და მის სამართლებრივ იდეებს შეეწირა. ბ-ნმა თედომ მოუბოდიშა, ამ ლექციის შუაში განწყვეტა არ შეიძლებოდა და რა მექნაო... ჩემი შეხედულება მომავალი პროფესიის მიმართ შეიძლება ითქვას, რომ თავდაყირა დადგა. მისი საყვარელი გამოთქმები, რომ სამართალი უპირველეს ყოვლისა კულტურული ფენომენია და ღირებულებათა წესრიგის განსაზღვრაში უდიდეს როლს თამაშობს – ჩემთვისაც ახლობელი გახდა.

თედო ნინიძის მსგავსი ადამიანების ღვაწლის დაფასება და შეფასება უდავოდ ზემოაღნიშნული კულტურის შემადგენელი ნაწილია. განსაკუთრებით სასიხარულოა ის ფაქტი, რომ საქართველოში მოღვაწე იურიდიული ფირმები ამ მიმართულებით უკვე ამკვიდრებენ კარგ ტრადიციას. საერთაშორისო იურიდიული ფირმა „დეკერტის“ საქართველოს ოფისი და ქართული იურიდიული ფირმა „ჯეი ენდ თი ქონსალტინგი“ სიამოვნებით აგრძელებენ სხვა ფირმების მიერ დაწყებულ საქმეს და იურიდიულ საზოგადოებას სთავაზობენ ბ-ნი თედოს 65 წლის იუბილესთან დაკავშირებულ კრებულს. ალბათ შემთხვევითი არც ის არის, რომ სტატიების ავტორთა დიდი უმრავლესობა სწორედ ბ-ნი თედოს მოსწავლეები არიან. კრებულის მომზადებისათვის განსაკუთრებული მადლობა ეკუთვნით თსუ იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტს და „ჯეი ენდ თი ქონსალტინგის“ უფროს იურისტს სიმონ ტაკაშვილს და ამავე ფაკულტეტის მაგისტრანტს თორნიკე ნემსწვერიძეს.

ზედმეტად ინფანტილურად რომ არ გამომივიდეს, მხოლოდ იმას დავამატებ, რომ თედო ნინიძემ უამრავი ქართველი იურისტის მსოფლმხედველობას მისცა ის ფორმა და შინაარსი, რაც მათ პროფესიონალად ჩამოყალიბებასა და პროფესიული უნარების დახვეწაში დაეხმარა.

65 წელი ალბათ არც ძალიან ბევრია და არც ძალიან ცოტა. ზუსტად იმდენია, რაც თედო ნინიძის მსგავსი ენციკლოპედიური განათლების იურისტისთვის საკუთარი გამოცდილების გაანალიზებისა და მასზე დაყრდნობით ახალი მიზნების დასახვისთვის იკმარებს. სიტყვა ძალიან რომ არ გამიგრძელდეს, ვისურვებდი, ბ-ნი თედოსთან პროფესიული ურთიერთობის სიამოვნება კიდევ

ბევრ მომავალ თუ უკვე შემდგარ იურისტს ჰქონდეს.

**გიორგი ცერცვაძე**

სამართლის დოქტორი, თბილისის სახელმწიფო  
უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის  
ასოცირებული პროფესორი

იურიდიული ფირმა „ჯეი ენდ თი ქონსალტინგის“  
მმართველი პარტნიორი

# კომპანიის კრედიტორთა დაცვა და ღირეპტორთა პასუხისმგებლობა

## ლაშა ცერცვაძე<sup>1</sup>

„როდესაც კომპანია იმყოფება გადახდისუნარობის  
ზონაში, დირექტორები არ წარმოადგენენ მხოლოდ აქციონერთა  
„აგენტებს“, არამედ გააჩნიათ ვალდებულება  
მთლიანად სანარმოს მიმართ.“  
(*Chancellor Allen of The Delaware Court of Chancery*)<sup>2</sup>

### 1. კრედიტორთა სტატუსი

„თუ კომპანია მიიღებს თხოვნას აქციონერთა მხრიდან რაიმე  
ქმედების განხორციელების შესახებ, დირექტორის ვალდებულებ-  
აა გადანყვიტოს, აქციონერის წინადადებაზე დათანხმება ემ-  
სახურება თუ არა კომპანიის საუკეთესო ინტერესებს. კომპანიის  
ინტერესები კი აქციონერებთან ერთად, შესაძლოა მოიცავდეს  
კრედიტორთა ინტერესებსაც.“<sup>3</sup>

იმ პირობებში, როდესაც სანესდებო კაპიტალი ვერ უზრუნ-  
ველყოფს კომპანიის კრედიტორთა სრულყოფილ დაცვას, ჩნდება  
კითხვა, როგორ უნდა მოიქცეს კრედიტორი, რათა მაქსიმუმამდე  
გაზარდოს განხორციელებული ინვესტიციის დაბრუნების შან-  
სები.

პირველი პასუხია, რომ მან მიმართოს Due Diligence (DD)<sup>4</sup>  
პროცესს. DD წარმოადგენს პროცესს, რომლის მეშვეობითაც მყ-  
იდველი, მისი პროფესიონალებისა და მრჩეველების საშუალებით,  
შეისწავლის სამიზნე ბიზნესს, მის აქტივებს და პასივებს, სანამ  
დადებდეს იურიდიულად მავალდებულებელ ხელშეკრულებას

<sup>1</sup> სამართლის დოქტორი, იურიდიული კომპანია FLS (full legal service) ჭდამ-  
ფუძნებელი პარტნიორი.

<sup>2</sup> Lord Diplock, case: Lornho Ltd v. Shell Petroleum Co. Ltd ix. Keay, Company Direc-  
tors' Responsibilities to Creditors, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 206.

<sup>3</sup> Lornho Ltd v. Shell Petroleum Co. Ltd December 01, 1980, WRL 627 Case Analysis. ix.  
<http://web2.westlaw.com> [12.07.2015].

<sup>4</sup> Manning, Hanks, Legal Capital, 4th Ed. Foundation Press, St. Paul, 2013, 97.



მასთან.<sup>5</sup>

უმრავლეს შემთხვევებში, მყიდველი ქირაობს კომპანიას, რათა მათგან მიიღოს ინსტრუქცია და ინფორმაცია. ეს ფირმა კი მყიდველის ნაცვლად ატარებს DD პროცესს. შეიძლება დაქირავებულ იქნეს კომპანია ფინანსური DD ან იურიდიული DD განსახორციელებლად.<sup>6</sup>

DD სხვა უამრავი ფორმა არსებობს, მაგალითად, ასევე, გავრცელებულია Market DD (ბაზრის კვლევა). ხოლო თუკი მყიდველს სურს სამიზნე კომპანიაში არსებული დირექტორატის შენარჩუნება, განსაკუთრებით მნიშვნელოვან ადგილს იკავებს Management DD, რომლის დროსაც, სხვადასხვა მეთოდით ხდება დირექტორთა კვალიფიკაციის და საქმიანობის შეფასება. ინსტიტუციური ინვესტორებისათვის დირექტორატის კვალიფიციურობა და მათი უნარების შესაბამისობა ბიზნესთან, შესაძლოა, ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ფაქტორი იყოს გადაწყვეტილების მიღების პროცესში.<sup>7</sup>

მხოლოდ DD საკმარისი არ არის. კრედიტორი ყოველთვის ფრთხილად უნდა იყოს, ახლოს იცნობდეს მოვალის საქმიანობას, მის პულსზე ედოს ხელი. თუმცა უნდა ითქვას, რომ ეს საშუალებები ყოველთვის არ მუშაობს და კრედიტორს, იქნება ეს ბანკი თუ სხვა სახის კრედიტორი, უხდება შეჯახება რეალობასთან.<sup>8</sup>

დირექტორთა ვალდებულება, გაითვალისწინონ კრედიტორთა ინტერესები გარკვეული პირობების არსებობისას, დადგენილია არა კანონმდებლის, არამედ დაახლოებით ბოლო 20 წლის სასამართლო პრაქტიკის მიერ. სწორედ ამიტომ აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით არსებობს უამრავი მოსაზრება და დავა სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემის წარმომადგენლებს შორის. ისმის კითხვა: საერთოდ არსებობს თუ არა დირექტორთა ვალდებულება კრედიტორთა მიმართ?<sup>9</sup>

დიდი ბრიტანეთის საკორპორაციო კანონმდებლობის თანახ-

<sup>5</sup> Stilton, *Sale of Shares and Business, Law, Practice and Agreements*, 3rd Ed., Sweet&Maxwell, London, 2011, 53.

<sup>6</sup> იქვე, 54.

<sup>7</sup> იქვე, 55.

<sup>8</sup> Manning, Hanks, *Legal Capital*, 4th Ed., Foundation Press, St. Paul, 2013, 100.

<sup>9</sup> Keay, *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 153.

მად, დირექტორებს გააჩნიათ ვალდებულება კომპანიის, როგორც მთლიანის მიმართ. რას ნიშნავს ვალდებულება კომპანიის „როგორც მთლიანის მიმართ“, განმარტებას საჭიროებს, რაც საკმაოდ რთულია და აღნიშნულთან დაკავშირებით უამრავი მოსაზრება არსებობს.

ტრადიციული განმარტების თანახმად, იგი გულისხმობს ვალდებულებას არსებული და მომავალი აქციონერების მიმართ და არა რომელიმე კონკრეტული აქციონერის ან აქციონერთა ჯგუფის მიმართ. აღნიშნული განმარტება აქციონერის მიმართ მეგობრულად განწყობილ პოზიციას გამოხატავს (shareholder theory), თუმცა ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ არსებობს სანინაალმდეგო მოსაზრებანი, რომლის თანახმადაც ვალდებულება „კომპანიის როგორც მთლიანის მიმართ“ არ უნდა განვიხილოთ მხოლოდ აქციონერის საკუთრების კონტექსტში, ვინაიდან გარკვეული გარემოებების არსებობისას, იგი აქციონერთა გარდა მოიცავს სხვათა, მაგალითად, კრედიტორთა ინტერესებსაც.<sup>10</sup>

კრედიტორთა მიმართ ვალდებულება დირექტორს ძირითადად წარმოეშობა მაშინ, როდესაც:

- კომპანია გადახდისუუნაროა;
- გადახდისუუნარობის პირასაა;
- საეჭვოა კომპანიის გადახდისუნარიანობა;
- არსებობს გადახდისუუნარობის წარმოშობის რისკი ან
- კომპანია ფინანსურად არასტაბილურია.<sup>11</sup>

კრედიტორთა მიმართ დირექტორის ვალდებულების არსებობასთან დაკავშირებით ავსტრალიის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება მნიშვნელოვანი და ყველაზე ხშირად ციტირებადია. კერძოდ, Walker v. Wimborne (1976) 137 CRL 1,(1976) 3 ACLR529 საქმეზე ლიკვიდატორის მიერ წარდგენილ იქნა სარჩელი დირექტორთა ჯგუფის მიმართ, რომლებიც ერთობლივად მართავდნენ კომპანიას.

კომპანია Asiatic Electric Co Pty Ltd (A) იმყოფებოდა ლიკვიდაციის პროცესში, ხოლო სასარჩელო მოთხოვნა კი ეფუძნებოდა იმ გარემოებას, რომ დირექტორებმა „A“-ს აქტივები გადაიტანეს სხვა კომპანიაში, სადაც ისინი, ასევე, დირექტორის პოზიციას

---

<sup>10</sup> იქვე, 153-154.

<sup>11</sup> იხ. იქვე, 199.

იკავებდნენ. კომპანიათა ჯგუფი, მათ შორის „A“, მათ მიერ ერთობლივად იმართებოდა. დირექტორებმა გადაიტანეს კომპანია „A“-დან სხვა, მათ მიერ მართულ კომპანიაში აქტივები, „A“-ს კი სანაცვლოდ არაფერი მიუღია. მოგვინებით „A“ ვალაუფალი გახდა და ლიკვიდატორი შევიდა, რომელმაც წარადგინა კიდევ სარჩელი დირექტორთა მიმართ. აღნიშნულ საქმეზე სასამართლომ განმარტა:

„მოცემულ შემთხვევაში ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ დირექტორები კომპანიის მიმართ საკუთარი მოვალეობის შესრულებისას, ასევე, ვალდებულნი არიან მხედველობაში მიიღონ და გაითვალისწინონ აქციონერთა და კრედიტორთა ინტერესები. დირექტორთა მხრიდან კრედიტორთა მიმართ არსებული ვალდებულების ნებისმიერი სახით დარღვევას ექნება უარყოფითი შედეგი, როგორც კომპანიის, ასევე, თავად დირექტორთა მიმართაც.“<sup>12</sup>

მოსამართლის მიერ დადგენილ იქნა, რომ მოცემულ შემთხვევაში ადგილი ჰქონდა „A“-ს და მისი კრედიტორების ინტერესების აბსოლუტურ უგულუბელყოფას. შესაბამისად, დირექტორთა მიერ დარღვეულ იყო ფიდუციური მოვალეობა. ამ გადაწყვეტილებით სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ დირექტორებს გააჩნიათ პოზიტიური ვალდებულება საწარმოს კრედიტორთა მიმართ.<sup>13</sup>

## 1.1. ნდობის ფონდის დოქტრინა – The Trust Fund Doctrine

აშშ-ში, ზოგიერთ შტატში, დამკვიდრებულია ე.წ. „ნდობის ფონდის დოქტრინა“ (The Trust Fund Doctrine), რომელიც სათავეს იღებს Wood V. Drummer (1824) 30F cas 935 საქმიდან. როდესაც კომპანია გადახდისუუნაროა, მისი აქტივები წარმოადგენენ ე.წ. „ნდობის ფონდს“ და იგი შენარჩუნებულ უნდა იქნეს კრედიტორთა დასაკმაყოფილებლად, რადგანაც მათ გააჩნიათ პირველადი მოთხოვნა აქტივების მიმართ.<sup>14</sup>

დელავერის უზენაესმა სასამართლომ Bovay v. H M Byllesby

---

<sup>12</sup> იხ. იქვე, 156.

<sup>13</sup> იქვე.

<sup>14</sup> იქვე, 170-171. ასევე, იხ. Wood V. Drummer (1824) 30F cas 935.

&Co (1944) 38A 2d საქმეზე მსჯელობისას აღნიშნა, რომ:

„გადახდისუუნარობის პირას მყოფი კომპანია, სამოქალაქო გარდაცვალების წინაშე დგას, ვინაიდან მისი საკუთრება შესაძლოა ადმინისტრირებულ იქნეს აქტივებში (კაპიტალში), როგორც კრედიტორთათვის განკუთვნილ „ნდობის ფონდში“.“<sup>15</sup>

აღნიშნული გადანყვეტილება ეფუძნება იდეას, რომ დირექტორთა და კრედიტორთა შორის არსებობს ფიდუციური ვალდებულება და შესაბამისად ასეთ შემთხვევაში, მათ შორის წარმოიშობა კვაზი-ნდობითი (quasi-trust) ურთიერთობა.<sup>16</sup>

უნდა აღინიშნოს, რომ „ნდობის ფონდის დოქტრინა“ მრავალგზის იქნა გაკრიტიკებული და იგი აშშ-ში ცალსახად აღიარებულ მოვლენას არ წარმოადგენს.

## 1.2. დირექტორის მოვალეობა კრედიტორთა მიმართ

გადახდისუუნარობის ზონაში მყოფი კომპანიის დირექტორს რომ გააჩნია ვალდებულება კრედიტორთა მიმართ, ამას თითქმის ყველა განვითარებული ქვეყნის სამართლებრივი რეჟიმი აღიარებს, თუმცა წარმოადგენს ის დამოუკიდებელ ვალდებულებას თუ აქციონერთა და კომპანიის მიმართ არსებული ვალდებულების ტრანსფორმირება ხდება მაშინ, როდესაც კომპანია გადახდისუუნარობის ზონაშია, ან ახლოს არის ამ ზონასთან, კვლავაც კითხვის ნიშნის ქვეშ რჩება. მიუხედავად იმისა, რომ კითხვაზე ცალსახა პასუხი არ არსებობს, ავტორთა და სასამართლო გადანყვეტილებათა უმრავლესობა ემხრობა იდეას, რომლის თანახმადაც, ასეთ შემთხვევაში დირექტორს კრედიტორთა მიმართ აქვს დამოუკიდებელი, პირდაპირი ვალდებულება.<sup>17</sup>

დირექტორები ვალდებულნი არიან დაიცვან და შეინარჩუნონ კომპანიის აქტივები, როდესაც ეს უკანასკნელი გადახდისუუნარობის პირასაა. შესაძლოა დადგეს მათი პასუხისმგებლობის

<sup>15</sup> იხ. Keay, *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 171. ასევე, იხ. *Bovay v. H M Bylesby & Co (1944) 38A 2d*.

<sup>16</sup> Keay, *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 171.

<sup>17</sup> იხ. Haworth, Ohlgren, *Director's Liabilities and Corporate Governance in Insolvency and Pre-Insolvency Cases Worldwide*. იხ. <http://www.iiiglobal.org/component/downloads/finish/19/319.html> [12.07.2015].

საკითხი, გადახდისუუნარობის საქმის წარმოების შესახებ კანონმდებლობის შესაბამისად კრედიტორთათვის მიყენებული ზიანის გამო, თუკი ადგილი ექნება აქტივების გადატანას კომპანიიდან.<sup>18</sup>

საკორპორაციო კანონმდებლობა უზრუნველყოფს კომპანიის აქციონერთა დაცვას, ხოლო კომპანიასთან დაკავშირებული მესამე პირები კი, ძირითადად, სახელშეკრულებო დაცვის ქვეშ არიან. მიუხედავად ამისა, დადგენილია, რომ როდესაც კომპანია გადახდისუუნარობის პირასაა, დირექტორებს წარმოეშობათ ფიდეიკიური ვალდებულება კრედიტორთა მიმართ.<sup>19</sup> (აღნიშნული შეიძლება, ასევე, მოიცავდეს ვალდებულებას ისეთი კრედიტორების მიმართ, როგორებიც არიან დასაქმებულები).

დირექტორის ვალდებულება კრედიტორთა მიმართ, ერთგულების და კეთილსინდისიერების ვალდებულებას მოიცავს.<sup>20</sup>

დირექტორი ვალდებულია გააკეთოს შესაბამისი განცხადება კომპანიის გადახდისუუნარობის შესახებ, როდესაც ამას ადგილი ექნება. შესაბამისად, აშშ-ში სასამართლოები მიმართავენ ძირითადად ორ ტესტს (ზოგი მათგანი იყენებს ორივეს ერთად, ზოგო მხოლოდ ერთ-ერთს მიიჩნევს საკმარისად) იმის დასადგენად, იყო თუ არა კომპანია გადახდისუუნარო. კერძოდ, ეს არის კომპანიის ბალანსის ტესტი (Balance-Sheet Test) და კომპანიაში ნაღდი ფულის არსებობის ტესტი (Cash-Flaw Test). დელავერის საკანცლერო სასამართლოს მიერ განმარტებულ იქნა, რომ კომპანია გადახდისუუნაროა, თუკი მას არ შეუძლია (არ ექნება შესაძლებლობა მომავალში) დაფაროს ვადამოსული ვალდებულება ბიზნესის ჩვეულებრივ წარმოების პროცესში (Cash-Flaw Test), ან როდესაც კომპანიის აქტივების გონივრული, (რეალისტური) საბაზრო ღირებულება მის ვალდებულებებზე ნაკლებია (Balance-Sheet Test).<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Loos, (Edit) Winckler, Ripin, United States of America in: Directors' Liability: A Worldwide Review, Kluwer Law International and International Bar Association, Alphen aan den Rijn, 2006, 104.

<sup>19</sup> იქვე, 104.

<sup>20</sup> Keay, Company Directors' Responsibilities to Creditors, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 179-180.

<sup>21</sup> Haworth, Ohlgren, Director's Liabilities and Corporate Governance in Insolvency and Pre-Insolvency Cases Worldwide, იხ. <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/19/319.html> [12.07.2015].

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, გონივრული იქნება დირექტორის მიერ მოცემული ტესტების საფუძველზე გაკეთდეს განცხადება გადახდისუუნარობის ან მოსალოდნელი გადახდისუუნარობის შესახებ, რათა ამ უკანსკნელმა შეძლოს პასუხისმგებლობის თავიდან არიდება და გამორიცხოს ან მინიმუმამდე დაიყვანოს, კრედიტორთა მიერ სარჩელის წარდგენის შესაძლებლობა.

გადახდისუუნარობის ზონაში მყოფი კომპანიის დირექტორმა უნდა გაითვალისწინოს ის გარემოება, რომ ასეთ შემთხვევაში აქციონერები აღარ წარმოადგენენ კომპანიის აქტივის საბოლოო მესაკუთრეებს, არამედ აქტივი ტრანსფორმირდება კრედიტორთა დასაკმაყოფილებლად. შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ დირექტორები კრედიტორთა ფულს მართავენ და ცხადია გააჩნიათ ვალდებულება მსხვერპლად არ შესწირონ მათი ინტერესები.<sup>22</sup>

როდესაც კომპანია გადახდისუუნარობისა და გაკოტრების პირასაა, დირექტორთა მხრიდან ჩვეულებრივ საქმიანობასთან შედარებით უფრო სარისკო გადაწყვეტილებები უნდა იქნეს მიღებული, ვინაიდან ასეთ შემთხვევაში დასაკარგი ბევრი არააფერია.<sup>23</sup> რა თქმა უნდა, არ იგულისხმება აშკარად არაგონივრული გადაწყვეტილებების მიღება. გადაწყვეტილება, ნებისმიერ შემთხვევაში, გონივრული უნდა იყოს.

საწარმოს კრედიტორები არიან ის დაინტერესებული მესამე პირები (Stakeholders), რომლებსაც თითქმის ყველა ქვეყნის სამეწარმეო სამართალი იცავს.<sup>24</sup> აღნიშნული ფაქტი განპირობებულია იმით, რომ ყველასათვის, ვისაც კი კომპანიასთან კავშირი აქვს, მომგებიანია კრედიტორთა დაცვა, ისინიც სარგებლობენ კრედიტორთა დაცულობის შედეგად.<sup>25</sup>

ის ფაქტი, რომ კრედიტორები დაცვას საჭიროებენ, იმთავითვე არ ნიშნავს და არ ამართლებს კანონმდებლობის მხრიდან უხემ ჩარევას ამ პროცესში. ჩარევა მიზანშეწონილია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი იგი უზრუნველყოფს კრედიტორთა უკეთეს დაცულობას, ვიდრე ეს შესაძლებელია კრედიტორთა და კომპან-

<sup>22</sup> Keay, *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 182.

<sup>23</sup> იქვე, 183.

<sup>24</sup> Hertig, Kanda, *Creditor Protection*, in: *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York, 2004, 71.

<sup>25</sup> იქვე.

იას შორის გაფორმებული კონტრაქტით.<sup>26</sup>

საბაზრო ეკონომიკის განვითარების კვალდაკვალ, უკრედიტორთა უმრავლესობა საკუთარი ინტერესების დაცვას კონტრაქტის გაფორმებით ცდილობს და ახერხებს კიდევ. ეს ფაქტი კი წარმოშობს ლეგიტიმურ შეკითხვას, არსებული პრაქტიკის გათვალისწინებით, როდესაც კრედიტორები საკუთარი უფლებების დაცვას ახერხებენ კომპანიასთან ხელშეკრულების გაფორმების შედეგად, საჭიროა თუ არა ზედმეტი რეგულაციები კანონმდებლობაში?

მოკლე პასუხი დასმულ შეკითხვზე ის გახლავთ, რომ სამართალი, შესაძლოა წარმოადგენდეს მნიშვნელოვან დასაყრდენს და დამატებით გარანტიას სახელშეკრულებო დაცულობის უზრუნველყოფის თვალსაზრისით. სამართლის მიერ ე.წ. მზა დაცულობის ნებსების მიწოდებით შესაძლებელია დამატებითი ხარჯების თავიდან აცილება. ასევე, მნიშვნელოვანია სამართალი უზრუნველყოფდეს კრედიტორთა დაცულობას, განსაკუთრებით ისეთ შემთხვევებში, როდესაც მხარეთა შორის აღნიშნული საკითხების შეთანხმება ვერ ხერხდება.<sup>27</sup>

მყარი საკანონმდებლო ბაზის არსებობა მნიშვნელოვანია, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ტრანზაქციის მოცულობა იმდენად მცირეა, რომ იგი ვერ უზრუნველყოფს პირადად მოლაპარაკების ხარჯებს. კრედიტორი შესაძლოა „მიამიტი“ აღმოჩნდეს კომპანიისათვის სესხის მიცემისას, რაც საბოლოო ჯამში მას დააზარალებს, თუკი იგი მოკლებულია შესაძლებლობას მიიღოს ინფორმაცია კომპანიის შესახებ, რაც სასარგებლო იქნება ex ante ნებისმიერი კრედიტორისათვის.<sup>28</sup>

მსოფლიო დაყოფილია კრედიტორის მიმართ მეგობრულად განწყობილ (Creditor-Friendly) და მოვალის მიმართ მეგობრულად განწყობილ (Debitor-Friendly) იურისდიქციებად. აშშ ითვლება მოვალეთა მიმართ მეგობრულად განწყობილ იურისდიქციად, მაშინ, როდესაც ინგლისი და გერმანია პირიქით, კრედიტორთა მიმართ მეგობრული იურისდიქციები არიან.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> იქვე, 72.

<sup>27</sup> იქვე.

<sup>28</sup> იქვე.

<sup>29</sup> იქვე, 78.

სამი ძირითადი სამართლებრივი სტრატეგია არსებობს, რასაც უნდა ითვალისწინებდეს საკორპორაციო კანონმდებლობა კრედიტორთა ინტერესების დაცვის თვალსაზრისით. ესენია:

1. ინფორმაციის სავალდებულო გახსნილობა (Mandatory disclosure- The entry strategy);
2. სანესდებო კაპიტალის მარეგულირებელი ნორმები (Rules governing legal capital and corporate groups);
3. ფიდუციური ვალდებულებები (Fiduciary duties- The standarts strategy ).<sup>30</sup>

კომპანიის კრედიტორთა მიმართ პასუხისმგებელნი შეიძლება იყვნენ მესამე პირებიც. ასეთ მესამე პირებს შესაძლოა წარმოადგენდეს კრედიტორთა ის ჯგუფი, რომლებიც ჩართულნი არიან კომპანიის მართვაში, ე.წ. შიდა კრედიტორები.<sup>31</sup>

ინგლისის კანონმდებლობა (Insolvency act &213) ადგენს, რომ ნებისმიერი პირი, რომელიც შეგნებულად მართავს საწარმოს იმ მიზნით, რომ შეცდომაში შეიყვანოს და ზიანი მიაყენოს კრედიტორებს, შესაძლოა პასუხისმგებელი იყოს მათ წინაშე.<sup>32</sup> დირექტორს გააჩნია ვალდებულება გაითვალისწინოს კრედიტორთა ისევე, როგორც აქციონერთა ინტერესები, თუკი არსებობს კომპანიის გაკოტრების საშიშროება.<sup>33</sup>

როდესაც კომპანიის გადახდისუნარიანობა ეჭვის ქვეშ დგას, კრედიტორთა ინტერესების დაცვა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი და დაკავშირებული ხდება კომპანიის ინტერესებთან. შესაბამისად, წარმოადგენს კიდევ დირექტორთა ვალდებულების ობიექტს.<sup>34</sup>

GHLM Trading Ltd v. Maroo საქმეზე სასამართლომ განმარტა, რომ „დირექტორს გააჩნია ვალდებულება იმოქმედოს კომპანიის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით, კეთილსინდისიერად, იმ რწმენით, რომ მისი ეს მოქმედება კომპანიის, როგორც მთლიანის, საუკეთესო ინტერესებს შეესაბამება“.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> იქვე, 79.

<sup>31</sup> იქვე.

<sup>32</sup> იქვე, 94.

<sup>33</sup> Hollington, Hollington on Shareholder's Rights, 7th Ed., Sweet & Maxwell, London, 2013, 58.

<sup>34</sup> იქვე.

<sup>35</sup> GHLM Trading Ltd v. Maroo (2012)EWHC 61 (Ch) at (168). იხ. <http://www.bailii>.



„საქმის გარემოებათა გათვალისწინებით, როდესაც ეს მნიშვნელოვანია, დირექტორი ვალდებულია გაითვალისწინოს კრედიტორთა, როგორც კლასის, ინტერესები, ხოლო, თუკი იგი პრიორიტეტს მიანიჭებს რომელიმე მათგანს, კრედიტორთა, როგორც კლასის საუკეთესო ინტერესების საზიანოდ, ვალდებულია დარღვეულად ჩაითვლება“.<sup>36</sup>

დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობა კრედიტორთა წინაშე შესაძლოა დადგეს „თაღლითური“ (fraudulent trading) ან უკანონო (უსამართლო) დამოკიდებულების შემთხვევაში (wrongful trading).<sup>37</sup>

Winkworth v. Baron Development Ltd საქმის განხილვისას ლორდ ტემპლემანის (Lord Templeman) მიერ განმარტებულ იქნა, თუ რა სახის მოვალეობა გააჩნია დირექტორს კრედიტორთა მიმართ:

„კომპანიას გააჩნია ვალდებულებანი მისი არსებული და მომავალი კრედიტორების მიმართ. კომპანია არ არის ვალდებული გადაიხადოს ყველა ვალი მაშინვე, როგორც კი ის წარმოიშობა. იგი, ასევე, არ არის ვალდებული თავი აარიდოს ნებისმიერ ისეთ საქმიანობას, რომელიც რისკებს შეიცავს, მაგრამ აღნიშნულის საპირისპიროდ, კომპანიას გააჩნია ვალდებულება შეინარჩუნოს აქტივი, რათა იგი ხელმისაწვდომი იყოს ვალდებულებათა დასაფარად.

კომპანიის „სინდისი“ ისევე, როგორც მისი მართვა, მინდობილია დირექტორებზე. დირექტორებს გააჩნიათ ვალდებულება კომპანიის და კომპანიის კრედიტორთა მიმართ, რომ უზრუნველყოფილი იყოს სათანადო მართვა და რომ კომპანიის ქონება არ იყოს გაფლანგული ან ექსპლოატირებული დირექტორთა პირადი ინტერესების სასარგებლოდ და კრედიტორთა ინტერესების საზიანოდ.“<sup>38</sup>

კრედიტორთა მიმართ დირექტორთა ვალდებულების არსებობა და, ზემოთმოყვანილ შემთხვევებში, მათი პირადი პასუხისმგე-

---

<http://www.ew/cases/EWHC/Ch/2012/61.html> [12.07.2015].

<sup>36</sup> GHLM Trading Ltd v. Maroo (2012)EWHC 61 (Ch) at (168). იხ. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/61.html> [12.07.2015].

<sup>37</sup> <http://www.losangelesbusinesslitigationfirm.com/Business-Litigation/Fraud-and-Negligent-Misrepresentation.aspx/> [12.07.2015]; <http://thelawdictionary.org/fraudulent-trading/http://www.businessdictionary.com/definition/wrongful-trading.html> [12.07.2015].

<sup>38</sup> Winkworth v. Baron Development Ltd, House of Lords, 04 December, 1986 WL408178. იხ. <http://web2.westlaw.com> [12.07.2015].

ბლობის დადგომის შესაძლებლობა, წარმოადგენს ეფექტურ მექანიზმს კრედიტორთა დაცვის თვალსაზრისით. აღნიშნული ვალდებულების არსებობა ასრულებს როგორც პრევენციულ როლს, ასევე შესაძლებლობას იძლევა კრედიტორთა ინტერესები დაცულ იქნეს სასამართლოს გზით.

დასკვნის სახით უნდა ითქვას, რომ ბალანსის შენარჩუნება კრედიტორთა მიმართ დირექტორის პასუხისმგებლობის დადგენისას, სასიცოცხლოდ აუცილებელია. დირექტორები სრული სერიოზულობით უნდა მოეკიდონ საკუთარ პოზიციას და მიიღონ გონივრული და წინდახედული გადაწყვეტილებები. თუმცა აქვე გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ დირექტორმა შესაძლოა კეთილსინდისიერად მოქმედებისას გულწრფელად დაუშვას შეცდომა, ამიტომ ნებისმიერი სახის ვალდებულება, რაც დირექტორებს დაეკისრებათ, რეალისტური უნდა იყოს. როგორც ავსტრალიის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე მიხაელ კირბი აღნიშნავს:

„დირექტორთა საქმიანობაზე კონტროლის არსებობის აუცილებლობა ექვს არ იწვევს. გამოწვევა, რომელიც კანონმდებლის წინაშე დგას არის ის, რომ შექმნას კონტროლის იმგვარი მექანიზმი და სტანდარტი, რომელიც უსამართლოდ ხელს არ შეუშლის კომპანიას და მის დირექტორებს შეასრულონ ის ეკონომიკური ფუნქცია, რისთვისაც კომპანია იქმნება.“<sup>39</sup>

## **2. კრედიტორთა სტატუსი „მენარმეთა შესახებ“ კანონის თანახმად**

„მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის 9.9 მუხლი არეგულირებს გადახდისუუნარო კომპანიის დირექტორის ვალდებულებას. „თუ საწარმო გადახდისუუნაროა ან გადახდისუუნარობის საშიშროების წინაშე დგას, დირექტორებმა და სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებმა (არსებობის შემთხვევაში) ბრალეული გაჭიანურების გარეშე, მაგრამ საწარმოს გადახდისუუნარობის დადგომის მომენტიდან არა უგვიანეს 3 კვირისა, უნდა განაცხადონ ამის თაობაზე, „გადახდისუუნარობის საქმის წარმოების შესახებ“ საქართველოს კანონით დადგენილი წესით.

---

<sup>39</sup> Justice Michael Kirby, a Judge of the Australian High Court. იხ. Keay, Company Directors' Responsibilities to Creditors, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 385.

გადახდისუუნარობის თაობაზე განცხადება ბრალეულ გაჭიანურებად არ მიიჩნევა, თუ ზემოხსენებული პირები ამ განცხადებას „მენარმეთა შესახებ“ კანონის 9.6 მუხლით გათვალისწინებული კეთილსინდისიერებით ეპყრობიან“.

მიიჩნევა, რომ კომპანია გადახდისუუნარობის პირასაა, თუკი შესაძლებლობა, რომ კომპანია გადახდისუუნაროა გადაწონის საპირისპირო შედეგის დადგომის შესაძლებლობას.

სამწუხაროდ, საქართველოში არ არის სასამართლო პრაქტიკა აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით. არ არსებობს სასამართლოს გადწყვეტილება და განმარტება, თუ როგორ უნდა დადგინდეს შეძლებისდაგვარად ადრეულ ეტაპზე, რომ გადახდისუუნარობის დადგომა გარდაუვალად არის მოსალოდნელი.

გადახდისუუნარობის საქმის წარმოების შესახებ საქართველოს კანონი არ აღიარებს ე.წ. Balance Sheet ტესტს, როგორც გადახდისუუნარობის ინდიკატორს.<sup>40</sup>

კრედიტორის უფლებას, აღძრას დერივაციული სარჩელი ხაზს უსვამს მენარმეთა შესახებ კანონის 9.6 მუხლის მე-2 და მე-3 წინადადება და ამავე კანონის 56.4 მუხლი. ქართველ იურისტებში კამათს იწვევს დასახელებული ნორმების შინაარსის მცირედი სხვაობა, რის საფუძველზეც იურისტთა ერთი ნაწილი მიიჩნევს, რომ დერივაციული სარჩელის აღძვრის უფლება აქვს მხოლოდ სააქციო საზოგადოების კრედიტორს რადგან ზუსტ და არაორაზროვან ჩანაწერს შეიცავს ამის შესახებ მენარმეთა კანონის 56.4 მუხლის ბოლო წინადადება. კერძოდ:

„თუ დადგენილია ზიანის ფაქტი, მაშინ დირექტორებმა უნდა დაადასტურონ, რომ ისინი საქმეს უძღვებოდნენ ამ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტის შესაბამისად. საზოგადოებას არ შეუძლია უარი თქვას ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნაზე. ეს მოთხოვნა შეიძლება გამოიყენონ საზოგადოების კრედიტორებმა, თუ საზოგადოებისაგან არ მიუღიათ თავიანთი მოთხოვნების კომპენსაცია.“ სწორედ ამ ჩანაწერზე დაყრდნობით კეთდება მითითება იმაზე, რომ კანონმდებლის სურვილი არ იყო შპს-ის შემთხვევაშიც ქონოდა კრედიტორს დერივაციული სარჩელის აღძვრის შესაძლე-

<sup>40</sup> Fleickner, Hopt, (Edit) Chanturia, Jugeli, Georgia: Coprporate Governance of Business Corporations in: Comparative Corporate Governance, A Functional and International Analysis, Cambridge University Press, New York, 2013, 511.

ბლობა და სწორედ ამიტომ არ არის იგივე შინაარსის წინადადება 9.6 მუხლის დასახელებულ წინადადებაში. თუ ამ მსჯელობას გავიზიარებთ ერთი მარტივი შეკითხვა მაინც უნდა დავსვათ, მაშინ რა მიზანს ემსახურება 9.6 მუხლის მე-2 და მე-3 წინადადების არსებობა კანონში რომლის თანახმადაც „საზოგადოების უარი რეგრესული ანაზღაურების მოთხოვნებზე ან საზოგადოების კომპრომისი ბათილია, თუ ანაზღაურება აუცილებელია საზოგადოების კრედიტორთა დასაკმაყოფილებლად“. ეს ნორმა ცალსახად კრედიტორთა დაცვას ისახავს მიზნად, მაგრამ თუკი იგი განიმარტება იმგვარად, რომ კრედიტორს არ აქვს უფლება თვითონ აღძრას სარჩელი, მაშინ რის უფლებას ანიჭებს კანონი მას? რა იძულებითი ღონისძიება შეიძლება განახორციელოს კრედიტორმა, თუკი კომპანია არ აპირებს დამრღვევი დირექტორის მიმართ სარჩელის აღძვრას?

არსებობს მოსაზრება და ამ მოსაზრებამ ერთ-ერთ ბოლოდროინდელ გადაწყვეტილებაშიც გაიჟღერა,<sup>41</sup> რომ აღნიშნული ნორმა ავალდებულებს კომპანიას უჩივლოს დირექტორს, რომ კომპანიის უფლება წარადგინოს სარჩელი, ტრანსფორმირდება მის ვალდებულებაში, თუკი ეს აუცილებელია კრედიტორთა დასაკმაყოფილებლად, ანუ კომპანიის დავალდებულება ხდება წარადგინოს სარჩელი. აღნიშნული ნორმის ამ განმარტებას ვერ დავეთანხმებით, რადგან ვფიქრობ შეუძლებელია სამართლის სუბიექტი დაავალდებულო წარადგინოს სარჩელი, სარჩელის წარდგენის უფლება არსებობს და არა ვალდებულება. ასეც რომ არ იყოს, თუკი მე არ მსურს ვინმეს ვუჩივლო და ამას მავალდებულებენ, ვეცდები ეს ისე მოვახერხო რომ ჩემი სარჩელი წარუმატებელი აღმოჩნდეს. შესაბამისად, ნორმა ვერ იმუშავებს და მიზანი მიღწეული ვერ იქნება. სამართლის ნორმის მსგავსი განმარტება და სამართლის სუბიექტის დავალდებულება წარადგინოს სარჩელი საკუთარი სურვილის მიუხედავად, ვერ შეასრულებინებს კანონის ამ დანაწესს იმ ფუნქციას რასაც იგი ემსახურება. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, კანონის ამ ნორმის პრაქტიკული დანიშნულების გათვალისწინებით, მიზანშეწონილია იგი იმგვარად განიმარტოს, რომ შპს-ის კრედიტორსაც მიეცეს საშუალება აღძრას დერივაცი-

<sup>41</sup> საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1307-1245-2014

ული სარჩელი, თუკი იარსებებს ამის წინაპირობები, სხვა შემთხვევაში მენარმეთა კანონის 9.6 მუხლის დასახელებული ნორმები დაკარგავს მნიშვნელობას.

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ მეტი სიცხადის შეტანის მიზნით, კარგი იქნება თუ მენარმეთა შესახებ კანონის შესაბამის მუხლებში,<sup>42</sup> გაჩნდება ცალსახა მითითება კრედიტორის მხრიდან დერივაციული სარჩელის აღძვრის უფლებაზე, ისე როგორც ეს მკაფიოდ არის განსაზღვრული განვითარებული ქვეყნების საკორპორაციო სამართლის შესაბამისი ნორმებით.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დღესაც შეიძლება დასკვნის გაკეთება, რომ ქართული კანონმდებლობა კრედიტორს აძლევს დერივაციული სარჩელის აღძვრის შესაძლებლობას გარკვეული წინაპირობების არსებობისას, რაც ცალსახად დადებით მოვლენად უნდა ჩაითვალოს.

## 2.1. კრედიტორთა დაცვა რეორგანიზაციის დროს

კრედიტორთა დაცვა რეორგანიზაციის პროცესში მნიშვნელოვანი საკითხია, ვინაიდან ამ შემთხვევაში კრედიტორის სამართლებრივი მდგომარეობა იცვლება. რეორგანიზაციისას თავდაპირველი მოვალე ხშირად უქმდება, შედეგად წარმოშობილ ახალი მოვალის საიმედოობაზე კი კრედიტორს, როგორც წესი, ინფორმაცია არ აქვს. რეორგანიზაციის შემდეგ ქონების გადანაწილების შედეგად შესაძლოა, რომ საწარმოს ქონებრივი მდგომარეობა გაუარესდეს, რაც კრედიტორის დაკმაყოფილების შანსებს საგრძნობლად ამცირებს.<sup>43</sup>

მართალია საწარმოს გარდაქმნის შემთხვევაში მოვალე, როგორც სუბიექტი, არ იცვლება, მაგრამ იცვლება მისი სამართლებრივი ფორმა, რაც შეიძლება კრედიტორებისათვის საფრთხის შემცველი იყოს.<sup>44</sup> სწორედ ამიტომ, მენარმეთა შესახებ კანონი შეიცავს ნორმებს, რომლებიც საწარმოს რეორგანიზაციის პროცესში კრედიტორთა დაცვას ემსახურება.

საწარმოს რეორგანიზაციის პროცესის დაწყების რეგისტრაცია-

<sup>42</sup> „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 46.5; მუხლი 53.5.

<sup>43</sup> ჯუღელი, ნადარაია, საწარმოთა რეორგანიზაციის ფორმები „მენარმეთა შესახებ“ კანონის მიხედვით, ჟურნალი „პროფესია იურისტი“, №2, 2007, 36-56.

<sup>44</sup> იქვე, 36-56.

ციის მოთხოვნასთან ერთად, მარეგისტრირებელ ორგანოს უნდა წარედგინოს ინფორმაცია საწარმოს კრედიტორთა შესახებ. ინფორმაციაში მითითებული უნდა იყოს მათი დაკმაყოფილების ვადები. რეორგანიზაციის დაწყების შესახებ ინფორმაცია, ასევე, უნდა გაეგზავნოს საწარმოს ყველა ცნობილ კრედიტორს, რომელშიც უნდა მიეთითოს კრედიტორთა დაკმაყოფილების ვადები.<sup>45</sup>

მენარმეთა შესახებ კანონი კრედიტორს აძლევს უფლებას, მოითხოვოს ვალდებულების ვადაზე ადრე შესრულება, თუკი შეიტყობს, რომ იგეგმება საწარმოს რეორგანიზაცია. თავის მხრივ, საწარმოს მმართველი ორგანოები ვალდებული არიან უზრუნველყონ რეორგანიზაციის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება ყველა ცნობილი კრედიტორისათვის.

ეკონომიკურ ურთიერთობებში სტაბილურობის უზრუნველყოფისა და კრედიტორთა ინტერესების დაცვის მიზნით, მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი იმპერატიულად ადგენს, რომ საწარმო, რომელმაც საწარმო (საწარმოები) მიიერთა, ან გაერთიანების შედეგად წარმოქმნილი საწარმო, არის თავდაპირველი საწარმოს/საწარმოების სამართალმემკვიდრე.<sup>46</sup> საწარმოს კრედიტორთა დაცვას ემსახურება მენარმეთა შესახებ კანონის 14.45. მუხლის ბოლო წინადადება, რომლის თანახმადაც, გაყოფამდე არსებული ვალდებულებებისათვის გაყოფის შედეგად წარმოქმნილი საწარმოები პასუხს აგებენ სოლიდარულად. რაც შეეხება თავდაპირველი საწარმოს უფლებამონაცვლეს, იგი გაყოფის შესახებ გადაწყვეტილებით განისაზღვრება.

---

<sup>45</sup> „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 14.4.

<sup>46</sup> „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი მუხლი 144.4, ბოლო წინადადება

### 3. კომპანიისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება

*Every company should be headed by an effective board which is collectively responsible for the long-term success of the company.*<sup>47</sup>

#### 3.1. დირექტორის ერთობლივი და პირადი პასუხისმგებლობა

კომპანიისათვის მიყენებული ზიანისათვის დირექტორები სოლიდარულად აგებენ პასუხს. ზიანისათვის პასუხისმგებლობა არ წარმოიშობა, თუკი დირექტორთა ქმედება მოწონებულ იქნა აქციონერთა მიერ მიღებული კანონიერი გადაწყვეტილების საფუძველზე.<sup>48</sup>

დირექტორატი კოლექტიური ორგანოა, ამიტომ გადაწყვეტილება მიღებულ უნდა იქნეს:

ა) კოლექტიურად ყველას მიერ კანონმდებლობის შესაბამისად მოწვეულ და ჩატარებულ საერთო კრებაზე, ერთხმად ან დამსწრეთა უმრავლესობის მხარდაჭერით.

ბ) წერილობითი ფორმით და მასზე დირექტორები უნდა აწერდნენ ხელს.<sup>49</sup>

დირექტორატის (ბორდის) კოლექტიური თუ ერთობლივი პასუხისმგებლობა წარმოადგენს კორპორაციული მართვის ფუნდამენტური მნიშვნელობის მქონე ფაქტს.<sup>50</sup>

დელავერის კანონმდებლობის თანახმად, ბორდი უფლებამოსილია საკუთარი შეხედულებისამებრ შეუზღუდოს ცალკეულ დირექტორ(ებ)ს უფლება ისაუბროს კომპანიის ბორდის სახელით.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Financial Reporting Council (2010) Main Principle A. 1, 9. იხ. Belcher, *Directors' Decisions and the Law*, Routledge, Taylor&Francis Group, London&New York, 2014, 178.

<sup>48</sup> Meister, Heidenhain, Rosengarten, *The German Limited Liability Company*, 7th Ed, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2010, 56.

<sup>49</sup> Mortimore, (Edit) *Company Directors Duties, Liabilities and Remedies*, 2nd Ed, Oxford University Press, Oxford, 2013, 109.

<sup>50</sup> Westmid Packing Services Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v.Griffiths (1998) 2 BCLC 646. იხ. Belcher, *Directors' Decisions and the Law*, Routledge, Taylor&Francis Group, London&New York, 2014, 178.

<sup>51</sup> Delaware Corporation law Annotated, 2013-2014 Ed., As amended up to and including the 2013 Regular Session of the One Hundred Forty-Seventh General Assably,

მხოლოდ ბორდია უფლებამოსილი გამოვიდეს კომპანიის სახელით ან მისი ვინმეს ეს უფლება.<sup>52</sup>

დელავერის საკორპორაციო კანონის 141 (a) მუხლის თანახმად, თუკი კომპანია განიცდის ზიანს, დირექტორები არის ის ინსტიტუციური ორგანო, რომელსაც მინიჭებული აქვს უფლებამოსილება დაადგინოს, რა ღონისძიებებს მიმართოს მის აღმოსაფხვრელად. მათ შორის დაიწყოს თუ არა სამართალწარმოება გარკვეულ პირთა მიმართ.<sup>53</sup>

როგორც გერმანული, ასევე, ბრიტანული სამართალი იცნობს დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობის პრინციპულ შესაძლებლობას დირექტორის მიერ საკუთარი მოვალეობის შესრულების პროცესში დელიქტის<sup>54</sup> ჩადენის შემთხვევაში.<sup>55</sup> როგორც წესი, დირექტორებს არ გააჩნიათ პირადი პასუხისმგებლობა კომპანიის ვალდებულებათა გამო, ვინაიდან კომპანიას, დამოუკიდებელ იურიდიულ პირს წარმოადგენს, მაგრამ განსაზღვრული გარემოებების არსებობისას დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობა შესაძლოა დადგეს.<sup>56</sup>

კომპანიათა შესახებ აქტის 232 (1) პარაგრაფის თანახმად, ბათილია ნებისმიერი დათქმა, რომელიც დირექტორს ათავისუფლებს კომპანიის მიმართ პასუხისმგებლობისაგან, დაუდევრობის,

---

Lexis, Nexis, Delaware, 2013, 49. Empire S. Gas. Co. v. Gray, 29 Del.Ch. 95, 46 A.2d 741(1946).

<sup>52</sup> Delaware Corporation law Annotated, 2013-2014 Ed., As amended up to and including the 2013 Regular Session of the One Hundred Forty-Seventh General Assably, Lexis, Nexis, Delaware, 2013, 49. Empire S. Gas. Co. v. Gray, 29 Del.Ch. 95, 46 A.2d 741(1946).

<sup>53</sup> Delaware Corporation law Annotated, 2013-2014 Ed., As amended up to and including the 2013 Regular Session of the One Hundred Forty-Seventh General Assably, Lexis, Nexis, Delaware, 2013, 49. South v. Baker, 62 A.3d 1 (Del.Ch.2012).

<sup>54</sup> ინგლისურენოვან ლიტერატურაში გამოყენებული სიტყვები „tort“ და „delict“ სინონიმებს წარმოადგენენ, ორივე მათგანი გამოხატავს დელიქტს. სიტყვა „tort“ გამოიყენება ანგლო-ამერიკულ სამართალში, (აშშ, ბრიტანეთი), ხოლო სიტყვა „delict“ რომანული ქვეყნების სამართალში (მაგ. გერმანია). იხ. <http://www.camargueacademy.co.za/introduction-law/faq/what-difference-between-delict-and-tort> [12.07.2015].

<sup>55</sup> Bachner, Creditor Protection in Private Companies, Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse, Cambridge University Press, Edinburgh, 2009, 183.

<sup>56</sup> Keay, Company Directors' Responsibilities to Creditors, Routledge-Cavendish, New York, 2007, 5.



ვალდებულების შეუსრულებლობის და ნდობის ბოროტად გამოყენების შემთხვევაში.<sup>57</sup>

თუკი დირექტორი სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შედის მხარესთან და ხელშეკრულების დადებისას არ აკეთებს განმარტებას, რომ კომპანიის ინტერესების შესაბამისად მოქმედებს, და არც ხელშეკრულებაშია კომპანიის შესახებ ნახსენები, მაშინ ამ მხარეს უფლება აქვს პერსონალურად დირექტორის წინააღმდეგ წარადგინოს სარჩელი, თუკი კომპანია არ შეასრულებს ვალდებულებას.<sup>58</sup>

გერმანიის საკორპორაციო კანონმდებლობის თანახმად, შესაძლოა დადგინდეს დირექტორატის სოლიდარული ერთობლივი პასუხისმგებლობა, როგორც კომპანიის, ასევე, მესამე პირთა მიმართ. აღნიშნულის პარალელურად საკუთარი შიდა რეგულირების მიზნით, დირექტორთა შორის შესაძლოა არსებობდეს შეთანხმება ვალდებულებათა განაწილების შესახებ, რომლის შესაბამისადაც, ისინი დამრღვევი დირექტორისაგან მიიღებენ ანაზრაურებას, თუკი მის გამო სოლიდარული პასუხისმგებლობა დადგა.<sup>59</sup>

გერმანიის სააქციო საზოგადოებათა შესახებ კანონის 93-ე და 116-ე პარაგრაფის საფუძველზე, დირექტორატი და სამეთვალყურეო საბჭო ვალდებულია გამოიჩინოს კეთილგონიერი ბიზნესმენის გულმოდგინება და გულისხმიერება, სანარმოს მართვის პროცესში. აღნიშნული ვალდებულების დარღვევა იწვევს ვალდებულების ადრესატთა პასუხისმგებლობას. პასუხისმგებლობა არ დადგება, თუკი ქმედება დაფუძნებული იყო აქციონერთა მიერ კანონის შესაბამისად მიღებულ გადაწყვეტილებაზე.<sup>60</sup>

დირექტორატის პასუხისმგებლობა, ასევე დგება, თუკი იგი კანონმდებლობის შესაბამისად არ განაცხადებს კომპანიის გადახ-

<sup>57</sup> Companies Act 2006, Para: 233, 234. იხ. [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf) [12.07.2015].

<sup>58</sup> Loose, Griffiths, Impey, The Company Director, Power, Duties and Liability, 10th edition, Jordan Published Limited, Bristol, 2008, 327.

<sup>59</sup> Loos, (Edit) Winckler, Ripin, United States of America in: Directors' Liability: A Worldwide Review, Kluwer Law International and International Bar Association, Alphen aan den Rijn, 2006, 290.

<sup>60</sup> kawamura, Anderson, (Edit) Rodewald, Tielman, Germany: in Corporate Governance, Jurisdictional Comparisons, Sweet & Maxwell, London, 2013, 100.

დისუუნარობის ან მოსალოდნელი გადახდისუუნარობის შესახებ.<sup>61</sup>

სამი სახის მოთხოვნა არსებობს, რომელიც შეიძლება წაეყენოს პერსონალურად დირექტორს ვალდებულების დარღვევის გამო, ესენია:

ა) სამართლიანი კომპენსაციის მოთხოვნა;

ბ) მიღებული მოგების, სარგებლის დაბრუნების შესახებ მოთხოვნა;

გ) სასამართლო აკრძალვა (Injunctive Relief).

ა) **სამართლიანი კომპენსაციის მოთხოვნის უფლება** შესაძლოა გაუჩნდეს კომპანიას დირექტორის მიმართ უფლებამოსილების ფარგლებში მოქმედების, კომპანიის წარმატებისათვის ხელის შეწყობის, დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი გადაწყვეტილების მიღების ვალდებულებათა დარღვევის გამო.<sup>62</sup>

ბ) **მიღებული მოგების (სარგებლის) დაბრუნების მოთხოვნის უფლება** კომპანიას წარმოეშობა ინტერესთა კონფლიქტისათვის თავის არიდების, მესამე პირისაგან რაიმე სახის სარგებელის მიღებაზე უარის თქმის, ტრანზაქციასთან დაკავშირებით პირადი დაინტერესების და კანონმდებლობის შესაბამისად გამჟღავნება-დეკლარირების ვალდებულებათა დარღვევის გამო.<sup>63</sup>

გ) **სასამართლო აკრძალვა (Injunctive Relief).**<sup>64</sup> სასამართლოს აქვს ფართო უფლებამოსილება აუკრძალოს დირექტორს გარკვეული ქმედების განხორციელება ან საკუთარი აქტივებით სარგებლობა. მას შეუძლია გამოსცეს ბრძანება აკრძალვის შესახებ, როგორც ფინალური, ასევე, შუალედური-წინასწარი მოს-

---

<sup>61</sup> იქვე.

<sup>62</sup> Mortimore, (Edit) Company Directors Duties, Liabilities and Remedies, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, 428.

<sup>63</sup> იქვე, 428.

<sup>64</sup> უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებას ეხება სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის XXIII თავი. აღნიშნული ინსტიტუტი საკმაოდ კარგად განვითარებულია საქართველოში და ქართული სასამართლოს მიერ ხშირად ხდება უზრუნველყოფის ისეთი ღონისძიებების გამოყენება როგორცაა აქტივის დაყადაღება, გასხვისების აკრძალვა და ა.შ. იმის გათვალისწინებით, რომ ამ კონტექსტში შედარებითსამართლებრივი ანალიზის გაკეთება სცდება ნაშრომის მიზნებს დეტალურად ამ საკითხზე არ შევჩერდები. ასეთი ანალიზის გაკეთება, თავისუფლად შეიძლება გახდეს დამოუკიდებელი კვლევის საგანი.

მენის ეტაპზე.<sup>65</sup>

შუალედური აკრძალვის ყველაზე უფრო გავრცელებულ ფორმას წარმოადგენს ბრძანება დირექტორის აქტივის „გაყინვის“ (დაყადაღების) შესახებ (Freezing Order). იგი უკრძალავს მოპასუხე დირექტორს ისარგებლოს აქტივით, რომელიც შესაძლოა საჭირო გახდეს მის წინააღმდეგ წარდგენილი სარჩელის წარმატების შემთხვევაში მოგებულ მხარის დასაკმაყოფილებლად.<sup>66</sup>

აღნიშნული ბრძანება სასამართლოს გადანყვეტილების შემდგომში აღსრულების და შესაბამისად ზიანის ანაზღაურების საშუალებას წარმოადგენს. ამიტომ მისი გამოყენება მნიშვნელოვანია ისეთ საქმეებში, სადაც სახეზეა მატერიალური ზიანი ან მოთხოვნილია ზიანის ანაზღაურება მატერიალური ფორმით. სასამართლო გამოსცემს ბრძანებას აქტივის დაყადაღების შესახებ, თუკი მოსარჩელე შეძლებს სარწმუნოდ დაასაბუთოს საკუთარი მოთხოვნის საფუძვლიანობა და მოგების პერსპექტივა, და თუკი არსებობს საფრთხე, რომ სარჩელის წარმატების შემთხვევაში აქტივი ხელმისაწვდომი აღარ იქნება.<sup>67</sup>

სასამართლო პრაქტიკის მიერ უსამართლობად იქნა მიჩნეული მოპასუხის მთელი აქტივის დაყადაღება. აღნიშნულს საფუძვლად უდევს ის არგუმენტი, რომ მოპასუხე დირექტორს უნდა მიეცეს საშუალება აანაზღაუროს სამართალწარმოებისათვის საჭირო ხარჯები, ამიტომ აქტივის გამოყენება ამ ხარჯების ასანაზღაურებლად დასაშვებია.<sup>68</sup>

ამ მხრივ, პრობლემა წარმოიშობა, თუკი მოსარჩელე მოპასუხის აქტივის საკუთრებაზე აცხადებს პრეტენზიას (Proprietary Claim). ასეთ შემთხვევაში, სასამართლოს მიერ უნდა შეფასდეს მოპასუხის მიერ აქტივის გამოყენების ნებართვით გამოწვეული უსამართლობა გადანონის თუ არა უსამართლობას, რომელიც ართმევს მოპასუხეს საშუალებას თავი დაიცვას სასამართლო სამართალწარმოების პროცესში.<sup>69</sup>

თუკი სურს რომ მიიღოს სასამართლოსგან ნებართვა აქტივ-

---

<sup>65</sup> იქვე, 437.

<sup>66</sup> იქვე, 438.

<sup>67</sup> იქვე.

<sup>68</sup> იქვე.

<sup>69</sup> Mortimore, (Edit) Company Directors Duties, Liabilities and Remedies, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, 438-439.

ის სასამართლო ხარჯების დასაფარად გამოყენებაზე, მოპასუხემ სარწმუნოდ უნდა დაადასტუროს, რომ მას სხვაგვარად ხარჯების დაფარვა არ შეუძლია თუ არ გამოიყენებს იმ აქტივს, რომელზეც მოსარჩელე საკუთრების პრეტენზიას აცხადებს.<sup>70</sup>

შედეგები, რაც შეიძლება მოჰყვეს დირექტორთა მხრიდან ვალდებულების დარღვევას არის: კომპანიის აქტივის სასარგებლოდ გადახდა, დისკვალიფიკაცია გარკვეული პერიოდით, პირადი რეპუტაციის შელახვა-დაზიანება და მათთვის ვინც სისხლის-სამართლებრივ დანაშაულს ჩაიდენს უფლებამოსილების განხორციელებისას – ციხე.<sup>71</sup>

დირექტორატის წევრების სამოქალაქო ან სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა შეიძლება დადგეს მათ მიერ განხორციელებული კორპორაციული ქმედებების გამო, რაც იმას ნიშნავს, რომ დირექტორს, იურიდიული თვალსაზრისით, არ გააჩნია იმუნიტეტი, რომელიც კომპანიის მიერ განხორციელებულ ქმედებათა გამო პასუხისმგებლობისგან დაიცავს. შესაბამისად, დირექტორმა, თუ არ ეთანხმება ქმედებას, რომელიც ხორციელდება მისი კოლეგების მიერ, უნდა გამოიჩინოს სიფრთხილე, საკუთარი სანინაალმდეგო პოზიცია ნათლად დააფიქსიროს და ასახოს დირექტორატის გადანყვეტილებაში, თუკი სურს, რომ შემდგომში ამ ქმედების გამო გამონვეული სამართლებრივი პასუხისმგებლობა აირიდოს თავიდან. ითვლება, რომ ყველა დირექტორი, რომელიც სხდომას ესწრებოდა დაეთანხმა საკითხს, თუკი არ იქნება გამოყენებული ზემოაღნიშნული ქმედება ამ პრეზუმფციის გადასალახად.<sup>72</sup> თუკი დირექტორის მიერ გამოთქმული სანინაალმდეგო პოზიცია დაფიქსირებულია დირექტორატის სხდომის ჩანაწერებში, იმ გადანყვეტილების გამო, რომლის წინააღმდეგაც იყო იგი, პასუხისმგებლობის საკითხი არ დადგება.<sup>73</sup>

დელიქტის ან დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში, დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობა დადგება, მიუხედავად იმისა, რომ იგი მოქმედებდა კომპანიისათვის, კომპანიის საქმიანობის

<sup>70</sup> იქვე, 439.

<sup>71</sup> Belcher, *Directors' Decisions and the Law*, Routledge, Taylor&Francis Group, London&New York, 2014, 176.

<sup>72</sup> Ashcroft, (Ed.) Ashcroft, Patterson, *Law for Business*, South-Western, Cengage Learning, Ohio, 2013, 434.

<sup>73</sup> იქვე, 432.

ფარგლებში. ასეთ შემთხვევაში შესაძლოა კომპანიისა და დირექტორის ერთობლივი პასუხისმგებლობა წარმოიშვას. მხოლოდ დირექტორის პერსონალური პასუხისმგებლობის საკითხი დგება მაშინ, როდესაც მის მიერ განხორციელებული ქმედება, ასევე, საზიანოა თავად კომპანიისათვის და ცდება დირექტორის უფლებამოსილების ფარგლებს.<sup>74</sup>

დირექტორები არ არიან პასუხისმგებელი ქმედებისათვის რომლის განხორციელებაშიც მათ მონაწილეობა არ მიუღიათ, კერძოდ, არ მოუხდენიათ მისი ავტორიზაცია, არ გაუციათ თანხმობა ან არ ხელმძღვანელობდნენ მის განხორციელებას.<sup>75</sup>

გერმანიის სააქციო საზოგადოებათა შესახებ კანონი უშვებს კომპანიის მიერ დირექტორის მიმართ არსებულ მოთხოვნაზე უარის თქმის შესაძლებლობას, მხოლოდ ამ მოთხოვნის წარმოშობიდან სულ მცირე სამი წლის გასვლის შემდეგ, აქციონერთა კრების მიერ შესაბამისი გადანყვეტილების მიღების შემთხვევაში. ასეთი გადანყვეტილების დაბლოკვა შეუძლია ნებისმიერ აქციონერს ან აქციონერთა ჯგუფს, რომლებიც ფლობენ კომპანიის ნომინალური კაპიტალის 10%-ს ან მეტს.<sup>76</sup>

ყველაზე საშინელ მომენტს, ნებისმიერი დირექტორისათვის, წარმოადგენს, როდესაც სასამართლო განხილვის პროცესში, მოსამართლე დაადგენს, რომ იგი ვალდებული იყო XX.YY.ZZ. თარიღში გამოეტანა დასკვნა, რომ არ არსებობდა გონივრული საფუძველი კომპანიის გადარჩენისა და რომ კომპანიის გადახდისუუნარობის შესახებ მითითებული თარიღისათვის მისთვის ცნობილი უნდა ყოფილიყო. აღნიშნული ფაქტის მოსმენა დირექტორისათვის მძიმეა იმდენად, რამდენადაც ამ ვალდებულების დარღვევა პირად პასუხისმგებლობას იწვევს და მას მოუწევს აანაზღაუროს ზიანი, რაც გამოიწვია გადახდისუუნარობის შესახებ განცხადების დაგვიანებამ ან საერთოდ განუცხადებლობამ, თუკი ასეთ განცხადებას საერთოდ არ ჰქონია ადგილი.<sup>77</sup>

როგორ უნდა უზრუნველყონ დირექტორებმა, რომ კომპანიის

---

<sup>74</sup> იქვე, 434.

<sup>75</sup> იქვე.

<sup>76</sup> Aktiengesetz para: 93 (4). იხ. <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/> [12.07.2015].

<sup>77</sup> Belcher, *Directors' Decisions and the Law*, Routledge, Taylor&Francis Group, London&New York, 2014, 72-73.

ფინანსურ მდგომარეობასთან დაკავშირებით სრულყოფილი ინფორმაცია ჰქონდეთ? სწორედ ამ მიმართულებით აქვთ მათ ვალდებულება, რომ დანერგონ რეპორტირების ეფექტური სისტემა, ვინაიდან როგორც არაერთხელ აღინიშნა, მათგან არავინ ითხოვს პირადად აკონტროლონ კომპანიის საქმიანობათა ყველა მიმართულება, მათი მოვალეობაა ეფექტური კონტროლის სისტემის შექმნა, რათა არ ჩაიყენონ თავი არაინფორმირებულ მდგომარეობაში.

რაც უფრო მეტია საჭიროება, რომ აქციონერები ენდონ დირექტორებს, მით უფრო მეტ მოთხოვნებს აწესებს კანონმდებელი დირექტორთა ვალდებულებების მიმართ.<sup>78</sup> ვინაიდან ეს ისეთი სახის ნდობაა, როდესაც პირად ინტერესებზე მაღლა კომპანიის ინტერესები უნდა იდგეს, მაშინ როცა ადამიანურ ბუნებაში დევს ცდუნება, იმოქმედოს საკუთარი ინტერესებისათვის.

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, დირექტორთა მოვალეობები მოქმედებენ როგორც საყოველთაოდ აღიარებული და ყოვლისმომცველი ნორმები, რათა აღმოფხვრან მორალური დილემა, ადგენენ რა, რომ დირექტორი ვალდებულია მოქმედებდეს სანარმოს, და არა პირადი ინტერესების გათვალისწინებით.<sup>79</sup>

დამკვიდრებული წესის თანახმად, დირექტორები პასუხს არ აგებენ კომპანიასა და მესამე პირს შორის წარმოშობილი ვალდებულებისათვის. თუმცა ამ წესიდან გარკვეული გამონაკლისები არსებობს. კერძოდ, თუკი დირექტორის მოქმედება არწმუნებს მესამე პირს ენდოს მის პერსონალურ კომპეტენტურობას, ამან შეიძლება მესამე პირის მიმართ დირექტორის პერსონალური პასუხისმგებლობა გამოიწვიოს.<sup>80</sup>

თუმცა, აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ მსგავსი პასუხისმგებლობა არ წარმოიშობა ნებისმიერ შემთხვევაში, თუნდაც დირექტორი კომპანიის ფინანსურ მაჩვენებლებთან და ბალანსთან დაკავშირებით აკეთებდეს დეკლარირებას. მაგალითად, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ დაადგინა, რომ დირექტორი არ

---

<sup>78</sup> იქვე, 100.

<sup>79</sup> Belcher, *Directors' Decisions and the Law*, Routledge, Taylor&Francis Group, London&New York, 2014, 100.

<sup>80</sup> Jausas, (Edit) Lachmann, Germany, in: *Company Formation*, Globe Business Publishing, London, 2009, 334.

იყო პირადად პასუხისმგებელი, იმის გამო რომ მან გაკოტრების საქმის წარმოების დაწყებამდე 2 თვით ადრე დიდი რაოდენობის აქციები შეუკვეთა კომპანიისთვის. მიუხედავად იმისა, რომ იმ მომენტისათვის კომპანია უკვე ფინანსური პრობლემების წინაშე იდგა. სიტუაცია სამართლებრივი თვალსაზრისით სხვაგვარი იქნებოდა, თუკი დირექტორი მოახდენდა ბიზნეს პარტნიორის არასწორ ინფორმირებას კომპანიის ფინანსურ მდგომარეობასთან დაკავშირებით.<sup>81</sup>

შპს-ს შესახებ კანონი (პარაგრაფი 64) ავალდებულებს დირექტორებს განაცხადონ კომპანიის ვალაუფალობის ან არალიკვიდურობის შესახებ. ამ ვალდებულების დარღვევა დირექტორის პირად პასუხისმგებლობას გამოიწვევს.<sup>82</sup>

გაკოტრების საქმის წარმოების დაწყების შემდეგ კრედიტორი უფლებამოსილია წარადგინოს სარჩელი დირექტორის წინააღმდეგ, ვალის მხოლოდ იმ ნაწილის მოთხოვნით, რომელიც წარმოიშვა იმ თარიღის შემდეგ, როდესაც დირექტორი ვალდებული იყო განეცხადებინა კომპანიის გაკოტრების შესახებ. ამ თარიღამდე წარმოშობილი ვალდებულებანი აღსრულებულ უნდა იქნეს გადახდისუუნარობის საქმის წარმოების ადმინისტრატორის მიერ (გერმანიის გადახდისუუნარობის შესახებ კანონი, მუხლი 92).<sup>83</sup>

შპს-ს შესახებ გერმანიის კანონის 43(1) მუხლის თანახმად, დირექტორი ვალდებულია გამოიჩინოს გონიერი და წინდახედული ბიზნესმენისათვის დამახასიათებელი ზრუნვა სანარმოს მიმართ. ამ ვალდებულების დარღვევა იწვევს დირექტორის პასუხისმგებლობას. დირექტორის პასუხისმგებლობა შეიძლება დადგეს კაპიტალის შენარჩუნებასთან დაკავშირებით არსებული სამართლებრივი ნორმების დარღვევით აქციონერთათვის კაპიტალის განაწილების შემთხვევაში. ვალდებულების დარღვევად ითვლება სესხის მიცემა აქციონერისათვის, მაშინ როდესაც კომპანია ფინანსურ კრიზისს განიცდის.<sup>84</sup>

შპს-ს შესახებ გერმანიის კანონის 30-ე მუხლის თანახმად, კომპანიის აქტივი, რომელიც ემსახურება განცხადებული სანეს-

---

<sup>81</sup> იქვე.

<sup>82</sup> იქვე, 335.

<sup>83</sup> იქვე.

<sup>84</sup> იქვე.

დებო კაპიტალის შენარჩუნებას, არ ექვემდებარება დივიდენდის სახით ან სხვაგვარად, მაგალითად, ე.წ. „ფარული დივიდენდის“ (Hidden Dividends) სახით განაწილებას. ფარულ დივიდენდად მიიჩნევა აქციონერის მიერ ნებისმიერი სახის აქტივის მიღება, რომელიც არ არის მოხსენიებული როგორც დივიდენდი.<sup>85</sup>

საინტერესოა მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის ნორმა, რომელიც ადგენს, რომ დირექტორები საწარმოსათვის მიყენებული ზიანისათვის პასუხს აგებენ სოლიდარულად მთელი თავისი ქონებით პირდაპირ და უშუალოდ.<sup>86</sup> ყურადღებას იქცევს და განმარტებას საჭიროებს დირექტორების სოლიდარულად პასუხისმგებლობის საკითხი, კერძოდ, გამორიცხავს თუ არა კანონის ნორმის მსგავსი ფორმულირება, ინდივიდუალურად თითოეული დირექტორის პასუხისმგებლობას? ამ ნორმის ფართო განმარტებიდან მომდინარეობს დასკვნა, რომ ქართული სამენარმეო კანონმდებლობა იძლევა საშუალებას, ინდივიდუალურად დადგეს თითოეული დირექტორის პასუხისმგებლობის საკითხი. სხვაგვარად კანონის ნორმა თავის მნიშვნელობას დაკარგავდა.

დირექტორატის წევრების პირადი პასუხისმგებლობა მესამე პირთა მიმართ შესაძლოა დადგეს მხოლოდ ქართული კანონმდებლობით კონკრეტულად განსაზღვრულ შემთხვევებში, მაგალითად, დელიქტის გამო წარმოშობილი მოთხოვნის გამო<sup>87</sup> (სსკ 992-ე მუხლი).

კონტრაქტის დარღვევის ან დელიქტის გამო სასამართლო დაცვის უმთავრესი ფუნქცია შესაძლოა შემდეგნაირად განიმარტოს: კომპენსაცია, რესტიტუცია, დასჯა, პოზიტიურ ვალდებულებათა მყარი შესრულება, გადაცდომის პრევენცია, უფლებათა დეკლარირება.<sup>88</sup>

ზიანის ანაზღაურების მიზანს წარმოადგენს ჩააყენოს მოსარჩელე იმ მდგომარეობაში, რომელშიც იგი იქნებოდა დელი-

<sup>85</sup> იქვე.

<sup>86</sup> „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი მე-9 მუხლი, მე-6 პუნქტი, 56-ე მუხლი, მე-4 პუნქტი.

<sup>87</sup> Fleckner, Hopt, (Edit) Chanturia, Jugeli, Georgia: Copprorate Givernance of Business Corporations in: Comparative Copprorate Givernance , A Functional and International Analysis, Cambridge University Press, New York, 2013, 513.

<sup>88</sup> Burrows, Andrew, Remedies for Torts and Breach of Contract, 3rd Ed, Oxford University Press, New York, 2009, 9.



ქტს (ან ხელშეკრულების დარღვევას) ადგილი რომ არ ჰქონოდა (რეალური (საკომპენსაციო ზიანი/Compensatory Damages).<sup>89</sup> ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ზიანის ანაზღაურების მომწესრიგებელი ნორმები (მუხლები 408-415) თანაბრად გამოიყენება როგორც სახელშეკრულებო, ისე დელიქტის შედეგად წარმოშობილ ზიანთან მიმართებაში.<sup>90</sup> აღნიშნულიდან გამომდინარე, დირექტორის მიერ მოვალეობის დარღვევის გამო ზიანის შემთხვევაში, მენარმეთა შესახებ კანონის შესაბამისი ნორმების გარდა, სასამართლოს მიერ შესაძლოა გამოიყენებულ იქნეს მითითებული ნორმებიც.

კონკრეტულ გარემოებათა გათვალისწინებით, თუ რა ვითარებაში მოხდა დირექტორის არჩევა, ზოგიერთი მათგანი მიიჩნევს, რომ წარმოადგენს ე.წ. „საპატიო დირექტორს“ საწარმოს წინაშე რეალური ვალდებულების გარეშე. ზოგს მცდარი მოსაზრების საფუძველზე სწამს, რომ ვინაიდან ბორდში წარმოადგენს უმცირესობას, მას არ აქვს ვალდებულებები საწარმოს მიმართ და არ იღებს პასუხისმგებლობას ბორდის გადაწყვეტილებებსა და კომპანიაში მიმდინარე პროცესებზე. უნდა ითქვას, რომ ნებისმიერი სახის დარღვევა საწარმოს მართვის პროცესში, წარმოადგენს ზრუნვის მოვალეობის დარღვევას. ზემოაღნიშნულ გარემოებათა გამო, დირექტორის პასუხისმგებლობა ამ დარღვევისათვის არ გამოირიცხება.<sup>91</sup>

ცხადია, დირექტორის მხრიდან ვალდებულების დარღვევას შეიძლება ადგილი ჰქონდეს როგორც საქართველოში, ასევე ამერიკაში, გერმანიაშია თუ ინგლისში. მთავარი განსხვავება ქვეყნებს შორის წარმოიშობა, როდესაც კანონმდებლობა ვერ ქმნის იმგვარ სისტემას, რომელიც თავიდან აირიდებს ვალდებულების არასრულყოფილ შესრულებას ან, სულ მცირე, შეამცირებს მაინც მსგავს ფაქტებს. ცხადია, ამ მხრივ საქართველო უფრო დიდი რისკის ქვეშ დგას, ვიდრე ინგლისი, აშშ და გერმანია. მსგავსი

<sup>89</sup> იქვე, 33.

<sup>90</sup> ჯუღელი, (რედ.) ძლიერიშვილი, ცერცვაძე, რობაქიძე, სვანაძე, ცერცვაძე, ჯანაშია, სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2014, 645. ასევე, იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2011 წლის 6 იანვრის №ას-987-928-2010 და 2011 წლის 24 იანვრის №ას-1076-1008-2010 განჩინებები.

<sup>91</sup> Hamilton, The Law of Corporations, Fifth Ed, West Group, St. Paul, 2000, 450-451.

პრობლემის წარმოშობა განსაკუთრებით ნაკლებად არის მოსალოდნელი აშშ-ში (დელავერის შტატი), სადაც სასამართლო პრაქტიკის გავლენა საკორპორაციო სამართალზე განუზომლად დიდია.<sup>92</sup>

უნდა აღინიშნოს, რომ დირექტორთა მოვალეობების საზღვრები და შინაარსი არ შეიძლება გაგებულ იქნეს იმგვარად, რომ იგი უცვლელი და საერთოა ყველა დირექტორისათვის, პირიქით, აღნიშნული ვალდებულება შესწავლილ და დადგენილ უნდა იქნეს ყოველი კონკრეტული საქმიდან გამომდინარე, საქმის გარემოებების გათვალისწინებით.<sup>93</sup>

### 3.2. შიდა და გარე პასუხისმგებლობა

დირექტორებს გააჩნიათ გარე და შიდა პასუხისმგებლობა. შიდა პასუხისმგებლობა გულისხმობს დირექტორის ვალდებულებას აუნაზღაუროს კომპანიას მიყენებული ზიანი. ეს ის შემთხვევაა როდესაც კომპანიას გააჩნია დირექტორის მიმართ მოთხოვნის უფლება, შესაძლოა სარჩელი წარადგინოს მესამე პირმა, მაგალითად კრედიტორმა, მაგრამ სარჩელის დაკმაყოფილების შემთხვევაში მიღებული თანხა კომპანიის ხაზინაში უნდა ჩაირიცხოს და მხოლოდ ამ გზის გავლით და რიგითობის დაცვით მიიღებს კრედიტორი დაკმაყოფილებას.<sup>94</sup>

ხოლო გარე პასუხისმგებლობა კი მამინ არის სახეზე, როდესაც კომპანიას კი არ გააჩნია მოთხოვნა დირექტორის მიმართ, არამედ მის მიერ ჩადენილი დელიქტის შედეგად, მხარე, რომელიც დელიქტის გამო დაზარალდა, უფლებამოსილია წარადგინოს სარჩელი უშუალოდ დირექტორის მიმართ. საწარმოს მიმართ გაკოტრების საქმის წარმოება ვერ დააბრკოლებს აღნიშნული სარჩელის წარდგენას.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Cox., How Delaware Law Can Support Better Corporate Governance, (PP.335-350) in: Kieff, Scott. F. Paredes Troy A., (Editors) Perspectives on Corporate Governance, Cambridge University Press, New York, 2010, 339.

<sup>93</sup> Hollington, Hollington on Shareholder's Rights, 7th Ed, Sweet & Maxwell, London, 2013, 65.

<sup>94</sup> Bachner, Creditor Protection in Private Companies, Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse, Cambridge University Press, Edinburgh, 2009, 186.

<sup>95</sup> იქვე, 186-187.

გარე პასუხისმგებლობის შემთხვევაში, დაზარალებულ კრედიტორს შეუძლია წარუდგინოს სარჩელი კომპანიას როგორც პირველად და მთავარ მოვალეს, ხოლო თუკი კომპანიას არ გააჩნია შესაძლებლობა ანაზღაუროს მიყენებული ზიანი, წარადგინოს სარჩელი დირექტორების, როგორც მეორადი დებიტორების წინააღმდეგ.

კრედიტორს შეუძლია წარადგინოს სარჩელი სათითაოდ, ყოველი დირექტორის მიმართ და მოითხოვოს ზიანის სრულად ანაზღაურება, იმის გამო, რომ დირექტორმა დროულად არ განაცხადა გადახდისუუნარობის შესახებ, ხოლო იგი შევიდა საკონტრაქტო ურთიერთობაში კომპანიასთან, რომელიც გადახდისუუნარობასთან ახლოს იყო, რამაც გამოიწვია კიდეც ზიანი.<sup>96</sup>

შიდა პასუხისმგებლობის თავიდან აცილების მიზნით, დირექტორმა შესაძლოა მოითხოვოს აქციონერთაგან ან სამეთვალყურეო საბჭოსაგან პრევენციული (გამაფრთხილებელი) ანაზღაურების მიღება. შპს-ს შემთხვევაში ასეთი გადანყვეტილების მისაღებად საკმარისია აქციონერთა უბრალო უმრავლესობის თანხმობა, თუკი წესდებით სხვა რამ არ არის დადგენილი, ხოლო სს ასეთ თანხმობას წინასწარ ვერ გასცემს. თანხმობის გაცემა შესაძლებელია ზიანის მიყენებიდან სულ მცირე სამი წლის გასვლის შემდეგ და მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი აქციათა 10%-ის მფლობელი აქციონერი ან აქციონერთა ჯგუფი არ იქნება წინააღმდეგი.<sup>97</sup>

დირექტორატის გარე პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლება აქციონერთა გადანყვეტილების საფუძველზე დაუშვებელია, თუმცა აქციონერთა გადანყვეტილების შესაბამისად, შესაძლოა დირექტორი მიჩნეულ იქნეს „უდანაშაულოდ“, რაც ცხადია მესამე პირის მოთხოვნაზე გავლენას არ ახდენს.<sup>98</sup>

### 3.3. ზიანის ანაზღაურება

დირექტორებს წარმოეშობათ კომპანიისათვის ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება, ძირითადად ისეთ შემთხვევებში,

<sup>96</sup> Loos, (Edit) Germany, in: Directors' Liability: A Worldwide Review, Kluwer Law International and International Bar Association, Alphen aan den Rijn, 2006, 289.

<sup>97</sup> იქვე, 290.

<sup>98</sup> იქვე, 290.

როდესაც სახეზეა მათი მხრიდან ვალდებულებათა დარღვევა არაკეთილსინდისიერი ან გაუფრთხილებელი მოქმედება. მათ, როგორც წესი, არ წარმოეშობათ ვალდებულება კომპანიის მიერ განცდილი დანაკარგისათვის, თუკი მოქმედებდნენ სათანადო გულისხმიერებით მიღებული, გონივრული გადაწყვეტილების ფარგლებში.<sup>99</sup>

გამოიჩინა თუ არა დირექტორმა სათანადო გულისხმიერება და მზრუნველობა, დგინდება იმის მიხედვით, თუ როგორ მოიქცეოდა მის ადგილზე მყოფი სალად მოაზროვნე პირი ანალოგიური გარემოებების არსებობისას. თუ მოქმედება ამ სტანდარტში ჯდება, მაშინ ითვლება, რომ გაუფრთხილებლობას ადგილი არ ჰქონია და არც კომპანიის მიერ განცდილი ზიანისათვის დადგება პასუხისმგებლობა.<sup>100</sup>

ხოლო დირექტორის კეთილსინდისიერების საკითხი კი დგინდება იმის მიხედვით, მოქმედებდა თუ არა იგი იმგვარად, რომ წარმოეშვა ინტერესთა კონფლიქტი კომპანიის ინტერესებსა და საკუთარ ინტერესებს შორის. ვინაიდან დირექტორს გააჩნია კომპანიის მიმართ ერთგულების მოვალეობა, რომლის თანახმადაც, იგი ვალდებულია საკუთარ ინტერესებზე უფრო ზემოთ დააყენოს კომპანიის ინტერესები.<sup>101</sup>

ცხადია, მნიშვნელოვან ფაქტორს წარმოადგენს იმის განსაზღვრა, თუ როგორ უნდა მოხდეს ზიანის ანაზღაურება დირექტორის მიერ. ამისათვის საჭიროა ზიანის ოდენობის დადგენა, რაც საკმაოდ რთული ამოცანაა.

ერთ-ერთი საქმის განხილვისას ინგლისის სასამართლომ აღნიშნა:<sup>102</sup>

„თუკი ზიანის სახით დირექტორს დაეკისრება იმ მოგების სრულად გადახდა, რაც მან კონკრეტული ტრანზაქციიდან კომპანიის ხარჯზე მიიღო, ეს შესაძლოა გაცილებით უფრო მომგებიანი იყოს საწარმოსათვის, ვიდრე კომპენსაცია სამართლიანი

<sup>99</sup> Ashcroft, (Edit) Ashcroft, Patterson, Law for Business, South-Western, Cengage Learning, Ohio, 2013, 433.

<sup>100</sup> იქვე.

<sup>101</sup> იქვე, 434.

<sup>102</sup> იხ. A-G v.Blake (1998) Ch439. მითითებულია: Loose, Griffiths, Impey, The Company Director, Power, Duties and Liability, 10th adition, Jordan Published Limited, Bristol, 2008, 261.

თანხით, ვინაიდან ხშირად დირექტორის მიერ მიღებული მოგება გაცილებით უფრო მეტია, ვიდრე იმ სამართლიანი თანხის ოდენობა, რომლის ანაზღაურებასაც სასამართლო აკისრებს მას.<sup>103</sup>

აღნიშნული მიდგომა გამოდგება იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც მოგების დადგენა მარტივია. მაგალითად, ერთ-ერთი კომპანიის დირექტორს დაეკისრა მიღებული საკომისიოსა და ბონუსების სრულად გადახდა კომპანიისათვის, მას შემდეგ რაც დადგინდა, რომ იმ კომპანიისგან, რომელსაც სათევზაო გემის მშენებლობა შეუკვეთა, მიიღო საკომისიო, ხოლო მეორე მხრივ, მშრალი ყინულის მოწოდებაზე ხელშეკრულება გააფორმა, კომპანიასთან, რომლის აქციონერსაც წარმოადგენდა, რისთვისაც მიიღო ბონუსი, რადგანაც, როგორც წესი, კომპანია ბონუსს უხდიდა აქციონერს, რომელიც შეკვეთას მოუტანდა.<sup>104</sup>

უფლება-მოვალეობათა დარღვევის შემთხვევაში, როგორც დირექტორატის, ასევე, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრს წარმოეშობა ვალდებულება კომპანიის მიმართ, აუნაზღაუროს მის მიერ ვალდებულების დარღვევის გამო მიყენებული ზიანი სრულად. გარდა აღნიშნულისა, შესაძლოა მათი პირადი პასუხისმგებლობის საკითხი დადგეს მესამე პირთა მიმართაც, თუკი მესამე პირმა განიცადა პირდაპირი და უშუალო ზიანი დირექტორატის ან სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის მიერ დაკისრებული მოვალეობის არასათანადოდ შესრულების გამო.<sup>105</sup>

დირექტორის მოვალეობებზე საუბრისას, საქართველოს საკორპორაციო სამართალი აღნიშნავს, რომ დირექტორი უნდა მოქმედებდეს კეთილსინდისიერად და მაქსიმალური ინფორმაციის ფლობის საფუძველზე იმ რწმენით, რომ მისი ეს ქმედება ყველაზე ხელსაყრელია საწარმოსათვის. აღნიშნული ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში, დირექტორი ვალდებული იქნება აუნაზღაუროს კომპანიას ზიანი. ასეთ შემთხვევაში დირექტორი პასუხს

---

<sup>103</sup> Loose, Griffiths, Impey, *The Company Director, Power, Duties and Liability*, 10th addition, Jordan Published Limited, Bristol, 2008, 261.

<sup>104</sup> *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co.v.Ansell* (1889) 39 ChD339. მითითებულია: Loose, Griffiths, Impey, *The Company Director, Power, Duties and Liability*, 10th addition, Jordan Published Limited, Bristol, 2008, 260.

<sup>105</sup> kawamura, Anderson, (Edit) Rodewald, Tielman, Germany: in *Corporate Governance, Jurisdictional Comparisons*, Sweet & Maxwell, London, 2013, 105.

აგებს სოლიდარულად, მთელი თავისი ქონებით.<sup>106</sup>

თუკი ზიანი დადგა, დირექტორმა უნდა დაადასტუროს, რომ მოქმედებდა მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის მოთხოვნების შესაბამისად. სანარმოს, თავის მხრივ, უფლება არ აქვს უარი თქვას დირექტორის მხრიდან ზიანის ანაზღაურების მიღებაზე, თუკი ანაზღაურება აუცილებელია კრედიტორთა დასაკმაყოფილებლად. ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება აქვთ კომპანიის კრედიტორებს, თუკი კომპანია მათი კანონიერი მოთხოვნის დაკმაყოფილებას ვერ ახორციელებს.<sup>107</sup>

#### 4. დირექტორთა პასუხისმგებლობის შეზღუდვა

დელავერის შტატის კანონმდებლობა ითვალისწინებს დირექტორთა პასუხისმგებლობის შეზღუდვის შესაძლებლობას, მათ მიერ ზრუნვის, მაგრამ არა ერთგულების, მოვალეობის დარღვევის შედეგად, გამოწვეული ფულადი ზიანის გამო.

წესდებით შესაძლოა დადგენილ იქნეს თანხა, რომლის ფარგლებშიც დირექტორის პასუხისმგებლობა არ დადგება. სააქციო კანონმდებლობით დადგენილი ნორმების უგულებელყოფა ითვლება საჯარო წესრიგის წინააღმდეგ მიმართულ დარღვევად და ასეთ შემთხვევაში წესდებით პასუხისმგებლობის გამორიცხვა არ დაიშვება.<sup>108</sup>

დირექტორთა პასუხისმგებლობისაგან დაცვის თვალსაზრისით, განსაკუთრებით გამოირჩევა დელავერის საკორპორაციო კანონმდებლობა. დელავერში რეგისტრირებული კომპანიის წესდებით შეიძლება განისაზღვროს, რომ დირექტორის უმიზეზოდ გათავისუფლება დაშვებული არ არის, მაშინ როდესაც ინგლისში და გერმანიაში აქციონერთა კრებას მინიჭებული აქვს უფლებამოსილება ნებისმიერ დროს გაათვისუფლოს დირექტორი ყოველგვარი მიზეზის არსებობის გარეშე. იგივე წესი მოქმედებს საქართველოშიც.

დირექტორის პასუხისმგებლობისაგან დაცვა პირდაპირპრო-

<sup>106</sup> „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი მე-9 მუხლი, მე-6 პუნქტი.

<sup>107</sup> „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი 56-ე მუხლი, მე-4 პუნქტი.

<sup>108</sup> Loos, (Edit) Winckler, Ripin, United States of America in: Directors' Liability: A Worldwide Review, Kluwer Law International and International Bar Association, Alphen aan den Rijn, 2006, 106.

პორციულად აისახება ამ უკანასკნელის მიერ შესრულებული სამუშაოს ხარისხზე. რაც უფრო დაცულია იგი პასუხისმგებლობისგან, მით უფრო თავდაჯერებულად მოქმედებს და ეძლევა საკუთარი შესაძლებლობების სრულად რეალიზაციის საშუალება, მეტად იჩენს ინიციატივას და იღებს გონივრული რისკის შემცველ გადაწყვეტილებას. ყოველივე ზემოაღნიშნული კი, საბოლოო ჯამში, კომპანიის საქმიანობაზე და შემოსავლიანობაზე აისახება.

კომპანიათა შესახებ აქტის თანახმად, კომპანიის წესდებით შესაძლებელია დადგენილ იქნეს პასუხისმგებლობის შეზღუდვა ან მისგან გათავისუფლება ინტერესთა კონფლიქტის დროს.<sup>109</sup> წესდება შესაძლოა ითვალისწინებდეს მესამე პირთათვის დირექტორის მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურებას. ასეთი ანაზღაურება დაუშვებელია თავად კომპანიის მიმართ პასუხისმგებლობის არსებობისას.<sup>110</sup> აღნიშნული წესი არ მოქმედებს სისხლის სამართლის საქმის წარმოების შედეგად დირექტორისთვის დაკისრებული ჯარიმის და მარეგულირებელი ორგანოს მიერ მისი მოთხოვნების შეუსრულებლობის გამო დადგენილი ჯარიმის შემთხვევაში, თუკი მოთხოვნათა შეუსრულებლობა დირექტორის ბრალით მოხდა.<sup>111</sup>

დირექტორატის მიერ ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში, აქციონერთა კრება უფლებამოსილია გაათავისუფლოს იგი პასუხისმგებლობისაგან და მოახდინოს მისი გადაწყვეტილების რატიფიკაცია. რატიფიკაცია შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი კომპანია გადახდისუუნარო არაა, ან გონივრულობის ფარგლებში არ არის მოსალოდნელი, რომ გახდება გადახდისუუნარო. დირექტორთა ქმედება, ასევე, არ ექვემდებარება რატიფიკაციას, თუკი ისინი არღვევენ აქციონერთა უფლებებს ან მათი მოქმედება შეიცავს დელიქტს ან თაღლითობას.<sup>112</sup>

მიუხედავად იმისა, რომ Business Judgement Rule დირექტორის პასუხისმგებლობისგან დაცვის ეფექტურ მექანიზმს წარმოადგენს, ბიზნესის გლობალიზაციის კვალდაკვალ, დირექტორის ვალდებ-

<sup>109</sup> Companies Act 2006, Para: 233, 234. იხ. [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga\\_20060046\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf) [12.07.2015].

<sup>110</sup> იქვე, Para: 232(1,4).

<sup>111</sup> იქვე, Para: 234(3).

<sup>112</sup> Loos, (Edit) Dudek, United Kingdom in: Directors' Liability: A Worldwide Review, Kluwer Law International and International Bar Association, Alphen aan den Rijn, 2006, 414.

ულეზაც იზრდება. შესაბამისად, არსებული რეალობიდან გამომდინარე, მხოლოდ ასეთი დაცვის მექანიზმის არსებობა საკმარისი არ არის იმისათვის, რომ დირექტორმა დაცულად იგრძნოს თავი, რაც ესოდენ მნიშვნელოვანია წარმატებული საქმიანობისათვის. დირექტორის პროფესიული წარმატება კი კომპანიის წარმატების პირდაპირპროპორციულია.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დელავერის საკორპორაციო კანონმდებლობის მიერ შექმნილია მექანიზმი (Charter Option Statute), რომელიც დირექტორის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას ითვალისწინებს ამ უკანასკნელის მიერ ზრუნვის მოვალეობის დარღვევის შემთხვევაში.<sup>113</sup> კერძოდ, დირექტორი შესაძლოა გათავისუფლდეს ზრუნვის მოვალეობის გამო გამონვეული ფულადი ზიანის ანაზღაურებისაგან, თუკი ამას კომპანიის წესდება პირდაპირ ითვალისწინებს. მსგავსი სახის ჩანაწერი წესდებაში მონონებული და დადასტურებული უნდა იქნეს, როგორ აქციონერთა, ასევე დამოუკიდებელ დირექტორთა, ბორდის მიერაც. კეთილსინდისიერად მოქმედებისა და ერთგულების მოვალეობის დარღვევათა გამო პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლება დაშვებული არ არის<sup>114</sup>.

დელავერის საკორპორაციო სამართლის 102-ე (b)(7) მუხლის თანახმად, კომპანიის დაფუძნების დოკუმენტი, შესაძლოა, ითვალისწინებდეს ვალდებულების დარღვევით გამონვეული ფულადი ზიანისათვის დირექტორის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების შესაძლებლობას.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Barnes, Dworkin, Richards, Law For Business, 12th Ed, McGraw-Hill Education, New York, 2014, 523.

<sup>114</sup> იქვე, 523.

<sup>115</sup> A provision eliminating or limiting the personal liability of a director to the corporation or its stockholders for monetary damages for breach of fiduciary duty as a director, provided that such provision shall not eliminate or limit the liability of a director: (i) For any breach of the director's duty of loyalty to the corporation or its stockholders; (ii) for acts or omissions not in good faith or which involve intentional misconduct or a knowing violation of law; (iii) under § 174 of this title; or (iv) for any transaction from which the director derived an improper personal benefit. No such provision shall eliminate or limit the liability of a director for any act or omission occurring prior to the date when such provision becomes effective. All references in this paragraph to a director shall also be deemed to refer to such other person or persons, if any, who, pursuant to a provision of the certificate of incorporation in accordance with § 141(a) of this title, exercise or perform



სანარმოს წესდება შესაძლოა ითვალისწინებდეს დირექტორის პასუხისმგებლობის შეზღუდვას, ზრუნვის, მაგრამ არა ერთგულების, მოვალეობის დარღვევის შედეგად გამოწვეული ფულადი ზიანის გამო. დირექტორთა პასუხისმგებლობის შეზღუდვა ან მისაგან გათავისუფლება დაუშვებელია:

უკანონოდ დივიდენდის განაწილების ავტორიზების შემთხვევაში;

კეთილსინდისიერად მოქმედების ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში;

წინასწარგანზრახულად განხორციელებული არასათანადო საქციელის ჩადენის შემთხვევაში;

კანონმდებლობის შეგნებულად დარღვევის შემთხვევაში.<sup>116</sup>

როგორც ზემოაღნიშნულიდან ირკვევა, პასუხისმგებლობის შეზღუდვა გარკვეულწილად ლიმიტირებულია. დირექტორი არ თავისუფლდება პასუხისმგებლობისაგან, თუკი მის მიერ დარღვეულია ერთგულების ვალდებულება, მიიღო პირადი სარგებელი ან არაკეთილსინდისიერი იყო. უფრო მეტიც, რაც არსებითი მნიშვნელობისაა არის ის, რომ მოცემული ნორმა დირექტორს ათავისუფლებს მხოლოდ ვალდებულების დარღვევით გამოწვეული ფულადი პასუხისმგებლობისაგან და არ აუქმებს თავად ვალდებულების დარღვევის ფაქტს. აღნიშნული მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც დირექტორი რჩება არასასურველი რეპუტაციული და აღმზრდელობითი ეფექტის ქვეშ, ვალდებულების დარღვევის შესახებ ფაქტის გახმაურების გამო, მიუხედავდ ფულადი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებისა.<sup>117</sup>

მოპასუხე დირექტორთა მოთხოვნა, DGCL 102-ე (b)(7) მუხლის საფუძველზე უარი ეთქვა სასამართლოს აქციონერთა სარჩელის განხილვაზე, ვინაიდან კომპანიის წესდება შეიცავდა მუხლს დირექტორთა პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების შესახებ

---

any of the powers or duties otherwise conferred or imposed upon the board of directors by this title. Delaware General Coporation Law, para.102 (b) (7). *ib.* <http://delcode.delaware.gov/title8/c001/sc01/index.shtml> [12.07.2015].

<sup>116</sup> Loos, (Edit) Winckler, Ripin, United States of America in: Directors' Liability: A Worldwide Review, Kluwer Law International and International Bar Association, Alphen aan den Rijn, 2006, 106

<sup>117</sup> Moore, Corporate Governance in The Shadow of the State, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 105.

უარყოფილ იქნება დელავერის სასამართლოს მიერ, იმ საფუძვლით, რომ წესდებით შესაძლოა შეიზღუდოს დირექტორის ფულადი პასუხისმგებლობა ზრუნვის მოვალეობის დარღვევის გამო. თუმცა, აღნიშნული მუხლი არ უშვებს იმის შესაძლებლობას, რომ დირექტორს „ეპატიოს“ ერთგულების მოვალეობის დარღვევა კომპანიის ან/და აქციონერთა მიმართ.<sup>118</sup> შესაბამისად, მითითებული ნორმით შესაძლოა გაუქმდეს ან შეიზღუდოს დირექტორის პირადი პასუხისმგებლობა ზრუნვის ვალდებულების დარღვევისათვის, მაგრამ ერთგულების ვალდებულების დარღვევისათვის პასუხისმგებლობის გაუქმება ან შეზღუდვა დაშვებული არ არის.<sup>119</sup>

დელავერის საკორპორაციო კანონმდებლობის ეს რეგულაცია 30 შტატის მიერ იქნა გაზიარებული და იმპლემენტირებული, თუმცა არსებობს სხვა სახის პასუხისმგებლობის შეზღუდვა. მაგალითად, ვირჯინიაში მოქმედი რეგულირების თანახმად, მაქსიმალური ფულადი პასუხისმგებლობა, რაც შეიძლება ზრუნვის მოვალეობის დარღვევის გამო დირექტორს მოეთხოვოს კომპანიის მხრიდან, არ უნდა აღემატებოდეს ასი ათას აშშ დოლარს ან მის მიერ უკანასკნელი 12 თვის განმავლობაში კომპანიიდან ფულადი სახით მიღებულ ანაზღაურებას. წესდებით შესაძლოა დასახელებული ზღვრული თანხის შემცირება, თუმცა მისი გაზრდა დაუშვებელია.<sup>120</sup>

ისევე როგორც აშშ-ში, ბრიტანეთსა და გერმანიაში, კომპანიის საქმიანობას ქართული კანონმდებლობის თანახმადაც დირექტორები უძღვებიან. ისინი წარმოადგენენ კომპანიას მესამე პირებთან ურთიერთობაში და ამ წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეზღუდვა ეფექტურია მესამე პირებისათვის მხოლოდ მაშინ, თუკი ამის შესახებ ინფორმაცია რეგისტრირებულ სამენარმეო რეესტრში.

დირექტორატის უფლებამოსილებანი და ვალდებულებანი შესაძლებელია წესდებით განისაზღვროს, თუმცა მენარმეთა შესახებ კანონი, პასუხისმგებლობის შეზღუდვის შესახებ შეთანხმე-

---

<sup>118</sup> Cal. Pub. Empls. Ret. Sys v. Coulter, 2002, Del. Ch. LEXIS 144 (Del.Ch. Dec.18, 2002). იხ. Wolcott, Jr, Boswell, Delaware Code Anotated, Michie, Delaware, 2011, 790.

<sup>119</sup> Rosser v. New Valley Corp. 2000 Del. Ch. Lexis 115 (Del.Ch. Aug. 15, 2000). იხ. Wolcott, Jr, Boswell, Delaware Code Anotated, Michie, Delaware, 2011, 790.

<sup>120</sup> იქვე, 523.

ბას დირექტორატს (სამეთვალყურეო საბჭოს) და საწარმოს შორის ბათილად მიიჩნევს, იმ შემთხვევაში თუ დირექტორის ან სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის მიერ კომპანიისათვის ზიანის ანაზღაურება აუცილებელია საზოგადოების კრედიტორთა დასაკმაყოფილებლად. ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა არ ნყდება თუნდაც რომ ისინი მოქმედებდნენ პარტნიორთა გადაწყვეტილების შესასრულებლად.<sup>121</sup>

აღნიშნული ნორმა პრაქტიკოსი იურისტების მიერ ხშირად განიმარტება იმგვარად, რომ თითქოს მენარმეთა შესახებ კანონი საერთოდ არ ითვალისწინებს წესდებით ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობის შეზღუდვის შესაძლებლობას, რაც არ არის სწორი. წესდებით პასუხისმგებლობის შეზღუდვა დასაშვებია, თუკი კომპანიის მიერ ანაზღაურებაზე უარის თქმის შედეგად კომპანიის კრედიტორები არ ზარალდებიან.

#### 4.1. დირექტორის პასუხისმგებლობის დაზღვევა

პასუხისმგებლობის დაზღვევა გულისხმობს, რომ კომპანია ყიდულობს სადაზღვეო პაკეტს დირექტორატისათვის და აზღვევს მის პირად ფულად პასუხისმგებლობას. პრაქტიკულად, ყველა ღია სააქციო საზოგადოება აშშ-ში იძენს დაზღვევას დირექტორთათვის.<sup>122</sup>

სადაზღვეო პაკეტი, როგორც წესი, არ ფარავს სისხლისამართლებრივი ნორმების დარღვევის გამო წარმოშობილ და მარეგულირებელი ორგანოს მიერ დაკისრებულ ჯარიმებს.<sup>123</sup>

აშშ-ის კანონმდებლობის მსგავსად, გერმანიის კანონმდებლობაც იცნობს დირექტორთა პასუხისმგებლობის დაზღვევას. სადაზღვეო კომპანიები გერმანიაში ამ სერვისს სთავაზობენ 1995 წლიდან. აქაც, როგორც წესი, სადაზღვეო პრემიას კომპანია იხდის დირექტორის სასარგებლოდ, მაგრამ სადაზღვეო თანხის ანაზღაურების მოთხოვნის მიზნით სარჩელის წარდგენის უფლება აქვს დირექტორს, როგორც დაზღვეულ ინდივიდს და არა კომპან-

<sup>121</sup> „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი მუხლი 9.6.

<sup>122</sup> Loos, (Edit) Winckler, Ripin, United States of America in: Directors' Liability: A Worldwide Review, Kluwer Law International and International Bar Association, Alphen aan den Rijn, 2006, 106.

<sup>123</sup> იქვე, 413.

იას. უნდა აღინიშნოს, რომ სადაზღვეო კომპანიების მიერ თანხის ნებაყოფლობით გადახდის ფაქტები საკმაოდ იშვიათია და შესაბამისად დირექტორებს უნევთ სასამართლო პროცესების წარმოება სადაზღვეო თანხის მისაღებად.<sup>124</sup>

დაზღვევამ შესაძლოა დაფაროს დირექტორის ან სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ვალდებულება, რაც მას წარმოეშვა გაუფრთხილებლობით ჩადენილი გადაცდომის გამო. დაზღვევა არ მოქმედებს განზრახ ჩადენილი გადაცდომის გამო წარმოშობილ ზიანთან დაკავშირებით.

დაზღვევა არ ფარავს წარმოშობილ ზიანს ნებისმიერი ოდენობით. არსებობს სადაზღვეო თანხის ზედა ზღვარი, რის შემდეგაც დირექტორი კვლავაც პირადად არის პასუხისმგებელი თანხის ანაზღაურებაზე. ზედა ზღვარი ყველა კომპანიაში განსხვავებულია და იგი ძირითადად განისზღვრება კომპანიის სიდიდის მიხედვით.<sup>125</sup> სააქციო საზოგადოებათა შესახებ კანონის 93-ე პარაგრაფის მეორე ნაწილის თანახმად, სადაზღვეო თანხა შეზღუდულია და არ უნდა იყოს დირექტორის წლიური ანაზღაურების 150%-ზე მეტი.<sup>126</sup>

აშშ-ში, კერძოდ კი დელავერის შტატში, დირექტორის მეტი დაცვის გარანტიები არსებობს, ვიდრე გერმანიაში. აშშ-ში დახვეწილია დირექტორის პასუხისმგებლობით დაზღვევის სისტემა (მაგ., აქ დირექტორებს არ უნევთ პირადად ჩაებან პროცესში სადაზღვეო თანხის ასაღებად, ასევე, მაღალია სადაზღვეო კომპანიის მიერ თანხის ნებაყოფლობით ანაზღაურების პროცენტული მაჩვენებელი), რაც დადებით მოვლენად უნდა შეფასდეს, ვინაიდან პასუხისმგებლობის დაზღვევის არსებობა დადებითად აისახება დირექტორატის საქმიანობაზე. ამ ორგანოს წარმატებული საქმიანობა კი პირდაპირპროპორციულ კავშირშია, ზოგადად, კომპანიის წარმატებასთან.

---

<sup>124</sup> იქვე, 290.

<sup>125</sup> kawamura, Anderson, (Edit) Rodewald, Tielman, Germany: in Corporate Governance, Jurisdictional Comparisons, Sweet & Maxwell, London, 2013, 105.

<sup>126</sup> AAKtiengesetz, para: 93 (4). იხ. <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/> [12.07.2015].

## დასკვნა

საკანონმდებლო დონეზე კრედიტორთა დაცულობას, უდიდესი მნიშვნელობა აქვს ბიზნესის განვითარებისათვის. ქვეყანაში ბიზნესის განვითარება და ინვესტორთა ნახალისება კანონმდებლობის საერთაშორისო სტანდარტებთან შესაბამისობაში მოყვანით უნდა დაინყოს. ამ მხრივ, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მენარმეთა შესახებ კანონი, ვინაიდან სწორედ მისი რეგულირების სფეროა საწარმოთა შექმნა, მათი მართვა, რეორგანიზაცია, ხელმძღვანელ პირთა უფლებები და მოვალეობები, საწარმოს კრედიტორთა უფლებები და ა.შ. კრედიტორთა უფლებებში სიცხადის შესატანად, სასურველია კანონში ცალსახად მიეთითოს, რომ კრედიტორებს აქვთ დერივაციული სარჩელის აღძვრის უფლება, თუკი კომპანია გადახდისუუნარობის პირასაა. უნდა განისაზღვროს გადახდისუუნარობის დასადგენად კანონი აღიარებს ბალანსის ტესტს (Balance-Sheet Test) თუ კომპანიაში ნაღდი ფულის არსებობის ტესტს (Cash-Flaw Test). შესაძლებელია ორივე მათგანის გათვალისწინებაც.

მიზანშეწონილია ნათლად იქნეს ჩამოყალიბებული დირექტორთა ძირითადი მოვალეობები საწარმოს მიმართ, ვინაიდან საქართველოში არ არის მდიდარი სასამართლო პრაქტიკა აღნიშნულ საკითხებთან დაკავშირებით, სასიცოცხლო მნიშვნელობას იძენს მოვალეობათა განსაზღვრა საკანონმდებლო დონეზე. მათი განსაზღვრა მნიშვნელოვანია პირველ რიგში არა პასუხისმგებლობის დაკისრების თვალსაზრისით, არამედ კომპანიის ხელმძღვანელ პირთა ინფორმირებულობის მიზნით, რათა დირექტორებისათვის ცნობილი იყოს იმ ძირითადი მოვალეობების შესახებ, რაც კომპანიის მიმართ გააჩნიათ და, ასევე, თუ რა შედეგები მოყვება მოვალეობათა დარღვევას. ამ შემთხვევაშიც ამოსავალი წერტილი პრევენციაა, ვიდრე ხელმძღვანელ პირთა დასჯა.

საბაზრო ეკონომიკის განვითარების კვალდაკვალ, კრედიტორთა უმრავლესობა საკუთარი ინტერესების დაცვას კონტრაქტის გაფორმებით ცდილობს და ახერხებს კიდევც. ეს ფაქტიკი წარმოშობს ლეგიტიმურ შეკითხვას, არსებული პრაქტიკის გათვალისწინებით, როდესაც კრედიტორები საკუთარი უფლებების დაცვას ახერხებენ კომპანიასთან ხელშეკრულების გაფორ-

მების შედეგად, საჭიროა თუ არა ზედმეტი რეგულაციები კანონმდებლობაში?

მოკლე პასუხი დასმულ შეკითხვაზე ის გახლავთ, რომ სამართალი, შესაძლოა წარმოადგენდეს მნიშვნელოვან დასაყრდენს და დამატებით გარანტიას სახელშეკრულებო დაცულობის უზრუნველყოფის თვალსაზრისით. სამართლის მიერ ე.წ. მზა დაცულობის წესების მიწოდებით შესაძლებელია დამატებითი ხარჯების თავიდან აცილება. ასევე, მნიშვნელოვანია სამართალი უზრუნველყოფდეს კრედიტორთა დაცულობას, განსაკუთრებით ისეთ შემთხვევებში, როდესაც მხარეთა შორის აღნიშნული საკითხების შეთანხმება ვერ ხერხდება.<sup>127</sup>

არანაკლები მნიშვნელობა ენიჭება სასამართლოს აღნიშნულ პროცესში. ამერიკის საკორპორაციო სამართალში უამრავი პროგრესული ნორმა სასამართლო პრაქტიკის გათვალისწინებით წარმოიშვა. სამოსამართლო სამართალი უდიდეს როლს ასრულებს, როგორც გერმანიის, ასევე ინგლისის საკორპორაციო კანონმდებლობის განვითარებაში. შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლო პრაქტიკას შეუძლია ნორმის ისეთი განმარტება და სრულყოფა, რაც მომავალში თავიდან აგვარიდებს დავებს. ცხადია, რაც უფრო სრულყოფილია კანონი, მით უფრო ნაკლებია დავის წარმოშობის შესაძლებლობა.

---

<sup>127</sup> Hertig, Kanda, Creditor Protection, in: *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford University Press, New York, 2004, 72.

# **Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Georgia and Forum selection clause / Choice of Jurisdiction (Brief comment on recent development of case law of Georgian Supreme Court)**

**Dr. George Svanadze<sup>1</sup>**

## **Introduction**

On 26 October 2015, the Supreme Court of Georgia ruled on case N a-2135-sh-46-2015<sup>2</sup> and set forth important interpretations and constructions on conflict of laws, including international private law and international civil procedural law. An essential part of the courts' decision and interpretations concerned the choice of international jurisdiction of courts (forum selection clause) and the legal nature/character and implications of the choice of jurisdiction in the context of recognition and enforcement of foreign judgments in Georgia.

The object of this article is to review judgment rendered by the Supreme Court of Georgia and to analyze respective interpretations as from practical as well as from theoretical standpoint. Purpose of this review is an attempt to make those conclusions based on judgment in question that might have considerable implications on further development of practice of recognition and enforcement of foreign judgments in Georgia and application of the rules of international private law and international civil procedural law of Georgia. Georgian law on international private law (the IPR-Georgia)<sup>3</sup> and bi- and multilateral international agreements become subject to interpretation and application of the court.

---

<sup>1</sup> Author of this article is Dr. George Svanadze, LL.M., MLB (Bucerius/WHU), attorney-at-law, Head of EY Law Practice Georgia, Associate Professor and Assistant Professor at Tbilisi State University (Georgia) and Tbilisi Free University (Georgia), academic co-director of National Center for Commercial Law Georgia.

<sup>2</sup> Decision of Supreme Court of Georgia N a-2135-sh-46-201 as of 26 October 2015, available on [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge).

<sup>3</sup> Matters of international private law and international civil procedural law are covered by the Georgian law on international private law as of 29.04/1998.

Interesting issues covered by the reasoning of the court are as follows:

- Distinction between the exclusive and specific international jurisdiction of courts;
- *Forum-Shopping*;
- *actor sequitur forum rei*;
- *revision au fond*;
- mirror-image rule/principle (“*Spiegelbildsprinzip*“);
- Legal nature and effects of the recognition of foreign court decisions;
- Correlation of the bi- and multilateral treaties effective in Georgia.

## I. The Case

Ukrainian company (the “UCo” / the “claimant“) filed a suit against Georgian company (the “GeoCo“) in state court of the Ukraine claiming USD 205,000 for breach of construction service contract (the “Contract“). The “UCo“ won the case in the Ukrainian state court of Kharkov and submitted the judgment rendered as of 06.08.2013 to Georgian Supreme Court for recognition and enforcement on the territory of Georgia. The “GeoCo“ requested oral hearing of the recognition process in Supreme Court of Georgia and submitted respective arguments against recognition of the Ukrainian judgment as follows:

First argument of the “GeoCo“ is based on the art. 68 (2) (d) IPR-Georgia which sets forth that the recognition of a foreign judgments is to be denied if “[...] the foreign court that adopted the decision is not considered as competent under the legislation of Georgia“ (“*Spiegelbildsprinzip*“<sup>4</sup>);

Second argument of the “GeoCo“ is based on art. 9 (b) IPR-Georgia which provides that Georgian courts shall have international jurisdiction if „[...] the obligations under an agreement must be fulfilled in Georgia“;

Third argument of the “GeoCo“ refers to the involvement of Ukrainian co-defendant in the proceedings in the Ukrainian court. In particular, the Ukrainian court involved in the proceedings another Ukrainian company as co-defendant. This co-defendant was considered as a guarantor of the “GeoCo“ for the purposes of the Contract in question. The “GeoCo“

---

<sup>4</sup> With further references for Georgian and German law see: Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 77, 85.



alleged that it had no relationship with any guarantor and that only reason to have the guarantor involved in the proceedings was to artificially establish international jurisdiction of the Ukrainian court based on its domicile in Ukraine.

Fourth argument, to be impliedly seen in the judgment in question is the forum selection clause as stipulated in the art. 12 of the Contract as follows:

***“In case parties do not reach amicable agreement by negotiations, then the dispute should be subject to the courts of the state (except jurisdiction of ordinary courts) where the defendant has its seat, in accordance with the regulations of respective court and substantive and procedural laws of the state of defendant.”***

Irrespective the above arguments, the Supreme Court of Georgia recognized the Ukrainian judgment based on the below discussed reasoning.

## **I. Comment of the judgment**

### **I. Legal nature of the forum selection clause**

It is the only case in question where the Georgian court addressed the issue of legal nature of the forum selection clause as set forth in the art. 12 of the Contract. In particular, the Supreme Court of Georgia construed that the ***“Agreement on choice of jurisdiction [forum selection clause] is an agreement of independant nature and separate from the main contract and the validity and enactment of such an agreement is subject to substantive law and its admissibility, form and legal effects are subject to respective procedural law. In Georgian reality the issue of form is subject to article 18 of IPR-Georgia<sup>5</sup> and the validity and***

---

<sup>5</sup> Art. 18 IPR-Georgia sets forth:

1. Parties may agree on international jurisdiction of a court of Georgia even if it is not competent under Articles 8, 9 and 10 of this Law. The agreement must be concluded:
  - a) in writing or verbally followed by a written confirmation;
  - b) in international trade relations in the form that corresponds with international trade practices and which is or must have been known to the parties.
2. Courts of Georgia shall have international jurisdiction if a respondent party agrees to participate in a proceeding without lodging an objection to the jurisdiction of the court despite:

*enactment should be governed by the law determined as applicable law in accordance with the article 27 of IPR-Georgia*<sup>6, 7</sup>

This interpretation of the forum selection clause complies with the constructions to be found with respect to German law.<sup>8</sup> This approach of Georgian Supreme Court will bring more clarity to the matters of construction of the forum selection clauses. Moreover, the discussed assessment of the forum selection clause compares with the developed interpretation of the arbitration agreements.<sup>9</sup> If the interpretation in question would be followed by the future coming judgments of Supreme Court of Georgia with the purpose to set unified approach, then it would contribute to establishment of Georgia as attractive forum for international

---

a) the respondent is represented by a lawyer;

b) the judge notified the respondent of the possibility of lodging an objection and the notification is recorded in a protocol of the proceeding.

3. The parties may make an agreement on international jurisdiction of a foreign court if one party has a place of residence, residence or habitual residence in a foreign country. Accordingly, paragraph 2 of this article shall apply to the agreement.

4. Agreements on jurisdiction defined in Articles 10-16 of this Law shall be void. In this case paragraph 2 of this article shall not apply.

<sup>6</sup> Art. 27 IPR-Georgia sets forth:

1. Entry into force and authenticity of a transaction or of its individual provision shall be determined by the law of a country which ought to have been applied to determine the authenticity of the transaction or any of its provisions.

2. If there are circumstances according to which determination of the activity of one party under the law referred to in paragraph 1 of this article during contract negotiations may have been unjustified, a person may apply the law of his/her country of habitual residence to prove that he/she has not given consent to concluding the contract.

<sup>7</sup> Compare with further references to the additional literature: Svanadze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in light of International Sales Law, Georgian Business Law Review, 2015, 50 (<http://nccl.ge/ge/review>); Svanadze, Rechtsnatur der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung im georgischen Recht: Kann die ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung georgischen Gerichten als Abwehrmaßnahme gegen forum shopping im Ausland dienen? (Rechtsvergleichende Analyse) in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum ([www.mpipriv.de/gus](http://www.mpipriv.de/gus)), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010\\_12\\_22\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010_12_22_013.pdf)).

<sup>8</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 495; HM, BGHZ 49, 384; 59, 23, 26.

<sup>9</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 1319; B. Born, International Arbitration: Law and Practice, 2012, 43, 45; Graffi, The law applicable to the validity of the arbitration agreement: A practitioner's view in: Ferrari/Kröll, Conflict of Laws in International Arbitration, 2011, 19, 63.

disputes. This would make easier for respective practitioner lawyers drafting forum selection clauses to foresee and appropriately plan the litigation strategy related to Georgian courts.

It is very important to underline, that the judgments in question very firstly raised the issue of applicable law to the forum selection clause. Splitting of the issue into two parts leading to applicable substantive law based on art. 27 IPR-Georgia<sup>10</sup> and procedural law in accordance with art. 18 of IPR-Georgia is very first and exceptional approach for the Georgian case law and reality. This brings new era and impulse for further development and internationalization of Georgian conflict of laws in general. The judgment in question contains extensive interpretation and reasoning on the issue of exclusive jurisdiction of Georgian courts, which has not been dealt into such details before.

### **a. Exclusive International Jurisdiction**

One of the main part of the reasoning of the Supreme Court of Georgia is devoted to the analysis of the system of international jurisdiction of Georgian courts. It is very first time when the Supreme Court impliedly construed art. 10 IPR-Georgia<sup>11</sup> as providing set of rules of exclusive international jurisdiction of Georgian courts and not a specific international jurisdiction as it reads word-by-word from the legislators' terminology.<sup>12</sup> This is huge positive step made forward by

---

<sup>10</sup> Please see analysis of the art. 27 IPR-Georgia by Vashakidze, *Das Internationale Privatrecht von Georgien*, 2014, 140, 144.

<sup>11</sup> Art. 10 IPR-Georgia sets forth:

*Courts of Georgia shall have specific [exclusive] international jurisdiction only over claims that refer to:*

- a) immovable property, if the property is in Georgia;*
- b) the authenticity or termination of decisions of a legal person or its body, if the residence of the legal person or its body in Georgia;*
- c) registration of legal persons by the courts of Georgia or other bodies;*
- d) registration of a patent, a trademark or other rights, if the rights were registered or requested for in Georgia;*
- e) enforcement actions that were requested for or implemented in Georgia.*

<sup>12</sup> According to terminology used by the Georgian legislator the art. 10 IPR-Georgia reads as "specific international jurisdiction", however, the content of the art. 10 is exclusive international jurisdiction. For this issue see further analysis by: Svanadze, *Grundlagen*

the judiciary in order to fill in the technical gap of the legislation which would avoid misleading understanding and misinterpretations of the art. 10 IPR-Georgia in the future.

It now became possible to infer that art. 10 IPR-Georgia sets forth rules of exclusive international jurisdiction of Georgian courts, which has its implications as on the direct as well as on indirect international jurisdiction of Georgian courts (“Entscheidungszuständigkeit“ and “Anerkennungszuständigkeit“)<sup>13</sup>.

In particular, if a case falls under the exclusive international jurisdiction of Georgian courts according to the art. 10 IPR-Georgia, then the following main legal outcomes are to be taken into consideration: (a) respective parties’ agreement on international jurisdiction of the Courts other than Georgian would be declared as void under art. 18 (4) IPR-Georgia; and (b) if respective party still files suit in foreign Court outside of Georgia and then brings the judgment back to Georgia for the purposes of recognition and enforcement of the judgment in Georgia, then the Supreme Court of Georgia should reject the recognition based on art. 68 (2) (a) IPR-Georgia.<sup>14</sup>

Hence, based on the above-developed analysis it would be reasonable and practicable to bring the claim in Georgian courts in such cases where the final enforcement of respective judgment is sought in Georgia and a case scenario falls under art. 10 IPR-Georgia.

### **a. Interpretation of the forum selection clause**

As already prescribed above, wording of forum selection clause in question was as follows:

***“In case parties do not reach amicable agreement by negotiations, then the dispute should be subject to the courts of the state (except jurisdiction of ordinary courts) where the defendant has its seat, in***

---

des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 83, 84; Svanadze, Recognition of foreign judgments in Georgia: Is the Recognition of foreign judgments in Georgia predictable? in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (www.mpipriv.de/gus), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009\\_12\\_09\\_023.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009_12_09_023.pdf)).

<sup>13</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 216.

<sup>14</sup> Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 84.

***accordance with the regulations of respective court and substantive and procedural laws of the state of defendant.***<sup>15</sup>

It is important to underline that Supreme Court of Georgia dealt with the Georgian translation of the above clause that was originally drafted in Russian. Main subject to interpretation was the following part of the clause in brackets: “[...] (*except jurisdiction of ordinary courts*)”.

In particular, the Supreme Court of Georgia devoted extensive reasoning to the following two issues:

- Whether the part in the brackets means that the parties to the Contract have excluded jurisdiction of ordinary courts of all countries other than the countries where they have their seats; or
- The parties have underlined with the wording in the brackets that in addition to jurisdiction of ordinary courts, the parties can bring the claim to the courts of that state where respective defendant has its seat.

**The Supreme Court of Georgia concluded in favor of the second option of the above interpretation and inferred that the forum selection clause does not derogate jurisdiction of ordinary courts. Therefore, the “UCo“ was not deprived of right to claim in the court of Ukraine and consequently the recognition of judgment of Ukrainian court should not be denied based on the art. 68 IPR-Georgia.**

### ***Thoughts on Reasoning***

This conclusion of the Supreme Court of Georgia might become subject to challenges based on the following arguments:

It is relevant to stress that the principle of “actor sequitur forum rei”<sup>15</sup> applies almost in all jurisdictions. Hence, the parties’ right to bring the claim to the court of state where the defendant has its seat would have been given based on the applicable domestic law and international bi- and multilateral treaties even without any wording of the art. 12 of the Contract in question.<sup>16</sup> Hence, based on the common sense of reasonable

---

<sup>15</sup> Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 222, 251.

<sup>16</sup> This right of potential claimant and therefore sort of defense of the defendant is guaranteed under art. 8 IPR-Georgia, art. 76 (1) (2) of the Ukrainian Law on International Private Law as of 23.06.2005, N2709-IV (the “IPR-Ukraine”), art. 21 of The Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters as of 22

and prudent person there should not be any need for the parties to specially agree on the international jurisdiction of the courts of the country where respective defendant has its seat. Moreover, both parties in question are legal entities engaged in international commercial transactions. Hence, their understanding of respective business environment and potential legal outcomes deriving out of commercial contracts as such are foreseeable in contrast to less experienced individuals. Hence, it is hard to assume and presume that the lawyers and respective representatives of such business entities hereto should not be expected to be aware of the above legal outcomes and applicable domestic and international regulations.

Based on the above analysis one could infer that the parties intention was to exclude international jurisdiction of all ordinary courts and agree on the exclusive international jurisdiction of the courts of state where respective defendant would have its seat. The forum selection clause could be considered as prorogation of the courts of respective defendants with very limited element of “*forum shopping*”<sup>17</sup> in it; i.e. to claim to the courts of state of respective defendant. Hence, the “UCo” could bring the claim against “GeoCo” in Georgian court and vice-versa the “GeoCo” could file the claim against “UCo” in the court of Ukraine.

Consequently, one could infer that the word “*except*” included in the wording in the brackets of the forum selection clause could be construed as the word with the meaning of exclusion of the international jurisdiction of respective ordinary courts and solely agreeing on the exclusive international jurisdiction of the court of respective defendant.

In order to proceed with the above conclusion that the parties have excluded international jurisdiction of ordinary courts it is also important to check, whether respective applicable laws find it admissible to designate

---

January 1993, Minsk, as amended on 28 March 1997 (the “MinskC”) and art. 21 of the Agreement between Ukraine and the Georgia on legal assistance and legal relations in civil and criminal cases as of 06.12.1996 (the “Georgian-Ukrainian Agreement”).

<sup>17</sup> Please see with additional references: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 250; and for Georgian law see: Svanadze, Rechtsnatur der internationalen Gerichtsstandsvereinbarung im georgischen Recht: Kann die ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung georgischen Gerichten als Abwehrmaßnahme gegen forum shopping im Ausland dienen? (Rechtsvergleichende Analyse) in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (www.mpipriv.de/gus), ([http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010\\_12\\_22\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2010_12_22_013.pdf)).

exclusive international jurisdiction of respective courts by way of particular combination of prorogation-derogation and mutual agreement of the parties. This issue is analyzed in the below sub-section.

Notwithstanding the fact that, the above principles of “actor sequitur forum rei” and “forum shopping” have been correctly mentioned and analyzed by the Supreme Court of Georgia in the case in question, the above provided application of the principles did not find their place in the reasoning of the Court. Respectively, the Court concluded that the parties set forth the possibility of “forum shopping” as in the courts of defendant as well as in the courts according to the ordinary applicable general rules of international jurisdiction of respective country’s courts.

### ***Agreement on international exclusive jurisdiction***

It is important to stress that neither IPR-Georgia nor the MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement expressly set forth the rules applicable to agreements on exclusive international jurisdiction of respective courts. However, the mentioned laws does not stipulate any rule prohibiting parties to agree on exclusive forum selection clause based on generally applicable parties’ private autonomy principle.

Furthermore, as art. 18 IPR-Georgia as well as art. 21 MinskC<sup>18</sup> and art. 21 Georgian-Ukrainian Agreement<sup>19</sup> expressly stipulate parties’ right on choice of jurisdiction. Hence, if there is a choice of jurisdiction made between respective parties, then the legal nature and its content is subject to interpretation. In such cases, where the applicable laws as IPR-Georgia, MinskC or Georgian-Ukrainian Agreement does not precisely provide directly applicable rules as it is the case for Brussels regime<sup>20</sup>,

---

<sup>18</sup> Art. 21 (1) MinskC:

*The courts of contracting states shall have jurisdiction also in cases, where there is written agreement between the parties on choice of jurisdiction. [...] The exclusive jurisdictions of the courts should not be changed based on such agreement.*

<sup>19</sup> Art. 21 (2) Georgian-Ukrainian Agreement:

*The courts of contracting states shall have jurisdiction also in cases, where there is written agreement between the parties on choice of jurisdiction. [...] The exclusive jurisdictions of the courts should not be changed based on such agreement.*

<sup>20</sup> See: art. 25 of the REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on jurisdiction and the recognition and enforce-

the turn goes to judge-made law through interpretation. In particular, respective judges should very carefully and closely study the wording of the parties' choice of jurisdiction clause and interpret it based on the methods of interpretation<sup>21</sup>.

It is worth to mention that Supreme Court of Georgia has really very carefully studied the clause in question, which is very important for development of Georgian case law, however, the Court landed to another decision then discussed hereto.

In the case in question, there was a room for development of interpretation to conclude that the parties have agreed on exclusive international jurisdictions of the courts of respective defendants' seat, however, it was not an outcome of the judgment. Furthermore, the "GeoCo" could contribute to it by way of providing respective argumentation; however, based on publicly available judgment materials, it was not the case too.

According to the above considerations, one could conclude that generally parties are not deprived of right to draft such wording of forum selection clause that expressly would show parties intention to exclusively designate exclusive international jurisdiction of respective state court(s). Moreover, the parties can freely choose the jurisdiction, if it does not change statutory exclusive jurisdiction.<sup>22</sup> In the case in question, there was no statutory exclusive jurisdiction of any court. Hence, the parties could freely agree on the exclusive jurisdiction of the courts of respective defendant.

As an interim conclusion, it is possible to infer that the parties' agreement on forum selection could be interpreted as the agreement on exclusive international jurisdiction of defendants' court. Consequently, if the Supreme Court of Georgia would have applied the above developed approach, then the outcome of the case could be another; i.e. the Court could have rejected recognition of the Ukrainian judgment in Georgia

---

ment of judgments in civil and commercial matters.

<sup>21</sup> Svanadze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in light of International Sales Law, *Georgian Business Law Review*, 2015, 53, 54 (<http://ncl.ge/ge/review>).

<sup>22</sup> Compare same regulations of art. 18 (4) IPR-Georgia, art. 21 (1) Georgian-Ukrainian Agreement and art. 21 (2) MinskC.



based on art. 43 (3) Georgian-Ukrainian Agreement<sup>23</sup> or art. 55 (d) MinskC<sup>24</sup> considering the agreed international jurisdiction as exclusive one. The same conclusion could be made based on application of art. 68 (2) (a) IPR-Georgia<sup>25</sup>, provided that there is no applicable international agreement prevailing the domestic rules of IPR-Georgia.<sup>26</sup>

## **b. Correlation of domestic law, bi- and multilateral conventions**

The case in question is very important from the perspective of status-conflict between the sources of conflict of laws of Georgia and determination of the primacy between them. In particular, Georgian case law showed non-unified approach and application of international bi- and multilateral agreements so far when dealing with recognition and enforcement of foreign judgments on the territory of Georgia.<sup>27</sup> However, this case is very good example where the Court attempted to draw the line between domestic law and international treaties.

The judgment includes reasoning and application of MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement. However, in the resolution part of the judgment it still refers simultaneously to art. 68 IPR-Georgia and art. 51, 53 MinskC without declaration of primacy of MinskC, as an international

---

<sup>23</sup> Art. 43 (3) Georgian-Ukrainian Agreement:

*The judgement should not be recognized or enforced, if: [...] where the recognition and enforcement is sought, the case falls under exclusive jurisdiction of courts of such contracting state.) In accordance with this agreement or in cases not foreseen by this agreement but in accordance with the laws of contracting state.*

<sup>24</sup> Art. 55 (d) MinskC:

*The judgement should not be recognized or enforced, if: [...] where the recognition and enforcement is sought, the case falls under exclusive jurisdiction of courts of such contracting state.) In accordance with this agreement or in cases not foreseen by this agreement but in accordance with the laws of contracting state.*

<sup>25</sup> Svanadze, Drafting and Negotiating International Commercial Contracts in light of International Sales Law, Georgian Business Law Review, 2015, 53, 54 (<http://nccl.ge/ge/review>).

<sup>26</sup> With respect to correlation of domestic law to international treaties, see respective sub-section c. below.

<sup>27</sup> See with analysis of respective case law Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 12-16.

treaty, to the domestic IPR-Georgia.<sup>28</sup>

From this approach of the Supreme Court of Georgia one could conclude that the Court solved issue of primacy of application between MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement in favor of MinskC. However, the Court did not provide any clarification whether based on which assumptions and assessments it ruled so.

In such cases, it should be expected that respective court sets forth clear reasoning why one international agreement prevails another one. In this case, the Supreme Court of Georgia should have declared why multilateral convention – MinskC – prevails bilateral Georgian-Ukrainian Agreement. In particular, it would be helpful for development of Georgian case law if the Supreme Court of Georgia would have developed reasoning with respect to the principles as „lex specialis derogate legi generali“<sup>29</sup> and so called principle of “favorability“ (“Günstigkeitsprinzip“)<sup>30</sup>.

On the other hand one should also admit, that due to the fact that respective articles of MinskC and Georgian-Ukrainian Agreement on recognition and enforcement of the judgments are same, the non-application of above methods and principles would not have essential implication on final outcome of the case in question. However, for the clarity and predictability of future cases, it would be reasonable to have the above clarifications demonstrated in coming rulings on recognition and enforcement of foreign judgments by the Supreme Court of Georgia.

On the other hand it remains not clear why art. 68 IPR-Georgia simultaneously with MinskC is applied in the resolution part of the judgment. It would be more desired from the perspective of increase of degree of foreseeability of the case outcome to clearly define that international multilateral treaty – MinskC – prevails over domestic IPR-

---

<sup>28</sup> Please see art. 6 of Constitution of Georgia as of 24.08.1995, art. 7 (3) of Georgian Law on Normative Acts as of 22.10.2009 and art. 2 IPR-Georgia; according to the cited articles of respective laws international agreements and treaties enjoy primacy towards IPR-Georgia. Hence, Georgian judges are obliged to apply primary applicable international agreements/treaties, if the subject matter of respective case falls under the scope of international agreement/treaty ratified by Georgia.

<sup>29</sup> Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 16.

<sup>30</sup> Compare: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, Aufl. 6., Rn. 68; Linke/Hau, IZPR, Rn. 433; Geimer, IZPR, Rn. 2766; MünchKommZPO/Gottwald, § 328, Rn. 14; Martiny, Hdb. IZVR, Bd. III/1, Kap. I, Rn. 223 ff. Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 17.

Georgia. This would avoid further misleading misunderstandings for practitioner lawyers when dealing with such cases.

## 1. Revision au found

It is also very first case when the Supreme Court of Georgia referred to the principle of “revision au found”. The principle was applied by the Supreme Court of Georgia to explain why it did not go into further details with respect to “GeoCo’s” allegation that the Ukrainian guarantor was not appropriate party to the case. The reasoning of the Supreme Court of Georgia was that the “GeoCo” had an opportunity to submit its motion regarding this issue during the proceedings in the Ukrainian court. However, the “GeoCo” has not made use of this chance. Consequently, according to the judgment, the “GeoCo” lost the opportunity, as according to the essence of recognition proceedings, the Supreme Court cannot revise the details of the case and re-litigate or re-examine the merits of the case.<sup>31</sup>

Furthermore, the “GeoCo” even did not appeal the judgment in Ukraine and let the Ukrainian court to enter into force (to enjoy *res judicata*).

It is subject to scrutinized interpretation whether the principle of “revision au found” primary applies to this circumstances. However, the Supreme Court’s reasoning deserves positive assessment as it shows huge attempt to render judgment in compliance with and based on internationally recognized principles of conflict of laws and in particular, of international civil litigation.

## 2. Effect of Recognition

Supreme Court of Georgia raised the issue of effect of recognition. It is not clear for what purposes was the assessment made regarding this particular case, as there is no clear reference in the reasoning to the need of determination of the legal effects of the recognition. However, irrespective of this fact, the Supreme Court of Georgia provided conclusions on the

---

<sup>31</sup> Compare: Martiny, Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in the Federal Republic of Germany, 35 Am. J. Comp. L. 1987, p. 728.

effects of recognition.

The Supreme Court of Georgia based its reasoning on the so-called theory of equivalence (“Gleichstellungstheorie”).<sup>32</sup> In the previous judgment of the Supreme Court of Georgia<sup>33</sup> there was so called theory of “extension of effect” (“Wirkungserstreckungstheorie”)<sup>34</sup> applied. According to this theory, the authority and effect of the foreign judgment recognized in the recognizing country is equal to the authority and effect of the judgment in the rendering state.<sup>35</sup>

It is worth to mention, that the previous judgment relates to the recognition of arbitration award rendered by the London Court of Arbitration. However, the application of the “Wirkungserstreckungstheorie” could become positive impulse for its application on the recognition of foreign state courts’ judgments. This would allow finally achieving application of more balanced theory of accumulation (“Kumulationstheorie”), which provides that “... a foreign judgment should be enforced as it would be in the rendering state, except insofar as its effects exceed those that German [Georgian] law allows for German [Georgian] judgments”.<sup>36</sup>

It would be preferable for the further development of Georgian case law on recognition and enforcement of foreign judgments to apply “Kumulationstheorie” especially in light of the fact, that the scope of *res judicata* of Georgian court decisions is quite broad. It extends not only to the operative provision of the judgment but also to the reasoning of the judgment (see art. 266 of the Civil Procedural Code of Georgia as of 14.11.1996).<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> See the analyses of Georgian case law with respect to legal effects of recognition in: Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 22-29.

<sup>33</sup> Judgment of Supreme Court of Georgia N a-1985-sh-68-09 as of 26.03.2010.

<sup>34</sup> See the analyses of Georgian case law with respect to legal effects of recognition in: Svanadze, Grundlagen des deutsch-georgischen Anerkennungsrechts, 2014, 22-29.

<sup>35</sup> Instead of others please see with further references: Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 881-886.

<sup>36</sup> Compare: Wurmnest, Recognition and Enforcement of U.S. Money Judgments in Germany, 23 Berkeley J. Int'l L. 2005, p. 182; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl., Rn. 886.

<sup>37</sup> Art 266 \_ Effects of entry into force of a judgement:

*After a judgement enters into force, the parties or their successors may not apply again to a court with the same claims on the same grounds, or dispute the facts and legal relationships established under a judgement in other proceedings;* Svanadze, Grundlagen

## II. Conclusion

It is very important to underline and conclude that the judgment of the Supreme Court of Georgia in question includes very important interpretations for further development of Georgian case law on recognition and enforcement of foreign judgments on the territory of Georgia. This judgment is to be considered as huge step forward bringing Georgian case law in compliance with the internationally recognized approaches and principles. The judgment leaves some parts for challenging, however, it is in some cases indispensable part of the development of law of particular country. The approach demonstrated by this judgment is very promising from the practical standpoint. If this approach would be followed by the future coming judgments to be rendered by the Supreme Court of Georgia, then the international civil litigation and application of conflict of laws rules by the Georgian courts would become more predictable, effective and cost-efficient for the businesses. This would contribute to raising of attractiveness of the Georgian forum on the international level for the internationally engaged businesses that could have very positive legal and economic effect on Georgia as country and a seat with high but still hidden potential in the field of international commercial disputes at least for its region.

**დავის საერთაშორისო საარბიტრაჟო წესით  
განხილვისას გამოსაყენებელი მატერიალური  
სამართლის განსაზღვრა მხარეთა შეთანხმების  
არარსებობისას**

სიმონ ტაკაშვილი<sup>1</sup>

შესავალი

თანამედროვე საერთაშორისო კომერციული და ბიზნეს ურთიერთობების განვითარებასთან ერთად აქტუალური ხდება სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა შორის წარმოშობილი უთანხმოების სამართლებრივი მოწესრიგების საკითხი. განვითარებული ქვეყნების უმრავლესობა ცდილობს შექმნას დავის გადაწყვეტის სწრაფი და ეფექტური საშუალებები. ამ თვალსაზრისით აღსანიშნავია საარბიტრაჟო ტრიბუნალები, რომლებიც დავის მიუკერძოებლად და სწრაფად გადაწყვეტისთვის მხარეთათვის მოქნილი და მისაღები ინსტიტუტებია.

კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები ხშირად სცილდება ერთი კონკრეტული მართლწესრიგის ფარგლებს, რაც ასეთი ურთიერთობებიდან წარმოშობილი დავებისადმი სპეციფიკურ დამოკიდებულებას მოითხოვს. ამ ვითარებაში მხარეთა შორის წარმოშობილი დავა (მხარეთა შეთანხმების არსებობისას) შესაძლოა საარბიტრაჟო განხილვას დაექვემდებაროს. მით უფრო, რომ სხვადასხვა ქვეყნის რეზიდენტი მხარეები, მათ შორის, წარმოშობილი დავების გადასაწყვეტად ხშირად ირჩევენ საერთაშორისო არბიტრაჟს, რადგან მათ საკუთარი სამართლებრივი უფლებების სიზუსტისა და განჭვრეტადობის მაღალი ხარისხი სურთ.<sup>2</sup> შესაბამისად, დავა საერთაშორისო კერძოსამართლებრივ ხასიათს იძენს, რაც მხარეთა მიერ გამოსაყენებელი მატერიალური სამარ-

---

<sup>1</sup> ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, კომპანია „ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის“ უფროსი იურისტი, ადვოკატი.

<sup>2</sup> Gary B. B., *International Commercial Arbitration*, volume II, second edition, 2014, 2615.

თლის განსაზღვრის არარსებობის პირობებში საკმაოდ პრობლემურ საკითხს წარმოადგენს.

წინამდებარე ნაშრომის მიზანია გაანალიზებულ იქნას დავის საერთაშორისო საარბიტრაჟო წესით განხილვისას გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენის წესები და ის პრინციპები, რომელთა საშუალებითაც საარბიტრაჟო ტრიბუნალები ხელმძღვანელობენ. ამ მხრივ განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, ტრიბუნალის მიერ მატერიალურ სამართლად ე.წ. ზეიმპერატიული ნორმების გამოყენება, რაც საერთაშორისო საინვესტიციო დავებში საკმაოდ პრობლემური და არაერთგვაროვანი შეფასების საგანი გახდა.

მიზნის მისაღწევად ნაშრომში ეტაპობრივადაა განხილული მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის განსაზღვრის მეთოდები. ნაშრომში ძირითადი აქცენტი კეთდება საერთაშორისო არბიტრაჟოში საერთაშორისო კერძო სამართლის უზოგადესი პრინციპების, მათ შორის, საერთაშორისო სავაჭრო ჩვეულებების<sup>3</sup> გამოყენებაზე, რასაც ხშირ შემთხვევაში საარბიტრაჟო ტრიბუნალი არ ითვალისწინებს და გამოსაყენებელ მატერიალურ სამართალს „თვითნებურად“ ადგენს.

ნაშრომი შესრულებულია შედარებითი, სისტემური, ლოგიკური და ანალიტიკური მეთოდის გამოყენებით. თითოეული მეთოდის გამოყენება ნაშრომის სხვადასხვა ნაწილში, ერთი მხრივ, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენის საკითხებსა და მეორე მხრივ, ამ სამართლის განმარტებას ემსახურება. ამასთან, ნაშრომში გაანალიზებული და შეფასებულია რამდენიმე საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, რომელთა საფუძველზეც შესაძლებელია ქართული სინამდვილისთვის საჭირო დასკვნების გამოტანა და პრაქტიკაში გათვალისწინება.

ნაშრომის პირველ ნაწილში საუბარია მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას დავის განმხილველი არბიტრაჟის მიერ მატერი-

---

<sup>3</sup> დაწვრილებით ამის შესახებ იხილეთ: Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 294.

ალური სამართლის პირდაპირ გამოყენებაზე, რომელიც საერთაშორისო საარბიტრაჟო სამართალში *voie directe* სახელითაა ცნობილი. იგი მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას, არბიტრთა მიერ გამოსაყენებელი სამართლის „თვითნებურად“ განსაზღვრასა და იმ კრიტერიუმების ანალიზს გულისხმობს, რომელთა საფუძველზეც ხდება ამა თუ იმ მატერიალური სამართლის დადგენა. ასევე, განხილულია ე.წ. არაპირდაპირი და პირდაპირი მიდგომები,<sup>4</sup> რომლებიც თანამედროვე საერთაშორისო არბიტრაჟში მნიშვნელოვან როლს ასრულებს.

ნაშრომის მეორე ნაწილში განხილულია არბიტრაჟის მიერ საერთაშორისო კოლიზიური ნორმების გამოყენების საკითხი, რაც პრაქტიკაში არაერთგვაროვანია. ამასთან, გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენისა და განმარტებისთვის გაანალიზებულია საერთაშორისო უნიფიცირებული აქტების როლი.

ნაშრომის ბოლოს დასკვნის სახით წარმოდგენილია კვლევის ის შედეგები და შენიშვნები, რომელთა პრაქტიკაში გათვალისწინებაც სასურველია. ზემოაღნიშნულ საკითხთა ერთობლიობით კი მიღწეულ იქნება ნაშრომის შესავალში დასახული მიზნები.

## **I. არბიტრთა მიერ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის პირდაპირი განსაზღვრა**

### **1. მატერიალური სამართლის განსაზღვრა არბიტრთა მიერ**

თანამედროვე საერთაშორისო პრაქტიკაში სულ უფრო ხშირია ისეთი შემთხვევები, როდესაც არბიტრები მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას გამოსაყენებელ სამართალს თავიანთი შეხედულებით ადგენენ. აღნიშნული მიდგომა საარბიტრაჟო სამართალწარმოებას ამარტივებს, რადგან არბიტრებს აღარ უწევთ საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ნორმების მხედველობაში მიღება და მარტივად ადგენენ ამა თუ იმ ქვეყნის სამართალს ან/და საერთაშორისო აქტს, ან უნიფიცირებულ წესებს გამოსაყ-

---

<sup>4</sup> Filip De Ly, Conflict of Law in International Arbitration \_ an Overview, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 7. ასევე, Born B. Gary, Law Governing International Arbitration Agreements, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2660;



ენებელ მატერიალურ სამართლად.<sup>5</sup>

საარბიტრაჟო დავის მონაწილე მხარეებმა შესაძლოა ხელშეკრულებაში გაითვალისწინონ საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი, თუმცა გამორჩეთ ან/და საერთოდ არ გაითვალისწინონ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართალი. აღნიშნული, როგორც წესი, იმითაა განპირობებული, რომ გარიგების დადების დროს მხარეები არ ფიქრობენ დავაზე და დავის მიმართ გამოსაყენებელ სამართალზე.<sup>6</sup> მხარეთა მიერ საარბიტრაჟო განხილვის ადგილზე შეთანხმება არ იწვევს გამოსაყენებელი სამართლის არჩევას იმ ადგილის მიხედვით, სადაც საარბიტრაჟო განხილვა უნდა მოხდეს.<sup>7</sup>

საერთაშორისო არბიტრაჟის მიერ გამოსაყენებელი სამართლის ცნება თავისი სამართლებრივი შინაარსით განსხვავდება საერთაშორისო კერძო სამართლის ანალოგიური კატეგორიისგან. ამ განსხვავებას საერთაშორისო არბიტრაჟის სპეციფიური ბუნება განაპირობებს.<sup>8</sup> მხარეთა არჩევანის არარსებობის შემთხვევაში, დავის საერთაშორისო საარბიტრაჟო წესით განხილვისას განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენა.<sup>9</sup>

როდესაც მხარეებს არ აურჩევიათ გამოსაყენებელი სამართალი, ეს არჩევანი არბიტრებმა უნდა გააკეთონ. თანამედროვე საარბიტრაჟო წესები არბიტრებს უფლებას აძლევს საკუთარი მოსაზრების საფუძველზე განსაზღვრონ გამოსაყენებელი სამართალი.<sup>10</sup> ამასთან, არბიტრებმა სამართლის განსაზღვრისას მხედ-

---

<sup>5</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 294.

<sup>6</sup> ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 492.

<sup>7</sup> Vogenauer S., Kleinheisterkamp J., Commentary on The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), New-York, 2009, 82.

<sup>8</sup> ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 452.

<sup>9</sup> Danilowicz V., The Choice of Applicable Law in International Arbitration, Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 9, Issue 2 (Winter 1986), 258; <<http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/hasint9&id=247>> [19.04.2015].

<sup>10</sup> Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitra-

ველობაში უნდა მიიღონ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების შესაძლო აღსრულების ადგილის სამართალი, რათა თავიდან იქნას აცილებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისათვის ხელშეშლა.<sup>11</sup>

იმის გათვალისწინებით, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალს, სასამართლოსგან განსხვავებით, არ გააჩნია თავისი ეროვნული „სამართალი“, რომლის წესებიც უპირობოდ უნდა გამოიყენოს, არბიტრებს სამართლის დადგენისათვის სხვადასხვა ხერხის გამოყენება უწევთ.<sup>12</sup> როგორც აღინიშნა, საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიმართ საკითხის ასეთი გადაწყვეტა იმითაა განპირობებული, რომ იგი არსებითად განსხვავდება სასამართლოსაგან. კერძოდ, არბიტრაჟი გამოსაყენებელ სამართალს საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის მიხედვით არ განსაზღვრავს.<sup>13</sup> სწორედ ამის საფუძველზე თეორიასა და პრაქტიკაში გამოყოფენ ორ ძირითად მიდგომას, რომელთა მიხედვითაც ხდება გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრა.<sup>14</sup> პირველ შემთხვევაში აღნიშნული დგინდება კოლიზიური ნორმების მხედველობაში მიღებით (voie indirecte), მეორე შემთხვევაში კი – პირდაპირი მითითებით ამა თუ იმ სამართალზე, კოლიზიური ნორმების გაუთვალისწინებლად (voie directe).<sup>15</sup>

UNCITRAL მოდელური კანონი,<sup>16</sup> რომელიც, როგორც სანდო სამართლებრივი გარემოს რეკლამა, თანამედროვე საარბიტრაჟო წესების ყველაზე მნიშვნელოვან მონაპოვრად იქცა და რომლის თანახმადაც დადგენილია საარბიტრაჟო სამართლის მინიმალ-

---

tion, second edition, New-York, 2012, 81.

<sup>11</sup> Filip De Ly, *Conflicts of Law in International Arbitration an overview*, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 7.

<sup>12</sup> *International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective*, third edition, edited by T. Varady, J. J. Barcelo, A. T. Von Mehren, New-York, 2006, 663.

<sup>13</sup> Born B. G., *International Commercial Arbitration*, second edition, 2014, 2621.

<sup>14</sup> ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 492.

<sup>15</sup> Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, second edition, New-York, 2012, 80.

<sup>16</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations, 1994; <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf)>[19.05.2015].

ური სტანდარტები,<sup>17</sup> საარბიტრაჟო ტრიბუნალს ანიჭებს უფლებამოსილებას გამოიყენოს ის „სამართლის ნორმები“, რომლებიც მხარეთა შეთანხმებითაა განსაზღვრული. ამ შემთხვევაში „სამართლის ნორმები“ ფართოდ უნდა განიმარტოს და მათში მოაზრებულ უნდა იქნას ისეთი ნორმებიც, რომლებიც არაცერთი ქვეყნის ეროვნული სამართლის შემადგენელ ნაწილს არ წარმოადგენს.<sup>18</sup>

გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრის პრინციპებს სხვადასხვა კონვენცია და უნიფიცირებული აქტი ადგენს. ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენცია „უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“<sup>19</sup> პირდაპირ არ საუბრობს საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ. ამასთან, კონვენციაში გამოსაყენებელ სამართალზე საუბარია მხოლოდ საარბიტრაჟო შეთანხმების ნამდვილობასთან დაკავშირებით და არბიტრაჟის მიერ გამოსაყენებელ საპროცესო სამართალზე. ამგვარად, მხარეთა შეთანხმებლობის შემთხვევაში კონვენცია არ ადგენს რაიმე სახელმძღვანელო წესებს იმისთვის, თუ როგორ შეიძლება საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა გამოსაყენებელი მატერიალური სამართალი განსაზღვროს.<sup>20</sup> ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრების თანახმად, კონვენციის ასეთი მიდგომა იმითაა განპირობებული, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალს გადაეცემა ფართო უფლებამოსილება მატერიალური სამართლის განსაზღვრის მიზნით კოლიზიური სამართლის ნორმების არჩევასთან დაკავშირებით ისე, როგორც ეს ხდება არბიტრების მიერ მატერიალური სამართლის გამოყენებასთან დაკავშირებით გადაწყვეტილებების მიღების შემთხვევაში.<sup>21</sup>

ნიუ-იორკის კონვენციის საპირისპიროდ, „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ“ ევროპის კონვენცია<sup>22</sup> პირდა-

<sup>17</sup> ბინდერი მ. პიტერ, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის კომენტარები, ქართული სამართლის მიმოხილვა, თბილისი, 10/2007-2/3, 184.

<sup>18</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Art, 28(1).

<sup>19</sup> <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf)> [19.05.2015].

<sup>20</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 266.

<sup>21</sup> Born B. G., Law Governing International Arbitration Agreements, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2619.

<sup>22</sup> < [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch\\_](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_)

პირ ითვალისწინებს გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის არჩევას მხარეთა მიერ, ხოლო ასეთი არჩევანის არარსებობისას კი არბიტრებმა მატერიალური სამართალი მათი შეხედულებით კოლიზიურ ნორმებზე დაყრდნობით უნდა განსაზღვრონ.<sup>23</sup> ეს მიდგომა თანხვედრაშია „indirecte approche“ პრინციპთან.

### **1.1. მატერიალური სამართლის პირდაპირი განსაზღვრა არბიტრაჟის მიერ (voie directe)**

ტრადიციული შეხედულებით არბიტრთა უმრავლესობა ვალდებული იყო მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას გამოსაყენებელი სამართლის დადგენისათვის მიემართა საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის კოლიზიური ნორმებისათვის. აღნიშნულის საწინააღმდეგოდ, თანამედროვე საარბიტრაჟო წესების უმრავლესობა არბიტრებს უფლებას აძლევს მხარეთა შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში საკუთარი ინიციატივით დაადგინონ გამოსაყენებელი სამართალი ისე, რომ მხედველობაში არ მიიღონ საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმები.<sup>24</sup> როგორც წესი, ასეთ დროს არბიტრები მხედველობაში იღებენ მხარეთა გარეგან და შინაგან ნებას, რომლის მიხედვითაც წყვეტენ, თუ რომელი სამართალია უფრო მეტად მხარეთა შინაგანი ნებით „არჩეული“. ამასთან, მიუხედავად მხარეთა მიერ ირიბად გამოხატული სურვილისა დაექვემდებარებინათ თავიანთი დავა რომელიმე სამართლისათვის, შესაძლოა არბიტრებმა გამოსაყენებელ სამართლად სულ სხვა სამართალი დაადგინონ.<sup>25</sup>

საარბიტრაჟო წესების უმრავლესობა საარბიტრაჟო ტრიბუნალებს უტოვებს ფართო დისკრეციას თავიანთი შეხედულებით განსაზღვრონ დავის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი, თუ მხარეებს იგი ხელშეკრულებაში ნათლად არ განუსაზღვრავთ.

---

XXII\_02p.pdf> [19.05.2015].

<sup>23</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 266.

<sup>24</sup> Vogenauer S., Kleinheisterkamp J., Commentary on The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), New-York, 2009, 83.

<sup>25</sup> Moses L. M., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, second edition, New-York, 2012, 81.

ამასთან, ყველა საარბიტრაჟო წესი აღნიშნულ შესაძლებლობას არ ითვალისწინებს. მაგალითად, ICC წესების თანახმად, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას უნდა გამოიყენოს ის სამართალი, რომელიც მისაღებია განსახილველ დავაში. შვეიცარიული წესებიც გარკვეული სახით ზღუდავს საარბიტრაჟო ტრიბუნალს სამართლის „თვითნებურად“ განსაზღვრის თვალსაზრისით. კერძოდ, საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შეუძლია გამოსაყენებელ სამართლად დაადგინოს მხოლოდ ის სამართალი, რომელსაც დავასთან „ყველაზე მჭიდრო კავშირი“ აქვს.<sup>26</sup> დაახლოებით ასეთი კრიტერიუმით წყვეტს საკითხს იტალიური კანონმდებლობაც. იტალიური სამართლის თანახმად, მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას გამოსაყენებელ სამართალს არბიტრები ადგენენ „ყველაზე შესაფერისი/ხელსაყრელი“ კრიტერიუმის გამოყენებით.<sup>27</sup>

სამართლის დადგენა არ გულისხმობს მხოლოდ ამა თუ იმ ქვეყნის სამართლის ნორმებს. თანამედროვე საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევა, როდესაც არბიტრები „სამართლის ნორმებში“ *Lex mercatoria*-სა და სამართლის ძირითად პრინციპებს გულისხმობენ.<sup>28</sup> აღნიშნული კი იმას ნიშნავს, რომ არბიტრები ხელმძღვანელობენ არა კონკრეტულად რომელიმე ქვეყნის სამართლის ნორმებით, არამედ სამართლის დაუნერგელი ნორმებით, რომელიც არბიტრთა მოსაზრებით, უფრო მეტად მისაღები და გამოყენებადია კონკრეტული საქმის ფაქტობრივ გარემოებებთან მიმართებით. ეს ტენდენცია განაპირობა თანამედროვე შეხედულებებმა არბიტრაჟის შესახებ. კერძოდ, ცნობილია, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟი, როგორც ინსტიტუტი, დამოუკიდებელია ნებისმიერი ქვეყნის ეროვნული კანონმდებლობისაგან, რაც იმას გულისხმობს, რომ ის შებოჭილი არ არის კონკრეტული ქვეყნის მართლწესრიგით. შესაბამისად, მისი დისკრეცია ფართოა და მას შეუძლია გამოსაყენებელ სამართლად განსაზღვროს ისეთი ნორმები, რაც არცერთი ქვეყნის მართლწესრიგის შემად-

<sup>26</sup> Vogenauer S., Kleinheisterkamp J., Commentary on The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), New-York, 2009, 90.

<sup>27</sup> CMS Guide to Arbitration, editors: Torsten Lorcher and Zannis Mavrogordato, Frankfurt/Main, 2009, 352.

<sup>28</sup> Moses L. M., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, second edition, New-York, 2012, 81.

გენელი ნაწილი არ იქნება.<sup>29</sup> აღნიშნული შეხედულება გარკვეული კრიტიკის საგანი გახდა. კრიტიკოსები (მაგ., ბლესინგი და ბაზედოვი) სწორედ არბიტრაჟის ფართო დისკრეციასა და ფართო უფლებამოსილებებს აკრიტიკებენ.<sup>30</sup> ამასთან, ცალსახაა, რომ არბიტრებმა გარკვეულწილად მაინც უნდა დაასაბუთონ, თუ რატომ იყენებენ ამა თუ იმ მატერიალურ სამართალს. აღნიშნულით მათ საფრთხე არ უნდა შეუქმნან საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულებას.<sup>31</sup>

მიუხედავად არსებული კრიტიკისა, თანამედროვე საერთაშორისო საარბიტრაჟო რეგლამენტები და წესები კვლავ ითვალისწინებს არბიტრთა მიერ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის პირდაპირი განსაზღვრის წესებს. აღნიშნულის ნათელი მაგალითია სტოკჰოლმის სავაჭრო პალატის, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის, ლონდონის საერთაშორისო საარბიტრაჟო სამართლოს, ნიდერლანდების საარბიტრაჟო ინსტიტუტისა და დუბაის საერთაშორისო საარბიტრაჟო ცენტრის წესები.<sup>32</sup>

## 1.2. საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის მატერიალური სამართალი

როდესაც მხარეებს გამოსაყენებელი სამართალი არ აურჩევიათ, არბიტრებმა შესაძლოა ის პირდაპირ საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის სამართლით გადაწყვიტონ. კერძოდ, არბიტრებმა შესაძლოა დაადგინონ, რომ დავის გადასაწყვეტად უფრო მეტად მისაღები იყოს საარბიტრაჟო დავის განხილვის ადგილის სამართალი (კოლიზიური ნორმების გაუთვალისწინებლად). აღნიშნული საკითხი გარკვეული სპეციფიკურობით ხასიათდება. საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკა ადასტურებს, რომ საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის არჩევა სულაც არ გულისხმობს იმას, რომ მხარეებმა ამ ადგილის ქვეყნის სამართალს დაუქვემდებარეს

---

<sup>29</sup> იქვე, 82.

<sup>30</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 296.

<sup>31</sup> Hege Elisabeth Kjos, Applicable Law in Investor-State Arbitration, The Interplay Between National and International Law, Oxford, 2013, 82.

<sup>32</sup> იქვე, 81-82.

თავიანთი დავა. ამასთან, როდესაც არბიტრები განსაზღვრავენ კონკრეტული ქვეყნის მატერიალური სამართლის გამოყენებას, ეს უსაფუძვლოდ და კონკრეტული მიზეზების გაუთვალისწინებლად არ ხდება. ასეთ დროს არბიტრებს უწევთ კონკრეტული საქმის ფაქტობრივი გარემოებების შესწავლა და იმის დადგენა, რამდენად აქვს კავშირი კონკრეტული საქმის ფაქტობრივ გარემოებებს კონკრეტულ ქვეყანასთან.<sup>33</sup>

საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკა ადასტურებს, რომ როდესაც საკითხი ეხება არბიტრის მიერ სამართლის „თვითნებურად“ განსაზღვრას, შესაძლოა მას გარკვეული სახით მოუწიოს კიდევ მის მიერ გაკეთებული არჩევანის გამართლება. როგორც წესი, ასეთ დროს არბიტრები აღნიშნავენ, რომ მათი არჩევანი განპირობებულია იმით, რომ საერთაშორისო კოლიზიური ნორმებიც იმავე სამართალზე მიუთითებდა, რაც უკვე მათ პირდაპირ განსაზღვრეს. ე.ი. არბიტრთა არგუმენტები იმითაა გამყარებული, რომ შედეგის თვალსაზრისით საერთაშორისო კერძო სამართლის გამოყენების შემთხვევაშიც ერთი და იგივე შედეგი დადგებოდა.<sup>34</sup> ამდენად, ხშირია შემთხვევა, როდესაც არბიტრთა მიერ პირდაპირ განსაზღვრული მატერიალური სამართალი გამოყენებადია იმ შემთხვევაშიც, თუ არბიტრები მიმართავდნენ საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმებს.

### **1.3. არბიტრაჟის მიერ საერთაშორისო უნიფიცირებული წესებისა და ჩვეულებების გამოყენება**

#### **1.3.1. Lex mercatoria**

როგორც ზემოთ აღინიშნა, მხარეებს შეუძლიათ თავად აირჩიონ დავის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი, თუმცა ასეთი შეთანხმების არარსებობისას არბიტრები ვალდებული არიან დაადგინონ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის წესები.

<sup>33</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 298

<sup>34</sup> Osman/Salama, supra n., 135. At 279. ციტირებულია: Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 299.

მხარეებს, გარდა რომელიმე ქვეყნის კონკრეტული სამართლის ნორმებისა, შეუძლიათ გამოსაყენებელ სამართლად აირჩიონ არაეროვნული, საერთაშორისო ან ტრანსნაციონალური უნი-ფიცირებული წესები.<sup>35</sup>

თუ მხარეებს არ აურჩევიათ გამოსაყენებელი სამართალი, არბიტრებმა შესაძლოა გამოიყენონ საერთაშორისო სამართლის წესებიც, რომლებიც აღიარებულია და მიღებულია თანამედროვე კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში. მათ შორის, შესაძლოა არბიტრებმა გამოიყენონ მყარად დადგენილი სავაჭრო წესები, როგორცაა *Lex mercatoria*. *Lex mercatoria*-ს ერთიანი განმარტე-ბა არ არსებობს. ის შეიძლება იყოს იმ წესების ერთობლიობა, რომელიც საერთაშორისო ეკონომიკური და სავაჭრო ურთიერ-ობების მიერ არის განვითარებული და აღიარებულია საერთა-შორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში, როგორც გამოსაყენებელი ნორმები.<sup>36</sup>

თანამედროვე ტრანსნაციონალური სავაჭრო ურთიერთობები ქმნის ისეთ დაუნერეულ წესებს/ჩვეულებებს, რომლებიც დრო-თა განმავლობაში პრაქტიკის სახით ყალიბდება. შესაბამისად, ასეთი დაუნერეული წესების გამოყენება ფართოდაა აპრობირე-ბული საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას.<sup>37</sup> *Lex merca- toria* დაუნერეული სამართლის ნაირსახეობაა, რომლის შინაარსის დადგენა ყოველთვის ერთმნიშვნელოვნად ვერ ხერხდება. საერ-თაშორისო საარბიტრაჟო ტრიბუნალების პრაქტიკაში მისი ხში-რი გამოყენების მიუხედავად, ამ ინსტიტუტის ზუსტი შინაარსი, როლი და ფუნქცია დღემდე სადავოა.<sup>38</sup> მიუხედავად ამისა, ეს ინსტიტუტი საკმაოდ ხშირად გამოიყენება თანამედროვე საარბი-ტრაჟო პრაქტიკაში და მას ძირითადად საერთაშორისო სავაჭრო

---

<sup>35</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, London, 2003, 451.

<sup>36</sup> Gessner, Judith *Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in den USA und in Deutschland* PETER LANG Europaischer Verlag der Wissenschaften 2001, s 83. ციტირებულია: ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალ-იზი, თბილისი, 2012, 481.

<sup>37</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, London, 2003, 454.

<sup>38</sup> ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანაძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯა-ნაშია ლ., *სახელმეკრულებო სამართალი*, თბილისი, 2014, 40.



და კომერციული დავების გადაწყვეტისას მიმართავენ.<sup>39</sup>

საერთაშორისო წესებისა და Lex mercatoria-ს გამოყენებისას არბიტრებმა მხედველობაში უნდა მიიღონ სხვადასხვა მახასიათებელი კრიტერიუმი, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ამ კრიტერიუმთა ერთიანი ჩამონათვალი არ არსებობს. ამდენად, საარბიტრაჟო ტრიბუნალს, უპირველეს ყოვლისა, სჭირდება განსაზღვროს შესაფერისი და რელევანტური სავაჭრო წესები ამა თუ იმ საქმის ფაქტობრივ გარემოებებთან მიმართებით.<sup>40</sup>

### 1.3.2. უნიფიცირებული აქტები

საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას საერთაშორისო უნიფიცირებული წესების პირდაპირი გამოყენება სრულიად დასაშვებია თანამედროვე საარბიტრაჟო პრაქტიკაში. საერთაშორისო უნიფიცირებული წესებიდან ყველაზე მეტად ხშირად გამოყენებადი არის ICC INCOTERMS 2000 (ასევე 2010), Uniform Customs and Practice for Documentary Credits და CISG.<sup>41</sup>

მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრები ხშირად მიმართავენ საერთაშორისო წესებსა და ჩვეულებებს, რომლებიც მყარადაა დადგენილი თანამედროვე საერთაშორისო პრაქტიკაში, ხშირად ისმევა შეკითხვა იმის შესახებ რამდენადაა შესაძლებელი ასეთი წესების გამოყენებით მიღებული გადაწყვეტილება ცნობილ და შემდგომ აღსრულებულ იქნას სხვადასხვა ქვეყანაში.<sup>42</sup>

#### 1.3.2.1. United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit da UCP 600

თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართლისა და ბიზნეს ურთიერთობების მზარდი განვითარების პირობებში, სულ უფრო აქტუალური ხდება სამოქალაქოსამართლებრივი რისკების დაბალანსებულად განაწილების საკითხი. მენარმეებს უწევთ მხედვ-

<sup>39</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M kroll, Comparative International Commercial Arbitration, London, 2003, 454.

<sup>40</sup> იქვე, 456.

<sup>41</sup> იქვე, 461.

<sup>42</sup> Born B. G., Law Governing International Arbitration Agreements, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2661.

ელობაში მიიღონ იმ სახელშეკრულებო, პოლიტიკური და გადახდისუუნარობის მოსალოდნელი რისკების შეფასება, რომლებიც ზოგადად გლობალურ ბიზნეს ურთიერთობებს ახასიათებს.<sup>43</sup>

თანამედროვე სახელშეკრულებო სამართალში მრავლადაა ისეთი სახის სახელშეკრულებო ურთიერთობები, რომლებიც, როგორც კრედიტორის, ისე მოვალისათვის საკმაოდ სარისკოა. ერთ-ერთ ასეთი სახის სამართალურთიერთობას წარმოადგენს დოკუმენტური აკრედიტივი. პრაქტიკული თვალსაზრისით ხშირად რთულია განისაზღვროს დოკუმენტური აკრედიტივის მიმართ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართალი, თუ მხარეებს ხელშეკრულებაში პირდაპირ არ განუსაზღვრავთ რომელიმე ქვეყნის სამართალი. როგორც წესი, მხარეები თანხმდებიან გამოსაყენებელ სამართალზე და შესაბამისად, დოკუმენტური აკრედიტივიდან გამომდინარე ურთიერთობები ექვემდებარება იმ სამართლის ნორმებს, რომლებიც მხარეთა შორისაა შეთანხმებული. ე.ი. მხარეებს უფლება აქვთ აირჩიონ გამოსაყენებელი სამართალი.

United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit-ის თანახმად, აკრედიტივით გადახდა უნდა მოხდეს იმ წესების მიხედვით, რომელზედაც მხარეები (guarantor/ issuer, beneficiary) შეთანხმდებიან.<sup>44</sup> ამასთან, თუ მხარეებს დოკუმენტური აკრედიტივის ხელშეკრულების მიმართ არ აურჩევიათ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართალი, არბიტრებმა შესაძლოა პირდაპირ გამოსაყენებელ სამართლად ეს კონვენცია დაადგინონ. გარდა კონვენციისა, არსებობს უნიფიცირებული წესების ერთობლიობა, რომელიც შემუშავებულია საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ და რომელიც დეტალურად ანესრიგებს დოკუმენტური აკრედიტივის სამართალურთიერთობას. ეს წესები 2007 წლის 1 ივლისს გამოიცა და ცნობილია UCP 600 სახელით.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Pietrzak L., Sloping in the Right Direction: A First Look at the UCP 600 and the New Standards as Applied to Voest-Alpine, *Asper Review of International Business and Trade Law*, 2007; <<http://www.lexisnexis.com/hottopic/lnacademic/>> [20.05.2015].

<sup>44</sup> United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit-ის 21-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

<sup>45</sup> ICC Uniform Customs and Practice for Documentary credits (UCP 600).

### 1.3.2.2. უნიდროას პრინციპები<sup>46</sup>

UNIDROIT Principles – წარმოადგენს თანამედროვე საერთაშორისო სავაჭრო პრინციპების ერთიანობას.<sup>47</sup> მისი გამოყენება უფრო და უფრო მატულობს თანამედროვე სახელშეკრულებო ურთიერთობებში. პრინციპების გამოყენება შეზღუდული არ არის რომელიმე ტრანზაქციით, არამედ მისი გამოყენება შეიძლება სახელშეკრულებო სამართლის ზოგადი ნაწილის მიმართ.<sup>48</sup> პრინციპების პრეამბულის მე-4 პარაგრაფის მიხედვით, დავის განმხილველმა ორგანომ შესაძლოა ეს პრინციპები გამოიყენოს იმ შემთხვევაშიც, თუ მხარეებს მისი გამოყენება ხელშეკრულებაში პირდაპირ არ გაუთვალისწინებიათ.<sup>49</sup>

ამასთან, სამეცნიერო ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრების თანახმად, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა UNIDROIT პრინციპები შესაძლოა გამოიყენოს სხვა წესებთან და სამართლის ნორმებთან ერთად.<sup>50</sup> ამგვარად, პრინციპების გამოყენება შესაძლოა ერთგვარ შემვსებ და დამაზუსტებელ ფაქტორად იქცეს ამა თუ იმ დავის გადაწყვეტის პროცესში. ერთ-ერთ საქმეზე საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა UNIDROIT პრინციპები გამოსაყენებელ სამართლად დაადგინა და შესაბამისად, მხარეთა შორის წარმოშობილი დავა აღნიშნული პრინციპების გათვალისწინებით გადაწყვიტა.<sup>51</sup>

<sup>46</sup> UNIDROIT Principles.

<sup>47</sup> Bonell, *The UNIDROIT Principles in International Commercial Contracts – Nature, Purposes & First Experiences in Practice*. ციტირებულია: Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, London, 2003, 462.

<sup>48</sup> Bridge, *The International Sale of Goods: Law and Practice* (Oxford University Press 1999), 54 et seq. ციტირებულია: Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, London, 2003, 463.

<sup>49</sup> UNIDROIT Principles in International Commercial Contracts; <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>> [15.05.2015].

<sup>50</sup> Schwenzer I., *Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)*, third edition, New-York, 2010, 24.

<sup>51</sup> Final Award in ICC Case No. 9797/CK/AER/ACS, *Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative*, made in Geneva on 28 July 2000; <<http://www.translex.org/209797/pdf>> [13.05.2015].

### 1.3.2.3. კონვენცია „საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებათა შესახებ“<sup>52</sup>

„საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებათა შესახებ“ კონვენცია (შემდგომში – CISG) მიღებულია გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ 1980 წლის 11 აპრილს. კონვენციას საფუძვლად დაედო გაეროს გენერალური ასამბლეის მე-6 სპეციალურ სესიაზე მიღებული რეზოლუცია.<sup>53</sup> კონვენცია არ შეიცავს კოლიზიურ ნორმებს. მისი მთელი სისტემა აგებულია მატერიალური სამართლის ნორმებზე.<sup>54</sup> კონვენციის მატერიალურ სამართლად გამოყენება საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში საკმაოდ ხშირია.<sup>55</sup>

თანამედროვე საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვაში ტრიბუნალებმა შესაძლოა კონვენცია პირდაპირ განსაზღვრონ გამოსაყენებელ მატერიალურ სამართლად და შესაბამისად, მხარეთა შორის წარმოშობილი დავაც კონვენციის ნორმების შესაბამისად გადაწყვიტონ. არბიტრები პირდაპირ გამოსაყენებელ სამართლად კონვენციას იმ შემთხვევაში ადგენენ, თუ იგი ყველაზე მეტად მისაღებია/შესაფერისია საქმეში არსებული ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით. გარდა ამისა, ასეთ დროს, მხარეები კონვენციის ხელშემკვრელი სახელმწიფოების რეზიდენტები უნდა იყვნენ.<sup>56</sup>

UNIDROIT პრინციპებისაგან განსხვავებით, CISG-ის გამოყენება უფრო „შეზღუდულია“, რადგან ეს უკანასკნელი მხოლოდ ნასყიდობის ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება, ხოლო UNIDROIT პრინციპების გამოყენება სხვა სახის ხელშეკრულებების მიმართაცაა შესაძლებელი.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> საქართველოში ძალაშია საქართველოს პარლამენტის 1994 წლის 3 თებერვლის №407-ე დადგენილებით.

<sup>53</sup> გაბისონია ზ., ქართული საერთაშორისო კერძო სამართალი, მე-2 გადა-მუშავებული და დამატებული გამოცემა, თბილისი, 2011, 235.

<sup>54</sup> იქვე.

<sup>55</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M kroll, Comparative International Commercial Arbitration, London, 2003, 465.

<sup>56</sup> იქვე, 466.

<sup>57</sup> Saidov Djakhongir, The Law of Damages in International Sales, The CISG and other International Instruments, Oxford, 2008, 6.

## 2. „არბიტრაჟის შესახებ“<sup>58</sup> საქართველოს კანონი

დავის მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის თვალსაზრისით სპეციფიკური მონესრიგებით ხასიათდება „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი. კანონის 36-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, გამოსაყენებელ სამართალზე მხარეთა შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში საარბიტრაჟო განხილვისას გამოიყენება არბიტრაჟის მიერ განსაზღვრული სამართლის ნორმები. შესაბამისად, აღნიშნული დანაწესი არბიტრებს უფლებას ანიჭებს თავად განსაზღვრონ დავის მიმართ გამოსაყენებელი წესები ისე, რომ მხედველობაში არ მიიღონ კოლიზიური ნორმები. ამასთან, ვინაიდან კანონში მითითება კეთდება მხოლოდ არბიტრთათვის მინიჭებული უფლებამოსილების შესახებ, უნდა ჩაითვალოს, რომ არბიტრები და არა მხარეები განსაზღვრავენ დავის მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს. ამ მონესრიგებით ქართული კანონმდებლობა იზიარებს ფრანგული კანონმდებლობის მიდგომას. კერძოდ კი საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის წესებს.<sup>59</sup>

ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია ვარაუდები იმასთან დაკავშირებით, შესაძლებელია თუ არა საქართველოში საარბიტრაჟო განხილვისას მხარეები (რომლებსაც არანაირი შეხება არ აქვთ სხვა ქვეყანასთან, ანუ ურთიერთობა უცხო ელემენტით არაა დატვირთული) შეთანხმდნენ დავის მიმართ გამოსაყენებელ უცხოურ მატერიალურ სამართალზე. გასაზიარებელია გამოთქმული მოსაზრება, რომლის თანახმადაც, ასეთ შემთხვევაში არბიტრაჟის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულება შეიძლება საეჭვო გახდეს.<sup>60</sup>

კანონის 36-ე მუხლის მე-3 პუნქტის თანახმად, ნებისმიერი მითითება რომელიმე ქვეყნის კანონმდებლობაზე ან სამართლებრივ სისტემაზე გულისხმობს ამ ქვეყნის მატერიალურ სამართალს და არა მის საპროცესო და კოლიზიურ ნორმებს. აღნიშ-

<sup>58</sup> სსმ, 13, 02/07/2009.

<sup>59</sup> Tsertsvadze G., Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tbilisi, 2011, 145.

<sup>60</sup> Tsertsvadze G., Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien, herausgegeben von Eugenia Kurzynsky-Singer, 2014, 192.

ნული დანანესი სავარაუდოდ 36-ე მუხლის მე-2 პუნქტთან ერთად უნდა განიმარტოს. კერძოდ, არბიტრთა მიერ მე-2 პუნქტის შესაბამისად გაკეთებული არჩევანი გულისხმობს იმას, რომ, თუ არბიტრები რომელიმე ქვეყნის სამართალს დაადგენენ გამოსაყენებლად, ასეთ შემთხვევაში გამოიყენება ამ ქვეყნის მატერიალური სამართალი და არა მისი საპროცესო და კოლიზიური ნორმები. ამგვარად, ქართული კანონმდებლობა *voie directe* პრინციპის მსგავს მიდგომას განამტკიცებს.

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 36-ე მუხლის მე-4 პუნქტი თანამედროვე საარბიტრაჟო წესების შესაბამისად, არბიტრებს უფლებას ანიჭებს გადაწყვეტილების გამოტანისას გაითვალისწინონ ხელშეკრულების პირობები და ის სავაჭრო ჩვეულებები და ტრადიციები, რომლებიც ასეთი ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება. აღნიშნული დანანესით ქართულმა კანონმდებლობამ გაიზიარა ის მიდგომები, რაც თანამედროვე საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში ფართოდაა მიღებული. შესაბამისად, ქართული კანონმდებლობა სრულიად დასაშვებად მიიჩნევს არბიტრთა მიერ სავაჭრო ჩვეულებებისა და ტრადიციების (*Lex mercatoria*) გამოყენებას.

## **II. კოლიზიური ნორმების მნიშვნელობა მატერიალური სამართლის დადგენაში**

### **1. არბიტრაჟის მიერ კოლიზიური ნორმების გამოყენება (*voie indirecte*)**

არბიტრთა მიერ დავის მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის პირდაპირი განსაზღვრის (*voie directe*) პრინციპებთან შედარებით კოლიზიური ნორმების საშუალებით სამართლის დადგენა კიდევ უფრო რთული და კომპლექსური საკითხია. თანამედროვე საერთაშორისო საარბიტრაჟო სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში რამდენიმე მიდგომას გამოყოფენ, რომელთა მიხედვითაც ხდება არბიტრთა მიერ კოლიზიური ნორმებზე დაყრდნობით დავის მიმართ მატერიალური სამართლის განსაზღვრა.

განვითარებული ქვეყნების კანონმდებლობა დავის მიმართ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენისათვის არბიტრთა მიერ კოლიზიური ნორმების გამოყენებას მიიჩნევს

მიზანშეწონილად. არბიტრთა დისკრეცია ამ შემთხვევაში საკმაოდ ფართოა. აღნიშნული უფლებამოსილება საერთაშორისო პრაქტიკაში შემდეგი პრინციპებითაა დავინროებული:

ა) არბიტრებმა გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენისათვის შესაძლოა გამოიყენონ იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმები, რომლის სასამართლოც განიხილავდა დავას იმ შემთხვევაში, თუ მხარეთა შორის არ იქნებოდა საარბიტრაჟო შეთანხმება.<sup>61</sup> აღნიშნული პრინციპის არსი იმაში მდგომარეობს, რომ საარბიტრაჟო შეთანხმება აღნიშნულ ქვეყანას ართმევს განსჯადობას და შესაბამისად გამოიყენებული უნდა იქნას ის წესები, რასაც იგი (სასამართლო) გამოიყენებდა.<sup>62</sup> ამასთან, არსებობს მოსაზრება, რომელიც აღნიშნულ მიდგომას სკეპტიკურად აფასებს და რომლის თანახმადაც, ასეთი მიდგომა არღვევს იმ პრინციპებს, რასაც საერთაშორისო არბიტრაჟის დამოუკიდებლობა და ყველა ქვეყნისგან განცალკევებულად არსებობა ჰქვია.<sup>63</sup> სწორედ ამიტომ ამ პრინციპს/მიდგომას განსაკუთრებული გავრცელება არ მოჰყოლია.

ბ) გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის განსასაზღვრად საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა შესაძლოა გამოიყენოს იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმები, სადაც საარბიტრაჟო განხილვა მიმდინარეობს. შესაბამისად, არბიტრები გამოიყენებენ საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის ქვეყნის კოლიზიურ ნორმებს.<sup>64</sup> ამ მიდგომას ის ახასიათებს, რომ მხარეებმა შესაძლოა თავიდანვე შეფარვით განსაზღვრონ გამოსაყენებელი სამართალი, ვინაიდან მათ წინასწარ იციან, თუ სად იქნება საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 282.

<sup>62</sup> Croff, supra n. 21 at 624. ციტირებულია: იქვე, 282.

<sup>63</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 282.

<sup>64</sup> ეს საკითხი რამდენიმე მნიშვნელოვან ასპექტს მოიცავს. შესაბამისად, მასზე ყურადღება უპირატესად მომდევნო ქვეთავშია გამახვილებული.

<sup>65</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 282.

გ) არბიტრმა გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენისათვის შესაძლოა გამოიყენოს უშუალოდ იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმები, რომელ სახელმწიფოსაც ეს არბიტრი ეროვნულობის თვალსაზრისით მიეკუთვნება. ამ მიდგომის გამართლება ის არის, რომ არბიტრისთვის უფრო მეტად ნაცნობია იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმები, რომელსაც იგი განეკუთვნება. ნათელია, რომ ეს არგუმენტი არც თუ ისე დამაჯერებლად ჟღერს. კერძოდ, შესაძლოა „არბიტრის ქვეყნის“ სამართალს არანაირი კავშირი არ ჰქონდეს დავასთან, შესაბამისად გაუგებარია, რატომ უნდა იქნას ამ ქვეყნის კოლიზიური ნორმები გამოყენებული. ამასთან, პრაქტიკაში ამ მიდგომამ შესაძლოა უფრო მეტი კითხვები გააჩინოს იმასთან დაკავშირებით, თუ რა იგულისხმება იმ ქვეყანაში, რომელსაც არბიტრი განეკუთვნება. კერძოდ, მასში არბიტრის მოქალაქეობა, დროებითი ადგილსამყოფელი, თუ სხვა რამე იგულისხმება. ბოლოს, ყველაზე მნიშვნელოვანი უარყოფითი მხარე ისაა, რომ შესაძლოა საარბიტრაჟო ტრიბუნალში რამდენიმე სხვადასხვა ქვეყნის არბიტრი იყოს.<sup>66</sup> შესაბამისად, ასეთ შემთხვევაში ერთი პრობლემის გადასაჭრელად რამდენიმე პრობლემა წარმოიშობა, რაც პრაქტიკული თვალსაზრისით მისაღები ცალსახად არ არის.

დ) გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის განსაზღვრისათვის არბიტრებმა შესაძლოა გამოიყენონ იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმები, სადაც საარბიტრაჟო გადანყვეტილება უნდა აღსრულდეს. ეს პრინციპი ხშირ შემთხვევაში არაპრაქტიკულია, რადგან უმეტესად ფაქტობრივად შეუძლებელია წინასწარ განსაზღვრო, თუ სად მოხდება საარბიტრაჟო გადანყვეტილების ცნობა და აღსრულება. ამასთან, ეს მიდგომა საერთოდ გამოუყენებად სახეს იღებს იმ შემთხვევაში, თუ მოსალოდნელია, რომ საარბიტრაჟო გადანყვეტილება რამდენიმე ქვეყანაში უნდა აღსრულდეს.<sup>67</sup>

ე) კიდევ ერთი ალტერნატივა, რომელიც შესაძლოა საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას გამოყენებულ იქნას, არის არბიტრების მიერ იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმების გამოყენება, რომელსაც დავასთან ყველაზე მჭიდრო კავშირი აქვს. ამ მიდგო-

---

<sup>66</sup> იქვე, 287.

<sup>67</sup> იქვე.



მას, ასევე, მნიშვნელოვანი უარყოფითი მხარეები აქვს.<sup>68</sup> კერძოდ, პრაქტიკაში საკმაოდ რთულია გაირკვეს, თუ კონკრეტულად რომელი ქვეყანაა დავასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული.<sup>69</sup>

ვ) გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დასადგენად კიდევ ერთ ელტერნატივას წარმოადგენს არბიტრთა მიერ დავასთან დაკავშირებული სხვადასხვა ქვეყნის კოლიზიური ნორმების ერთდროული გამოყენების შესაძლებლობა.<sup>70</sup> ეს პრინციპი „კუმულატიურად გამოყენების“ მეთოდის სახელითაა ცნობილი. აღნიშნული პრინციპის გამოყენების დროს თავიდან ხდება ყველა იმ სამართლებრივი სისტემის კოლიზიური ნორმების გაანალიზება, რომლებთანაც დავას აქვს კავშირი. თუ კოლიზიური სამართლის სხვადასხვა სისტემა ერთსა და იმავე მატერიალურ სამართალზე მიუთითებს, მაშინ ისპობა გამოსაყენებელი კოლიზიური სამართლის განსაზღვრის საჭიროება, რამდენადაც დავის საგანთან კავშირში მყოფი ყველა კოლიზიური სისტემა ერთხმად მიუთითებს ერთი და იმავე მატერიალური სამართლის ნორმებზე.<sup>71</sup> თუ კოლიზიური სამართლის რამდენიმე სისტემა სხვადასხვა მატერიალურ სამართალზე მიუთითებს, მაშინ სამართლის არჩევა უკვე არბიტრებმა უნდა მოახერხონ.<sup>72</sup> კუმულატიურად გამოყენების მეთოდთან დაკავშირებით არსებობს „სახელმძღვანელო“ გადანყვეტილება, რომელიც ხელშეკრულების დარღვევიდან გამომდინარე დავას ეხებოდა. აღნიშნულ გადანყვეტილებაში საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა გამოსაყენებელი მატერიალური სამართალი შესაფერისი კოლიზიური ნორმების გამოყენების საშუალებით განსაზღვრა.<sup>73</sup> კიდევ ერთ საქმეზე ICC არბიტრაჟმა გამო-

<sup>68</sup> იქვე.

<sup>69</sup> „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიურ საბაზზე იხილეთ ქვემოთ.

<sup>70</sup> Silberman L., Ferrari F., *Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong*, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 288.

<sup>71</sup> Moss, Guiddita Cordero, *International Commercial Arbitration Party Autonomy and Mandatory rules 1999*, s 255. ციტირებულია: ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 497.

<sup>72</sup> Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, second edition, New-York, 2012, 81.

<sup>73</sup> *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, edited by Lawrence W. Newman and Richard D. Hill, p. 207. <<http://www.shearman.com/~/media/Files/NewsIn->

საყენებელი მატერიალური სამართლის დასადგენად გააანალიზა კორეული და იორდანული, ასევე, ერაყული და ფრანგული კოლიზიური ნორმები და მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ ისინი სრულ ჰარმონიაში იყვნენ ერთმანეთთან გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის განსაზღვრის თვალსაზრისით.<sup>74</sup>

ზ) კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი მიდგომა, რომელსაც საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟი საკმაოდ ხშირად იყენებს არის იმ კოლიზიური ნორმების გამოყენება, რომელიც საერთაშორისო არანაციონალურ აქტებშია მოცემული. აღნიშნულის საილუსტრაციოდ ლიტერატურაში მოჰყავთ 1955 წლის ჰააგის კონვენცია, რომის კონვენცია (რომელიც რომი I რეგულაციამ ჩაანაცვლა) და სხვა. არის შემთხვევები, როდესაც არბიტრები ერთდროულად რამდენიმე საერთაშორისო აქტს მიმართავენ იმისთვის, რომ კოლიზიური ნორმების გამოყენებით დავის მიმართ კონკრეტული მატერიალური სამართალი განსაზღვრონ.<sup>75</sup>

ჩამოთვლილი მიდგომები პრაქტიკაში გამოყენებადია, თუმცა მათგან მხოლოდ რამდენიმეა გამორჩეული, რომელიც საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში მყარადაა დამკვიდრებული. როგორც ნესი, უმეტეს შემთხვევებში არბიტრები მიმართავენ საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის ქვეყნის კოლიზიურ ნორმებს, ზოგჯერ კი ისინი „თვითნებურად“ განსაზღვრავენ რომელიმე ქვეყნის საერთაშორისო კერძოსამართლებრივ ნორმებს. ორივე შემთხვევა ერთ მიზანს – შესაბამისი მატერიალური სამართლის დადგენას, ემსახურება. არბიტრთა მიერ შესაბამისი კოლიზიური ნორმების განსაზღვრა კი სხვადასხვა დამაკავშირებელი კრიტერიუმის გამოყენებით ხდება.<sup>76</sup>

---

sights/Publications/2004/01/The-Role-of-the-Arbitrator-in-Determining-the-Ap\_/Files/IA\_Applicable-Law\_Arbitrators-Guide\_040308\_06/FileAttachment/IA\_Applicable-Law\_Arbitrators-Guide\_040308\_06.pdf >[24.05.2015].

<sup>74</sup> Moss, Guiddita Cordero International Commercial Arbitration Party Autonomy and Mandatory rules 1999, s 255. ციტირებულია: ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 501.

<sup>75</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 290.

<sup>76</sup> Redfern A., Hunter M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, fourth edition, London, 2004, 121.

## 1.1. საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის კოლიზიური ნორმები

lex arbitri გულისხმობს არბიტრაჟის მიერ იმ სახელმწიფოს კოლიზიური სამართლის ნორმების გამოყენებას, რომლის ტერიტორიაზეც არის საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი.<sup>77</sup> ეს მიდგომა თანამედროვე საარბიტრაჟო განხილვისას უკვე მოძველებულად მიიჩნევა. აღნიშნული იმითაა განპირობებული, რომ დღეს არბიტრები უკვე ნათლად აცნობიერებენ იმას, რომ მათ, სასამართლოსგან განსხვავებით, რაიმე სახის შეზღუდვა და ვალდებულება ამა თუ იმ ქვეყნის სამართალთან არ აქვთ.<sup>78</sup>

საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი შესაძლოა მრავალი მიზეზის საფუძველზე იქნას არჩეული ისე, რომ მას რაიმე სახის კავშირი კოლიზიურ ნორმებთან არ ჰქონდეს.<sup>79</sup> გარდა ამისა, პრაქტიკაში არის შემთხვევები, როდესაც მხარეებს საარბიტრაჟო დავის ადგილიც კი არ განუსაზღვრავთ.<sup>80</sup> ასეთ შემთხვევაში დღის წესრიგში ორი საკითხი დგას. პირველი შეეხება საარბიტრაჟო განხილვის ადგილს, ხოლო მეორე კი – გამოსაყენებელ სამართალს, რომელიც საკმაოდ მოძველებული შეხედულებით „მიბმული“ იყო საარბიტრაჟო განხილვის ადგილთან. თანამედროვე საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში არბიტრები, როგორც წესი, აღარ მიმართავენ საარბიტრაჟო ადგილის განხილვის კოლიზიურ სამართალს. მათ შესაძლოა ყოველ კონკრეტულ საქმესთან დაკავშირებით მიიჩნიონ, რომ დავის მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნას იმ ქვეყნის საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმები, რომელ ქვეყანასთანაც დავას ყველაზე მეტად მჭიდრო კავშირი აქვს.<sup>81</sup>

ამდენად, საერთაშორისო არბიტრაჟში განვითარდა ახალი

<sup>77</sup> ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 496.

<sup>78</sup> Born B. G., Law Governing International Arbitration Agreements, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2629.

<sup>79</sup> Margaret L. Moses, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, second edition, New-York, 2012, 81.

<sup>80</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 285.

<sup>81</sup> Margaret L. M., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, second edition, New-York, 2012, 81.

დოქტრინა ე.წ. „სპეციალური კოლიზიური სამართალი არბიტრაჟებისათვის,“ რომლის თანახმადაც, თუ მხარეებს გამოსაყენებელი სამართალი არ აურჩევიათ, ამ სამართლის დასადგენად შესაბამის კოლიზიურ ნორმებს არბიტრები თვითონ განსაზღვრავენ, საკუთარი შეხედულების შესაბამისად. ამდენად, არბიტრები შეზღუდულნი არ არიან საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის კოლიზიური ნორმებით. ამ თეორიასაც ჰყავს კრიტიკოსები, რომელთაც მიაჩნიათ, რომ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევას არბიტრებისთვის ასეთი ფართო უფლებამოსილების მინიჭება სამართლებრივი არასტაბილურობით ემუქრება მხარეებს. ისინი ვერასოდეს გათვლიან წინასწარ კონკრეტულად რა კრიტერიუმების გათვალისწინებით იმოქმედებენ არბიტრები შესაბამისი კოლიზიური ნორმების დასადგენას. კრიტიკის მიუხედავად, ეს მიდგომა თანამედროვე საერთაშორისო არბიტრაჟში ერთ-ერთ გავრცელებულ მიდგომად მიიჩნევა.<sup>82</sup>

არის შემთხვევები, როდესაც ურთიერთობა იმდენად რთული და კომპლექსური სახისაა, რომ სამართლის დადგენა საკმაოდ რთული ამოცანაა. ასეთ დროს არბიტრებს, როგორც წესი, საერთაშორისო პრაქტიკა და დადგენილი წესები უწევენ დიდ დახმარებას. მაგალითად, საერთაშორისო კერძო სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში მიჩნეულია, რომ დოკუმენტური აკრედიტივის სამართალურთიერთობაში, თუ მხარეები გამოსაყენებელ სამართალზე არ შეთანხმდებიან, მაშინ გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც აკრედიტივის გამხსნელი ბანკი საქმიანობს და სადაც აკრედიტივით გადახდის ვალდებულება წარმოიშვა.<sup>83</sup> თუ მხარეთა შეთანხმება სამართლის არჩევის შესახებ არ შედგა, მაშინ გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც აკრედიტივის გამხსნელი მხარის ადგილსამყოფელი ან საქმიანობის ადგილია.<sup>84</sup>

<sup>82</sup> ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 496.

<sup>83</sup> United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit-ის 22-ე მუხლი.

<sup>84</sup> Wood J. S., Drafting letters of credit: Basic issues under article 5 of the Uniform Commercial Code, UCP 600 and ISP98, The Banking Law Journal, 2008, 109; <<http://www.debevoise.com/files/publication/4309d39a-f9a3-458e-858a-0cdfca27ad96/presentation/publicationattachment/8f12c271-210a-45a4-ba6a-0f6f135c1b88/wood.pdf>> [20.05.2015].

ამა თუ იმ ქვეყნის სამართლის განსაზღვრა გულისხმობს იმას, რომ არბიტრებმა მხედველობაში უნდა მიიღონ ამ ქვეყნის კოლიზიური ნორმებიც, რომლებმაც შესაძლოა სულ სხვა ქვეყნის მატერიალურ ნორმებზე მიუთითოს. ამასთან, შესაძლოა ბანკს რამდენიმე ფილიალი ჰქონდეს. ასეთ შემთხვევაში თითოეული ეს ფილიალი დამოუკიდებელ ოგანიზაციად მიიჩნევა და შესაბამისად, მისი ადგილმდებარეობის საკითხიც ამის მიხედვით გადაწყდება.<sup>85</sup>

საარბიტრაჟო ადგილის ქვეყნის სამართალი ყველაზე დიდ მნიშვნელობას მაშინ იძენს, როდესაც საკითხი შეეხება საარბიტრაჟო შეთანხმების ნამდვილობას. თუ საარბიტრაჟო დავის განხილვის ქვეყნის კანონმდებლობით მხარეთა შორის გაკეთებული დათქმა, განსახილველად გადასცენ თავიანთი დავა არბიტრაჟს, ბათილი აღმოჩნდება, მაშინ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სხვა ქვეყანაში აღსრულებას საფრთხე ექმნება.<sup>86</sup>

მიუხედავად საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის კოლიზიური ნორმების გამოყენებასთან დაკავშირებული კრიტიკისა, თანამედროვე ევროპული ქვეყნების კანონმდებლობაში საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის ქვეყნის კოლიზიური ნორმების გამოყენება მაინც უშვებს. საფრანგეთის კანონმდებლობის თანახმად, თუ მხარეებს საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას გამოსაყენებელი სამართალი არ აურჩევიათ, არბიტრებმა გამოსაყენებელი სამართლის დასადგენად ადგილობრივი სამართლის კოლიზიური ნორმები უნდა გამოიყენონ. ამასთან, საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმებზე დაყრდნობით განსაზღვრულ სამართალში პირდაპირ მატერიალური სამართალი იგულისხმება და არბიტრებმა მხედველობაში აღარ უნდა მიიღონ უკვე განსაზღვრული ქვეყნის სამართლის კოლიზიური ნორმები,<sup>87</sup> რათა მითითებამ მითითებას აზრი არ დაუკარგოს.

შვეიცარიული სამართალი გამოსაყენებელი სამართლის დასადგენად „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებულ“ საბაზს იყენებს.

---

<sup>85</sup> იხ. იქვე.

<sup>86</sup> Margaret L. M., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, second edition, New-York, 2012, 84.

<sup>87</sup> CMS Guide to Arbitration, editors: Torsten Lorcher and Zannis Mavrogordato, Frankfurt/Main, 2009, 224.

ამასთან, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ვალდებული არ არის მიმართოს საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის კოლიზიურ სამართალს, არამედ მან შესაძლოა გამოიყენოს დამოუკიდებლად „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული“ საბამი იმისთვის, რომ განსაზღვროს გამოსაყენებელი სამართალი. საერთაშორისო პრაქტიკამ აჩვენა, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალებს არ აქვთ მიდრეკილება უბრალოდ მიმართონ ეროვნულ კოდექსს ან სხვა მსგავს აქტს, მათთვის უფრო დამახასიათებელია დავა გადანყვიტონ მხარეთა შორის არსებული ხელშეკრულების ინტერპრეტაციით.<sup>88</sup>

მხარეთა მიერ გამოსაყენებელ სამართალზე შეუთანხმებლობის შემთხვევაში არბიტრებს, გარდა კოლიზიური ნორმების გათვალისწინებისა, ამა თუ იმ ქვეყნის იმპერატიული ნორმებისა და საჯარო წესრიგის მხედველობაში მიღებაც უნევთ. ეროვნულმა კანონმდებლობამ შესაძლოა განსაზღვროს, რომ არბიტრების მიერ კონკრეტული საქმეები განხილული უნდა იქნას იმპერატიული ეროვნული კანონმდებლობით. მაგალითად, როდესაც კონკრეტული სახელმწიფოს დაცვის ქვეშ მყოფი საკითხებია, როგორცაა კონკურენციის, ფასიანი ქალაქების, ანტიკორუფციული ან შრომითი დაცვის საკითხები, დავაში მოცემული, ეროვნულმა სასამართლოებმა განმარტეს, რომ ასეთ დროს არბიტრებმა აღნიშნულ საკითხებთან დაკავშირებული ეროვნული სამართალი უნდა გამოიყენონ. ეს შესაძლებელია მიჩნეულ იქნას სპეციალური კოლიზიური სამართლის არჩევის წესად, რომლის თანახმადაც კონკრეტულ შემთხვევებში სავალდებულოა სპეციალური მატერიალური სამართლის არჩევა.<sup>89</sup>

## 1.2. არბიტრთა მიერ არჩეული კოლიზიური ნორმები

მოსაზრება იმის შესახებ, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალები გაიგივებულია ეროვნულ სასამართლოებთან და მათ მიერ ეროვნული მოსამართლეების მსგავსად აუცილებლად იმავე ქვეყნის კოლიზიური სამართლის ნორმები უნდა იქნას გამოყენებული, თითქმის სრულიად უარყოფილია როგორც საერთაშორისო არბი-

---

<sup>88</sup> იქვე, 624.

<sup>89</sup> Born B. G., *Law Governing International Arbitration Agreements*, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2634.

ტრაჟის ფუძემდებლური პრინციპებიდან, ისე მხარეთა მიზნებიდან გამომდინარე.<sup>90</sup>

ძირითადად თანამედროვე საერთაშორისო რეგლამენტებისა და წესების მიხედვით, საარბიტრაჟო ტრიბუნალებს ენიჭებათ უფლებამოსილება აარჩიონ ის კოლიზიური სამართლის ნორმები, რომლებსაც ისინი მიიჩნევენ „მიზანშეწონილად“ (1976 წლის (UNCITRAL) უნსიტრალის წესების 33(1) მუხლი) ან მატერიალური სამართალი, რომელსაც ისინი „განსაზღვრავენ მიზანშეწონილად“ (2010 წლის უნსიტრალის წესების 35(1) მუხლი და 2012 წლის ICC-ის წესები 21(1) მუხლი). საარბიტრაჟო ტრიბუნალების მიერ გამოსაყენებელი თანამედროვე საარბიტრაჟო წესების უმეტესობა სწორედ ამ ორ მიდგომას ავითარებს.<sup>91</sup>

თანამედროვე საარბიტრაჟო წესები არბიტრებს ანიჭებენ შესაძლებლობას გამოიყენონ კოლიზიური სამართლის ნორმები, რომლებსაც ისინი მიიჩნევენ „გამოსაყენებლად“ ან „მიზანშეწონილად“. ევროპული კონვენციის 7(1) მუხლი ადგენს მოდელს, რომლის მიხედვითაც, „მხარეთა მიერ გამოსაყენებლ სამართალზე ნებისმიერი სახის მითითების არარსებობისას არბიტრები გამოიყენებენ იმ სათანადო სამართალს, რომელსაც ისინი მიიჩნევენ შესაბამისად“. ამის მსგავს დანაწესს შეიცავს უნსიტრალის მოდელური წესების 28(2) მუხლიც, ინგლისის არბიტრაჟის აქტის 46(3) პარაგრაფიც.<sup>92</sup>

ამგვარად, არბიტრები შეზღუდულნი არ არიან იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმებით, სადაც საარბიტრაჟო განხილვა მიმდინარეობს. აღნიშნული იმის დასტურია, რომ თანამედროვე საარბიტრაჟო ინსტიტუტები სრულიად დამოუკიდებელი არიან, ერთი მხრივ, საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის ქვეყნის სამართლისაგან, ხოლო მეორე მხრივ კი – დავაში მონაწილე სამართალსუბიექტების ქვეყნების სამართლისაგან.

## 2. საერთაშორისო კოლიზიური აქტები არბიტრაჟში

საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვისას არბიტრებს

---

<sup>90</sup> იქვე, 2630.

<sup>91</sup> იქვე, 2635.

<sup>92</sup> იქვე, 2632.

საერთაშორისო კოლიზიური აქტები დიდ დახმარებას უწევს. განსაკუთრებით აქტუალური სახელშეკრულებო ურთიერთობების მიმართ გამოსაყენებელი სამართალია, რომელიც პრაქტიკული თვალსაზრისით საკმაოდ რთული და კომპლექსური ხასიათისაა. თანამედროვე საარბიტრაჟო ტრიბუნალების უმრავლესობა, რომელთა განხილვის ადგილიც ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებშია, თანხმდება იმაზე, რომ სახელშეკრულებო სამართალურთიერთობაში ძირითადი სახელმძღვანელო პრინციპების ერთობლიობა მოცემულია რომი I რეგულაციაში,<sup>93</sup> რომელიც ძირითადი წყაროა იმისთვის, რომ ამა თუ იმ სახელშეკრულებო ურთიერთობის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი დადგინდეს. აღნიშნული იმას გულისხმობს, რომ რეგულაციის გამოყენება ისევე შეიძლება საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში, როგორც ხდება ჩვეულებრივი ეროვნული კანონმდებლობის გამოყენება საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ.<sup>94</sup>

## 2.1. რომი I რეგულაცია

საერთაშორისო სამართლის უნიფიკაციის მზარდი განვითარების პირობებში 2008 წელს ევროკავშირის წევრმა ქვეყნებმა მიიღეს რეგულაცია, რომლითაც სახელშეკრულებო ვალდებულებებთან დაკავშირებული საკითხები მოწესრიგდა. აღნიშნული დოკუმენტი ცნობილია რომი I რეგულაციის სახელით. რეგულაციამ ჩაანაცვლა სახელშეკრულებო ურთიერთობებთან დაკავშირებით გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრის შესახებ რომის 1980 წლის კონვენცია.<sup>95</sup> ამ სამართლებრივი აქტით ევროპული სახელშეკრულებო სამართალი ახლებურად მოწესრიგდა. რომი I რეგულაციის ფუძემდებლურ პრინციპს მხარეთა ნების ავტონომიურობის აღიარება წარმოადგენს.<sup>96</sup> გასათვალისწინებელია რეგულაციის მე-4 მუხლი, რომელიც მხარეთა მიერ არჩევანის არარსე-

---

<sup>93</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June, on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I).

<sup>94</sup> Born B. G., Law Governing International Arbitration Agreements, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2626.

<sup>95</sup> იქვე, 2625.

<sup>96</sup> Rome I, Art., 3(1).



ბოზისას გამოსაყენებელი სამართლის საკითხს აწესრიგებს.<sup>97</sup>

### **2.1.1. დავასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის კოლიზიური ნორმები**

გამოსაყენებელი სამართლის არჩევისას არბიტრი შეიძლება დაეყრდნოს კოლიზიური სამართლის ნორმებს ან პირდაპირ აირჩიოს მატერიალური სამართალი.<sup>98</sup> ხშირად საარბიტრაჟო ტრიბუნალები ირჩევენ იმ ქვეყნის კოლიზიური სამართლის სისტემას, რომელიც ყველაზე მჭიდროდ უკავშირდება მხარეთა შორის დავის არსებით საკითხებს.<sup>99</sup> ასეთ შემთხვევაში განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიურ საბამს, რომელიც აღიარებულია, მაგალითად, გერმანულ და იაპონურ სამართალში.<sup>100</sup>

სხვადასხვა ქვეყანაში, მათ შორის, შვედეთში, იაპონიასა და გერმანიაში, მხარეთა მიერ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის არარსებობისას არსებობს სავალდებულო ნორმა, რომლის მიხედვითაც, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ვალდებულია, გამოიყენოს საქმესთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალი. საარბიტრაჟო ტრიბუნალების მიერ იმპერატიულად დადგენილი ამ ნორმის დაუცველობა კი იწვევს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ბათილობას. ამასთან, მრავალი ქვეყნის კანონმდებლობა ამ საფუძვლით გადაწყვეტილების ბათილობას არ ითვალისწინებს.<sup>101</sup>

იაპონური საერთაშორისო კერძო სამართლის თანახმად, თუ მხარეები არ აირჩევენ ან/და მათ მიერ არჩეული სამართალი ბათილი აღმოჩნდება, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი გამოიყენებს იმ

<sup>97</sup> Magnus Ulrich, Article 4, Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice, Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, edited by Franco Ferrari, Stefan Leible, Munich, 2009, 27.

<sup>98</sup> Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis, Stefan M Kroll, Comparative International Commercial Arbitration, London, 2003, 258.

<sup>99</sup> Born B. G., Law Governing International Arbitration Agreements, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2652.

<sup>100</sup> CMS Guide to Arbitration, editors T. Lorcher and Z. Mavrogordato, Frankfurt/Main, 2009, 307.

<sup>101</sup> Born B. G., Law Governing International Arbitration Agreements, International Commercial Arbitration, Second Edition, Kluwer Law International, 2014, 2631.

ქვეყნის სამართალს, რომელიც ყველაზე მჭიდროდ უკავშირდება დავის საგანს.<sup>102</sup> გარდა ამისა, შვეიცარიული სამართალი ითვალისწინებს საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიური საბამის გამოყენებას.<sup>103</sup>

### 2.1.2. „მჭიდრო კავშირის“ არსი

„მჭიდრო კავშირის“ საბამის გამოყენება თანამედროვე სამართალში იმდენად გავრცელებულია, რომ მას „საერთაშორისო კერძო სამართალში ძირითადი პრინციპის“ სტატუსს ანიჭებენ.<sup>104</sup> მითითებული კოლიზიური საბამი აღიარებულია თანამედროვე სამართალში და დავის განმხილველი საარბიტრაჟო ტრიბუნალები მას ხშირად მიმართავენ. მიუხედავად საკითხის ასეთი, ერთი შეხედვით, სიცხადისა, გასარკვევია, თუ კონკრეტულად რა ფაქტობრივი გარემოებების არსებობა იგულისხმება „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიურ საბამში.

თეორიასა და პრაქტიკაში გავრცელებული შეხედულებების თანახმად, „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიური საბამის განსაზღვრა საკმაოდ რთულია და დამოკიდებულია კონკრეტულ ფაქტობრივ გარემოებებზე. ამასთან, მითითებული საბამი ერთგვარ საგამონაკლისო ნორმას წარმოადგენს. ეს იმას გულისმობს, რომ ის მხოლოდ მაშინ გამოიყენება, თუ ურთიერთობა იმდენად სპეციფიკურია, რომ მასში მოცემული ფაქტობრივი გარემოებები ვერ იძლევა იმის გარკვევის შესაძლებლობას, თუ კონკრეტულად რომელი სამართალი უნდა იქნას გამოყენებული.<sup>105</sup>

გასაზიარებელია ლიტერატურაში გამოთქმული შეხედულება, რომლის თანახმადაც, მჭიდრო კავშირში ძირითადად მოიაზრება ყველა ის საქმის ფაქტობრივი გარემოება, რაც ხელშეკრულებასთან და სამართალურთიერთობასთან მჭიდროდაა დაკავშირებული-

---

<sup>102</sup> Silberman L., Ferrari F., Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the consequences of Getting it Wrong, Conflict of Law in International Arbitration, edited by F. Ferrari and S. Kroll, Munich, 2011, 257.

<sup>103</sup> იქვე, 278.

<sup>104</sup> იქვე, 279.

<sup>105</sup> Magnus Ulrich, Article 4, Rome I Regulation: The Applicable Law in The Absence of Choice, Rome I Regulation The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Edited by: Franco Ferrari, Stefan Leible, 2009, 49.

ლი და რაც ძირითადად მოიცავს მახასიათებელი ვალდებულებების შემსრულებელი მხარის ჩვეულებრივ ადგილსამყოფელს ან/და მისი რეზიდენციის ადგილის ქვეყნის სამართალს.<sup>106</sup>

## 2.2. „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიური საბამი რომი I რეგულაციაში

რომი I რეგულაციის მიღებამდე მოქმედი რომის 1980 წლის კონვენციით<sup>107</sup> გათვალისწინებული მჭიდრო კავშირის საბამი შედგებოდა პრეზუმფციებისა და საგამონაკლისო ნორმისაგან.<sup>108</sup> კონვენციის თანახმად, ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებულად ითვლებოდა იმ ქვეყნის სამართალთან, რომელშიც საცხოვრებელი ან ძირითადი ადგილი ჰქონდა იმ მხარეს, რომელსაც ხელშეკრულების შინაარსით გათვალისწინებული გადამწყვეტი მნიშვნელობის მქონე მოქმედება ანუ მახასიათებელი ვალდებულება უნდა შეესრულებინა.

აღნიშნული მიდგომა კრიტიკის საგანი გახდა, რაც შემდგომ რომი I რეგულაციის შემქმნელებმა გაითვალისწინეს. რომი I რეგულაციის მე-4 მუხლი წარმოადგენს რომის კონვენციისგან სრულიად განსხვავებულ ნორმას, რომელიც მჭიდრო კავშირის კოლიზიური საბამის განსაზღვრისათვის ხელშეკრულებათა უმეტესობის მიმართ ადგენს მყარ, სწრაფ და მოქნილ წესებს.<sup>109</sup>

გასაზიარებელია ლიტერატურაში გამოთქმული შეხედულება, რომლის თანახმადაც, რომი I რეგულაციის მე-4 მუხლის პირველი პუნქტი წარმოადგენს მხარეთათვის უფრო მეტად განჭვრეტად და მისაღებ კოლიზიურ საბამს.<sup>110</sup> ამასთან, მე-4 მუხლი ერთმანეთისაგან განასხვავებს „ამკარად უფრო მჭიდრო კავშირსა“ და

---

<sup>106</sup> Lando Ole, Nielsen Peter Arnt, The Rome I Regulation, Common Market Law Review, Volume 45, Issue 6, December 2008, 1701; <<http://heinonline.org/HOL/Print?collection=kluwer&handle=hein.kluwer/cmlr0045&id=1699>>[13.04.2015]; ასევე, ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2012, 504.

<sup>107</sup> Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (1980); <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:41998A0126%2802%29>> [21.05.2015].

<sup>108</sup> Exclusion clause.

<sup>109</sup> Lando Ole, Nielsen Peter Arnt, The Rome I Regulation, Common Market Law Review, Volume 45, Issue 6, December 2008, 1702; <<http://heinonline.org/HOL/Print?collection=kluwer&handle=hein.kluwer/cmlr0045&id=1699>>[13.05.2015].

<sup>110</sup> იქვე, 1702.

„ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიურ საბამებს.

### 2.2.1. „აშკარად უფრო მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიური საბამი

რეგულაციის მე-4 მუხლის მე-3 პუნქტის თანახმად, თუ საქმის გარემოებებიდან ირკვევა, რომ ხელშეკრულება აშკარად უფრო მეტად დაკავშირებულია სხვა ქვეყანასთან, ვიდრე ეს განსაზღვრულია პირველ და მე-2 პუნქტებში, გამოიყენება უფრო მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალი.<sup>111</sup> რეგულაციის 4(3) მუხლის ძირითადი შეკითხვაა, თუ რა ადგენს აშკარად უფრო მჭიდრო კავშირს. რეგულაციის მე-20 დანართი ახსენებს „inter alia, ძალიან ახლო ურთიერთობას სხვა ხელშეკრულებასთან ან ხელშეკრულებებთან“. იგი ეხება გამოსაყენებელი სამართლის დამატებით განსაზღვრას, რომლის მიხედვითაც ის ძირითადი ხელშეკრულება, რომლის მიმართაც, მაგალითად, მხარეებმა გამოსაყენებელი სამართალიც აირჩიეს, „დაავიწყებს“ დამხმარე ხელშეკრულებას.<sup>112</sup>

ლიტერატურაში გავრცელებული შეხედულების თანახმად, 4(3) მუხლი განსაკუთრებულ ღირებულებას იძენს ერთმანეთთან დაკავშირებული ხელშეკრულებების კონტექსტში, როდესაც ეკონომიკური მნიშვნელობის მატარებელია ის, რომ მთლიანი ტრანზაქციის მიმართ გამოყენებული იქნას მხოლოდ ერთი სამართალი და არა განსხვავებული სამართალი ტრანზაქციის შემადგენელი სხვადასხვა ნაწილის მიმართ. ასეთი სახის საკითხები წამოიჭრება აკრედიტივებისა და ბანკის სხვა უზრუნველყოფების კონტექსტში.<sup>113</sup>

ამგვარად, „აშკარად უფრო მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიური საბამი მხოლოდ იმ შემთხვევაში გამოიყენება, თუ სამართალური ერთობა იმდენად სპეციფიკური ხასიათისაა, რომ მე-4 მუხლის

<sup>111</sup> Rome I Regulation, Art: 4(3).

<sup>112</sup> Magnus Ulrich, Article 4, Rome I Regulation: The Applicable Law in The Absence of Choice, Rome I Regulation The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Edited by Franco Ferrari and Stefan Leible, 2009, 49.

<sup>113</sup> Guidance on the law applicable to contractual obligations (Rome I) Outline of the main provisions; <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110201125714/http://www.justice.gov.uk/publications/docs/guidance-law-contractual-obligations-romei.pdf>>[21.05.2015].

პირველ და მეორე პუნქტში არ თავსდება. ასეთ შემთხვევაში საარბიტრაჟო ტრიბუნალი მხედველობაში იღებს კონკრეტულ ფაქტობრივ გარემოებებს და გამოსაყენებელ სამართლად აშკარად მჭიდრო კავშირის ქვეყნის სამართალს ადგენს. გასაზიარებელია შეხედულება, რომლის თანახმადაც, ეს განსაკუთრებით მაშინ ხდება, როდესაც საარბიტრაჟო ტრიბუნალი რამდენიმე ხელშეკრულებიდან ერთ რომელიმე ძირითად ხელშეკრულებას და შესაბამისად, მის მომწესრიგებელ სამართალს, სხვა მასთან დაკავშირებულ არაძირითად ხელშეკრულებებს დაუქვემდებარებს.

იმ შემთხვევაში, თუ ურთიერთობა უფრო რთულია და შესაბამისად, სამართალურთიერთობა და დავის საგანი „ყველაზე მჭიდროდ“ მაინც ერთ კონკრეტულ ქვეყანასთანაა დაკავშირებული, მაშინ რეგულაცია უკვე არა მე-4 მუხლის მე-3, არამედ მე-4 მუხლის მე-4 პუნქტზე უთითებს. მიუხედავად საკითხის ასეთი სახით განმარტებისა, სავარაუდოდ, დავის განმხილველ საარბიტრაჟო ტრიბუნალს მაინც გაუჭირდება, კონკრეტულად რეგულაციის მე-4 მუხლის მე-3 პუნქტს მიუთითებს, თუ მე-4 მუხლის მე-3 პუნქტს.

## 2.2.2. „ყველაზე მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიური საბაზი

არსებობს ხელშეკრულებები, რომლებიც არ შედის რეგულაციის არც პირველი პუნქტის შემადგენლობაში და რომლებიც არ იძლევა ერთი მხარის მიერ მახასიათებელი ვალდებულების განსაზღვრის შესაძლებლობას. ასეთი სახის ხელშეკრულებები პირდაპირ წესრიგდება „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული სამართლის“ კოლიზიური საბაზით.<sup>114</sup>

გასაზიარებელია, ლიტერატურაში მოცემული შეხედულება, რომლის თანახმადაც, „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული სამართალი“ უნდა განისაზღვროს კონკრეტულ საქმესთან დაკავშირებული ყველა რელევანტური ხელშეკრულების დაჯგუფებისა და ანონის გზით. კერძოდ, ბიზნესის ადგილსამყოფელის/მხარეთა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელის, მოლაპარაკებების წარმოე-

<sup>114</sup> Magnus Ulrich, Article 4, Rome I Regulation: The Applicable Law in The Absence of Choice, Rome I Regulation The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, Edited by Franco Ferrari and Stefan Leible, 2009, 49.

ბის ადგილის, ხელშეკრულების დადებისა და შესრულების ადგილის, ხელშეკრულების ენის, ვალუტის (ასეთის არსებობის შემთხვევაში) მიხედვით. ასევე, მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული მჭიდრო კავშირი სხვა ხელშეკრულებასთან ან ხელშეკრულებების ჯაჭვთან.<sup>115</sup>

აღნიშნულ საბამს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, დავის განმხილველი არბიტრ(ებ)ი იმ ქვეყნის მატერიალური სამართლის გამოყენებაზე „გაჰყავს“, რომელსაც დავის ფაქტობრივი გარემოებები ან/და ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების უმეტესი ნაწილი „ყველაზე მეტად მჭიდროდ“ უკავშირდება.

ამგვარად, დავის საერთაშორისო საარბიტრაჟო წესით განხილვისას, არბიტრთა მიერ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენისათვის „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიურ საბამს ერთ-ერთი გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს. მითითებული კოლიზიური საბამი საერთაშორისო კერძო სამართალში საკმაოდ ხშირად გამოიყენება, თუმცა მისი განსაზღვრა საკმაოდ რთულია.

რომის 1980 წლის კონვენციით აღნიშნული უკავშირდებოდა მახასიათებელი ვალდებულების შემსრულებლის ადგილსამყოფელს. ეს მიდგომა შემდგომში რომი I რეგულაციით უარყოფილ იქნა და მას უფრო ფართო მნიშვნელობა მიეცა, რაც საერთაშორისო არბიტრაჟებს უფრო მეტ „თავისუფლებას“ ანიჭებს.

რეგულაცია ერთმანეთისაგან განასხვავებს მჭიდრო კავშირის ორ სახეს, თუმცა შედეგის თვალსაზრისით, შეიძლება ითქვას, რომ დიდად ერთი მეორესგან არ განსხვავდება. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს თავისი შეხედულების შესაბამისად, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, შეუძლია რომი I რეგულაციის საფუძველზე ფართოდ განმარტოს „ამკარად უფრო მჭიდრო კავშირი“ და კიდევ უფრო ფართოდ „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული“ კოლიზიური საბამი და მათი საშუალებით გამოსაყენებელ სამართლად კონკრეტული ქვეყნის სამართალი დაადგინოს.

---

<sup>115</sup> იქვე, 49-50.

## დასკვნა

კვლევის შედეგად გამოიკვეთა, რომ საერთაშორისო საარბიტრაჟო დავის განხილვისას გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის საკითხი იმდენად მნიშვნელოვანია, რომ შესაძლოა მან მხარეები და დავის განმხილველი საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ჩიხში მოაქციოს. ამასთან, როგორც კვლევამ აჩვენა საარბიტრაჟო ტრიბუნალები მატერიალური სამართლის დადგენისათვის სხვადასხვა ხერხს მიმართავენ. მათ შორის გამოყოფენ ორ ყველაზე მნიშვნელოვან მიდგომას, რომლებიც საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკასა და დოქტრინაში ცნობილია *voie directe* და *voie indirecte* სახელებით.

გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენის *voie directe* პრინციპი არბიტრებს შესაძლებლობას აძლევს „თვითნებურად“ განსაზღვრონ მატერიალური სამართალი ისე, რომ მხედველობაში არ მიიღონ ამა თუ იმ ქვეყნის კოლიზიური ნორმები. ამასთან, ეს პრინციპი საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შესაძლებლობას აძლევს პირდაპირ საერთაშორისო უნიფიცირებული წესები დაადგინოს მხარეთა შორის წარმოშობილი დავის მომწესრიგებელ სამართლად.

რაც შეეხება *voie indirecte* პრინციპს, აღნიშნული გულისხმობს დავის მიმართ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენისათვის არბიტრთა მიერ კოლიზიური ნორმების გამოყენებას. კერძოდ, არბიტრები სხვადასხვა საფუძვლით მიმართავენ ამა თუ იმ ქვეყნის სამართალს და შემდგომ ამ ქვეყნის სამართლის მათ შორის კოლიზიური ნორმების გათვალისწინებით ადგენენ გამოსაყენებელ სამართალს. ამასთან, აღნიშნული პრინციპის გამოყენების შემთხვევაში არბიტრებს დიდ დახმარებას უწევს სხვადასხვა უნიფიცირებული კოლიზიურსამართლებრივი აქტი. მათ შორის ყველაზე აქტუალურია რომი I რეგულაცია.

დავის მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის თვალსაზრისით სპეციფიკური მოწესრიგებით ხასიათდება „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი. კანონის 36-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, გამოსაყენებელ სამართალზე მხარეთა შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში საარბიტრაჟო განხილვისას გამოიყენება არბიტრაჟის მიერ განსაზღვრული სამართლის ნორმები.

შესაბამისად, აღნიშნული დანაწესი არბიტრებს უფლებას ანიჭებს თავად განსაზღვრონ დავის მიმართ გამოსაყენებელი წესები ისე, რომ მხედველობაში არ მიიღონ კოლიზიური ნორმები. ვინაიდან კანონში მითითება კეთდება მხოლოდ არბიტრთათვის მინიჭებული უფლებამოსილების შესახებ, უნდა ჩაითვალოს, რომ არბიტრები და არა მხარეები განსაზღვრავენ დავის მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს.

„არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის 36-ე მუხლის მე-3 პუნქტის თანახმად, ნებისმიერი მითითება რომელიმე ქვეყნის კანონმდებლობაზე ან სამართლებრივ სისტემაზე გულისხმობს ამ ქვეყნის მატერიალურ სამართალს და არა მის საპროცესო და კოლიზიურ ნორმებს. აღნიშნული დანაწესი სავარაუდოდ 36-ე მუხლის მე-2 პუნქტთან ერთად უნდა განიმარტოს. კერძოდ, არბიტრთა მიერ მე-2 პუნქტის შესაბამისად გაკეთებული არჩევანი გულისხმობს იმას, რომ, თუ არბიტრები რომელიმე ქვეყნის სამართალს დაადგენენ გამოსაყენებლად, ასეთ შემთხვევაში გამოიყენება ამ ქვეყნის მატერიალური სამართალი და არა მისი საპროცესო და კოლიზიური ნორმები. ამგვარად, ქართული კანონმდებლობა *voie directe* პრინციპის მსგავს მიდგომას განამტკიცებს.

დავის საერთაშორისო საარბიტრაჟო წესით განხილვისას არბიტრთა მიერ გამოსაყენებელი მატერიალური სამართლის დადგენისათვის „მჭიდრო კავშირის“ კოლიზიურ საბამს ერთ-ერთი გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს. მითითებული კოლიზიური საბამი საერთაშორისო კერძო სამართალში საკმაოდ ხშირად გამოიყენება, თუმცა მისი განსაზღვრა საკმაოდ რთულია.

რომის 1980 წლის კონვენციით აღნიშნული „მჭიდრო კავშირის“ საბამით სამართლის დადგენა უკავშირდებოდა მახასიათებელი ვალდებულების შემსრულებლის ადგილსამყოფელს. ეს მიდგომა შემდგომში რომი I რეგულაციით უარყოფილ იქნა და მას უფრო ფართო მნიშვნელობა მიეცა, რაც საერთაშორისო არბიტრაჟებს უფრო მეტ „თავისუფლებას“ ანიჭებს.

რომი I რეგულაცია ერთმანეთისაგან განასხვავებს მჭიდრო კავშირის ორ სახეს, თუმცა შედეგის თვალსაზრისით, შეიძლება ითქვას, რომ ერთი მეორესგან დიდად არ განსხვავდება. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს თავისი შეხედულების შესაბამისად, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, შეუძლია რომი I



რეგულაციის საფუძველზე ფართოდ განმარტოს „ამჟამად უფრო მჭიდრო კავშირი“ და კიდევ უფრო ფართოდ „ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული“ კოლიზიური საბამი და მათი საშუალებით გამოსაყენებელ სამართლად კონკრეტული ქვეყნის სამართალი დაადგინოს.

# სამოქალაქო უფლების ცნების თეორიული და პრაქტიკული მნიშვნელობა

გიორგი ამირანაშვილი<sup>1</sup>

## შესავალი

სუბიექტური უფლება არის სწორედ ერთ-ერთი ცნება, რომელმაც, ფილოსოფიური იდეების წყალობით, წინა პლანზე როგორც რომანულ-გერმანული, ისე ანგლოამერიკული სამართლის ქვეყნებში წამოიწია.<sup>2</sup> უექსის აზრით, სამართლის ფილოსოფიის ჩანვდომა შეუძლებელია უფლების იდეის გათვალისწინების გარეშე. უფლება სამართალსა და სამართლებრივ სისტემას უზრუნველყოფს და, ამგვარად, სამართალმცოდნეობის ცენტრალურ საკითხს წარმოადგენს.<sup>3</sup>

უფლების ცნება ხანგრძლივი ისტორიული განვითარების შედეგია.<sup>4</sup>

საკითხი სამოქალაქო უფლების შესახებ კვლავაც სამართლებრივი მეცნიერების ყურადღების ცენტრშია, რადგან, სამართლებრივი სახელმწიფოს ფორმირების პროცესში, არ შეიძლება, სამოქალაქო უფლებასა და მისი განხორციელების რეალური გარანტიის უზრუნველყოფას მთავარი ყურადღება არ მიექცეს.<sup>5</sup>

სამოქალაქო უფლების ცნების აღწერა, უფრო მეტად, კერ-

---

<sup>1</sup> ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, იურიდიული ფაკულტეტის კერძო სამართლის მიმართულების ასისტენტი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის ინტერნაციონალიზაციისა და სამეცნიერო კვლევების სამსახურის უფროსი სპეციალისტი.

<sup>2</sup> დავიდი რ., თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, ე. სუმბათაშვილის თარგმანი, თ. წინიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2010, 30.

<sup>3</sup> უექსი რ., სამართლის ფილოსოფია, ძალიან მოკლე შესავალი, მ. ბაბუხაძის თარგმანი, ი. ბაჩიაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2012, 73.

<sup>4</sup> კოინგი ჰ., „უფლების“ ცნების ისტორიისათვის, სამართლის ჟურნალი, №1, 2011, 243; წინიძე თ., კოინგის „იურიდიული არქეოლოგია“, სამართლის ჟურნალი, №1, 2011, 231.

<sup>5</sup> გალდავა გ., სამოქალაქო უფლებათა დაცვის ფორმები და საშუალებები საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით, სამართლის ჟურნალი, №1, 2009, 116.

ძოსამართლებრივი დოგმატიკის სფეროა,<sup>6</sup> სამართლის მეცნიერება მონოდედულია, თეორიულად განსაზღვროს უფლების არსი.<sup>7</sup> მიუხედავად ამისა, სამოსამართლო სამართალშიც ვხვდებით გარკვეულ მცდელობას ამ მიმართულებით. კერძოდ, როგორც საქართველოს უზენაესი სასამართლო მიუთითებს, „სამოქალაქო უფლების არსი მდგომარეობს იმაში, რომ ეს უფლება მისი მფლობელის სრულ განკარგულებაშია.“<sup>8</sup> „პირს შეუძლია ისარგებლოს ამ სიკეთით, გაასხვისოს თავისი უფლება ან საერთოდ უარი თქვას მასზე, თუ ამ უფლების განხორციელება არ ხელყოფს მესამე პირთა უფლებებს.“<sup>9</sup>

როგორც სამართლიანად მიუთითებენ ლიტერატურაში, „სუბიექტური სამოქალაქო უფლების“ ცნების ზუსტ განსაზღვრას აქვს პირველხარისხოვანი მნიშვნელობა და, ამასთან, არა მხოლოდ თეორიული, არამედ, პრაქტიკული თვალსაზრისითაც. ხშირად, კონკრეტული საქმის განხილვისას, აუცილებელი ხდება სუბიექტური უფლების არსებობის დადგენა, რადგან, ამის გარეშე შეუძლებელია საქმის სწორად გადაწყვეტა. მაგალითად, ა-სთან დაკავშირებულ ერთ-ერთ საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილების აღსასრულებლად, სააღსრულებლო ფურცელში ჩაიწერა მისი მამის კუთვნილი ქონება. ა-მ მიმართა სასამართლოს ნუსხიდან ამ ქონების ამოღების მოთხოვნით, რაზედაც სასამართლომ უარი უთხრა იმ საფუძველით, რომ ვაჟს, როგორც მემკვიდრეს, ჰქონდა უფლება მამის ქონების ნაწილზე. ზემდგომმა სასამართლომ გააუქმა მიღებული გადაწყვეტილება და მიუთითა, რომ მემკვიდრეობის გზით ქონება შეიძლება გადავიდეს მემკვიდრეებზე მხოლოდ მამკვიდრებლის გარდაცვალების შემდეგ. გადაწყვეტილების მიმღები სასამართლოს შეცდომა კი, სწორედ იმაში დაინახა, რომ სა-

<sup>6</sup> კოინგი ჰ., „უფლების“ ცნების ისტორიისათვის, სამართლის ჟურნალი, №1, 2011, 245. საბოს შეფასებით, იურიდიულმა დოგმატიკამ, საკმაოდ დეტალურად, შეიმუშავა სუბიექტური უფლების თეორია, მაგრამ არ გასულა საკუთრივ დოგმატური მიდგომის ფარგლებს გარეთ: Сабо И., Основы теории права, Москва, 1974, 254.

<sup>7</sup> გოკიელი ფ., უფლება, ჟურნალი „სამართალი“, №8-9, 1992, 63.

<sup>8</sup> საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაცოტრების საქმეთა პალატის 10 სექტემბრის განჩინება №ას-621-846-08.

<sup>9</sup> საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაცოტრების საქმეთა პალატის 2008 წ. 9 ივლისის განჩინება №ას-433-675-08.

სამართლომ არ დაადგინა ა-ს საკუთრების სუბიექტური უფლების არსებობა მითითებულ ქონებაზე, არამედ, ჩათვალა სუბიექტური უფლებად ა-ს მიერ მომავალში ქონების მიღების შესაძლებლობა მემკვიდრეობის გზით.<sup>10</sup>

ნაშრომში განხილულია სამოქალაქო უფლების ცნების ადგილი რომის სამართალში; ასევე, საუბარია ადამიანის ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებზე, ობიექტური და სუბიექტური გაგებით.

## 1. სამოქალაქო უფლების ცნება რომის სამართალში

რომის სამართალმა შექმნა სამოქალაქო სამართლის, ე.ი., სამოქალაქო უფლებათა სისტემა, მაგრამ, უფლების რაობის შესახებ რაიმე თეორია არ შეუშუშავებია. ამის მიზეზი, ერთი მხრივ, ის იყო, რომ იმდროინდელი აზროვნება განყენებული იურიდიული პრობლემებით არ ინტერესდებოდა;<sup>11</sup> მეორე მხრივ, როდესაც რომაელები სამართლებრივ ურთიერთობას განიხილავდნენ, მათ არ აინტერესებდათ ამ ურთიერთობის პირველი ელემენტი – უფლება, არამედ, მათი ინტერესის საგანი იყო მეორე ელემენტი – მოვალეობა. რომაელი იურისტებისათვის უფლებაზე უფრო მნიშვნელოვანი იყო მოვალეობა, რომლითაც ადამიანი იბოჭებოდა.<sup>12</sup>

მიუხედავად ამისა, რომაელები განასხვავებდნენ უფლებას ობიექტური და სუბიექტური გაგებით. ობიექტური უფლება შეად-

<sup>10</sup> Певзнер А.Г., Понятие и виды субъективных гражданских прав, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 1961, 32-33.

<sup>11</sup> ფონ ტურის მიხედვით, სუბიექტური უფლების, როგორც კერძო სამართლის ცენტრალური ცნების, პრობლემით რომაელი იურისტები არ დაინტერესებულან: კოინგი ჰ., „უფლების“ ცნების ისტორიისათვის, სამართლის ჟურნალი, №1, 2011, 234.

<sup>12</sup> გოკიელი ფ., უფლება, ჟურნალი „სამართალი“, №8-9, 1992, 63. ვაჩიშვილს მიაჩნია, რომ რომაელი იურისტების მიერ სუბიექტური უფლების ცნება შემუშავებული იყო. კერძოდ, მათ შექმნილი ჰქონდათ სუბიექტური უფლების ორი ფორმა: საჯარო ხელისუფლება (იმპერიუმ), ე.ი. ბრძანების აბსოლუტური, განუყოფელი უფლება, რომელიც ეკუთვნის საზოგადოებას, ან მის წარმომადგენლებს, და ინდივიდუალური უფლება (დომინიუმ), რომლითაც ინდივიდს ენიჭება აბსოლუტური განკარგულების ძალა განსაზღვრულ ქონებაზე: ვაჩიშვილი ალ., სამართლის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2010, 180-181. რომის სამართალში სუბიექტური უფლების როლი ყოველთვის დავის საგანი იყო: კოინგი ჰ., „უფლების“ ცნების ისტორიისათვის, სამართლის ჟურნალი, №1, 2011, 234-237.

გენდა სამართლებრივი ნორმებისა და ინსტრუმენტების ერთობლიობას (სამართლებრივი წესრიგი). სუბიექტური უფლების ქვეშე, ესმოდათ განსაზღვრული პირის (სუბიექტის) უფლებამოსილება ობიექტური უფლების ფარგლებში.<sup>13</sup> ტერმინი „უფლება“ წარმოადგენდა „შესაძლებლობის“, „უფლებამოსილების“ სინონიმს, რომელსაც სამართლებრივი წესრიგი საზოგადოების ცალკეულ წევრს ანიჭებს.<sup>14</sup>

უფლება სუბიექტური გაგებით (ე.წ. *ius agendi*) არის ბატონობა, რომელიც ეკუთვნის განსაზღვრულ პირს (ან პირთა ერთობლიობას) განსაზღვრულ საგანზე, საკუთარი ინტერესის დაკმაყოფილების მიზნით, სამართლის ნორმის საფუძველზე.<sup>15</sup> ზოგიერთი იურისტის, მტკიცებით, რომ არსებობს უფლება სუბიექტის გარეშე, ე.ი. უფლება, რომელიც არავის კუთვნილება არ არის.<sup>16</sup> აღსანიშნავია, რომ დღეს მოქმედი სამოქალაქო კოდექსი სუბიექტის გარეშე უფლების ცნებას არ იცნობს.<sup>17</sup> ვაჩიშვილის მიხედვით, უფლება არის იურიდიული კავშირი, რომელიც არსებობს სუბიექტთა შორის. ნორმებს აქვთ ზოგადი, აბსტრაქტული ხასიათი, იურიდიული კავშირი კი, ყოველთვის, გულისხმობს უფლებასა და მოვალეობას და, ამიტომ, შეუძლებელია სუბიექტის გარეშე.<sup>18</sup> მართლაც, როგორც სამართლიანად მიუთითებს ზოიძე, ვიდრე უფლება, თავისი არსით, იწოდება უფლებად, იქამდე, იგი, სამართლის მეშვეობით, სუბიექტთანაა დაკავშირებული.<sup>19</sup> არ არსებობს უფლება სუბიექტის გარეშე და სუბიექტი უფლების გარეშე. უფლება სუბიექტის თვისებაა, სუბიექტი კი – უფლების ქმნილება.<sup>20</sup> ყველა ნამდვილ უფლებას ჰყავს მფლობელი და უნდა

<sup>13</sup> Яковлев В. Н., Древнеримское частное право и современное российское гражданское право, Москва, 2010, 36; Новицкий И.Б., Перетерский И.С. (ред.), Римское частное право, Москва, 1996, 49.

<sup>14</sup> Санфилиппо Ч., Курс римского частного права, Москва, 2002, 4.

<sup>15</sup> Барон Ю., Система римского гражданского права, Книга 1, Общее учение о правах в субъективном смысле, Санкт-Петербург, 2005, 82.

<sup>16</sup> იქვე.

<sup>17</sup> ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 104.

<sup>18</sup> ვაჩიშვილი ალ., სამართლის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2010, 178.

<sup>19</sup> ზოიძე ბ., სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემცენების ცდა, უპირატესად ადამიანის უფლებათა ჭრილში, ესეები, თბილისი, 2013, 76.

<sup>20</sup> იქვე, 228.

გააჩნდეს გარკვეული მიზანი და შინაარსი.<sup>21</sup>

დერნბურგის აზრით, უფლება სუბიექტური გაგებით არის მონაწილეობა ცხოვრების სიკეთით სარგებლობაში, რისი შესაძლებლობაც კონკრეტულ პიროვნებას საერთო ნების საფუძველზე ეძლევა და იგი ამავე ნებით არის უზრუნველყოფილი.<sup>22</sup>

მიტიესის მიხედვით, რომელი იურისტებისათვის უცხო იყო უფლებათა ამჟამად მიღებული დაჯგუფება შინაარსის მიხედვით.<sup>23</sup> რომის სამართალში უფლების ძირითად კლასიფიკაციას წარმოადგენდა მისი დაყოფა ორ კატეგორიად: „ფარდობით“ და „აბსოლუტურ“ უფლებებად. „ფარდობითად“ იწოდებოდა ის უფლება, როდესაც სუბიექტის ინტერესის რეალიზაცია შესაძლებელი იყო მხოლოდ ერთი, ან რამდენიმე სუბიექტის დახმარებით და, ამიტომ, უფლების მატარებელს შეეძლო, განეხორციელებინა თავისი მოთხოვნა მხოლოდ მათთან მიმართებით. „აბსოლუტურად“ კი, ითვლებოდა უფლება, რომლის ფარგლებშიც სუბიექტს შეეძლო განეხორციელებინა საკუთარი ინტერესი, საზოგადოების სხვა წევრების დახმარების გარეშე.<sup>24</sup>

კლასიკურ რომის სამართალში სარჩელის უფლება წარმოადგენდა სასამართლო მაგისტრატის ედიქტით გათვალისწინებულ საშუალებას, რომლის მეშვეობითაც მიიღწეოდა სუბიექტის მიერ თავისი ინტერესის დაცვა.<sup>25</sup> ამდენად, თუ არ არსებობ-

<sup>21</sup> Cohen C., Regan T., *The Animal Rights Debate*, Maryland, 2001, 17.

<sup>22</sup> დერნბურგი ჰ., პანდექტები, ზოგადი ნაწილი, ტომი პირველი, კ. ჯაფარიძისა და ფ. გოკიელის თარგმანი, ლ. ანდრონიკაშვილის რედაქტორობით, ტფილისი, 1928, 92.

<sup>23</sup> Гримм Д., Проблема вещных и личных прав в древнеримском праве, Вестник гражданского права, №3, 2007, 149. იხ. ციტირება: itteis L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit iokletians. 1. d. Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, 1908, 86.

<sup>24</sup> Санфилиппо Ч., Курс римского частного права, Москва, 2002, 31-32. უფლებათა ანალოგიური დაყოფა არის დამახასიათებელი თანამედროვე სამართლისთვისაც: ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 99 და შედგომნი.

<sup>25</sup> Новицкий И.Б., Римское право, Москва, 2009, 49. სავინის მიხედვით, რომელი სარჩელით უზრუნველყოფილი იყო უკვე არსებული უფლების განხორციელება. ვინდშიიდის თანახმად, პრეტორი, რომელიც წარმოადგენდა რომის სახელმწიფოს, ახდენდა სარჩელის უფლების მინიჭებას, როდესაც, სახელმწიფო პოლიტიკის მიხედვით, სამართლებრივი დაცვის საშუალება დროული იყო. პრეტორი არ ეხებოდა თავად უფლებას. იმის გადანყვეტისას, თუ სამართლებრივი

და სარჩელის უფლება, არ არსებობდა სამოქალაქო უფლებაც. თანამედროვე გაგებით, სამოქალაქო უფლება არის სამოქალაქო კანონმდებლობით სამოქალაქო ურთიერთობის მონაწილისათვის მინიჭებული სამართლებრივი ძალაუფლება, დაიცვას საკუთარი ინტერესი, მათ შორის, სასამართლოს გზით.<sup>26</sup> მაშასადამე, სუბიექტის მიერ უფლების ქონა გულისხმობს სარჩელის უფლების არსებობასაც. შესაბამისად, კერძო სამართალი დაყოფილია, ერთი მხრივ, მატერიალურ, როგორც უფლებათა სისტემად, და, მეორე მხრივ, საპროცესო სამართლად.<sup>27</sup>

ლათინურსა და ევროპული ენების უმრავლესობაში, ერთი და იგივე სიტყვა – *ius*<sup>28</sup>, *Recht*, *droit* – გამოიყენება როგორც ობიექტური უფლების, მაგალითად, ვალდებულებითი სამართლის, ისე სუბიექტური უფლების, მაგალითად, ნივთის გაყიდვის უფლების, აღსანიშნავად და ეს ორგვარი მნიშვნელობა ნიღბავს იმ პოტენციურ ბუნდოვანებას, რომელიც არ არის დამახასიათებელი ინგლისური ენისათვის.<sup>29</sup> დონელუსისათვის სიტყვა – *ius* – ჩვეუ-

---

დაცვის რა საშუალება მიენიჭებინა, იგი ხელმძღვანელობდა დროის ეკონომიკური საჭიროების მისეული აღქმით: შტეინ ჯ., ლომან გან ინ უროპეან ჰისტორი, ჩამბრიდგე, 2004, 122.

<sup>26</sup> იხ. ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 98. საბჭოთა პერიოდის სახელმწიფოსა და სამართლის თეორიაში უფლება ესმოდათ, როგორც სამართლის ნორმებით გათვალისწინებული და სახელმწიფოთი უზრუნველყოფილი პირთა შესაძლებლობა, იმოქმედონ განსაზღვრული წესით: ვაჩიშვილი აღ., სამართლებრივი ურთიერთობის ცნებისათვის, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, №6, 1964, 10. იხ. ციტირება: Ромашкин П. С., Строгович М. С., Туманов В. А. (ред.), Теория государства и права, Москва, 1962, 458.

<sup>27</sup> Stein P., Roman Law in European History, Cambridge, 2004, 81.

<sup>28</sup> ლათინური ტერმინის განმარტება იხ. Dumesnil J. B. G., Latin synonyms, with their different significations, and examples taken from the best Latin authors, London, 1819, 335. ix. <<http://ia600502.us.archive.org/19/items/latinsynonymswit00garduoft/latinsynonymswit00garduoft.pdf>> [09.10.13].

<sup>29</sup> იხ. შტეინ ჯ., ლომან გან ინ უროპეან ჰისტორი, ჩამბრიდგე, 2004, 81. ამ საკითხთან დაკავშირებით, ასევე, იხ. Шевцов С.П., Архаическое понимание права: этимологический подход, Журнал “СХОАН”, Vol. 7, No. 2, 2013, 334, <<http://www.nsu.ru/classics/schole/7/schole-7-2.pdf>>, [08.12.13]. იგივე ითქმის ქართულ ენაზეც, რომელსაც სხვა ენებისაგან გამოარჩევს სწორედ ის თავისებურება, რომ იგი ერთმანეთისაგან მკვეთრად არჩევს უფლებასა და სამართალს: ნადარეიშვილი გ., „ხელის“ უძველესი მნიშვნელობის ანარეკლი „ვეფხისტყაოსანში“, ჟურნალი „სამართალი“, №3, 1999, 75. როგორც სამართლიანად აღნიშნავს კობახიძე, სამოქალაქო უფლება არ უნდა გაავივივოთ სამოქალაქო უფლე-

ლებრივ, ნიშნავდა სუბიექტურ უფლებას, რომელიც მიეკუთვნებოდა ინდივიდს; ასე რომ, მისთვის სამართალი, როგორც ერთი მთლიანობა, სუბიექტურ უფლებათა სისტემას წარმოადგენდა.<sup>30</sup>

## 2. ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები ობიექტური და სუბიექტური გაგებით

უფლების, როგორც სამართლის მეცნიერების ერთ-ერთი მთავარი ცნების, განვითარება ადამიანის უფლებათა თეორიამდე, თანამედროვე ცივილიზებული საჯარო წესრიგის ძირითადი პოსტულატია.<sup>31</sup>

---

ბასთან ობიექტური გაგებით, როგორც ეს რუსულ ენაში გამოიყენება. „ობიექტური უფლება“ იგივე სამართალია და სიტყვის დამატება – „სუბიექტური“, ან „ობიექტური“ რუსული ტერმინის – Право – ორგვარი მნიშვნელობით აიხსნება. ამიტომ, სამოქალაქო უფლება ობიექტური გაგებით, ანუ, „ობიექტური უფლება“ სამოქალაქოსამართლებრივ ნორმათა ერთობლიობაა, ხოლო, სუბიექტური სამოქალაქო უფლება არის სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობის ელემენტი: კობახიძე ა., სამოქალაქო სამართალი, I, ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2001, 96. ანალოგიურ პოზიციაზე არიან სხვა ავტორებიც: გამყრელიძე თ., პროფესორ ალ. ვაჩეიშვილის წიგნის „სამართლის ზოგადი თეორიის“ ახალი გამოცემის გამო, წიგნში: ვაჩეიშვილი ალ., სამართლის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2010, VIII; ბურდული ი., შენატანის განუხორციელებლობის სამართლებრივი შედეგი: უტოპიური შეხედულება სს-იდან პარტნიორის გარიცხვის შესახებ, სამართლის ჟურნალი, №1-2, 2010, 40, 157-ე სქოლიო. შესაბამისად, ქართულ ენაში სუბიექტური და ობიექტური უფლების ცნების გამიჯვნა არ არის აუცილებელი: ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 98, სქოლიო 167. ზოგიერთ ავტორს, საერთოდ, შეცდომად მიაჩნია უფლებათა დაყოფა ობიექტურ და სუბიექტურ უფლებებად, რადგან არსებობს უბრალოდ უფლება; სამართალი უფლებრივი წესრიგია და უფლება ამ წესრიგის შედეგია: ზოიძე ბ., სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემეცნების ცდა, უპირატესად ადამიანის უფლებათა ჭრილში, ესეები, თბილისი, 2013, 68. შეად. კერესელიძე დ., კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები, თბილისი, 2009, 77-78.

<sup>30</sup> Stein P., Roman Law in European History, Cambridge, 2004, 81. ციმერმანის მიხედვით, სუბიექტური უფლების ცნება, როგორც ასეთი, სწორედ დონელუსის სამოქალაქო სამართლის კომენტარებიდან იღებს სათავეს: Zimmermann R., The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, Wetton and Johannesburg, 1990, 1087, 279-ე სქოლიო. ამ საკითხთან დაკავშირებით, დანვრილებით იხ. კოინგი ჰ., „უფლების“ ცნების ისტორიისათვის, სამართლის ჟურნალი, №1, 2011, 238-240.

<sup>31</sup> ნინიძე თ., კოინგის „იურიდიული არქეოლოგია“, სამართლის ჟურნალი, №1, 2011, 231.



თანამედროვე ლიტერატურაში გამოყოფენ ადამიანის ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებს ობიექტური და სუბიექტური მნიშვნელობით.<sup>32</sup>

ობიექტური გაგებით ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები არის შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი ნორმებისა და საყოველთაოდ აღიარებული ჩვეულებების, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის პრინციპებისა და ნორმების სისტემა, რომელიც აღიარებს, გარანტირებულს ხდის, უზრუნველყოფს და იცავს ინდივიდისა და სოციალური თემის კანონიერ უფლებამოსილებას საზოგადოებრივი ურთიერთობის ყველა სფეროში.<sup>33</sup>

სუბიექტური გაგებით ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები არის კონკრეტული პირის კუთვნილი კანონიერი მოქმედების, აქტის, ქცევის შესაძლებლობა, რაც გათვალისწინებულია (ნებადართულია) სამართლის ეროვნული და საერთაშორისო ნორმებით. ისარგებლოს თუ არა ამ შესაძლებლობით, მოახდინოს თუ არა თავისი უფლების რეალიზაცია, დამოკიდებულია კონკრეტული ადამიანის მიხედვლებაზე.<sup>34</sup>

მაგალითად, ობიექტური გაგებით ქორწინების უფლება არის შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი ნორმა, რომელიც აღიარებს, გარანტირებულს ხდის, უზრუნველყოფს და იცავს ქალისა და მამაკაცის კანონიერ უფლებამოსილებას. ქალისა და მამაკაცის კანონიერი უფლებამოსილება, ე.ი. მათი სუბიექტური უფლება მდგომარეობს დაქორწინების შესაძლებლობაში – მოქმედების განხორციელებაში. საოჯახო კანონმდებლობის მიხედვით, ქორწინება არის ქალისა და მამაკაცის ნებაყოფლობითი კავშირი. არ დაშვება ქორწინება პირებს შორის, რომელთაგან ერთი პირი მაინც უკვე იმყოფება სხვა რეგისტრირებულ ქორწინებაში.<sup>35</sup> შესაბამისად, მრავალცოლიანობა, მრავალქმრიანობა (პოლიგამია), ისევე, როგორც ერთსქესიანთა ქორწინება, რაც არ არის განმტკიცებული ეროვნული სამართლის ნორმებში, არ წარმოადგენს

---

<sup>32</sup> Азаров А., Ройтер В., Хюфнер К., Права человека, Международные и российские механизмы защиты, Москва, 2003, 25.

<sup>33</sup> იქვე.

<sup>34</sup> იქვე.

<sup>35</sup> იქვე.

არც ობიექტურ და არც სუბიექტურ უფლებას ამგვარ ქორწინებაზე, რამდენადაც, ასეთი ქორწინება არ არის ნებადართული, კანონიერი მოქმედება.<sup>36</sup>

ძირითადი უფლებების დამახასიათებელი უმთავრესი ნიშანია მათი ორმაგი ფუნქცია, ორმაგი დატვირთვა.<sup>37</sup> მაგალითად, საქართველოს კონსტიტუციით აღიარებულია საკუთრების უფლება, რომლის თანახმად, პირი უფლებამოსილია, მოიპოვოს საკუთრების უფლება კონკრეტულ ნივთზე გარიგების, ან კანონის საფუძველზე. შესაბამისად, მას წარმოეშობა სუბიექტური, მასთან უშუალოდ დაკავშირებული აბსოლუტური უფლება, რომელიც მოქმედებს ყველა სხვა ინდივიდის მიმართ.<sup>38</sup> მასასადამე, ერთი მხრივ, იგი წარმოადგენს სუბიექტურ უფლებას, ხოლო, მეორე მხრივ კი, ქმნის ღირებულებათა კონსტიტუციურ წესრიგს. ორივე ფუნქცია ავსებს ერთმანეთს და მთლიანობაში უფლების სრულყოფილ გამოხატულებას ადგენს.<sup>39</sup>

ორმაგ ფუნქციასთან მიმართებით, საინტერესოა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილება, რომელშიც სასამართლომ აღნიშნა, რომ „ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის პირველი პუნქტი აზრის გამოხატვის, აზრის გავრცელებისა და ინფორმაციის თავისუფლებას უზრუნველყოფს, როგორც ადამიანის ძირითად უფლებებს და ამით, იმავდროულად, ცდილობს ამ პროცესის კონსტიტუციურ დაცვას. შესაბამისად, კონსტიტუციის აღნიშნული ნორმა აწესებს სუბიექტურ უფლებებს; ამასთან კავშირში იგი ახდენს აზრის თავისუფლების, როგორც საერთო – სამართლებრივი წესრიგის ობიექტური პრინციპის ნორმირებას, სადაც სუბიექტური და ობიექტური სამართლებრივი ელემენტები განაპირობებს და ამყარებს

---

<sup>36</sup> იქვე, 26.

<sup>37</sup> საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, საქართველოს მოქალაქეობა, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, პ. ტურავას რედაქტორობით, თბილისი, 2013, 209.

<sup>38</sup> ჩაჩავა ს., მოთხოვნებისა და მოთხოვნის საფუძველების კონკურენცია, თბილისი, 2011, 12.

<sup>39</sup> საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, საქართველოს მოქალაქეობა, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, პ. ტურავას რედაქტორობით, თბილისი, 2013, 209.

ერთურთს.“<sup>40</sup>

## შეჯამება

სამოქალაქო უფლების ცნების ზუსტ განსაზღვრას დიდი მნიშვნელობა აქვს არა მხოლოდ თეორიული, არამედ, პრაქტიკული თვალსაზრისით, ვინაიდან, კონკრეტული საქმის განხილვისას, შესაძლებელია, საჭირო გახდეს სამოქალაქო უფლების არსებობის დადგენა, რაზეც დამოკიდებულია საქმის სწორად გადაწყვეტა.

იმ დებულებას, რომ შესაძლებელია რაიმე უფლების არსებობა სუბიექტის გარეშე, რა თქმა უნდა, აქვს არსებობის უფლება, თუმცა, იგი არ არის უდავო.

კერძო სამართლის დაყოფამ მატერიალურ და საპროცესო სამართლად შეცვალა რომის სამართალში არსებული მიდგომა და, დღესდღეობით, ითვლება, რომ უფლების არსებობა განაპირობებს სარჩელის უფლებას და არა პირიქით.

არ არის იმის საჭიროება, რომ უფლება გაგებული იყოს ობიექტური და სუბიექტური მნიშვნელობით, რადგან ქართული ენა ერთმანეთისაგან მკაფიოდ განასხვავებს სამართალსა და უფლებას, რამდენადაც, სხვა ენებისაგან განსხვავებით, ერთი ტერმინის ორგვარი მნიშვნელობით გამოყენება მას არ უწევს.

---

<sup>40</sup> იხ. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი სენატის 1981 წლის 16 ივნისის გადაწყვეტილება №E – 57, 295. კრებულში: შვაბე ი., გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, ე. ჩაჩანიძის თარგმანი, კ. კუბლაშვილის, თ. ნინიძის, ბ. ლოლაძისა და ქ. ერემადის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 125.

# დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები: მნიშვნელობა და გამოწვევები

ნინო ბოგვერაძე<sup>1</sup>

შესავალი

რეპროდუქციული მედიცინის, შეიძლება თამამად ითქვას, რევოლუციური მიღწევების შედეგად შემუშავდა ისეთი სამედიცინო ტექნოლოგიები და მეთოდები, რომლითაც შესაძლებელი გახდა სქესობრივი კავშირის გარეშე ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვა და თუნდაც მე-20 საუკუნის პირველ ნახევარში შედეგის მომტანი ტრადიციული მკურნალობისათვის<sup>2</sup> განწირული უშვილობის<sup>3</sup> პრობლემების გადაჭრა. ეს მეთოდები ცნობილია „დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების“<sup>4</sup> სახელწოდებით.

დღესდღეობით საერთაშორისო საზოგადოებაში არ არსებობს ერთიანი უნიფიცირებული დამოკიდებულება დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების გამოყენებასთან მიმართე-

---

<sup>1</sup> დოქტორანტი, ქართულ-ამერიკული უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი, ადვოკატი, University of London PostGraduate Diploma in Laws in International Business Law.

<sup>2</sup> უშვილობის (უნაყოფობის) მკურნალობის ტრადიციულ მეთოდებში იგულისხმება მედიკამენტოზური და ქირურგიული მკურნალობა იმ მიზნით, რომ საბოლოო ჯამში მკურნალობის შედეგად მიღწეული იქნას ქალის ორსულობა სქესობრივი კავშირის გზით ან სამედიცინო ჩვენების შესაბამისად არსებობს ამ გზით ორსულობის მიღების შესაძლებლობა.

<sup>3</sup> უნაყოფობა განისაზღვრება როგორც „განაყოფიერების შეუძლებლობა მინიმუმ ერთი წლის რეგულარული დაუცველი კავშირის შემდგომ“; Kokiasmenos M., Mihalich L., Assisted Reproductive Technology, The Georgetown Journal of Gender and the Law, Volume V, Number 1, spring 2004, 622. იხ. ციტირება: NAT'L. Conference of State Legislatures, Insurance Coverage for infertility Therapy, available at <http://www.ncsl.org/programs/health/infert.htm> [01.03.2016].

<sup>4</sup> სამედიცინო ინგლისურენოვან იურიდიულ ლიტერატურაში ტერმინი „დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები“ (ინგლისურად – Assisted Reproductive Technologies) ხშირ შემთხვევაში გამოიყენება შემოკლებული დასახელებით „ART“, რუსულენოვან ლიტერატურაში დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების („Вспомогательные Репродуктивные Технологии“) აღსანიშნავად იყენებენ შემოკლებულ დასახელებას „BPT“.

ბით<sup>5</sup>, ასევე, არ არსებობს ცალსახა არგუმენტირებული პასუხი კითხვაზე, უნდა იქნას თუ არა კანონმდებლობით დაშვებული ამ ტექნოლოგიების გზით ხელოვნურად ადამიანის ჩასახვა, უნდა დაანესოს თუ არა სახელმწიფომ გარკვეული შეზღუდვები ამ სამედიცინო პროცედურებთან ან მის ზოგიერთ სახეობასთან დაკავშირებით. სწორედ ამ ერთიანი ჩამოყალიბებული პოზიციის არარსებობა მიზეზია იმისა, რომ საერთაშორისო ნორმატიულ სივრცეში არ მოგვეპოვება სავალდებულო ძალის მქონე საერთაშორისო ხელშეკრულება, რომელიც დაავალდებულებდა ხელშეკრულების წევრ სახელმწიფოებს, ადგილობრივ კანონმდებლობაში ხელშეკრულებით მონესრიგებული ნორმების შესაბამისად ამომწურავად აესახათ დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან დაკავშირებული საკითხები.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> განსაკუთრებული წინააღმდეგობა არსებობს დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებს შორის ყველაზე კომპლექსური მეთოდის – სუროგაციის აკრძალვისა თუ დაშვების თაობაზე.

<sup>6</sup> ერთადერთი სავალდებულო საერთაშორისო ხასიათის დოკუმენტი, რომელიც ნაწილობრივ ეხება დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების გამოყენების მხოლოდ მცირეოდენ ცალკეულ ასპექტს, არის კონვენცია „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“, რომლის ძირითადი მიზანი ბიოლოგიისა და მედიცინის სფეროში ადამიანის ღირსებისა და იდენტობის დაცვა და ყოველგვარი დისკრიმინაციის გარეშე თითოეული პირის ხელშეუხებლობის, სხვა უფლებებისა და თავისუფლებების პატივისცემის უზრუნველყოფაა: მე-13 მუხლის შესაბამისად „ადამიანის გენომის ცვლილების განსახორციელებლად ჩარევა დაიშვება მხოლოდ პროფილაქტიკური, თერაპიული ან დიაგნოსტიკური მიზნით და მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მისი მიზანი არ არის შთამომავლობის გენომის ნებისმიერი სახით შეცვლა“; მე-14 მუხლის თანახმად „დაუშვებელია მომავალი ბავშვის სქესის შერჩევის მიზნით დამხმარე სამედიცინო ტექნოლოგიების გამოყენება, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა აუცილებელია სქესთან დაკავშირებული მძიმე მემკვიდრეობითი დაავადების თავიდან აცილება“; მე-18 მუხლის მე-2 ნაწილი კრძალავს კვლევის ჩატარების მიზნით ადამიანის ემბრიონის შექმნას; იმავე მუხლის პირველი ნაწილის შესაბამისად კი, თუ კანონმდებლობით დაშვებულია ემბრიონზე ინ ვიტრო კვლევის ჩატარება, უზრუნველყოფილი უნდა იქნეს ემბრიონის ადეკვატური დაცვა. იხ. კონვენცია „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“, მიღებულია 1997 წლის 4 აპრილს, რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის მიერ 2000 წლის 27 სექტემბერს, საქართველოსთვის ძალაშია 2001 წლის 1 მარტიდან. იმავე კონვენციის დამატებითი ოქმი „ადამიანის ორგანოებისა და ქსოვილების გადანერგვის შესახებ“ პირდაპირ გამორიცხავს ოქმის მოქმედებას რეპროდუქციულ ორგანოებსა და ქსოვილებზე და ემბრიონზე. იხ. „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“ კონვენციის დამატებითი ოქმი „ადამიანის ორგანოებისა და ქსოვილების გადანერგვის

დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების რეგულირებაზე სახელმწიფოთა კონსენსუსის არარსებობის<sup>7</sup> და, შესაბამისად, ამ საკითხის მომწესრიგებელი უნიფიცირებული ე.წ. “hard law”, მავალდებულებელი საერთაშორისო დოკუმენტის არარსებობის პირობებში თითოეული სახელმწიფო ადგილობრივი კანონმდებლობის შესაბამისად განსაზღვრავს და არეგულირებს ამ ტექნოლოგიებთან დაკავშირებულ საკითხებს. არსებობს სახ-

---

შესახებ“, მიღებულია 2002 წლის 24 იანვარს, რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის მიერ 2002 წლის 27 სექტემბერს, საქართველოსათვის ძალაშია 2006 წლის 01 მაისიდან. იგივენივითად „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“ კონვენციის დამატებითი ოქმი „ბიოსამედიცინო კვლევის შესახებ“ ადგენს, რომ ოქმი არ ეხება „ემბრიონზე ინ ვიტრო [ანუ ორგანიზმის გარეთ] ჩატარებულ კვლევას, ის ეხება კვლევას ნაყოფზე და ინ ვიტო [ანუ ორგანიზმის შიგნით] კვლევას ემბრიონზე“. იხ. „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“ კონვენციის დამატებითი ოქმი „ბიოსამედიცინო კვლევის შესახებ“, მიღებულია 2004 წლის 30 ივნისს, რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის მიერ 2009 წლის 20 ოქტომბერს, საქართველოსათვის ძალაშია 2010 წლის 01 აგვისტოდან.

არასავალდებულო ხასიათის ერთადერთი საერთაშორისო დოკუმენტი კი, რომელიც ზოგად რეგულაციებს გეთავაზობს ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვისთან დაკავშირებით, ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვის შესახებ ევროსაბჭოს მოქმედი კომიტეტის ანგარიშში ასახული პრინციპებია („ევროსაბჭოს პრინციპები“), რომლებიც სარეკომენდაციო ხასიათისაა ევროსაბჭოს წევრი ქვეყნებისათვის, და რომელიც გარკვეულ შეღუდვებსა და აკრძალვებს ადგენს ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვის ტექნოლოგიების გამოყენებასთან მიმართებით. ზოგადი პრინციპის შესაბამისად, ამ ტექნოლოგიების გამოყენება, იმ შეზღუდვებისა და აკრძალვების გათვალისწინებით, რომლებიც იმავე ანგარიშშია ასახული, დასაშვებია „ჭეტეროსექსუალი წყვილების სასარგებლოდ, თუ არსებობს მომავალი ბავშვის კეთილდღეობის უზრუნველსაყოფი სათანადო პირობები და მხოლოდ მაშინ, როდესაც (ა) უნაყოფობის მკურნალობის სხვა მეთოდები უშედეგოა ან მოცემულ შემთხვევაში არასათანადოა ან არ იძლევა წარმატების პერსპექტივას; ან არსებობს ბავშვზე მძიმე მემკვიდრული დაავადების გადაცემის სერიოზული რისკი; ან არსებობს სერიოზული რისკი იმისა, რომ ბავშვი დაავადდება სხვა ისეთი დაავადებით, რომელსაც შეუძლია გამოიწვიოს მისი ადრეული სიკვდილი ან მძიმე უნარშეზღუდულობა; და (ბ) არსებობს წარმატების გონივრული შანსი და არ აღინიშნება დედის ან ბავშვის ჯანმრთელობისათვის უარყოფითი ზემოქმედების მნიშვნელოვანი რისკი“. იხ. Report on Human Artificial Procreation Principles-Set out in the Report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in The Biomedical Sciences, 1989; [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/default_en.asp) [01.03.2016].

<sup>7</sup> კონსენსუსის არარსებობა განსაკუთრებულად ვლინდება სუროგაციასთან, კონკრეტულად კი მის დაშვებასა თუ აკრძალვასთან დაკავშირებულ საკითხზე.

ელმწიფოთა რადიკალურად განსხვავებული ხედვები ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვის ამ მეთოდებთან მიმართებით, რომლებიც მათ ადგილობრივ კანონმდებლობაშია ასახული. შესაბამისად, განსხვავებულია სასამართლო პრაქტიკაც დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიის ამა თუ იმ სახეობის გამოყენებასა და გამოყენების შედეგებთან დაკავშირებულ საქმეებზე, რადგან ასეთი საქმეების განხილვა და გადაწყვეტა ძირითადად წარმოებს საქმის განმხილველი სასამართლოს ქვეყნის შესაბამისი მარეგულირებელი ნორმების საფუძველზე. აქედან გამომდინარე, ვერ ხერხდება და სამართლებრივად არასწორიცაა ერთი კონკრეტული სახელმწიფოს სასამართლოს მიერ სხვა ისეთი სახელმწიფოს სასამართლო პრაქტიკის სრულად გაზიარება, რომლის დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების მომწესრიგებელი კანონმდებლობა რადიკალურად განსხვავდება მოცემული სასამართლოს ქვეყნის ადგილობრივი კანონმდებლობისაგან.

იმის გამო, რომ დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები საკმაოდ კომპლექსური თემაა, არ შეიძლება იქნას განხილული მხოლოდ სამართლებრივ სივრცეში და იურიდიული საკითხების გარდა ასევე უკავშირდება სამედიცინო, ეთიკურ საკითხებსა და რელიგიურ თუ კულტურულ შეხედულებებს, საკმაოდ ბევრია ამ თემასთან დაკავშირებით სხვადასხვა ქვეყანაში მოღვაწე განსხვავებული პროფესიის მქონე ავტორთა მიერ გამოცემული სამეცნიერო ნაშრომები, სტატიები თუ მონოგრაფიები, რომლებიც განსხვავებულ არგუმენტებს გვთავაზობენ ზოგადად ამ ტექნოლოგიების, მათი ამა თუ იმ სახეობის დაშვებისა თუ აკრძალვის, ისევე როგორც რეგულირების თაობაზე. ხშირ შემთხვევაში აზრთა სხვადასხვაობას უკავშირდება დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების არა ზოგადად, არამედ მისი კონკრეტული ამა თუ იმ მეთოდის გამოყენების აკრძალვის, დაშვებისა თუ შეზღუდვებით დაშვების საკითხი იმ სამართლებრივი, ეთიკური და სოციალური რისკების გათვალისწინებით, რომელიც ამ კონკრეტულ ტექნოლოგიას ახლავს თან. იბადება კითხვები, მოიცავს თუ არა ინდივიდის მიერ მისი რეპროდუქციული უფლებების რეალიზაციას დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან წვდომა და მათი გამოყენება და, თუ ასეა, დაუშვებელი უნდა იყოს ამ უფლებით სარგებლობის აკრძალვა? მეორე მხრივ, რელიგიური,

კულტურული, ეთიკური მოსაზრებებისა და ზოგიერთ შემთხვევაში თუნდაც სამართლებრივი სერიოზული რისკების გათვალისწინებით არის თუ არა საერთოდ მისაღები ამ უნიკალური სამედიცინო მიღწევების, ან მისი ცალკეული მეთოდის პრაქტიკაში გამოყენების დაშვება? თუ ამ ტექნოლოგიების გამოყენებასთან დაკავშირებით საჯარო წესრიგის დაცვის უზრუნველსაყოფად აუცილებელია სახელმწიფოს მიერ შესაბამისი ეფექტური კონტროლის მექანიზმების დანერგვა და შექმნა?

თუმცა, ვინაიდან დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების თემა საკმაოდ ფართოა, შეუძლებელია ერთი სტატიის ფარგლებში ამომწურავად და სრულყოფილად გაეცეს პასუხი ამ ტექნოლოგიებთან მიმართებით არსებულ კითხვებს და, თუნდაც, განხორციელდეს დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების დეტალური მიმოხილვა. წინამდებარე სტატიის ძირითად მიზანს წარმოადგენს ამ სამედიცინო მეთოდების არსის (ტერმინოლოგია, პროცედურა) განსაზღვრა, მისი იმ სახეების განხილვა და წარმოჩენა, რომლებიც ყველაზე ხშირადაა განხილვისა და დებატების საგანი და, ბოლოს, ამ ტექნოლოგიების ზოგად მნიშვნელობასა და ძირითად გამოწვევებზე ხაზგასმა, მათ შორის უმეტესწილად ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო პრაქტიკაში არსებული რამდენიმე სასამართლოს გადაწყვეტილების ანალიზის შედეგად ამ ტექნოლოგიებთან დაკავშირებულ მთელ რიგ სამართლებრივ პრობლემებზე აპელირებით, რაც, თუნდაც მცირედი ინფორმატიულობის გზით, ხელს შეუწყობს საქართველოში სწორი სასამართლო პრაქტიკის წარმართვას და არსებულ სამართლებრივ რეგულაციებში ხარვეზების გამოსწორებაზე მინიმუმ ეფექტური სამართლებრივი დისკუსიების დანერგვას.

მიუხედავად იმისა, რომ თემა განსაკუთრებით აქტუალურია საქართველოში, სადაც დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების მომწესრიგებელი ნორმატიული აქტები არასრული და ხარვეზიანია<sup>8</sup>, ეს კი, ჩვენს ქვეყანაში ამ ტექნოლოგიების, გან-

<sup>8</sup> პრობლემატურია არამარტო ის, რომ მწირედ რეგულირდება დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების მხოლოდ ცალკეული სახეობა და არსებული რეგულაციებიც მნიშვნელოვან ხარვეზებს შეიცავს, არამედ ისიც, რომ რეგულაციის მიღმა რჩება პრაქტიკაში აქტიურად გამოყენებული სამედიცინო მეთოდები და სრული ვაკუუმი იმ კონკრეტულ საკანონმდებლო აქტებში, რომლებიც უნდა არეგულირებდნენ ამ ტექნოლოგიების გამოყენებასა და გამოყენების



საკუთრებით კი სუროგაციისა და დონაციის, აქტიური გამოყენების პირობებში, არამარტო ეთიკურ, არამედ სამართლებრივ პრობლემებსაც ქმნის, კვლევის წარმართვის საჭიროებას უფრო მეტად განაპირობებს დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან, მათ შორის სუროგაციასა და დონაციასთან, დაკავშირებით საქართველოში სამეცნიერო კვლევების, ქართულ ენაზე სამეცნიერო ლიტერატურისა და სასამართლო პრაქტიკის სიმწირე. საქართველოში დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების აქტიური გამოყენების პირობებში კი აუცილებელია სამართლებრივი დავების წარმოშობის შემთხვევაში სასამართლოს მიერ სწორი პრაქტიკის წარმართვა. ვინაიდან, ამა თუ იმ ტექნოლოგიის გამოყენებასთან დაკავშირებული თემატიკა სპეციფიკური ცოდნის საკითხია, რომელიც ნებისმიერი იურისტისათვის მოითხოვს წმინდა სამართლებრივი საკითხების გარდა სპეციალური, მათ შორის სამედიცინო ხასიათის, ინფორმაციის ფლობას, ამ ინფორმაციის გარეშე შეუძლებელია, ადვოკატმა სრულფასოვნად შეძლოს საქმის წარმოება ან მოსამართლემ მიიღოს ადეკვატური და სამართლიანი გადაწყვეტილება.

სტატიაში გამოყენებულია აღწერითი, ტიპობრივი, ისტორიულ-შედარებითი, შეპირისპირებითი და ნორმატიულ-დოგმატური მეთოდები. მითითებული მეთოდების გამოყენებით განხორციელდა არსებული სამართლებრივი ნორმების განმარტება და ანალიზი, რითაც შესაძლებელი გახდა შესაბამისი დასკვნების ჩამოყალიბება და ზოგადი რეკომენდაციების მომზადება საკვლევ თემატიკასთან დაკავშირებით.

## **1. დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების განმარტება და სახეები**

დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები „ქოლგა ტერმინია“<sup>9</sup>, რომელიც აღნიშნავს და მოიცავს უნაყოფობის მკურნალობის რამდენიმე განსხვავებულ მეთოდს და რომელთაც გააჩნიათ ერთი საერთო მახასიათებელი: რეპროდუქციის მიზნები-

---

შედგებთან დაკავშირებულ საკითხებს.

<sup>9</sup> Kokiasmenos M., Mihalich L., Assisted Reproductive Technology, The Georgetown Journal of Gender and the Law, Volume V, Number 1, spring, 2004, 620.

სათვის წარმოებს ემბრიონზე<sup>10</sup> ან/და გამეტებზე<sup>11</sup> ლაბორატორიული ან კლინიკური ტექნოლოგიების გამოყენება (საკვერცხეების ან სპერმის მანიპულაცია ორგანიზმის გარეთ).

დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებს შორის ფართოდ გავრცელებულია საშვილოსნოსშიდა ინსემინაცია<sup>12</sup>, ინ ვიტრო განაყოფიერება<sup>13</sup> და ინ ვიტრო განაყოფიერებასთან დაკავშირებული პროცედურები.

„ინ ვიტრო განაყოფიერება დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების პროცედურებში ყველაზე მეტად ცნობილი და წარმატებული მკურნალობაა უნაყოფობის შემთხვევების უმრავლესობისათვის. ინ ვიტრო განაყოფიერებამ, რომელიც „დაიბადა“ 1970-იანი წლების ბოლოს ინგლისის კლინიკაში, წლების განმავლობაში მოიპოვა პოპულარობა და აღიარება“<sup>14</sup>. აღნიშნული სა-

<sup>10</sup> ემბრიონი – კვერცხუჯრედის განაყოფიერების შედეგი განაყოფიერების მომენტიდან ნაყოფის ჩამოყალიბებამდე.

<sup>11</sup> გამეტა – ადამიანის სასქესო, რეპროდუქციული უჯრედი: კვერცხუჯრედი ან სპერმატოზოიდი.

<sup>12</sup> საშვილოსნოსშიდა ინსემინაცია – დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიის ერთ-ერთი მეთოდი, რომლის დროსაც ხდება ქალის ოვულაციის პერიოდში მის საშვილოსნოში კონცენტრირებული სპერმის შეყვანა სექსუალური კავშირის გარეშე ორსულობის მიღების მიზნით. იშვიათად, თუმცა ზოგიერთ შემთხვევაში, ეს პროცედურა მოიხსენიება, ასევე, როგორც *in vivo* („ორგანიზმში“) განაყოფიერება; შეიძლება განხორციელდეს საკვერცხეების სტიმულაციასთან ერთად (საკვერცხეების სტიმულირებისას გამოიყენება ქალის მედიკამენტოზური მკურნალობა კვერცხუჯრედების მიღების მიზნით შესაბამისი სამედიცინო ჩვენებით განსაზღვრული საჭიროებისას). დამატებით იხ. Bychkov Green S., *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society* 25, 2009, 29-30.

<sup>13</sup> ინ ვიტრო განაყოფიერება (*In vitro fertilization (IVF)*) – სპეციალური სამედიცინო ჩარევის გზით მიღებული ქალისა და მამაკაცის გამეტების (კვერცხუჯრედის და სპერმის) შერწყმა ლაბორატორიის პირობებში ემბრიონის მისაღებად; ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვის შესახებ ევროსაბჭოს ექსპერტთა კომიტეტის ანგარიშში ასახული პრინციპების მიხედვით *In vitro* განაყოფიერება არის ინსტრუმენტული გზით ამოღებული ადამიანის კვერცხუჯრედისა და სპერმატოზოიდის შერწყმა ხელოვნურად შექმნილ ჭურჭელში. იხ. Report on Human Artificial Procreation Principles-Set out in the Report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in The Biomedical Sciences, 1989; [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/default_en.asp)[01.03.2016].

<sup>14</sup> Bychkov Green S., *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 *Wisconsin Journal*

მედიცინო პროცედურის პირველ ეტაპზე ხორციელდება ქალის საკვერცხეების მედიკამენტოზური სტიმულაცია, რის შედეგადაც ხელოვნურად, სამედიცინო ჩარევის გზით წარმოებს ქალის საკვერცხეებიდან ფოლიკულების ამოღება<sup>15</sup> და მისი სპეციალურ ჭურჭელში (სინჯარაში) მოთავსების შემდგომ კვერცხუჯრედის განაყოფიერება მამაკაცის სპერმით<sup>16</sup>. განაყოფიერების შედეგად მიიღება ემბრიონი, რომელიც შემდგომში გადააქვთ ქალის საშვილოსნოში იმ მიზნით, რომ ემბრიონი მიემაგროს საშვილოსნოს კედელს<sup>17</sup>. შესაძლებელია, ამ პროცედურის დროს განაყოფიერების შედეგად მიღებული იქნას რამდენიმე ემბრიონი და, ამასთანავე, ყველა მათგანის გადატანა არ მოხდეს საშვილოსნოში. ამ შემთხვევებისათვის თანამედროვე მედიცინა წყვილის სურვილის შემთხვევაში იძლევა ემბრიონის გაყინვის, იგივე კრიოპრეზერვაციის, შესაძლებლობას საშვილოსნოში შემდგომი გადატანის პროცედურის განსახორციელებლად. „თუ დასაწყისშივე პროცედურა არ არის წარმატებული, ინ ვიტრო განაყოფიერება შეიძლება განმეორდეს გაყინული ემბრიონების გამოყენებით“.<sup>18</sup> შესაბამისად, თუ წყვილი არ გამოთქვამს თანხმობას ემბრიონის ან ემბრიონების გაყინვაზე, იგი ექვემდებარება განადგურებას. თუმცა, ემბრიონის სტატუსთან დაკავშირებით დღემდე არსებული აზრთა სხვადასხვაობის გამო, არ არის ჩამოყალიბებული ერთიანი მიდგომა ემბრიონის კრიოპრეზერვაციასა და მის განადგურებასთან

---

of Law, Gender and Society 25, 2009, 30.

<sup>15</sup> ფოლიკულის/ფოლიკულების ამოღების პროცედურა ცნობილია როგორც „ფოლიკულების ასპირაცია“.

<sup>16</sup> იმის გამო, რომ ინ ვიტრო განაყოფიერების მეთოდით სინჯარაში წარმოებს განაყოფიერება, ზოგიერთი ავტორი ამ გზით დაბადებულ ბავშვებს „სინჯარის ბავშვების“ (“test tube babies”) სახელით მოიხსენიებს, რაც, არცერთ შემთხვევაში არ უნდა იყოს მისაღები; მითუმეტეს, არ უნდა მოხდეს ამ ტერმინის დამკვიდრება, რადგან თავად ეს ტერმინი არამარტო ახდენს ხაზგასმას ასეთი ბავშვების ჩასახვის პროცესის განსხვავებულობაზე (ბუნებრივი გზით ჩასახული ბავშვებისგან), არამედ შესაძლოა უარყოფითად აისახოს მათ ღირსებაზეც.

<sup>17</sup> სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, განხორციელდეს ემბრიონის იმპლანტაცია საშვილოსნოს კედელზე.

<sup>18</sup> Bychkov Green S., Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the traditional Realm of Conflicts of Law, 24 Wisconsin Journal of Law, Gender and Society 25, 2009, 30.

<sup>19</sup> ევროსაბჭოს ბიოეთიკის კომიტეტის ანგარიშის მიხედვით ემბრიონის „ბუნებასა“ და სტატუსთან მიმართებით არსებობს ოთხი ძირითადი პოზიცია: (1) განაყოფიერებული კვერცხუჯრედი ან ემბრიონი განიხილება როგორც ადამიანი და აქვს სიცოცხლის უფლება. დაუშვებელია ისეთი ქმედების განხორციელება, რომელიც შეუძლებელს გახდის, გაართულებს ან ხელს შეუშლის ემბრიონის შემდგომ განვითარებას. „დაუშვებელია თითოეულ განაყოფიერებულ კვერცხუჯრედებსა ან ემბრიონებს შორის სელექციის ნებისმიერი ფორმით განხორციელება, ემბრიონზე კვლევის ჩატარება, რასაც შედეგად მოსდევს ემბრიონის გადაღწურება“. იხ. Council of Europe, Steering Committee on Bioethics (CDBI), The Protection of the Human Embryo in vitro, Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus (CDBI-CO-GT3), Strasbourg, 19 June 2003. [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf); [01.03.2016]. ამ პოზიციის მომხრეები ასევე დაუშვებლად მიიჩნევენ ორსულობის შეწყვეტას გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ორსულობის გაგრძელება დედის სიცოცხლეს აშკარა საფრთხეს უქმნის; პარიზის უნივერსიტეტის უჯრედოვანი გენეტიკის ცნობილი ფრანგი პროფესორი ლეჟენი (Jerome Lejeune) აღნიშნავდა, რომ „ისევე როგორც ყველა ის მეცნიერი, რომელიც მიუკერძოებლად აკვირდება ბიოლოგიურ მოვლენებს, მე ვფიქრობ, რომ ადამიანური არსება თავის სიცოცხლეს იწყებს განაყოფიერების მომენტიდან“. იხ. Перевозчикова Е. В., Конституционное Право на Жизнь и Репродуктивные Права Человека, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Министерство Образование и Науки Российской Федерации, Казанский Государственный Университет, Казань, 2006, 19; (2) პირველი პოზიციის, რომელსაც „აბსოლუტურ პოზიციად“ ასახელებენ (იხ. Перевозчикова Е. В., Конституционное Право на Жизнь и Репродуктивные Права Человека, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Министерство Образование и Науки Российской Федерации Казанский Государственный Университет, Казань, 2006, 18.) არგუმენტებს რადიკალურად უპირისპირდება მეორე პოზიციის, ე.წ. ლიბერალური პოზიციის, მომხრეთა ხედვები: მიიჩნევა, რომ ემბრიონს საერთოდ არ გააჩნია მორალური ღირებულება ან მცირეოდენი მორალური ღირებულების მატარებელია. აქედან გამომდინარე, მას არ აქვს სიცოცხლის უფლება და არ საჭიროებს რაიმე განსაკუთრებულ დაცვას. ამ მოსაზრების მხარდამჭერები დასაშვებად მიიჩნევენ ემბრიონზე კვლევის ჩატარებას, რასაც შეიძლება შედეგად მოჰყვეს მისი განადგურება. იხ. Council of Europe, Steering Committee on Bioethics (CDBI), The Protection of the Human Embryo in vitro, Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus (CDBI-CO-GT3), Strasbourg, 19 June 2003; [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf); [01.03.2016]; (3) „გრადუალისტური“ პოზიცია მიიჩნევს, რომ „განაყოფიერებული კვერცხუჯრედი თანდათანობით ვითარდება ადამიანურ არსებად“ და რომ „ემბრიონს გააჩნია მნიშვნელოვანი, თუმცა არა აბსოლუტური ღირებულება“. იხ. Council of Europe, Steering Committee on Bioethics (CDBI), The Protection of the Human Embryo in vitro, Report by

თავდაპირველად ინ ვიტრო განაყოფიერების პრაქტიკაში გამოყენების დასაწყის ეტაპზე პროცედურაში ხდებოდა მხოლოდ ორი პირის ჩართვა – გამოიყენებოდა პოტენციური მშობლების ბიოლოგიური მასალა ხელოვნური გზით პოტენციური დედისა და მამის კუთვნილი გამეტების შერწყმის შედეგად მიღებული ემბრიონის პოტენციური, ბიოლოგიური დედისვე საშვილოსნოში გადასატანად.

ასეთი, ე.წ. ტრადიციული ინ ვიტრო განაყოფიერების მეთოდით დაბადებული ბავშვი წარმოადგენს პოტენციური დედისა და მამის გენეტიკურ შვილს და ბავშვის გამჩენი ქალი იმავდროულად ბავშვის გენეტიკური დედაა.

თუმცა, სამედიცინო ტექნოლოგიები იმდენად განვითარდა, რომ უშვილობის მკურნალობის ხელოვნური განაყოფიერების მეთოდებში წარმოებს არამარტო წყვილის (გენეტიკური მშობლების) გამეტების გამოყენება, არამედ ამ პროცესში შესაძლევ

---

the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus (CDBI-CO-GT3), Strasbourg, 19 June 2003; [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf); [01.03.2016]. თუმცა, ამ პოზიციის მომხრეთა შორის არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა, თუ რა მომენტიდან წარმოეშობა ემბრიონს „უფლებამოსილება უფლებებზე“ (“entitlement to rights”) და რა მომენტიდან უნდა მიენიჭოს მას მაქსიმალური დაცვა. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, განვითარების რომელ ეტაპზე მიიჩნევა ემბრიონი სიცოცხლის უფლების მატარებლად. ზოგიერთის აზრით „რადგან განვითარება განგრძობა პროცესია, უფლებებსა და დაცვაზე უფლებამოსილება პროგრესულად იზრდება განვითარების განმავლობაში, სრული დაცვა და უფლებები კი ენიჭება სიცოცხლისუნარიანობის მომენტში“. ზოგიერთს კი მიაჩნია, რომ „სრული უფლებების“ წარმოშობა ხდება მხოლოდ დაბადებისას. იხ. Council of Europe, Steering Committee on Bioethics (CDBI), The Protection of the Human Embryo in vitro, Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus (CDBI-CO-GT3), Strasbourg, 19 June 2003; [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf); [01.03.2016]. არსებობს მოსაზრება, რომ „ინ ვიტრო ემბრიონს ნაკლები მორალური სტატუსი აქვს, ვიდრე ინ ვივო-ს, ვინაიდან განაყოფიერებული კვერცხუჯრედი, სანამ არ მიემარება საშვილოსნოს კედელს, არ არის ემბრიონი და იმპლანტაციის გარეშე იგი ვერასოდეს გახდება ადამიანი“. იხ. გელაშვილი ი., ჩანასახის სამოქალაქო-სამართლებრივი მდგომარეობა, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ, თბილისი, 2012, 36. იხ. ციტირება: ჰატზ ჯ., Wells Conference On Adoption Law, The Legal Status Of The Ex Ueto Embryo: Implications For Adoption Law, Cap. U.L. Rev., Vol. 35, 2006, 1089.

ბელია ჩაერთოს დონორიც და სუროგაციც<sup>20</sup>. შესაბამისად, ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცესში მონაწილე პირების რაოდენობა შეიძლება სამზე მეტიც კი იყოს. თვალსაზრისით მისთვის მიზანშეწონილი იქნება განხილული იქნას შესაბამისი ვარიანტები<sup>21</sup>:

**(1) ინ ვიტრო განაყოფიერება დონაციის გზით<sup>22</sup>:**

---

<sup>20</sup> პროცესს, რომლის განმავლობაშიც ინ ვიტრო განაყოფიერებისას ხდება პოტენციური მშობლების გარდა სხვა პირების – დონორის, დონორების ან/და სუროგატის ჩართვა, ზოგიერთ შემთხვევაში მოიხსენიებენ როგორც ინ ვიტრო განაყოფიერებასთან დაკავშირებულ პროცედურებს.

<sup>21</sup> ინ ვიტრო განაყოფიერებასთან დაკავშირებული პროცედურების მოყვანილი ვარიანტების პრაქტიკულად განხორციელება დამოკიდებულია შესაბამის ადგილობრივ საკანონმდებლო რეგულაციებზე. თითოეული ეს პროცედურა განხორციელებადა, თუ კანონი მას დასაშვებად მიიჩნევს. ვარიანტები წარმოდგენილია მხოლოდ სამედიცინო ტექნოლოგიების თვალსაზრისით მათი პრაქტიკულად განხორციელების შესაძლებლობის გათვალისწინებით.

<sup>22</sup> კვერცხუჯრედის ან სპერმის დონორის გამოყენება საკმაოდ ხშირად ხორციელდება ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცესში, როდესაც წყვილიდან ერთერთს – ქალს ან მამაკაცს ჯანმრთელობის მდგომარეობის გამო ესაჭიროებათ ინ ვიტრო განაყოფიერების გამოყენებით მკურნალობისათვის დონორის გამეტების გამოყენება. ფაქტობრივად საერთაშორისოდ აღიარებული სტანდარტია და საქართველოშიც რეალობაა ის, რომ უმრავლეს შემთხვევაში დონორისა და წყვილის (პოტენციური მშობლების) შესახებ პერსონალური ინფორმაცია არის კონფიდენციალური, ანუ, ერთი მხრივ, დონორისათვის უცნობია პოტენციური მშობლების ვინაობა, ხოლო, მეორე მხრივ, პოტენციური მშობლებისთვისაც უცნობია დონორის შესახებ მონაცემები (დონორის შერჩევა წარმოებს პირის არაიდენტიფიცირებადი მონაცემების, რასა, კანის ფერი, თვალის ფერი, ეროვნება, სამედიცინო გამოკვლევები და ა.შ საფუძველზე). სწორედ ამიტომ, ხშირ შემთხვევაში, დონორის შერჩევა პოტენციური მშობლების მიერ წარმოებს საშუალო კომპანიების, სპერმის ბანკების მეშვეობით, რომელთაც გააჩნიათ დონორების მონაცემთა ბაზა. გამეტების ბანკების ოპერირებასთან დაკავშირებით სპეციფიკური რეგულაციები არსებობს. მაგალითისათვის, პირის დონორად ბანკში რეგისტრაციამდე, მას უტარდება შესაბამისი სამედიცინო გამოკვლევები. დონორის გამეტის გამოყენება ყოველ ექვს თვეში შესაძლებელი ხდება მხოლოდ განმეორებითი ანალიზების ჩატარების შემდეგ. ასეთი პროფესიონალური მიდგომა ამცირებს ინფექციური და თანდაყოლილი გენეტიკური დაავადებების საფრთხეს. არსებობს ასევე გარკვეული სტატისტიკური მონაცემები, რომლის მიხედვითაც, ცნობილია, თუ რამდენი ბავშვი უნდა დაიბადოს პოპულაციაში თითოეული დონორისგან ინცესტის თავიდან აცილების მიზნით. სწორედ ამისათვის, მაგალითად, სპერმის ბანკები კლინიკებისგან ითხოვენ რეზულტატების ანგარიშგებას და არეგულირებენ კონკრეტული ქვეყნისათვის დონორის ნიმუშების გაყიდვის რაოდენობას. „სპერმის შერჩევა ზოგადად ხორციელდება სპერმის ბანკიდან. მნიშვნელოვანია, რომ იყოს რეპუტაციის მქონე

(i) ინ ვიტრო განაყოფიერება კვერცხუჯრედის დონაციით – ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცესში მონაწილეობს სამი პირი: პოტენციური მშობლები და კვერცხუჯრედის დონორი. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს ქალი დონორის ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება პოტენციური, ბიოლოგიური მამის, სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ პოტენციური დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებული ბავშვი გენეტიკურად, ბიოლოგიურად პოტენციური და, იმავდროულად, იურიდიული მამის შვილია, ხოლო გენეტიკური კავშირი არ გააჩნია პოტენციურ დედასთან, რომელმაც იგი შვა;

(ii) ინ ვიტრო განაყოფიერება სპერმის დონაციით – ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცესში მონაწილეობს სამი პირი: პოტენციური მშობლები და სპერმის დონორი. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს პოტენციური დედის ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება დონორი მამაკაცის სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ პოტენციური, ბიოლოგიური დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებულ ბავშვს არ გააჩნია გენეტიკური კავშირი პოტენციურ მამასთან, თუმცა წარმოადგენს პოტენციური და იმავდროულად მისი გამჩენი ქალის გენეტიკურ შვილს. სპერმის დონაციით ხელშეწყობილი განაყოფიერებით სარგებლობის შესაძლებლობა გააჩ-

ბანკი, რადგან ზოგიერთი ქვეყანა არ ითხოვს ბანკების ლიცენზირებას, მაშინ როდესაც ზოგიერთი ანესებს მკაცრ სქრინინგს სხვადასხვა დაავადებებისათვის დონაციის განხორციელებამდე“. იხ. Bychkov Green S., *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society* 25, 2009, 33. იხ. ციტირება: D. Kenigsberg with L. Hartman, *The Baby Solution: Your Essential Resource for Overcoming Infertility*, published by Penguin Group (USA) Inc, 2006, 306. „ზოგიერთ შემთხვევაში სპერმის დონაცია ნაკლები ფორმალუბებით ხორციელდება, მაგალითად, როდესაც მეგობარი ნებაყოფლობით თანხმდება სპერმის ნიმუშის დონაციაზე. გაიდლაინების უმეტესობა აფრთხილებს ქალებს, საკმაოდ ფრთხილად მოეკიდონ ასეთ დონაციას ნაწილობრივ იმიტომ, რომ შეიძლება არსებობდეს ჯანმრთელობის რისკები, რომელთა სკრინინგი არ ხორციელდება ისე, როგორც სპერმის ბანკში და ნაწილობრივ იმიტომ, რომ დონორის სარჩელი მამობის დადგენასთან დაკავშირებით შეიძლება დამოკიდებული იყოს იმაზე, არის თუ არა იგი ცნობილი დონორი“. იხ. Bychkov Green S., *Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the traditional Realm of Conflicts of Law*, 24 *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society* 25, 2009, 33.

ნია როგორც წყვილს, ასევე მარტოხელა ქალსაც მამაკაცი პარტნიორის – ბავშვის დაბადების სააქტო ჩანაწერში ბავშვის მამად ჩასაწერი პირის გარეშეც. ასეთ შემთხვევაში ბავშვის მშობლად ფიქსირდება მხოლოდ დედა. მამის შესახებ ჩანაწერი კი, ჩვეულებრივ ცარიელი რჩება;

(iii) სამედიცინო თვალსაზრისით ინ ვიტრო განყოფიერების დროს შესაძლებელია ერთდროულად გამოყენებული იყოს როგორც კვერცხუჯრედის, ასევე, სპერმის დონორიც<sup>23</sup>. ბუნებრივია, ასეთ დროს სახეზე გვაქვს პროცესში ოთხი პირის მონაწილეობა: პოტენციური დედის, პოტენციური მამის, კვერცხუჯრედის დონორისა და სპერმის დონორის. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს კვერცხუჯრედის დონორის ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება დონორი მამაკაცის სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ პოტენციური დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებულ ბავშვს არ გააჩნია გენეტიკური კავშირი არცერთ პოტენციური მშობელთან, თუმცა, მის გესტაციასა და დაბადებას ახდენს პოტენციური დედა;

## **(2) სუროგაცია ანუ „დონორი საშვილოსნოს“<sup>24</sup> გამოყენება<sup>25</sup>:**

(i) პროცესში მონაწილეობას იღებს სამი პირი: პოტენციური, გენეტიკური მშობლები და სუროგატი. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს ბიოლოგიური, პოტენციური დედის ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება პოტენციური, ბიოლოგიური მამის, სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებული ბავშვი გენეტიკურად, ბიოლოგიურად პოტენციური დედისა და მამის შვილია და გენეტიკური კავშირი არ გააჩნია სუროგატ დედასთან, რომელმაც იგი შვა. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, სუროგატი დედა საშვილოსნოს

<sup>23</sup> ასეთი პროცედურა შესაძლებელია განხორციელდეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ კანონი მას არ კრძალავს.

<sup>24</sup> სუროგაციასთან მიმართებაში ტერმინი „დონორი საშვილოსნო“ – “Donor Uterus“ გამოყენებულია: Bychkov Green S., Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the traditional Realm of Conflicts of Law, 24 Wisconsin Journal of Law, Gender and Society 25, 2009, 34.

<sup>25</sup> სუროგაციის არსთან და სახეობებთან დაკავშირებით დეტალურად იხილეთ წინამდებარე სტატიის მე-2 თავი.



„დონორის“ ფუნქციას ატარებს;

(ii) პროცესში მონაწილეობას იღებს ოთხი პირი: პოტენციური მშობლები, კვერცხუჯრედის დონორი და სუროგატი. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს კვერცხუჯრედის დონორის ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება პოტენციური, ბიოლოგიური მამის, სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებული ბავშვი გენეტიკურად, ბიოლოგიურად პოტენციური მამის შვილია, გენეტიკური კავშირი არ გააჩნია პოტენციურ დედასთან. გენეტიკური კავშირი ბავშვს არ აქვს არც სუროგატ დედასთან, რომელმაც იგი შვა;

(iii) პროცესში მონაწილეობას იღებს ოთხი პირი: პოტენციური მშობლები, სპერმის დონორი და სუროგატი. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს პოტენციური და გენეტიკური დედის ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება დონორი მამაკაცის სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებული ბავშვი გენეტიკურად, ბიოლოგიურად პოტენციური დედის შვილია, გენეტიკური კავშირი არ გააჩნია პოტენციურ მამასთან. გენეტიკური კავშირი ბავშვს არ აქვს არც სუროგატ დედასთან, რომელმაც იგი შვა;

(iv) პროცესში მონაწილეობას იღებს ხუთი პირი: პოტენციური მშობლები, სპერმის დონორი, კვერცხუჯრედის დონორი და სუროგატი. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს კვერცხუჯრედის დონორის ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება დონორი მამაკაცის სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებულ ბავშვს გენეტიკური კავშირი არ გააჩნია არცერთ პოტენციურ მშობელთან. გენეტიკური კავშირი ბავშვს არ აქვს არც სუროგატ დედასთან, რომელმაც იგი შვა;

(v) პროცესში მონაწილეობას იღებს სამი პირი: პოტენციური მშობლები და სუროგატი. ამ შემთხვევაში სუროგატი ასრულებს არამარტო „დონორი საშვილოსნოს“ ფუნქციას, არამედ კვერცხუჯრედის დონორადაც გვევლინება. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს სუროგატის, როგორც კვერცხუჯრედის დონორის,

ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება პოტენციური, ბიოლოგიური მამის სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებული ბავშვს გენეტიკური კავშირი არ გააჩნია პოტენციურ დედასთან. გენეტიკური კავშირი ბავშვს აქვს პოტენციურ, ბიოლოგიურ მამასა და სუროგატ დედასთან, რომელმაც იგი შვა<sup>26</sup>;

(vi) სამედიცინო ტექნოლოგიები იმის შესაძლებლობასაც კი იძლევიან, რომ თეორიულად განხორციელდეს ნაწილობრივი სუროგაციის დროს სპერმის დონორის გამოყენებაც. შესაბამისად, ამ პროცესში მონაწილეობას მიიღებს 4 პირი: პოტენციური მშობლები, სპერმის დონორი და სუროგატი. კვერცხუჯრედის ასპირაცია წარმოებს სუროგატის, როგორც კვერცხუჯრედის დონორის, ორგანიზმიდან, რომელიც შემდგომში განაყოფიერდება დონორი მამაკაცის სპერმით. განაყოფიერების შედეგად მიღებულ ემბრიონს გადაიტანენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში. აღნიშნული პროცედურის შედეგად დაბადებულ ბავშვს გენეტიკური კავშირი არ გააჩნია არცერთ პოტენციურ მშობელთან. გენეტიკური კავშირი ბავშვს აქვს სუროგატ დედასთან, რომელმაც იგი შვა.

### **(3) ემბრიონების დონაცია:**

პროცედურა, რომლის დროსაც წარმოებს უკვე შექმნილი ემბრიონის დონაცია-დათმობა იმ პირების მიერ, რომლის გამეტებითაც შეიქმნა ეს ემბრიონი. ემბრიონის დონაცია ხდება იმ პირების ან პირის სასარგებლოდ, რომელსაც/რომელთაც გენეტიკური კავშირი არ აქვთ ემბრიონთან. დონაცია ასევე შეიძლება განხორციელდეს სამეცნიერო კვლევის მიზნებისთვისაც<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> აღნიშნული პროცედურა ცნობილია როგორც ტრადიციული, ნაწილობრივი სუროგაცია. დეტალურად იხილეთ წინამდებარე ნაშრომის მე-2 თავში.

<sup>27</sup> როგორც იურიდიულ დოქტრინაში, ასევე, სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობაშიც არ არსებობს ერთიანი პოზიცია ემბრიონის დონაციის დაშვებასთან მიმართებით. აზრთა სხვადასხვაობის ძირითადი მიზეზი გამოწვეულია ემბრიონის ზუსტი სამართლებრივი სტატუსის თაობაზე ერთიანი კონსესუალური მიდგომის არარსებობით. აღსანიშნავია, რომ ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვის შესახებ ევროსაბჭოს მოქმედი კომიტეტის ანგარიშის მე-11(2) მუხლის შესაბამისად „ხელოვნური განაყოფიერების მიზნით სხვა წყვილისათვის წყვილის მიერ გამოუყენებელი ემბრიონების დონაცია შეიძლება დაშვებული იყოს წევრი სახელმწიფოების მიერ განსაკუთრებულ შემთხვევებში“. იხ. Report on Human Artificial Procreation Principles-Set out in the Report of the Ad Hoc Committee of Experts

## 2. სუროგაციის ცნება და სახეები

დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებს შორის სუროგაცია ერთ-ერთ ყველაზე კომპლექსურ მეთოდად მიიჩნევა, რადგან იგი დაკავშირებულია მთელ რიგ სამართლებრივ და ეთიკურ საკითხებთან. „ის, რაც განასხვავებს სუროგაციას სხვა დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიებისაგან, არ არის თავად ტექნოლოგია [მეთოდი], არამედ მისი გამოყენების შედეგები – შეთანხმება იმის თაობაზე, რომ ერთი ქალი მუცლად ატარებს ბავშვს სხვისთვის იმ მიზნით, რომ ბავშვი დაბადებისთანავე გადასცეს მას“.<sup>28</sup>

ქართულ ენაში სიტყვა სუროგატი, რომელიც ლათინური წარმოშობისაა – „surrogatus სხვის ნაცვლად მოთავსებული“ განისაზღვრება როგორც „რისამე შემცვლელი, რომელსაც ნამდვილი საგნის, პროდუქტის მხოლოდ ზოგიერთი თვისება აქვს“<sup>29</sup>. ტერმინი „სუროგატის“ ლათინური წარმოშობის არსიდან გამომდინარე „სუროგატი დედა“ უნდა აღნიშნავდეს „შემცვლელ დედას“. ისევე, როგორც არ არსებობს ერთიანი უნიფიცირებული მიდგომა სუროგაციის რეგულირებასთან დაკავშირებით<sup>30</sup>, ასევე, არ არ-

on Progress in The Biomedical Sciences, 1989; [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/default_en.asp) [01.03.2016]; ემბრიონის დონაციასა და მასთან დაკავშირებულ პრობლემატიკაზე დამატებით იხ. Lambert L., Developing a Legal Framework for resolving Disputes Between “Adoptive Parents” of frozen Embryos: A Comparison to Resolutions of Divorce Disputes Between Progenitors, 49 B.C.L. Rev. 529 (2008); Charles P. Kindregan Jr. and Maureen McBrien, Embryo Donation: Unresolved Legal Issues in the Transfer of Surplus Cryopreserved Embryos, 49 Vill. L. Rev. 169 (2004); გელაშვილი ი., ჩანასახის სამოქალაქო-სამართლებრივი მდგომარეობა, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ, თბილისი, 2012, 79-87.

<sup>28</sup> Sue A. Meinke, Surrogate Motherhood: Ethical and Legal Issues, Bioethics Research Library at Georgetown University, 1988, 1.

<sup>29</sup> უცხო სიტყვათა ლექსიკონი, შემდგენელი მ. ჭაბაშვილი, მე-3 გამოცემა, თბილისი, 1989. იხ. <http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=3&t=38922> [01.03.2016].

<sup>30</sup> ერთადერთი საერთაშორისო ხასიათის დოკუმენტი, რომელიც ზოგად რეგულაციებს გვთავაზობს სუროგაციის რეგულირებასთან დაკავშირებით, ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვის შესახებ ევროსაბჭოს მოქმედი კომიტეტის ანგარიშში ასახული პრინციპებია, რომლებიც სარეკომენდაციო ხასიათისაა ევროსაბჭოს წევრი ქვეყნებისათვის, და რომლის მიხედვითაც „არც ერთ ექიმსა თუ დაწესებულებას არ აქვს უფლება, გამოიყენოს ხელოვნურად ჩასახვის ტექნოლოგია სუროგატული დედის განაყოფიერებისათვის“. თუმცა, „ევროსაბჭოს პრინცი-

სებობს ერთი საყოველთაოდ შეთანხმებული სუროგაციის დეფინიცია. ადამიანის ხელოვნურად ჩასახვის შესახებ ევროსაბჭოს ექსპერტთა კომიტეტის ანგარიშში ასახული პრინციპების მიხედვით „სუროგატი დედა არის ქალი, რომელიც მუცლად ატარებს ნაყოფს სხვა პირისათვის და ორსულობამდე განაცხადა თანხმობა ამ პირისათვის ბავშვის გადაცემაზე მშობიარობის შემდეგ“<sup>31</sup>. ამდენად, იმისათვის, რომ ბავშვის გამჩენი ქალი მიჩნეული იქნას სუროგატ დედად, უპირველეს ყოვლისა აუცილებელია, მისი თანხმობის არსებობა, რომელიც გაცხადებული უნდა იქნას ორსულობამდე.

მარტივად რომ ითქვას, დღევანდელი როგორც სამედიცინო, ასევე, იურიდიული თვალსაზრისით სუროგაცია (ზოგჯერ მოიხსენიება, როგორც სუროგატული დედობა) არის პროცესი, რომლის შედეგადაც ქალი წინასწარი განზრახვითა და თანხმობის გაცხადებით ხელოვნური განაყოფიერების გზით (ინ ვიტრო განაყოფიერების შედეგად მიღებული ემბრიონის მის საშვილოსნოში გადატანის შედეგად ან სპერმით ინსემინაციის მეშვეობით) ორსულდება ბავშვის შემდგომში პოტენციური მშობლებისთვის გადასაცემად<sup>32</sup>.

მას შემდგომ, რაც პრაქტიკაში დაინერგა დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები, ხელოვნური განაყოფიერების გზით სუროგაციის პირველი შემთხვევა დაფიქსირდა 1970-იანი წლების შუა პერიოდში კალიფორნიის შტატში, ხოლო ინ ვიტრო

---

პების“ მიხედვით, სახელმწიფოებს ეძლევათ უფლება, დაუშვან სუროგაცია იმ პირობით, რომ „სუროგატულ დედასა და წყვილს შორის შეთანხმება არ იქნება ძალდატანებითი, სუროგატული დედა არ მიიღებს მოგებას ამ პროცედურის შედეგად და მას ექნება არჩევანის უფლება, დაბადების შემდეგ ბავშვი თავისთან დაიტოვოს“. იხ. Report on Human Artificial Procreation Principles-Set out in the Report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in The Biomedical Sciences, 1989; [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/default_en.asp) [01.03.2016].

<sup>31</sup> Report on Human Artificial Procreation Principles, Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), 1989, Scope and Definitions, I (e); [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04\\_Human\\_embryo\\_and\\_foetus\\_en/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/default_en.asp) [01.03.2016].

<sup>32</sup> სუროგაციის აღნიშნული განმარტება ზოგადაა და მისი იურიდიული დეფინიცია შეიძლება განსხვავებული იყოს სხვადასხვა ქვეყნის სამართლებრივ რეგულაციებში.

განაყოფიერების გზით სუროგაციის პირველ შემთხვევას ადგილი ჰქონდა 1986 წელს.<sup>33</sup> თუმცა, სუროგაცია კაცობრიობის ისტორიაში არ არის მხოლოდ „მეოცე საუკუნის ფენომენი“<sup>34</sup> და სუროგატული დედობა, ანუ ბავშვის გამჩენი ქალის მიერ წინასწარ დათანხმება იმაზე, რომ უარი ეთქვა მის მიერ გაჩენილი ბავშვის დედობაზე და გადაეცა იგი სხვა პირის ან პირებისათვის, ოდითგანვე არსებობდა დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების მედიცინაში მათ შემუშავებასა და პრაქტიკაში დანერგვამდე. ამგვარი შეთანხმებები სუროგატ დედასა და პოტენციურ მშობლებს ან პოტენციურ მშობელს შორის არ არის უცხო არც ქართული საზოგადოებისათვის. იმ პირობებში, როდესაც არ არსებობდა შვილად აყვანის რეგულირების მკაცრად კონტროლირებადი მექანიზმი, საქართველოში, თუნდაც საბჭოთა პერიოდის ეპოქაშიც, არსებობდა შემთხვევები, როდესაც, მაგალითად, ქალი თანხმდებოდა, მისი უშვილო ნათესავი წყვილის ან პირისათვის, გაეჩინა და აღსაზრდელად გადაეცა ბავშვი. ზოგიერთ შემთხვევაში, დაბადებულ ბავშვს შეიძლებოდა გენეტიკური კავშირი ჰქონოდა პოტენციურ მამასთან: ქალის რეპროდუქციული შეუძლებლობის გამო, გაეჩინა ბავშვი, წყვილი უთანხმდებოდა „სხვა ქალს“, მამაკაცთან სექსუალური კავშირის დამყარებით დაორსულებულიყო და ბავშვი წყვილისათვის გადაეცა. ბუნებრივია, რომ დღესდღეობით სუროგაციის ასეთი ფორმები ვერ იარსებებს სუროგაციის სამართლებრივი რეგულირების ფარგლებში, რადგან (i) სუროგაცია დაშვებულია მხოლოდ იმ ვიტრო განაყოფიერების პროცედურის

---

<sup>33</sup> სუროგაციის წარმოშობასა და ისტორიასთან დაკავშირებით იხ. Behm Lisa L., *Legal, Moral & International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States*; *DePaul Journal of Health Care Law*, Volume 2, Issue 3 Spring 1999, Article 5, 560-563; დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების წარმოშობასა და განვითარებასთან დაკავშირებით დამატებით იხ. Omblet W., Van Robays J., *History of human artificial insemination*, F, V & V in OB-GYN, 2010, monograph: 1-5.

<sup>34</sup> Spivack C., *National Report: The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, Oklahoma City University School of Law, *From the Selected Works of Carla Spivack*, 2010, 97. შენიშვნა: ავტორს გამოყენებული აქვს ტერმინი „გვიანდელი მეოცე საუკუნის ფენომენი ამერიკის ისტორიაში“ (“late twentieth century phenomenon in American History“). ვინაიდან მსჯელობა ეხება არამარტო ამერიკის ისტორიაში სუროგაციის წარმოშობასა და ევოლუციას, ტერმინი განვრცობილი იქნა ზოგადად კაცობრიობის ისტორიაზეც.

განხორციელებისას კანონმდებლობით დადგენილი პირობების არსებობის შემთხვევაში; (ii) ამგვარი ქმედება შეიძლება განხილული იქნას როგორც „უკანონო გარიგება“ და შესაბამისად, შეიძლება სისხლისსამართლებრივ დანაშაულადაც იქნას მიჩნეული; და (iii) იმ ქალისათვის მშობლის უფლების მინიჭება, რომელიც არ წარმოადგენს ბავშვის გამჩენ ქალს, შესაძლებელია მხოლოდ შვილად აყვანის პროცედურების განხორციელების შედეგად, თუ არ არის დაცული კანონმდებლობით განსაზღვრული მოთხოვნები სუროგაციასთან დაკავშირებით.

ერთმანეთისაგან განასხვავებენ სუროგაციის ორ სახეობას: ტრადიციულ სუროგაციასა და გესტაციურ სუროგაციას. ტრადიციული სუროგაციის დროს სუროგატი დედა ორსულდება პოტენციური მამის სპერმით (ჩვეულებრივ ინსემინაციის ან ინ ვიტრო განაყოფიერების გზით, იშვიათ შემთხვევებში სექსუალური კავშირის გზით) ან დონორის სპერმის ინსემინაციის მეშვეობით. ასეთი სუროგაციის დროს სუროგატულ დედას გენეტიკური კავშირი აქვს დაბადებულ ბავშვთან. რაც შეეხება გესტაციურ სუროგაციას, ამ დროს სუროგატულ დედასა და ბავშვს შორის არ არსებობს გენეტიკური კავშირი. თავის მხრივ განასხვავებენ სრულ გესტაციურ სუროგაციასა (როდესაც პოტენციური მამის გამეტით ანაყოფიერებენ პოტენციური დედის გამეტას და ემბრიონს ათავსებენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში) და ნაწილობრივ გესტაციურ სუროგაციას (როდესაც პოტენციური მამის გამეტით ანაყოფიერებენ დონორი ქალის გამეტას და ემბრიონს ათავსებენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში ან დონორი მამაკაცის გამეტით ანაყოფიერებენ პოტენციური დედის გამეტას და ემბრიონს ათავსებენ სუროგატი დედის საშვილოსნოში)<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> მიუხედავად იმისა, რომ უმრავლესობა იმ ქვეყნებისა, სადაც კომერციული სუროგაცია ც კი დასაშვებია, სუროგაციის განსახორციელებელ სავალდებულო წინაპირობად მიიჩნევენ ბავშვსა და ერთ-ერთი პოტენციურ მშობელთან მაინც გენეტიკური კავშირის არსებობას, საქმეში *Paradiso and Campanelli v. Italy* ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ 2015 წლის 27 იანვარს შემდეგი გადაწყვეტილება მიიღო (საქმე გადაცემულია დიდი პალატაზე განსახილველად): ბავშვი დაიბადა რუსეთში ნევილის (განმცხადებლების) მიერ გესტაციური სუროგაციის ხელშეკრულების გაფორმების შემდეგ, თუმცა, შემდგომში გაირკვა, რომ მათ არ გააჩნდათ ბიოლოგიური კავშირი ბავშვთან. ცხრა თვის ბავშვი განმცხადებლებს ჩამოართვეს და გადასცეს სოციალურ სერვისს. სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა და აღნიშნა, რომ საჯარო

ტრადიციულ და გესტაციურ სუროგაციას შორის განსხვავება წარმოშობს მნიშვნელოვან სამართლებრივ და მორალურ-ეთიკურ საკითხებს. „ყველაზე მნიშვნელოვანი კი არის კითხვა, უნდა არსებობდეს თუ არა განსხვავებული მიდგომა ტრადიციულ და გესტაციურ სუროგაციას შორის იმ გენეტიკური კავშირის მხედველობაში მიღებით, რომელიც არსებობს სუროგატ დედასა და ბავშვს შორის“<sup>36</sup>.

იმის მიხედვით, იღებს თუ არა სუროგატი დედა ანაზღაურებას სუროგაციის განხორციელებისათვის, ერთმანეთისაგან განსხვავებენ არაკომერციულ, იგივე ალტრუისტულ და კომერციულ სუროგაციას. ალტრუისტული სუროგაციის დროს დაუშვებელია პოტენციურ მშობლებსა და სუროგატ დედას შორის შეთანხმება სუროგაციისათვის მომსახურების საფასურის გადახდასთან დაკავშირებით, დასაშვებია შეიძლება იყოს მხოლოდ სუროგაციასთან დაკავშირებული ხარჯების (სუროგატი დედის ორსულობასთან, მშობიარობასა და ლოგინობის პერიოდთან დაკავშირებული გონივრული ხარჯები) გადახდაზე შეთანხმება. კომერციული სუროგაციისას კი სუროგატი დედა თანხმდება სუროგაციაზე მხარეთა შორის წინასწარ შეთანხმებული საფასურის გადახდის სანაცვლოდ.

სუროგაციასთან დაკავშირებული არაერთგვაროვანი დამოკიდებულება ნათლად ვლინდება იმაში, რომ ეს საკითხი, ზოგიერთ შემთხვევაში, რადიკალურად განსხვავებულად რეგულირდება სხვადასხვა ქვეყნის ადგილობრივი კანონმდებლობით. ტრიმინგსი (Trimblings) და ბემონტი (Beaumont) გვთავაზობენ თვალსაჩინოებისათვის პრაქტიკულ მიდგომას, პირობითად განხორციელდეს ქვეყნების შემდეგ ჯგუფებად და ქვეჯგუფებად დაყოფა სუროგა-

---

პოლიტიკური შეხედულებები, რომლებიც საფუძვლად დაედო იტალიის მთავრობის გადაწყვეტილებას იმის თაობაზე, რომ განმცხადებელმა სცადეს გვერდი აეგვლით იტალიაში სუროგაციის აკრძალვას და შვილად აყვანის საერთაშორისო წესებს, არ შეიძლებოდა მიჩნეულიყო ბავშვის ინტერესებზე უპირატესად, მიუხედავად ბიოლოგიური კავშირის არარსებობისა და იმ მოკლე პერიოდისა, როდესაც განმცხადებლები ბავშვს უვლიდნენ. ბავშვის ჩამორთმევა ოჯახისათვის წარმოადგენდა ექსტრემალურ ზომას, რომლის გამართლება შეიძლება განხორციელებულიყო მხოლოდ ბავშვისათვის დაუყოვნებლივი საფრთხის არსებობის შემთხვევაში (Paradiso and Campanelli v. Italy (no. 25358/12)).

<sup>36</sup> Field M., *Reproductive Technologies and Surrogacy: Legal Issues (1991-1992)*, 25 *Crighton Law Review*, 1592.

ციის მარეგულირებელ მათ კანონმდებლობებში ასახული რეგულაციების მიხედვით<sup>37</sup>:

პირველ ჯგუფს აერთიანებს ქვეყნები, სადაც სუროგაცია იკრძალება (მაგალითად, გერმანია, საფრანგეთი, ავსტრალია, ჩინეთი, ამერიკის შეერთებული შტატების ზოგიერთი შტატი (მათ შორის, მიჩიგანი))<sup>38</sup>. „სუროგაციის ყველა ფორმის აკრძალვის უკან არსებული სახელმწიფოს პოლიტიკა მოიცავს შემდეგ არგუმენტებს: (ა) სუროგაცია არღვევს ბავშვისა და სუროგატი დედის ადამიანურ ღირსებას, აქცევს რა მათ უბრალოდ კონტრაქტის

<sup>37</sup> Trimmings K., Beamont P., General Report on Surrogacy at International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level, edited by K. Trimmings and P. Beamont, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 443. სუროგაციასთან დაკავშირებით ხვადასხვა ქვეყნის (აშშ, ისრაელი, ახალი ზელანდია, ბრიტანეთი) სამართლებრივი რეგულაციებისა და პრაქტიკის შესახებ დამატებით იხ. Surrogate Motherhood: International Perspectives, edited by Rachel Cook and Shelley Day Sclater with Felicity kaganas, Oregon, 2003.

<sup>38</sup> მიუხედავად იმისა, რომ ევროპაში არ არსებობს ერთიანი პოზიცია სუროგაციასთან დაკავშირებით, უფრო მეტიც, ევროპის უმრავლეს ქვეყანაში აკრძალულია სუროგაცია, ევროპულმა სასამართლომ საქმეებში მენსონი და სხვები საფრანგეთის წინააღმდეგ და ლაბასი საფრანგეთის წინააღმდეგ მოახდინა სუროგაციის შედეგად დაბადებული ბავშვების სამართლებრივი აღიარება. „საქმეები ეხებოდა საფრანგეთში მშობლისა და შვილის ურთიერთობის სამართლებრივ აღიარებაზე უარს, რომელიც ამერიკის შეერთებულ შტატებში სუროგაციის შედეგად წარმოიშვა. მომჩივნები ჩიოდნენ, რომ ბავშვთა საუკეთესო ინტერესებისათვის ზიანის მიყენებით, მათ არ შეეძლოთ საფრანგეთში მშობლისა და შვილის ურთიერთობის აღიარება მოეპოვებინათ, რომელიც სამართლებრივად საზღვარგარეთ წარმოიშვა. ევროპულმა სასამართლომ შემდგომში ორივე საქმეში მიუთითა, რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას, რომელიც ეხებოდა ბავშვთა უფლებას, პატივი სცენ მათ პირად ცხოვრებას. ევროპულმა სასამართლომ შენიშნა, რომ საფრანგეთის ხელისუფლებამ, მიუხედავად იმისა, რომ მათ იცოდნენ, რომ ბავშვები ამერიკის შეერთებულ შტატებში აღიარებულნი იყვნენ როგორც ბ-ნი და ქ-ნი ლაბასის შვილები, მომჩივნებს ეს სტატუსი ფრანგული კანონმდებლობის მიხედვით არ მიაკუთვნა. ევროპულმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ ეს წინააღმდეგობა ფრანგულ საზოგადოებაში ეჭვქვეშ დააყენებდა ბავშვების იდენტობას. სტრასბურგის სასამართლომ შემდგომში აღნიშნა, რომ სასამართლო პრაქტიკა სრულებით გამოორიცხავდა სამართლებრივი ურთიერთობის დამყარებას კანონიერი სუროგაციის შედეგად უცხოეთში დაბადებულ ბავშვებსა და მათ ბიოლოგიურ მამას შორის. აღნიშნული აჭარბებდა სახელმწიფოებისთვის იმ სფეროში მინიჭებულ ფართო შეფასების ზღვარს, რომელიც სუროგაციასთან დაკავშირებულ გადანყვეტილებებს შეეხებოდა. იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ვებ-გვერდი. <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/saertashoriso-kvlevedi5.pdf> [01.03.2016].



ობიექტად (გერმანია); (ბ) სუროგაციას მივყავართ არასასურველ ე.წ. „გაყოფილი დედობის“ სიტუაციასთან (გერმანია); (გ) სუროგაცია ეწინააღმდეგება ბავშვთა უფლებებს (ჩინეთი); (დ) კერძო შეთანხმების საგანი არ შეიძლება გახდეს არც ადამიანის სხეული და არც პირთა სამოქალაქო სტატუსი (საფრანგეთი); და (ე) დაშვების შემთხვევაში სუროგაციას შეუძლია გამოიწვიოს იურიდიული, სოციალური და ეთიკური ქაოსი (ჩინეთი)<sup>39</sup>. ამ ქვეყნებში არამარტო ბათილია სუროგაციასთან დაკავშირებული ნებისმიერი გარიგება ან შუამავლობა ან სამედიცინო ჩარევა, არამედ უმრავლეს შემთხვევაში სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადია „სუროგაციის შეთანხმებაში შუამავლობა ან/და სუროგაციის განხორციელებაში სამედიცინო დახმარება“<sup>40</sup>.

მეორე ჯგუფს მიეკუთვნება ქვეყნები, რომელთაც შედარებით ნეიტრალური დამოკიდებულება აქვთ სუროგაციასთან მიმართებით. აღნიშნული ჯგუფი თავის მხრივ აერთიანებს ორ ქვეჯგუფს: (ა) ქვეყნები, სადაც სუროგაცია რეგულირებულია, თუმცა, დაშვებულია მხოლოდ ალტრუისტული სუროგაცია (მაგალითად დიდი ბრიტანეთი, საბერძნეთი)<sup>41</sup>; და (ბ) ქვეყნები, სადაც სუროგაცია საერთოდ არ არის რეგულირებული, თუმცა, რეგულაციების არარსებობის მიუხედავად სუროგაციასთან დაკავშირებული გარიგებები აღუსრულებადია და კომერციული სუროგაცია სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობასაც შეიძლება იწვევდეს (მაგალითად ირლანდია, ნიდერლანდები).

მესამე ჯგუფის კატეგორიაში ერთიანდება სუროგაციის მიმართ ე.წ. „მეგობრულად განწყობილი“ ქვეყნები – ქვეყნები, სადაც დაშვებულია როგორც ალტრუისტული, ასევე, კომერციული სუროგაცია (მაგალითად, ამერიკის შეერთებული შტატების

---

<sup>39</sup> Trimmings K., Beamont P., General Report on Surrogacy at International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level, edited by K. Trimmings and P. Beamont, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 443.

<sup>40</sup> Trimmings K., Beamont P., General Report on Surrogacy at International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level, edited by K. Trimmings and P. Beamont, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 464.

<sup>41</sup> აღსანიშნავია, რომ იურისდიქციების მიხედვით განსხვავებულად განისაზღვრება ალტრუისტული სუროგაციის შემთხვევები, ანუ სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობა განხვავებულ რეგულაციებს გვთავაზობს, თუ რა სახის გადასახდელებისა თუ ხარჯების გადახდაა დაშვებული სუროგატი დედისათვის.

ზოგიერთი შტატი (მათ შორის ალაბამა, აკრანზასი, კალიფორნია, მინესოტა, ვისკონსინი), რუსეთი, უკრაინა, ინდოეთი, ტაილანდი, მოლდოვეთი, ბელორუსია, საქართველო<sup>42</sup>). ზოგიერთ შემთხვევაში სუროგაცია შეიძლება დაშვებული იყოს სასამართლო პრეცედენტის საფუძველზეც<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> საქართველო თავისუფლად შეიძლება მივაკუთვნოთ სუროგაციის მიმართ ე.წ. „მეგობრულად განწყობილ“ ქვეყანათა ჯგუფს, ხოლო ამ ჯგუფის ქვეკატეგორიაში გარკვეული კრიტერიუმების საფუძველზე იგი, ასევე, შეიძლება მოიაზრებოდეს იმ სახელმწიფოთა ჯგუფში, სადაც სუროგაცია რეგულირდება კანონმდებლობით. თუმცა, თუ განვიხილავთ იმ მცირეოდენ და საკმაოდ ხარვეზიან ე.წ. რეგულაციებს, რასაც დღეს მოქმედი საქართველოს კანონმდებლობა გვთავაზობს სუროგაციასა და, ზოგადად დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან მიმართებით, დასკვნის გაკეთება იმასთან დაკავშირებით, რომ იმ ვიტრო განაყოფიერების ეს მეთოდები და ზოგადად დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები, კანონმდებლობით რეგულირებულია, გადაჭარბებული იქნებოდა. მიუხედავად იმისა, რომ უკვე ნლებია, საქართველოში აქტიურად ხორციელდება დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების, მათ შორის სუროგაციისა და დონაციის, გამოყენება, საქართველოს კანონმდებლობაში მხოლოდ რამდენიმე აქტში, ისიც მწირ და ხშირ შემთხვევაში, ხარვეზიანი ფორმულირების შემცველ რამდენიმე მუხლში, შეგვიძლია ამოვიკითხოთ ხელოვნურ განაყოფიერებასთან, იმ ვიტრო განაყოფიერებასთან, სუროგაციასთან, დონაციასთან და ემბრიონების კრიოპრეზერვაციასთან დაკავშირებული საკითხების ცალკეული ასპექტი. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ ტერმინ „იმ ვიტრო განაყოფიერება“-ს ნაცვლად საქართველოს კანონმდებლობა იყენებს ტერმინს „ექსტრაკორპორული განაყოფიერება“. ეს ორი ტერმინი ასახავს ერთი და იგივე სამედიცინო პროცედურას. ტერმინი „ექსტრაკორპორული“ (ინგლის. \_ extracorporal, რუს. \_ экстракорпоральный; ლათინურად extracorporalis) (ლათ. extra \_ გარეთ, corpore \_ სხეული) – სხეულის გარეთ მომხდარი რეაქცია, აქტი, პროცესი (მაგ., ექსტრაკორპორული განაყოფიერება, დასხივება და სხვ.). ექსტრაკორპორულ განაყოფიერებაში კი იგულისხმება სინჯარაში, იმ ვიტრო განხორციელებული სპერმატოზოიდისა და კვერცხუჯრედის შერწყმა, რის შემდეგაც მიღებული ზიგოტის იმპლანტაცია ხდება საშვილოსნოში. იხ. გოგიჩაძე გ., გედენიძე ა., ჭუმბურიძე ჯ., სამედიცინო ტერმინოლოგიის ქართულ-ინგლისურ-რუსულ-ლათინური განმარტებითი ლექსიკონი, თბილისი, 2009; <http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=13&t=4340> [01.03.2016]. საინტერესოა, რომ ტერმინი „ექსტრაკორპორული განაყოფიერება“ დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიის ამ სახეობის აღსანიშნავად გამოიყენება მხოლოდ რუსულენოვან ლიტერატურასა და სამედიცინო ტერმინოლოგიაში, ზოგადად კი ფართოდ მიღებულია მის აღსანიშნავად ტერმინი „იმ ვიტრო (In Vitro) განაყოფიერება“.

<sup>43</sup> ამ მხრივ აღსანიშნავია ამერიკის შეერთებული შტატების შტატი – კალიფორნია. იხ. კალიფორნიის უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეში Johnson v. Calvert (Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851, P.2d 776 (1993)).

### 3. დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების მნიშვნელობა და გამოწვევები

დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების, მათ შორის ინ ვიტრო განაყოფიერების არსისა და მისი სახეების შესახებ, მცირე-დი ინფორმაციულობაც კი შესაძლებლობას გვაძლევს, არამარტო აღვიქვათ ამ პროცედურების უნიკალურობა უშვილო წყვილების ან უშვილო ადამიანისათვის, გადაჭრან მათი, ხშირ შემთხვევაში, ცხოვრებისეული პრობლემა – უნაყოფობა, არამედ დავინახოთ ის საფრთხეები და გამოწვევებიც, რომლებიც ამ სამედიცინო ტექნოლოგიებს შეიძლება თან ახლდეს.

დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების გამოწვევებსა და მათ მნიშვნელობაზე ახდენს ხაზგასმას ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის მიერ 2008 წელს შემუშავებული დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების შესახებ მოდელური აქტი:

„1978 წელს პირველად ინ ვიტრო განაყოფიერების შედეგად ბავშვის დაბადების შემდგომ, რეპროდუქციულ მედიცინაში ექსტრაორდინალურმა მიღწევებმა უშვილო პირებს ბიოლოგიურ მშობლებად ყოფნის შესაძლებლობა მისცა, შესაძლებელი გახადა გარკვეული სხვა სამედიცინო პირობები ინდივიდებისთვის, რომელთაც გააჩნიათ მემკვიდრული დაავადებების ან გენეტიკური ანომალიების გადაცემის რისკი, ან იმ ინდივიდებისთვის, რომლებიც ფაქტიურად უშვილოები არიან უფრო მეტად სოციალური, ვიდრე სამედიცინო მიზეზების გამო. ეს მიღწევები, ასევე, იქნა გამოყენებული რეპროდუქციული პოტენციალის გაზრდისათვის პოსტ-მენოპაუზის დროს ქალების მკურნალობით. ეს მიღწევები იყენებენ ტექნოლოგიას იმისათვის, რომ მისცენ შესაძლებლობა პირებს, იყოლიონ შვილები მაშინ, როდესაც პირადი მიზეზების გამო მათ არ აქვთ ამის შესაძლებლობა სექსუალური კავშირის საშუალებით ან ირჩევენ, რომ არ მიმართოთ ამ კავშირს. ეს მიღწევები, ასევე, გამოიყენება გარდაცვლილი ან უნარნართმეული პირებისაგან გამეტების ამოღებისათვის, ან დიფერენცირებული უჯრედების<sup>44</sup> მანიპულაციისათვის იმ მიზნით, რომ მიღებუ-

<sup>44</sup> დიფერენცირებული უჯრედები – “differentiated cells“. უჯრედების დიფერენცირება – უჯრედების სპეციალიზირებული ფენოტიპის ფორმირების გენეტიკურად განსაზღვრული პროგრამის რეალიზაციის პროცესი. დიფერენცირება ცვლის უჯრედის ფუნქციას, მის ზომას, ფორმასა და მეტაბოლურ აქტივობას.

ლი იქნას ადამიანის ემბრიონის ექვივალენტი და დაახლოებითი ექვივალენტი, რომელსაც გააჩნია საშვილოსნოში იმპლანტაციისა და გესტაციის შესაძლებლობა მშობიარობამდე<sup>45</sup>.

ამგვარად, სამედიცინო ტექნოლოგიების ამ ინოვაციური და უნიკალური მეთოდების შემუშავებით შესაძლებლობა მიეცათ უშვილო ჰეტეროსექსუალ წყვილებს ხელოვნური ჩარევით მიეღოთ ორსულობა ისეთ პირობებში, როდესაც ტრადიციული სამედიცინო მკურნალობის შედეგად ბუნებრივი გზით ორსულობის მიღება ფაქტობრივად შეუძლებელია. ამ ტექნოლოგიებმა შესაძლებელი გახადა სამედიცინო მკურნალობის ისეთი მეთოდები, რომელთა არათუ პრაქტიკულად განხორციელება, არამედ არსებობაც კი წარმოუდგენელი შეიძლებოდა ყოფილიყო წლების წინ. მათ „ასევე, მოახდინეს რეპროდუქციული არჩევანის გაფართოება იმ პირებისათვის, რომელთაც არ აქვთ უნაყოფობის პრობლემა“<sup>46</sup>. დონორის სპერმით ინსემინაციით შესაძლებლობა მიეცათ მარტოხელა ქალებს, იყოლიონ საკუთარი ბიოლოგიური შვილი მამაკაცი პარტნიორის გარეშე. „კვერცხუჯრედების დონაციით ქალებს აქვთ რეპროდუქციის შესაძლებლობა მენოპაუზის შემდგომაც, გამეტებისა და ემბრიონების გაყინვის შესაძლებლობა კი ნიშნავს იმას, რომ თუნდაც სიკვდილი აუცილებლად არ აღნიშნავს ადამიანის რეპროდუქციული სიცოცხლის დასრულებას“<sup>47</sup>.

დამხმარე რეპროდუქციულმა ტექნოლოგიებმა უშვილო წყვილებსა თუ პირებს არამარტო მიანიჭა მათი ბიოლოგიური შვილის ყოლის შესაძლებლობა, არამედ, ასევე, მნიშვნელოვანი ალტერნატივა მისცა მათ, გვერდი აევლოთ შვილად აყვანის გართულებული პროცედურებისათვის. მეთოდები, ასევე, განიხილება როგორც „დემოგრაფიული პრობლემების მოგვარების კომპონენტი“<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, შესავალი, “Prefatory Note“, February 2008, ხელმისაწვდომია ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის ოფიციალურ ვებ-გვერდზე: <http://apps.americanbar.org/family/committees/artmodelact.pdf> [01.03.2016].

<sup>46</sup> Coleman H. C., Assisted Reproductive Technologies and the Constitution, Fordham Urban Law Journal, volume 30, issue 1, 2002, Article 4, 57.

<sup>47</sup> იქვე.

<sup>48</sup> Самойлова В. В., Семейно-Правовые Аспекты Реализации Репродуктивных Прав При Применении Вспомогательных Репродуктивных Технологий, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Москва, 2011, 4.

თუმცა, იმ მნიშვნელოვანი სიკეთის გარდა, რომლის მომტან-იცაა დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების გამოყენებით უშვილობის პრობლემების გადაჭრა და უშვილო ადამიანისათვის, ხშირ შემთხვევაში, მისთვის უმნიშვნელოვანესი სიკეთის – მშობლად ყოფნის შესაძლებლობის მიცემა, ამ ტექნოლოგიებმა მათი პრაქტიკაში გამოყენების დაწყებიდან წარმოშვა სამართლებრივი პრობლემები და ბიძგი მისცა სხვადასხვა საფუძვლით სასამართლო დავების აღმოცენებას. „რეპროდუქციული ტექნოლოგიების სფეროში მედიცინის თანამედროვე განვითარებამ წარმოშვა ახალი საზოგადოებრივი ურთიერთობები, განსხვავებული სამართლებრივი კონსტრუქციები და პრეზუმფციები, რაც, თავის მხრივ, გამოვლინდა ამ სფეროში სამართლის განვითარების აუცილებლობით მონაწილე პირების უფლებებისა და კანონიერი ინტერესების უფრო მეტად სრულად დაცვისათვის“<sup>49</sup>. დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებს წლების განმავლობაში მედიცინის „ველურ დასავლეთადაც“<sup>50</sup> კი მოიხსენიებდნენ სწორედ იმის გამო, რომ იგი უნიკალური გზებით ახდენს სამედიცინო პროცედურების განახლებას და ბევრი სხვადასხვა ინოვაციური და ახალი ტექნოლოგიის გამოყენებას<sup>51</sup>.

მიუხედავად იმისა, რომ დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებს ძირითადად იყენებენ ჰეტეროსექსუალი წყვილები, ამ მეთოდებმა სამედიცინო თვალსაზრისით შესაძლებლობა მის-

---

<sup>49</sup> Пестрикова А. А., Обязательства Суррогатного Материнства, Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Самара, 2007, 4.

<sup>50</sup> “It is not surprising then that the fertility field is considered by many to be the “Wild West“ of medicine, with fertility doctors as its cowboys“ – „არ არის გასაკვირი, რომ უნაყოფობის სფერო ბევრის მიერ მიჩნეულია მედიცინის „ველურ დასავლეთად“, სადაც ექიმები მისი „კოვბოები“ არიან“. იხ. Rosato L. J., The Children of ART (Assisted Reproductive Technology): Should the Law Protect Them from Harm?, UTAH Law Review 57, 2004, 6. მედიცინის „ველურ დასავლეთად“ მოხსენიებისას ავტორი მითითებას ახდენს: Lori B. Andrews, The Clone Age, at 219, 1999; Alexander N. Hecht, The Wild Wild West: Inadequate Regulation of Assisted Reproductive Technology, 1 Hous. J. Health L. & Pol’y 227, 228, 261 (2001) (referring to “Wild Wild West“ of ART practices);

<sup>51</sup> Bychkov Green S., Interstate Intercourse: How Modern Assisted Reproductive Technologies Challenge the traditional Realm of Conflicts of Law, 24 Wisconsin Journal of Law, Gender and Society 25, 2009, 36. იხ. ციტირება: Lori B. Andrews, The Clone Age: Adventures in the New World of Reproductive Technology, 219-20, 1999.

ცა არატრადიციული ორიენტაციის მქონე წყვილებსა და პირებს ჩასახვის ბუნებრივი გზის გარეშე იყოლიონ საკუთარი ბიოლოგიური შვილი<sup>52</sup>. თუმცა, ამისათვის მათ „უნდა გადალახონ ის სამართლებრივი ბარიერები, დაწესებული მათ წინაშე სამართლებრივი სისტემის მიერ, რომელიც, ხშირ შემთხვევაში, ძალზე ვიწროდ განსაზღვრავს მშობლის უფლებებს“<sup>53</sup>.

სამწუხაროა, თუმცა, ფაქტია, რომ ხშირ შემთხვევაში კანონმდებელი ვერ ეწევა სამედიცინო ტექნოლოგიების სწრაფ და მზარდ განვითარებას. სამედიცინო მეთოდები, მოცემულ შემთხვევაში კი, დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები, რომლებიც სრულიად რადიკალურად ცვლის თუნდაც სამართალში ტრადიციულად დამკვიდრებულ მშობლის – დედისა და მამის სამართლებრივ სტატუსს, ბუნებრივია, რომ გადაუდებლად საჭიროებს შესაბამისი მარეგულირებელი საკანონმდებლო ბაზის შემუშავებას, რომლითაც, ამ ტექნოლოგიების სახელმწიფოში დაშვების პირობებში, ნათლად და მკაფიოდ განისაზღვრება სამედიცინო პროცედურაში მონაწილე ყველა პირის სამართლებრივი სტატუსი, მათი უფლებები და მოვალეობები. საკანონმდებლო რეგულაციების არარსებობა ან არსებულ რეგულაციებში ხარვეზები კი, ბუნებრივია, იწვევს წარმოშობილ სამართლებრივ დავებზე სასამართლოების ერთიანი პრაქტიკის არარსებობას და თუნდაც კონფლიქტურ გადაწყვეტილებებს. ეს პრობლემა არ ეხება

<sup>52</sup> ამ მხრივ აღსანიშნავია კალიფორნიის სასამართლოს 2008 წლის გადაწყვეტილება საქმეზე North Coast Women's Care Medical Group, Inc. v. San Diego County Superior Court, 44 Cal. 4th 1145, 189 P.3d 959, 81 Cal. Rptr. 3d 708. კალიფორნიის უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ აღმსარებლობის თავისუფლება არ გამორიცხავდა სამედიცინო დაწესებულების ექიმების ვალდებულებას, დაეცვათ კალიფორნიის კანონმდებლობა, (California Unruh Civil Rights Act), რომელიც კრძალავდა დისკრიმინაციას პირის სექსუალური ორიენტაციის გამო. საქმე ეხებოდა მოსარჩელე ქალბატონ ბენიტესისათვის (Benitez) დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიით, კერძოდ კი სპერმით, შიდასაშვილოსნო ინსერმინაციის ჩატარებაზე რელიგიური მრწამსის მოტივით ექიმის უარს იმის გამო, რომ პაციენტი/მოსარჩელე არატრადიციული სექსუალური ორიენტაციის მქონე იყო. ამგვარად, ამ გადაწყვეტილებით კალიფორნიის სასამართლომ დაადგინა, რომ დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან (ინსერმინაციის მეთოდით) წვდომის უფლება არ შეიძლება შეეზღუდოს პაციენტს მისი სექსუალური ორიენტაციის გამო.

<sup>53</sup> Kokiasmenos M., Mihalich L., Assisted Reproductive Technology, The Georgetown Journal of Gender and the Law, Volume V, Number 1, spring 2004, 622.

მხოლოდ საქართველოს (თუმცა, საქართველო იმ ქვეყანათა მცირედენ ჯგუფს მიეკუთვნება, სადაც პრობლემა განსაკუთრებით მწვავეა). სხვადასხვა ქვეყნის პრაქტიკაში ცნობილია დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების განხორციელებასთან მიმართებით სხვადასხვა საფუძვლით წარმოშობილი სასამართლო დავები, მათ შორის, სარჩელები სამედიცინო დაწესებულებების წინააღმდეგ პროფესიულ დაუდევრობასთან ან არასწორ გენეტიკურ დიაგნოზთან დაკავშირებით, სარჩელები, რომლებიც ეხება მშობლის უფლებების დადგენას, დონაციას, ემბრიონების განკარგვასა და სუროგაციას. ამასთან, გადაწყვეტილებები მსგავს საქმეებზე შეიძლება ერთმანეთისაგან რადიკალურად განსხვავებულიც კი იყოს. ასეთ დავებზე, შეიძლება ითქვას, რომ უხვი სასამართლო პრაქტიკაა, თუმცა, დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან მიმართებით არსებული სამართლებრივი პრობლემების წარმოჩენის თვალსაჩინოებისათვის შეიძლება მაგალითის სახით მოყვანილი იქნას ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლოების რამდენიმე გადაწყვეტილება.

#### **4. ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო პრაქტიკა**

ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ფაქტორი, რომელიც დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების პრაქტიკულად და მართებულად განხორციელებასთანაა დაკავშირებული, ეხება სამედიცინო დაწესებულების, ემბრიოლოგისა თუ ექიმის მიერ კონკრეტული ტექნოლოგიის პროფესიულად, კვალიფიციურად და კეთილსინდისიერად განხორციელებას. აღნიშნულის თაობაზე სხვადასხვა ქვეყნის პრაქტიკაში არაერთ სასამართლო დავას ჰქონია ადგილი. სასამართლოების, განსაკუთრებით კი ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო პრაქტიკაში ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცედურასთან დაკავშირებით ექიმებისა და სამედიცინო დაწესებულებების წინააღმდეგ აღძრული საქმეები მოიცავდა შემთხვევას, როდესაც სარჩელი აღძრული იქნა ექიმი იაკობსონის (Jacobson) წინააღმდეგ იმ საფუძვლით, რომ ექიმის მიერ პაციენტების კუთვნილი კვერცხუჯრედების განაყოფიერება ხდებოდა მისი საკუთარი სპერმით<sup>54</sup>, ასევე შემთხვევებს, რომლე-

<sup>54</sup> St. Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Jacobson, 826 F. Supp. 155, 157 (E.D. Va. 1993),

ბიც დაკავშირებული იყო კვერცხუჯრედის განაყოფიერებასთან იმ დონორის სპერმით, რომელიც წყვილს არ ჰყავდა შერჩეული, ნაცვლად წყვილის მიერ შერჩეული დონორის სპერმისა<sup>55</sup>.

აღნიშვნის ღირსია ე.წ. ენდრიუსების (Andrews) საქმე, რომელიც ეხებოდა იმ ვიტრო განაყოფიერების დროს პოტენციური მამის სპერმის მაგივრად სხვა პირის სპერმის გამოყენებას:

**Andrews v Keltz**<sup>56</sup>:

ნიუ იორკის უმაღლესმა სასამართლომ განიხილა მოსარჩელების, ქორწინებაში მყოფი წყვილის, ნენსი ენდრიუსისა (Nancy Andrews) და თომას ენდრიუსის (Thomas Andrews), ასევე, იმ ვიტრო განაყოფიერების გზით დაბადებული მათი ქალიშვილის, ჯესიკას (Jessica) სარჩელი სამედიცინო დანესებულების, სამედიცინო დანესებულების მესაკუთრისა და მმართველის, ექიმისა და ემბრიოლოგის წინააღმდეგ. მოსარჩელები ნენსი ენდრიუსი და თომას ენდრიუსი აცხადებდნენ, რომ იმ ვიტრო განაყოფიერების პროცედურა უნდა ჩატარებულიყო ქალბატონი ენდრიუსის კვერცხუჯრედებისა და ბატონი ენდრიუსის სპერმის განაყოფიერებით იმ მიზნით, რომ მათ ჰყოლოდათ საკუთარი ბიოლოგიური შვილი, თუმცა, მოპასუხეებმა დაუდევრობის შედეგად კვერცხუჯრედის განაყოფიერებისათვის ბატონი ენდრიუსის გენეტიკური მასალის ნაცვლად გამოიყენეს სხვა პირის სპერმა. მოსარჩელების განცხადებით ჯესიკას დაბადების, 2004 წლის ოქტომბრის, შემდგომ მათ მალევე აღმოაჩინეს, რომ ბავშვს გააჩნდა ტიპიურად აფრიკული ან აფრო-ამერიკული წარმოშობის მახასიათებლები მაშინ, როდესაც ქალბატონი ენდრიუსი დაბადებული იყო დომინიკის რესპუბლიკაში და ჰქონდა ამ რეგიონისათვის დამახასიათებელი კანის ფერი, ბატონი ენდრიუსი კი იყო კავკასიელი. ამ „ანომალიის“ შესახებ მათ აცნობეს ექიმ ქელტზს (Keltz), რომელმაც მათ განუცხადა, რომ იმ ვიტრო პროცედურა სათანადოდ ჩატ-

---

aff'd, 48 F.3d 778 (4th Cir. 1995); ასევე, იხ. James v. Jacobson, 6 F.3d 233 (4th Cir. 1993).

<sup>55</sup> Harnicher v. Univ. of Utah Med. Ctr., 962 P. 2d 67, 68 (Utah 1998) Supreme Court of Utah.

<sup>56</sup> Andrews v Keltz, 2007 NY Slip Op 27139 [15 Misc 3d 940] March 7, 2007, Supreme Court, New York County Published by New York State Law Reporting Bureau pursuant to Judiciary Law § 431. As corrected through Wednesday, June 27, 2007.



არდა და რომ ჯესიკა დროთა განმავლობაში „გალიავდებოდა“<sup>57</sup>. 2004 წლის დეკემბერში მოსარჩელებმა ჩაატარეს გენეტიკური ანალიზი, რომელმაც დაადგინა, რომ ბატონ ენდრიუსსა და ჯესიკას შორის გენეტიკური კავშირი არ არსებობდა. მომდევნო ორმა გენეტიკურმა კვლევამ ეს შედეგი დაადასტურა. სასამართლოში წარდგენილი სარჩელით სამივე მოსარჩელე ითხოვდა ზიანის ანაზღაურებას მძიმე ემოციური სტრესის გამო. ამასთან, ნენსი ენდრიუსმა დააყენა საკითხი იმის თაობაზე, რომ სამედიცინო დაწესებულების მხრიდან ადგილი ჰქონდა ქმედების განხორციელებას ინფორმირებული თანხმობის არარსებობის პირობებში, კონტრაქტის დარღვევას, ექიმი კელტზის მხრიდან თაღლითობასა და ყველა მოპასუხის მიერ მოსარჩელებისათვის შეურაცხყოფასა და ზიანის მიყენებას.

სასამართლომ აღნიშნა, რომ მოსარჩელების მიერ მითითებული ზიანი უმრავლეს შემთხვევაში არ ექვემდებარებოდა კომპენსაციას არსებული პრეცედენტული სამართლით დადგენილი პრინციპების გათვალისწინებით. სასამართლომ მიუთითა სხვადასხვა გადანყვეტილებაზე და არ დააკმაყოფილა მოსარჩელების მოთხოვნა ემოციური სტრესით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურებასთან დაკავშირებით, რომელიც მათ განიცადეს მაშინ, როდესაც წაერთვათ შანსი, ჰყოლოდათ საკუთარი ბიოლოგიური შვილი, დაადგინა რა, რომ „ნიუ იორკის სამართლით ჯანმრთელი ბავშვის დაბადება არ მიიჩნევა აღიარებულ ზიანად“. ნიუ იორკის სასამართლოების მიერ გაცხადებული პრინციპების ლოგიკური განვრცობით არასასურველი, თუმცა, სხვაგვარად ჯანმრთელი და ნორმალური ბავშვის დაბადება არ წარმოადგენდა მისი მშობლებისათვის მიყენებულ ზიანს და, რომ თუნდაც სერიოზული დაავადების მქონე ბავშვის მშობლებს არ შეეძლოთ, მიეღოთ ანაზღაურება ემოციური ზიანისათვის ბავშვის დაბადების გამო. სასამართლომ აღნიშნა, რომ მოცემულ შემთხვევაში მოსარჩელები ვერ მიიღებდნენ ანაზღაურებას იმ მორალური ზიანისათვის, რაც გამოწვეული იყო ჯესიკას დაბადებით, რომელიც არ წარმოადგენდა ბატონი ენდრიუსის ბიოლოგიურ შვილს. სასამართლომ ასევე დაადგინა, რომ მოსარჩელები ვერ მიიღებდნენ ზიანის ანაზღაურებას იმ საფუძვლით, რომ მათ წაერთვათ შესაძლებლო-

<sup>57</sup> “get lighter over time“.

ბა, ჰყოლოდათ მათი ბიოლოგიური შვილი. თუმცა, სასამართლომ აღნიშნა, რომ მოსარჩელების განცხადებით, არსებობდა მუდმივი გაურკვეველობა და უნდობლობა იმასთან დაკავშირებით, მოხდა თუ არა თითოეული ან ორივე მათგანის გენეტიკური მასალის არასათანადოდ გამოყენება სხვა პირების სასარგებლოდ და, რომ ამ უკანასკნელთ შესაძლოა, ჰყოლოდათ მათი ბიოლოგიური შვილი. მოსარჩელები ასევე აპელირებდნენ იმ შესაძლო საფრთხეზე, რაც დაკავშირებული იყო ჯესიკას გენეტიკური მამის მიერ მის ბიოლოგიურ შვილთან – ჯესიკასთან მიმართებით მშობლის უფლებების გაცხადებასთან. სასამართლომ დაადგინა, რომ ამ საფუძველთან მიმართებით არსებობდა მოთხოვნილი მორალური ზიანის „უტყუარობის გარანტია“<sup>58</sup>, რომ მოსარჩელებს შეეძლოთ მიეღოთ ანაზღაურება მორალური ზიანისათვის. სასამართლომ დააკმაყოფილა მოსარჩელების მოთხოვნა ემბრიოლოგის წინააღმდეგ<sup>59</sup> *res ipsa loquitur* პრინციპის<sup>60</sup> საფუძველზე, რადგან მათ მიერ წარდგენილი მტკიცებულებები, რომლებიც ადასტურებდნენ ემბრიოლოგის დაუდევრობას, არ იყო უარყოფილი ემბრიოლოგის მიერ.

ექიმებისა და სამედიცინო დაწესებულებების წინააღმდეგ დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების წარმოებასთან დაკავშირებით სასამართლოებში სარჩელები აღძრული იქნა, ასევე, არასწორი გენეტიკური დიაგნოზის გამო. დავის ამ კატეგორიას მიეკუთვნება ე.წ. პარეტების (*Paretta*) საქმე, რომელზედაც გადაწყვეტილება ნიუ იორკის უმაღლესმა სასამართლომ მიიღო:

## **Paretta v Medical Offices for human Reproduction<sup>61</sup>:**

<sup>58</sup> “guarantee of genuineness“.

<sup>59</sup> მიღებული იქნა გამარტივებული წესით სასამართლოს გადაწყვეტილება “summary judgment“, ვინაიდან მოპასუხე ემბრიოლოგის მიერ არ იქნა წარდგენილი წერილობითი ახსნა-განმარტება – „Affidavit“.

<sup>60</sup> *res ipsa loquitur* – „საქმე თავად ლაღადებს, ანუ საგანი თავის თავზე ლაპარაკობს: ფორმულა, რომელიც ასაბუთებს პირის პასუხისმგებლობას იმ ზიანზე, რომელიც მიყენებული იქნა იმ საგნის გამო, რომელიც პირის კონტროლის ქვეშაა“. იხ. კაპანაძე ნ., კვაჭაძე მ., ლათინურ-ქართული სამართლებრივი ლექსიკონი, თბილისი, 2008, <https://interesi.files.wordpress.com/2011/10/latin-georgian-legal-dictionary.pdf> [01.06.2016].

<sup>61</sup> *Paretta v Medical Offices for human Reproduction*, 195 Misc.2d 568 (2003) 760 N.Y.S.2d 639 *JOSEPHINE PARETTA et al., Plaintiffs, v. MEDICAL OFFICES FOR HU-*

სარჩელი წარდგენილი იქნა ცისტოზური ფიბროზით<sup>62</sup> დაბადებული ბავშვის მშობლების – პარენტების მიერ სამედიცინო დანესებულებისა და ექიმების წინააღმდეგ. ბავშვი დაიბადა მოპასუხე კლინიკაში წარმოებული ინ ვიტრო განაყოფიერების შედეგად, რომლის დროსაც გამოყენებული იყო დონორის კვერცხუჯრედი და მეუღლის სპერმა. ბავშვი დაიბადა დაავადებით, რომელიც მემკვიდრულად გადადის ბავშვზე ორივე მშობლისაგან და რომლის გამოც ბავშვს მთელი სიცოცხლის განმავლობაში ესაჭიროებოდა ქირურგიული ოპერაციები და სათანადო მკურნალობა. მოსარჩელები ამტკიცებდნენ, რომ მოპასუხეებს არ გაუფრთხილებიათ ისინი, იყო თუ არა დონორი ამ დაავადების მატარებელი და არც მამის შესაბამისი გენეტიკური კვლევა ჩატარებიათ. მოსარჩელების ერთ-ერთ მოთხოვნას წარმოადგენდა მორალური ზიანისა და ბავშვის მოვლისა და მკურნალობისათვის აუცილებელი ხარჯების ანაზღაურება. სასამართლომ არ დააკმაყოფილა მოსარჩელების მოთხოვნა მორალური ზიანის ანაზღაურების ნაწილში, თუმცა, დაადგინა, რომ მოსარჩელებს შეეძლოთ მოეთხოვათ ბავშვის მოვლისათვის განუხლებელი ხარჯების ანაზღაურება, მათ შორის მეუღლე ქალბატონის მიუღებელი შემოსავალი დაკარგული ხელფასის სახით, რადგან იგი იძულებული იყო მისი ავადმყოფი შვილის მოვლისათვის სამსახური დაეტოვებინა<sup>63</sup>.

სასამართლოების პრაქტიკაში არაერთი საქმეა, რომელიც დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების განხორციელების შედეგად დაბადებული ბავშვის მშობლად აღიარებასა, თუ მშობლის უფლებების დადგენასთანაა დაკავშირებული<sup>64</sup>. ამ

---

MAN REPRODUCTION et al., Defendants. Supreme Court, New York County, March 31, 2003.

<sup>62</sup> „cystic fibrosis“.

<sup>63</sup> დამატებით იხილეთ მასაჩუსეტის უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე *Doolan v. IVF America*, 12 Mass.L.Rptr. 482 (Mass.Super. 2000).

<sup>64</sup> მშობლის უფლებებთან დაკავშირებულ დავებს შორის არსებობს საქმეები, რომლებიც ეხება სპერმის დონორის უფლებებს დაბადებულ ბავშვთან მიმართებით. მაგალითად, საქმეში: *McIntyre v. Crouch* (780 P.2d 239 (1989) 98 Or.App. 462 *Kevin N. McIntyre, Appellant, v. Linden CROUCH, Respondent*. No. 2109-F; CA A44574. Court of Appeals of Oregon. Argued and Submitted May 18, 1988. Decided September 13, 1989) ორეგონის შტატის კანონმდებლობის საფუძველზე სასამართლომ დაადგინა, რომ სპერმის დონორს არ გააჩნდა ხელოვნური განაყოფიერების

მხრივ აღსანიშნავია კალიფორნიის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეში *Robert v. Susan*, რომელიც, მართალია, ეხებოდა ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცედურის შედეგად დაბადებულ ბავშვზე მშობლებად აღიარებას, თუმცა, აღნიშნული საქმის ფაქტობრივი გარემოებები ახდენს ხაზგასმას, თუ რამდენად მნიშვნელოვანია სამედიცინო დანესებულებაში დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების წარმოებისას სამედიცინო პერსონალის მიერ პროცედურის განსაკუთრებული დაკვირვებულობით და პროფესიონალურად წარმართვა:

### **Robert v. Susan<sup>65</sup>**

საქმე ეხებოდა დაქორწინებული მეუღლეების რობერტისა (*Robert*) და დენისის (*Denise*) მშობლის უფლებების დადგენას ორი წლის დენიელთან (*Daniel*) დაკავშირებით, რომელიც დაიბადა ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცედურის შედეგად და, რომელიც გააჩინა მარტოხელა ქალბატონმა სუზანმა (*Susan*). 2000 წლის მაისში რობერტმა და დენისმა მიმართეს სამედიცინო დანესებულებას, სადაც ჩატარდა ინ ვიტრო განაყოფიერების პროცედურა: გამოყენებული იქნა კვერცხუჯრედის დონორი, რომელიც

---

გზით დაბადებული ბავშვის მიმართ რაიმე უფლება-მოვალეობა. გამონაკლისი იქნებოდა სპერმის დონორსა და დედას შორის მამობასთან დაკავშირებული პასუხისმგებლობისა და უფლებების თაობაზე ხელშეკრულების არსებობა, რომელსაც სპერმის დონორი დაეყრდნობოდა მისი სპერმის დონაციისას. განსხვავებულად გადაწყვიტა საქმე კალიფორნიის სააპელაციო სასამართლომ საქმეში: *Jhordan C. v. Mary K.*, (179 Cal.App.3d 386 (1986)), სადაც სასამართლომ დაადგინა, რომ სპერმის დონორი იყო ბავშვის მამა და მას უნდა მინიჭებოდა ბავშვის მონახულების უფლებები. სასამართლომ გადაწყვეტილება დააფუძნა იმ არგუმენტაციას, რომ ბავშვის დედამ თავად მოახდინა სახლში მოსარჩელე დონორის სპერმით ინსემინაცია, კალიფორნიის კანონმდებლობის შესაბამისად კი სპერმის დონორი არ განიხილებოდა ბავშვის მამად მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც სპერმის დონაცია განხორციელებული იყო ხელოვნური განაყოფიერების მიზნებისათვის ლიცენზირებულ ექიმთან. მშობლის უფლებებთან დაკავშირებული დავების თაობაზე დამატებით იხ. *Lainaritata v. Lucas*, 823 So. 2d 316, 319 (Fla. Dist. Ct. App. 2002); *Alexandria S. v. Pac. Fertility Med. Ctr.Inc.*, 64 Cal. Rptr. 2d 23 (Cal. Ct. App. 1997); *People v. Sorenson*, 437 P.2d 495, 499 (Cal.1968).

<sup>65</sup> Robert B., Plaintiff and Respondent, Denise B., Plaintiff and Appellant, v. SUSAN B., Defendant and Appellant. No. H024926, Court of Appeal, Sixth District, California.. Decided: June 13, 2003.

განაყოფიერდა რობერტის სპერმით. იმავე პერიოდში კლინიკას მიმართა სუზანმა, რომელსაც სურდა ინ ვიტრო განაყოფიერება ანონიმური სპერმის დონორისა და კვერცხუჯრედის დონორის გამოყენებით. კლინიკაში შეცდომით მოხდა წყვილის – რობერტისა და დენისის კუთვნილი ემბრიონის გადატანა სუზანის (Susan) საშვილოსნოში. საქმის განხილვისას სააპელაციო სასამართლომ ძალაში დატოვა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება, რომლითაც დადგინდა, რომ დენისის დედა იყო სუზანი, ხოლო მამა – რობერტი. დენისის მოთხოვნაზე, მომხდარიყო მისი დენიელის მშობლად – დედად აღიარება, სასამართლომ დაადგინა, რომ დენისს არ გააჩნდა საპროცესო უფლებაუნარიანობა იმის გამო, რომ ბავშვთან არც გესტაციური და არც გენეტიკური კავშირი არ ჰქონდა.

საქმეები სუროგაციის გზით დაბადებული ბავშვის მშობლად ცნობასთან დაკავშირებით:

### “Baby M”<sup>66</sup>

“Baby M“-ის სახელით ცნობილი გადაწყვეტილება ერთ-ერთი პირველია, რომელიც ეხება სუროგაციის გზით დაბადებულ ბავშვზე მშობლის უფლებების დადგენას და რომელიც მიღებული იქნა აშშ-ში სუროგაციის შესახებ კონკრეტული რეგულაციების არსებობამდე.

„სუროგაციის ხელშეკრულება გაფორმდა პოტენციურ მშობლებს, სტერნებსა (Sterns) და სუროგატ დედას უაიტჰედს (Whitehead) შორის. [სუროგატი დედა დათანხმდა ტრადიციული სუროგაციის განხორციელებას], სტერნის – პოტენციური მამის – სპერმით განაყოფიერებას, განაყოფიერების შედეგად ნაყოფის მუცლად ტარებას და ბავშვის დაბადების შემდგომ მის გადაცემას სტერნების წყვილისათვის, შესაბამისად, ბავშვზე მშობლის უფლებებზე უარის თქმას სუროგაციისათვის თანხის მიღების სანაცვლოდ. ამ პროცედურის შედეგად დაიბადა ბავშვი, რომელიც გენეტიკურად ეკუთვნოდა სუროგატ დედასა და პოტენციურ მამას – სტერნს.

<sup>66</sup> „Baby M“-ის სახელით ცნობილი აშშ-ის ნიუ ჯერსის შტატის სასამართლოს 1988 წლის გადაწყვეტილება [109 NJ 396, 537 A2d 1227 (NJ 1988)].

დაბადების შემდგომ ბავშვი შეთანხმებისამებრ გადაეცათ სტერნებს, თუმცა, სუროგატმა ხელშეკრულების პირობების დარღვევით გადანყვიტა, ბავშვი დაეტოვებინა, განაცხადა, რომ არ შეეძლო ბავშვის გარეშე ცხოვრება და ბავშვი სტერნებისგან წაიყვანა. სტერნებმა მიმართეს სასამართლოს სუროგატის ხელშეკრულების აღსრულებისა და ბავშვის მათთვის დაბრუნების მოთხოვნით. სასამართლოს მიერ სტერნების მოთხოვნის საფუძველზე გაცემული იქნა შესაბამისი ბრძანება და დაახლოებით სამი თვის ძიების შემდგომ აღმასრულებლებმა ბავშვი გადასცეს თავდაპირველად შესაბამის სახელმწიფო ორგანოებს, ხოლო შემდგომ სტერნებს.

ბავშვთან მიმართებაში უფლებების დადგენის მიზნით გაიმართა სასამართლო პროცესი, რომლის დასრულების შემდგომაც სასამართლომ დაადგინა სუროგატის ხელშეკრულების ნამდვილობა. სასამართლომ აღნიშნა, რომ ბავშვის მშობლებმა გააფორმეს ხელშეკრულება თავისუფალი ნების გამოხატვის საფუძველზე, რომლის პირობებიც იურიდიულად აღსრულებადი იყო. სახელმწიფოს არ შეეძლო აეკრძალა ან უარი ეთქვა რეპროდუქციის თაობაზე კონტრაქტების აღსრულებაზე, რადგან ეს დაარღვევდა უშვილო წყვილების კონსტიტუციით დაცულ პერსონალურ თავისუფლებას, მოეძებნათ საშუალებები ოჯახის შექმნისათვის. სუროგატ დედას, თავის მხრივ, ჰქონდა კონსტიტუციური უფლება, ნებაყოფლობით მოეხდინა კონტრაქტით გათვალისწინებული მომსახურების განხორციელება. თუ სპერმის დონორი უფლებამოსილი იყო, გაეყიდა საკუთარი სპერმა, სუროგატ დედასაც ჰქონდა უფლება, მოეხდინა თავისი რეპროდუქციული მომსახურებების შეთავაზება კანონით თანაბარი დაცვის პრინციპიდან გამომდინარე. ბავშვის ინტერესების გათვალისწინებით (გათვალისწინებული იყო სტერნების ოჯახური მდგომარეობა, საცხოვრებელი პირობები) სასამართლომ გააუქმა სუროგატი დედის მშობლის უფლებები ბავშვის მიმართ და მეურვეობა მიანიჭა ბავშვის მამას.

თუმცა, ნიუ ჯერსის უზენაესი სასამართლო არ დაეთანხმა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადანყვიტვით სუროგატის ხელშეკრულების ნამდვილობის დადგენასთან დაკავშირებით და აღნიშნა, რომ ეს ხელშეკრულება ეწინააღმდეგებოდა კანონს

და საჯარო წესრიგს, რადგან სუროგატისათვის თანხის გადახდა „არაკანონიერი, შესაძლოა დანაშაულებრივი და პოტენციურად ქალისათვის დამამცირებელი“ იყო. ძალაში დარჩა სტერნისათვის ბავშვის მეურვეობის შესახებ გადაწყვეტილება, თუმცა, სუროგატი დედა აღიარებული იქნა როგორც ბავშვის დედა, რომელსაც მიენიჭა ბავშვის ნახვის უფლება<sup>67</sup>.

### **Johnson v. Calvert<sup>68</sup>**

1993 წელს კალიფორნიის უმაღლესმა სასამართლომ საქმეში Johnson v. Calvert დაადგინა, რომ პოტენციური მშობლები, რომელთა განზრახვაა, გახდნენ ბავშვის იურიდიული მშობლები, უფლებამოსილნი არიან, ცნობილ იქნან ბავშვის იურიდიულ მშობლებად გესტაციური დედისა და დონორების უფლებების გაუთვალისწინებლად და, რომ სუროგაციის ხელშეკრულებაში ასახული მხარეთა განზრახვა და ნება აკონტროლებს „იურიდიული დედობის“ განსაზღვრას.

გესტაციური სუროგაციის ხელშეკრულება გაფორმდა მარკ და კრისპინა კალვერტებს (Mark and Crispina Calverts) (პოტენციურ მშობლებს) და ანნა ჯონსტონს (Anna Johnston) (სუროგატ დედას) შორის. კალვერტების – პოტენციური მშობლების გენეტიკური მასალით მიღებული ემბრიონი გადატანილი იქნა ანნას საშვილოსნოში. ანნა დათანხმდა, უარი ეთქვა მშობლის უფლებებზე თანხის გადახდისა და სიცოცხლის დაზღვევის სანაცვლოდ. თუმცა, ურთიერთობა მხარეებს შორის დაიძაბა, რის გამოც პოტენციურმა მშობლებმა მიმართეს სასამართლოს მათი, როგორც ბავშვის მშობლების, აღიარების შესახებ სასამართლოს გადაწყვეტილების მისაღებად. სარჩელის საპასუხოდ ანნამ წარადგინა შეგებებული სარჩელი და მოითხოვა ბავშვის დედად აღიარება. სასამართლომ დაადგინა, რომ კალვერტები წარმოადგენდნენ ბავშვის გენეტიკურ მშობლებს, დაადგინა ხელშეკრულების ნამდვილობა და უარი უთხრა ანნას მშობლის უფლების მინიჭებაზე.

სასამართლომ აღნიშნა, რომ „ანნა ჯონსტონი ბავშვის გესტაციური მატარებელია.. იგი და ბავშვი გენეტიკური მემკვი-

<sup>67</sup> იხ. Shavel C., Birth Power, The Case for Surrogacy, New Haven & London, 1989, 1-3.

<sup>68</sup> Johnson v. Calvert (Cal. Sup. Ct., 5 Cal4th 84, 851, P.2d 776 (1993).

დრეობის თვალსაზრისით ერთმანეთისათვის უცხონი არიან... ანნას ურთიერთობა ბავშვთან მსგავსია აღმზრდელი მშობლის ურთიერთობისა ბავშვთან, რომელიც უვლის, იცავს და აღზრდის ბავშვს იმ პერიოდის განმავლობაში, როდესაც გენეტიკურ დედას, კრისპინა კალვერტს არ შეეძლო, განეხორციელებინა ბავშვის მოვლა“<sup>69</sup>.

გადანყვეტილების გასაჩივრების შემდგომ კალიფორნიის უმაღლესმა სასამართლომ უცვლელად დატოვა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადანყვეტილება და ყურადღება გაამახვილა მხარეთა განზრახვაზე ხელშეკრულების ხელმოწერისას. სასამართლომ დაადგინა, რომ 1973 წლის კანონის “Federal Uniform Parentage Act“-ის<sup>70</sup> შესაბამისად, როგორც გესტაციურ, ასევე გენეტიკურ კავშირებს შეეძლოთ წარმოეშვათ დედობის დადგენის საფუძველი. იმდენად, რამდენადაც როგორც ანნამ, ასევე, კრისპინამ წარმოადგინეს დედობის დამადასტურებელი მტკიცებულებები (ანნამ გესტაციითა და ბავშვის გაჩენით, ხოლო კრისპინამ ბავშვთან მისი გენეტიკური კავშირით), და სასამართლომ ვერ შეძლო დაედგინა, თუ რომელ მათგანს ანიჭებდა აქტი უპირატესობას დედობის დადგენის მიზნებისათვის – ფიზიკური გესტაციისა და ბავშვის შობის ფაქტსა თუ სისხლის ანალიზით მტკიცებულებას, სასამართლომ გადანყვიტა, საკითხი განეხილა მხარეთა ნებისა და განზრახვის მხედველობაში მიღებით.

სასამართლომ დაადგინა, რომ როდესაც გენეტიკა და გესტაცია „ერთ ქალთან არ არის დაკავშირებული, ქალი, რომელსაც განზრახული ჰქონდა, განეხორციელებინა ბავშვის დაბადება, რომელსაც იგი გაზრდიდა როგორც საკუთარს, წარმოადგენს ბავშვის ბუნებრივ და იურიდიულ დედას კალიფორნიაში“<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> „Anna Jonston is the gestational carrier of the child, a host in a sense... [She] and the child are genetic hereditary strangers... Anna’s relationship to the child is analogous to that of a foster parent providing care, protection, and nurture during the period of time that the natural mother, Crispina Calvert, was unable to care for the child“.

<sup>70</sup> კანონი შეიცავდა დედობისა და მამობის დადგენის სამართლებრივი რეგულირების ნორმებს, წარმომავლობის საკითხებს, თუმცა, პირდაპირ არ ახდენდა სუროგაციასთან დაკავშირებული საკითხების რეგულაციას.

<sup>71</sup> “When gestation and genetics do not coincide in one woman, the woman who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own is the natural and legal mother of the child in California“). იხ. Trimmings K., Beamont P., General Report on Surrogacy at International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the Interna-



## Buzzanca v. Buzzanca<sup>72</sup>

აღსანიშნავია, რომ 1998 წელს კალიფორნიის სააპელაციო სასამართლომ საქმეში Buzzanca v. Buzzanca მშობლებად აღიარა პოტენციური მშობლები მიუხედავად იმისა, რომ არცერთ მათგანს გენეტიკური კავშირი არ გააჩნდა სუროგატი დედის მიერ გაჩენილ ბავშვთან გამოიყენა რა „მხარეთა ნებისა და განზრახვის საფუძველზე სუროგაციასთან დაკავშირებული საქმეების გადანყვეტის პრინციპი კალიფორნიაში“<sup>73</sup>.

მოცემულ საქმეში პოტენციურმა მშობლებმა ლუან (Luanne) და ჯონ (John) ბუზანკამ (Buzzanka) გადანყვეტეს, რომ ემბრიონი, რომელიც არცერთი მათგანის გენეტიკური მასალით არ იყო მიღებული<sup>74</sup>, გადაეტანათ სუროგატი დედის საშვილოსნოში მათთვის ბავშვის გაჩენის მიზნით. აღნიშნული შეთანხმება მხარეებს შორის შედგა ზეპირად. წერილობითი ხელშეკრულების გაფორმება განხორციელდა მხოლოდ ემბრიონის სუროგატი დედის საშვილოსნოში გადატანიდან დაახლოებით ორი კვირის – განაყოფიერების, იმპლანტაციისა და ორსულობის შემდგომ, თუმცა მანამდე, სანამ პოტენციური მამა წამოიწყებდა განქორწინების პროცესს.

სასამართლოს წინაშე პოტენციური მამა აცხადებდა, რომ ქორწინების განმავლობაში მეუღლეებს საერთო შვილები არ ჰყოლიათ და, რომ იგი არ იყო ფინანსურად ან სხვაგვარად პასუხისმგებელი სუროგატის მიერ გაჩენილ ბავშვზე. განსხვავებული პოზიცია ჰქონდა პოტენციურ დედას, რომელიც აცხადებდა, რომ ის, ისევე, როგორც მისი მეუღლე, ბავშვის იურიდიული მშობლები იყვნენ. რაც შეეხება სუროგატს, არც სუროგატისა და არც სუროგატის მეუღლის მიერ სასამართლოში არ ყოფილა დაყენებული რაიმე მოთხოვნა ბავშვთან მიმართებით. შესაბამისად, პოტენციური მშობლების განქორწინების ფაქტის გათვალისწინებით პირველი ინსტანციის სასამართლოს წინაშე დაისვა საკითხი იმის თაობაზე, თუ ვინ იყვნენ ბავშვის მშობლები იურიდიული თვალ-

---

tional Level, edited by K. Trimmings and P. Beamont, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 449.

<sup>72</sup> Buzzanca v. Buzzanca (61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (Ct. App. 1998).

<sup>73</sup> “Intent in California“.

<sup>74</sup> ინ ვიტრო განაყოფიერების დროს გამოყენებული იყო ანონიმური დონორების გამეტები.

საზრისით.

სასამართლომ დაადგინა, რომ ბავშვს არ ჰყავდა იურიდიული მშობლები შემდეგი მიზეზების გამო: (1) სუროგატმა და სუროგატის მეუღლემ განაცხადეს, რომ ისინი არ იყვნენ ბავშვის ბიოლოგიური მშობლები; (2) პოტენციური დედა არ შეიძლებოდა მიჩნეულიყო ბავშვის დედად, რადგან ბავშვს მასთან არ ჰქონდა გენეტიკური კავშირი, ამასთან, მას არც გესტაციური კავშირი არ გააჩნდა ბავშვთან; და (3) პოტენციური მამა არ შეიძლებოდა მიჩნეულიყო ბავშვის მამად მასსა და ბავშვს შორის გენეტიკური კავშირის არარსებობის გამო.

გადანყვეტილება გასაჩივრდა პოტენციური დედის მიერ. სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადანყვეტილება და დაადგინა, რომ იმ ბავშვის პოტენციური მშობლები, რომლის ჩასახვა განხორციელდა ანონიმური დონორების გამეტებით და რომელიც სუროგატმა გააჩინა, კანონის მიხედვით მიიჩნეოდნენ ბავშვის მშობლებად. სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ იგივე წესი, რომლითაც კალიფორნიის აქტის<sup>75</sup> შესაბამისად ქმარი მიიჩნევა ხელოვნური განაყოფიერების გზით დაბადებული ბავშვის იურიდიულ მამად, გამოიყენება მოცემულ შემთხვევაში ბატონი ბუზანკას (Buzzanca) მიმართ და ადგენს მამობას სუროგატის მიერ გაჩენილ ბავშვთან მიმართებით. სააპელაციო სასამართლომ გააკრიტიკა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადანყვეტილება და დაადგინა, რომ იგი ეწინააღმდეგებოდა საჯარო წესრიგს. სასამართლოს განმარტებით საქმეში გადამწყვეტი იყო მხარეთა ნება და არა გენეტიკური კავშირი<sup>76</sup>.

სასამართლოების პრაქტიკაში არაერთხელ დამდგარა საკითხი ინ ვიტრო განაყოფიერების განხორციელების პროცესში შექმნილი, გაყინული ემბრიონების გამოყენებასა და განკარგვასთან დაკავშირებით<sup>77</sup>, მაგალითად, საქმე A.Z. v. B.Z.

<sup>75</sup> Federal Uniform Parentage Act.

<sup>76</sup> Trimmings K., Beamont P., General Report on Surrogacy at International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level, edited by K. Trimmings and P. Beamont, Oxford and Portland, Oregon, 2013, 450.

<sup>77</sup> სამართლებრივი დავები ასევე შეიძლება იყოს დაკავშირებული ისეთ შემთხვევებთან, როდესაც ინ ვიტრო განაყოფიერება გაყინული სპერმის ან გაყინული ემბრიონის გამოყენებით ტარდება გენეტიკური მამის გარდაცვალების შემდგომ. მაგალითის სახით შეიძლება მოყვანილი იქნას ამერიკის შეერთებული შტატების

## A.Z. v. B.Z<sup>78</sup>:

ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლომ განქორწინების საქმის განხილვისას დაადგინა, რომ მეუღლეებს შორის წინასწარ გაფორმებული წერილობითი ხელშეკრულება გაყინული ემბრიონების გამოყენებასთან დაკავშირებით მათი განქორწინების შემთხვევაში არ იყო აღსრულებადი. საქმე ეხებოდა მეუღლეების ქორწინების განავლობაში მათი გენეტიკური მასალით შექმნილ ემბრიონებს, რომლებიც გაყინულ მდგომარეობაში ინახებოდა სამედიცინო დაწესებულებაში. ორივე მეუღლეს ხელი ჰქონდა მონწილეობის ფორმაზე, რომლის მიხედვითაც მათი გაყრის<sup>79</sup> შემთხვევაში ემბრიონები გადაეცემოდა ცოლს იმპლანტაციისათვის. სასამართლომ აღნიშნა, რომ თანხმობის ფორმა იყენებდა ტერმინს „გაყრას“ და არა „განქორწინებას“, შესაბამისად, იგი სავალდებულოდ არ უნდა გავრცელებულიყო განქორწინების შემთხვევებზე. ამასთან, სასამართლომ საჯარო წესრიგის პრინციპზე მითითებით დაადგინა, რომ არ შეიძლებოდა პირის იძულება, გამხდარიყო მშობელი მისი ნების საწინააღმდეგოდ<sup>80</sup>.

გადაწყვეტილება საქმეში Gillett-Netting v. Barnhart (Gillett-Netting v. Barnhart, 231 F. Supp. 2d 961 (D. Ariz. 2002)). რონდა ჯილეტი (Rhonda Gillett) და რობერტ ნეტინგი (Robert Netting) ქორწინებაში იმყოფებოდნენ 1993 წლიდან. ჯილეტს გააჩნდა დაორსულებისა და ორსულობის შენარჩუნების პრობლემა. 1994 წელს ნეტინგს დაუდგინდა კიბოს დიაგნოზი, რის გამოც ქიმიოთერაპიის დაწყებამდე ნეტინგმა გადაწყვიტა საკუთარი სპერმის გაყინვა. როგორც ჯილეტი აცხადებდა, ნეტინგმა სიკვდილამდე რამდენიმე თვით ადრე მასთან გამოთქვა სურვილი, გაეგრძელებინა მცდელობა ორსულობის მისაღწევად მისი სიკვდილის შემთხვევაშიც. ნეტინგის გარდაცვალებიდან 18 თვის შემდეგ ჯილეტმა გაყინული სპერმის გამოყენებით გააჩინა ტყუპები. სოციალური უზრუნველყოფის ადმინისტრაციამ უარი თქვა ტყუპებისათვის სარგებლის გაცემაზე. ფედერალურმა რაიონულმა სასამართლომ დაადასტურა ადმინისტრაციის უარი, დაადგინა რა, რომ ტყუპები არ შეესაბამებოდნენ აქტივ განსაზღვრულ ბავშვის დეფინიციას. გადაწყვეტილება შეიცვალა სააპელაციო სასამართლოში. სასამართლომ მიანიჭა ბავშვებს კანონმდებლობით დადგენილი სარგებელი მას შემდგომ, რაც დაადგინა, რომ ტყუპები ნეტინგის შვილები იყვნენ და, ამდენად, შეესაბამებოდნენ აქტის მოთხოვნებს სარგებლის მიღებასთან დაკავშირებით.

<sup>78</sup> A.Z. v. B.Z., 725 N.E.2d 1051 (Mass. 2000).

<sup>79</sup> „გაყრა“ ინგლისურად – „Separation“; „გაყრა“ განსხვავდება ტერმინ – „განქორწინებისაგან“ – „Divorce“, რომელსაც სამართლებრივად განსხვავებული შედეგი აქვს.

<sup>80</sup> აღსანიშნავია, რომ ამერიკის შეერთებული შტატების ზემოაღნიშნული

გადანყვეტილების საწინააღმდეგო არგუმენტებით დასაბუთა საქართველოს სასამართლომ თავისი გადანყვეტილება დავაზე, რომელიც ასევე მეუღლეთა ბიოლოგიური მასალით შექმნილი ემბრიონის განკარგვასთან იყო დაკავშირებული (ქ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2015 წლის 23 ივლისის გადანყვეტილება საქმეზე №2/1852-14). გადანყვეტილებით სასამართლომ აღიარა მოსარჩელე „ლ.გ.-ს უფლება, მისი და ი.ჩ.-ს ბიოლოგიური მასალით შექმნილ ემბრიონზე, კერძოდ, გაყინული ემბრიონის სუროგატის სხეულში გადატანაზე, სუროგატთან ხელშეკრულების დადებაზე, სუროგატისა და კლინიკის შერჩევაზე ი.ჩ.-ს თანხმობის გარეშე“. საქმე ეხებოდა 2010 წლის 3 თებერვლიდან 2014 წლის 01 დეკემბრამდე რეგისტრირებულ ქორწინებაში მყოფ მეუღლეთა – ლ.გ.-სა და ი.ჩ.-ს – შორის წარმოშობილ დავას ორივე მეუღლის ბიოლოგიური მასალით შექმნილ და სამედიცინო დაწესებულებაში გაყინულ მდგომარეობაში შენახულ ემბრიონთან დაკავშირებით. მოსარჩელე ქალბატონს, რომელსაც დადგენილი ჰქონდა უშვილობის დიაგნოზი, სურდა ემბრიონი გამოეყენებოდა და გადატანა სუროგატი დედის საშვილოსნოში, მოჰასუხე კი ითხოვდა გაყინული ემბრიონის განადგურებას. სასამართლომ აღნიშნა რა, რომ „ემბრიონის შექმნა განხორციელდა მოსარჩელისა და მოჰასუხის ბიოლოგიური მასალისა და მათი სურვილის შესაბამისად, მხოლოდ კვერცხუჯრედის განაყოფიერების შემდგომ წარმოიშვა მხარეთა შორის უთანხმოება, ემბრიონის შემდგომ ბედის განსაზღვრის თაობაზე“, დაადგინა, რომ მოსარჩელის „ერთადერთი კვერცხუჯრედის განაყოფიერებით მიღებული ემბრიონის სუროგატი დედის საშვილოსნოში გადატანა არის მოსარჩელის ერთადერთი შანსი გახდეს დედა და იყოლიოს გენეტიკური შვილი. აღნიშნულის გარეშე მოსარჩელეს წაერთმევა პირადი ცხოვრების უფლების ისეთი უმნიშვნელოვანესი კომპონენტი, რომელიც წარმოადგენს ადამიანის არსებობის უმთავრეს დანიშნულებას“. მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს სასამართლოს აღნიშნული გადანყვეტილება არაერთგზის ახდენს აპელირებას ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადანყვეტილებაზე *Evans v. United Kingdom* (განაცხადი №6339/05, 2007 წლის 10 აპრილის გადანყვეტილება), სადაც ევროპული სასამართლოს განხილვის საგანს ასევე წარმოადგენდა გაყინული ემბრიონების განადგურების საკითხი და საქმის გარემოებები საქართველოში წარმოებული საქმის მსგავსი იყო, ევროპული სასამართლოს მიერ საქართველოს სასამართლოსაგან განსხვავებული გადანყვეტილება იქნა მიღებული: „2000 წელს ივანსმა და მისმა პარტნიორმა J-მ დაიწყეს შვილოსნობის მკურნალობა. 2000 წლის ოქტომბერში კლინიკაში მკურნალობისას განმცხადებელს დაუდგინდა საკვერცხეების სიმსივნის-წინა მდგომარეობა და მას შესთავაზეს ინ ვიტრო განაყოფიერების (IVF) მკურნალობის ერთი კურსი საკვერცხეების ამოკვეთამდე. კონსულტაციის დროს მას და J-ს განემარტათ, რომ თითოეულ მათგანს წერილობით თანხმობა უნდა განეცხადებინათ მკურნალობაზე და 1990 წლის ადამიანის განაყოფიერებისა და ემბრიოლოგიის კანონის („1990 წლის კანონი“) ნორმათა თანახმად, თითოეულ მათგანს უფლება ჰქონდა ემბრიონის განმცხადებლის საშვილოსნოში იმპლანტაციამდე ნებისმიერ დროს უკან გამოეთხოვა საკუთარი თანხმობა. 2001 წლის ნოემბერში წყვილმა მკურნალობა ჩაიტარა კლინიკაში, რის შედეგადაც ექვსი ემბრიონის

შენახვა მოხდა. ორი კვირის შემდეგ განმცხადებელმა ჩაიტარა ოპერაცია, რის შედეგადაც მას ამოაჭრეს საკვერცხეები. მას განუმარტეს, რომ ორი წელი უნდა მოეცადა, სანამ შესაძლებელი გახდებოდა ემბრიონების იმპლანტაცია მის სამვილოსნოში. 2002 წლის მაისში განმცხადებლისა და J-ის ურთიერთობა შეწყდა და 1990 წლის კანონის შესაბამისად J-იმ შეატყობინა კლინიკას, რომ ის აღარ იყო თანახმა, რომ განმცხადებელს ემბრიონებით მარტოს ესარგებლა ან მათი შენახვა გაგრძელებულიყო. განმცხადებელმა მიმართა უმაღლეს სასამართლოს და სხვა მოთხოვნებთან ერთად მოითხოვა ბრძანება J-ის მიმართ, რომ მას თანხმობა განეცხადებინა. მისი საჩივარი არ დაკმაყოფილდა 2003 წლის ოქტომბერში, დადგინდა რომ J მოქმედებდა კეთილსინდისიერად, რადგანაც ის დასთანხმდა მკურნალობას მხოლოდ იმ პირობით, რომ განმცხადებელთან მისი ურთიერთობა გაგრძელდებოდა. 2004 წლის ოქტომბერში სააპელაციო სასამართლომ ძალაში დატოვა უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილება“. ევროპულმა სასამართლომ იმსჯელა რა „ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა“ კონვენციის მე-2, მე-8 და მე-14 მუხლების შესაძლო დარღვევებთან დაკავშირებით, დაადგინა: არ ჰქონია ადგილი მე-2 მუხლის დარღვევას, რადგან „იმის განსაზღვრა, თუ როდის იწყება სიცოცხლის უფლება სახელმწიფოს თავისუფალი შეფასების ფარგლებს განეკუთვნება, განმცხადებლისა და J-ის მიერ შექმნილ ემბრიონებს არ გააჩნდათ სიცოცხლის უფლება“; არ ჰქონია ადგილი კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას, რადგან „პირადი ცხოვრება“ მოიცავს როგორც გადაწყვეტილებას, გახდეს მშობელი, ისევე გადაწყვეტილებას – არ გახდეს მშობელი. თუმცა განმცხადებელი სადავოს არ ხდოდა, რომ მას საერთოდ შეეზღუდა დედობა სოციალური, სამართლებრივი ან თუნდაც ფიზიკური მნიშვნელობით, ვინაიდან არ არსებობდა ეროვნული კანონმდებლობა ან პრაქტიკა, რაც მას შეუზღუდავდა შვილებს, ან თუნდაც ბავშვის გაჩენას, რომელიც დონორების სასქესო უჯრედების ინ ვიტრო განაყოფიერების შედეგად ჩაისახებოდა. ის ამტკიცებდა, რომ თანხმობის შესახებ 1990 წლის კანონის ნორმებით, მისთვის შეუძლებელი გახდა მისი და J-ის მიერ შექმნილი ემბრიონით სარგებლობა და, მისი მდგომარეობის გათვალისწინებით, მასთან გენეტიკურად დაკავშირებული ბავშვის გაჩენა. ეს უფრო ვინრო საკითხი, რომელიც ეხება უფლებას გადაწყვეტილების პატივისცემაზე, გახდეს გენეტიკური მშობელი, ექცევა მე-8 მუხლის მოქმედების სფეროში. საქმის დილემა მდგომარეობდა ორი კერძო პირის, განმცხადებლისა და J-ის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული უფლებების კონფლიქტში. უფრო მეტიც, მათი ინტერესები სრულიად არათავსებადი იყო, ვინაიდან, თუ განმცხადებელს მიეცემოდა უფლება, ესარგებლა ემბრიონით, ამით დადგებოდა J-ის იძულებითი მამობა, და პირიქით, თუ ძალაში დარჩებოდა J-ის უარი ან თანხმობის გამოთხოვა, განმცხადებელი მიიღებდა უარს შესაძლებლობაზე, გამხდარიყო გენეტიკური მშობელი. საქმის რთული გარემოებებიდან გამომდინარე, რა გადაწყვეტილებაც არ უნდა მიეღო ეროვნულ სახელმწიფო ორგანოებს, ეს გამოიწვევდა ერთ-ერთი მხარის ინტერესების სრულ შელახვას. კანონმდებლობა ასევე ემსახურება მთელ რიგ ფართო საჯარო ინტერესებს, როგორცაა თანხმობის უპირატესობის პრინციპი და კანონმდებლობის გარკვეულობისა და სიზუსტის ხელშეწყობა“. შესაბამისად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ განმცხადებლის უფლებას, გამხდარიყო

ზემოაღნიშნული, სასამართლოს რამდენიმე გადაწყვეტილება, რომელიც დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების გამოყენების საფუძველზე აღმოცენებულ, განსხვავებული საფუძვლის მქონე დავებს ეხება, ახდენს ხაზგასმას იმ სამართლებრივ პრობლემებზე, რომლებიც შეიძლება თან ახლდეს ამ ტექნოლოგიების გამოყენებას და ადასტურებს მათი შესაბამისი სამართლებრივი რეგულაციების არსებობის აუცილებლობას. თუნდაც რამდენიმე გადაწყვეტილების ანალიზის შედეგად, ბუნებრივია, რომ იბადება კითხვები, რომლებზედაც პასუხებს გარკვეულწილად უნდა სცემდეს კანონი, მათ შორის, რამდენად კვალიფიციური და კეთილსინდისიერია ემბრიოლოგი, რომელიც ატარებს იმ ვიტრო განაყოფიერების პროცედურაში ემბრიონის შექმნის პროცესს ან/და ექიმი, რომელიც ახორციელებს ემბრიონის გადატანას საშვილოსნოში; უნდა ჰქონდეს თუ არა ნებისმიერ სამედიცინო დანესებულებას, თუნდაც რეპროდუქციული მიმართულებით, უფლება, განახორციელოს იმ ვიტრო განაყოფიერება და მასთან დაკავშირებული პროცედურები; რა ფორმით უნდა განხორციელდეს ექიმის მიერ პროცედურაში მონაწილე ყველა პირისგან, როგორც პაციენტებისაგან, ინფორმირებული თანხმობების მიღება; რა სამართლებრივი სტატუსი აქვს და რა უფლება-მოვალეობები გააჩნია დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებში მონაწილე ყველა პირს. აღნიშნული კითხვები წარმოშობს იმის აუცილებლობას, რომ არსებობდეს სათანადო სამართლებრივი რეგულირების გარკვეული ჩარჩოები იმისათვის, რომ შეძლებისდაგვარად განხორციელდეს პოტენციური რისკების მინიმალიზაცია ან თუნდაც, სამართლებრივი დავების წარმოშობისას, შესაბამისი ქვეყ-

---

გენეტიკური მშობელი, არ უნდა მინიჭებოდა უპირატესობა J-ის უფლებასთან მიმართებაში, მიეღო გადაწყვეტილება, არ ჰყოლოდა მასთან გენეტიკური შვილი. სასამართლოს მიერ ასევე არ იქნა დადგენილი კონვენციის მე-14 მუხლის დარღვევა.

მიუხედავად აღნიშნული წინააღმდეგობებისა, რომლებიც ევროპული სასამართლოსა და საქართველოს სასამართლოს გადაწყვეტილებებს შორის არსებობს, ამ გადაწყვეტილებებს შორის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი განსხვავება არის ის, რომ ევროპული სასამართლო განაყოფილების მიღებისას დაეყრდნო ინგლისის კანონმდებლობას, რომელიც უფლებას ანიჭებდა წყვილს ემბრიონის საშვილოსნოში იმპლანტაციამდე საკუთარი თანხმობა ნებისმიერ დროს გამოეთხოვა. თანხმობის გამოთხოვასთან დაკავშირებული საკითხი კი საქართველოს კანონმდებლობით პირდაპირ არ რეგულირდება.

ნის სასამართლოებს ჰქონდეთ შესაძლებლობა, ჩამოაყალიბონ ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკა.

## დასკვნა

წინამდებარე ნაშრომში განხილული ზოგადად დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან დაკავშირებული თემატიკის ანალიზით ცალსახად იკვეთება ამ რევოლუციური სამედიცინო მეღწევების პრაქტიკაში განხორციელების პარალელურად მათი მართებული სამართლებრივი რეგულაციების არსებობის აუცილებლობა. ფაქტია, რომ დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიები, რომლებიც სრულიად რადიკალურად ცვლის თუნდაც სამართალში ტრადიციულად დამკვიდრებულ მშობლის – დედისა და მამის სამართლებრივ სტატუსს, სხვადასხვა საფუძვლით სამართლებრივი პრობლემების აღმოცენასთან შეიძლება იყოს დაკავშირებული, განსაკუთრებით იმ პირობებში, როდესაც ადგილი აქვს ტექნოლოგიების გამოყენებისას არამართო პოტენციური მშობლების მონაწილეობას, არამედ დონორის, დონორების ან სუროგატი დედის ჩართვას. ეს სამართლებრივი რისკები კი არსებით გავლენას ახდენს არამართო სამედიცინო პროცედურაში მონაწილე პირების, არამედ, უპირველეს ყოვლისა, ბავშვის ინტერესებზე, რომლებიც უპირატესად დასაცავი და გასათვალისწინებელია. ყველაზე მარტივი გამოსავალი, დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების პროცედურებში კომპლექსური და სადავო ისეთი მეთოდების აკრძალვა იქნებოდა, რომლებიც მეტადაა დაკავშირებული რისკებთან და რომლის დროსაც ზოგიერთ შემთხვევაში დაბადებულ ბავშვზე უფლებებს შეიძლება რამდენიმე პირიც კი აცხადებდეს. მხედველობაშია დამხმარე რეპროდუქციული ტექნოლოგიების ისეთი მეთოდები, როგორცაა ინვიტრო განაყოფიერება და მასთან დაკავშირებული პროცედურები: სუროგაცია და დონაცია, ისევე როგორც ინვიტრო განაყოფიერების დროს შექმნილი ემბრიონების კრიოპრეზერვაცია. თუმცა, არის თუ არა ეს მარტივი გამოსავალი, აიკრძალოს მედიცინის უნიკალური ტექნოლოგიები, ადექვატური პასუხი თუნდაც იმ უშვილო წყვილთათვის, რომელთათვისაც გარდაუვალია უშვილობა ამ მეთოდების გამოყენების გარეშე? ცხადია, რომ არა, რადგან

ფაქტია, ასევე ის, რომ ამ ტექნოლოგიების უმთავრესი მიღწევა უნაყოფობის მკურნალობის უნიკალური მეთოდების შემუშავებაა, რომლებიც უშვილობისათვის განწირული ადამიანისათვის ხშირ შემთხვევაში წარმოადგენს უმნიშვნელოვანესი ცხოვრებისეული ღირებულების – მისი შთამომავლობის გაგრძელების შესაძლებლობის მიცემას, საკუთარი შვილის ყოლა კი უზრუნველყოფს ადამიანისათვის პიროვნული დანიშნულებისა და სოციალური თვითმყოფადობის რეალიზაციას. ადექვატური პასუხი უნდა იყოს კანონმდებლის მხრიდან მართებული სამართლებრივი რეგულირების ბაზის შემუშავება, რომელიც შეძლებისდაგვარად მაქსიმალურად უზრუნველყოფს დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებში მონაწილე ყველა პირის უფლებებისა და ინტერესების დაცვას, მათი სამართლებრივი სტატუსისა და მოვალეობების მკაფიოდ განსაზღვრას. ასეთი რეგულაციები ასევე საფუძველს ჩაუყრის წარმოშობილ სამართლებრივ დავებზე ერთიანი სასამართლო პრაქტიკის ჩამოყალიბებას.

თუმცა, დამხმარე რეპროდუქციულ ტექნოლოგიებთან მიმართებით სრულყოფილი საკანონმდებლო რეგულაციების შემუშავება არ არის მარტივი პროცესი და სხვადასხვა პროფესიისა (მათ შორის მედიკოსების, იურისტების, ფსიქოლოგების) და შესაბამის სფეროში სათანადო გამოცდილების მქონე პირთა აქტიურ ჩართულობას მოითხოვს, რაც, ბუნებრივია, რომ განხორციელებადი არ არის მოკლევადიან დროში. აღნიშნულის გამო, საჭიროა, მოხდეს თუნდაც ხარვეზების შემცველი, მაგრამ ძალაში მყოფი სამართლებრივი ნორმების მართებული ანალიზი და სწორი სამართლებრივი გზების ძიება ამ ტექნოლოგიების გამოყენების შედეგად დაბადებული ბავშვების ინტერესებისა და უფლებების დაცვის უზრუნველსაყოფად.



# შეცვლილი გარემოებები და მათი ზეგავლენა სამშენებლო ხელშეკრულებათა შინაარსზე

## დავით აბესაძე<sup>1</sup>

### I. შესავალი

მშენებლობის პროცესში ყოველთვის არსებობს გაუთვალისწინებელი გარემოებების დადგომის ალბათობა, რაც, როგორც წესი, ხშირად წამოჭრის საკითხს შეცვლილ გარემოებებთან ხელშეკრულების ადაპტირების თაობაზე. გაუთვალისწინებელმა მოვლენებმა შესაძლოა მნიშვნელოვანი ზეგავლენა იქონიოს მხარეთა შორის ჩამოყალიბებული ურთიერთობის შინაარსზე. ასეთ ვითარებაში, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება როგორც კონკრეტული მართლწესრიგით დადგენილ წესებს შეცვლილი გარემოებების დადგომისას სახელშეკრულებო რისკის გადანაწილებასთან მიმართებით, ისე მხარეთა მიერ ხელშეკრულებით შეთანხმებულ სპეციალურ წესებსა და პირობებს.

წინამდებარე საკითხის კვლევის მიზნით, თავდაპირველად განვიხილავთ საერთო სამართალსა და კონტინენტურ ევროპაში (კონკრეტულად – საქართველოში) არსებულ ზოგად მიდგომებს მშენებლობის პროცესში წარმოქმნილ შეცვლილ გარემოებებთან დაკავშირებით; ნაშრომის ბოლოს კი მოკლედ მიმოვიხილავთ „ინჟინერთა კონსულტირების საერთაშორისო ფედერაციის“ (FIDIC) მიერ მომზადებულ სტანდარტულ სამშენებლო ხელშეკრულებებს, რომლებიც სამომავლო სირთულეებთან გამკლავების სხვადასხვა მოდელს სთავაზობს დაინტერესებულ მხარეებს.

### II. საერთო სამართალში არსებული მიდგომა

საერთო სამართლის ქვეყნებში მოქმედი ზოგადი წესის თანახმად, შეცვლილი გარემოებები ვერ მოახდენს გავლენას მშენებლის (მენარდის, კონსტრუქტორის) მიერ ნაკისრ ვალდებულებაზე და,

---

<sup>1</sup> სამართლის ბაკალავრი (თსუ), თავისუფალი უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის ბიზნეს სამართლის სამაგისტრო პროგრამის მაგისტრანტი, LPA LLC უმცროსი იურისტი.

ამდენად, ვერ გაათავისუფლებს მას შემკვეთის წინაშე ნაკისრი პასუხისმგებლობისგან<sup>2</sup>.

როგორც აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე განმარტა, „დადგენილი ნესია, რომ თუკი მხარე ხელშეკრულებით კისრულობს გარკვეულ ვალდებულებას, რომელიც შესრულება-დია, მან ეს ვალდებულება უნდა შეასრულოს კიდევც, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც შესრულება შეუძლებელია ფორსმაჟორული გარემოების, კანონის ან სხვა პირის მოქმედების გამო. გაუთვალისწინებელი სირთულეები, რაც უნდა სერიოზული იყოს, ვერ იქნება შეუსრულებლობის საპატიო საფუძველი.“<sup>3</sup>

ერთ-ერთ საქმეზე აშშ-ის უზენაესი სასამართლო იხილავდა დავას კონტრაქტორსა და შემკვეთს (სახელმწიფოს) შორის, სადაც მშენებელი დაობდა დამატებითი სამუშაოს განევისათვის ანაზღაურების თაობაზე.<sup>4</sup> კერძოდ, მშენებლის ვალდებულებას წარმოადგენდა მდინარე კოლორადოს კალაპოტში განლაგებული არხებისა და კაშხლის მშენებლობის დასრულება, მყარად შეთანხმებულ ფასად. ხელშეკრულების თანახმად, მშენებელი ვალდებული იყო, შეესრულებინა ისეთი მოქმედებები, რაც „აუცილებელი იქნებოდა სამუშაოს დასრულებისათვის“. „სახელმწიფოსათვის ხარჯების წარმოშობის გარეშე, შეენარჩუნებინა და დაეცვა უკვე განხორციელებული სამუშაოები, და ასევე ის სამუშაოები, რასაც ხელშეკრულების ფარგლებში დროდადრო თავად გასწევდა, სათანადო პირობებში, ხელშეკრულების შეწყვეტამდე ან დასრულებული სახით სახელმწიფოსათვის სამუშაოების გადაცემამდე.“

სამუშაოების დასაცავად მთავრობას აგებული ჰქონდა დამცავი ჯებირი, რომლის სიმაღლე მშენებლობის დაწყების მომენტისათვის 142 ფუტს აღწევდა, თუმცა წყლის დონის მოულოდნელმა მომატებამ აუცილებელი გახადა დამატებითი სამუშაოების წარმოება და 6 ფუტით მაღალი ჯებირის აგება. შედეგად, მშენებელმა მოითხოვა დამატებითი საზღაური, რაც უარყო შემკვეთმა და მიუთითა, რომ მას არ გაუცია გარანტია, თითქოს მის მიერ მანამდე უკვე აშენებული ჯებირი საკმარისად დაიცავდა კაშხალს

---

<sup>2</sup> Baker E., Turrini M., the Underlying Problem: Negotiating the Ground Conditions Issue, Society of Construction Law, Paper No. 181, March, 2013, 2.

<sup>3</sup> Sun Printing & Pub. Asso. v. Moore, 183 U.S. 642 (1902).

<sup>4</sup> Day v. United States, 245 U.S. 159 (1917).

წყალმოვარდნისაგან. უზენაესმა სასამართლომ გაიზიარა მთავრობის მტკიცება და მიუთითა, რომ ხელშემკვრელი მხარის მიერ მყარად განსაზღვრული ვალდებულების კისრება თავისთავად გულისხმობდა ამ ვალდებულების შესრულებასთან დაკავშირებულ გართულებებზე/დაბრკოლებებზე რისკის გაზიარებასაც.<sup>5</sup>

იურიდიულ ლიტერატურაში ასევე ხშირად უთითებენ Spearin-ის საქმეზე, სადაც აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ „თუკი პირი მყარად განსაზღვრულ ფასად თანხმდება, შეასრულოს ისეთი ვალდებულება, რისი შესრულებაც შესაძლებელია, მას ვერ გაათავისუფლებს ან დამატებითი ანაზღაურების უფლებას ვერ მიანიჭებს გაუთვალისწინებელი სირთულეების დადგომა.“<sup>6</sup> მოცემულ შემთხვევაში დავა წარმოიშვა სახელმწიფოსა და მის მიერ დაქირავებულ კონტრაქტორს შორის მშრალი დოკის (dry dock) მშენებლობის თაობაზე. მშენებლობა ითვალისწინებდა წყლის ქვეშ განთავსებული საკანალიზაციო არხების ადგილმდებარეობის შეცვლას, რასთან დაკავშირებითაც კონტრაქტორს შემკვეთმა მიანოდა სამუშაოების გეგმა და ნახაზები, თუმცა შემდგომ აღმოჩნდა, რომ წარმოდგენილი ინფორმაცია სრულად არ ასახავდა სამშენებლო მოედანზე არსებულ მდგომარეობას და მშენებელი იძულებული გახდა გაენია დამატებითი ხარჯები. აღსანიშნავია, რომ ამ შემთხვევაში უზენაესმა სასამართლომ კონტრაქტორის სასარგებლოდ გადაწყვიტა დავა და მიიჩნია, რომ სახელმწიფოს მიერ სამშენებლო პროექტის მენარდისათვის გადაცემა უტოლდებოდა გარანტიის გაცემას (implied warranty) წარმოდგენილი ინფორმაციის სისრულისა და სისწორის შესახებ. სასამართლომ განმარტა, რომ „როდესაც კონტრაქტორი ვალდებულია აწარმოოს მშენებლობა შემკვეთის მიერ მომზადებული პროექტის მიხედვით, მას აღარ უნდა დაეკისროს პასუხისმგებლობა პროექტში არსებული ხარვეზებისათვის.“ სასამართლომ კონტრაქტორის მოთხოვნის დამაბრკოლებლად არ მიიჩნია არც მხარეთა შორის გაფორმებული ხელშემკვრულების ის

---

<sup>5</sup> იქვე.

<sup>6</sup> United States v. Spearin 248 US 132 (1918). როგორც უზენაესმა სასამართლომ ხატოვნად მიუთითა – „თუკი პირი კისრულობს ვალდებულებას აღმართოს ნაგებობა მოედანზე, იგი თავის თავზე იღებს გრუნტის ჩავარდნის ჩვეულ რისკსაც“. იხ. United States v. Spearin 248 US 132 (1918).

პირობა, რომელიც მენარდეს აკისრებდა ვალდებულებას, შეემონ-  
მებინა სამშენებლო მოედანი, ასევე მიღებისთანავე შეემონმებინა  
პროექტი და ეცნობებინა შემკვეთისათვის ხარვეზის თაობაზე.

დავის ასეთი გადაწყვეტა, ერთი შეხედვით, ეწინააღმდეგება  
ინგლისური სამართლის წესს გაუთვალისწინებელი გარემოე-  
ბების დადგომის რისკის კონტრაქტორისათვის დაკისრების შეს-  
ახებ; ასევე იმ ზოგად მიდგომას, რომლის მიხედვითაც შემკვეთის  
მიერ მარტოოდენ სამშენებლო პროექტის ან სხვა ინფორმაცი-  
ის მიწოდება მშენებლისათვის არ ქმნის გარანტიას ამ მონაცე-  
მების სრულყოფილების თაობაზე.<sup>7</sup> როგორც ჩანს, უზენაესი სა-  
სამართლოსათვის გადამწყვეტი აღმოჩნდა ის ფაქტი, რომ, ერთი  
მხრივ, ამ შემთხვევაში შემკვეთს წარმოადგენდა სახელმწიფო,  
ხოლო, მეორე მხრივ, ხარვეზის სპეციფიკიდან გამომდინარე,  
კონტრაქტორს არ გააჩნდა საშუალება წინასწარ დაედგინა პრო-  
ექტის ნაკლი.<sup>8</sup>

უნდა აღინიშნოს, რომ ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავ-  
შირებით საერთო სამართალში მოქმედებს კიდევ ერთი წესი, რომ-  
ლის მიხედვითაც, თუკი მშენებელი ხელშეკრულების დადებისას  
არსებითად ეყრდნობოდა შემკვეთის მიერ მისთვის წარმოდგენილ  
ინფორმაციას, ხოლო შემდგომში აღნიშნული ინფორმაცია ნაკ-  
ლული ან არასწორი აღმოჩნდა, დამდგარ ზიანზე/გართულებაზე  
პასუხისმგებლობა კონტრაქტორს არ დაეკისრება.<sup>9</sup> ამდენად,  
ასეთ შემთხვევაში მნიშვნელობა არ ენიჭება, იძლეოდა თუ არა  
შემკვეთი გარანტიას ამგვარი ინფორმაციის სისწორის თაობაზე,  
ან არასწორი ინფორმაციის გაცემა განზრახ იყო გამოწვეული  
თუ საერთოდ – ბრალის გარეშე; მთავარია, რომ მიწოდებული  
მონაცემები მენარდისათვის ხელშეკრულების დადების არსებით  
საფუძველს წარმოადგენდა.<sup>10</sup> თუმცა, ინგლისურის სამართლის  
მიხედვით, დასაშვებია, ხელშეკრულების საფუძველზე შემკვეთმა  
წინასწარ გამორიცხოს საკუთარი პასუხისმგებლობა მენარდისათ-  
ვის არასწორი ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებით.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Baliey J., What Lies Beneath: Site Conditions and Contract Risk, Society of Construc-  
tion Law, Paper No. 137, May, 2007, 14.

<sup>8</sup> იქვე.

<sup>9</sup> იქვე, 15.

<sup>10</sup> იქვე.

<sup>11</sup> იქვე.

შეცვლილი გარემოებების დადგომისას შემკვეთის პასუხისმგებლობა შეიძლება დღის წესრიგში დადგეს მაშინაც, როდესაც დგინდება, რომ ეს გარემოებები თავად შემკვეთის მიზეზით იქნა გამოწვეული. საერთო სამართლის აღიარებული პრინციპის თანახმად (Prevention Principle), მხარეს არ უნდა შეეძლოს ისარგებლოს საკუთარი მართლსაწინააღმდეგო ქმედებით. შესაბამისად, თუკი შემკვეთის მიზეზით მენარდე დროულად ვერ ასრულებს სამუშაოს ან/და მას ამის გამო წარმოეშობა დამატებითი ხარჯები, შემკვეთს ერთმევა საჯარიმო სანქციების გამოყენების უფლება, კონტრაქტორი კი იძენს უფლებას მოითხოვოს ვადის გაგრძელება და დამატებითი ხარჯების ანაზღაურება, თუნდაც ხელშეკრულება მსგავს შესაძლებლობას სპეციალურად არ ითვალისწინებდეს.<sup>12</sup> სწორედ ამ ფაქტორის გათვალისწინებით, სამშენებლო კონტრაქტები არცთუ იშვიათად ითვალისწინებს შემკვეთის (ან მის მიერ უფლებამოსილი პირის) დისკრეციულ უფლებას, საკუთარი ინიციატივით ან მენარდის მოთხოვნის საფუძველზე გაახანგრძლივოს სამუშაოების ვადა შემკვეთის მიზეზით შეფერხების წარმოშობის შემთხვევაში.<sup>13</sup>

სხვა დანარჩენ შემთხვევებში, როგორც აღინიშნა, თუკი ხელშეკრულებით არ დგინდება უფლება-მოვალეობების გადანაწილების სხვაგვარი ბალანსი მხარეთა შორის, ჩვეულებისამებრ, მოქმედებს საერთო სამართლის ზოგადი წესი – გაათვალისწინებელი გარემოებების დადგომა ვერ გაათავისუფლებს მენარდეს ნაკისრი სამუშაოს დათქმულ ვადაში, შეთანხმებულ ფასად შესრულების ვალდებულებისგან.

### **III. კონტინენტურ-ევროპულ სისტემაში და, კერძოდ, საქართველოში განვითარებული მიდგომა**

კონტინენტურ-ევროპული სამართლის ოჯახის ქვეყნებში გავრცელებული მაქსიმა – *Pacta Sunt Servanda* – ე.ი. ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს, ჯერ კიდევ რომის სამართლიდან

---

<sup>12</sup> Goldstein D., Miesel B., Fairness and Extensions of Time in Construction Contracts, *Construction Law International*, Vol. 2, Issue 4, December, 2007, 19-20.

<sup>13</sup> Stulic M., Prevention and Allocation of the Risk of Project Delays: Evolution or Revolution? *Society of Construction Law Paper No. 163*, May, 2010, 3.

იღებს დასაბამს.<sup>14</sup> ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს, რადაც არ უნდა დაუჯდეს ეს ვალდებულ პირს და თუ მას ვალდებულების შესრულება გაურთულდა ან მან დაკარგა ხელშეკრულების შესრულების ინტერესი, ეს მისი პრობლემაა. მან თავად იკისრა ვალდებულების შესრულება და თავადვე უნდა ატაროს მისი შეუსრულებლობის რისკი.<sup>15</sup> თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ კონტინენტურ და, მათ შორის, ქართულ სამართალშიც Pacta Sunt Servanda-ს პრინციპიდან არსებობს გამონაკლისები, რომლებიც შესრულების შეუძლებლობისა და შესრულების გართულების ინსტიტუტების სახით იქნა ჩამოყალიბებული.

შეუძლებლობა, როგორც შესრულების მოთხოვნის გამომრიცხველი გარემოება, პირდაპირაა გათვალისწინებული გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 275-ე მუხლის პირველი ნაწილით.<sup>16</sup> მართალია, იდენტურ ნორმას საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (შემდგომში – სსკ) არ ითვალისწინებს, თუმცა შესრულების შეუძლებლობის ინსტიტუტს აღიარებს ქართული იურიდიული დოქტრინა და ლიტერატურა.<sup>17</sup> ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ შეუძლებლობა მოვალეს მხოლოდ ძირითადი ვალდებულებისგან ათავისუფლებს და, შესაბამისად, თუკი დადასტურდა დებიტორის ბრალეულობა შეუძლებლობის გამომწვევი გარემოების დადგომაში, იგი ვალდებული იქნება კრედიტორს შეუსრულებლობით მიყენებული ზიანი აუნაზღაუროს<sup>18</sup>.

ზემოაღნიშნულისგან განსხვავებით, შესრულების გართულების ვითარებაში მოვალისათვის, მართალია, ობიექტურად შესაძლებელია ვალდებულების შესრულება, მაგრამ, კეთილსინდისიერებისა და სამართლიანობის პრინციპიდან გამომდინარე, კანონი მას მაინც ანიჭებს შეცვლილ გარემოებებთან ხელშეკ-

<sup>14</sup> აღნიშნული პრინციპის მოქმედებასთან დაკავშირებით იხ. ძლიერიშვილი/ცერცვაძე/რობაქიძე/სვანაძე/ცერცვაძე/ჯანაშია, სახელშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2014, 365-367.

<sup>15</sup> ძლიერიშვილი ზ., ნარდობის ხელშეკრულების სამართალგებრივი ბუნება, თბილისი, 2011, 59-60. ასევე, იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 18 მაისის №ას-226-213-2015 გადაწყვეტილება.

<sup>16</sup> კროპპოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბილისი, 2014, 150-153.

<sup>17</sup> ჭეჭელაშვილი ზ., სახელმშეკრულებო სამართალი, თბილისი, 2010, 175.

<sup>18</sup> იქვე, 175-176.

რულების მისადაგების მოთხოვნის უფლებას.<sup>19</sup>

სსკ-ის 398-ე მუხლის პირველი და მეორე ნაწილების თანახმად, ხელშეკრულების შეცვლილ გარემოებებთან მისადაგების უფლება წარმოიშობა თუკი დაკმაყოფილება შემდეგი წინაპირობები: 1. გარემოებები შეიცვალა ხელშეკრულების დადების შემდეგ; ამასთან, გარემოებათა შეცვლას უთანაბრდება, როცა წარმოდგენები, რომლებიც ხელშეკრულების საფუძველი გახდა, არასწორი აღმოჩნდა. ასეთ შემთხვევაშიც, წარმოდგენათა მცდარობა უნდა გამოვლინდეს ხელშეკრულების დადების შემდეგ; 2. ეს გარემოებები ან წარმოდგენები იქცა ხელშეკრულების საფუძველად; 3. გარემოებათა ცვლილება იყო მოულოდნელი; შესაბამისად, შეცვლილი გარემოებები არ უნდა შედიოდეს დაზარალებული მხარის კონტროლის სფეროში; 4. ცვლილებათა გათვალისწინების შემთხვევაში მხარეები არ დადებდნენ ხელშეკრულებას, ან დადებდნენ მას სხვა შინაარსით. 5. ცვლილება იმდენად არსებითი უნდა იყოს, რომ ერთ-ერთ მხარეს არ შეიძლება ვალდებულების უცვლელად შესრულება მოეთხოვოს.<sup>20</sup>

როგორც საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთი დავის განხილვისას მიუთითა, მყარად შეთანხმებული ფასით სამშენებლო ხელშეკრულების დადების შემთხვევაში, მშენებელს სწორედ სსკ-ის 398-ე მუხლზე დაყრდნობით შეიძლება გააჩნდეს შეცვლილ გარემოებებთან ხელშეკრულების მისადაგების უფლება.<sup>21</sup> სასამართლოს განმარტებით, გარემოებათა ცვლილება შეიძლება განპირობებული იყოს როგორც შესრულების ღირებულების გაზრდით,<sup>22</sup> ისე – მისი შემცირებით. ასეთ ვითარებაში, სასამართლოს მითითებით, მყარი ხარჯთაღრიცხვის მნიშვნელოვნად გადაჭარბების შემთხვევაში, მენარდეს შეუძლია, შემკვეთს მოსთხოვოს ხელშეკრულების მისადაგება შეცვლილი

<sup>19</sup> ძლიერიშვილი ზ., ნარდობის ხელშეკრულების სამართალგებრივი ბუნება, თბილისი, 2011, 60.

<sup>20</sup> იქვე, 62.

<sup>21</sup> საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2013 წლის 30 დეკემბრის №ას-888-834-2012 გადაწყვეტილება.

<sup>22</sup> იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ გარემოებათა ფუნდამენტურ ცვლილებად შეიძლება შეფასდეს შესრულების ღირებულების გაზრდა არანაკლებ 50%-ის ოდენობით. იხ. Balley J., What Lies Beneath: Site Conditions and Contract Risk, Society of Construction Law, Paper No. 137, May, 2007, 20.

გარემოებებისადმი. თუ მენარდე ამ უფლებით არ ისარგებლებს და მაინც გააგრძელებს სამუშაოს შესრულებას, შემდეგში იგი კარგავს უფლებას, შემკვეთისაგან მოითხოვოს გადახარჯვის ანაზღაურება. ამასთანავე, დასაშვებია, მისადაგების მოთხოვნის უფლება მხარეთა მიერ წინასწარ გამოირიცხოს სახელშეკრულებო შეთანხმების საფუძველზეც.<sup>23</sup>

დანარჩენ შემთხვევებში, ქართულ სამართალში მოქმედი პრინციპი – ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს – როგორც წესი, მხარეთათვის სავალდებულოა; შესაბამისად, ნებისმიერი გადახვევა ამ პრინციპიდან, მათ შორის კონტრაქტის პირობების ან სამუშაოების მიმდინარეობის ცალმხრივი მოდიფიცირების ფორმით, ისევე და ისევე ხელშეკრულების საფუძველზე შეიძლება იყოს დასაშვები.

#### **IV. შეცვლილ გარემოებებთან დაკავშირებული რისკის გადანაწილება სტანდარტული სამშენებლო ხელშეკრულებების მიხედვით**

დღეისათვის არსებული პრაქტიკის შესაბამისად, მშენებლობის სტანდარტული ხელშეკრულებები, ჩვეულებრივ, ითვალისწინებენ როგორც შემკვეთის შესაძლებლობას – ცალმხრივად შეიტანოს ცვლილებები განსახორციელებელ სამუშაოებში, ისე ცალკეულ ვითარებაში მენარდის უფლებას – მოითხოვოს შესრულების ვადის გახანგრძლივება და დამატებითი ანაზღაურება.<sup>24</sup>

მაგალითად, FIDIC-ის მიერ მომზადებული ე.წ. „ყვითელი წიგნის“<sup>25</sup> 13.1 მუხლის თანახმად, ინჟინერს (შემკვეთის მიერ უფლებამოსილ პირს) სამუშაოების დასრულებამდე ნებისმიერ დროს შეუძლია მოსთხოვოს მენარდეს ცვლილებების განხორციელება სამუშაოებში. ამადროულად, მენარდეს აქვს უფლება შეედავოს ინჟინრის მიერ ინიცირებულ ცვლილებას (ინსტრუქციას), თუკი ამით საფრთხე შეექმნება ნაგებობას, მენარდე ვერ მოახერხებს ცვლილების განსახორციელებლად საკმარისი მასა-

<sup>23</sup> საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2010 წლის 6 ივლისის №ას-7-6-2010 გადაწყვეტილება

<sup>24</sup> Emdens, Construction Law, 223.

<sup>25</sup> FIDIC, Conditions of Contract for Plant and Design Build, 1st edition 1999, the Yellow Book.



ლის დროულად მოძიებას ან საფრთხე დაემუქრება ხელშეკრულებით განსაზღვრული მიზნის მიღწევას. მენარდისაგან შეტყობინების მიღების შემდეგ ინჟინერს შეუძლია გააუქმოს ინსტრუქცია ან ძალაში დატოვოს იგი. ხელშეკრულების 13.3 და 8.4 მუხლების მიხედვით, ინჟინრის მიერ ცვლილების განხორციელებამ შესაძლოა ხელშეკრულების ფასის მოდიფიცირება და სამუშაოების ვადის გახანგრძლივებაც გამოიწვიოს.

მეტად საინტერესოა FIDIC-ის ე.წ. ყვითელი (Yellow) და წითელი (Red) წიგნების შედარება ნაცრისფერ (Silver) წიგნთან, როდესაც საკითხი ეხება სამშენებლო მოედანთან და მის ფიზიკურ კონდიციასთან დაკავშირებული რისკების მხარეთა შორის გადანაწილებას; ასევე ხელშეკრულების დადებამდე სამშენებლო მოედნის შესახებ მშენებლისათვის მიწოდებული ინფორმაციის (გეგმა, პროექტი, ნებისმიერი მონაცემი) ხარვეზიანობას.

კონკრეტულად, FIDIC-ის ყვითელი და წითელი წიგნების 4.12 სტანდარტული მუხლის თანახმად, თუკი მშენებელი სამუშაოების მიმდინარეობისას სამშენებლო მოედანზე წაანყდება გაუთვალისწინებელ სირთულეებს (გარდა კლიმატის ცვლილებით გამოწვეულისა), მას უფლება აქვს ინჟინრისაგან მოითხოვოს სამუშაოების ვადის გახანგრძლივება და დამატებითი ხარჯების ანაზღაურება, რაც ასეთმა გართულებამ გამოიწვია. ამასთან, გაუთვალისწინებლად მიიჩნევა ყველა ის გარემოება, რომელსაც გონივრული წინდახედულების ფარგლებში გამოცდილი კონტრაქტორი ხელშეკრულების დადებისას ვერ გაითვალისწინებდა (FIDIC, ყვითელი წიგნი, 1.1.6.8 მუხლი).

ზემოაღნიშნულისგან განსხვავებით, FIDIC-ის ნაცრისფერი წიგნის 4.12 მუხლის თანახმად, კონტრაქტორი კისრულობს ყოველგვარ პასუხისმგებლობას მოსალოდნელ თუ გაუთვალისწინებელ სირთულეებზე და შედეგად უარს აცხადებს სამომავლო მოთხოვნაზე გართულებების გამო წარმოქმნილ დამატებით ხარჯებთან დაკავშირებით. უფრო მეტიც, სტანდარტული ხელშეკრულების 4.10 მუხლის მიხედვით შემკვეთი პასუხსაც არ აგებს მის მიერ მშენებლისათვის მიწოდებული ინფორმაციის სიზუსტესა და სისწორეზე, 5.1 მუხლიდან გამომდინარე კი ამგვარი ინფორმაციის უსწორობა ვერ გაათავისუფლებს მენარდეს ნაკის-

რი ვალდებულების შესრულებისაგან.<sup>26</sup> ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებით მსგავსი შინაარსის დათქმას ყვითელი და წითელი წიგნები არ ითვალისწინებს.

აღსანიშნავია, რომ FIDIC-ის ნაცრისფერი წიგნის ავტორები მკაცრად გააკრიტიკეს „დაუბალანსებელი“ სახელშეკრულებო მოდელის შემოთავაზებისათვის, სადაც შემკვეთის ინტერესები აშკარად წინა პლანზეა წამოწეული, კონტრაქტორის ინტერესებთან შედარებით.<sup>27</sup> საპასუხოდ, ნაცრისფერი წიგნის დამცველები აღნიშნავენ, რომ სახელშეკრულებო რისკის მშენებელზე გადაკისრების მსგავსი მოდელი თავად ბაზრის მოთხოვნით იყო განპირობებული. ხშირ შემთხვევაში შემკვეთისათვის უფრო ხელსაყრელია, გადაიხადოს მყარად შეთანხმებული, თუნდაც შედარებით მაღალი ფასი, იმის სანაცვლოდ, რომ სამომავლოდ მას არ მოუწევს მშენებლის მიერ განეული გაურკვეველი ოდენობის ხარჯების დამატებით ანაზღაურება.<sup>28</sup>

მეორე მხრივ საკითხავია, რამდენად მართლზომიერი იქნებოდა, ქართული სამართლის მიხედვით, ნაფრისფერი წიგნის 5.1 მუხლის რეგულირება არასწორი ინფორმაციის მიწოდებისას შემკვეთის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების თაობაზე? მაღალი ალბათობით, თუკი დადგინდა შემკვეთის მიერ მენარდისათვის განზრახ არასწორი ინფორმაციის მიწოდების, ან მნიშვნელოვანი ინფორმაციის დამალვის ფაქტი, სსკ-ის 395.2 მუხლის გათვალისწინებით, მენარდეს მაინც ექნება უფლება მოითხოვოს კონტრაქტისაგან, სულ მცირე, მცდარი ან არასრულყოფილი ინფორმაციის მიწოდებით მიყენებული ზიანის ანაზღაურება.

## V. დასკვნა

ამდენად, როგორც საერთო სამართალში, ისე კონტინენტურ-ევროპულ სისტემაში მოქმედი წესის თანახმად, მოვალე მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებშია უფლებამოსილი უარი განაცხადოს ნაკისრი ვალდებულების მკაცრად შესრულებაზე. აღნიშნული გარემოებები შეიძლება უკავშირდებოდეს ფორსმაჟორს, შემკვე-

<sup>26</sup> Baker E., Turrini M., the Underlying Problem: Negotiating the Ground Conditions Issue, Society of Construction Law, Paper No. 181, March, 2013, 10-11.

<sup>27</sup> იქვე, 11.

<sup>28</sup> იქვე, 12.

თის ქმედებას, ანდა გარემოებათა სხვა არსებით ცვლილებას.

ვინაიდან, დანარჩენ შემთხვევებში, შემკვეთსა და კონტრაქტორს შორის შეთანხმებული პირობები ორივე მხარისათვის სავალდებულოა, მეტად მნიშვნელოვანია ხელშეკრულების საფუძველზე ცალმხრივად ცვლილებების ინიცირების უფლების დადგენაც. აღნიშნულ წესს ითვალისწინებს, მათ შორის, FIDIC-ის სტანდარტული ხელშეკრულებების ნორმებიც, რომლებიც ცალკეულ შემთხვევებში როგორც შემკვეთს, ისე კონტრაქტორის ცვლილებების განხორციელების უფლებას ანიჭებენ.

ცხადია, რისკის გადანაწილების თითოეული მოდელი, რომლებსაც სტანდარტული ხელშეკრულებები სთავაზობს დაინტერესებულ მხარეებს, წარმოადგენს მოქნილ მექანიზმს სახელშეკრულებო ურთიერთობის დასამყარებლად. ამავდროულად, მიზანშეწონილია, მხარეებმა გაითვალისწინონ კონკრეტული ურთიერთობის მარეგულირებელი სამართლის იმპერატიული ნორმების მოქმედებაც.

# პოლიტიკური რეჟიმი – ტოტალიტარიზმი და დემოკრატია

## ელდარ ახვლედიანი<sup>1</sup>

სახელმწიფოს პოლიტიკური სისტემის განსაზღვრა არ შემოიფარგლება მხოლოდ მის მიერ ოფიციალურად გაცხადებული, მასში მოქმედი ინსტიტუტებითა და სამართლებრივი ნორმებით, კონსტიტუციური აქტებით, ანუ მხოლოდ იმით, რასაც „აცხადებს“ საკუთარ თავზე თვით სახელმწიფო. ხშირად არსებობს საკმაოდ მნიშვნელოვანი განსხვავება და წინააღმდეგობრიობა სახელმწიფოს მიერ წარმოდგენილ ბრწყინვალე ფასადასა და იმ რეალურ პროცესებს შორის, რომლებიც ამ ფასადას მიღმა მიმდინარეობს. ამ პროცესთა დასახასიათებლად გამოიყენება ცნება „პოლიტიკური რეჟიმი“ – მმართველობის რეალურ მეთოდთა სისტემა მოცემულ სახელმწიფოში. პოლიტიკური რეჟიმი გულისხმობს იდეოლოგიური, ინსტიტუციონალური და სოციოლოგიური წყობის იმ ელემენტთა ერთობლიობას, რომელიც ხელს უწყობს მოცემული ქვეყნის პოლიტიკური ხელისუფლების ფორმირებას განსაზღვრულ პერიოდში; მაგრამ ამ სისტემასა და სახელმწიფოს მიერ დეკლარირებულ წყობას შორის, როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, ხშირად შეინიშნება შეუსაბამობა, ზოგჯერ წინააღმდეგობრიობაც კი, რაც განსაკუთრებით დამახასიათებელია დიქტატორულ და უპირველეს ყოვლისა ტოტალიტარულ სახელმწიფოთათვის.

სახელდობრ, პოლიტიკური რეჟიმი განსაზღვრავს საზოგადოების პოლიტიკურ ატმოსფეროს; შედარებით მყარი სამართლებრივი ნორმებისაგან განსხვავებით, იგი მოძრავია და აქვს სხვადასხვა მიმართულებით ევოლუციის უნარი.

პოლიტიკური რეჟიმის ძირითადი პარამეტრები შეიძლება წარმოვადგინოთ შემდეგნაირად: 1. სამოქალაქო საზოგადოების განვითარების ხარისხი; 2. არასახელმწიფოებრივი პოლიტიკური ორგანიზაციების როლი პოლიტიკურ ცხოვრებაში; 3. ძალოვანი სტრუქტურების (არმია, პოლიცია და სხვ.) როლი სახელმწიფოსა

---

<sup>1</sup> სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი.

და საზოგადოებაში; 4. კანონის რეალური როლი და სამართალ-დამცავი ორგანოების ფუნქცია, ასევე მათ მიერ კონსტიტუციისა და სხვა აქტების განმარტებისა და გამოყენების პრაქტიკა; 5. ხელისუფლებათა დანაწილების ხარისხი და მათ შორის ურთიერთობათა ხასიათი; 6. ხელისუფლების ცენტრალიზაციის ხარისხი; 7. წარმომადგენლობითი ინსტიტუტების ფორმირების მექანიზმი და მათი ფუნქციონირება. ამ კრიტერიუმთა შესაბამისად, გამოიყოფა პოლიტიკურ რეჟიმთა ორი, ერთმანეთისაგან მკვეთრად განსხვავებული ტიპი: დემოკრატიული რეჟიმი და დიქტატორული რეჟიმი.

ტერმინი **დემოკრატია** მომდინარეობს ბერძნულიდან: „demos“ – „ხალხი“ და „hratein“ – „ხელისუფლება“; დემოკრატია სახელმწიფოს მართვის ისეთი სისტემაა, რომლის დროსაც საზოგადოების ყველა ფენა ფორმალურად თანაბარია კანონის წინაშე და ყველა ფენას აქვს ფორმალური უფლება მიიღოს მონაწილეობა არჩევნებში, ასევე სახელმწიფოს მართვაში.

ათენის დემოკრატიისა და საერთოდ, ძველი და შუასაუკუნეების დემოკრატიათა განხილვისას, მხედველობაში უნდა მივიღოთ მათი სპეციფიკური ხასიათი, რაც გულისხმობს მისწრაფებას სახელმწიფოს ორგანიზაციისა და მართვის კოლექტიური მოდელისაკენ, განსხვავებით შემდგომში არსებული ლიბერალური და პლურალისტური კონცეფციებისაგან, რომლებშიც ნათლად აისახა უმცირესობათა უფლებების შელახვა, მათი სრულყოფილი დაცვის გარანტიების არარსებობა და ინდივიდისათვის მთლიანის ანუ კოლექტივის ნების თავს მოხვევა. ფორმალური თანაბარუფლებიანობაც არ იყო ყოველთვის დაცული, უპირატესობა ენიჭებოდა შეძლებულ ფენებს, მართვის რეალური ბერკეტები არისტოკრატის ეჭირა. ასეთი დემოკრატიის არსებითი ნაკლი იყო რიგ სოციალურ ჯგუფთა (მაგ., მონათმფლობელური დემოკრატიიდან – მონათა) სრული იგნორირება. მთლიანობაში, ბურჟუაზიული რევოლუციების ეპოქამდე, კოლექტიური ტიპის დემოკრატიები პოლიტიკური სისტემის ეპიზოდურ ელემენტებს წარმოადგენდნენ მონათმფლობელურ და ფეოდალურ საზოგადოებებში.

კაპიტალისტური წყობისათვის დამახასიათებელი იყო დემოკრატიის სხვა მოდელი, დაფუძნებული ლიბერალურ ფასეულობებზე: პიროვნებისადმი, მისი უფლებებისა და საკუთრები-

სადმი პატივისცემა, ინდივიდის მაქსიმალური დამოუკიდებლობა სახელმწიფოსაგან. პირველადი (კოლექტიური) დემოკრატიისაგან განსხვავებით, ეს ლიბერალური კონცეფცია ერთი ნაბიჯით წინაა, მაგრამ არაა მოკლებული ნაკლოვანებებსა და სუსტ წერტილებს: ორიენტირებს რა ეკონომიკურად და სოციალურად ძლიერ მენარმე ინდივიდებზე, უყურადღებოდ ტოვებს სხვა სოციალურ ფენათა ინტერესებსა და მოთხოვნებს (უპირველეს ყოვლისა, დაქირავებულ მუშებს), რაც პრაქტიკულად იწვევს საზოგადოებრივი უთანაბრობისა და უკმაყოფილების გაძლიერებას. გადანყვეტილებათა მიღებისას, შესაძლებელია დაშვებულ იქნეს თანაბარუფლებიანობისაგან არსებითი გადახრებიც, როგორც იყო, მაგალითად, XIX საუკუნეში, რიგ ქვეყნებში, ქონებრივი ცენზი, რომელიც პირდაპირ ზღუდავდა უქონელთა უფლებებს არჩევნებსა და წარმომადგენლობით ინსტიტუტებში მონაწილეობისათვის. ყოველივე ეს იწვევდა დემოკრატიის ლიბერალურ-კაპიტალისტური მოდელის სერიოზულ კრიზისებს მისი ისტორიის მანძილზე, რომლისაგან გამოსავალს, რიგ ქვეყნებში, ეძებდნენ საზოგადოებრივი და ეკონომიკური ცხოვრების სახელმწიფოებრივი რეგულირების ბურჟუაზიულამდელი მკაცრი მეთოდების დაბრუნებით, რაც გამოიხატა ტოტალიტარული და ავტორიტარული რეჟიმების მოღვაწეობით XX საუკუნეში. ასე წარმოიშვა დემოკრატიის პლურალისტური კონცეფცია, რომელმაც შეითავსა როგორც ლიბერალური (ინდივიდუალისტური), ასევე კოლექტიური (უპირველეს ყოვლისა, სოციალური თანასწორობისა და საბაზრო ხარჯებისაგან მოსახლეობის სოციალური დაცვის იდეა) ფასეულობები და XX საუკუნის დასასრულს დაადასტურა თავისი უპირატესობა და პერსპექტიულობა სხვა კონცეფციებთან შედარებით.

ამჟამად, დიქტატურიდან დემოკრატიისაკენ სწრაფვამ გლობალური ხასიათი მიიღო და მისი ძირითადი ორიენტირია პლურალისტური სისტემა, რომელიც ჩამოყალიბდა ევროპის, ამერიკისა და აზიის მონინავე ქვეყნებში; თუმცა ეს პროცესი ხანგრძლივი და რთულია, რადგან სხვადასხვა ქვეყანაში სავსებით სხვადასხვანაირია პოლიტიკური და სოციალური პირობები, სწრაფად ვერ დასრულდება მათი გარდაქმნა და გასავლელია ხანგრძლივი ევოლუციის რამოდენიმე ფაზა. პლურალისტური რეჟიმიც არაა იდეალური, არ არის მკაფიოდ გამოხატული ყველა ფენის ინტერე-

სები, რთულია თანხმობის პროცესი და ხშირად ხდება გადახრა ამა თუ იმ მხარეს (ან კერძო, ან საერთო სახელმწიფოებრივი ინტერესებისაკენ), მაგრამ ჯერჯერობით ამ რეჟიმის რეალური ალტერნატივა არ შეინიშნება. ამას მოწმობს ჩვენი საუკუნის (XXI ს.) ტოტალიტარულ რეჟიმთა ყურადსაღები გამოცდილება. საგულისხმოა, რომ დემოკრატიის პლურალისტური მოდელი გახდება მომავალში ძირითადი და ყველაზე მეტად მისაღები, რაც არ გამორიცხავს პოლიტიკურ ორგანიზაციათა სხვა ფორმების წარმოქმნასაც.

ამგვარად, დემოკრატიის კონკრეტული ისტორიული ფორმები გართულდა და ამჟამად სულაც არ შემოიფარგლება ფორმალური „ხალხის გამგეობის“ ჩარჩოებით, როგორც ეს იყო საწყის პერიოდში. ერთის მხრივ, დემოკრატია – სახელმწიფოსა და პოლიტიკური სისტემის ერთ-ერთი ტიპია (ისეთი ცნებების რიგისა, როგორებიცაა „ავტორიტარიზმი“ და „ტოტალიტარიზმი“), უფრო ფართო გაგებით კი – წყობის ისეთი ფორმაა, რომელიც დაფუძნებულია მის წევრთა თანაბარუფლებიანობის პრინციპზე, მართვის ორგანოების პერიოდული არჩევნებით და უმრავლესობის მიერ გადაწყვეტილებათა მიღებით. მეორეს მხრივ, ეს არის ასევე განსაზღვრული მსოფლმხედველობა, იდეალი, რომელიც ეფუძნება თავისუფლებისა და თანასწორობის ფასეულობებს, ადამიანისა და უმცირესობათა უფლებების, სახალხო სუვერენიტეტის პატივისცემას. დემოკრატიის ცნების ასეთი შინაარსით წარმოდგენას უერთდებიან ამ ფასეულობებზე დაფუძნებული ფართო დიაპაზონის მქონე სოციალური მოძრაობები: ლიბერალები, ქრისტიან-დემოკრატები, ახალი ალტერნატიული მოძრაობები და ა.შ. ამით დემოკრატია იძენს ზოგადსაკაცობრიო ფასეულობის ხასიათს, რომელიც ასე თუ ისე არსებობდა კაცობრიობის მთელი ისტორიის მანძილზე, დანყებული პირველყოფილი პერიოდიდან (კლასობრივი წყობის წინამორბედი თემური, ტომობრივი დემოკრატიის ფორმები), თუმცა ხშირად რალაც აბსტრაქტული, ბუნდოვანი იდეალის სახით; დემოკრატიათა განსაკუთრებული მნიშვნელობა შეიძინა ჩვენს დროში, ის გახდა ფუძემდებლური, ფუნდამენტალური ფასეულობა, კრიტერიუმი და ორიენტირი. დემოკრატია, როგორც ხალხის გამგებლობა და თავისუფლების პოზიტიური გამოხატვა, არ უნდა გაიგივდეს ანარქიასთან (უხელისუფლებო-

ბასთან, თავისუფლების ნეგატიურ გამოხატვასთან), თუმცა ასეთი მცდელობები ხშირად ხდება მის მონინაალმდეგეთა მხრიდან. დემოკრატიის ღირსებათა და ნაკლოვანებათა შემონიშნება შეიძლება მის ანტიპოდთან – დიქტატურასთან, ტირანულ რეჟიმთან შედარებით. დიქტატურა საზოგადოების ერთი ნაწილის ბატონობაა მეორეზე და მისი განხორციელება ძალადობის გზით. ეს დებულება სრულად დადასტურდა ბოლშევიკების მიერ შექმნილი ე.წ. „პროლეტარიატის რევოლუციური დიქტატურის“ მიმართაც. ბოლშევიკები თავიანთ ხელისუფლებას მიიჩნევდნენ ისეთ ხელისუფლებად, რომელიც ემყარებოდა გამარჯვებული პროლეტარიატის ძალადობას დამხობილი ექსპლუატატორული კლასის მიმართ; ამიტომაც მათმა იდეებმა ვერ გაუძლო დროის გამოცდას, რადგან დიქტატურა დიქტატურაა თავისი ყოველნაირი გამოვლინებით და მას არ ძალუძს მშვიდობისა და დემოკრატიის შექმნა. დიქტატურის ორი სახეობა არსებობს: ავტორიტარული და ტოტალიტარული რეჟიმები.

**ტოტალიტარიზმი** გამოირჩევა ძალაუფლების უკიდურესი კონცენტრაციით და ცხოვრების ყველა სფეროს გასახელმწიფოებრივებით; ეკონომიკა, კულტურა, მეცნიერება, სახელმწიფო იდეოლოგია, საზოგადოებრივი მოძრაობები ხელისუფლების იდეათა ლოგიკურად აბსოლუტურ დაგვირგვინებასა და დიქტატურის პრინციპების განხორციელებას წარმოადგენენ.

**ავტორიტარიზმი** უფრო მეტად ზომიერია, იგი კრძალავს და სდევნის მხოლოდ პოლიტიკურ ოპოზიციას, მაგრამ ინარჩუნებს პიროვნებისა და საზოგადოების ავტონომიას არაპოლიტიკურ სფეროში, როგორც წესი, არ ერევა კერძო ცხოვრებაში, რაც განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სრულყოფილი სამეურნეო და კულტურული მოღვაწეობისათვის. დიქტატურის ავტორიტარულმა ვარიანტმა განსაზღვრული როლი შეასრულა რიგ ქვეყანათა მოდერნიზაციაში, ხელი შეუწყო მათ გადასვლას დემოკრატიულ წყობაზე, თუმცა ამ ფაქტის გადაჭარბებულად შეფასება მიუღებელია.

ტოტალიტარიზმი შეიძლება მივიჩნიოთ XX საუკუნის ფენომენად, თუმცა ტოტალიტარული იდეები უძველეს დროში წარმოიშვა, ჰუმანიტარულ და დემოკრატიულ იდეალებთან ერთად. თვით ტერმინი გვიანლათინური სიტყვაა – „ტოტალიტას“ – სისავსე,



ერთიანობა, მთლიანობა“; „ტოტალის“ – „სავესე, მთელი, საყოველთაო, საერთო“. ეს სიტყვა პირველად გამოიყენა ფაშიზმის ერთ-ერთმა ფუძემდებელმა ბ. მუსოლინიმ, 1925 წელს, ერთ-ერთ შეკრებაზე და ამ სიტყვით გამოხატა საკუთარი მოდელის იდეალი; სამეცნიერო ტერმინად კი, ტოტალიტარიზმი გამოიყენება XX საუკუნის 30-იანი – 40-იანი წლებიდან. დასავლეთის პოლიტოლოგები ამ ტერმინს იყენებდნენ წყობის ნებისმიერი არადემოკრატიული ტიპის განმაზოგადებელ მახასიათებლად: ნაციონალ-სოციალიზმიდან კომუნიზმამდე.

ტოტალიტარული იდეები ძველი აღმოსავლეთის ქვეყნების პრაქტიკაშიც შეინიშნებოდა; მაგალითად, ჩინეთში, ჩვენს ერამდე VIII საუკუნეში, იყვნენ მომხრეები ძლიერი ცენტრალიზებული სახელმწიფოსი (იმპერატორის შეუზღუდავი ძალაუფლებით), რომელიც ეყრდნობოდა მკაცრ კანონებსა და ცხოვრების ყველა სფეროს ტოტალურ კონტროლს. დემოკრატიის სამშობლოში – ძველ საბერძნეთში გაჩნდა სრულქმნილი სახელმწიფოს ტოტალიტარული იდეალის პირველი საფუძვლები; მათ რიცხვს მიეკუთვნება, პირველ რიგში, ერთ-ერთი უდიდესი ანტიკური მოაზროვნის – პლატონის შრომები; პლატონი იდეური მოწინააღმდეგე იყო დემოკრატიისა, რომელიც, მისი შეფასებით, „გამანადგურებელი“ სტრუქტურა იყო. პლატონის მსოფლმხედველობისათვის დამახასიათებელი იყო კონსერვატიზმი, საერთო კოლექტივიზმისა და პატრიარქალური არისტოკრატიის იდეალიზაცია, ასევე შიში მომავალი გაურკვევლობის მიმართ, რომელსაც ის უკავშირებდა დემოკრატიას და ნაწილობრივ მართალიც იყო, რადგან ჩვენს ერამდე IV საუკუნეში, ათენის საქალაქო დემოკრატია მწვავე კრიზისს განიცდიდა. მისი შეხედულებები განსაკუთრებით გამოვლინდა მის უკანასკნელ დიალოგში „კანონები“, რომელშიც იგი ავსებს თავის სრულყოფილ სახელმწიფოს არსებითად ისეთი ტოტალიტარული ნიშნებით, როგორებიცაა: ინდივიდის აუცილებელი მორჩილება სახელმწიფოს (მისი კონცეფციით, საზოგადოების სინონიმად აღიარებულის) მიმართ, სახელმწიფო საკუთრება მიწაზე, სახლზე და ასევე განსაზოგადოებაც კი ცოლებისა და შვილებისა, საერთო აზრისა და კოლექტივიზმის დანერგვა, საზოგადოებრივი და კერძო ცხოვრების მკაცრი რეგლამენტირება, საყოველთაო სავალდებულო სახელმწიფო რელიგია, თავისუფალი ურთიერთო-

ბის აკრძალვა უცხოელებთან.

ზემოჩამოთვლილი იდეები ქვაკუთხედად იქცა ტოტალიტარიზმის თეორიისა და პრაქტიკის მთელი მომდევნო განვითარებისათვის. ჭფაქტიურად, ამ იდეებს აგრძელებდნენ და აზუსტებდნენ შუა საუკუნეებისა და შემდგომი პერიოდების უტოპიური კომუნისტების წარმომადგენლები: თ. მორი, თ. კამპანელა, ა. სენ-სიმონი, შ. ფურიე და სხვ. მათ თვალსაზრისებში თვალნათლივ შეინიშნება უტოპიის კავშირი – ცხოვრების მოგონილ, სპეკულაციურ კონსტრუქციასთან, რომელიც სავსეა პირადობაზე ძალადობითა და მისი დათრგუნვით, რასაკვირველია, ზეძალის სახელით – კოლექტივის, საერთო ბედნიერებისა და კეთილდღეობის სახელით. ეგალიტარიზმის (თანაბარუფლებიანობის) იდეა, ანუ ყველაფრის დაყვანა რაღაც ერთნაირ საშუალო დონემდე, წარმოადგენს უტოპიური ცნობიერების ცენტრალურ იდეას.

ტოტალიტარული აზრის განვითარებას და გამდიდრებაში მიშვნელოვანი წვლილი შეიტანა XVIII საუკუნის ფრანგმა განმანათლებელმა ჟან-ჟაკ რუსომ. გონების, სამართლიანობის, თანაბარუფლებიანობისა და თავისუფლების საწყისებზე, საზოგადოების გაბედნიერების კეთილშობილური სურვილიდან გამომდინარე, ჟან-ჟაკ რუსოს მიერ შეთავაზებულ იქნა სახელმწიფოს ისეთი ორგანიზება, რომელიც არსებითად, არ ტოვებდა ადგილს ასეთი პრინციპების განსახორციელებლად და მიისწრაფვოდა ტოტალური გასახელმწიფოებრივებისაკენ, რაც საერთო ჯამში ტოტალიტარიზმს წარმოადგენს. მისი კონცეფცია წარმოადგენს კოლექტიური დემოკრატიის სახესხვაობას, რომლის დროსაც, ნებაყოფლობით გაერთიანებული მოქალაქეები ქმნიან სრულყოფილ სახელმწიფოს თავიანთი ინტერესების დასაცავად და ეს ხდება სწორედ სახელმწიფოს წყალობით და არა სხვაგვარად; პიროვნება, ინდივიდი საკუთარ პრობლემებსა და ინტერესებს სრულად ანდობს სახელმწიფოს. კერძო ინტერესი მნიშვნელოვანია მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც იგი თანხმობაშია საერთო სახელმწიფოებრივ ინტერესთან. განმანათლებლობის ამ გამოჩენილი თეორეტიკოსის რაციონალისტურმა იდეებმა გამოყენება ჰპოვეს საფრანგეთის რევოლუციის დროს, შემდგომში კი ეს იდეები საფუძვლად დაედო მრავალ ტოტალიტარულ კონცეფციას; სხვადასხვაგვარი ევოლუციით გვხვდება ეს იდეები ფიხტეს, ჰეგელის, მარქსის,

ნიცმესა და XIX საუკუნის სხვა მოაზროვნთა შრომებში. თუმც, როგორც ერთიან შეხედულებათა სისტემა, და რაც მთავარია, საზოგადოებრივი ცხოვრების პრაქტიკა, ტოტალიტარიზმი ჩამოყალიბდა XX საუკუნეში, ინდუსტრიული საზოგადოებისა და სახელმწიფოებრივ-მონოპოლისტური კაპიტალიზმის უმაღლესი განვითარების სტადიაზე, მისი პოსტინდუსტრიალურ ფაზაზე გადასვლამდე. სწორედ მაშინ წარმოიშვა მსგავს იდეებზე „სოციალური დაკვეთა“, რაც განხორციელდა, მასობრივი მოძრაობების მოღვაწეობით, სოციალისტურებიდან ნაციონალისტურებამდე, განსაკუთრებით მათი უკიდურესი ფორმებით – კომუნიზმითა და ფაშიზმით. იყო მცდელობები ტოტალიტარიზმის გარდაუვალობისა და საზოგადოებრივი ვარგისიანობის დამკვიდრებისა საზოგადოებრივი განვითარების ობიექტურ კანონთა, სოციალ-დარვინიზმის თეორიისა, კლასობრივი ბრძოლის თეორიისა და სხვა თეორიათა დამონებით. ტოტალიტარიზმის შესახებ დისკუსიის შეჯამება და დასკვნების გაკეთება ჯერ-ჯერობით ნაადრევია, თუმც ყველა დებულება და დასკვნა ცხადი და უდავოა, განსაკუთრებით ბოლო პერიოდის მოვლენების (კომუნისტურ რეჟიმთა უმეტესობის კრახის) საფუძველზე.

ტოტალიტარიზმი შემთხვევით არ წარმოიშვება, მას აქვს საკუთარი სოციალური წინამძღვრები და მიზეზები; მათ შორის მნიშვნელოვნებს განეკუთვნება: 1. თვითინდუსტრიული საზოგადოება, საზოგადოებრივ კავშირთა და მათ ურთიერთდამოკიდებულებათა გართულება; 2. საზოგადოების ცხოვრებაში რაციონალიზმისა და ორგანიზებულობის ზრდა და გაძლიერება, საზოგადოებრივი ცნობიერების მანიპულირების ახალი შესაძლებლობები (რადიო, ტელევიზია, კავშირის საშუალებები და ა. შ.); 3. მონოპოლიების გაჩენა და მათი შეზრდა სახელმწიფოსთან (ტოტალიტარიზმი – მათი უმაღლესი საფეხურია, ყოვლისმომცველი მონოპოლია); 4. საზოგადოების ეტატიზაცია, საზოგადოებრივ ცნობიერებაში სახელმწიფოს კულტის გაძლიერება (ორი მსოფლიო ომის გავლენა, რომელთა დროსაც მკვეთრად გაძლიერდა სახელმწიფოებრივი ჩარევა ეკონომიკასა და საზოგადოებრივ ცხოვრებაში), კოლექტიურ შეხედულებათა გავრცელება; 5. მასობრივი ემოციური რწმენა ცხოვრების სწრაფი გაუმჯობესების შესაძლებლობებში, დაგეგმვისა და რაციონალური გარდაქმნების საშუალებით; 6.

მასობრივი ფსიქოლოგიური დაუკმაყოფილებლობა პიროვნულობის დაკარგვით კაპიტალიზმის დროს, დაუცველობითა და მარტოსულობით; ტოტალიტარული მოძრაობები ქმნიან „მუდმივი ფასეულობებისადმი“ ზიარების ილუზიას: კლასის, ნაციის, სახელმწიფოსი, დიდებული საკრალური ხელისუფლებისა და ა. შ.; 7. მწვავე სოციალურ-ეკონომიკური კრიზისები იწვევენ საზოგადოების მარგინალიზაციას, მრავალრიცხოვანი ლუმპენური და ნახევრადლუმპენური ფენის გაჩენას, რომლებიც მიდრეკილნი არიან პოლიტიკური რადიკალიზმისაკენ.

ლუმპენის ძირითადი თვისებებია: ნიჰილიზმი წარსულისა და აწმყოს მიმართ, მღელვარება, აგრესიულობა, პატივმოყვარეობა, მგრძნობელობა, ხელმოკლეობა, ეგოცენტრულობა. ყოველივე ამას კარგად იყენებენ ტოტალიტარულ მოძრაობათა ბელადები თავიანთი პროგრამების შედგენისას; რუსეთის ბოლშევიკებისათვის ასეთ ადრესატებს წარმოადგენდნენ პროლეტარიატი და ღარიბი გლეხობა, გერმანიის ნაცისტებისათვის კი – ეკონომიკური კრიზისით დაზარალებული მოხელეები და წვრილი ბურჟუაზია. ნებისმიერ შემთხვევაში, ასეთ ფენათა საჭიროებები და ინტერესები მეტისმეტად მცირედაა დაკავშირებული მოძრაობათა იმ ლიდერების ამოცანებთან და მიზნებთან, რომლებიც მათ იყენებენ მხოლოდ ხელისუფლების სათავეში მოსვლის მიზნით.

ტოტალიტარულ რეჟიმთა პოლიტიკური წანამძღვრებია: საზოგადოებრივი ცნობიერების უკვე ნახსენები ეტატიზაცია; მასობრივი, უაღრესად იდეოლოგიზირებული, ტოტალური ტიპის პარტიები, რომელთა რიგითი წევრები სრულად ექვემდებარებიან პარტიულ იდეოლოგიასა და ამ იდეოლოგიის გამომხატველებს – ბელადებსა და ხელმძღვანელებს.

ტოტალიტარული ცნობიერების მატარებლები გამოირჩევიან შემდეგი ნიშნებით: ნებისმიერი განსხვავებული აზრის შეუწყნარებლობა; მისწრაფება, რომ პოლიტიკურად (და ფიზიკურადაც კი) გაანადგურონ ისინი, ვინც მათ არ ეთანხმება, ან ძალმომრეობით გადააკეთონ (ახლებურად აღზარდონ) მათი მოწინააღმდეგენი. ფორმირებისას, ტოტალიტარიზმი ცდილობს იპოვოს ადეკვატური სოციალური სტრუქტურა: უპირატესი საყრდენი ლუმპენებია, საზოგადოება და საერთოდ გარემომცველი სამყარო იყოფა თავისიანებად და სხვებად – მეგობრებად და მტრებად. ეკონომი-

კის სფეროში იგეგმება კერძო საკუთრების სრული ლიკვიდაცია, ინდივიდი ექცევა ტოტალური კონტროლის ქვეშ და სრულადაა დამოკიდებული სახელმწიფოზე, მის გარეშე ვერ პოულობს ვერც სამსახურს, ვერც საცხოვრებელს და ა.შ. ნახალისებულია „ახალი ადამიანის“ ფორმირება – ეს ადამიანი უნდა იყოს მცირე მოთხოვნილებათა მქონე, თავდადებული და ერთგული იდეისადმი და პირადად ბელადისადმი, შემსრულებელი და მზად მყოფი ნებისმიერი მსხვერპლის გაღებისათვის. მიუხედავად შემოსავლების გამთანაბრებლობის დეკლარაციისა, მაინც წარმოიქმნება შესამჩნევი სოციალური უთანასწორობა, რადგან ზოგი პრივილეგირებული ხდება და ცხოვრების დონე განისაზღვრება ხელისუფლებასთან სიახლოვის მიხედვით.

XX საუკუნეში, ტოტალიტარიზმი არსებობდა სამი ძირითადი ფორმით: საბჭოური რეალური სოციალიზმი, იტალიური ფაშიზმი და გერმანული ნაციაონალ-სოციალიზმი. ეს რეჟიმები განსხვავდებოდნენ ერთმანეთისაგან სახელმწიფო იდეოლოგიებით და მათ საფუძვლად არსებული პრინციპებით (სოციალიზმი – პროლეტარიატის დიქტატურა, რომის იმპერიის კულტი და ფაშისტური რეჟიმი როგორც მისი გამგრძელებელი, განსაკუთრებულობის იდეა და არიული რასის მსოფლიო ბატონობა).

ეკონომიკასთან დაკავშირებით, კომუნიზმი იყო ყველაზე მეტად რადიკალური, რადგან მან სრულიად გააუქმა კერძო საკუთრება; მუსოლინის რეჟიმი, პირიქით, შედარებით რბილი ფორმა იყო ტოტალიტარიზმისა, ის ახლოს იდგა ტრადიციულ დიქტატურებთან, მაგალითად, ესპანეთისა და ლათინური ამერიკის დიქტატურებთან; მუსოლინის შესაძლებლობები, როგორც ბელადისა, შეზღუდული იყო ჰიტლერთან და სტალინთან შედარებით. გერმანულ ნაციზმს შუალედური მდგომარეობა ეჭირა, ისეხა რა ბევრი რამ სხვა მოდელებიდან.

სოციალიზმი აღმოჩნდა ყველაზე დღევგრძელი, რასაც ხელი შეუწყო ხელოვნურმა, მიმზიდველმა, ჰუმანურმა ლოზუნგებმა სოციალური სამართლიანობისა და ინტერნაციონალიზმის შესახებ (ფაშისტური შოვინისტური იდეოლოგიისაგან განსხვავებით); თუმცა გასული საუკუნის 90-იან წლებში მისი შესაძლებლობებიც ამოიწურა. ტოტალიტარულმა რეჟიმებმა მარცხი განიცადეს, რადგან უუნარონი აღმოჩნდნენ პროგრესის ეფექტური განვითა-

რებისათვის; ისინი ექსტენსიურად ვითარდებოდნენ ადრე დაგროვილი სახსრებისა და მოსახლეობის უმეტესობის ზეექსპლუატაციის ხარჯზე, მათი ადაპტაციური შესაძლებლობანი შემოფარგლული იყო იდეოლოგიური დოგმებით. ისინი შეუთავსებლნი აღმოჩნდნენ დემოკრატიის, თავისუფლებისა და შემოქმედობითობის თანამედროვე მოთხოვნებთან. მათ ვერ მოახერხეს თავიანთი იდეალების რეალიზება. დღეს ტოტალიტარული რეჟიმის მქონე ქვეყანათა უმრავლესობა დემოკრატიულ რელსებზე გადადის (შესაძლებელია, ავტორიტარული შუალედური სტადიის გავლით).

ავტორიტარიზმი – გარდამავალი რეჟიმი ტოტალიტარიზმიდან დემოკრატიისაკენ – შეიძლება განისაზღვროს, როგორც შეზღუდული პლურალიზმი; ძალაუფლების მფლობელი ერთი ადამიანია – მონარქი, დიქტატორი ან ჯგუფი (ხუნტა), მასები ჩამოშორებულია ხელისუფლებიდან. ხელისუფლება არ კონტროლდება საზოგადოების მიერ, კანონებს იღებს ხელისუფლება საკუთარი შეხედულებისამებრ და იგი ეყრდნობა, უპირველეს ყოვლისა, ძალოვან სტრუქტურებს. მასობრივი რეპრესიები აუცილებელი არ არის, რეჟიმმა შეიძლება პოპულარობაც კი მოიპოვოს, მაგრამ შესაძლებელია, გარკვეულ შემთხვევებში, ძალაც გამოიყენოს, რასაც არც მალავს. ტოტალიტარიზმისაგან განსხვავებით, ავტორიტარული რეჟიმი უარს ამბობს ყველა სფეროს ტოტალურ კონტროლზე (გარდა საკუთარი უსაფრთხოებისა, საზოგადოებრივი წესრიგისა, თავდაცვისა და საგარეო პოლიტიკისა), შეუძლია აქტიური გავლენა მოახდინოს ეკონომიკური განვითარების სტრატეგიაზე, არ დაარღვიოს რა საბაზრო თვითრეგულირება. ასეთ რეჟიმთა სუსტი მხარეა ის, რომ ხელისუფლება ვერ კონტროლდება ხალხის მხრიდან, არ არსებობს გარანტიები, რომ ხელისუფლებამ ბოროტად არ გამოიყენოს ძალაუფლება. იმავდროულად, ასეთ რეჟიმებს უპირატესობებიც გააჩნია: მათ აქვთ უნარი დაიცვან საზოგადოებრივი წესრიგი, გადალაზონ კონსერვატიულ სტრუქტურათა წინააღმდეგობა, კონცენტრაცია მოახდინონ ძალებისა და საშუალებებისა განსაზღვრული მიმართულებებით. ისინი განსაკუთრებით სასარგებლოა დემოკრატიულ რეჟიმში გადასვლის პროცესის დროს, როდესაც საზოგადოებაში არ არსებობს თვითრეგულირების აუცილებელი მექანიზმები (ამავდროულად, ბოროტად არ უნდა იქნეს გამოყენებული ავტორიტარული მეთოდები).

ასეთი რეჟიმები, როგორც წესი, დროებითი და გარდამავალია; მათი ევოლუციის რეალური გზა სრულფასოვან დემოკრატიულ რეჟიმად, ანუ უფრო მეტად მყარ და პერსპექტიულ პოლიტიკურ რეჟიმად გარდაქმნაა.

### ბიბლიოგრაფია

1. ახვლედიანი ე., თანამედროვე მსოფლიოს სამართლებრივი სისტემები, თბილისი, გამომცემლობა „მეტეხი“, 2009.
2. ახვლედიანი ე., დემოკრატიის ისტორიული სათავეები და თანამედროვე ინსტიტუტები, თბილისი, გამომცემლობა „უნივერსალი“, 2005.
3. ახვლედიანი ე., დემოკრატია, როგორც პროცესი და როგორც ღირებულება (ისტორია და თანამედროვეობა), თბილისი, გამომცემლობა „მეტეხი“, 1997.
4. Brisson Luc, Pradeau Jean-François, Les Lois de Platon, Paris, PUF, 2007.
5. Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat social, Paris, Flammarion, 2011.

# საპარლამენტო იმუნიტეტი, როგორც საპარლამენტო დემოკრატიის მნიშვნელოვანი მახასიათებელი

ნათია გველესიანი<sup>1</sup>

## შესავალი

ცნობილ უნგრელ კონსტიტუციონალისტ ანდრამ შაიოს, თუ დავესესხებით, კონსტიტუციონალიზმი, მათ შორის, წარუმატებელი გამოცდილებით სავსე სკივრია, რომელიც არ არის მზარეცებების კოლექცია. მას არ ძალუძს რომელიმე კონსტიტუციის და მასში ჩაქსოვილი სახელმწიფო პრაქტიკის შესახებ მზარეკომენდაციების მოწოდება<sup>2</sup>. ანალოგიურად, კონსტიტუციურ სისტემაში არ არსებობს ერთ თარგზე გამოჭრილი საპარლამენტო იმუნიტეტის მოდელი. სახელმწიფოს ენიჭება ფართო დისკრეციული უფლებამოსილება თავად განსაზღვროს მის მიმართ მოქმედი პარამეტრები, რაც, თავის მხრივ, „საპარლამენტო სუვერენიტეტის გამოხატულებას“<sup>3</sup> წარმოადგენს.

საპარლამენტო იმუნიტეტი „უხსოვარი დროიდან იღებს სათავეს, მაგრამ არ არის სტატიკური და უცვლელი“<sup>4</sup>. იგი „ცოცხალი“ კონცეფციაა, რაც ვლინდება წარმოშობილ გამოწვევებთან სწრაფ ადაპტირებაში. საპარლამენტო იმუნიტეტის რეჟიმი თავის თავში მოიცავს ორმაგი დაცვის სტანდარტს, სახელდობრ, „პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებასა“ და „ხელშეუხებლობას“.<sup>5</sup> კონსტიტუციურ სამართალში ორივე კატეგორიამ განსხვავებული

---

<sup>1</sup> ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის კონსტიტუციური სამართლის მიმართულების დოქტორანტი, საქართველოს სახალხო დამცველის ანალიტიკური დეპარტამენტის მთავარი სპეციალისტი.

<sup>2</sup> იხ. შაიო ა., ხელისუფლების თვითშეზღუდვა კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, მ. მაისურაძის თარგმანი, თ. ნინიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2003, 15.

<sup>3</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 13.

<sup>4</sup> Report from the 1999 Joint Committee on Parliamentary Privilege, UK, §17.

<sup>5</sup> Report CDL-INF (96) 7 on the Regime of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission, Strasbourg, 1996, 4.



ტერმინოლოგიით,<sup>6</sup> თუმცა მსგავსი, მაგრამ არა იდენტური შინაარსით გაიგება ფესვები.

მიუხედავად იმისა, რომ საპარლამენტო იმუნიტეტი საპარლამენტო დემოკრატიის იმანენტური მახასიათებელი და ქვაკუთხეა, კრიტიკის ქარცეცხლის მიღმა მაინც არ რჩება. იურიდიულ დოქტრინაში ფართოდ არის წარმოდგენილი მისი, როგორც დადებითი, ისე უარყოფითი მხარეები. განსაკუთრებულ ინტერესს იწვევს ის საკითხი, თუ როგორ იერსახეს იქნეს დემოკრატიულ ღირებულებათა წესრიგში, ერთი მხრივ, საპარლამენტო იმუნიტეტის, ხოლო, მეორე მხრივ, გამოხატვის თავისუფლების, ღირსების, ხელისუფლების დანაწილების, თანასწორობისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს სხვა ფუძემდებლური პრინციპების ერთ სივრცეში თანაარსებობა და სიცოცხლისუნარიანობა. ამ და სხვა საკვანძო საკითხთა კვლევის მიზნით, წინამდებარე სტატიის არქიტექტონიკა შედარებითსამართლებრივი მეთოდის გამოყენებით ოთხ ძირითად სვეტზეა აგებული. პირველი თავი ეთმობა საპარლამენტო იმუნიტეტის გენეზისს, არსს, მიზანს, მის შემადგენელ ელემენტებსა და სამართლებრივ რეგულირებას. მეორე თავი მოიცავს საპარლამენტო იმუნიტეტის სუბიექტებს, დაცულ სფეროს, მოქმედების ხანგრძლივობასა და მოხსნას. ამავე თავში, გაანალიზებულია ადამიანის უფლებათა ევროპული სამართლოს (შემდგომში – ევროპული სასამართლო) პრაქტიკა. მესამე თავში ყურადღება გამახვილებულია საპარლამენტო ასამბლეასა და ევროპარლამენტში მოქმედ საპარლამენტო იმუნიტეტის მოცულობაზე. მეოთხე თავში განხილულია საქართველოში საპარლამენტო იმუნიტეტის ფარგლები და მისი განვითარების პერსპექტივები. დაბოლოს, მეხუთე თავში განხილულია საპარლამენტო

<sup>6</sup> „პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების“ შესატყვისი ტერმინებია ინგლისურენოვან ქვეყნებში – non-accountability, parliamentary privilege, freedom of speech. საფრანგეთსა და ბელგიაში – irresponsabilité, იტალიაში – insindacabilità, გერმანიაში – Indemnität ან Verantwortungsfreiheit, ავსტრიაში – berufliche Immunität, ესპანეთში – absolute Immunität, შვეიცარიაში – absolute Immunität და immunité absolue, ხოლო „ხელშეუხებლობის“ – immunity, immunity from arrest. საფრანგეთსა და ბელგიაში – inviolabilité, გერმანიაში – Immunität ან Unverletzlichkeit, ავსტრიაში – ausserberufliche Immunität, ესპანეთში – inmunidad, შვეიცარიაში – relative Immunität ან immunité relative. იხ. Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 4.

მენტო იმუნიტეტის ურთიერთმიმართება სამართლებრივ სახელმწიფოსთან. წინამდებარე სტატიის მიზანს წარმოადგენს საპარლამენტო იმუნიტეტის სუბსტანციის განსაზღვრა ანგლოსაქსური და ფრანგული მოდელის მქონე ევროპის ქვეყნების პრიზმაში, პრობლემების აბსტრაჰირება და მათი გადაჭრის გზების ძიება.

სიმარტივისა და ტერმინოლოგიური აღრევის თავიდან აცილების მიზნით, „პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების“ აღსანიშნავად გამოყენებული იქნება ინდემნიტეტი (ლათ. *indemnitas* – დანაკარგის დაუშვებლობა)<sup>7</sup>, ხოლო „ხელშეუხებლობის“ ნაცვლად იმუნიტეტი (ლათ. *immunitas* – პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლება)<sup>8</sup>. მათ გამაერთიანებელ ტერმინად კი, საპარლამენტო იმუნიტეტი.

## I. საპარლამენტო იმუნიტეტის კონცეფცია

### 1. ისტორიული ფონი

საპარლამენტო იმუნიტეტის გენეზისს ვხვდებით რომში, როდესაც ძვ.წ. 494 წელს შემოღებულ იქნა პლებისს ტრიბუნის თანამდებობა<sup>9</sup>. „ტრიბუნები, გარკვეულწილად, დღევანდელ პარლამენტარებს უნდა შევადაროთ, რამეთუ ისინი სარგებლობდნენ ხელშეუხებლობით, სიკვდილით ისჯებოდა მათზე თავდასხმა და მკაცრად იკრძალებოდა ფუნქციების შესრულებისას მათთვის დაბრკოლების შექმნა“<sup>10</sup>. ამ პირველმა აკორდმა გაუძლო ქართველებს, დროის სვლასთან ერთად განიცადა ევოლუცია და დღეს მოდიფიცირებული სახით დამკვიდრდა.

ახალი ეტაპი იწყება XIV საუკუნეში, როდესაც ინგლისის პარლამენტში ჩაისახა ტრადიცია, რომლის მიხედვით, განხილვებისა და გადაწყვეტილების მიღებისას, პარლამენტის წევრები არ იყვნენ შებოჭილები მონარქის მიერ. ამ ისტორიულმა წანამძღვრებმა

<sup>7</sup> [www.oxforddictionaries.com](http://www.oxforddictionaries.com). [12.04.2015].

<sup>8</sup> იქვე.

<sup>9</sup> იხ. ცაცანაშვილი მ., სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი ისტორია, თბილისი, 1995, 81.

<sup>10</sup> Marc Van der Hulst, *The Parliamentary Mandate, A Global Comparative Study*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, 2000, 63. იხ. ციტირება: Ameller, M., *Human Rights and Parliamentary Immunities in Parliament: Guardian Human Rights*, introductory report to the Budapest Inter-Parliamentary Symposium, Geneva, IPU, 1993, 28.

შესაბამისი გამოცხილი ჰპოვა 1689 წლის „უფლებათა შესახებ ბილში“<sup>11</sup>, ხოლო შემდეგ 1787 წლის აშშ-ის კონსტიტუციაში<sup>12</sup> და დასაბამი დაუდო ანგლოსაქსური მოდელის ჩამოყალიბებას. ფრანგული მოდელის ფორმაციის წინმსწრებ მოვლენას კი, წარმოადგენს 1789 წელს ეროვნული ასამბლეის მიერ გაცხადებული დომინანტური ლაიტმოტივი „დეპუტატის პიროვნების ხელშეუხებლობის“ შესახებ<sup>13</sup>.

## 2. საპარლამენტო იმუნიტეტის არსი და სახეები

საპარლამენტო იმუნიტეტის კონცეფცია ევროპული კონსტიტუციური ტრადიციის არსებითი ნაწილია<sup>14</sup>. მის ბირთვს შეადგენს წარმომადგენლობითი დემოკრატიის პრინციპი, კერძოდ, ხალხის მიერ არჩეული წარმომადგენლების მიერ დემოკრატიული მანდატის ეფექტურად განხორციელების მიზნით, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლების წარმომადგენლებისა და პოლიტიკური ოპონენტების მხრიდან უსაფუძვლო ბრალდებებისა და ზენოლის თავიდან აცილება<sup>15</sup>. ამდენად, იგი შესაძლებლობას აძლევს საპარლამენტო უმცირესობის წარმომადგენლებს, რომ ყოველგვარი შიშის გარეშე, თავისუფლად გამოხატონ საკუთარი აზრები, რაც, თავის მხრივ, ხელს უწყობს პლურალისტული დემოკრატიის გაღვივებას<sup>16</sup>.

საპარლამენტო იმუნიტეტი ინსტიტუციური პრივილეგიაა<sup>17</sup>,

<sup>11</sup> The Bill of Rights 1689, Art. 9.

<sup>12</sup> The Constitution of the United States, 1787, Section 6.

<sup>13</sup> Friedland P., *Political Actors, Representative Bodies and Theatricality in the Age of the French Revolution*, Copyright 2002 by Cornell University, 162.

<sup>14</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 3.

<sup>15</sup> იქვე, 3-4, 8.

<sup>16</sup> Non-liaible? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012,8.

<sup>17</sup> გაერთიანებულ სამეფოში საპარლამენტო იმუნიტეტის ნაცვლად გამოიყენება ტერმინი „საპარლამენტო პრივილეგია“, რომელიც გულისხმობს პალატების ეფექტიანი ფუნქციონირებისთვის თავისუფლებათა და დაცვის გარანტიის მთელ სპექტრს. სახელდობრ, იგი მოიცავს, როგორც პალატების მიერ საკუთარ საქმიანობასა და სამოქმედო ტერიტორიაზე კონტროლს, ისე საპარლამენტო საქმიანობაში მონაწილე პირთა მიერ (მიუხედავად იმისა, არიან თუ არა ისინი პარლამენტის წევრები) საკუთარი აზრის თავისუფლად გამოხატვას სამართ-

გარანტიაა, სპეციალური დაცვაა, მეტწილად ვალდებულება<sup>18</sup>, ვიდრე უფლება. ვალდებულება იმდენად, რამდენადაც საპარლამენტო საქმიანობასთანაა შეზრდილი, ევროპის არაერთ სახელმწიფოში პარლამენტის წევრის სტატუსთან ერთად იწყებს არსებობას და იმ შემთხვევაშიც კი, როცა დეპუტატი უარს ამბობს მის საფარქვეშ მოქცევაზე, მისი დამცავი ეფექტი მოქმედებას აგრძელებს პარლამენტის მიერ მის მოხსნამდე ან უფლებამოსილების შეწყვეტამდე (ძირითადად, ინდემნიტეტი მუდმივია და უფლებამოსილების შეწყვეტის შემდეგაც გრძელდება). უფლების კონტექსტში, უწინარეს ყოვლისა, მოიაზრება დეპუტატის შრომის ანაზღაურების უფლება<sup>19</sup> და უფლება, ჩვენება არ მისცეს იმ ფაქტის გამო, რომელიც მას გაანდეს, როგორც პარლამენტის წევრს<sup>20</sup>. ამიტომ, იგი ინდემნიტეტის შემადგენელ კომპონენტად განიხილება.

მიუხედავად იმისა, რომ ევროპულ კონსტიტუციურ ლანდშაფტში საპარლამენტო იმუნიტეტის რეჟიმის სახეები სხვადასხვა კონფიგურაციით არის წარმოდგენილი, რაც, უმეტესწილად, ტერმინოლოგიურ სახესხვაობებში, მოსარგებლე სუბიექტთა არაერთგვაროვნებასა და განსხვავებულ აღწერილობით ნაწილში გამოიხატება, იმუნიტეტისა და ინდემნიტეტის ზოგადი კონტურების გამოკვეთა მაინც არის შესაძლებელი.

ინდემნიტეტი („გამოხატვის თავისუფლება“) არის „პარლამენტის წევრების სამართალწარმოებისგან გათავისუფლება საპარლამენტო მოვალეობების შესრულებისას გამოხატული აზრებისა და ხმის მიცემისთვის“<sup>21</sup>. ერთმანეთისგან უნდა განვასხვავოთ

---

ლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებისა და რეპრესალიების გამოყენებისგან შიში გარეშე.

<sup>18</sup> შეად. Wigley S., Parliamentary Immunity in Democratizing Countries: The Case of Turkey, Human Rights Quarterly, Vol.31, 2009, 567-568.

<sup>19</sup> მელქაძე ო., კონსტიტუციონალიზმი, თბილისი, 2008, 281; რუხაძე ზ., საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, 1999, 30.

<sup>20</sup> კონსტიტუციური სამართალი, ა. დემეტრაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2005, 290-291; კობახიძე ი., საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, II ნაწილი, თბილისი, 2007, 37.

<sup>21</sup> Report CDL-INF (96) 7 on the Regime of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission, Strasbourg, 1996, 4.

უპირობო<sup>22</sup>, ანუ აბსოლუტური და პირობითი<sup>23</sup>, ანუ შეზღუდული ინდემნიტეტი.

აბსოლუტური ინდემნიტეტი გულისხმობს საპარლამენტო ფუნქციების განხორციელებისას პარლამენტის წევრის მიერ, როგორც პარლამენტის შენობაში, ისე მის გარეთ მოსაზრებების გამოხატვისა და ხმის მიცემის დროს ადმინისტრაციული, სისხლის და სამოქალაქო სამართლის ნორმების გაუვრცელებლობასა და პასუხისმგებლობის გამორიცხვას საპარლამენტო მანდატის ამონურვის შემდეგაც. აბსოლუტური ინდემნიტეტის განმსაზღვრელი ფაქტორი მდგომარეობს იმაში, რომ მოხსნას არ ექვემდებარება. ზოგადად, „ინდემნიტეტი პარლამენტის წევრებს აბსოლუტური და მუდმივი დაცვით უზრუნველყოფს“<sup>24</sup>. გამოხატვის თავისუფლების ერთ-ერთი შემზღუდავ ფაქტორს წარმოადგენს სხვათა რეპუტაცია, თუმცა, აბსოლუტური ინდემნიტეტის შემთხვევაში ეს შეზღუდვა არ მოქმედებს, რაც უპირატესი საზოგადოებრივი და სახელმწიფოებრივი ინტერესებითაა ნაკარნახევი. იტალიასა და ესპანეთში დეპუტატებსა და სენატორებს საპარლამენტო საქმიანობის ფარგლებში გამოთქმული მოსაზრებებისა და კენჭისყრის დროს გამოვლენილი ნების გამო, არ ეკისრებათ სამოქალაქო, ადმინისტრაციული, სისხლისსამართლებრივი და დისციპლინური პასუხისმგებლობა<sup>25</sup>.

შეზღუდული ინდემნიტეტის ცალკეული მაკვალიფიცირებელი შტრიხების ანალიზის შედეგად შექმნილი საერთო სურათის შემდეგ, შეიძლება ითქვას, რომ ინდემნიტეტი შეზღუდულია, როცა შემოფარგლულია შენობით, სასესიო პერიოდით, არ ვრცელდება შეურაცხმყოფელ სიტყვებზე, სახელმწიფო საიდუმლოს გამჟღავნებაზე, დეპუტატს იცავს მხოლოდ სისხლისსამართლებრივი (ბულგარეთი, ჩეხეთი), სისხლისსამართლებრივი და სამოქალაქო (კვიპროსი, ბელგია, დანია, ფინეთი, შვედეთი, ლუქსემბურგი)

<sup>22</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 15.

<sup>23</sup> Wigley S., Parliament Immunity: Protecting Democracy or Protecting Corruption?, The Journal of Political Philosophy, Vol.11, 2003, 27.

<sup>24</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 11.

<sup>25</sup> Non-labile? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 42, 48

ან ადმინისტრაციული სამართალწარმოებისგან და ექვემდებარება მოხსნას. ინდემნიტეტის მხოლოდ პარლამენტის შენობაში გავრცელება ძირითადად ანგლოსაქსური მოდელის მქონე ქვეყნებისთვისაა დამახასიათებელი (გაერთიანებული სამეფო, დანია, ფინეთი, ნიდერლანდები, კვიპროსი)<sup>26</sup>. ბუნებრივია, იბადება ლოგიკური კითხვა, რა ხდება მაშინ, როდესაც შენობის გარეთ განხორციელებული საქმიანობა, პარლამენტის შიგნით დაწყებული საქმიანობის გავრცელებაა. ამ შემთხვევაში უნდა დადგინდეს აისახება თუ არა უარყოფითად პრივილეგიის არარსებობა საპარლამენტო საქმიანობაზე<sup>27</sup>. დადებითი პასუხის შემთხვევაში, პრივილეგიის მოქმედების მასშტაბი პარლამენტის შენობას გასცდება და გაიზრდება. შეიძლება ითქვას, რომ აბსოლუტური და შეზღუდული ინდემნიტეტის ძირითადი განმასხვავებელი ნიშანი მოხსნა-არმოხსნის საკითხში ვლინდება.

ინდემნიტეტისგან განსხვავებით, იმუნიტეტი მრავალნახნაგოვანი და მრავალკომპონენტიანი განზომილებაა. კერძოდ, იმუნიტეტი არის „პარლამენტის წევრის დაცვა დაკავებისგან, დაპატიმრებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნიისგან იმ პალატის თანხმობის გარეშე, რომლის შემადგენლობაშიც ის შედის“<sup>28</sup>. იგი არ არის აბსოლუტური, ვინაიდან უშვებს გამონაკლისებს და ყოველთვის ექვემდებარება მოხსნას<sup>29</sup>. უმრავლეს შემთხვევაში, ეს ეხება დანაშაულზე წასწრებას (*in flagrante delicto*), სერიოზულ დანაშაულებს, მცირე სამართალდარღვევებს და პარლამენტის თანხმობის საფუძველზე ექვემდებარება მოხსნას<sup>30</sup>.

### **3. საპარლამენტო იმუნიტეტის სამართლებრივი რეგლამენტაცია**

#### **3.1. შიდასახელმწიფოებრივი სამართალი**

შიდასახელმწიფოებრივ დონეზე საპარლამენტო იმუნიტე-

<sup>26</sup> იქვე, 19.

<sup>27</sup> Parliamentary Privelege, House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privelege, Report of Session 2013-2014, 9.

<sup>28</sup> Report CDL-INF (96) 7 on the Regime of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission, Strasbourg, 1996, 4.

<sup>29</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 4.

<sup>30</sup> იქვე, 19.

ტის სამართლებრივი რეგულირება მოცემულია კონსტიტუციაში, რეგლამენტში, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსსა და სხვა კანონებში. თითქმის ყველა ქვეყანაში მისი ძირითადი სამართლებრივი საფუძვლები თავმოყრილია კონსტიტუციაში<sup>31</sup>. თავისი სულისკვეთებით, საპარლამენტო იმუნიტეტი კონსტიტუციური იმუნიტეტია, კონსტიტუციის ბაზაზეა შექმნილი<sup>32</sup> და კონსტიტუციის ნორმის<sup>33</sup> რანგშია აყვანილი. ამდენად, მისი მთავარი ღერძი კონსტიტუციაა, ხოლო კონკრეტული დეტალიზაცია პარლამენტის რეგლამენტსა და კანონებშია მოცემული. ვინაიდან, გაერთიანებულ სამეფოში არ არის დაწერილი კონსტიტუცია, საპარლამენტო პრივილეგიის ჩანასახებს ვხვდებით ჩვეულებით სამართალსა და 1689 წლის „უფლებათა შესახებ ბილში“.

2008 წელს იტალიის პარლამენტმა მიიღო კანონი (lex Berlusconi), რომლის მიხედვით, რესპუბლიკის პრეზიდენტის, სენატისა და წარმომადგენელთა პალატის თავჯდომარეებისა და მთავრობის საბჭოს თავჯდომარის მიერ, როგორც თანამდებობის დაკავებამდე, ისე დაკავების შემდეგ (ფუნქციების შესრულებამდე და შესრულებისას) ჩადენილი დანაშაულების მიმართ სისხლის-სამართლებრივი დევნა ჩერდებოდა მათი უფლებამოსილების ვადის ამოწურვამდე<sup>34</sup>. ამასთანავე, კანონის ძალაში შესვლის შემდეგ გათვალისწინებული იყო ბრალდებულის მიერ სამართალწარმოების შეჩერებაზე უარის თქმის შესაძლებლობა (უარი იმუნიტეტზე)<sup>35</sup>. ამ კანონით განმტკიცებული დებულებებისგან განსხვავებით, იტალიის კონსტიტუცია პარლამენტის პალატებისა და მთავრობის საბჭოს თავჯდომარეებთან ერთად – *primus inter pares*, პარლამენტის სხვა წევრებსაც და მინისტრებსაც ანიჭებს საპარლამენტო იმუნიტეტით სარგებლობის უფლებას<sup>36</sup>, ხოლო

<sup>31</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 7.

<sup>32</sup> Black's Law Dictionary, Ninth Edition, Edyted by Bryan A. Garner, 2009, 818.

<sup>33</sup> გიორგაძე გ., თორდია ვ., ხმალაძე ვ., საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2001, 74.

<sup>34</sup> Hardt S., Eliantonio M., Thou Shalt be Saved (from Trial)? The Ruling of the Italian Constitutional Court on Berlusconi's Immunity Law in a Comparative Perspective, *European Constitutional Law Review*, 2011, 18-19.

<sup>35</sup> იქვე, 19.

<sup>36</sup> The Constitution of the Italian Republic, 1947, Art. 68, Art. 96.

იმუნიტეტზე უარის თქმის შესაძლებლობას საერთოდ არ ითვალისწინებს.

ზემოხსენებული კონსტიტუციისა და კანონის ტექსტების შეპირისპირების შედეგად, იტალიის საკონსტიტუციო სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში<sup>37</sup> აღნიშნა, რომ კონსტიტუციის ტექსტში მოცემული პრივილეგიების მომწესრიგებელი კანონმდებლობა სპეციალურ საკანონმდებლო სისტემას მიეკუთვნება, რაც კონსტიტუციური ინტერესების სტრუქტურირებისა და დაბალანსების შედეგია და ამიტომ, პარლამენტი არ არის უფლებამოსილი კანონებით *in peius* ან *in melius* შეცვალოს ეს სისტემა<sup>38</sup>. სხვა სიტყვებით, იმუნიტეტის მომწესრიგებელი კანონებით შემოიღოს, შეცვალოს ან გააუქმოს კონსტიტუციური ნორმები<sup>39</sup>. საპარლამენტო იმუნიტეტის შესახებ კანონმდებლობა, *a priori*, კონსტიტუციური ბუნების უნდა იყოს და უზრუნველყოფდეს კონსტიტუციური ნორმების პროცედურულ დონეზე რეალიზებას. ამ ლოგიკური ჯაჭვის კვალდაკვალ, იტალიის საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა, რომ სისხლისსამართლებრივი დევნის შეჩერება კონსტიტუციით განმტკიცებული საპარლამენტო იმუნიტეტის მოცემულობიდან გამომდინარეობდა და თანაბრად ვრცელდებოდა მთავრობისა და პარლამენტის სრულ შემადგენლობაზე, ხოლო შეჩერებაზე უარი, ძირითადი კანონის არც ტექსტიდან და არც ქვეტექსტიდან არ იკვეთებოდა. აქედან გამომდინარე, მან დაადგინა, რომ კონსტიტუციის გვერდის ავლით, კანონის საფუძველზე ინოვაციური ნორმის შემოღება, ერთი მხრივ, არღვევდა პარლამენტის პალატებისა და მთავრობის საბჭოს თავჯდომარეებთან ერთად პარლამენტის წევრებისა და მინისტრების მიერ იმუნიტეტით სარგებლობის კონსტიტუციით განმტკიცებულ თანასწორობის პრინციპს, ხოლო, მეორე მხრივ, კონსტიტუციის გადასინჯვის მექანიზმს<sup>40</sup>.

ანალოგიურად, გაერთიანებულ სამეფოშიც, პარლამენტს არ ძალუძს დადგენილებით შემოიღოს ახალი პრივილეგია ან გააფ-

<sup>37</sup> Corte Costituzionale, Judgement No. 262, 2009.

<sup>38</sup> Hardt S., Eliantonio M., Thou Shalt be Saved (from Trial)? The Ruling of the Italian Constitutional Court on Berlusconi's Immunity Law in a Comparative Perspective, *European Constitutional Law Review*, 2011, 21.

<sup>39</sup> იქვე, 35.

<sup>40</sup> იქვე, 18.



ართოვოს დადგენილი პრივილეგიის ფარგლები. იმ შემთხვევაში, თუ საპარლამენტო პრივილეგიების შესახებ საქმის განმხილველი სასამართლო პრივილეგიების მოცულობას იმ ზღვარამდე შეამცირებს, რაც შეუძლებელს გახდის პარლამენტის ძირითადი საქმიანობის ეფექტურად განხორციელებას, მაშინ პარლამენტს, როგორც კანონშემოქმედებით ორგანოს, შეუძლია, შეცვალოს კანონი<sup>41</sup>. ამ შემთხვევაშიც განსაკუთრებული აქცენტი კეთდება საჯარო საქმიანობის შეუფერხებლად განხორციელების აღმატებულ ინტერესზე.

ზოგადად, საპარლამენტო იმუნიტეტის კონცეფცია თავის თავში მოიცავს საპარლამენტო პრივილეგიით მოსარგებლე სუბიექტთა სისხლისსამართლებრივი, ადმინისტრაციული და სამოქალაქო იურისდიქციიდან დროებით ამოღებას. რაც შეეხება პარლამენტი წევრის მიმართ დისციპლინური ზომის გამოყენების რეჟიმს, იგი მოცემულია პარლამენტის რეგლამენტსა და ეთიკის კოდექსში, რომელიც, *inter alia*, ითვალისწინებს წესრიგისკენ მონოღებას, სალაპარაკო დროის შეზღუდვას, ანაზღაურების შემცირებას და სხვა<sup>42</sup>.

### 3.2. საერთაშორისო ორგანიზაციების სამართალი

საერთაშორისო ორგანიზაციების ფორმატში, საპარლამენტო იმუნიტეტის ძირითად დამფუძნებელ აქტებს წარმოადგენს წესდება და კონვენცია. მისი დაკონკრეტება და შემდგომი განვრცობა კი ხდება საერთაშორისო ორგანიზაციების შესაბამისი ორგანოების მიერ მიღებულ რეზოლუციებსა და რეკომენდაციებში ე.წ. „რბილ სამართალში“, რომელიც არასავალდებულო ხასიათს ატარებს, თუმცა, მიზანშეწონილია მათი ინკორპორირება ეროვნულ კანონმდებლობაში.

---

<sup>41</sup> Parliamentary Privelege, House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privelege, Report of Session 2013-2014, 14.

<sup>42</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 11.

## II. ინდემნიტეტისა და იმუნიტეტის ცალკეული მახასიათებლები

### 1. საპარლამენტო იმუნიტეტით მოსარგებლე სუბიექტები

ინდემნიტეტით მოსარგებლე სუბიექტების წრეს მიეკუთვნებიან:

1. პარლამენტის წევრები, როგორც ერთპალატიანი, ისე ორპალატიანი საპარლამენტო სისტემის მქონე ქვეყნებში. ბიკამერალური პარლამენტის მქონე ქვეყნებში, მაგალითად, ავსტრიაში, ინდემნიტეტი ვრცელდება, როგორც ფედერალური საბჭოსა (ბუნდესრატი) და ეროვნული საბჭოს (ნაციონალრატი), ისე ლანდტაგების (მინების საკანონმდებლო ორგანოების) წევრების მიერ ხმის მიცემაზე და ზეპირი ან წერილობითი სახით გამოთქმულ აზრებზე<sup>43</sup>, ხოლო ბელგიაში ინდემნიტეტით მოსარგებლე სუბიექტთა წრეს მიეკუთვნებიან წარმომადგენლობითი პალატის, სენატის, გაერთიანებებისა და რეგიონული პარლამენტისა და მთავრობის წევრები და მინისტრები<sup>44</sup>. ერთ-ერთ საგამონაკლისო მაგალითს წარმოადგენს გერმანია, სადაც პარლამენტის ორპალატიანი სისტემაში მხოლოდ ბუნდესტაგის წევრები სარგებლობენ იმუნიტეტით.

2. მინისტრები. ძირითადად, ეს ეხება ისეთი საპარლამენტო სისტემის ქვეყნებს, სადაც საპარლამენტო მანდატი და მინისტრის პორტფელი შეთავსებადია. ამ კატეგორიის ქვეყნების რიცხვს მიეკუთვნება იტალია, გერმანია, ესპანეთი, ავსტრია.

3. საპარლამენტო საქმიანობაში მონაწილეები (გაერთიანებული სამეფო, ირლანდია, შვეიცარია, ნიდერლანდები).

4. საერთაშორისო ორგანიზაციებიდან ევროსაბჭოსა და ევროკავშირის შემთხვევაში, საპარლამენტო ასამბლეისა და ევროპარლამენტის წევრები.

აღსანიშნავია, რომ პარლამენტის საქმიანობაში მონაწილე პირთა გარდა, ინდემნიტეტითა და იმუნიტეტით მოსარგებლე

<sup>43</sup> იხ. ავსტრიის ფედერალური კონსტიტუციური კანონი, 1920, მუხლი 57, მუხლი 58, მუხლი 96, ნიგნში: საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, II ნაწილი, ვ. გონაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2008, 117-118, 137.

<sup>44</sup> იხ. ბელგიის კონსტიტუცია, 1994, მუხლი 58, მუხლი 59, მუხლი 101, მუხლი 120, მუხლი 124, ნიგნში: საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, IV ნაწილი, ვ. გონაშვილის რედაქტორობით, 2007, 118, 130, 134, 135.

სუბიექტთა წრე სრულ თანხვედრაშია და ერთმანეთს ფარავს.

## 2. ინდემნიტეტი და ცული სფერო

ინდემნიტეტი და ცულ ქმედებებში შეიძლება გამოიყოს ორი კომპონენტი, სახელდობრ, ხმის მიცემა და გამოხატვის თავისუფლება. „პარლამენტში ხმის მიცემისას პარლამენტარებს აქვთ აბსოლუტური პრივილეგია“<sup>45</sup>. პარლამენტარების გამოხატვის თავისუფლების მასშტაბი ჩვეულებრივ მოქალაქეებთან შედარებით უფრო ფართო დიაპაზონის მქონეა<sup>46</sup>.

გამოხატვის თავისუფლება „სამართლის საერთო სულის პროდუქტია“<sup>47</sup>, მაგრამ იგი არ უნდა არღვევდეს ღირსებას, როგორც ადამიანის ხელშეუვალ უფლებასა და ძირითად უფლებათა საფუძველთა საფუძველს. ზოგიერთ ქვეყანაში პარლამენტის წევრის გამოხატვის თავისუფლების სადემარკაციო ხაზი სწორედ სხვისი პატივი და ღირსებაა. გერმანიაში დეპუტატის მიერ ბუნდესტაგში ხმის მიცემა და მოსაზრებების გამოთქმა და ცულია ნებისმიერი სახის პასუხისმგებლობისგან, მაგრამ აღნიშნული არ ეხება დიფამაციურ<sup>48</sup> შეურაცხყოფას<sup>49</sup>. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, დამცირებად მიიჩნევა ისეთი გამონათქვამი, რომელიც სცდება საქმესთან ან რაიმე კონკრეტულ საკითხთან დაკავშირებულ დისკუსიას, პოლემიკას, მძაფრ კრიტიკას და მიზნად ისახავს ადამიანის შეურაცხყოფას, ცილისწამებას ან მის პიროვნულ დამცირებას<sup>50</sup>. საბერძნეთში პარლამენტის წევრების გამოხატვის თავისუფლება შეუზღუდა-

<sup>45</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 12.

<sup>46</sup> იქვე.

<sup>47</sup> საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, საქართველოს მოქალაქეობა, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, პ. ტურავას რედაქტორობით, თბილისი, 2013, 253.

<sup>48</sup> დიფამაცია გულისხმობს, როგორც ზეპირი, ისე წერილობითი სახით რეპუტაციის შემლახველი განცხადების გაკეთებას. იხ. <<http://www.law.cornell.edu/wex/defamation>> [12.04.2015].

<sup>49</sup> Basic Law for the Federal Republic of Germany, Art. 46.

<sup>50</sup> შვაბე ი., გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, ე. ჩაჩანიძის თარგმანი, კ. კუბლაშვილის, თ. ნინიძის, ბ. ლოლაძისა და ქ. ერემაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 112-113.

ვია, თუმცა, ცილისწამებაზე სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყება შესაძლებელია პარლამენტის ნებართვის საფუძველზე<sup>51</sup>. უკრაინაში ინდემნიტეტით დაცულ სფეროში არ შედის შეურაცხყოფა და დიფამაცია<sup>52</sup>, ლატვიაში – განზრახ დიფამაციური ყალბი განცხადებები ან დიფამაციური განცხადებები პირადი ან საოჯახო ცხოვრების შესახებ<sup>53</sup>, ხოლო უნგრეთში სახელმწიფო საიდუმლოს გაცემა, დიფამაცია და ცილისწამება<sup>54</sup>. ლიტვაში სემის ნევრი პიროვნული შეურაცხყოფისა და ცილისწამებისთვის პასუხისგებაში მიეცემა საერთო წესით<sup>55</sup>.

მიუხედავად იმისა, რომ თანამედროვე დემოკრატიულ სახელმწიფოებში გამოსატყვის თავისუფლება განმტკიცებულია, როგორც კონსტიტუციის, ისე საერთაშორისო ხელშეკრულებების დონეზე. ინდემნიტეტის ინსტიტუტი ანაქრონიზმის გამოძახილს არ წარმოადგენს. საქმე იმაში მდგომარეობს, რომ გამოსატყვის თავისუფლება ეხება ადამიანის უფლებას, ხოლო ინდემნიტეტი პარლამენტის დემოკრატიულ ფუნქციონირებაზეა ორიენტირებული<sup>56</sup>. გარდა ამისა, ევროპული კონვენციის მე-10 მუხლით დადგენილი გამოსატყვის თავისუფლება არ იცავს პარლამენტარს სამართალწარმოებისგან<sup>57</sup>. უფრო მეტიც, ინდემნიტეტის შემთხვევაში, გამოსატყვის თავისუფლების ლეგიტიმურობის ჩარჩო შესაძლოა, მომეტებულად გაფართოვდეს და განივრცოს<sup>58</sup>.

---

<sup>51</sup> The Constitution of Greece, Art. 61.

<sup>52</sup> იხ. უკრაინის კონსტიტუცია, 1996, მუხლი 80, წიგნში: საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, III ნაწილი, ვ. გონაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2006, 641.

<sup>53</sup> იხ. ლატვიის რესპუბლიკის კონსტიტუცია, 1922, მუხლი 28, წიგნში: საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, I ნაწილი, ვ. გონაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2008, 304.

<sup>54</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 40

<sup>55</sup> იხ. ლიტვის რესპუბლიკის კონსტიტუცია, 1992, მუხლი 62, წიგნში: საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, II ნაწილი, ვ. გონაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2008, 351.

<sup>56</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 16

<sup>57</sup> იქვე.

<sup>58</sup> იქვე.

## 2.1. ინდემნიტეტის მიმართება გამოხატვის თავისუფლებასთან ვეროპული სასამართლოს ქრილში

### 2.1.1. „ა“ გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ<sup>59</sup>

პარლამენტის წევრის გამოხატვის თავისუფლების გავრცელების ფარგლების თვალსაზრისით, საინტერესოა ევროპული სასამართლოს გადანყვეტილება – „ა“ გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, – რომელიც ეხება პარლამენტარ მაიკლ სტერნის მიერ თემთა პალატაში გაკეთებულ რეპუტაციის შემლახავ განცხადებაზე პასუხისმგებლობის საკითხს. პარლამენტში ადგილობრივ დონეზე საცხოვრებლით უზრუნველყოფის შესახებ წამოწყებულ დებატებში, მან მრავალჯერ მოიხსენია განმცხადებელი და მისი ოჯახი დამამცირებელ კონტექსტში. პარლამენტარის შეურაცხმყოფელმა სიტყვებმა მეორე დღესვე ჰპოვა ასახვა პრესის ფურცლებზე, რის გამოც განმცხადებელი ქუჩაში გასვლისას დამამცირებელი მოპყრობის ადრესატი ხდებოდა.

განმცხადებელი აცხადებდა, რომ 1689 წლის „უფლებათა შესახებ ბილის“ მე-9 მუხლის საფუძველზე პარლამენტარებისთვის საპარლამენტო განხილვებისას სიტყვის თავისუფლებაზე აბსოლუტური პრივილეგიის მინიჭება უზღუდავდა, მათ შორის, სასამართლოს ხელმისაწვდომობის უფლებასა და შელახული რეპუტაციის აღდგენას.

მოცემულ საქმეზე ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ კონვენციის საზედამხედველო ორგანოებს არ ძალუძს მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტის ინტერპრეტაციის გზით დაადგინოს სამოქალაქო უფლება, რომელსაც სამართლებრივი საფუძველი არ აქვს შესაბამისი სახელმწიფოს კანონმდებლობაში. ამ მოსაზრების განვითარებისას, ევროპული სასამართლო დაეყრდნო კომისიის გადანყვეტილებას საქმეზე – *Agee v. the United Kingdom*, – რომელშიც კომისიამ აღნიშნა, რომ გაერთიანებული სამეფოს სამართლის მიხედვით, განმცხადებელს არ ჰქონდა უფლება პარლამენტარის მიერ მისი რეპუტაციის შემლახავი ინფორმაციის გავრცელების გამო, დიფამაციის შესახებ სარჩელით მიემართა

<sup>59</sup> European Court of Human Rights, Case of *A v. the United Kingdom*, no 35373/47, 2003.

სასამართლოსთვის. შესაბამისად, განაცხადი ევროპული კონვენციის *ratione materiae*-ს სცდებოდა და მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტის დარღვევას არ იწვევდა.

ამავე საქმეზე, ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ პარლამენტარების შეურაცხმყოფელი განცხადებების მსხვერპლნი არ არიან დარჩენილი სამართლებრივი დაცვის გარეშე. მათ შეუძლიათ, მიმართონ პარლამენტის შესაბამის პალატას, რომელსაც პარლამენტარის მიერ განზრახ შეცდომაში შემყვანი ინფორმაციის გავრცელების დადასტურების შემთხვევაში, შეუძლია დისციპლინური სანქციის გამოყენება.

გარდა ამისა, მოცემულ საქმეზე ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ საპარლამენტო იმუნიტეტი ემსახურებოდა ლეგიტიმურ მიზანს, რამეთუ პარლამენტში იცავდა გამოხატვის თავისუფლებასა და საკანონმდებლო და სასამართლო ხელისუფლებას შორის ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს. მან ხაზგასმით აღნიშნა, რომ პარლამენტი პოლიტიკური დებატებისთვის აუცილებელი ფორუმი და სასამართლოს ხელმისაწვდომობის უფლების შეზღუდვა გამართლებული იყო პარლამენტის ინტერესების დაცვით.

### 2.1.2. „კორდოვა იტალიის წინააღმდეგ“<sup>60</sup>

ზემოხსენებული საქმისგან რადიკალურად განსხვავებული გადაწყვეტილება მიიღო ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე – „კორდოვა იტალიის წინააღმდეგ“, – რომელიც ეხება ერთ-ერთი გამოძიებით უკმაყოფილო სენატორ ფრანჩესკო კოსიგას (იტალიის ყოფილი პრეზიდენტი) მიერ პროკურორ აგოსტინო კორდოვასთვის ირონიული შეტყობინებებისა და დამამცირებელი საჩუქრების, სახელდობრ, ხის ცხენის, დეტექტიური თამაშისა და სამთვლიანი ველოსიპედის გაგზავნის საკითხს. სენატორის შეურაცხმყოფელი ქმედების პასუხად, პროკურორმა პატივისა და რეპუტაციის შელახვის მოტივით სარჩელი შეიტანა მესინას საოლქო სასამართლოში. პროცესის მიმდინარეობის პარალელურად, სენატმა მიიღო გადაწყვეტილება, რომელშიც მკაფიოდ იყო გაცხადებული, რომ სენატორებს იცავდა იტალიის კონსტიტუციის 68-ე მუხლის 1-ლი

<sup>60</sup> European Court of Human Rights, Case of Cordova v. Italy, 40877/98, 2003.

პუნქტით გათვალისწინებული იმუნიტეტი. ამ გადაწყვეტილებაზე დაყრდნობით, მესინას საოლქო სასამართლომ აღნიშნა, რომ საპარლამენტო იმუნიტეტთან დაკავშირებით, სენატის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება არ ექვემდებარება სასამართლოს მიერ გადასინჯვას და სამართალწარმოება შეწყვიტა. გარდა ამისა, განმცხადებელმა მიმართა მესინას საოლქო სასამართლოს, იმ მიზნით, რომ ხელისუფლების ორგანოებს შორის წარმოშობილი კონფლიქტი გადასაწყვეტად გადაეცა საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის, რაც, ასევე, არ დაკმაყოფილდა. უფლების დაცვის შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებების ამონურვის შემდეგ, აგოსტინომ განაცხადი შეიტანა ევროპულ სასამართლოში, რომელშიც ამტკიცებდა, რომ ეროვნული სასამართლოს გადაწყვეტილებით დაირღვა ევროპული კონვენციით განმტკიცებული სასამართლოს ხელმისაწვდომობის უფლება (მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტი), ეროვნული ხელისუფლებისგან სამართლებრივი დაცვის ეფექტური საშუალებების უფლება (მე-13 მუხლი) და დისკრიმინაციის აკრძალვა (მე-14 მუხლი).

საქმის განხილვის შემდეგ, ევროპულმა სასამართლომ განაცხადა, რომ სენატორის საქციელი არ იყო საპარლამენტო ფუნქციებთან დაკავშირებული და უფრო პირადი მტრობით იყო განპირობებული. ამასთანავე, მან აღნიშნა, რომ იმუნიტეტი არ ვრცელდება პარლამენტარების ცილისწამებლურ, მადისკრედიტირებელ განცხადებებზე, რადგან ასეთი ქმედებები სცდება პარლამენტის საქმიანობის ფარგლებს და პირად ხასიათს იძენს. შესაბამისად, სასამართლომ დაადგინა, რომ აგოსტინო კორდოვას მიმართ დაირღვა კონვენციის მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტით გარანტირებული სასამართლოს ხელმისაწვდომობის უფლება. გამომდინარე იქიდან, რომ საკითხი უშუალოდ ეხებოდა ხსენებულ უფლებას, სასამართლოს აღარ უმსჯელია კონვენციის მე-13 და მე-14 მუხლების დარღვევაზე.

### 2.1.3. შუალედური დასკვნა

ევროპული კონვენცია მოითხოვს, რომ „თავისუფალი შეფასების ფარგლებში“ (margin of appreciation) საპარლამენტო იმუნიტეტი აკმაყოფილებდეს პროპორციულობისა და დემოკრატიულ

საზოგადოებაში აუცილებლობის მოთხოვნებს<sup>61</sup>. ამ ფაქტის ერთ-ერთ ნათელ დადასტურებას წარმოადგენს საქმე – „კორდოვა იტალიის წინააღმდეგ“. მიუხედავად იმისა, რომ აბსოლუტური ინდემნიტეტი იტალიის კონსტიტუციით არის განმტკიცებული და პრაქტიკაში, *inter alia*, შეურაცხმყოფელი განცხადებების შემთხვევაშიც იცავს პარლამენტის წევრს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან, როგორც ევროპული სასამართლოს, ისე ვენეციის კომისიის პოზიციები<sup>62</sup> ემთხვევა ერთმანეთს და ასეთ ქმედებებს საპარლამენტო საქმიანობიდან გადახვევად აკვალიფიცირებს.

ფაქტობრივად, საქმეებში – „ა“ გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ“ და „კორდოვა იტალიის წინააღმდეგ“ ადგილი ჰქონდა პარლამენტის საქმიანობის ვექტორიდან გადახვევას. საფიქრებელია, რომ საპარლამენტო იმუნიტეტის, გამოსატყვის თავისუფლებისა და სასამართლოს ხელმისაწვდომობის უფლების კომბინაციის მიმართ ევროპული სასამართლოს არაერთგვაროვანი დამოკიდებულება განპირობებულია იტალიასა და გაერთიანებული სამეფოში მოქმედი განსხვავებული ინდემნიტეტის მასშტაბით. იტალიაში ფართოდ არის განმარტებული გამოსატყვის თავისუფლება, განსხვავებით გაერთიანებული სამეფოსგან, სადაც პარლამენტის პალატების კედლებს გარეთ გამოთქმული განცხადებები ინდემნიტეტით არ არის დაცული, თუნდაც პარლამენტარი სიტყვასიტყვით იმეორებდეს საპარლამენტო დებატების დროს გამოთქმულ აზრებს<sup>63</sup> ან საპარლამენტო დებატებამდე პრესაში გამოქვეყნებულ განცხადებას. აქედან გამომდინარე, პარლამენტში გამოსატყვის თავისუფლების ფარგლების კიდევ უფრო დავინროება გააუფერულებდა ინდემნიტეტის ინსტიტუტს.

ამასთანავე, ყურადსაღებია ის გარემოება, რომ აბსოლუტური ინდემნიტეტის კონცეფციაში დიფამაციის ჩართვა არ მოდის წინააღმდეგობაში ევროპულ სტანდარტებთან. ევროპული სასამართლოს თვალთახედვით, გამოსატყვის თავისუფლება დე-

---

<sup>61</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 7.

<sup>62</sup> იქვე, 17.

<sup>63</sup> Non-liaible? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 48.



მოკრავიული საზოგადოების ერთ-ერთი მთავარი საყრდენი და ძირითადი წინაპირობაა მისი პროგრესისა და თითოეული ადამიანის განვითარებისთვის და იცავს არა მხოლოდ მისაღებ „იდეებს“ და „ინფორმაციას“, არამედ, ასევე, ისეთს, რომელიც შეურაცხმყოფელია, გამოგნებელია და შემაშფოთებელია სახელმწიფოს ან საზოგადოების ნებისმიერი სეგმენტისთვის<sup>64</sup>.

### 3. იმუნიტეტით დაცული სფერო

რაც შეეხება იმუნიტეტით დაცული ქმედებების სპექტრს, იგი განსხვავებულ ფერთა გამით გამოირჩევა. განზოგადებულად შეიძლება ითქვას, რომ იმუნიტეტით დაცულ არეალში ხვდება დაკავება, დაპატიმრება, გამოძიება, ჩხრეკა, სისხლისსამართლებრივი დევნა, სისხლისსამართლებრივი, სამოქალაქო და ადმინისტრაციული სამართალწარმოება.<sup>65</sup>

ანგლოსაქსური მოდელის მქონე ქვეყნებში პარლამენტარები მხოლოდ სამოქალაქო სამართლის ნორმების დარღვევისას თავისუფლდებიან დაპატიმრებისგან, ხოლო სპეციალური დაცვით სარგებლობენ პარლამენტის სხდომებზე დასწრებისას, იქ მისვლისას და იქიდან დაბრუნებისას (აშშ, ირლანდია, ნორვეგია, მალტა). უმრავლეს შემთხვევაში, იმუნიტეტის საგამონაკლისო წესს წარმოადგენს პარლამენტარის წასწრება დანაშაულის ჩადენისას (*in flagrante delicto*), ჩადენისთანავე ან ჩადენიდან მეორე დღეს (გერმანია), რაც პარლამენტის თანხმობის საფუძველზე (ჩეხეთი) ან მისი თანხმობის გარეშე (ავსტრია, უნგრეთი, ბულგარეთი, ბელგია, საფრანგეთი, ჩეხეთი, საბერძნეთი, ლიტვა) ექვემდებარება მოხსნას.

ცალკეული საგამოძიებო მოქმედებების ჩატარებისას სხვადასხვა ქვეყანაში განსხვავებული რეჟიმი მოქმედებს. მაგალითად, კვიპროსში პარლამენტის წევრის სახლის ჩხრეკა დაუშვებელია უზენაესი სასამართლოს თანხმობის გარეშე. გერმანიაში ჩხრეკის ჩასატარებლად ბუნდესტაგის წინასწარი თანხმობაა საჭირო. ლატვიაში სემის თანხმობის გარეშე დაუშვებელია სახლ-

<sup>64</sup> European Court of Human Rights, Case of Handyside v. the United Kingdom, no 5493/72, 1976.

<sup>65</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 19.

ში, შენობაში ჩხრეკის ჩატარება. პორტუგალიასა და საბერძნეთში იმუნიტეტით არ არის დაცული წინასწარი გამოძიება და ჩხრეკა. ბელგიაში პარლამენტარის ჩხრეკასა და საკუთრების ჩამორთმევას უნდა დაესწროს სპიკერი. იტალიაში შესაბამისი პალატის თანხმობის გარეშე დაუშვებელია პარლამენტარის პირადი ან მისი სახლის ჩხრეკა, კორესპონდენციის დაყადაღება ან საუბრის მიყურადება. 1884 წლიდან ნიდერლანდებში პარლამენტის წევრებს აქვთ ჩვეულებრივი მოქალაქის სტატუსი.

ნიშანდობლივია აღინიშნოს, რომ იმუნიტეტით დაცული სფეროს გაფართოება ხელს უწყობს კორუფციას, ხოლო სამართლებრივი იძულების არარსებობა, გზას უხსნის პირადი და პოლიტიკური სარგებლის მიღების სანაცვლოდ ფუნქციების უგულვებლყოფას<sup>66</sup>. კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის მეექვსე პრინციპით, ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტმა გამოძიების, სისხლისსამართლებრივი დევნისა და კორუფციულ დანაშაულებზე სასამართლო განხილვის ასპექტში, იმუნიტეტი შეზღუდა იმ მოცულობით, რაც აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში<sup>67</sup>.

კორუფციის კონტექსტიდან გამომდინარე, XX საუკუნის ბოლოდან თვალშისაცემი ხდება კონსტიტუციებში ცვლილებების განხორციელების გზით, იმუნიტეტით დაცული სფეროს დავინროების ტენდენციები. იტალიაში 1993 წლიდან სისხლისსამართლებრივი დევნის დასაწყებად აღარ არის აუცილებელი პარლამენტის თანხმობა. 1995 წლიდან საფრანგეთში დეპუტატის მიმართ დაშვებულია სისხლისსამართლებრივი დევნისა და გამოძიების დაწყება<sup>68</sup>.

#### **4. ინდემნიტეტისა და იმუნიტეტის მოქმედების პერიოდი**

ევროპის ქვეყნების უმრავლესობაში, ინდემნიტეტი მუდმივია, ანუ განუსაზღვრელი ვადით მოქმედებს (ავსტრია, ბელგია, ბულ-

<sup>66</sup> Wigley S., Parliament Immunity: Protecting Democracy or Protecting Corruption?, The Journal of Political Philosophy, Vol.11, 2003, 31.

<sup>67</sup> Committee of Ministers, Council of Europe, Resolution (97) 24 on the Twenty Guiding Principles for the Fight against Corruption, 1997.

<sup>68</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 21.

გარეთი, კვიპროსი, იტალია, ლუქსემბურგი, გერმანია, ჩეხეთი, ფინეთი, ესტონეთი, საფრანგეთი, საბერძნეთი, უნგრეთი, სლოვენია, სლოვაკეთი, პორტუგალია, რუმინეთი, ესპანეთი, ნიდერლანდები, შვედეთი)<sup>69</sup>, განსხვავებით იმუნიტეტისგან, რომელიც დროებითი ხასიათის მატარებელია. უმრავლეს შემთხვევაში, ინდემნიტეტისა და იმუნიტეტის ათვისების ნერტილები ერთმანეთს კვეთს და განსხვავდება ქვეყნების მიხედვით.

ბელგიაში პარლამენტის წევრის უფლებამოსილება ოფიციალურად ფიცის დადების დღიდან იწყება, თუმცა, პრაქტიკაში საპარლამენტო მანდატი (საპარლამენტო იმუნიტეტით დაცვა) იწყება არჩევნების შედეგების გამოქვეყნების დღიდან, ხოლო უნგრეთში უფლებამოსილების დადასტურების შემდეგ ფიცის დადების მომენტიდან<sup>70</sup>. ბულგარეთის კონსტიტუციაში ეროვნული კრების წევრის მანდატის დაწყების მომენტი არ არის გათვალისწინებული, რაც ინტერპრეტაციის მოქნილობას იწვევს. ბულგარეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ 1992 წლის გადაწყვეტილებით, პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების საწყის წერტილად ფიცის დადება განსაზღვრა, ხოლო 2001 წლის გადაწყვეტილებით, არჩევნების დღე დაადგინა<sup>71</sup>. ჩეხეთში დეპუტატისა და სენატორის მანდატი იწყება არჩევნის დღიდან, თუმცა, ოფიციალურად უფლებამოსილება იწყება პირველი შეკრებისთანავე, დეპუტატის ან სენატორის მიერ ფიცის დადებიდან. იმ შემთხვევაში, თუ დეპუტატი ან სენატორი ფიცის დადებაზე უარს იტყვის ან გარკვეული პირობებით დადებს ფიცს, მანდატის მოქმედება წყდება<sup>72</sup>. ფიცის დადების მიმართ იგივე წესი მოქმედებს ლიტვაშიც<sup>73</sup>. გერმანიის ფედერალური საარჩევნო სამართლის მიხედვით, ბუნდესტაგის წევრების უფლებამოსილების ვადა იწყება არჩევნების შედეგების გამოცხადებიდან, ახალარჩეული ბუნდესტაგის პირველი სხდომის გახსნისთანავე<sup>74</sup>. ესტონეთის კონსტიტუციის 61-ე მუხლის

<sup>69</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 36-49.

<sup>70</sup> Handbook on the Incompatibilities and Immunity of the Members of the European Parliament, 2014, 14, 100.

<sup>71</sup> იქვე, 20.

<sup>72</sup> The Constitution of the Czech Republic, art. 23, art. 25.

<sup>73</sup> The Constitution of the Republic of Lithuania

<sup>74</sup> Handbook on the Incompatibilities and Immunity of the Members of the European

მიხედვით, სახელმწიფო კრების (ესტონეთის პარლამენტს ეწოდება რიიგიკოგუ) ნევრთა უფლებამოსილება იწყება არჩევნების შედეგების გამოცხადების დღიდან. ამავე დღეს წყდება წინა მოწვევის სახელმწიფო კრების ნევრთა უფლებამოსილება, ხოლო ლატვიის კონსტიტუციის მე-18 მუხლის მიხედვით, სეიმში არჩეული პირი საპარლამენტო მანდატს იძენს საზეიმო დაპირების შემდეგ, რაც თავისი არსით ფიცს უთანაბრდება.

როგორც წესი, ინდემნიტეტი პარლამენტარის უფლებამოსილების ვადის ამოწურვის შემდეგ წყვეტს მოქმედებას, მაგრამ იმ ქვეყნებში, სადაც იგი მუდმივია, ყოფილ პარლამენტარს საპარლამენტო მანდატის ფლობის დროს გამოთქმული აზრებისა და ხმის მიცემისთვის არ ეკისრება პასუხისმგებლობა. იმუნიტეტი შესაძლოა მოქმედებდეს პარლამენტარის უფლებამოსილების განმავლობაში, მხოლოდ სასესიო პერიოდში (ბელგია, ლუქსემბურგი) ან პარლამენტის დათხოვნიდან ახალი შემადგენლობის ფორმირებამდე<sup>75</sup>. იმუნიტეტის მოქმედების შეწყვეტა, უმეტესწილად, უფლებამოსილების შეწყვეტასთანაა გადაჯაჭვული. ამასთანავე, ნიშანდობლივია აღინიშნოს, რომ ინდემნიტეტის შეწყვეტა ავტომატურად არ იწვევს იმუნიტეტის შეწყვეტას და პირუკუ.

## 5. ინდემნიტეტისა და იმუნიტეტის მოხსნის საფუძვლები

მთელ რიგ შემთხვევებში, ინდემნიტეტის მოხსნის შესახებ წინადადებას წარადგენს დაზარალებული (დანია) ან პროკურორი, პოლიციის თანამშრომელი (ფინეთი) ან სხვა კომპეტენტური თანამდებობის პირი. ინდემნიტეტის მოხსნა შეუძლებელია ისეთ ქვეყნებში როგორცაა, მაგალითად, ბელგია, ნორვეგია, პორტუგალია, რუმინეთი, ესპანეთი, ავსტრია, ბელგია, ბულგარეთი, კვიპროსი, იტალია, სლოვენია, სლოვაკეთი, შვედეთი, ლუქსემბურგი, ესტონეთი<sup>76</sup>, ხოლო შესაძლებელია გერმანიაში, საბერძნეთში, უკრაინაში, ფინეთში, დანიაში, უნგრეთში, მალტაში

---

Parliament, 2014, 34.

<sup>75</sup> იქვე, 12-13.

<sup>76</sup> იქვე, 37, 42, 47, 49, 45, 39; აგრეთვე, იხ. Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 14.

გაერთიანებულ სამეფოში<sup>77</sup>.

რაც შეეხება იმუნიტეტს, ძირითადად, მისი მოხსნის თაობაზე წინადადებას წარადგენს მთავარი პროკურორი (გერმანია, უნგრეთი, შვედეთი, ბულგარეთი), სასამართლო (ესპანეთში უზენაესი სასამართლოს თავჯდომარე), დაზარალებული მხარე, იუსტიციის სამინისტრო (რუმინეთი, დანია, ესტონეთი), პროკურორი, პოლიციის თანამშრომელი (ფინეთი) ან თავად პარლამენტის წევრი (პოლონეთი)<sup>78</sup>. ბულგარეთში პარლამენტის წევრის წინააღმდეგ სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისთვის, ეროვნული კრების (პარლამენტის) თანხმობა არ არის საჭირო, თუ ამის შესახებ წინასწარ წერილობით თანხმობას გადასცემს ეროვნული კრების თავჯდომარეს.<sup>79</sup>

გასათვალისწინებელია, რომ იმუნიტეტის მოხსნის საკითხის განხილვისას პარლამენტი არ არღვევს ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს, რადგან პარლამენტი პოლიტიკური ორგანოა და დეპუტატის *prima facie* ბრალეულობის შესახებ დებულებას პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას, ხოლო სამართლებრივი გადაწყვეტილების მიღება და განაჩენის გამოტანა სასამართლოს პრეროგატივაა. ამასთანავე, უდანაშაულობის პრეზუმფცია დაცულია სასამართლოს მიერ გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანამდე.

პარლამენტის წევრისთვის იმუნიტეტის მოხსნასთან დაკავშირებით ნიშანდობლივია ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე – „ქარტი თურქეთის წინააღმდეგ“<sup>80</sup>. თურქეთის დიდი ეროვნული კრების წევრს, ატილა ქარტს, პარლამენტის წევრად არჩევამდე, ადვოკატად მუშაობის პერიოდში ორი ბრალდება ჰქონდა წაყენებული, კერძოდ, ადვოკატისა და სახელმწიფო თანამდებობის პირის შეურაცხყოფა. საპარლამენტო იმუნიტეტით აღჭურვის შემდეგ, მან მოითხოვა იმუნიტეტის მოხსნა და შელახული რეპუტაციის აღდგენის მიზნით სასამართლოში საქმის განხილვა. დიდი ეროვნული კრების ერთობლივმა

<sup>77</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 14.

<sup>78</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 20.

<sup>79</sup> The Constitution of the Republic of Bulgaria, Art. 70 (2)

<sup>80</sup> European Court of Human Rights, Case of Kart v. Turkey, no 8917/05, 2009.

კომიტეტმა გადაწყვიტა უფლებამოსილების ვადის ამონურვამდე შეენარჩუნებინა მისთვის იმუნიტეტი. ატილა ქარტი მიიჩნევდა, რომ იმუნიტეტის მოხსნაზე გადაწყვეტილების მიღების პროცედურა იყო ბუნდოვანი და არ ეფუძნებოდა ობიექტურ კრიტერიუმებს. ამის შემდეგ, მან განაცხადი შეიტანა ევროპულ სასამართლოში, რომელშიც აცხადებდა, რომ იმუნიტეტის მოხსნაზე უარის თქმით დაირღვა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის 1-ლი ნაწილით გათვალისწინებული სასამართლიანი სასამართლოს უფლება.

მოცემულ საქმეზე ევროპულმა სასამართლომ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ პოლიტიკურად მოტივირებული სისხლისსამართლებრივი დევნის დაუშვებლობით (*fumus persecutionis*), იმუნიტეტი ხელს უწყობს პარლამენტის სრულ დამოუკიდებლობასა და ამასთანავე, იცავს ოპოზიციას უმრავლესობის წნეხისა და მის მიერ უფლებამოსილების გადამეტებისგან. სასამართლო მიიჩნევს, რომ იმუნიტეტის ინსტიტუციური მიზანი პარლამენტის ერთიანობა და მისი გამართული ფუნქციონირებაა. სასამართლო ოქროს შუალედის პოვნას პარლამენტის ერთიანობის საყოველთაო ინტერესისა და განმცხადებლის პირადი ინტერესის ანონ-დანონის გზით ცდილობს. ამავდროულად, მსჯელობს თუ რა უარყოფით ზეგავლენას მოახდენს სამართლიანი სასამართლოს უფლების შეზღუდვა მართლმსაჯულების განხორციელებაზე და ადგენს, რომ საქმე ეხება არა მართლმსაჯულებაზე უარს, არამედ მისი აღსრულების გადავადებას. ამასთანავე, სასამართლო დასძენს, რომ პარლამენტი პოლიტიკური ორგანოა და პარლამენტის წევრისთვის იმუნიტეტის მოხსნა-არმოხსნის საკითხზე ღებულობს არა სასამართლო, არამედ პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას. ამიტომ მას არ მოეთხოვება რომ აკმაყოფილებდეს სასამართლო გადაწყვეტილების სამოტივაციო ნაწილისთვის დადგენილ კრიტერიუმებს. ამდენად, დეპუტატის უარი იმუნიტეტზე არ არის თურქეთის დიდი ეროვნული კრების გადაწყვეტილების ტოლფასი და ადგენს, რომ პარლამენტის გადაწყვეტილება ლეგიტიმური მიზნის პროპორციულია და არ არღვევს კონვენციის მე-6 მუხლის 1-ელ ნაწილით გარანტირებულ უფლებას.

### III. ევროპულ სამართალში მოქმედი საპარლამენტო იმუნიტეტის პარამეტრები

#### 1. საპარლამენტო ასამბლეა

ვენეციის კომისიის აზრით, საპარლამენტო იმუნიტეტის საკითხთან მიმართებაში, საპარლამენტო ასამბლეასა და ევროპარლამენტში განვითარებული რეგულაციები და პრაქტიკა საერთო ევროპული კონსენსუსის ანარეკლია, რაც შთაგონების წყაროდ უნდა იქცეს ეროვნულ დონეზე<sup>81</sup>.

ევროპის საბჭოს წესდების მიხედვით, „ევროპის საბჭო, წევრი ქვეყნების წარმომადგენლები და სამდივნო, თითოეული ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე სარგებლობენ იმგვარი პრივილეგიებითა და იმუნიტეტებით, რაც გონივრულ ფარგლებში აუცილებელია მათი ფუნქციების შესასრულებლად“<sup>82</sup>. აღნიშნული გულისხმობს, რომ საკონსულტაციო (საპარლამენტო) ასამბლეის ყველა წარმომადგენელი სარგებლობს იმუნიტეტით დაკავებისა და სამართალწარმოებისგან ნებისმიერი წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, ასამბლეაში ან მის კომიტეტებსა თუ კომისიებში გამოთქმული აზრისა და ხმის მიცემისთვის<sup>83</sup>. ამ დებულებების ცხოვრებაში გატარების მიზნით, 1949 წელს მიღებულ იქნა გენერალური შეთანხმება „ევროპის საბჭოს პრივილეგიებისა და იმუნიტეტების შესახებ“. საპარლამენტო ასამბლეის წარმომადგენელთა კონტექსტში დაფიქსირდა, რომ პარლამენტარები და მათი მოადგილეები სარგებლობენ იმუნიტეტით დაკითხვისგან, დაპატიმრებისა და სამართალწარმოებისგან ფუნქციების განხორციელებისას წარმოთქმული სიტყვების ან ხმის მიცემის გამო<sup>84</sup>. მიუხედავად იმისა, ხსენებული პირები არიან თუ არა პარლამენტის წევრები, საპარლამენტო ასამბლეაში სხდომების

<sup>81</sup> Report CDL-AD (2014)011 on the Scope and Lifting of Parliamentary Immunity, Adopted by the Venice Commission at its 98th Plenary Session, Strasbourg, 2014, 10.

<sup>82</sup> ბენუა-რომერი ფ., კლუბესი ჰ., ევროპის საბჭოს სამართალი ერთიანი პანევროპული სამართლებრივი სივრცისკენ, 2009, მუხლი 40, 208.

<sup>83</sup> იქვე.

<sup>84</sup> გენერალური შეთანხმება ევროპის საბჭოს პრივილეგიებისა და იმუნიტეტების შესახებ, 1949, მე-5 ნაწილი, მუხლი 14.

დროს<sup>85</sup> და სხდომების პერიოდის გარეშე<sup>86</sup>, სარგებლობენ:

ა) მათ ეროვნულ ტერიტორიაზე, ამ ქვეყნებში პარლამენტის წევრებისთვის მინიჭებული იმუნიტეტებით;

ბ) სხვა წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, იმუნიტეტით დაპატიმრებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნისგან. იგი გამოიყენება, აგრეთვე, საპარლამენტო ასამბლეის შეხვედრაზე გამგზავრებისას და შეხვედრიდან დაბრუნებისას. ეს დანაწესი არ გამოიყენება, თუ მათ დააკავებენ დანაშაულის ჩადენისას, დანაშაულის მცდელობისას ან დაუყოვნებლივ დანაშაულის ჩადენის შემდეგ და ასამბლეა მათ არ მოუხსნის იმუნიტეტს. ნიშანდობლივია, რომ „სხდომის პერიოდში“ იგულისხმება მთლიანი საპარლამენტო წელი<sup>87</sup>

ღირსშესანიშნავია ის გარემოება, რომ „პრივილეგიები, იმუნიტეტები და შეღავათები წევრი სახელმწიფოების წარმომადგენლებს ენიჭებათ არა პირადი სარგებლისთვის, არამედ, იმისთვის, რომ უზრუნველყოფილ იქნას ევროპის საბჭოში მუშაობასთან დაკავშირებული ფუნქციების დამოუკიდებლად განხორციელება“<sup>88</sup>; ამის შედეგად, წევრ სახელმწიფოს აქვს არა მხოლოდ უფლება, არამედ ვალდებულებაც მოუხსნას მის წარმომადგენელს იმუნიტეტი, როდესაც მისი აზრით, იმუნიტეტი დააბრკოლებს მართლმსაჯულების განხორციელებას და, ამასთანავე, დაჩრდილავს მისი მინიჭების მიზანს<sup>89</sup>. ამდენად, „იმუნიტეტის მინიჭება მიზნად ისახავს ასამბლეის მთლიანობის შენარჩუნებასა და ევროპული სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას წარმომადგენელთა დამოუკიდებლობის დაცვას“<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> იქვე, მუხლი 15.

<sup>86</sup> Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, 1952, Art. 3.

<sup>87</sup> Parliamentary Assembly, Resolution 1490 (2006), Interpretation of Article 15a of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, 3.

<sup>88</sup> Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, 1952, Art. 5.

<sup>89</sup> იქვე.

<sup>90</sup> Parliamentary Assembly, Resolution 1490 (2006), Interpretation of Article 15a of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, 1.



## 2. ევროპარლამენტი

ევროპარლამენტის წევრების საპარლამენტო იმუნიტეტის რეჟიმს არეგულირებს 1965 წლის „ოქმი ევროპული გაერთიანებების პრივილეგიებისა და იმუნიტეტების შესახებ“, რომლის მიზანი ევროკავშირის მისიის შესრულებაა<sup>91</sup>. ოქმის მიხედვით, ევროპარლამენტის წევრები არ ექვემდებარებიან დაკითხვას, დაკავებასა და სამართალწარმოებას ფუნქციების შესრულებისას გამოთქმული მოსაზრებებისა და ხმის მიცემის გამო<sup>92</sup>. ინდივიდუალურად ერთად გათვალისწინებულია იმუნიტეტიც. „ევროპარლამენტის წევრები სხდომების დროს სარგებლობენ საკუთარი ქვეყნის ტერიტორიაზე, მათი პარლამენტის წევრებისთვის მინიჭებული იმუნიტეტებით, სხვა წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე იმუნიტეტით ნებისმიერი სახის დაკავებისა და სამართალწარმოებისგან, აგრეთვე, ევროპარლამენტის შეხვედრაზე გამგზავრებისას და იქიდან დაბრუნებისას“<sup>93</sup>. საპარლამენტო იმუნიტეტი ძალაში შედის არჩევნების შედეგების გამოცხადებიდან, ვრცელდება დეპუტატის თანამდებობაზე ყოფნის 5-წლიან ვადაზე და წყდება არჩევნების შემდეგ, პარლამენტის პირველი სხდომის გახსნისას<sup>94</sup>. იმუნიტეტი მოქმედებს, როგორც თანამდებობაზე დანიშვნამდე, ისე დანიშვნის შემდეგ ჩადენილი ქმედებების მიმართ, რისი დასაბუთებაც მდგომარეობს პარლამენტის ინსტიტუტის ნორმალურ ფუნქციონირებასა და დამოუკიდებლობაში vis-à-vis სხვა ორგანოებთან<sup>95</sup>. ამდენად, პირველხარისხოვანია საკანონმდებლო პროცესის მაღალი ხარისხით უზრუნველყოფა, ხოლო სამართალდარღვევებზე მყისიერი რეაგირების მოხდენა მეორეხარისხოვანია. თუმცა, სათვალავში უნდა იქნას მიღებული, რომ ევროპარლამენტის წევრის დანაშაულის ჩადენის პროცესში წას-

<sup>91</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 24.

<sup>92</sup> Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities 1965 (PPI), Art. 9.

<sup>93</sup> იქვე, Art.10.

<sup>94</sup> Offermann K., Parliamentary Immunity in the European Parliament, 2005 (updated 2007), 7.

<sup>95</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012.

წრების შემთხვევაში, ევროპარლამენტი უფლებამოსილია, რომ მას მოუხსნას იმუნიტეტი<sup>96</sup>. ამასთანავე, გასათვალისწინებელია, რომ ინდემნიტეტი არ იცავს ევროპარლამენტის დეპუტატებს პარტიულ ყრილობებზე, საარჩევნო კამპანიების ჩატარებისას, წიგნებსა თუ სტატიებში გამოთქმული აზრებისგან<sup>97</sup>.

ევროკავშირში აღმოცენებული სახელმძღვანელო მითითებები კონცენტრირებულად შემდეგი სახით შეიძლება დახარისხდეს:

1. ინდემნიტეტი აბსოლუტურია, განუსაზღვრელია და არ ექვემდებარება მოხსნას. გამოხატვის თავისუფლების ბოროტად გამოყენების შემთხვევაში, პარლამენტი შესაბამის რეაგირებას ახდენს რეგლამენტსა და საპარლამენტო ეტიკეტზე დაყრდნობით<sup>98</sup>. ნიშანდობლივია, რომ ინდემნიტეტის აბსოლუტური ხასიათი დიფამაციის ელემენტებსაც შეიცავს.

2. ევროპარლამენტის წევრის მიერ იმუნიტეტზე უარის თქმის შემთხვევაში, სამართლებრივი შედეგი არ დგება<sup>99</sup>.

3. საპარლამენტო იმუნიტეტი არის არა პირადი პრივილეგია, არამედ ევროპარლამენტისა და მისი წევრების დამოუკიდებლობის გარანტია<sup>100</sup>.

3. ევროპარლამენტის გარეთ გამოთქმული მოსაზრებები აშკარა და პირდაპირ ბმაში უნდა იყოს საპარლამენტო ფუნქციებთან<sup>101</sup>.

4. ევროპარლამენტის შესაბამის კომიტეტს არ აქვს უფლება იმისა, რომ დეპუტატი ცნოს დამნაშავედ ან გამოაცხადოს უდანაშაულოდ, ვინაიდან ეს სასამართლოს ექსკლუზიური უფლებამოსილებაა<sup>102</sup>.

5. განსაკუთრებით სერიოზული ბრალდების შემთხვევაში,

---

<sup>96</sup> Protocol on the Privileges and Immunities of the European Communities 1965 (PPI), Art. 10.

<sup>97</sup> Offermann K., Parliamentary Immunity in the European Parliament, 2005 (updated 2007), 8.

<sup>98</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 23-24.

<sup>99</sup> იქვე, 29.

<sup>100</sup> Offermann K., Parliamentary Immunity in the European Parliament, 2005 (updated 2007), 22.

<sup>101</sup> Non-liable? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, An Overview, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 26-27.

<sup>102</sup> იქვე, 29.

იმუნიტეტი ექვემდებარება მოხსნას, ხოლო თუ ადგილი აქვს *fi-mus persecutionis* ან პოლიტიკურ საქმიანობას, მაშინ, არა<sup>103</sup>.

საინტერესოა აღინიშნოს, რომ პოლიტიკურ საქმიანობაში არ იგულისხმება:<sup>104</sup>

1. ქმედებები, რომლებიც საფრთხეს უქმნის ინდივიდებსა და დემოკრატიულ საზოგადოებას (ტერორისტულ აქტებში მსჯავრდებულთა მხარდაჭერა, კრიმინალურ ორგანიზაციებში წევრობა, ნარკოტიკულ დანაშაულთან კავშირი, ა.შ.).

2. დიფამაციის შედეგად, დაზარალებული მხარისთვის არა სამსახურებრივი, არამედ პიროვნული თვალსაზრისით შეურაცხყოფის მიყენება.

3. სისხლის ან ადმინისტრაციული ნორმების აშკარა დარღვევა, რაც არ არის დაკავშირებული პოლიტიკურ საქმიანობასთან (მაგ., მანქანის აკრძალულ ზონაში გაჩერება, საგზაო შემთხვევა, მანქანის ტარებისას სხვადასხვა სანომრე ნიშნის აღმოჩენისას პოლიციელისთვის შეურაცხყოფის მიყენება, ფინანსური სარგებლის მიღების სანაცვლოდ ნეპოტიზმი, თაღლითობა).

გარკვეული პერიოდის განმავლობაში ევროპარლამენტის წევრობა შეთავსებადი იყო ეროვნული პარლამენტის წევრის სტატუსთან<sup>105</sup> და მოქმედებდა ორმაგი საპარლამენტო იმუნიტეტის რეჟიმი, თუმცა, დღეს-დღეობით აღარ მოქმედებს, რამეთუ ორმაგი მანდატის მფლობელები დროის დიდ ნაწილს მხოლოდ ეროვნულ პოლიტიკას უთმობდნენ და ამით აძლიერებდნენ ევროპარლამენტის ნეგატიურ სტერეოტიპს<sup>106</sup>.

შეჯამების სახით შეიძლება ითქვას, რომ ევროპარლამენტსა და საპარლამენტო ასამბლეაში მოქმედი საპარლამენტო იმუნიტეტის პარადიგმა შიდასახელმწიფოებრივი და საერთაშორისო სამართლის ნორმების კუმულაციური ერთობლიობის ნაყოფია. როდესაც ევროკავშირის წევრი სახელმწიფო მიმართავს ევროპარლამენტს მისი წარმომადგენლისთვის იმუნიტეტის მოხსნის

<sup>103</sup> Offermann K., *Parliamentary Immunity in the European Parliament*, 2005 (updated 2007), 23.

<sup>104</sup> იქვე, 24,26.

<sup>105</sup> ალასანია გ., *ევროკავშირის მმართველობის კონსტიტუციური პრინციპები*, თბილისი, 2013, 105.

<sup>106</sup> იქვე, იხ. ციტირება: Diman, Desmond, *Ever closer Union?* MaeMillan, Lynne Reinner Publishers, Inc., p. 263.

თაობაზე, ეს უკანასკნელი ვალდებულია, რომ გაისიგრძეგანოს შესაბამისი სახელმწიფოს ეროვნულ სამართალში მოქმედი იმუნიტეტის მარეგულირებელი წესები. რასაკვირველია, ეს გარემოება მიდრეკილია გადაწყვეტილების მიღების გაჭიანურებისკენ, მცდარი ინტერპრეტაციისა და რელევანტური წესების არასწორი გამოყენებისკენ<sup>107</sup>. ამისგან განსხვავებით, ევროპარლამენტის წევრის ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ყოფნის დროს, გამოიყენება ე.წ. „გაერთიანების იმუნიტეტი“<sup>108</sup>, რომელიც გაზიარებულია თითოეული წევრი სახელმწიფოს მიერ და ამდენად, სირთულეებს არ ქმნის.

#### **IV. საპარლამენტო იმუნიტეტი საქართველოში და მისი განვითარების პერსპექტივები**

საქართველოში საპარლამენტო იმუნიტეტის მარეგულირებელი სამართლებრივი ბაზა მოცემულია საქართველოს კონსტიტუციაში, პარლამენტის რეგლამენტში, საქართველოს კანონში „საქართველოს პარლამენტის წევრის სტატუსის შესახებ“ და სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში. სადეპუტატო იმუნიტეტის ფარგლები ამომწურავად განისაზღვრება; კონსტიტუციით და სხვა საკანონმდებლო აქტით დაუშვებელია მისი გაფართოვება და შემცირება, რაც განპირობებულია იმით, რომ იმუნიტეტი არ მიეკუთვნება ადამიანის ძირითად უფლებებს, რომელთა მინიმალური ზღვარი განისაზღვრება კონსტიტუციით და შეიძლება, განივრცოს სხვა სპეციალური კანონით თუ სამართლებრივი აქტით<sup>109</sup>.

საყურადღებოა, რომ საქართველოს კონსტიტუციისა და პარლამენტის რეგლამენტისთვის უცხოა ტერმინები ინდემნიტეტი და იმუნიტეტი. მაშინ, როდესაც „საქართველოს პარლამენტის წევრის სტატუსის შესახებ“ საქართველოს კანონის იმუნიტეტით დასათაურებულ მე-18 მუხლში გაერთიანებულია იმუნიტეტისა და

<sup>107</sup> Offermann K., *Parliamentary Immunity in the European Parliament*, 2005 (updated 2007), 11.

<sup>108</sup> Non-liaible? Inviolable? Untouchable? The Challenge of Parliamentary Immunities, *An Overview*, Office for Promotion of Parliamentary Democracy, 2012, 26.

<sup>109</sup> განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე საქართველოს კანონში „საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი“ ცვლილებების შეტანის შესახებ, 2014, 1.

ინდემნიტეტის თვისობრივი მახასიათებლები. თუ რა პერიოდის განმავლობაში სარგებლობს პარლამენტის წევრი საპარლამენტო იმუნიტეტით, ამის შესახებ პირდაპირი მითითება არ კეთდება. ამიტომ, უნდა ვივარაუდოთ, რომ პარლამენტის წევრი საპარლამენტო იმუნიტეტით მხოლოდ უფლებამოსილების ვადის განმავლობაში სარგებლობს<sup>110</sup>. „საქართველოს პარლამენტის წევრის სტატუსის შესახებ“ საქართველოს კანონის მიხედვით, პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების ვადა იწყება უფლებამოსილების დადასტურების დღიდან და მთავრდება ახალარჩეული პარლამენტის პირველი შეკრებისთანავე ან ვადამდე შეწყვეტის შესახებ პარლამენტის გადაწყვეტილების მიღებისთანავე<sup>111</sup>, ხოლო პარლამენტის რეგლამენტის მე-8 მუხლის 1-ლი პუნქტის თანახმად, უფლებამოსილების ვადა იწყება პარლამენტის წევრის მიერ ფიცის დადებისთანავე და მთავრდება ახალარჩეული პარლამენტის პირველი შეკრებისთანავე. ახალარჩეული პარლამენტის პირველი შეკრება შემდგარად ჩაითვლება, თუ პარლამენტი ცნობს პარლამენტის წევრთა სრული შემადგენლობის არანაკლებ ორი მესამედის უფლებამოსილებას, რის შემდეგაც პარლამენტის წევრები ქვეყნისადმი ერთგულების ფიცს დებენ. შესაბამისად, ჩნდება ლეგიტიმური კითხვა, პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების ვადა იწყება უფლებამოსილების დადასტურების/ცნობის დღიდან, თუ ფიცის დადებისთანავე. პარლამენტმა შეიძლება ცნოს პარლამენტის წევრის უფლებამოსილება, თუმცა პარლამენტის სრული შემადგენლობის არანაკლებ ორი მესამედის უფლებამოსილების ცნობის არარსებობის გამო მან ვერ დადოს ფიცი, რადგან ასეთ შემთხვევაში პლენარული სხდომა წყდება. ახალარჩეული პარლამენტის მომდევნო სხდომას იწვევს საქართველოს ცენტრალური საარჩევნო კომისიის თავჯდომარე იმ დღიდან 10 დღის განმავლობაში, როდესაც შესაძლებელი გახდება პარლამენტის წევრად არჩეული იმდენი პირის უფლებამოსილების ცნობა, რამდენიც საკმარისია პარლამენტის სრული შემადგენლობის ორ მესა-

---

<sup>110</sup> გონაშვილი ვ., გილიგაშვილი რ., პარლამენტის წევრის იმუნიტეტის ზოგიერთი პრობლემის შესახებ, ჟურნალი „სამართალი“, №1-2, 2001, 14.

<sup>111</sup> საქართველოს კანონი „საქართველოს პარლამენტის წევრის სტატუსის შესახებ“, მე-4 მუხლის 1-ლი ნაწილი.

მედამდე შესავსებად<sup>112</sup>.

გამომდინარე იქიდან, რომ წინა მოწვევის პარლამენტს უფლებამოსილება უწყდება ახალარჩეული პარლამენტის წევრთა სრული შემადგენლობის არანაკლებ ორი მესამედის უფლებამოსილების ცნობის შემდეგ და ქვეყნისადმი ერთგულების ფიცის დადება ამ პროცესის გაგრძელებაა, „საქართველოს პარლამენტის წევრის სტატუსის შესახებ“ საქართველოს კანონში პარლამენტის უფლებამოსილების ვადის ხანგრძლივად დადასტურების/ცნობის ნაცვლად, ფიცის დადება უნდა იყოს გათვალისწინებული, როგორც ეს პარლამენტის რეგლამენტითაა გათვალისწინებული.

საქართველოს კანონმდებლობაში, ინდემნიტიტი გულისხმობს პარლამენტის წევრის პასუხისმგებლობაში მიუცემლობას მოვალეობის შესრულებისას, პარლამენტში ან მის გარეთ გამოთქმული აზრებისა და შეხედულებების გამო. გარდა ამისა, პარლამენტის წევრის უფლებას, ჩვენება არ მისცეს იმ ფაქტის გამო, რომელიც მას გაანდეს, როგორც პარლამენტის წევრს და ამ საკითხზე მასალის დაყადაღების დაუშვებლობას, რომელიც გრძელდება უფლებამოსილების შეწყვეტის შემდეგაც. საქართველოს პარლამენტში აკრძალულია შეურაცხმყოფელი, პატივისა და ღირსების შემლახველი მოქმედებები და უხამსი გამოსვლები<sup>113</sup>.

იმუნიტეტის საკანონმდებლო ფორმულა პარლამენტის თანხმობის გარეშე გამოორიცხავს ისეთი საპროცესო მოქმედებების განხორციელებას, როგორცაა დაკავება, დაპატიმრება, ბინის, მანქანის, სამუშაო ადგილის ან პირადი გაჩხრეკა. გამონაკლის წარმოადგენს დანაშაულზე წასწრება, რაც დაუყოვნებლივ უნდა ეცნობოს პარლამენტს და თუ ეს უკანასკნელი არ მისცემს თანხმობას, დაკავებული ან დაპატიმრებული დეპუტატი დაუყოვნებლივ უნდა გათავისუფლდეს. საგულისხმოა, რომ დანაშაულზე წასწრების კონტექსტში, დაკავებისა და დაპატიმრებისგან განსხვავებით, არ არის გათვალისწინებული გაჩხრეკის სამართლებრივი რეჟიმი. ამასთანავე, ბუნდოვანია, თუ დროის რომელი მონაკვეთი იგულისხმება ფორმულირებაში „დაუყოვნებლივ უნდა ეცნობოს პარლამენტს“.

საკმაოდ პრობლემატურია სესიებს შორის პერიოდში დეპუ-

<sup>112</sup> საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის 122-ე მუხლის მე-6 პუნქტი.

<sup>113</sup> იქვე, მე-5 მუხლის მე-4 პუნქტი.

ტატის დანაშაულზე წასწრების შემთხვევაში, პარლამენტის მიერ საკითხის განხილვის პროცედურა. კერძოდ, საქართველოს კონსტიტუციის 61-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, საქართველოს პრეზიდენტი პარლამენტის თავმჯდომარის, პარლამენტის წევრთა ერთი მეოთხედის მოთხოვნით ან მთავრობის წარდგინებით, პარლამენტის სესიებს შორის პერიოდში ინვეეს რიგგარეშე სესიას ან რიგგარეშე სხდომას და თუ მოწვევის აქტი არ გამოიცა მოთხოვნის წარდგენიდან 48 საათში, პარლამენტი იკრიბება მომდევნო 48 საათის განმავლობაში. ეს ყოველივე იმ ფონზე, როდესაც კონსტიტუციის მე-18 მუხლით, დაკავებული თუ სხვაგვარად თავისუფლებაშეზღუდული პირი, სასამართლოს განსჯადობის მიხედვით უნდა წარედგინოს არა უგვიანეს 48 საათისა. ეს იმპერატიულად განსაზღვრული ვადაა და ინტერპრეტაციის გზით, 48 საათიანი ზღვარის გაზრდის არავითარი სამართლებრივი შესაძლებლობა არ არსებობს<sup>114</sup>. შესაბამისად, საქართველოს კონსტიტუციაში ერთმანეთის გვერდიგვერდ არსებობს ორი ურთიერთგამომრიცხავი სამართლებრივი ნორმა, რაც წარმოადგენს ხარვეზს და საჭიროებს აღმოიფხვრას. გასათვალისწინებელია, ჩეხეთის კანონმდებლობა, სადაც პარლამენტის თავმჯდომარე თანხმობას აძლევს დაკავებიდან 24 საათის განმავლობაში<sup>115</sup>.

ნიშანდობლივია აღინიშნოს, რომ „საგამოძიებო მოქმედებათა ჩატარების შესახებ წინადადება პარლამენტში შეაქვს საქართველოს მთავარ პროკურორს“<sup>116</sup>, რომელიც ვერ მოითხოვს იმუნიტეტის მოხსნას, რადგან გაუგებარი ხდება, თუ რას ითხოვს (ტერმინი „იმუნიტეტი“ მხოლოდ მეცნიერებაში იხმარება)<sup>117</sup>. აქვე მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ საქართველოში იმუნიტეტი არ არის ერთიანი და მთავარმა პროკურორმა ჩასატარებელ საგამოძიებო მოქმედებებზე ცალ-ცალკე უნდა მოითხოვოს პარლა-

<sup>114</sup> საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, საქართველოს მოქალაქეობა, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, პ. ტურავას რედაქტორობით, თბილისი, 2013, 150.

<sup>115</sup> გონაშვილი ვ., გილიგაშვილი რ., პარლამენტის წევრის იმუნიტეტის ზოგიერთი პრობლემის შესახებ, ჟურნალი „სამართალი“, №1-2, 2001, 18.

<sup>116</sup> საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტი, მუხლი 10.

<sup>117</sup> გონაშვილი ვ., გილიგაშვილი რ., პარლამენტის წევრის იმუნიტეტის ზოგიერთი პრობლემის შესახებ, ჟურნალი „სამართალი“, №1-2, 2001, 3-14.

მენტისგან თანხმობა<sup>118</sup>. იმუნიტეტი ერთიანია იმ ქვეყნებში, სადაც კონსტიტუცია ითვალისწინებს „იმუნიტეტის“ მექანიზმს, მაგალითად, ესპანეთსა და რუმინეთში ან როდესაც კანონმდებლობა მხოლოდ დაპატიმრებაზე თანხმობას ითვალისწინებს ან სადაც საპროცესო მოქმედებებში გვხვდება „თავისუფლების სხვაგვარი შეზღუდვა“ (გერმანია, საბერძნეთი)<sup>119</sup>.

## **V. საპარლამენტო იმუნიტეტის თანაფარდობა სამართლებრივ სახელმწიფოსთან**

### **1. საპარლამენტო იმუნიტეტის მიმართება თანასწორობის პრინციპთან**

საპარლამენტო იმუნიტეტის არსის გაანალიზებისას, ძალზე მნიშვნელოვანია თანასწორობის პრინციპის საპარლამენტო იმუნიტეტთან ურთიერთმიმართების ცალკე გამოყოფა და ყურადღების გამახვილება. კონსტიტუცია კრძალავს კანონის წინაშე არსებითად თანასწორთა უთანასწოროდ მოპყრობას გონივრული და ობიექტური დასაბუთების გარეშე.<sup>120</sup> საპარლამენტო იმუნიტეტის ინსტიტუტი სპეციალური რეგულირების სფეროში შედის და კანონის უზენაესობის მიმართ არსებული ჰორიზონტალური მდგომარეობა სადეპუტატო უფლებამოსილების პერიოდში, დროებით ვერტიკალურ სიბრტყეში გადადის. თუმცა, ხაზგასასმელია, რომ ასეთი დიფერენცირებული დამოკიდებულება მხოლოდ დროებითია, აღმატებული საჯარო სიკეთითაა განპირობებული და ლეგიტიმურ საფუძველს მოკლებული არ არის. ამიტომ, ეს უკანასკნელი საზოგადოების ცნობიერებაში იმთავითვე არ უნდა აღიბეჭდებოდეს, როგორც მართლმსაჯულებისგან თავის დაღწევის საშუალება. მას არ ახასიათებს დაუსჯელობის სინდრომი. სწორედ, საჯარო ინტერესების უწყვეტი და სრულყოფილი გატარება ინვესს მართლმსაჯულების აღსრულების დროში

<sup>118</sup> იქვე, 13.

<sup>119</sup> გონაშვილი ვ., პარლამენტის წევრის შესახებ საქართველოს კანონმდებლობის სრულყოფისათვის, საკანდიდატო დისერტაცია, თბილისი, თსუ, 2004, 68. (ხელნაწერის უფლებით).

<sup>120</sup> ტულუში თ., ბურჯანაძე გ., მშვენიერაძე გ., გოცირიძე გ., მენაბდე ვ., ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, მ. კოპალეიშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2013, 36.



გადაწვევას. ელექტორატისა და მის მიერ არჩეული წარმომადგენლების საერთო ჯგუფში, მიუკერძოებელი სასამართლო ის შუარგოლია, რომელიც გამოიტანს საბოლოო ვერდიქტს ბოროტად გამოიყენა თუ არა დეპუტატმა მინიჭებული პრივილეგია. პარლამენტში სასამართლო პროცესის ჩატარებასთან დაკავშირებით, ევროპულმა სასამართლომ<sup>121</sup> ცალსახად უარყოფითი დამოკიდებულება გამოამჟღავნა.

## **2. საპარლამენტო იმუნიტეტის უარყოფითი მხარეები და კონტ-არგუმენტები**

თანამედროვე კონტექსტში, საპარლამენტო იმუნიტეტის უარყოფითი კონოტაციის განმაპირობებელ ფაქტორებად სახელდება ანტისახელისუფლებო პროპაგანდის შესაძლებლობა, პირადი გამორჩენის ცდუნება, სხვათა უფლებების შელახვის გამო დაუსჯელობა, კორუფციის მასტიმულირებელი ეფექტი და პარლამენტში დაცვის ბერკეტი („არავინ შეიძლება იყოს მოსამართლე თავის საქმეში“ პრინციპის დარღვევა)<sup>122</sup>. ამ არგუმენტების გასახათილებლად, თანმიმდევრობის დაცვით, შემდეგი არგუმენტების წარმოდგენაა რელევანტური: პირველი, ანტისახელისუფლებო პროპაგანდის კუთხით, ქმედების ინდემნიტეტიდან იმუნიტეტში გადაზრდის ხარისხი საკმაოდ მაღალია და სავარაუდო დამნაშავე სასამართლოს წინაშე წარსდგება იმუნიტეტის მოხსნის ან უფლებამოსილების შეწყვეტის შემდეგ. მეორე, სხვათა უფლებების დარღვევა, არაეთიკური საქციელი და კორუფციული საქმიანობა უპასუხოდ არ რჩება. იმუნიტეტი დროებითი ნავსაყუდელია და თუ დეპუტატი მანდატს ჩადენილი დანაშაულისთვის თავშესაფრად გამოიყენებს, მისი მოქმედების შეწყვეტის შემდეგ მართლმსაჯულების მარწმუნებს მაინც ვერ გაექცევა. მესამე, მართალია, იმუნიტეტის მოხსნასთან დაკავშირებით გადაწყვეტილების მიღებას იმ ორგანოში აქვს ადგილი, რომელსაც წარმოადგენს დეპუტატი, მაგრამ ეს გარემოება გამონვეულია იმიტომ, რომ „პარლამენტი სარგებლობს განსაკუთრებული იურისდიქციით, „ექსკლუზიური უფლებამოსილებით“, როგორც ეს არქაულ ტერმინშია მოცემუ-

<sup>121</sup> European Court of Human Rights, Case of Demicoli v. Malta, no 13057/87, 1991.

<sup>122</sup> Wigley S., Parliamentary Immunity in Democratizing Countries: The Case of Turkey, Human Rights Quarterly, Vol.31, 2009, 568, 575-576.

ლი, განიხილოს საპარლამენტო პრივილეგიასთან დაკავშირებული ნებისმიერი საკითხი<sup>123</sup>. მთლიანობაში, როდესაც სასწორის ერთ პინაზე საპარლამენტო იმუნიტეტის უარყოფითი მახასიათებლებია წარმოდგენილი, ხოლო მეორეზე დადებითი, ამ უკანასკნელის საპირწონედ გადაინონება. სწორედ, ამიტომ არ კარგავს იგი დღესაც აქტუალობას და აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში.

## დასკვნა

საპარლამენტო იმუნიტეტი საპარლამენტო დემოკრატიის თვითმყოფადი, განუყოფელი, უნიკალური და უნივერსალური მოვლენაა, რომელიც თანაბრად თავსებადია, როგორც დემოკრატიული, ისე სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებთან. მას ფუნქციონალური დატვირთვა აქვს და გარე აქტორებისგან პარლამენტის „საშინაო“ საქმეებში ჩაურევლობის, დამოუკიდებლობის, შეუფერხებელი საქმიანობის, პლურალიზმისა და სხვა დემოკრატიული ფასეულობების სადარაჯოზე დგას. იგი ერთსა და იმავე დროს *ex officio* პრივილეგიაა, *ad hoc* დაცვაა, გარანტიაა, უფლებაა, ვალდებულება და თავისუფლებაა. საპარლამენტო იმუნიტეტი კონსტიტუციური ნიალის პირმშოა, რომელიც აწესებს სამართლებრივ კალაპოტს, რომელშიც უნდა მიმდინარეობდეს კანონმდებლობის განვითარება. საპარლამენტო იმუნიტეტს გარკვეული ასიმეტრია შეაქვს უფლებრივ ღირებულებათა წესრიგში, ამიტომ, მიზანშეწონილია, რომ მინიმუმ მოსარგებლე სუბიექტთა წრე და დაცული ქმედებები სახელმწიფოს კონსტიტუციის დონეზე იყოს განმტკიცებული.

ევროპის ქვეყნების კონსტიტუციების ანალიზი ცხადყოფს, რომ საპარლამენტო იმუნიტეტი გვხვდება, როგორც რესპუბლიკის, ისე მონარქიის მმართველობის ფორმებში და სხვადასხვაგვარი ტერმინოლოგიითა და მოცულობით ჰპოვებს ასახვას. სწორედ, წევრ სახელმწიფოებში საპარლამენტო იმუნიტეტთან მიმართებაში არსებული მრავალფეროვნების გამო, ევროკავშირს დღემდე არ შეუძლებია ერთიანი სტანდარტი, ამიტომ მის

---

<sup>123</sup> Parliamentary Privelege, House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Parliamentary Privelege, Report of Session 2013-2014, 7.

ფარგლებში ერთდროულად მოქმედებს შიდასახელმწიფოებრივი და „ევროკავშირის სამართლის“ ნორმების სინერგია. ამავდროულად, უნდა აღინიშნოს, რომ საპარლამენტო იმუნიტეტი მოქნილი ინსტიტუტია, რამეთუ ავტორიტეტული საერთაშორისო ორგანიზაციების დასკვნების, მოხსენებებისა თუ გადაწყვეტილებების საფუძველზე, ადვილად უწყობს ფეხს თანამედროვე მოთხოვნებს, ცოცხალი ორგანიზმივით ვითარდება და განიცდის მოდიფიკაციას. ანგლოსაქსური მოდელის ქვეყნებში ინდემნიტეტისგან განსხვავებით, იმუნიტეტი სუსტია, რაც განპირობებულია იმით, რომ მისი მოქმედება მხოლოდ სამოქალაქო საქმეებზე ვრცელდება. ფრანგული მოდელის ქვეყნებში ინდემნიტეტი და იმუნიტეტი ძლიერია, თუმცა იმუნიტეტისგან განსხვავებით ინდემნიტეტი შედარებით აბსოლუტურია.

დაბოლოს, რეკომენდებულია, რომ საქართველოს კანონმდებლობაში არსებული ნაპრალები შეივსოს და ხარვეზები აღმოიფხვრას, კერძოდ:

1. „საქართველოს პარლამენტის წევრის სტატუსის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-18 მუხლის სათაურში იმუნიტეტის ნაცვლად ჩაინეროს, საპარლამენტო იმუნიტეტი;

2. კონსტიტუციის დონეზე მოხდეს ტერმინების „იმუნიტეტი-სა“ და „ინდემნიტეტის“ შემოღება;

3. პარლამენტის წევრის დანაშაულზე წასწრების შემთხვევაში, განისაზღვროს მისი ბინის, მანქანის, სამუშაო ადგილის ან პირადი გაჩხრეკის მიმართ მოქმედი რეგულაციები;

4. განხორციელდეს შესაბამისი ცვლილებები, რათა სესიებს შორის პერიოდში მოწვევის აქტის გამოცემა და პარლამენტის მიერ პარლამენტის წევრისთვის იმუნიტეტის მოხსნა-არმოხსნის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღება მოხდეს თავისუფლების შეზღუდვიდან 48 საათის გასვლამდე.

5. „საქართველოს პარლამენტის წევრის სტატუსის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-4 მუხლის 1-ლი პუნქტი ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:

„1. პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების ვადა იწყება მის მიერ ფიცის დადებისთანავე და მთავრდება ახალარჩეული პარლამენტის პირველი შეკრებისთანავე ან პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის შესახებ პარლამენტის

გადაწყვეტილების მიღებისთანავე.“

6. საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის მე-8 მუხლის 1-ლი პუნქტი ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:

„1. პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების ვადა იწყება მის მიერ ფიცის დადებისთანავე და მთავრდება ახალარჩეული პარლამენტის პირველი შეკრებისთანავე ან პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის შესახებ პარლამენტის გადაწყვეტილების მიღებისთანავე.“

# ღირაგულეჯებით ღებარეინერეგული სამართალი

(ზოგადი მიმოხილვა საკანონმდებლო პროცესთან მიმართებით)  
ესე

## თორნიკე ნემსწვერიძე<sup>1</sup>

დღევანდელ რეალობაში დიდია სამართლის პრაქტიკულად ხელშესახები როლი. იგი წარმოგვიდგება იმ ნორმათა ერთობლიობის სახით, რომლის მიზანიც სამართლებრივად ღირებული სიკეთის დაცვაა, რითიც სამართალშემოქმედებით პროცესში უნდა შებოჭოს კანონმდებელი. წარმოდგენილ ესეში ყურადღება გამახვილდება საკანონმდებლო პროცესის განხორციელებისას სამართლის როლსა და ფუნქციებზე, მის მიზნებზე და ხელისუფლების მხრიდან მასთან მოპყრობის წესზე.

### I. ინსტიტუციათა უფლებამოსილება და მისი რეალიზების ფარგლები

ზოგადად, ამა თუ იმ ინსტიტუციას გააჩნია თავისი ფუნქციონირების ორბიტა და ძალაუფლების გავრცელების არეალი, ანუ ერთგვარი საკუთარი სამოქმედო სივრცე. მას გააჩნია სხვა ინსტიტუციების „სფეროებზე“ გარკვეული დოზით ზემოქმედების შესაძლებლობა, მაგრამ ამ დროს მთავარია არ მოხდეს იმ სადემარკაციო ხაზის გადაკვეთა, რომელიც კონფლიქტში შეიყვანს მას დანარჩენებთან. ყველამ თავისი უფლება-მოვალეობანი უნდა შეასრულოს; სხვის უფლებაში (კომპეტენციაში) ზღვარგადასული ჩარევის მცდელობამ შესაძლოა უკურეაქცია და საზოგადოებრივი დესტაბილიზაცია კი გამოიწვიოს. **უფლებებისა და კომპეტენციების ერთმანეთისათვის წართმევა ანარქიის მანიშნებელია, რადგან ამ დროს ვალდებულებები რჩება მატარებელი სუბიექტების გარეშე** და პასუხისმგებლობის გადაკისრების პროცესში შესაძლოა ზიანი საზოგადოებას მიადგეს. სხვანაირად რომ ვთქვათ,

<sup>1</sup> სამართალმცოდნეობის ბაკალავრი (თსუ), ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის საჯარო სამართლის მიმართულების მაგისტრანტი, იურისტი.

ამ დროს საფრთხე ემუქრება კომპეტენციითა ექსკლუზიურობას, რამაც შესაძლოა გამოიწვიოს სახელისუფლო ძალაუფლების დანაწილების პრინციპის დარღვევა, ამიტომაც უფლებამოსილებებში უცხო სუბიექტის შეჭრას სათანადო პასუხი უნდა გაეცეს კანონმდებლობით დადგენილ ფარგლებში.

## II. სამართლის მიზნობრივი დეტერმინანტი – სწრაფვა სამართლიანობისკენ

ნებისმიერ საზოგადოებრივ ურთიერთობაში სამართალს თავისი ღირებული და საკადრისი ადგილი უჭირავს. სამართალი არის სუბიექტისათვის ბუნებით მინიჭებული წარუვალი უფლებებისა და თავისუფლებების გავრცელების არეალის ლეგალური ფარგლებით შემოსაზღვრის უნიკალური საშუალება. **სამართალი ადგენს ლიმიტს – სანამდე ვრცელდება შენი უფლების პრაქტიკული რეალიზების ზღვარი და საიდან იწყება სხვისი.** ზოგადად, სამართალი დეტერმინირებულია სამართლიანი სამართლის ქმნისაკენ სწრაფვით, რითაც უნდა ხელმძღვანელობდეს კანონმდებელი კანონის შექმნისას, ვინაიდან სწორედ მის მიერ ნორმისათვის სიცოცხლისუნარიანობის მინიჭებაა მისთვის პრაქტიკაში სავალდებულო ძალის მიმცემი. **ნებისმიერ შემთხვევაში სამართლის პრიმატი და მიზნობრივი დეტერმინანტი სამართლიანობისკენ სწრაფვაა.** ნებისმიერი სამართლის ნორმა საზოგადოებრივი და სახელმწიფოებრივი საჭიროებისათვის უნდა იქმნებოდეს და არ ეწინააღმდეგებოდეს ქვეყანაში დამკვიდრებულ ღირებულებებსა და ჩვეულებებს. ნორმის პრაქტიკაში მოქმედებამ სამართლებრივი სიკეთე უნდა დაიცვას და იგი არ უნდა აღიქმებოდეს, როგორც გაუცხოებული ელემენტი. სხვანაირად რომ ვთქვათ, არ უნდა მოხდეს ამა თუ იმ სამართლის ინსტიტუტის ცნების იმგვარი ჩამოყალიბება, რომელიც არსებულ საზოგადოებაში ამ ინსტიტუტის გაუცხოებას იწვევს. ნებისმიერი ინსტიტუტია ვალდებულია გაითვალისწინოს ის რეალობა, სადაც უნდა იმოქმედოს სამართლის ნორმამ და ამის შემდეგ მიიღოს გადაწყვეტილება.

თუ სამართლიანი სამართლისაკენ სწრაფვის პროცესში საზოგადოებასა და სახელმწიფოს შორის გაუცხოება მოხდა, ეს იმის მანიშნებელია, რომ პროცესი კალაპოტიდან ამოვარდა და

ამ დროს საჭიროა უკან დაბრუნება; საზოგადოების გულისცემის მოსმენა და პრობლემის იმგვარი მოწესრიგება, რომელიც ადამიანებს აგრძნობინებს, რომ ისინი ნამდვილად ცხოვრობენ სამართლებრივ სახელმწიფოში.

არახალია პოსტულატი – ხელისუფლების წყარო ხალხია. სახალხოობის მანდატი აძლევს ხელისუფლებას იმის უფლებამოსილებას, რომ სამართლებრივი ინსტრუმენტების საშუალებით მოახდინოს ურთიერთობების რეგულირება. **ხალხთან გაუცხოებული ხელისუფლების სახალხოობის მანდატის ხარისხი იკლებს და პასუხისმგებლობას მას ხალხი არჩევნების დროს დააკისრებს.** გასათვალისწინებელია, რომ **არჩევნებია ის ლეგიტიმური საშუალება, სადაც წყდება ხელისუფლების წარმომადგენელთა (არა მხოლოდ) „ბედი თუ უბედობა“.** ამ დროს აგრძნობინებს ხალხი ხელისუფლებას იზიარებს თუ არა მის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებს.

### III. სახელმწიფოს სუვერენული უფლება – მოაწესრიგოს შიდასახელმწიფოებრივი ურთიერთობები

სახელმწიფო ის სუბიექტია, რომელსაც სხვადასხვა პროცესების სამართავად მთელი რიგი ექსკლუზიური უფლებამოსილებები გააჩნია. მათ შორის, სამართლებრივი ბერკეტები. იგი ამ უფლებამოსილებას საკუთარი მიხედულებიდან გამომდინარე იყენებს, მაგრამ რეალობა, ის სოციუმი, სადაც სახელმწიფოა, ზღუდავს მას. საშუალებას არ აძლევს გასცდეს საზოგადოებრივ საჭიროებას.

ხშირად აღნიშნავენ, რომ თითქოს და ანტიდისკრიმინაციული კანონის მიღება ევროპის მოთხოვნა იყო, მაგრამ ეს ცალსახად მცდარი მიდგომაა და გარკვეული პოლიტიკური ჯგუფების სურვილი, რომ ასე იყოს. **სახელმწიფოს სუვერენული უფლებაა შიდასახელმწიფოებრივი ურთიერთობების სამართლებრივი მოწესრიგება და ამაში ვერცერთი სხვა, თუნდაც, საერთაშორისო დონის ინსტიტუცია ვერ ჩაერევა;** მაგრამ ეს სახელმწიფოს იმის უფლებას არ ანიჭებს, რომ ამოვარდეს დემოკრატიულობის ფარგლებიდან და თავად იქცეს ხალხის წანააღმდეგ მიმართულ ინსტიტუციად.

თანამედროვე დემოკრატიის თეორია საკმაოდ მრავლისმომცველია და სახელმწიფოს მოეთხოვება, რომ მასთან შესაბამ-

ისობაში მოდიოდეს მის მიერ გადადგმული ნებისმიერი ნაბიჯი, ანუ იგი არ უნდა გასცდეს მის მიერ დადგენილ ფარგლებს. დემოკრატიულობის ფარგლებში თავსებადობა მნიშვნელოვანია, მაგრამ, ამავდროულად, გასათვალისწინებელია მოცემული ქვეყნის ტრადიციები, ჩვეულებები, მორალი, ეთიკა, რომელთან კონფლიქტიდაც არ უნდა მოდიოდეს გადაწყვეტა. **წარმოუდგენელია სამართლის ნორმა, რომელიც არ იზიარებს საზოგადოებრივ მუხტს;** სამართლის ნორმა, რომელიც ყოველთვის კონფლიქტში იქნება ტრადიციებთან, მორალთან, ჩვეულებებთან, ეთიკურობასთან და ზოგადად, უცხო სხეულად იქნება აღქმული კონკრეტულ საზოგადოებაში – ადრე თუ გვიან საზოგადოება მას „მეამბოხეობას“ არ აპატიებს.

საინტერესო მოსაზრებას ავითარებს ცნობილი გერმანელი მეცნიერი რადბრუხი. იგი წერს, რომ „სამართალი ის არის, რაც ხალხს რგებს“, რასაც ძნელია არ დაეთანხმო. საინტერესოდ აგრძელებს მსჯელობას მეცნიერი და შენიშნავს, რომ „არა, ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ყველაფერი, რაც ხალხისათვის სასარგებლოა, სამართალია. უფრო ხშირად შებრუნებითაა: რაც სამართალია, ხალხს მხოლოდ ის რგებს.“ სწორედაც, რომ **სარგებლიანობაა ის ერთ-ერთი სუბსტანციური ელემენტი, რომელსაც რეალიზების შედეგად უნდა გვაძლევდეს სამართალი.** სამართალი იმ ღირებულებების მატარებელია, რომელიც თავად საზოგადოებას გააჩნია; ამიტომაც ისეთი მართლწესრიგი დიდხანს ვერ იარსებებს, რომელიც არ ატარებს ამ ღირებულებებს და კოლიზიაშია, საზოგადოდ, ღირებულებით წესრიგთან.

#### **IV. მოქმედი სამართლისათვის წაყენებული მოთხოვნები და სამართლებრივი კულტურა**

სამართალი იქმნება ცხოვრებაში განვითარებული ურთიერთობების მოსაწესრიგებლად. დღევანდელი სწრაფად ცვლადი რეალობა და ამიტომაც სამართალს იმასთან ერთად, რომ საზოგადოების მოთხოვნილებებიდან გამომდინარე **ანესრიგებდეს ურთიერთობებს, ევალეზა მიმართული იყოს მომავლისაკენ, ანუ უსწრებდეს დღევანდელიობას, მაგრამ არ უგულებელყოფდეს მის მოთხოვნებს.**



ხშირად აღნიშნავენ, რომ საქართველოში სამართლებრივი კულტურის ხარისხის დეფიციტია, მაგრამ არავინ ამახვილებს ყურადღებას თუ რატომ არის მსგავსი მოცემულობა.

სამართლებრივი კულტურის ამაღლების პროცესში თავისი დიდი ფუნქციური როლი გააჩნია კანონმდებელს. კანონმემოქმედებით პროცესში, მის ერთ-ერთ მიზანს უნდა წარმოადგენდეს საზოგადოების სამართლებრივი კულტურის ეტაპობრივი განვითარება. ადრე თუ გვიან საქართველო გახდება ევროპული საზოგადოების სრულფასოვანი წევრი და, აქედან გამომდინარე, მოუწევს იმ ძირითადი პრინციპების გაზიარება, რომლებიც ქმნიან ევროპული სამართლის ღირებულებათა წესრიგს. ქართული სამართლის ევროპულ კანონმდებლობასთან ჰარმონიზაციის გზაზე და დემოკრატიული კანონმდებლობის შენების კვალდაკვალ სწორედ, ეს უნდა იყოს სახელმწიფოს ერთ-ერთი მიზანი, ანუ უნდა მოხდეს კანონმდებლობის სამართლებრივი და დემოკრატიული ღირებულებებით დამუხტვა და არა ფასადური, არარელევანტური ნორმებით მისი შევსება. ამ დროს სახელმწიფოს მიზანი არ უნდა იყოს დემოკრატიით თამაში, რაც მოჩვენებითს ხდის მას.

ღირებულებებზე დაფუძნებული სამართალი თავადაა სამართლებრივი სიკეთის დამცველი, რომელიც მიმართულია სარგებლიანობისკენ, თავის მხრივ, საზოგადოებაში მართლშეგნების დონის ამაღლება კი, სარგებელია, რომელიც სამართლის მეშვეობით მიიღწევა. კანტი წერდა, რომ „მაოცებს ორი რამ – ვარსკვლავიანი ცა ჩემს ზემოთ და ზნეობრივი კანონი ჩემში“. სწორედაც, რომ ადამიანში ზნეობრივი კანონის არსებობაა საფუძველი ზნეობრივი სამართლის ქმნისა და მისკენ სწავფისა. ყოველივე ეს კი ღირებულებებზე დამყარებული სამართლებრივი კულტურის მოქმედების ნაყოფია.

კანონმდებელი ქმნის კანონს, რომლითაც აწესრიგებს კონკრეტულ ურთიერთობას, მაგრამ ეს მონესრიგება თავის თავში მხოლოდ ახლანდელი პრობლემების აღმოფხვრას არ უნდა გულისხმობდეს და ამავდროულად წინგადადგმული ნაბიჯი უნდა იყოს იმ ზღვრამდე, სანამდეც საზოგადოების სამართლებრივი კულტურის წინსვლას პირველ ეტაპზე ესაჭიროება. პირველად დასახული მიზნის მიღწევის შემდეგ სასურველია პერმანენტულად გადაიდგას მსგავსი ნაბიჯები. ამ დროს **კანონმდებელი ხალხს მოტივა-**

**ციას უღვივებს – აიმაღლონ სამართლებრივი კულტურის დონე და ამ დონის შესაბამისი დაცვის გარანტიებს შეუქმნის მას სამართალი, ანუ კანონი უნდა ანერვივებდეს ახლანდელს და, ამავე დროს, მომალისკენ იყოს მიმართული, ყოველივე ეს კი საზოგადოებას აძლევს განვითარების საშუალებას.**

ქართული საზოგადოება საკმაოდ დიდი სამართლებრივი კულტურის მატარებელია. ამის დასტურად საკმარისია ქართული სამართლის უნიკალური ძეგლები, – ქართული სამართლის ღირებულებითი მატრიანე – რომლებიც მართლშეგნების დონის ამაღლებისა და სარგებლის მიღებისკენ იყვნიენ მიმართულნი. სწორედ, კანონმდებლის გონივრულ სამართალშემოქმედებით საქმიანობაზეა დამოკიდებულია ქართული სამართლებრივი კულტურის ამაღლების შესაძლებლობა, რადგან **„სამართლებრივი კულტურაც გონივრული სამართლის ნაყოფია. თუ სამართალი არ არის პრაქტიკულად გონივრული, ვერ ჩამოყალიბდება მისი შესატყვისი კულტურა და მათ შორის გაუცხოება იქნება“** (პროფ. ბ. ზოიძე).

## **V. სამართალი – სამართლებრივი სიკეთის დაცვისაკენ მიმართული საშუალება**

სამართალი უპირველესად სამართლებრივი სიკეთის დაცვისკენაა მიმართული. სამართლებრივ სიკეთედ აღიქმება ის, რაც საზოგადოებისთვის სარგებლის მომატანია, ის რაც საზოგადოების წევრების არსებობისათვის სუბსტანციურია. სამართლებრივი სიკეთეა, როგორც უფლება, ასევე ვალდებულება, რადგან ეს უკანასკნელი უფლების თანმხვედრია, რადგან ზოგადად, ერთის არსებობა უპირობოდ მეორესაც მოითხოვს.

ასე, რომ საზოგადოებაში **ბუნებრივად აღიქმება, თუ რა არის სამართლებრივად დაცვის ღირსი სიკეთე, რომელიც უნდა შემოისაზღვროს კანონმდებლის ხელში არსებული ლეგალური საშუალებებით, რათა მოხდეს მისი სამართლებრივი დაცვა.**

ათწლეულები და ხშირად საუკუნეები სჭირდებოდა იმის გაგებას, თუ რა იყო საზოგადოებისათვის ღირებული და ფასეული, რომელიც ამის შემდეგ ექცეოდა სამართლის დაცვის ფარგლებში. იმისთვის, რომ რაღაც იქცეს ღირებულებად, დროა საჭირო; ყველა უნდა დარწმუნდეს იმაში, რომ აუცილებელია მისი სამარ-

თლებრივი დაცვა.

ყოველივე ხელოვნური და საზოგადოებისგან გაუცხოებული ვითომ „სიკეთე“, რომელიც სარგებლიანობაზე არ არის გათვლილი, სამართლის დაცვის საფარქვეშ არ უნდა ექცეოდეს. სამართლებრივი სიკეთის მატარებელი ხალხია; არ შეიძლება რალაცას ვუნოდოთ „სიკეთე“ და იგი გაუცხოებული იყოს ხალხისაგან, საზოგადოებისაგან. წარმოუდგენელია ნამდვილმა ღირებულებამ და სიკეთემ ნეგატიური კონფლიქტი წარმოშვას საზოგადოებაში.

რადბრუხი აღნიშნავს, რომ „ადამიანური არასრულყოფილება ყოველთვის არ იძლევა იმის შესაძლებლობას, რომ კანონმა ჰარმონიულად ასახოს სამართლის სამი ღირებულება: საყოველთაო სარგებელი, სამართლებრივი დაცვა და სამართლიანობა.“ მაგრამ ეს არ ათავისუფლებს კანონშემოქმედს მიისწრაფვოდეს იმისკენ, რომ ნორმა დეტერმინირებული იყოს აღნიშნული ღირებულებებით.

## VI. ხელისუფლების უშუალოდ მოქმედი სამართლით ბოჭვის მიზანი

როდესაც წარმოიშობა კონფლიქტი ადამიანის ძირითად უფლებასა და მმართველი პოლიტიკური ძალის ინტერესებს შორის, ამ უკანასკნელს ყოველთვის უჩნდება **უფლებით დაცული ღირებულების სათავისოდ დაძლევის, ანუ უფლების დამორჩილების სურვილი**. ამის თავიდან ასაცილებლად და კონსტიტუციის დასაცავად მოწოდებულნი არიან მთელი რიგი სახელმწიფო ინსტიტუციები, რომელთაგან ერთ-ერთი მთავარი ფუნქცია საკონსტიტუციო სასამართლოს აკისრია, რომელმაც **არ უნდა დაუშვას სახელმწიფოს მმართველი პოლიტიკური ძალის მხრიდან კონსტიტუციის მეორე თავით გათვალისწინებული ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების ექსპანსია და დამორჩილება**. აუცილებელია, ხელისუფლება საკანონმდებლო პროცესის განხორციელებისას შეიბოჭოს უშუალოდ მოქმედი სამართლით, რათა კონსტიტუციის მთავარი ღირებულება – ადამიანი – კვლავ მიზანი იყოს ქვეყნის ძირითადი კანონის და კვლავ ის იდგეს კონსტიტუციის ცენტრში.

სწორედ ესაა ხელისუფლების უშუალოდ მოქმედი სამართლით ბოჭვის მიზანი; სხვა შემთხვევაში ძირითადი უფლებები, როგორც

ადამიანის სუბსტანციის შენარჩუნებისა და დაცვის საშუალებები, ამ დასახულ მიზანს ვერ შეასრულებენ. სახელმწიფო უნდა ცნობდეს, ემორჩილებოდეს და იცავდეს ძირითად უფლებათა პრიმატს და არა პირიქით, მაგრამ ყოველივე ამის საკანონმდებლო დონეზე დეკლარირება აღარაა საკმარისი და მთავარი მისი პრაქტიკული, ხელშესახები შედეგებით საზოგადოების უზრუნველყოფაა.

## VII. გაუცხოებული სამართლისათვის

სამართალს ახასიათებს გრძნობადობა, იგი საზოგადოების განვითარებასთან ერთად ვითარდება და მის დონეს განსაზღვრავს. ცნობილი ქართველი საზოგადო მოღვაწე და იურისტი ილია ჭავჭავაძე საგანგებოდ მიუთითებს რა „სამართლის რიგიანი მონყობილობის“ საჭიროებაზე აღნიშნავს, რომ საამისოდ აუცილებელია უზენაესი საკანონმდებლო ორგანოს მაღალორგანიზებული ფუნქციონირება და საერთოსაზოგადოებრივი ნების სამართლებრივად შორსმჭვრეტელური განსახიერება. ამ დროს კანონმდებელზე ბევრია დამოკიდებული. **მისი ერთი დაუფიქრებელი მოქმედება და სამართალი შესაძლოა ასცდეს რეალობას – ვერ უპასუხოს იმ მოთხოვნებს, რასაც მისგან მოელიან.** სამართალთან მოპყრობა ძალიან საფრთხილოა და მის მიმართ ზერელე დამოკიდებულება დამღუპველია. ჯერ კიდევ შოთა რუსთაველი აღნიშნავდა ფეოდალური პერიოდის საქართველოში, რომ **„ქმნა მართლისა სამართლისა, ხესა შეიქმს ხმელსა ნედლად“**. სამართლიანი სამართალია ის რაც ხალხს ესაჭიროება, მაგრამ არა გაუცხოებული ნორმები, რომლებიც იმდენად აბსტრაჰირებულია საზოგადოებისგან, რომ მის შესისხლხორცებას საუკუნეებიც არ ეყოფა.

ამასთან დაკავშირებით, საინტერესოა ილია ჭავჭავაძის მოსაზრება. მისთვის მნიშვნელოვანი და არსებითია, რომ **სამართალი ეფუძნებოდეს სამართლიანობას, სიმართლეს, რომელიც ნამდვილია – სუბსტანციურია სამართლისათვის დამახასიათებელი მრავალფეროვანი პალიტრისათვის.** სწორედ ეს აძლევს სამართალს უნარს – მოახდინოს ურთიერთობების სამართლებრივ ღირებულებებზე დამყარებული მონესრიგება.

**დაუშვებელია კანონშემოქმედში შეიმჩნეოდეს სამართლისადმი**

**ნიპილისტური დამოკიდებულება, რაც აკნინებს სამართლის როლს და პატივისცემის, მისით შებოჭვის სურვილს უკარგავს ადამიანს.** ამ დროს ეს უკანასკნელი ცდილობს თავის გათავისუფლებას გაუცხოებული ნორმისაგან.

მართებულად შენიშნავს პროფესორი ბ. ზოიძე, რომ „სამართლის სული მისი პრაქტიკული მოქმედებაა“. გაუცხოებულ სამართალს კი არ გააჩნია სამართლის ის სული, რომლითაც სავსეა სამართლიანი სამართალი, რადგან ის **განიცდის პრაქტიკული რეალიზების ნაკლებობას, ანუ სიცოცხლისუნარიანობას არის მოკლებული, რის შედეგადაც სახეზე გვაქვს სამართლის ქმედითობის „შიმშილი“.**

მოჩვენებითობა და ფასადურობა სამართლის სუბსტანციის გაუფასურების შესაძლებლობას იძლევა, რაც ერთი შეხედვითაც, ყოველგვარი მსჯელობის მიუხედავად მიუღებელია. როგორც პლატონი აღნიშნავს მოჩვენებითი სამართალი უსამართლოა. **თავის მხრივ, უსამართლო სამართალი გაუცხოებულია საზოგადოებისაგან, რადგან იგი ვერ გახდება საზოგადოების ნაწილი, ვინაიდან ამ უკანასკნელისაგან მომავალი უკურეაქცია მძლავრია.** ყოველივე ამის გამოწვევა არ შეუძლია სამართლიან სამართალს, რადგან მისი მოქმედება ისე სჭირდება საზოგადოებას, როგორც ჰაერი. სხვანაირად რომ ვთქვათ, ხალხი იმ კანონს ვერ დათმობს, რომელიც მისი არსებითი ნაწილი გახდა.

## **VIII. საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულა, კონსტიტუციის ლოგიკა და საკონსტიტუციო ცვლილებები**

უცხოურ იურიდიულ დოქტრინასა და სასამართლო პრაქტიკაში დიდი ხანია დავა მიმდინარეობს კონსტიტუციის პრეამბულის ბუნების შესახებ. ამჯერად, მოკლედ შევეხებით პრეამბულის სამართლებრივ ბუნებას, მის როლს კონსტიტუციის ლოგიკის ჩამოყალიბებასა და საკონსტიტუციო ცვლილებების განხორციელებისას მისი მეშვეობით ხელისუფლების ბოჭვას.

სადავოა მოსაზრება, რომელიც მიანიშნებს პრეამბულის მხოლოდ არანორმატიულ ბუნებაზე. თითქოს და მას მხოლოდ პოლიტიკური ხელისუფალის მიზნების საპრევენტაციო ფუნქცია, ერთგვარი იდეოლოგიური დატვირთვა გააჩნდეს, რომელიც

მოკლებულია ყოველგვარ სავალდებულოობასა და ბოჭვაუნარიანობას, რაც მართებული არ უნდა იყოს. ვფიქრობთ, რომ ქვეყნის ძირითადი კანონის პრეამბულას დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა გააჩნია იმიტომ, რომ **მისი იურიდიული ძალის ძირითად ფუნქციურ დიზაინს მისივე შინაარსის განსაზღვრელი კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპები (დემოკრატიული, სამართლებრივი და სოციალური სახელმწიფო და ა.შ.) ქმნიან.** აქედან გამოდის, რომ **პრეამბულა განსაზღვრავს და ადგენს კონსტიტუციის ღირებულებით წესრიგს და ქმნის ძლიერ პლაცდარმს ადამიანის, როგორც მთავარი ღირებულების დასაცავად.** მის გარეშე წარმოუდგენელია განსაზღვროთ კონსტიტუციური წესრიგის მნიშვნელობა. ამიტომაც, ნაკლებად სავარაუდოა, რომ მისი სახით კონსტიტუციის ტექსტში მხოლოდ არანორმატიული ბუნების მატარებელი ჩანანერი იყოს, რომელიც მოკლებულია ყოველგვარ პრაქტიკულ შინაარსს, იურიდიულ ძალასა და სარგებლიანობას.

**ჩანს, რომ საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულას, მისი შინაარსიდან გამომდინარე, გააჩნია კონსტიტუციური ლოგიკისა და მის შესაბამისად აზროვნების პროცესში, კომპასის ფუნქციის შესრულების უნარი,** ამიტომაც კანონმდებელი ყოველ ჯერზე, ახალი საკონსტიტუციო ცვლილების (არა მხოლოდ) განხორცილებისას, პრეამბულის აქტიური „მომხმარებელი“ უნდა იყოს, **რათა კონსტიტუციის ტექსტუალურ ქსოვილში შეტანილი ცვლილებები თანხვედრაში მოდიოდეს მის სულისკვეთებასთან და არ იყოს გაუცხოებული ქვეყნის ძირითადი კანონისათვის დამახასიათებელი ლოგიკისაგან.**

ქართულ რეალობაში გვხვდება შემთხვევები, როდესაც კონფლიქტია კონსტიტუციის ფუნქციონირებულ პრინციპებსა და კონსტიტუციის ტექსტში შეტანილ ცვლილებებს შორის. ქვეყნის ძირითად კანონში, რომ მსგავს „უხერხულობებს“ ადგილი არ ჰქონდეს, აუცილებელია მისგან დაცვის ბერკეტი არსებობდეს. ამ შემთხვევაში კი თავად პრეამბულის რესურსი გვაძლევს ამის შესაძლებლობას. იმდენად, რამდენადაც ძირითად კანონში პრეამბულას შემოაქვს ძირითადი პრინციპები, რომლებიც უნარიანი არიან წამოგვიდგინონ კონსტიტუციის „წამდვილი სახე“ და, ამავე დროს, შესწევთ ძალა იქცნენ კონსტიტუციის დამცველ ბასტიონად, კანონმდებელს აკისრია ვალდებულება კონსტიტუ-

ციის შესაბამისად იმოქმედოს და, ამ შემთხვევაში, პრეამბულის სახით არსებული შესაძლებლობა კონსტიტუციის სასარგებლოდ გამოიყენოს.

მიგვაჩნია, რომ **პრეამბულას შესწევს იურიდიული ძალა მოხაზოს/დაადგინოს კანონმდებლის მოქმედების არეალის ძირითადი კონტურები, რაც თავისთავად იძლევა შესაძლებლობას, რომ საკანონმდებლო პროცესი წარიმართოს კონსტიტუციის ლოგიკის შესაბამისად.**

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან ჩანს, რომ კონსტიტუციის პრეამბულა აქსიოლოგიურთან ერთად ნორმატიული შინაარსის მატარებელია, რაც პრაქტიკულ ქმედითობას ანიჭებს ძირითადი კანონის „შესავალს“ – ავალდებულებს, ბოჭავს ადრესატს; ხოლო თუ საკანონმდებლო პროცესის მიმდინარეობისას კანონმდებელი არ შეიბოჭა ამ დანაწესით შედეგად მივიღებთ არა ცვალებადი კონტექსტებისადმი მისადაგებულ კონსტიტუციას, არამედ ვინრო ჯგუფის მერკანტილურ ინტერესებზე მორგებულ ქვეყნის ძირითად კანონს.

## და ბოლოს

შეიძლება ითქვას, რომ სამართალი, როგორც სამართლებრივი ღირებულების მატარებელი და დამცველი, არ შეიძლება სანინალმდევოს შეიცავდეს, მაგრამ თუ შეიცავს ამას განგრძობადი სახე ვერ ექნება და ადრე თუ გვიან სამართლისათვის „სამართლის ნამდვილი სახის“ დაბრუნება მაინც გარდაუვალი იქნება. მართებულად შენიშნავს პროფესორი გიორგი ნანეიშვილი, რომ **„ყოველივე რაც სამართალი არ არის, სამართალს უპირისპირდება“.** ღირებულებებით დეტერმინირებული სამართალი, რომელიც დაცლილია ყოველგვარი გაუცხოებული ელემენტისაგან, ყოველთვის იდეალურია. ეს ის ჰორიზონტის ხაზია, რომელსაც დიდი ალბათობით შეიძლება ცხოვრებაში ხელი ვერ შევახოთ, მაგრამ უნდა ვგრძნობდეთ, რომ მივისწრაფვით მისკენ.

**სამართლიანი სამართალი სამართლის იმპერიაა პირამიდის მატერიაში გამოხატული, სადაც თითოეული სამართლის ნორმა ერთმანეთს ეფუძნება და ასე ქმნის ღირებულებებზე დამყარებულ სამართლებრივ ნესრიგს – სამართლის იმპერიას.** ამ ერთიან მატე-

რიაში წარმოუდგენელია იარსებოს „მეამბოხე“ ნორმამ, ვინაიდან ეს უკანასკნელი კონფლიქტშია დანარჩენებთან. იგი არ არის უნარიანი დაარღვიოს ერთიანი სამართლებრივი ქსოვილი და, ამის გამო, ადრე თუ გვიან დღის წესრიგში მისი სიცოცხლისუნარიანობის შეწყვეტის საკითხი დადგება.

და ბოლოს, გავიხსენებთ თენგიზ აბულაძის ფილმის – „მონანიება“, – ფინალურ ეპიზოდს:

ეს გზა ღვთისმშობლის ტაძრამდე მიმიყვანს?!

ეს ვარლამის ქუჩაა, ეს გზა ტაძართან არ მიგიყვანთ!

არა? მაშ რა საჭიროა იგი? რისი მაქნისია გზა, თუკი იგი ტაძართან არ მიმიყვანს?

მართლაც, და რა აზრი აქვს სამართლის ნორმას, რომელიც სამართლიანი სამართლის რეალიზების საშუალება არ არის და ვერ ახორციელებს ნორმისადმი დასახულ ამ პრაქტიკულ დეტერმინატს? ან/და რა აზრი აქვს ნორმას, რომელიც საზოგადოებას არ სჭირდება და ძალით ახვევენ თავს? რა აზრი აქვს სამართლის ნორმას, რომელიც გაუცხოებულია საზოგადოებისაგან და მოკლებულია ყოველგვარ პრაქტიკულ ქმედითობას? რა აზრი აქვს ძირითად ნორმას, რომელიც მიუხედავად უმაღლესი იურიდიული ძალისა, ვერ ახერხებს საკუთარი თავის დაცვას არასამართლებრივი ზემოქმედებებისაგან?..



# RECHTSSTELLUNG DER RELIGIONSGEMEINSCHAFTEN in Deutschland und Georgien<sup>1</sup>

David Maisuradze<sup>2</sup>

## A. Einleitung

Sowohl die deutsche als auch die georgische Geschichte kennt fast alle Modelle der Verhältnis zwischen Staat und Religion. Das Christentum war im Mittelalter in beiden Staaten die Staatsreligion. In Deutschland, in verschiedenen Zeiten und Gebieten, umfasste die geistige Herrschaft eines Bischofs auch die weltliche Macht oder umgekehrt: Der weltliche Herrscher galt zugleich als Machthaber der lokalen Kirche. In Georgien war die weltliche und kirchliche Gewalt formal stets institutionell getrennt, aber nicht unabhängig voneinander. Besonders hervorzuheben ist die Rolle der georgischen Kirche in der Bildung und danach im Bewahren des gemeinsamen georgischen Bewusstseins. Nachdem das georgische Königreich im 15. Jahrhundert in voneinander unabhängige Fürstentümer aufgeteilt worden war, blieb die georgische Kirche einig und bewahrte die Idee eines vereinigten georgischen Staates, die sich nach einigen Jahrhunderten wieder durchsetzte. Der lange Prozess des freundlichen Trennens vom deutschen Staat und der Religion wurde durch Regelungen der Weimarer Verfassung abgeschlossen. In Georgien setzte sich das Modell des strikten Trennens erstmals in der Zeit der ersten Republik 1918 bis 1921 durch.<sup>3</sup> Georgien hatte ausreichende negative Erfahrung mit dem radikal feindlichen Verhältnis zwischen Staat und Religion in der sowjetischen Zeit und Deutschland relative wenig Erfahrung in der DDR.

Diese historischen Faktoren beeinflussten auch das Religionsrecht beider Staaten. Das deutsche Verfassungsreligionsrecht entwickelte sich

<sup>1</sup> \* წინამდებარე ნაშრომი დაწერილია სამართლის მაგისტრის ხარისხის მოსაპოვებლად (კიოლნის უნივერსიტეტი, სამეცნიერო ხელმძღვანელი კარმენ შმიდტი (Carmen Schmidt) 2015.

<sup>2</sup> \*\* სამართლის მაგისტრი (კიოლნის უნივერსიტეტი), ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის სისხლის სამართლის მიმართულების მაგისტრანტი.

<sup>3</sup> Chezuriani, S. 7 f.

allmählich, entsprechend der historischen Ereignisse;<sup>4</sup> das georgische aber spontan nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit Georgiens 1991. Diese entwickelt und verbessert sich noch heute,<sup>5</sup> deshalb hat die Erfahrung der entwickelten Länder – und da das georgische Recht sich großteils als Rezeption des Deutschen darstellt, besonders deutsche Erfahrung – große Bedeutung. In den letzten Jahren wird in Georgien die Rechtsstellung und Rechte der Religionsgemeinschaften mit dem Hintergrund westlicher Konzepte heftig diskutiert. Die öffentlichen Diskussionen haben aber meistens keinen rechtswissenschaftlichen Charakter. Es existiert kaum eine georgische rechtliche Literatur in diesem Bereich. Zweck dieser Arbeit ist der Versuch, durch einen Vergleich des georgischen und deutschen Rechts unter Berücksichtigung lokaler Traditionen, Vorteile und Nachteile das georgischen (weniger deutschen) Rechts darzulegen und nach einer Zukunftsaussicht zu suchen. Darüber hinaus soll diese Arbeit in sich als Rechtsvergleich dienen: Religionsrecht beider christlich geprägten Staaten sollen einerseits wesentliche Ähnlichkeiten aufweisen, andererseits kann und muss es aber wegen verschiedener Kultur, Geschichte und geopolitischen Stands auch Unterschiede geben.

## B. Rechtsquellen

Ein konkretes Gesetz, das speziell das Verhältnis zwischen Staat und Religionsgemeinschaften in jeder Hinsicht regelt, gibt es weder in Georgien noch in Deutschland auf der Bundesebene. Die entsprechenden Regelungen sind in einzelnen Gesetzen zu finden. Den Kern des deutschen Religionsrechts beinhaltet das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), die Grundlagen des georgischen Religionsrechts sind im Verfassung Georgiens (GeoV) gelegt. Die Zentralnormen des GG bezüglich Religionsgemeinschaften sind in Art. 4 und 140 GG mit den inkorporierten Artikeln 136–139, 141 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) zu finden. Die Letzten haben besondere Bedeutung, weil sie sich auf solche Fragen wie Erwerb des Status von Religionsgemeinschaft,

---

<sup>4</sup> Honecker, (Deutsche Staatskirchenrecht, in:) Gleichheit der Religionen im GG? 2011, 8, S. 8 ff.

<sup>5</sup> Gatschetschiladse/Aleksidse, S. 120 ff.

deren Rechtsstellung und Rechte usw. beziehen. Die inkorporierten Artikel der WRV werden als vollgültiges Verfassungsrecht angesehen, das Religionsfreiheit (Art. 4 GG) konkretisiert, flankiert, ergänzt und unterstützt.<sup>6</sup> Wichtig sind auch Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 33 Abs. 3 GG, Art. 7 Abs. 2, 3 und 5 GG.<sup>7</sup>

Religionsverfassungsrechtliche Zentralnorm der GeoV ist Art. 9 GeoV, der einerseits Georgien als ein säkularer Staat erklärt, andererseits anerkennt zugleich die besondere Rolle der georgischen orthodoxen Kirche in der Geschichte Georgiens und sie somit privilegiert. Nach Art. 9 Abs. 2 GeoV wird das Verhältnis zwischen Staat und orthodoxer Kirche durch die Verfassungsverabredung – sog. Konkordat – reguliert. Bisher einziges Konkordat (GeoKon) bezieht sich auf solche wichtigen Punkte wie Rechtsstatus der orthodoxen Kirche, Vermögen, Einkommen und Steuer, Religionsunterricht, Anstaltsseelsorge usw. Gemäß Art. 6 Abs. 2 GeoV und Art. 7 Abs. 3 und 4 des georgischen Gesetzes zu den normativen Akten (GeoAktenG), kommt dem GeoKon gegenüber allen anderen georgischen Rechtsakten, außer hochrangigerer GeoV, ein Vorrang zu. Solcher hoher Rang des GeoKon ist ein Ausdruck des durch Art. 9 Abs. 1 GeoV anerkannten Privilegs der orthodoxen Kirche. GeoKon ist eigentlich kein Vertrag, weil es nicht gerade durch Vereinbarung zwischen dem Präsidenten Georgiens und dem orthodoxen Patriarchen in Kraft tritt, sondern nur nach dem es das georgische Parlament durch seinen Beschluss legitimiert. Tatsächlich begründet nur dieser entscheidende Beschluss – ein durch staatlichen Gesetzgeber mit der sehr hohen qualifizierten Dreifünftelmehrheit (Art. 66 Abs. 11 GeoV) verabschiedetes formales Gesetz – den hohen Rang des GeoKon. Die zahlreichen deutschen Konkordaten und andere Kirchenverträge, auch die georgischen Verträge zwischen Staat und anderen Religionsgemeinschaften – ob mit oder ohne Mitwirkung des Gesetzgebers – haben keinen so hohen Rang in der nationalen Gesetzgebung.<sup>8</sup>

Im Gegensatz zum GG enthält die GeoV keine anderen allgemeinen Normen bezüglich Religionsgemeinschaften und ihrer Rechtsstellung. Deshalb haben die Grundrechtsartikel der GeoV besondere Bedeutung,

---

<sup>6</sup> Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2547 f.

<sup>7</sup> Classen, S. 17 ff.; Unruh, S. 45 f.; Campenhausen/Wall, S. 40.

<sup>8</sup> Classen, S. 37 f.; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2551 f.

darunter Art. 14 GeoV (Gleichheit), Art. 19 GeoV (Glaubensfreiheit), Art. 26 GeoV (Vereinigungsfreiheit).

Deutschland ist ein Bundesstaat und jedes Bundesland hat eigene Verfassungen, die wichtige Regelungen zu dem Verhältnis zwischen Staat und Religionsgemeinschaften enthalten.<sup>9</sup> Georgien ist dagegen ein Zentralstaat; als Ausnahme haben zwei autonome Republiken, Abchasien und Adschara eine eigene Verfassung. Sie bestimmen aber nur das institutionelle Wesen beider Republiken und beinhalten keine religionsrechtlichen Normen.

Da der Kern des deutschen Religionsverfassungsrechts sich im GG befindet, gibt es in einfachen Bundes- und Landesgesetzen wenig betreffende Normen. Bedeutend sind auf der Landesebene die Kirchenaustritts- und die Kirchensteuergesetze.<sup>10</sup> In der GeoV gibt es dagegen keine direkten Normen über Rechtsstellung der Religionsgemeinschaften; diese sind in einfachen Gesetzen zu finden. Die bedeutendste Norm ist Art. 1509<sup>1</sup> des georgischen Zivilgesetzbuches (GeoZGB), der inhaltlich dem Art. 137 WRV ähnelt. Er bestimmt, wie die Religionsgemeinschaften die Rechtsfähigkeit erwerben, welcher Rechtsstatus für sie verfügbar ist usw. Schließlich beeinflusst das Religionsrecht beider Staaten auch das Völkerrecht; direkte Geltung hat es aber weder in Deutschland noch in Georgien.

## **C. Grundprinzipien des Religionsrechts**

### **I. Keine Staatskirche**

Art. 137 WRV bestimmt eindeutig, dass in Deutschland keine Staatskirche besteht, was die Trennung zwischen Religion und Staat bedeutet. Durch Art. 9 Abs. 1 GeoV ist die Kirche auch in Georgien offiziell vom Staat getrennt; auch sie ist dadurch keine Staatskirche. Andererseits ist aber die verfassungsrechtliche Anerkennung der orthodoxen Kirche durch gleichen Artikel nicht nur nominal. Gemäß Art. 9 Abs. 2 GeoV wird das Verhältnis zwischen Staat und der orthodoxen Kirche durch ein Konkordat reguliert, d. h. durch gegenseitige Vereinbarung, während die Verhältnisse zu den anderen Religionsgemeinschaften grundsätzlich

---

<sup>9</sup> Campenhausen/Wall, S. 41 ff.; Classen, S. 19 ff.

<sup>10</sup> Classen, S. 24; Unruh, S. 48; Campenhausen/Wall, S. 50.

einseitig durch allgemeine Gesetzgebung eingerichtet wird. Obwohl das zwischen Georgiens Präsidenten und orthodoxem Patriarchen geschlossene Konkordat nur durch einen parlamentarischen Beschluss in Kraft tritt, stellt die Mitwirkung der Kirche im Verfassen des höchstrangigen normativen Akts unter der Verfassung schon in sich eine besondere Stellung im Vergleich zu den anderen Religionsgemeinschaften dar. Darüber hinaus ist die georgisch-orthodoxe Kirche durch das Konkordat auch an materielle Rechte privilegiert.

Die gegenseitige Unabhängigkeit von Staat und Kirche wird auch im Art. 1 Abs. 1 GeoKon bestätigt. Die Zusammenarbeit muss zugleich nach gleichem Artikel zugunsten der Bevölkerung Georgiens wirken. Unter Zusammenarbeit müsste aber nicht Koordination zwischen gleichberechtigten Subjekten, sondern Kooperation verstanden werden; d. h., die Kirche ist der Verfassung untergeordnet. Dafür spricht schon die Mitwirkung des Parlaments; so ist es auch in Art. 1 Abs. 3 GeoKon bestimmt.<sup>11</sup>

Die durch Art. 137 Abs. 1 WRV bestimmte Verbote der Staatskirche wird nach der in Deutschland herrschenden Meinung weder strikt getrennt noch koordiniert, sondern – wie auch in Georgien – eine sog. freundliche Trennung vollzogen.<sup>12</sup> Solche Kooperation in Deutschland zeigt sich in mehreren Punkten wie Kirchensteuer, Religionsunterricht, Anstaltsseelsorge usw. Im Vergleich zu deutschem Modell hat die Zusammenarbeit der georgischen orthodoxen Kirche und des Staats einen viel engeren Charakter. Die andere Religionsgemeinschaften Georgiens bleiben dagegen distanzierter vom Staat und das Verhältnis zu ihnen hat auch eine andere gesetzliche Grundlage; insgesamt ist dieses Verhältnis aber auch freundlich und kooperativ.

## **II. Neutralität und Parität**

Mit dem Verbot der Staatskirche sind die beiden im GG bzw. GeoV nicht ausdrücklich erwähnte Grundsätze der Neutralität und Parität eng verbunden. Neutralitätsgebot kann unter Berücksichtigung des

---

<sup>11</sup> Vgl. interessante Interpretation des Art. 1 Abs. 3 GeoKon bei Tschikwaidse, S. 12 f.

<sup>12</sup> Schrooten, S.20 f.; Unruh, S. 96 ff.; Classen, S. 55 ff.; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2563.

Kooperationsmodells in beiden Staaten nur so verstanden werden, dass es dem Staat nicht zusteht, Glauben und Lehre der Religionsgemeinschaften zu bewerten.<sup>13</sup>

Neutralität beinhaltet in sich auch den Paritätsgrundsatz, der Gleichbehandlung der Religionen, Angehörigen und verschiedene Religionsgemeinschaften beschreibt. Im Hinblick auf die Religionsgemeinschaften berechtigt sowohl in Deutschland,<sup>14</sup> als auch in Georgien,<sup>15</sup> hM wesentliche sachliche Ungleichheit der rechtlichen Ungleichbehandlung, soweit diese nicht negativ auf die individuelle Religionsfreiheit einwirkt. In Betracht kommen aber nur objektive Unterscheidungskriterien wie etwa die Größe, soziale Bedeutung der Religionsgemeinschaften oder die historischen Aspekte des Verhältnisses zum Staat. Aus Neutralitätsgebot kann eine auf dem Inhalt des Glaubens basierende Ungleichbehandlung nicht zulässig sein. Die Extremposition, die unter Paritätsgrundsatz schematische Gleichbehandlung versteht, hat weder in Deutschland noch in Georgien die verfassungsrechtlichen Grundlagen.<sup>16</sup>

Oft wird betont, dass der besondere Rechtsstand der georgischen orthodoxen Kirche schon in sich gegen Neutralitäts- und Paritätsgrundsätze verstößt und eine Diskriminierung gegen andere Religionsgemeinschaften darstellt. Diese Ansicht sollte aber nicht bedenkenlos angenommen werden. Der Staat privilegiert die orthodoxe Kirche nicht wegen ihrer Lehre, sondern wegen der „besonderen Rolle in der Geschichte Georgiens“. Dieser in Art. 9 Abs. 1 GeoV bestimmte Grund ist in der Präambel der GeoKon noch weiter formuliert. Hier wird hervorgehoben, dass orthodoxes Christentum – eine der traditionellen europäischen Religionen – die jahrhundertlang georgische Kultur, nationale Weltanschauung und Werte stark beeinflusste und sich heute als Mehrheitsreligion darstellt. Darüber hinaus sollte man noch die Förderung und Bewahrung des gemeinsamen georgischen nationalen Bewusstseins durch die Kirche erwähnen, was eine wichtige Rolle in der

---

<sup>13</sup> BverfGE 102, 370 (397); Classen, S. 61 f.; Waldhoff, (Neutralität, in:) Gleichheit der Religionen im GG? 2011, S. 17.

<sup>14</sup> Classen, S. 63 f.

<sup>15</sup> Gatschetschiladse/Aleksidse, S. 7 ff.

<sup>16</sup> Heckel, Gleichheit oder Privilegien.

Wiedervereinigung Georgiens spielte. Abgesehen von diesen historischen Aspekten, hat heute keine andere Religionsgemeinschaft so viele Anhänger (mehr als 84 % der Bevölkerung, Stand 2002) und so große soziale Bedeutung in Georgien. Da die Privilegierung der orthodoxen Kirche auf diese objektiven Bedingungen basiert, dürfte sie nicht als Verstöße gegen Parität betrachtet werden.<sup>17</sup> Des Weiteren könnte die Gleichbehandlung von sachlich wesentlich Ungleichen – d. h. orthodoxe Kirche und andere Religionsgemeinschaften – selbst als indirekte Diskriminierung gegen orthodoxer Kirche angesehen werden.

Zu beachten ist, dass nach der Rechtsprechung der EGMR der Art. 9 EMRK nur die Garantie der Religionsfreiheit beinhaltet, nicht aber die Fragen des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche, d.h., sogar die Staatskirchenmodelle seien zulässig, soweit sie nicht gegen die individuelle Religionsfreiheit verstoßen.<sup>18</sup> Folglich kann nicht schon die Idee der besonderen Rechtsstellung einer Kirche, aber doch die inhaltlichen Einzelheiten dieses Privilegs als Verletzung des Paritätsgrundsatzes betrachtet werden. Gleiches gilt für die nach Art. 137 Abs. 5 WRV (für Deutschland) und Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 1 und 2 GeoZGB (für Georgien) Unterscheidung in Religionsgemeinschaften mit und ohne Körperschaftsstatus.<sup>19</sup> Die mit diesen Rechtsstatus gebundenen Einzelfragen bezüglich Vermögens und Einkommens, religiöser Ausbildung, der Anstaltsseelsorge, Arbeitsrechts werden in den folgenden Kapiteln unter Berücksichtigung der Grundprinzipien des Religionsrechts weiter erläutert.

## **D. Rechtsstatus der Religionsgemeinschaften**

### **I. Allgemeines**

Religiöse Vereinigungsfreiheit ist in beiden Staaten als wesentlicher Bestandteil der Religionsfreiheit anerkannt. Das GG garantiert ausdrücklich mit inkorporiertem Art. 137 Abs. 2 WRV das Recht der Bildung der Religionsgemeinschaften. Nach hM gilt diese

---

<sup>17</sup> Vgl. mit gleicher Konsequenz aber anders argumentiert: Gatschetschiladse/Aleksidse, S. 123 f.

<sup>18</sup> Classen, S. 55.

<sup>19</sup> Metreweli, S. 18 ff.

Regelung als Konkretisierung des Art. 4 GG, teilweise wird auch Art. 9 Abs. 1 GG (allgemeine Vereinigungsfreiheit) als anwendbar angesehen.<sup>20</sup> GeoV enthält dagegen keine ausdrückliche Garantie der religiösen Vereinigungsfreiheit. Sie wird direkt aus Art. 19 Abs. 1 GeoV (Religionsfreiheit) i.V.m. Art. 26 Abs. 1 GeoV (allgemeine Vereinigungsfreiheit) abgeleitet.

Mit religiöser Vereinigungsfreiheit ist „kein Anspruch auf eine bestimmte Rechtsform gemeint“, sondern nur „die Möglichkeit einer irgendwie gearteten rechtlichen Existenz einschließlich der Teilnahme am allgemeinen Rechtsverkehr.“<sup>21</sup> Der Art. 137 WRV bietet den Religionsgemeinschaften allerdings entweder Erwerb des privatrechtlichen Status nach allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (Abs. 3) an oder – mit bestimmten Voraussetzungen – den Status der Körperschaft des öffentlichen Rechts (Abs. 4). In Georgien ist dagegen kein Recht auf bestimmten Rechtsformen für Religionsgemeinschaften verfassungskräftig anerkannt. In welchen Formen und wie sie sich rechtlich verfassen können, bestimmt Art. 1509<sup>1</sup> GeoZGB. Danach haben die georgischen Religionsgemeinschaften, ähnlich wie in Deutschland, die Möglichkeit, privat- oder öffentlichrechtlichen Status zu erwerben.

## II. Privatrechtlich verfasste Religionsgemeinschaften

Nach Art. 137 Abs. 4 WRV erwerben die Religionsgemeinschaften die Rechtsfähigkeit nach allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, d. h., ihr wird grundsätzlich privatrechtliche Rechtsform angeboten. Der genannte Artikel nennt aber keine bestimmte Form. Theoretisch könnten sich die Religionsgemeinschaften auch in anderer Form – z. B. als GmbH, privatrechtliche Stiftung usw.<sup>22</sup> – organisieren; praktisch ist aber eine Eintragung als Idealverein i.S.d. § 21 BGB denkbar und üblich.<sup>23</sup>

Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 2 GeoZGB gibt auch den georgischen Religionsgemeinschaften die Möglichkeit, privatrechtlich zu verfassen, nennt aber nur zwei mögliche Rechtsformen: die nicht kommerzielle juristische Person

---

<sup>20</sup> Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2564 f.; Classen, S. 141 f.

<sup>21</sup> BverfGE 83, 341 (355).

<sup>22</sup> Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2574.

<sup>23</sup> Campenhausen/Wall, S. 122; Unruh, S. 170.



(nkjP) und der nicht eingetragene Verein. Die nkjP (Art. 27 ff. GeoZGB) ist die einzige gesetzliche Form der nicht wirtschaftlichen juristischen Person. Die kommerzielle Tätigkeit einer Religionsgemeinschaft ist daher in Georgien grundsätzlich ausgeschlossen. Betätigt sich dagegen die Gemeinschaft hauptsächlich wirtschaftlich, sollte sie – unabhängig ihres Selbstverständnisses – nicht als Religionsgemeinschaft als solche, zumindest im Sinne des Steuerrechts, behandelt werden.

Wirtschaftliche Betätigung ist auch für die als Idealverein eingetragene deutsche Religionsgemeinschaft problematisch, weil nach hM „eine planmäßige, auf Dauer angelegte und nicht außen gerichtete eigenunternehmerische Tätigkeit mit dem Zweck der Gewinnerzielung“ dem Wesen des Idealvereins widerspreche. Nach der deutschen Rechtsprechung seien aber solche wirtschaftlichen Aktivitäten des Idealvereins zulässig, die dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck der Religionsgemeinschaft dienen.<sup>24</sup> Gemäß Art. 25 Abs. 5 GeoZGB kommt dieses sog. Nebenzweckprivileg auch den als nkjP eingetragene georgischen Religionsgemeinschaften zu.

Gemäß Art. 25 Abs. 4 GeoZGB erwirbt eine juristische Person die Rechtsfähigkeit durch Registrierung, was in Bezug auf nkjP Eintragung in das Register der Unternehmer und der nicht kommerziellen juristischen Personen bedeutet (Art. 28 Abs. 1 GeoZGB). Durch die Eintragung in das Vereinsregister erlangen die deutschen Religionsgemeinschaften auch die Rechtsfähigkeit in Form eines Idealvereins nach § 21 BGB. Die Voraussetzungen für die Eintragung unterscheiden sich in Deutschland und Georgien. GeoZGB gibt den nkjP weitgehende Freiheit in Bereich der inneren Verfassung. Für die Eintragung erlangt es nach Art. 29 GeoZGB i.V.m. Art. 5 GeoUnternehmerG Vereinbarung der Gründer und die Satzung, die zwar zwingend einige formale und innere organisatorische Vorschriften – z. B. Regelungen über Beitritt und Austritt der Mitglieder, Bestellung und Führung des beschlussfähigen Organs – umfassen müssen, deren Inhalt aber nicht imperativ durch das Gesetz, sondern selbst von Gemeinschaft frei bestimmt wird (Art. 35 Abs. 3 GeoZGB). Für die Sicherheit des Rechtsverkehrs und der Rechte Dritter enthält das GeoZGB die imperativen Regelungen nur in Bereich des Außenverhältnisses (z. B. Schadenersatzartikel 35 GeoZGB). Das BGB kennt dagegen

---

<sup>24</sup> Unruh, S. 170.

grundsätzlich keine so weitgehende Selbstbestimmungsfreiheit der Vereine: einige zwingende Vorschriften des Vereinsrechts betreffen auch die inneren Beziehungen. Das erzeugt ein Problem in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften i. S. d. Art. 137 Abs. 3 WRV. Dieser anerkennt den Religionsgemeinschaften das Recht, die eigenen Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu verwalten, soweit das nicht „das für alle geltende Gesetz“ beschränkt. Unter eigenen Angelegenheiten in diesem Sinne fällt auch das Recht, innere Organisationsstruktur zu bestimmen. Folglich sollten nach hM<sup>25</sup> bürgerliche Vorschriften, soweit sie innere Organisationsfragen eines Vereins betreffen, bei der Anwendung auf die Religionsgemeinschaften modifiziert werden. Daher wird z. B. der Minderheitenschutz gemäß § 37 BGB als unzulässige Einschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit der Religionsgemeinschaften angesehen. Eine solche Modifikation des georgischen Vereinsrechts wäre, aus oben genannten Gründen, weder denkbar noch notwendig.

Die Nichtbeachtung der formalen vereinsrechtlichen Vorschriften (§ 56 ff BGB, Art. 29 GeoZGB) können dementsprechend zur Ablehnung der Eintragung führen. Darüber hinaus kann ein Verein bzw. eine nkjP die Rechtsfähigkeit verlieren, in ihrer Tätigkeit beschränkt oder gar verboten werden. Als ein Grund der Entziehung der Rechtsfähigkeit nennt das BGB Verfolgung eines anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck. Solcher Ansatz wäre jedoch in Georgien wegen der in Art. 25 Abs. 2 GeoZGB verankerten sog. allgemeiner Rechtsfähigkeit nicht akzeptabel. Danach dürfen die privatrechtlichen juristischen Personen grundsätzlich jede durch das Gesetz nicht verbotene Tätigkeit – auch wenn sie nicht in der Satzung bestimmten Zweck entspricht – ausüben. Die allgemeine Rechtsfähigkeit ist allerdings in Bezug auf nkjP mit dem nicht kommerziellen Zweck begrenzt. Die wesentlich wirtschaftliche Betätigung der Religionsgemeinschaft kann daher auch in Georgien zur ähnlichen Konsequenz führen. Das georgische Organgesetz zu der Aussetzung der Betätigung und dem Verbot der Gemeinschaften (GeoBetVerbG) bestimmt für solche Fälle in Art. 3 Abs. 1 aber nicht die Entziehung der Rechtsfähigkeit, sondern Aussetzung der Betätigung.

Inhaltlich sind die Entziehung der Rechtsfähigkeit und Aussetzung

---

<sup>25</sup> Campenhausen/Wall, S. 122 ff.; Unruh, 170 f.; Classen, 143 ff.

der Betätigung nicht indentisch. Nach dem Verlust der Rechtsfähigkeit bestehen die deutschen Religionsgemeinschaften als nicht rechtsfähige Vereine i.S.d. § 54 weiter,<sup>26</sup> wobei sie nach der neuen Rechtsprechung weiter rechtsfähig bleiben.<sup>27</sup> Die Gemeinschaft wechselt daher nur die Rechtsform, „befreit sich“ von derjenigen Form, die die wirtschaftliche Tätigkeit verbietet. Aussetzung der Betätigung hat eher sanktionierende und präventive Bedeutung. Gemäß Art. 3 Abs. 1 GeoBetVerbG setzt das Gericht die Tätigkeit einer Gemeinschaft im genannten Fall höchstens für drei Monate fest. In dieser Frist soll der Gemeinschaft zur nicht wirtschaftlichen Struktur zurückgesetzt und nach dem Fristablauf darf sie gemäß Art. 3 Abs. 2 GeoBetVerbG nicht kommerziell wieder tätig werden. Gegen Gerichtsentscheidung kann die Gemeinschaft eine Berufung einlegen. Aussetzung der Betätigung bewirkt daher keine Rechtsunfähigkeit, sondern nur partielle und vorübergehende Einschränkung ihrer Rechte.

Als ein weiterer Grund für die Entziehung der Rechtsfähigkeit nennt § 73 BGB das Absinken der Mitgliederzahl unter drei. Die Mitgliederzahl spielt in Georgien dagegen weder für Erwerb noch für Verlust des Status eine Rolle. Sogar mit einem einzigen Mitglied kann eine nkjP begründet und betätigt werden.

Allerdings ist es in der deutschen Literatur umstritten, welche verfassungsrechtliche Schranke die Entziehung der Rechtsfähigkeit bzw. das Verbot der Religionsgemeinschaft als Eingriff in die religiöse Vereinigungsfreiheit rechtfertigt. Zum einen wird behauptet, dass in Art. 9 Abs. 2 GG verankerte Schranke auch für Religionsgemeinschaften direkt oder indirekt anwendbar sei.<sup>28</sup> Überzeugender scheint jedoch zweite Ansicht, die die religiöse Vereinigungsfreiheit als vorbehaltlos gewährleistetes Recht ansieht, das nur durch verfassungsimmanente Schranken eingeschränkt werden darf. Dazu spreche, dass Art. 137 Abs. 2 WRV keinen Schrankenvorbehalt enthalte und die Verbotsregelung eines Grundrechts nicht auf anderen – wenn auch dieses sich ein *lex specialis* darstelle – übertragbar sei. Die Quelle der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Entziehung der Rechtsfähigkeit stelle dabei Art.

---

<sup>26</sup> Dörner, in: Hk-BGB, § 43 BGB, S. 59; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2574.

<sup>27</sup> Dörner, in: Hk-BGB, § 54 BGB, S. 63.

<sup>28</sup> Campenhausen/Wall, S. 120; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2574 f.

137 Abs. 4 WRV selbst dar, der auf allgemeine bürgerlich-rechtliche Vorschriften verweist. Für die Rechtfertigung des Verbots komme aber kollidierende Grundrechte Dritter und andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang in Betracht.<sup>29</sup> Im Gegensatz zum GG kennt die GeoV die religiöse Vereinigungsfreiheit nicht als gesondert bestimmte *lex specialis*, vielmehr muss sie als nicht ausdrücklich genannte Bestandteile der in Art. 19 Abs. 1 GeoV verankerten Religionsfreiheit sowie der allgemeinen Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 26 Abs. 1 GeoV angesehen werden. Daher ist die gleichzeitige Anwendbarkeit der Schrankenvorbehalte beider Grundrechtsartikel auf die Religionsgemeinschaften bisher nie bezweifelt worden.

Religionsfreiheit kann in Georgien gemäß Art. 19 Abs. 3 GeoV durch die Rechte der Anderen eingeschränkt werden, wobei das kollidierende Verfassungsrecht zu verstehen ist. Ferner betrachtet Art. 26 Abs. 6 GeoV – als Schrankenvorbehalt der Vereinigungsfreiheit – sowie Aussetzung als auch Verbot einer (Religions)Gemeinschaft kraft und gemäß Organgesetz als zulässig. Einen Grund des Verbots bestimmt jedoch auch selbst Art. 26 Abs. 3 GeoV, der die Gemeinschaften untersagt, die gegen Verfassungsordnung, Unabhängigkeit oder territorialen Unversehrtheit Georgiens richten, Propaganda für Krieg oder Gewalt machen, dem ethnischen, regionalen, religiösen oder sozialen Zwist wecken. Als weitere Gründe des Verbots nennt das GeoBetVerbG Bildung einer bewaffneten Formation, erneute wesentlich wirtschaftliche Tätigkeit nach der Aussetzung der Betätigung (Art. 4) oder Begehen einer Straftat (Art. 4<sup>1</sup>). Grundsätzlich bedeutet das Verbot die Zwangsliquidation der Gemeinschaft; einige von nkjP begangenen Straftaten können aber u. U. durch Verbot der Tätigkeit nur im bestimmten Bereich bestraft werden.

Den genannten Verbotsgründen ähnelt auch der Inhalt der verfassungsimmanenten Schranke der religiösen Vereinigungsfreiheit in Deutschland. Zumindest Gefährdung der fundamentalen Verfassungsprinzipien i.S.d. Art. 79 Abs. 3 GG führen nach hM zum Verbot einer Religionsgemeinschaft.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Unruh, S. 165 ff.

<sup>30</sup> Unruh, S. 172 f.; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2574 f.

### **III. Religionsgemeinschaften als nicht eingetragene Vereine**

Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 2 GeoZGB gibt den Religionsgemeinschaften auch die Möglichkeit, als nicht eingetragene Vereine tätig zu werden. Nach Art. 39 Abs. 1 GeoZGB stellen die nicht eingetragenen Vereine keine juristische Person dar. Art. 39 Abs. 3 GeoZGB erkennt aber zumindest ihre Teilrechtsfähigkeit an, indem sie als unabhängige Partei und Subjekt des Zivilrechtsverkehrs erklärt werden. Die Religionsgemeinschaften können auch in Deutschland ohne Eintragung tätig werden. Nicht eingetragene Vereine werden in § 54 BGB als „nicht rechtsfähige Vereine“ bezeichnet; in deutscher Rechtsliteratur wird ihnen jedoch eine Rechts- und Parteifähigkeit, genau so wie in Georgien, zugesprochen.<sup>31</sup>

### **IV. Öffentlich-rechtlich verfasste Religionsgemeinschaften**

#### **1. Allgemeines**

Neben privatrechtlicher Rechtsform bietet Art. 137 Abs. 5 WRV den Deutschen und Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 1 GeoZGB den georgischen Religionsgemeinschaften den öffentlich-rechtlichen Rechtsstatus. Grundsätzlich stellen die Rechtssubjekte mit diesem Status, d. h. die Körperschaften des öffentlichen Rechts in Deutschland und die juristische Person des öffentlichen Rechts (jPöR) in Georgien, den staatlichen Organisationen mit staatlichen Aufgaben dar. Wegen Verbots der Staatskirche sowie wegen Neutralitätsgebots bilden die Religionsgemeinschaften eine Ausnahme von diesem Grundsatz in beiden Staaten.<sup>32</sup> Mit dem Erwerb des öffentlich-rechtlichen Status verlieren daher die Religionsgemeinschaften nicht ihre Unabhängigkeit gegenüber dem Staat und können die Grundrechte, als Abwehrrechte gegen den Staat, weiter geltend machen. „Sie nehmen keine Staatsaufgaben wahr, sind nicht in die Staatsorganisation eingebunden und unterliegen keiner staatlichen Aufsicht.“<sup>33</sup> Ferner erwerben die Religionsgemeinschaften den öffentlich-rechtlichen Status nicht wie andere Körperschaften bzw.

---

<sup>31</sup> Dörner, in: Hk-BGB, § 54 BGB, S. 62 f.

<sup>32</sup> Campenhausen/Wall, S 128, 130.

<sup>33</sup> BVerfGE 102, 370 (387 f.); Friesenhahn, in: HdbStKR, Band 1, 1974, 545, S. 576 ff.; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2578.

jPöR, d. h. nicht durch Kraft des Gesetzes, sondern durch private Initiative.

## 2. Erwerb des öffentlich-rechtlichen Status

Art. 137 Abs. 5 WRV nennt zwei Wege zum Erwerb des öffentlich-rechtlichen Status. Nach S. 1 bleiben die Religionsgemeinschaften Körperschaften, soweit sie solche bis Inkrafttreten des WRV (14. August 1919) waren. Den anderen Religionsgemeinschaften in Deutschland eröffnet S. 2 auf ihren Antrag gleiche Rechte, „wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten“. Öffentlich-rechtlicher Status wird auch an die georgischen Religionsgemeinschaften auf Antrag verliehen; nach Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 6 GeoZGB erfolgt ihre Registrierung nämlich gemäß für die Eintragung einer nkjP bestimmte Regeln des GeoZGB (s. o. S. D. II). Darüber hinaus erfordert Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 GeoZGB weitere Voraussetzungen für den Erwerb des öffentlich-rechtlichen Status. Diese unterscheiden sich gegenüber den Anforderungen des Art. 137 Abs. 5 S. 2. Und zwar kann und darf in Georgien, nach genauem Wortlaut des Gesetzes, eine *religiöse Bewegung* als jPöR eingetragen werden, wenn sie mit Georgien historisch verbunden ist oder wenn sie in den Mitgliedstaaten des Europarats durch ihre Gesetzgebung als *Religion* anerkannt ist.

Die Anforderungen des Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 GeoZGB weisen einige erhebliche Mängel auf. Erstens sollen *religiöse Bewegung* und *Religion* in diesem Zusammenhang als terminologische Ungenauigkeiten betrachtet werden. Ursprünglich wollte der Gesetzgeber höchstwahrscheinlich den öffentlich-rechtlichen Status nur für solche Glaubensgemeinschaften zulassen, deren Lehre eine Religion und nicht z. B. eine Weltanschauung oder totalitäre Sektenideologie darstellt. Dementsprechend hat er irrtümlich angenommen, Anerkennung einer Lehre als Religion sei eine Vorstufe des Verleihe des öffentlich-rechtlichen Status; Beurteilungsbefugnis hat aber der georgische Gesetzgeber vollständig der Gesetzgebung anderer Staaten überlassen. Die religiösen Bewegungen oder ihre Lehre werden nirgendwo durch Gesetzgebung als Religionen anerkannt; vielmehr ist Anerkennung einer Religionsgemeinschaft in der bestimmten Rechtsform denkbar. Bewertung der Lehre ist schon aus Neutralitätsgründen ausgeschlossen. Eine bloße Bewegung, die noch keine

festen oder gar keine innere Verfassung hat, ist ferner in Form einer jPöR schwer vorstellbar. Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 Var. 2 GeoZGB ist daher – wenn das auch von dem Willen des Gesetzgebers abweicht – so zu verstehen, dass eine Religionsgemeinschaft in Georgien den Status einer jPöR erwerben darf, wenn in Mitgliedstaaten Europarats eine Religionsgemeinschaft mit gleichen Glaubensvorstellungen anerkannt ist.

Die so verstandene *Anerkennung als Religion* ist recht unbestimmt, da die europäischen Staaten zu unterschiedlichen religionsrechtlichen Systemen aufweisen. Religionsgemeinschaften mit gleichen Glaubensvorstellungen können in verschiedenen Staaten als Staats- oder Volkskirchen, mit privat- oder öffentlich-rechtlichen Status oder rechtlich gar nicht verfasst, vertreten. Welche von diesen Rechtsformen wird unter Anerkennung i.S.d. Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 Var. 2 GeoZGB gemeint? In wie vielen Staaten ist die Anerkennung erforderlich? Keine eindeutige Antwort auf solchen Fragen führt zur Unklarheit und öffnet den Weg der zu weiten Auslegung, was gegen das Bestimmtheitsfordernis verstößt.

Außer Unbestimmtheitsproblemen ist schließlich selbst die Übertragung der Zuständigkeit auf die Mitgliedstaaten des Europarats ein Ausdruck staatlicher Verantwortungs- und Willenlosigkeit. Beim Verleihen des Status eines jPöR muss nicht die ausländische Erfahrung oder das Wesen der Glaubensvorstellungen, sondern die sachlichen Merkmale der bestimmten Religionsgemeinschaft und ihrer Tätigkeit in Georgien maßgebend sein. Die Zuständigkeitsübertragung wird wegen für georgischen Staat entwürdigenden Charakter auch in der georgischen religionsrechtlichen Literatur kritisiert.<sup>34</sup>

Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 Var. 1 GeoZGB nennt als alternatives Kriterium für Verleihen des Status die historische Verbindung mit Georgien. Diese Vorschrift ist ebenfalls wenig ausreichend bestimmt. Es ist nicht klar, was die historische Verbindung bedeutet. Nicht sinnvoll wäre darunter die lange Zusammenarbeit mit dem Staat zu verstehen: Einerseits hat keine andere Religionsgemeinschaft, außer der orthodoxen Kirche, die Geschichte solcher intensiven Verhältnisse zum Staat geprägt. Andererseits verpflichtet auch der öffentlich-rechtliche Status die Religionsgemeinschaften nicht zur Kooperation. Daher soll die historische Verbindung als Wohnen der Religionsvertreter für lange Zeit in Georgien

---

<sup>34</sup> Gatschetschiladse/Aleksidse, S. 138.

verstanden werden. Die Frage, wie viel Zeit und wie viel Vertreter einer Religion als Maßstab anzunehmen sind, bleibt unbeantwortet. Eindeutig kann nur Einziges gesagt werden: In Georgien ist der öffentlich-rechtliche Status für die neuen Religionsgemeinschaften nicht offen, zumindest soweit sie „neu“ sind; aus den Neutralitätsgründen sollten aber auch sie nach bestimmter Zeit als eine mit Georgien historisch verbundene Gemeinschaften anerkannt werden.

Im Gegenteil zu georgischen Anforderungen beziehen die deutschen Gesetze mehr den aktuellen Zustand der Religionsgemeinschaften und ihrer Verfassung als Geschichte ein. Grundsätzlich wirkt die lange Erfahrung der Betätigung einer Religionsgemeinschaft im jeweiligen Staat auf ihre Verfassung und Zahl der Mitglieder. Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV fordert aber die mit Deutschland verbundene Geschichte nicht direkt an. Vielmehr ist die Vorschrift nach der Zukunft orientiert: Der Körperschaftsstatus ist mit den weitreichenden Befugnissen und damit auch der Verantwortung verbunden. Daher sollte die antragstellende Gemeinschaft „langfristige Kooperation mit dem [...] Rechtsstaat gewährleisten.“

Die Verfassung und Zahl der Mitglieder sind nach Wortlaut des Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV die Maßstäbe für die Prüfung, ob eine Religionsgemeinschaft „die Gewähr der Dauer bietet.“ Unter Verfassung sei dabei nach hM tatsächlicher Gesamtzustand zu verstehen.<sup>35</sup> Maßgebend könnten z. B. feste Satzung, Finanzausstattung und Existieren über einen langen Zeitraum – nach allgemeiner Ansicht etwa 30 Jahren – sein.<sup>36</sup> Letzteres darf aber – im Gegensatz zur ausdrücklichen Anforderung der historischen Verbindung i.S.d. Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 Var. 1 GeoZGB – nicht als bindende wirkende Vorschrift angesehen werden.

Beide im Art. 137 Abs. 5 S. 2 WRV genannten Indikatoren – Verfassung und Zahl der Mitglieder sind normativ und geben der zuständigen Landesorgane, der Rechtsprechung und Literatur im gewissen Maße einen Auslegungsspielraum. Der Unbestimmtheitsgrad ist jedoch nicht so hoch, wie bei besprochenen georgischen Vorschriften und wird durch etablierte Rechtsprechung balanciert. Im Gegenteil dazu erweitern die Mängel der entsprechenden georgischen Artikel nicht nur

---

<sup>35</sup> BVerfGE 102, 370 (385); Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2580.

<sup>36</sup> Unruh, S. 182; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2580 f.



zulässigen Raum der Auslegung, sondern machen die Vorschriften wegen wesentlich unverständlichen Inhalts sogar sinnlos. Deshalb werden diese zwei alternative Anforderungen des Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 GeoZGB in Praxis gar nicht beachtet und beim Verleihen des Status nicht geprüft. Aus diesem Grunde entsteht in Georgien die Notwendigkeit der gesetzlichen Änderungen. Die Verleihenskriterien sollen für Zweck des öffentlich-rechtlichen Status angemessen sein. Daher soll das Gesetz zukünftig nicht (nur) auf Geschichte der Religionsvertreter oder gar Religion selbst konzentrieren, sondern – ähnlich wie in Deutschland – auf den aktuellen Zustand der Religionsgemeinschaft und ihrer Bereitschaft bzw. Fähigkeit der höheren Kooperationsgrad gegenüber dem Staat.

### **3. Bedeutung und Zweck des öffentlich-rechtlichen Status**

Historisch gesehen stellt in Art. 137 Abs. 5 WRV bestimmtes Recht der Religionsgemeinschaften, als Körperschaften des öffentlichen Rechts zu verfassung, einen Kompromiss zwischen zwei Kräften dar, die einerseits strikte Trennung von Staat und Religion und andererseits Privilegierung der traditionellen Kirchen forderten. Auch historisch ist es Möglichkeit, den Erwerb des öffentlich-rechtlichen Status in Georgien zu erklären: Ursprünglich bot GeoZGB den Religionsgemeinschaften (außer georgisch-orthodoxer Kirche) nur eine privatrechtliche Rechtsform an, was aber für einige traditionelle Großgemeinschaften inakzeptabel war. Sie sahen in der Privilegierung der orthodoxen Kirche eine Diskriminierung und forderten Zugang zur gleichen Rechtsform, d. h. den Status einer jPöR. Diese Möglichkeit eröffnete der georgische Gesetzgeber 2011.

Die historischen Hintergründe können aber eine zwei- bzw. dreigliedrige Parität heute nicht mehr legitimieren. Nach in deutscher Rechtsliteratur weithin akzeptierter Auffassung des BVerfG, sei „der den Religionsgemeinschaften in Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV angebotene Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Mittel zur Entfaltung der Religionsfreiheit.“<sup>37</sup> Für diesen Zweck angemessen sind die mit Körperschaftsstatus verbundene Rechte und Vergünstigungen wie z. B. Besteuerungsrecht, Organisationsgewalt, Parochialrecht.

Gemäß Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 5 GeoZGB gilt das georgische Gesetz zu

---

<sup>37</sup> BVerfGE 102, 370 (387).

den juristischen Personen des öffentlichen Rechts (GeojPöRG) nicht für die als jPöR eingetragene Religionsgemeinschaften. Dieses Gesetz regelt, wie eine jPöR die Rechtsfähigkeit erwirbt, und enthält wichtige Vorschriften für ihre Organisation und Rechte. Seine Unabwendbarkeit auf die Religionsgemeinschaften gibt ihnen einerseits Organisationsfreiheit und Unabhängigkeit vom Staat, andererseits verwehrt ihnen aber auch die typischen Rechte der üblichen öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 6 GeoZGB besagt weiter, dass nicht nur die Eintragungsregeln, sondern auch Berechtigung der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften durch Kap. 2 des Abs. 1 GeoZGB bestimmt wird. Dieser betrifft die privatrechtlichen juristischen Personen, ihre Rechtsfähigkeit und Berechtigung. Mit diesem Verweis verschafft GeoZGB den Religionsgemeinschaften als jPöR den nkjP eine gleiche Rechtsstellung. Damit bleibt das gesetzliche Angebot des öffentlich-rechtlichen Status und Differenzierung zwischen zwei Rechtsformen zwecks- und bedeutungslos.

Nach in deutscher Literatur verbreiteter Ansicht sei der Vorteil des Körperschaftsstatus im Vergleich zur privatrechtlichen Rechtsform relativ mehr vereinbar mit dem Selbstverständnis der Religionsgemeinschaften, die sich nicht durch Mitglieder gegründete Vereine, sondern als Schöpfungswerk Gottes ansehen.<sup>38</sup> Dieser Vorteil kann aber Bedeutung nur neben anderen mit dem Körperschaftsstatus verbundenen Vergünstigungen bzw. Rechten erlangen. Alleine der Name macht den Status nicht sinnvoll, vielmehr stellt die georgische Rechtsfigur der Religionsgemeinschaft als jPöR eine bedeutungs- und damit auch zwecklose Konstruktion dar.

Auf dieses Problem verweisen auch einige georgische Autoren.<sup>39</sup> Die georgische staatliche Agentur für religiöse Fragen hebt es aber dagegen in seiner 2015 veröffentlichten Strategie der Entwicklung der staatlichen religiösen Politik nicht hervor. Nach der dort entwickelte Ansicht könnten die Status der Religionsgemeinschaften unterschiedlich aber vor dem Gesetz gleich sein.<sup>40</sup> Es ist schwer, zu sagen, was unter diesen

---

<sup>38</sup> Classen, S. 147 f.

<sup>39</sup> Gatschetschiladse/Aleksidse, S. 137 f.

<sup>40</sup> Strategie der Entwicklung der staatlichen religiösen Politik Georgiens, Abschnitt „სტრატეგიის პრინციპები“, Abs. ა), Nummer 5. (<http://religion.geo.gov.ge/geo/docu->

im einigermaßen unüblichen Kontext genannten Wörtern – „vor dem Gesetz gleich“ – gemeint wird. Wie könnte ein gesetzlich differenzierter Status gleichzeitig vor dem Gesetz gleich sein? Über die Gleichheit vor Gesetz kann nur bei den Trägern von einem gleichen gesetzlichen Status gesprochen werden, nicht aber bei einem verschiedenen Status. Mit großer Wahrscheinlichkeit akzeptiert daher die aktuelle Staatsstrategie die aktuelle Ordnung, wonach die Status nkjP und jPÖR im Bezug auf Religionsgemeinschaften inhaltlich nicht unterschiedlich sind. Andererseits schließt die gleiche Strategie jedoch zukünftig die mit dem Status verbundenen Staatsleistungen nicht aus.<sup>41</sup>

Um alle genannten Mängel zu entfernen, müssen die georgischen Vorschriften bezüglich des öffentlich-rechtlichen Status der Religionsgemeinschaften so überarbeitet werden, dass die Rechtsform jPÖR viel größere Bedeutung als bloß einen Ehrentitel erlangt. Zweck dieser Form soll – ähnlich wie in Deutschland – die Entfaltung der Religionsfreiheit sein, wobei die zweckmäßigen Mittel der Kooperation mit dem Staat gegenüber den privatrechtlichen Vereinen in einigen Bereichen erleichtert werden sollte. Das Gehalt der öffentlich-rechtlichen Rechtsform soll den Bedürfnissen und objektiven Merkmalen der Gemeinschaften entsprechen, die auf der Stufe des Verleihens des Status zu prüfen sind. Die Voraussetzungen sollten daher auch zweckmäßig sein. Soweit die beiden – privat- und öffentlich-rechtliche – Rechtsformen inhaltlich identisch bleiben, sind die aktuellen Anforderungen des Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 4 GeoZGB überflüssig, zwecklos und somit benachteiligend für die öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften.

#### **4. Georgische orthodoxe Kirche und korporierte Religionsgemeinschaften in Deutschland**

In der Literatur wird oft die besondere Rechtsstellung der georgisch-orthodoxen Kirche missachtet und ihre Rechtsstatus den anderen Religionsgemeinschaften mit öffentlich-rechtlicher Rechtsform

---

ment/saqartvelos-saxelmtsifos-religiuri-politikis). Abgerufen am 21. März, 2016.

<sup>41</sup> Strategie der Entwicklung der staatlichen religiösen Politik Georgiens, Abschnitt „სტრატეგიის პრინციპები“, Abs. ა), Nummer 6. (<http://religion.geo.gov.ge/geo/document/saqartvelos-saxelmtsifos-religiuri-politikis>). Abgerufen am 21. März, 2016.

gleichgestellt. Sogar die Strategie der Entwicklung der staatlichen religiösen Politik Georgiens 2015 nennt bei der Besprechung der Rechtsstatus der georgischen Religionsgemeinschaften die dreigliedrige Parität – worunter sie die Rechtsformen jPöR, nkjP und nicht eingetragener Verein versteht – und verweist auf eine einzige Rechtsnorm (Art. 1509<sup>1</sup> GeoZGB).<sup>42</sup> Hierbei wird so übersehen, dass die rechtliche Grundlage des öffentlich-rechtlichen Status der orthodoxen Kirche nicht die genannte Vorschrift des GeoZGB darstellt, sondern hochrangigere GeoKon, und dass diese Rechtsform trotz ähnlichem Namen inhaltlich nicht dem jPöR i.S.d. Art. 1509<sup>1</sup> GeoZGB gleicht.

Nach Art. 1 Abs. 3 GeoKon stellt die georgische orthodoxe Kirche als ein historisch entwickeltes Subjekt des öffentlichen Rechts dar, das vom Staat als vollberechtigte jPöR anerkannt ist. Im Gegensatz zu den üblichen Körperschaften des öffentlichen Rechts wird daher die Kirche nicht vom Staat errichtet und gegründet, sondern nur als historisch vom Staat unabhängig entwickelte jPöR anerkannt. Aus dem Wesen des GeoKon (Vereinbarung) lässt sich ableiten, dass diese Anerkennung nicht heteronom, sondern mit Zustimmung der Kirche wirksam ist. Solche staatliche Anerkennung entspricht vollständig dem christlichen Selbstverständnis. Zugleich unterscheidet sich orthodoxe Kirche von den anderen öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften, deren historische Entwicklung bzw. Etablierung keine staatliche Anerkennung findet; vielmehr erwerben sie die Rechtsfähigkeit durch private Initiative.

Die Bestimmungen der Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 5 und 6 GeoZGB, wonach GeojPöRG auf die als jPöR registrierten Religionsgemeinschaften unabwendbar ist und diese Rechtsfähigkeit nach den für privatrechtliche Vereine geltenden Regeln erwerben, kommen für die orthodoxe Kirche nicht in Betracht, weil sie zum einen keine registrierte juristische Person darstellt und zum anderen, nach Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GeoKon, eine vollberechtigte jPöR ist. D. h. das öffentliche Recht muss grundsätzlich auch auf die orthodoxe Kirche anwendbar sein, soweit das nicht durch die religionsrechtlichen Verfassungsprinzipien – Verbot der Staatskirche und

---

<sup>42</sup> Strategie der Entwicklung der staatlichen religiösen Politik Georgiens, Abschnitt „რელიგიური გაერთიანებების რეგისტრაციის წესი და სამართლებრივი სტატუსი“, Abs. ა), (<http://religion.geo.gov.ge/geo/document/saqartvelos-saxelmtsifos-religiuri-politikis>). Abgerufen am 21. März, 2016.

Neutralität – beschränkt wird. Eine Einschränkung betrifft z. B. staatliche Kontrolle der jPöR.

Zweck der Zusammenarbeit der orthodoxen Kirche und Staat muss nach Art. 1 Abs. 1 GeoKon das Wohlergehen der Bevölkerung des Landes sein. Diese Bestimmung ähnelt sich der in deutscher Literatur vertretenen Verbindungsthese, wonach Staat und Religionsgemeinschaften für das Allgemeinwohl verbunden seien, wobei die Religionsgemeinschaften ein ethisches Fundament für den Staat verschaffen sollten.<sup>43</sup> Daneben kann der in Deutschland weitgehend anerkannte Zweck des Körperschaftsstatus – Entfaltung der Religionsfreiheit<sup>44</sup> – zumindest als ein Teil des Wohlergehens der Bevölkerung i. S. d. Art. 1 Abs. 1 GeoKon verstanden werden.

Rechtsstatus der georgisch-orthodoxen Kirche ist mit einigen Rechten und Vergünstigungen verbunden, genauso wie der deutsche Körperschaftsstatus i. S. d. Art. 137 Abs. 5 WRV. Vergleich der deutschen Körperschaftsrechte mit den Rechten der üblichen als jPöR eingetragenen georgischen Religionsgemeinschaften wäre wegen den oben genannten Gründen sinnlos. Wesentliche Ähnlichkeiten können aber Körperschaftsrechten der deutschen öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften und georgisch-orthodoxer Kirche zeigen.

Einziges ausdrücklich genanntes Körperschaftsrecht der deutschen korporierten Religionsgemeinschaften ist Besteuerungsrecht nach der Art. 137 Abs. 6 WRV. Die Religionsgemeinschaften des öffentlichen Rechts dürfen von ihren Angehörigen Steuern erheben.<sup>45</sup> Da aber der Staat wegen Neutralitätsgebots nicht bestimmen kann, wer Mitglied einer Religionsgemeinschaft ist, kommt das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV im Betracht; das kirchenrechtliche Mitgliedschaftsrecht erlangt somit an Bedeutung.<sup>46</sup> Das Besteuerungsrecht stellt für die deutschen großen christlichen Kirchen die Hauptquelle der Finanzierung dar.<sup>47</sup> Besteuerungsrecht besteht für die georgisch-orthodoxe Kirche nicht. Dagegen stellt für sie die wichtigste Finanzierungsquelle die in Art.

---

<sup>43</sup> Unruh, S. 179.

<sup>44</sup> Unruh, S. 180.

<sup>45</sup> Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2583 ff.

<sup>46</sup> BVerfGE 30, 415 (421 f.).

<sup>47</sup> Unruh, S. 197; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2583

11 Abs. 1. GeoKon verankerte Kompensationspflicht des Staats dar. Nach dem Wortlaut bestätigt der Staat die materiellen und moralischen Schäden der Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, besonders in der sowjetischen Zeit, die materiellen Schäden teilweise zu ersetzen. Die Kompensationspflicht des Staats gegenüber der Kirche ist jedoch kein Körperschaftsrecht als solche: Sie setzt nicht dem Status selbst, sondern den tatsächlichen Schaden voraus. Der Staat erkennt seine Schadensersatzpflicht auch gegenüber anderen beschädigten Religionsgemeinschaften an, diese Pflicht ist daher nicht an eine spezifische Rechtsform gebunden.

Ein weiteres in der deutschen Rechtsliteratur anerkanntes Körperschaftsrecht ist das Parochialrecht. Danach ist beim Wechsel des Wohnorts des Mitglieds einer öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaft kein Austritt und Eintritt in die neuen lokalen Kirchengemeinschaften erforderlich; wenn die bisherige und neue Gemeinschaft ein identisches Bekenntnis hat, erfolgt dies automatisch.<sup>48</sup> Sinn dieses Rechts ist das Bestimmen, welche Gemeinschaft als Steuergläubiger im besteuierungsrechtlichen Sinne zu betrachten ist. Da der georgischen orthodoxen Kirche kein Besteuerungsrecht zukommt, besteht auch kein Parochialrecht. Mitgliedschaftsrecht der Kirche ist in Georgien für das weltliche Recht völlig irrelevant.

Den deutschen korporierten Religionsgemeinschaften kommt noch das Recht der organisatorischen Einheiten – etwa Diözesen, Kirchengemeinden, Stiftungen, Anstalten – in öffentlich-rechtlicher Rechtsform zu bilden.<sup>49</sup> Solche Organisationsgewalt ist für die georgische orthodoxe Kirche nicht bekannt. In der Praxis werden die karitativen, diakonischen und Bildungseinrichtungen als privatrechtliche Vereine (nkjP),<sup>50</sup> die Eparchien<sup>51</sup> (Diözesen) und Kirchengemeinden gar nicht erst eingetragen. Der nominelle Status einer jPÖR gemäß Art. 1509<sup>1</sup> Abs. 1 GeoZGB ist für solche Einheiten ausgeschlossen, weil sie sich keine Religionsgemeinschaften als solche darstellen. Aus der im Art. 19 Abs. 1 GeoV verankerte Selbstbestimmungsfreiheit und Organisationsfreiheit

<sup>48</sup> Campenhausen/Wall, S. 266 f.; Classen, S. 162.

<sup>49</sup> Campenhausen/Wall, S. 257 ff.; Classen, S. 161; Unruh, S. 190; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2582

<sup>50</sup> Beispiele: jPID 404924310, jPID 416318862, jPID 430798069, jPID 428882523, jPID 423099685, jPID 404385553.

<sup>51</sup> Einzige Ausnahme: jPID 412681227.

der Religionsgemeinschaften muss abgeleitet werden, dass diese Rechtssubjekte nicht völlig unabhängige Organisationen sind, sondern eine Untergliederung der Kirche darstellen. Schon der Zweck der Sonderstellung orthodoxer Kirche – Entfaltung der Religionsfreiheit – und der Tatsache, dass die Kirche seine Religionsfreiheit großteils durch solche Hilfsorganisationen verwirklicht, spricht dazu, die ganze Struktur der Kirche einschließlich der von ihr gebildeten privatrechtlichen Einheiten als Träger der Körperschaftsrechte und Vergünstigungen anzusehen.

Weiterhin haben die deutschen Religionsgemeinschaften mit Körperschaftsstatus im Gegensatz zur georgisch-orthodoxen Kirche das Befugnis, „öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse zu begründen, die nicht dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht unterliegen“.<sup>52</sup> Die georgisch-orthodoxe Kirche hat kein Recht, öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse i.S.d. GeoÖffDienstG zu begründen. Das Dienstrecht gilt als völlig innere Angelegenheit der Kirche. Soweit aber das vom Staat verliehene geistliche Hoheitsbefugnis ausgeübt wird, sind sie als Beamte zu betrachten. Ein gesetzlich bestimmtes Hoheitsrecht nennt Art. 3 GeoKon. Danach erkennt der Staat das von der Kirche stattgefundene Sakrament der Ehe entsprechend der Gesetzgebung an; in den Rechtsverkehr seien die Daten des staatlichen Registers der Ehe anwendbar. Diese angeblich kontroversen Vorschriften – einerseits Anerkennung kirchlicher Trauung und andererseits ihre Unannehmbarkeit – führen zur Ungewissheit.<sup>53</sup> Die klare Bedeutung musste „entsprechend der Gesetzgebung“ ausgelegt werden, die Gesetzgebung sagt aber noch nichts dazu. Die Anerkennung des Sakramentes bleibt daher als unerfüllte Pflicht der Staat gegenüber der orthodoxen Kirche. Auf jeden Fall geht es im Art. 3 GeoKon um eine Befugnis der Kirche, Hoheitsakt (etwa Trauschein) zu beschließen, der irgendeine verbindliche Auswirkung auch auf staatliches Recht haben muss. Vorstellbar wäre dabei Art. 3 GeoKon so zu verstehen, dass im Falle der kirchlichen Trauung der Ehepaare ohne weitere Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Eheschließung auch ins staatliche Register der Ehe eingetragen werden müssen.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Unruh, S. 189; Campenhausen/Wall, S. 252 ff.

<sup>53</sup> Tschikwaidse, S. 18 f.

<sup>54</sup> Vgl. ähnliche Auffassung bei Tschikwaidse, Probleme der rechtliche Anerkennung der

Die kirchliche Trauung und Trauschein findet in Deutschland jedoch keine staatliche Anerkennung, die Rechtsakte der korporierten Religionsgemeinschaften haben hingegen einen grundsätzlich öffentlich-rechtlichen Charakter.<sup>55</sup> Dagegen werden die Akten der georgisch-orthodoxen Kirche grundsätzlich als privatrechtlich betrachtet, es sei denn das GeoKon oder Gesetz anders bestimmt. Außer dem kirchlichen Trauschein erkennt der Staat nach Art. 5 Abs. 2 GeoKon auch die von der Kirche ausgegebenen Ausbildungszeugnisse und akademische Grade an. Diese Zeugnisse werden den staatlichen Dokumenten gleichgestellt, d. h. sie haben öffentlich-rechtlichen Charakter. Weitere Formen der Rechtsetzungsgewalt auf dem öffentlich-rechtlichen Gebiet sind der georgischen orthodoxen Kirche nicht vorbehalten.

Das Kirchenoberhaupt der georgischen orthodoxen Kirche – Katholikos-Patriarch – ist kein Staatsdiener, d. h. weder politischer Amtsträger noch Beamter i.S.d. Art. 5 GeoÖffDienstG. Art. 1 Abs. 5 GeoKon gewährt ihm aber durch prägnanten Wortlaut – „Katholikos-Patriarch Georgiens ist unantastbar“ – eine der politischen Immunität ähnliche Garantie. Zur Auslegung könnte etwa auf Art. 75 Abs. 1 GeoV verwiesen werden, wonach Georgiens Präsident auch unantastbar sei, was Schutz vor Verhaftung und strafrechtlicher Verantwortung innerhalb seiner Amtszeit bedeutet. Schutz des Katholikos-Patriarchen als einer einflussreichen öffentlichen Person und Objekt der erhöhten Gefahr ist ein legitimer Zweck. Präsidentenähnliche Immunität wäre aber unangemessen, weil einerseits Katholikos-Patriarch lebenslang gewählt wird und andererseits Staat – im Gegensatz zum Präsidenten – keinen Mechanismus der Kirchenamtsenthebung haben kann und darf. Dadurch soll Immunität – oder besser – Unantastbarkeit des Patriarchen enger verstanden werden, etwa als positive Pflicht des Staats, Sicherheit des Patriarchen aktiv – etwa durch Personenschutz – zu gewährleisten. Ein einfachgesetzlicher Ausdruck der Unantastbarkeit stellt die Befreiung des Patriarchen von der Zollkontrolle nach Art. 219 Abs. 1 GeoSteuernGB dar.

Weiter enthält Art. 2 GeoKon eine für deutsches Recht unbekannt

---

Kirchliche Trauung (georgisch: ჯვრისწერის იურიდიული აღიარების პრობლემები, <http://www.orthodoxy.ge/samartali/jvristsera.htm>). Abgerufen am 21. März, 2016.

<sup>55</sup> Classen, S. 161 f.



Zeugnisverweigerungspflicht der Geistlichen der georgischen orthodoxen Kirche über das, was ihnen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut worden oder bekannt geworden ist. Solches straf- und zivilprozessrechtliches Verweigerungsrecht haben auch deutsche Religionsgemeinschaften (§ 53 Abs. 1 Nr 1 StPO, § 383 Abs. 1 Nr 4 ZPO), nicht aber die Pflicht. Im Straffprozess haben die übrigen geistlichen Religionsgemeinschaften in Georgien auch das Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 50 Abs. 1 Punkt „8“ GeoStPGB), im Zivilrecht jedoch die Pflicht (Art. 141 Punkt „8“ GeoZPGB). Zusätzliche Verpflichtung der orthodoxen Geistlichen sollte nicht als Benachteiligung der georgisch-orthodoxen Kirche angesehen werden. Denn diese Vorschrift ist Teil der Vereinbarung zwischen Kirche und Staat. Des Weiteren stellt sie eine unveränderte Übertragung des kirchenrechtlichen Verständnisses ins staatliche Recht dar. Ebenfalls fordert sie die persönliche Religionsfreiheit, indem sie alle Vertreter der Religion einschließlich der Geistlichen (da sie auch beichten) vor Verwendung des aus religiösen Gründen anvertrauten Geheimnisses gegen sie schützt.

GeoKon enthält auch sachenrechtliche Sonderregelungen für die orthodoxe Kirche. So erkennt der Staat nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GeoKon aller orthodoxe Kirchengebete, Klostergebäude (auch ehemalige), ihre Ruinen, Grundstücke mit diesen Gebäuden sowie in staatlichen Museen oder Schatzkammern aufbewahrten kirchlichen Schatz als Eigentum der georgisch-orthodoxen Kirche an. Diese Vorschriften sollten nicht als Übergangsbestimmungen bezüglich einmaliger Eigentumsübertragung auf bestimmten Objekten, sondern als Rechtsnorm mit Dauerwirkung betrachtet werden. d.h., Bestätigung der konfessionellen Zugehörigkeit zur orthodoxen Kirche eines (auch neu entdeckten) Gebäudes führt automatisch zur Anerkennung der Kirche als Eigentümer.

Alle diese Sachen – Kirchengebäude, Kloster, ihre Ruinen, Schatz – und zusätzlich noch andere unmittelbar dem Gottesdienst dienende Gegenstände werden sowie in georgischer als auch in deutscher Literatur als *res sacrae* zur öffentlichen Sache gezählt, was zum erhöhten religionsrechtlichen Schutz führt. Nach hM haben die deutschen korporierten Religionsgemeinschaften noch sog. Widmungsrecht: Sie dürfen auch den üblichen, nicht dem *res sacrae* gehörenden Vermögensgegenstände zu

öffentlichen Sachen erklären.<sup>56</sup> Der georgisch-orthodoxen Kirche steht dieses Recht nicht zu.

Zu den mit dem besonderen Rechtsstatus gebundenen Rechten der georgisch-orthodoxen Kirche muss auch Religionsunterricht gezählt werden. Recht auf Durchführung des Religionsunterrichts als ordentliches Fach steht in Georgien nur der orthodoxen Kirche aus Art. 5 Abs. 1 GeoKon zu. Die Lehrer und Lehrerinnen werden von der Kirche selbst eingereicht. Unterricht trägt aber freiwilligen Charakter für Schüler (s. u. S. **E, III, 1.**). Dagegen ist die Durchführung des Religionsunterrichtes in Deutschland ein im Art. 7 Abs. 3 GG verankertes Recht der Religionsgemeinschaften, das nach vorzugswürdiger Auffassung nicht rechtsformgebunden ist und neben korporierten auch den privatrechtlichen Religionsgemeinschaften zusteht.<sup>57</sup>

Über den genannten Merkmalen hinaus gewährleistet GeoKon der georgischen orthodoxen Kirche noch einige Rechte und Vergünstigungen wie z. B. Befreiung der Geistlichen von Militärdienst, Anstaltsseelsorge, Schutz des kirchlichen Eigentums, Befreiung von Steuern. Diese Garantien stehen jedoch in Georgien nicht exklusiv nur der orthodoxen Kirche zu. Vielmehr sind sie durch einfachgesetzliche Vorschriften auch für anderen – auch nicht öffentlich-rechtlich verfassten Gemeinschaften – gewährleistet, sie sind daher nicht rechtsstatusgebunden. Aus dieser besonderen Rechtsstellung der orthodoxen Kirche wird jedoch abgeleitet, dass ihre inhaltlich gleichen Rechte gegenüber anderen Religionsgemeinschaften höher sind und konkordatsrangigen Schutz genießen. Dieser hochrangigere Schutz basiert seinerseits auf im Art. 9 Abs. 2 bestimmten exklusiven Recht der orthodoxen Kirche, eine Verfassungsverabredung mit Staat zu schließen.

## **E. Staat und Religionsgemeinschaften**

### **I. Schutz des Vermögens der Religionsgemeinschaften**

Art. 138 Abs. 2 WRV gewährleistet für alle Religionsgemeinschaften und religiösen Vereine erhöhten Schutz des Vermögens. Dabei stelle diese Vorschrift nach hM keine *lex specialis* gegenüber Art. 14 GG

---

<sup>56</sup> Unruh, S. 191 ff.

<sup>57</sup> Classen, 236.

dar. Anwendung des Letzteren auf religionsgemeinschaftlichen Vermögen werde nicht ausgeschlossen. Vielmehr schütze Art. 14 GG die wirtschaftlichen Grundlagen der Religionsgemeinschaften, wobei Art. 138 Abs. 2 WRV heutzutage als Säkularisationsverbot verstanden wird,<sup>58</sup> d. h. er schütze die Vermögensgegenstände vor Verweltlichung, die den religiösen Zwecken gewidmet seien. Aus der Neutralität des Staats liege die Kompetenz der Zweckbestimmung bei den Religionsgemeinschaften.<sup>59</sup> Der religiöse Zweck i.S.d. Art. 138 Abs. 2 WRV wird in deutscher Literatur weit verstanden: Nicht nur unmittelbar dem Gottesdienst dienende Gegenstände, sondern auch anderes Vermögen, das sich auf die Ausübung der Religionsfreiheit beziehe (Schulen, Krankenhäuser, teilweise auch Verwaltungsvermögen usw.), fallen in den Schutzbereich des Art. 138 Abs. 2 WRV.<sup>60</sup>

Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das georgische Recht keine religionsrechtlichen Sonderregelungen im Bezug auf Vermögen der Religionsgemeinschaften. Das Vermögen – auch religiöser Zweck – wird grundsätzlich durch allgemeine Rechtsnormen geschützt. Verfassungsrechtliche Zentralnorm ist Art. 21 GeoV (Schutz des Eigentums), die im Abs. 2 und 3. verankerten Schranken sind daher auch auf Eigentum und andere vermögenswerten Rechte der Religionsgemeinschaften anwendbar. Auch die *res sacrae* genießen in Georgien grundsätzlich keinen besonderen gesetzlichen Schutz. Wegen Einfluss des europäischen und insbesondere des deutschen Rechts sind zwar die *res sacrae* auch in georgischer Rechtsliteratur als öffentliche Sachen erklärt, über die Rechtsfolgen dieser Erklärung besteht aber wegen fehlender gesetzlicher Grundlage eine vollständige Leere.

Ausnahme aus diesem Grundsatz bilden die sachrechtlichen Bestimmungen des GeoKon. Die zuvor genannten Art. 7 und 8 GeoKon (s. o.) bilden eine besondere Rechtslage der orthodoxen *res sacrae*, insbesondere der Kirchengebäude und des religiösen Schatzes. Eine interessante Vorschrift ist weiter Art. 6 Abs. 2 GeoKon, wonach die Kirche ihr nicht dem Gottesdienst dienendes Vermögen nach allgemeinen Regeln der georgischen Gesetzgebung besitzt, benutzt und verfügt.

---

<sup>58</sup> Campenhausen/Wall, S. 273 ff; Classen, S. 137 ff; Unruh, S. 297.

<sup>59</sup> Unruh, S. 300.

<sup>60</sup> Unruh, S. 301; Classen, S. 138 f.

Daraus kann aus dem *argumentum e contrario* abgeleitet werden, dass die allgemeinen Regeln auf das dem Gottesdienst dienende Vermögen grundsätzlich nicht anwendbar sein müssen. Unter allgemeinen Regeln fallen aber nur einfachgesetzliche Bestimmungen, nicht jedoch GeoV und insbesondere Art. 21 GeoV inklusive der Schrankenvorbehalte, weil GeoKon der Verfassung untersteht. Dementsprechend muss bezüglich des Besitzes, der Benutzung und Verfügung des gottesdienstlichen Vermögens das Selbstbestimmungsrecht und kirchenrechtliche Bestimmungen maßgebend sein, es sei denn sie widersprechen dem GeoV. In der Praxis werden jedoch alle allgemeinen Regeln auch auf gottesdienstliches Vermögen der georgisch-orthodoxen Kirche angewendet.

Die gottesdienstliche Produktion der orthodoxen Kirche, ihre Herstellung, Import oder Versorgung, nichtwirtschaftliches Vermögen, insbesondere Grundstücke sind gemäß Art. 6 Abs. 5 in Georgien frei von Steuern. Die religiöse Betätigung, darunter auch wirtschaftlichen Charakters, wird nach Art. 9 Abs. 2 Punkt 3. i.V.m. Art. 11 GeoSteuernGB als nichtökonomisch anerkannt und von Steuern befreit. Dies betrifft nicht nur der georgisch-orthodoxen Kirche, sondern alle Religionsgemeinschaften unabhängig von ihrer Rechtsform.

## V. Staatsleistungen

Nach der Annexion, der georgischen Ländern durch das russische Kaiserreich am Anfang des XIX Jahrhunderts wurde 1811 die Autokephalie (Eigenständigkeit) der georgischen orthodoxen Kirche abgelöst und direkt der russischen orthodoxen Kirche untergeordnet. Der Widerspruch der georgischen Bevölkerung führte zur unangemessenen Einschränkung der Kirche: Der georgischsprachige Gottesdienst wurde verboten, auf zahlreichen georgischen Kirchen wurde eine russische Kuppel aufgesetzt, georgische Fresken wurden mit weißer Farbe überstrichen usw. Einschränkung der georgischen Kirche verstärkte und wandelte sich in die Verfolgung der Religion in der sowjetischen Zeit. Nicht nur die orthodoxen Kirchengebäude, sondern auch zahlreiche Sakralbauten anderer Religionen wurden enteignet oder abgerissen, die Geistlichen wurden zielgerichtet verhaftet oder erschossen.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Chezuriani, S. 8 ff.

In Deutschland unterlagen die Religionsgemeinschaften keiner derartigen großen Einschränkungen. Die Enteignung der Kirchen ist aber auch in Deutschland in der Zeit der Säkularisation im 16. bis 19. Jahrhundert vorgekommen. Der Staat hat die Verpflichtung des Ausgleichs in Form der auf Dauer angelegten Leistungen übernommen.<sup>62</sup> Diese Staatsleistungen waren höchstwahrscheinlich Muster für den georgischen Staat bei der Übernahme der partiellen Entschädigung der Schaden der Religionsgemeinschaften nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit. Der Staat leistet dabei nur zugunsten Religionsgemeinschaften, die tatsächlich beschädigt wurden: Das sind georgisch-orthodoxe Kirche (Art. 11 Abs. 1 GeoKon) und andere traditionelle – islamische, jüdische, römisch-katholische und armenisch-orthodoxe Gemeinschaften (Regierungsbeschluss Nr. 117, Regel des Ablaufs der manchen dem Ersatz der in der Zeit des sowjetischen totalitären Regimes entstandenen Schaden der in Georgien vorhandenen Religionsgemeinschaften bezogenen Maßnahmen).

Der georgische Staat sieht diesen Schadenersatz nicht als Konsequenz seiner Pflichtverletzung gegenüber Gemeinschaften an. Art. 2 Abs. 1 Punkt „s“ des Regierungsbeschlusses Nr. 117 verweigert jede staatliche Verantwortung und betrachtet die Entschädigung nur als guten Wille des Staates. Art. 11 Abs. 1 GeoKon betont dagegen eher auf kondition-sähnlichen Stand und spricht über Selbstverpflichtung des Staates als tatsächlicher Besitzer eines Teils des enteigneten Vermögens zur partiellen Entschädigung gegenüber der orthodoxen Kirche. Auf jeden Fall – ob ein guter Wille oder Selbstverpflichtung – muss die Übernahme der Entschädigung durch den Staat grundsätzlich keinen Anspruch der Religionsgemeinschaften gegen ihn begründen, weil Georgien sich weder mit georgischen sozialistischen Sowjetrepublik noch Sowjetunion identifiziert und Zurechnung der Verantwortung verweigert. Soweit aber der Staat noch heute das enteignete Vermögen besitzt und benutzt, könnten die Religionsgemeinschaften Ersatz von ihm verlangen.

Nach Art. 138 Abs. 1 WRV sind die Staatsleistungen an die Religionsgemeinschaften abzulösen. Ablösung wird dabei nicht als

---

<sup>62</sup> Classen, S. 299; Rozek, (Der unerfüllte Verfassungsauftrag, in:) Entwicklungstendenzen des Religionsverfassungsrechts, 2013, 421, S. 422 f.; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2589 f.

„ersatzloser Wegfall, sondern die Aufhebung gegen Entschädigung“<sup>63</sup> verstanden. Solche Ablösung erfolgte in Deutschland noch nicht. Sowohl Umfang der Ablösung als auch ihre Art<sup>64</sup> sind umstritten. Das führt als Konsequenz zur Garantie des *Status quo*, d. h., bis zur Ablösung bleibt dem Staat die Verpflichtung zu den bestehenden Staatsleistungen. Ähnlich wie in Deutschland, müssen die Staatsleistungen auch in Georgien abgelöst werden, nämlich besagt Art. 11 Abs. 2 GeoKon, dass die Form, Höhe und Frist der Leistungen an georgischer orthodoxer Kirche vom speziellen Komitee bestimmt werden müssen. Auch dieser Auftrag ist bis heute unerfüllt; aus dem Wortlaut muss aber Einziges abgeleitet werden: Entschädigung – und damit auch Ablösung – muss in Georgien in der Form der dauernden, regelmäßigen Zahlungen erfolgen. D. h. selbst die Staatsleistungen sind Ablösungsmaßnahmen. Die Tatsache, dass GeoKon die Staatsleistungen selbst begründet und zugleich ihr Ablösegebot enthält, lässt sich nicht anders interpretieren. Art. 11 Abs. 2 GeoKon betrifft zwar nur die Staatsleistungen an orthodoxer Kirche, das Ablösungsgebot muss aber wegen Wesen der Entschädigung auch für andere Religionsgemeinschaften gelten.

Auch in Georgien sind die Höhe und Dauer der Leistungen umstritten. Zum einen wird die Bestimmungsunmöglichkeit betont und ein vollständiger ersatzloser Wegfall der Leistungen gefordert, zum anderen wird in den unterschiedlichen Höhen der Leistungen an den Religionsgemeinschaften, ein Verstoß gegen Paritätsgrundsatz gesehen.<sup>65</sup> Inadäquate Bewertungen sind zum Teil Folgen des Missverständnisses und Verwirrung der Begriffe „Staatsleistungen“ und „Subventionen“.<sup>66</sup> Im Gegensatz zu den final motivierten Subventionen erfüllen die Staatsleistungen historische Ausgleichsfunktion. Die Höhe leitet sich direkt aus Schaden der jeweiligen Gemeinschaft ab. Da der Umfang

---

<sup>63</sup> Classen, S. 300; Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S. 2591

<sup>64</sup> Rozek, (Der unerfüllte Verfassungsauftrag, in:) Entwicklungstendenzen des Religionsverfassungsrechts, 2013, 421, S. 424 ff.

<sup>65</sup> N. Tarnischwili, Millionen für Kirche zum Überwinden der politischen Krise (georgisch: ნ. თარნიშვილი, მილიონები ეკლესიის კრიზისების დასაძლევად, <http://www.radiotavisupleba.ge/content/eklesiis-dapinansebis-sakitkhebi/26627538.html>). Abgerufen am 21. März, 2016.

<sup>66</sup> Vgl. Unruh, S. 308; Rozek, (Der unerfüllte Verfassungsauftrag, in:) Entwicklungstendenzen des Religionsverfassungsrechts, 2013, 421, S. 423.

des Schadens der Religionsgemeinschaften historisch nicht identisch war, dürfen und müssen sogar die entsprechende Höhe der staatlichen Leistungen an verschiedenen Religionsgemeinschaften unterschiedlich ausfallen.

Georgische staatliche Agentur für religiöse Fragen bezeichnet die Staatsleistungen als staatliche Finanzierung. Nach ihrer Auffassung ist und soll die Finanzierung mit der Rechtsform der Religionsgemeinschaften verbunden sein.<sup>67</sup> Diese Auffassung ist nicht zu billigen, weil es unverständlich ist, was für eine Rolle für den historischen Ausgleich die aktuelle Rechtsform spielen kann. Der Verzicht der Entschädigung nur wegen privatrechtlicher Form, wenn die Gemeinschaft in XIX und XX Jahrhundert tatsächlich beschädigt wurde, ist eindeutig als Verstoß gegen Parität zu betrachten.

## **VI. Religiöse Ausbildung**

Religiöse Ausbildung umschließt zwei verschiedene Dimensionen: Religionsunterricht in den Schulen und theologische Fakultäten.

### **1. Religionsunterricht**

Gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 1 GG ist Religionsunterricht in deutschen öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ein ordentliches Lehrfach. Im Gegensatz zu diesem Artikel des GG, der die positive Pflicht des Staates gründet, Religionsunterricht in den öffentlichen Schulen auszurichten, beinhaltet GeoV keine Bestimmung über Religionsunterricht: Er ist in georgischen Schulen verfassungsrechtlich weder verboten, noch als ein Ordentliches bzw. Pflichtlehrfach anerkannt. Auf einfachgesetzlicher Ebene sind die Vorschriften des GeoAusbG wichtig. Nämlich haben die Schüler der öffentlichen Schulen nach Art. 18 Abs. 4 GeoAusbG das Recht, außerhalb der Schulzeit die Religion zu erlernen und religiöse Riten zu praktizieren, sofern dies den Zwecken der

---

<sup>67</sup> Strategie der Entwicklung der staatlichen religiösen Politik Georgiens, Abschnitt „რე-ლიგიური გაერთიანების ქონება და ფინანსები“, Abs. ) und ). (<http://religion.geo.gov.ge/geo/document/saqartvelos-saxelmtsifos-religiuri-politikis>). Abgerufen am 21. März, 2016.

Erlangung religiöser Ausbildung dient. Unter „Erlernung der Religion“ ist der im Schulgebäude stattgefundenen Unterricht zu verstehen. Denn die Beschränkung der religiösen Aktivitäten durch „Zwecke der Erlangung religiöser Ausbildungen“ ist außerhalb des Schulgeländes weder vorstellbar noch zulässig. Andererseits kann aber solcher Unterricht nicht einem Religionsunterricht i.S.d. Art. 7 Abs. 3 GG gleichsetzen, weil er keine von der Schule bzw. vom Staat, sondern von einem privaten Kreis veranstalteten Unterricht und daher auch kein ordentliches Lehrfach darstellt.

Der Religionsunterricht muss nach Art. 7 Abs. 3. S. 2 GG in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt werden. Auch nach der Auffassung von BVerfG sei die Aufgabe des Religionsunterrichts, die Glaubenssätze der jeweiligen Religionsgemeinschaft als bestehende Wahrheiten zu vermitteln.<sup>68</sup> Die Rolle der Religionsgemeinschaften bestehe daher darin, Inhalt und Ziele der Lehrveranstaltung zu bestimmen, was u. a. auch das Mitentscheidungsrecht auf Lehrinhalt, Lehrpersonal, Lehrpläne und Schulbücher enthält.<sup>69</sup> Notwendigkeit der „Unterricht der Religion“ als ordentliches Fach wird zwar auch von georgischer staatlichen Agentur für religiöse Fragen nicht bezweifelt. Nach seiner Ansicht sollte es jedoch bloßer „neutraler und objektiver“ Religionskunde und kein echter konfessionsgebundener Religionsunterricht sein.<sup>70</sup>

In diesem Zusammenhang scheint der zuvor genannte Art. 5 Abs. 1 GeoKon nicht unproblematisch. Danach ist die Teilnahme an einem orthodoxen Religionsunterricht in den Schulen freiwillig, wobei das Lehrprogramm, die Lehrer bzw. Lehrerinnen von der Kirche eingereicht werden müssen (s. o. S.). Auf einen Blick ist keine Kollision ersichtlich, der Religionsunterricht i.S.d. GeoKon kann auch im Rahmen des Art. 18 Abs. 4 GeoAusbG ausgelegt werden. Das Problem liegt aber darin, dass das hochrangigere GeoKon zum einen nicht durch einfachgesetzliche Normen beschränkt oder ausgelegt werden darf und zum anderen es

---

<sup>68</sup> BVerfGE 74, 244 (252).

<sup>69</sup> Unruh, S. 266.

<sup>70</sup> Strategie der Entwicklung der staatlichen religiösen Politik Georgiens, Abschnitt „რელიგია და განათლება“, Abs. ბ). (<http://religion.geo.gov.ge/geo/document/saqartvelosaxelmitsifos-religiuri-politikis>). Abgerufen am 21. März, 2016.



eine Vereinbarung zwischen dem vom Präsidenten vertretenen Staat und der Kirche ist. Zwischen dem Präsidenten und der Kirche vereinbarter Sinn und Zweck der Vorschrift war aber keine einfache Zulassung der Privaten Lehrveranstaltung in der Schule außerhalb der Schulzeit, sondern Religionsunterricht als ein ordentliches Lehrfach. Zur gleichen Konsequenz führt auch die grammatische Auslegung: Die Rede ist von Einreichen der Lehrkräfte und des Lehrprogramms, was darauf hindeutet, dass die Entscheidungsfähigkeit bei anderer Partei liegt. Zwischen den Parteien vereinbarte Bedeutung der Vorschrift darf nicht einseitig verändert oder anders ausgelegt werden. Infolgedessen berechtigt Art. 5 Abs. 1 GeoKon der orthodoxen Kirche, durch das Einreichen der Lehrkräfte und des Programms, beim als ordentliches Lehrfach staatlich organisierten (und zwar konfessionsgebundenen) Religionsunterricht mitzuwirken. Daher muss Art. 5 Abs. 1 GeoKon als eine Ausnahme von dem im Art. 18 Abs. 4 GeoAusbG gelegten Grundsatz angesehen werden. Abgesehen von formaler Korrektheit, wäre solche Auslegung auch kein Verstoß gegen Parität, weil zum einen auch die anderen Religionsgemeinschaften Religionsunterricht (jedoch als private Veranstaltung) in der Schule durchführen dürfen und zum anderen solches Vorrecht der orthodoxen Kirche wegen ihrer sowohl tatsächlich vorhandenen als auch verfassungsrechtlich anerkannten besonderen Rolle und der entsprechend größeren Bedürfnisse rechtmäßig scheint. In der Praxis wird aber dagegen die Kollision zwischen entsprechenden Vorschriften des GeoKon und GeoAusbG nicht gesehen und die letzteren werden auch auf den Religionsunterricht der orthodoxen Kirche angewendet.

Weiterhin verbietet GeoAusbG religiöse Indoktrination, Proselytismus und gewaltsame Assimilation der Schüler in der Schule (Art. 13 Abs. 2 GeoAusbG).

## 5. Theologische Fakultäten

Ähnlich wie der Religionsunterricht in den Schulen sind die theologischen Fakultäten in Deutschland staatliche Institutionen. Ihre Errichtung und Organisation ist staatliche Aufgabe und Angelegenheit.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Unruh, S. 287.

Der neutrale Staat kann jedoch keine inhaltlichen Aspekte bestimmen, deshalb kommt in Deutschland den Religionsgemeinschaften auch bei den theologischen Fakultäten ein inhaltlich-konfessionelles Bestimmungsrecht zu.<sup>72</sup>

In Georgien werden die theologische Fakultäten in den staatlichen Universitäten bzw. Hochschulen nicht eingerichtet. Die theologischen Fakultäten können nur von der Kirche in den seinerseits eingerichteten privaten Ausbildungsstätten (Universität, Hochschule, Seminare, Akademie usw.) organisiert werden. Das GeoHochschulenG stellt aber die orthodoxen theologischen Ausbildungsstätten und ihre Studiengänge durch Autorisation und Akkreditierung den staatlichen Universitäten gleich und erkennt die von ihnen ausgegebenen Ausbildungszeugnisse und akademische Grade an (Art. 56<sup>5</sup> GeoHochschulenG). Autorisation der kirchlichen Universität bzw. Akkreditation theologischer Studiengang setzt den vom Staat bestimmten Kriterien voraus. Im Übrigen hat die Kirche sowohl bei der inneren Organisation als auch bei den inhaltlichen Aspekten der theologischen Fakultäten eine weitgehende Bestimmungsfreiheit.

Dies alles betrifft sowohl in Deutschland als auch in Georgien nur die Großkirchen (katholische und evangelische Kirche und orthodoxe Kirche). Aus dem tatsächlichen Grund, dass bisher nur diese Religionsgemeinschaften die Fähigkeit aufweisen, ihre wissenschaftlich ausgeprägte Theologie als akademische Disziplin zu organisieren, kann nicht als Verstöße gegen Parität betrachtet werden. „Solten die Voraussetzungen erfüllt sein, so ist zukünftig“ eine Errichtung der theologischen Ausbildungsstätten bzw. Fakultäten auch anderer Religionen „möglich und zu erwarten.“<sup>73</sup>

## VII. Anstaltsseelsorge

Anstaltsseelsorge als eine gemeinsame Angelegenheit ist ein bedeutendes Beispiel der Kooperation der Religionsgemeinschaften und des Staats.<sup>74</sup> Nach Art. 141 WRV sind die Religionsgemeinschaften

---

<sup>72</sup> Unruh, S. 288 f.

<sup>73</sup> Unruh, S. 293.

<sup>74</sup> Friesenhahn, in: HdbStKR, Band 1, 1974, 545, S. 197 ff.

zur Vornahme religiöser Handlungen im Heer, in Krankenhäusern, Strafanstalten oder sonstigen öffentlichen Anstalten zuzulassen, soweit das Bedürfnis nach einem Gottesdienst und Seelsorge besteht. Dabei sei jeder Zwang fernzuhalten. Als Anspruchsberechtigten sind in Deutschland alle Religionsgemeinschaften unabhängig ihrer Rechtsform anerkannt.<sup>75</sup> Sie könnten in allen öffentlichen Einrichtungen, wo Bedürfnis der Anstaltsangehörigen danach besteht, religiöse Handlungen vornehmen. In der Praxis wird Anstaltsseelsorge von den Religionsgemeinschaften in Bundeswehr, (nur) öffentlichen Krankenhäusern, Strafanstalten, Polizei, kommunale Friedhöfe ausgeübt.

Eine verfassungsrechtliche Gewährleistung der Anstaltsseelsorge besteht in Georgien nicht. Diese Form der Koordination wird auch nicht auf der Grundlage des Gesetzes oder durch Verträge zwischen Staat und Religionsgemeinschaften reguliert. Ausnahme ist wiederum GeoKon: nach Art. 4 Abs. 2 GeoKon gewährleistet der Staat in der Armee und in den Strafvollzugsanstalten die religiöse Wirken der orthodoxen Kirche. In den anderen öffentlichen Einrichtungen ist daher Anstaltsseelsorge nicht möglich. Im Gegensatz zum deutschen Modell kommt dabei nicht das Bedürfnis der Anstaltsangehörigen nach Seelsorge als Voraussetzung in Betracht. Zur Vornahme der religiösen Handlungen in den genannten Anstalten reicht vielmehr das Interesse der Kirche aus, wobei die Teilnahme an diesen Handlungen auch in Georgien freiwillig sein muss. Tatsächlich werden auch die Geistlichen der anderen Religionen in den Strafvollzugsanstalten Georgiens zugelassen. In der Armee wird aber Seelsorge ausschließlich von der orthodoxen Kirche ausgeübt, was als Paritätsverstoß anzusehen ist.

### **VIII. Religionsgemeinschaften und Arbeitsrecht**

Die korporierten Religionsgemeinschaften Deutschlands können kraft der bereits genannten Dienstherrenfähigkeit öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse begründen. Die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse der sowohl korporierten als auch privatrechtlichen Religionsgemeinschaften unterstehen jedoch nach hM dem staatlichen Arbeitsrecht. Die Arbeitsverhältnisse der Religionsgemeinschaften Georgiens stehen ebenfalls

---

<sup>75</sup> Unruh, S. 240.

nicht außerhalb der staatlichen Rechtsordnung. Darüber hinaus wird sowohl von deutscher Rechtssprechung<sup>76</sup> als auch in der deutschen Literatur<sup>77</sup> anerkannt, dass bei der Anwendung des staatlichen Rechts, das Selbstbestimmungsrecht der jeweiligen Religionsgemeinschaft zu beachten ist, was als Konsequenz zur Modifikation des staatlichen Arbeitsrechts führt. Ein Teil des Selbstbestimmungsrechts sei z. B. Loyalitätspflicht, dessen Fixierung durch Religionsgemeinschaften grundsätzlich zulässig sei, weil sie „aufgrund ihres umfassenden religiösen Auftrags in besonderer Weise darauf angewiesen“ seien, „dass ihre Mitarbeiterschaft sich mit diesem Auftrag identifiziere.“

Die Modifikation des staatlichen Arbeitsrechts bei seiner Anwendung auf Religionsgemeinschaften ist soweit ersichtlich, durch georgische Gerichte nie erörtert. Auch in der georgischen Rechtsliteratur ist nichts dazu zu finden. Natürlich muss dies nicht bedeuten, dass staatliches Arbeitsrecht vollständig unverändert und ohne Berücksichtigung des religiösen Auftrags der Gemeinschaften anzuwenden ist. Vielmehr wäre die Modifikation des staatlichen Arbeitsrechts zugunsten der Religionsgemeinschaften auch in Georgien vernünftig, ansonsten würde das in Art. 19 Abs. 1 GeoV verankertes Selbstbestimmungsrecht unangemessen eingeschränkt werden. Vergleich der Art und des Ausmaßes der Modifikation in Deutschland und Georgien sind jedoch wegen fehlender Praxiserfahrung in Georgien unmöglich.

## **F. Zusammenfassung**

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Ähnlichkeiten des deutschen und georgischen Systems des Religionsrechts im Wesentlichen oberflächlich sind, was nicht als eine Konsequenz unterschiedlicher Rechtsgrundlagen oder Rechtsdogmatik angesehen werden kann, sondern großteils aus einer logischen Folge der gedankenlosen Rezeption des europäischen – und großteils deutschen – Rechts resultiert. So sind die Idee der gestuften Parität und alternative Rechtsformen ins georgische Recht aus dem Deutschen übernommen. Die Voraussetzungen und Inhalt dieser Rechtsformen bleiben aber in Georgien im Gegensatz zu

---

<sup>76</sup> BverfGE 70, 138 (165).

<sup>77</sup> Unruh, S. 124 ff.

Deutschland unklar und bedürfen sowie Gesetzesänderungen als auch weitere wissenschaftliche Forschung. Darüber hinaus sind die Fälle der Verstöße gegen Grundprinzipien des Religionsrechts in Georgien im Lichte der mehrstufigen Parität noch weiter aufzudecken und zu erforschen. In diesem Zusammenhang sind auch die auch in dieser Arbeit dargestellten konkreten Probleme und Fragen bezüglich des Verhältnisses von Staat und Kirche – nämlich Staatsleistungen, Religionsunterricht und theologische Fakultäten, Anstaltsseelsorge, Arbeitsrecht usw. – noch umfassender zu beantworten. Dafür müssen die Rechtsvergleiche unter anderen wiederum eine erforderliche Methode der Forschung sein, weil einerseits die Schwachstellen des relativ jüngeren georgischen Religionsrechts im Vergleich zu ähnlichen europäischen Modellen besser sichtbar werden und andererseits diese oder ähnliche Probleme in der westlichen Rechtsliteratur bzw. von Rechtsprechung meistens im Wesentlichen schon besprochen wurden.

## LITERATURVERZEICHNIS

Campenhause, Axel Freiherr von/Wall, Heinrich de, Staatskirchenrecht, 4. Auflage, 2006 (zitiert: Campenhause/Wall, S.)

Chezuriani, Dschoni, Staat und Kirche, Rechtliche Aspekte der Verhältnis, 2013 (georgisch: ხესურიანი, ჯონი, სახელმწიფო და ეკლესია, ურთიერთობის სამართლებრივი ასპექტები, 2013; zitiert: Chezuriani, S.)

Classen, Claus Dieter, Religionsrecht, 2. Auflage, 2015 (zitiert: Classen, S.)

Friesenhahn, Ernst, Die Kirchen und Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: Friesenhahn, Ernst/Scheuner, Ulrich/Listl, Joseph (Hrsg), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 1974, S. 545 ff. (zitiert: Friesenhahn, in: HdbStKR, Band 1, 1974, 545, S.)

Gatschetschiladse, Paata/Aleksidse, Tamar, Rechtliche Regelung der Verhältnis von Staat und Kirche, 2013 (georgisch: გაჩეჩილაძე, პაატა/ალექსიძე, თამარ, სახელმწიფოს და ეკლესიის სამართლებრივი რეგულირება, 2013; zitiert: Gatschetschiladse/Aleksidse, S.)

Heckel, Martin, Gleichheit oder Privilegien? Der allgemeine und der besondere Gleichheitssatz im Staatskirchenrecht, 1993 (zitiert: Heckel, Gleichheit oder Privilegien, S.)

Honecker, Martin, Das Deutsche Staatskirchenrecht in geschichtlicher und gegenärtiger Perspektive, in: Gleichheit der Religionen im Grundgesetz? Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und Künste, 2011, S. 8 ff. (zitiert: Honecker, (Deutsche Staatskirchenrecht, in: Gleichheit der Religionen im GG?, 2011, 8, S.)

Metreweli, Artschil, Fragen des Religionsrechts, Vielfalt, Diskriminierung, Sekte, 2015 (georgisch: მეტრეველი, არჩილ, რელიგიის სამართლის საკითხები, მრავალფეროვნება, დისკრიმინაცია, სექტა, 2015; zitiert: Metreweli, S.)

Rozek, Jochen, Der unerfüllte Verfassungsauftrag – Die Ablösung der Staatsleistungen an die Kirchen, in: Holzner, Tomas/Ludyga, Hannes (Hrsg.), Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts, Ausgewählte begrifflich-systematische, historische, gegenwartsbezogene und biographische Beiträge, 2013, S. 421 ff. (zitiert: Rozek, (Der unerfüllte Verfassungsauftrag, in:) Entwicklungstendenzen des Religionsverfassungsrechts, 2013, 421, S.)

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Art. 140, 7. Auflage, 2014 (zitiert: Ehlers, in: Sachs, GG, Art. 140, S.)

Schrooten, Jost-Benjamin, Gleichheitssatz und Religionsgemeinschaften, 2015 (zitiert: Schrooten, S.)

Schulze, Reiner (Schriftleitung), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, §§ 43, 55. Auflage 8, 2014 (zitiert: Dörner, in: Hk-BGB, § ... BGB, S.)

Tschikwaidse, Davit, Verfassungsverabredung zwischen georgischem Staat und georgischer orthodoxer autokephale Apostelkirche, Kommentar, 2003 (georgisch: ჩიკვაიძე, დავით, კონსტიტუციური შეთანხმება საქართველოს სახელმწიფოსა და საქართველოს სამოციქულო ავტოკეფალურ მართლმადიდებელ ეკლესიას შორის, კომენტარები, 2003, zitiert: Tschikwaidse, S.)

Unruh, Peter, Religionsverfassungsrecht, 3. Auflage, 2015 (zitiert: Unruh, S.)

Waldhoff, Christian, Was bedeutet religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates? in: Gleichheit der Religionen im Grundgesetz? Symposium der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und Künste, 2011, S. 17 ff. (zitiert: Waldhoff, (Neutralität, in:) Gleichheit der Religionen im GG?, 2011, 17, S.)

## **ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

BGB Bürgerliches Gesetzbuch

EGMR Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EMRK Europäische Menschenrechtskonvention

GeoAktenG Georgisches Gesetz zu den normativen Akten

GeoAusbG Georgisches Gesetz zur allgemeinen Ausbildung

GeoBetVerbG Georgisches Organgesetz zu der Aussetzung der Betätigung und dem Verbot der Gemeinschaften

GeoHochschulenG Georgisches Gesetz zu der höchsten Ausbildung

GeoJpöRG Georgisches Gesetz zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts

GeoKon Verfassungsverabredung zwischen georgischem Staat und georgischer orthodoxer autokephale Apostelkirche (2002)

GeoÖffDienstG Georgisches Gesetz des öffentlichen Dienstes

GeoSteuernGB Georgisches Steuergesetzbuch

GeoStPGB Georgisches Strafprozessgesetzbuch

GeoUnternehmerG Georgisches Gesetz zu den Unternehmern

GeoV Verfassung Georgiens

GeoZGB Georgisches Zivilgesetzbuch

GeoZPGB Georgisches Zivilprozessgesetzbuch  
GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
GmbH Gesellschaft mit beschränkter Haftung  
jPID juristische Person mit Identifikationsnummer  
jPöR juristische Person des öffentlichen Rechts  
nkjP nicht kommerzielle juristische Person  
StPO Strafprozessordnung  
WRV Weimarer Reichsverfassung  
ZPO Zivilprozessordnung



# ცრუმაგიერი მფლოჯლოკა საგადასახადოსამართლეზრივ ურთიერთოკეკვი

მარიამ ბიბილეიშვილი<sup>1</sup>

## შესავალი

ოლივერ ვენდელ ჰოლმსი, რომელიც ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ვაშინგტონში, შემოსავლების სამსახურის ოფისის სიმბოლოს წარმოადგენს ამბობს: „გადასახადები არის ის, რასაც ჩვენ ვიხდით ცივილიზებული საზოგადოებისათვის. გადასახადების მეშვეობით სახელმწიფო იკმაყოფილებს თავის ფინანსურ მოთხოვნილებებს, რის მეშვეობითაც იგი ეფექტურ მმართველობას ახორციელებს. 1989-1991 წლებში ევროპულმა რევილუციებმა, რომლებმაც საფუძველი ჩაუყარა საბჭოთა კავშირის საბოლოო დამხობასა და საბაზრო ეკონომიკისა და თავისუფალი მენარმეობის განვითარებას, დღის წესრიგში დააყენა საკანონმდებლო ბაზის ცვლილების საკითხი. ახალ რეგულაციებს ცვლილებები უნდა შეეტანა საბაზრო ეკონომიკის პერსპექტიულ განვითარებაში. ეკონომიკური მართვა გადამწყვეტია ბაზრის არასტაბილურობის თავიდან ასაცილებლად“.<sup>2</sup> თავისუფალი ბაზრის (laisser-fair<sup>3</sup>) არსებობა, ანუ სახელმწიფოს მიერ ეკონომიკური ჩაურევლობა, ეკონომიკის უკეთ მუშაობის საწინდარია. აღნიშნულიდან გამომდინარე, საგადასახადო კანონმდებლობა ყოველთვის აქტუალურია.

ადამიანის სოციალურ-ეკონომიკური უფლებებით აღჭურვა და ამ უფლებების განხორციელებასთან დაკავშირებული წინაპირობები აქტუალურია არა მარტო საქართველოში, არამედ მთელ მსოფლიოში. ამასთანავე, სახელმწიფოს წინაშე წარმოშობილი ეკონომიკური ვალდებულებების შესრულების მიზნით სახელმწიფო ფინანსურ-ეკონომიკურ-საგადასახადო ურთიერთობათა

<sup>1</sup> \* სამართლის მაგისტრი (თსუ), სსიპ „საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს“ რეგისტრატორი.

<sup>2</sup> ჰეივუდი ე., ეკონომიკური სისტემები, 2013. <<https://burusi.wordpress.com/2013/08/23/andrew-heywood-2/>> [3.07.2015].

<sup>3</sup> laisser-fair (ფრან.) – ნებაზე მიშვება.

მარეგულირებელ საკანონმდებლო აქტებს გვთავაზობს, რომლებიც ასევე, სახელმწიფოს ეკონომიკური ქმედუნარიანობის სათავეში დგანან.

გადასახადების მეშვეობით სახელმწიფო ბიუჯეტის ფორმირება და შემდგომ სოციალური, ეკონომიკური და საგანმანათლებლო პროგრამებით საზოგადოების უზრუნველყოფა კიდევ უფრო ამკაცრებს საზოგადოების საჯარო ინტერესს გადასახადების ადმინისტრირებისა თუ მათი გადახდის უზრუნველყოფის ღონისძიებების მიმართ. ევროპის ზოგიერთი ქვეყანა აცნობიერებს, რომ გადასახადების გადამხდელების მიმართ, ისეთი მოპყრობა, როგორც ჩვენ ვიცით ზღაპრიდან რობინ ჰუდი, გვაძლევს იმ შედეგს, რომ გადასახადის გადამხდელები თავს არიდებენ საგადასახადო ვალდებულებების შესრულებას, ხოლო ზოგიერთ ქვეყანაში კი სახელმწიფო არბილებს საგადასახადო პოლიტიკას და ცდილობს შეიმუშაოს გადასახადის გადამხდელებზე ორიენტირებული კანონმდებლობა.<sup>4</sup> საქართველოს პარლამენტმა საგადასახადო ურთიერთობების პირველი საკანონმდებლო რეგულაცია 1997 წელს მიღებული საგადასახადო კოდექსით განახორციელა, თუმცა 1997 წლიდან დღემდე საგადასახადო კოდექსმა უამრავი ცვლილება და დამატება განიცადა, რაც არაერთხელ ყოფილა მსჯელობის საგანი. დღესდღეობით მზარდი ეკონომიკის პირობებში, გადასახადები და მათი გადახდევინების უზრუნველყოფის ღონისძიებები თანდათან უფრო მწვენილოვან ადგილს იკავებს საფინანსო სფეროში, ამიტომ ნებისმიერი ინსტიტუტი რაც გადასახადების გადახდის უზრუნველყოფას უკავშირდება ხშირად ხდება მეცნიერების განსჯის საგანი; კრიტიკის ქარცეცხლში ხვდება ასევე, საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლი, რომელიც ცრუმაგიერი მფლობელობის სახელწოდებით არის ცნობილი. ცრუმაგიერი მფლობელობა თავის თავში ერთი პირის ვალდებულებების მეორე პირზე დაკისრების შესაძლებლობას გულისხმობს, ამიტომ აღნიშნული ინსტიტუტი განსაკუთრებით აქტუალურია სამენარმეო-საგადასახადო ურთიერთობებში პასუხიმგებლობის დაზღვევის მიზნით. ასევე, უნდა აღინიშნოს, რომ ბოლო დროს ჩამოყალიბებული ერთმანეთისაგან განსხვავებული სასამართ-

<sup>4</sup> Talur E., General Communication with Tax Authorities in friendly or unfriendly ways, National Report of Estonia., Working Session 9, Prague, 2014, 213.

ლო პრაქტიკა, ზემოაღნიშნული მუხლის ბუნდოვან შინაარსზე მიუთითებს, ამასთანავე, ამ ინსტიტუტთან დაკავშირებით არანაირი კვლევა არ განხორციელებულა, რაც შედარებით ნათელს მოჰყენდა მუხლის გამოყენების წინაპირობებს. წინამდებარე სტატიაში განხილული იქნება ისეთი საკითხები როგორც არის ცრუმაგიერი მფლობელობის სახეები, ცრუმაგიერი მფლობელობის გამოვლენის თეორიები და წინაპირობები, იძლევა თუ არა საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლი გადასახადების გადახდისაგან თავის არიდების საშუალებას, ასევე სტატიაში საუბარი იქნება ცრუმაგიერი ფიზიკური პირის პასუხიმგებლობის ფარგლებსა და საგადასახადო თანასწორობის პრინციპზე, კოპრორაციული საფარის მოხსნასა და ჩრდილოვანი დირექტორის კონცეფციაზე.

ზემოხსენებული საკითხების შესწავლისათვის გამოყენებული იქნება ცრუმაგიერი მფლობელობის ისტორიული, შედარებით-სამართლებრივი და ნორმატიული ანალიზის მეთოდები, რაც საშუალებას მოგვცემს დავინახოთ ამ ინსტიტუტის როგორც დადებითი, ასევე უარყოფითი მხარეები. ამასთანავე, სტატიის მიზანს არ წარმოადგენს აღნიშნული ინსტიტუტის მხოლოდ კრიტიკა, არამედ საკითხის განხილვასთან ერთად შემოთავაზებული იქნება მისი გადანყევტის გზები. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ეს არ იქნება საკმარისი საგადასახადო კანონმდებლობის მოქმედ საგადასახადო პრინციპებთან და ასევე, რაც მთავარია, კონსტიტუციასთან შესაბამისობაში მოსაყვანად. სამწუხაროდ, დრესდლეობითაც არსებობს ნორმები საგადასახადო კოდექსში, რომლებიც ეჭვქვეშ აყენებენ კონსტიტუციური ნორმების, პრინციპებისა და ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების უზენაესობას.

## **1. ცრუმაგიერი მფლობელობის ინსტიტუტის განვითარება სამართლებრივ ურთიერთობებში**

### **1.1. ცრუმაგიერი მფლობელობის ინსტიტუტის განვითარება საქართველოში**

მსოფლიოში გარდაუვალი მხოლოდ სიკვდილი და გადასახადებია<sup>5</sup>, თუმცა გადასახადები და სიკვდილი, შესაძლოა მართლაც გარდაუვალია, მაგრამ მათ შორის მიზეზობრივი კავშირი

<sup>5</sup> Dourado A. P., Boges R. P., The acteclair in Ec direct tax law, 2008, 1.

არ უნდა არსებობდეს.<sup>6</sup> არა მხოლოდ საქართველოში, არამედ, მსოფლიოს სხვადასხვა ქვეყანაში, გადასახადები ბიუჯეტის ფორმირების ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს წყაროს წარმოადგენს, რისი მეშვეობითაც ხდება საზოგადოების სოციალური, ეკონომიკური, კულტურული თუ საგანმანათლებლო პროგრამებით უზრუნველყოფა<sup>7</sup>. გადასახადების განსაკუთრებული მნიშვნელობიდან გამომდინარე, დიდია საზოგადოების დანტერესება მის მიმართ, თუმცა საზოგადოების ნაწილი გადასახადებს მაინც უსამართლოდ მიიჩნევს და არ იხდის გადასახადებს.<sup>8</sup> გადასახადების მნიშვნელობიდან გამომდინარე, ცივილიზებული ქვეყნების უმრავლესობის კონსტიტუციები შეიცავს დათქმას საგადასახადო თანასწორობისა და კანონით განსაზღვრული გადასახადების შესახებ. ამასთანავე, უნდა აღინიშნოს რომ, მიუხედავად იმისა, რომ გაერთიანებულ სამეფოში არ არსებობს დანერილი კონსტიტუცია, ბრიტანული საგადასახადო სამართალი პატივს სცემს სამართლებრივ პრინციპს, რომლის მიხედვითაც დაუშვებელია საგადასახადო დაბეგვრა გადასახადების ხელახალი გადახედვის და მისი საზოგადოებისათვის გაცნობის გარეშე. აღნიშნული პრინციპი სათავეს იღებს თავისუფლების ქარტიიდან (Magna Carta 1215), აღნიშნული ასევე, განმეორებული იყო 1628 წლის პეტიციაშიც. პრინციპი ავალდებულებს მთავრობას ყოველწლიურად გადახედოს საგადასახადო კანონმდებლობას, მაგრამ ეს იმას არ ნიშნავს, რომ პარლამენტი ვალდებულია ყოველ წელს კენჭი უყაროს ახალ საგადასახადო კანონმდებლობას, არამედ პარლამენტი თანხმობას აძლევს მთავრობას თავისი საკანონმდებლო აქტების შესაბამისად, ქვეყნის ეკონომიკურ-ფინანსური მდგომარეობის გათვალისწინებით, განახორციელოს გადასახადების

<sup>6</sup> თომასქ დ., საგადასახადო ვალდებულებები და საკუთრების უფლება-ევროპული სასამართლოს ხედვა, ადამიანის უფლებათა დაცვის კონსტიტუციური და საერთაშორისო მექანიზმები, სტატიათა კრებული, კ. კორკელია რედაქტორობით, თბილისი, 2010, 37.

<sup>7</sup> <<http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/taxes-and-duties.html?id=1359>> [30.11.2014]; <[www.mof.ge/Budget](http://www.mof.ge/Budget)> [5.12.2014].

<sup>8</sup> A. Raskolnikov, Crime and Punishment in Taxation: Deceit, Deterrence and the self-adjusting Penalty, Columbia Law Review Journal, April 2006, Columbia University Law School. ციტირებულია: გვარამაძე თ., საგადასახადო ვალდებულებების შესრულება და შეუსრულებლობა, სამართლის ჟურნალი „ადმინისტრაციული სამართალი“, №1, 2013, 7.

აკრეფა მომდევნო საბიუჯეტო წლისათვის. ამასთანავე, საგადასახადო კანონმდებლობის ფუძემდებლურ პრინციპს წარმოადგენს საგადასახადო პასუხიმგებლობაზე შეთანხმების დაუშვებლობა. გადასახადები არის სავალდებულო და საგადასახადო ორგანოები მოკლებული არიან შესაძლებლობას თვითნებურად შეამცირონ ისინი.<sup>9</sup> საგადასახადოსამართლებრივი ურთიერთობებისა და მისი მარეგულირებელი კანონმდებლობის აქტუალურობიდან გამომდინარე, კრიტიკოსებისგან ხშირად ისმის ამა თუ იმ ინსტიტუტის რეფორმის საჭიროებისა თუ, საერთოდ, მისი გაუქმების შესახებ მოსაზრებები<sup>10</sup>. კრიტიკის ქარცეცხლში ხშირად ხვდება საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლი ცრუმაგიერი მფლობელობის შესახებ. ზოგიერთი იურისტი მის არაკონსტიტუციურობაზე, ზოგიერთი კი მის პრაქტიკაში გამოუსადეგარობაზე საუბრობს. უნდა აღინიშნოს, რომ ცრუმაგიერ მფლობელობას 1997 წლის საგადასახადო კოდექსი საერთოდ არ იცნობდა, ჩანაწერი თავდაპირველად 2004 წლის საგადასახადო კოდექსის 91-ე მუხლში გაჩნდა, ხოლო მოგვიანებით კი ნუმერაციულ ცვლილებასთან ერთად, შინაარსობრივი ცვლილებაც განიცადა. 2004 წლის საგადასახადო კოდექსის 91-ე მუხლის პირველი ნაწილის დეფინიციის მიხედვით თუ სასამართლო დაადგენდა, რომ პრაქტიკულად შეუძლებელი იყო გადასახადის გადამხდელის სხვა პირისგან განსხვავება და ეს უკანასკნელი გამოყენებული იყო გადასახადისგან თავის არიდების მიზნით, აღნიშნული პირები ერთიმეორის ცრუმაგიერ პირებს წარმოადგენდნენ,<sup>11</sup> ხოლო რაც შეეხება 2010 წლის საგადასახადო კოდექსს, მან ძირეული შინაარსობრივი ცვლილება შეიტანა მუხლის დეფინიციაში და ცრუმაგიერი პირებს გადასახადებისაგან თავის არიდების მიზნის ნაცვლად გადასახადების გადახდევინების უზრუნველყოფის

<sup>9</sup> Vanistendael F., *Legal Framework for Taxation, Tax Law Design and Drafting*, ed. Victor Thuronyi, volume 1, Chapter 2, 1996; <<http://www.imf.org/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/ch2.pdf>> [13.06.2015].

<sup>10</sup> Graeme S. Cooper, Richard K. Gordon, *Taxation of Legal Persons and their Owners*, *Tax Law Design and Drafting*, volume 2, International Monetary Fund, Victor Thuronyi (ed.), Chapter 19, 1998. <<http://www.imf.org/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/ch19.pdf>> [13.06.2015].

<sup>11</sup> საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, 2004, მუხლი 91. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32842>> [12.06.2015].

ლონისძიებებისათვის თავის არიდების მიზანი განუსაზღვრა<sup>12</sup>.

## 1.2. ცრუმაგიერი პირი

ტერმინი „ცრუმაგიერი პირი“ შედგენილი ქართული სიტყვაა და ნიშნავს ჩემს მეორე მეს, ცრუ, ფიქციურ პირს ანუ იმ სხვა პირს, რომელიც სინამდვილეში მე ვარ. საგადასახადო მიზნებისათვის ცრუმაგიერი პირი გადასახადის ალტერნატიული გადამხდელია თუ დადგინდება კავშირი გადასახადის გადამხდელსა და სხვა პირს შორის, მათი კავშირი კი საგადასახადო უზრუნველყოფის ღონისძიებების თავის არიდების მიზნით უნდა იყოს გამსჭვალული. ცრუმაგიერი მფლობელობის იდენტური ტერმინები, ასევე გვხვდება, დასავლურ და აღმოსავლურ სამართლებრივ ლიტერატურასა თუ საკანონმდებლო სფეროში. იგი სხვადასხვა ენაში შემდეგნაირად გამოიხატება: ლათინური – Alter Ego (ალტერნატიული ანუ მეორე მე), ინგლისური – Nominee ან instrumentally, გერმანულად –Strohmann<sup>13</sup> (ჩალის კაცი, რომელიც მოქმედებს სხვა პირის სასარგებლოდ, რომელიც არ ჩანს), და რუსული – подставное лицо<sup>14</sup>. სხვადასხვა ეტიმოლოგიური განმარტებების მიუხედავად, აღნიშნული ტერმინი გამოხატავს პირს, რომელიც სხვა პიროვნების დაფარვას ემსახურება და შესაბამისად, სამართლებრივ ურთიერთობებში თავისი სახელით მონაწილეობს სხვა პირის სასარგებლოდ.

## 1.3. სალომონის პრინციპი

ჯერ კიდევ მეცხრამეტე საუკუნის მიწურულს დიდ ბრიტანეთში ლორდთა პალატამ სალომონის ცნობილ საქმეში აღნიშნა, რომ კომპანია არის დამოუკიდებელი იურიდიული პირი, რომელიც თავისი წევრებისგან განცალკევებით დგას. უფრო მეტიც ამ თეორიამ საფუძველი ჩაუყარა და განსაზღვრა შეზღუდული პასუხისმგებლობის თანამედროვე გაგება.<sup>15</sup> ცრუმაგიერი მფლობელობის

<sup>12</sup> საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, 2010, მუხლი 246. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717>> [12.06.2015].

<sup>13</sup> <<http://de.wikipedia.org/wiki/Strohmann>> [12.06.2015].

<sup>14</sup> <<http://dic.academic.ru/dic.nsf/business/15543>> [12.06.2015].

<sup>15</sup> Farat A., Michon D., lifting the corporation veil: limited liability of the company deci-

თეორიის განვითარება თავდაპირველად სწორედ, რომ იურიდიულ პირთა კონტექსტში ხორციელდება. სასამართლო ვალდებული იყო გამოეყენებინა ალტერ ეგოს დოქტრინა, თუ ერთი იურიდიული პირი სხვა იურიდიული პირის ქმედებების გამო იქნებოდა პასუხისმგებელი, ანუ როდესაც საქმე ეხებოდა მჭიდრო კავშირში მყოფ იურიდიულ პირებს<sup>16</sup>. დამოუკიდებელი იურიდიული პირისა და შეზღუდული პასუხისმგებლობის არსებობა მიზნად ისახავს ინვესტირებისა და ბაზრის ნახალისებას მაშინაც, კი როდესაც იგი გარკვეულწილად კომერციული რისკის შემცველია. სოლომონის საქმეში გასაზღვრული დებულება, რომელიც სოლომონის პრინციპის სახელწოდებით არის ცნობილი საფუძველს უდებს კომპანიის დამოუკიდებლობას მისი აქციონერებისაგან და პირიქით, აქციონერების დამოუკიდებლობას კომპანიის კრედიტორების მოთხოვნებისაგან, უფრო მეტიც, გადახდისუუნარო კომპანიის კრედიტორებს არ აქვთ უფლება სარჩელი შეიტანონ აქციონერების წინააღმდეგ მათი მოთხოვნილებების დაკმაყოფილების მიზნით.<sup>17</sup> იურიდიული პირისა თუ ნებისმიერი მენარმე სუბიექტის ამგვარი დამოუკიდებლობა კიდევ უფრო ამძაფრებს ინტერესს ცრუმაგიერი მფლობელობის გამოვლენის შემთხვევებზე, ანუ როდის არის კომპანიის დირექტორი, პარტნიორი თუ აქციონერი ცრუმაგიერი პირი, პირი, რომელმაც პასუხი უნდა აგოს მენარმე სუბიექტის საგადასახადო ვალდებულებებზე. პრაქტიკაში, ასევე გვხვდება შემთხვევები, როდესაც გადასახადის გადამხდელი ფიზიკური პირის ცრუმაგიერი პირების გამოვლენის საჭიროება დგება.

## 2. ცრუმაგიერი მფლობელობა ფიზიკურ პირებს შორის

### 2.1. ცრუმაგიერი მფლობელობის სახეები

სამეცნიერო ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრების

---

sion-makers undermined? analysis of English, U.S., German, Czech and Polish Approach, Common Law review, vol.8, Issue 9, spring, 2008.

<sup>16</sup> Ragan v. Tri-County Excavating, inc., 62 F.3d 501 508 (3d cir. 1995). ციტირებულია: Tax lawyer, Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v. united states, vol. 59, No. 1;

<sup>17</sup> იხ. House of lords, Salomon v A Salomon & Co Ltd [1896] 2 Ch. 323.

<[https://en.wikipedia.org/wiki/Salomon\\_v\\_A\\_Salomon\\_%26\\_Co\\_Ltd](https://en.wikipedia.org/wiki/Salomon_v_A_Salomon_%26_Co_Ltd)> [12.06.2015].

თანახმად ცრუმაგიერი მფლობელობის ინსტიტუტი ჯერ კიდევ რჩება კანონმდებლობის ბნელ მხარედ<sup>18</sup> არა მარტო ანგლო-ამერიკული სამართლის ოჯახის ქვეყნებისათვის, არამედ ქართული სამართლებრივი სივრცისათვისაც. საქართველოში, ცრუმაგიერ მფლობელობასთან დაკავშირებული საკითხები შესწავლილი არ არის. სწორედ ამიტომ, თეორიის გაგების სირთულე გარკვეულწილად მდგომარეობს საკანონმდებლო ნორმის ბუნდოვანებაში, რაც მისი არაერთგვაროვანი განმარტების საშუალებას იძლევა.<sup>19</sup> საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლი არ შეიცავს იმ სამართლებრივი წინაპირობების ჩამონათვალს, როდესაც სახეზეა ცრუმაგიერი მფლობელობის ობიექტური შემადგენლობა. ცრუმაგიერი პირების დადგენა მხოლოდ და მხოლოდ სასამართლოს პრეროგატივაა. ტეხასის უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ კორპორაციის, როგორც დამოუკიდებელი სამართალსუბიექტის უგულებელყოფა დაუშვებელია, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ფიზიკური პირები კორპორაციას იყენებენ როგორც საფარს, რათა თავიდან აიცილონ პირადი პასუხისმგებლობა<sup>20</sup>. ცრუმაგიერი მფლობელობა კი წარმოადგენს ერთადერთ დოქტრინას, რომელსაც შეუძლია მოხსნას კორპორაციული საფარი.<sup>21</sup> დასავლურ ლიტერატურაში განხილულია განსხვავებული მიდგომები და კლასიფიკაციები ცრუმაგიერ მფლობელობასთან დაკავშირებით. ერთმანეთისაგან განასხვავებენ ცრუმაგიერ მფლობელობას ფიზიკურ პირებს, ფიზიკურ და იურიდიულ და იურიდიულ პირებს შორის. ცრუმაგიერი მფლობელობა, როგორც გადასახადებისაგან თავის არიდების საუკეთესო საშუალება ჯერ კიდევ პრობლემას წარმოადგენს სასამართლო ხელისუფლებისთვისაც. სასამართლოს მიერ გადანყვეტილების მიღება კიდევ უფრო რთულდება როდესაც საქმე ეხება არა იურიდიული პირის ცრუმაგიერი ფიზიკურ პირის დადგენას, არამედ ფიზიკურ პირებს შო-

<sup>18</sup> Hamilton R.W., Business organizations §234 at 171 (Texas practice supp. 1992). ციტირებულია: Baylor L., Alter ego: Shareholders' Lingering liability under Matthews construction Co. v Rosen, Vol. 44, 1992, 393.

<sup>19</sup> როგავა ზ., ნადარაია ლ., რუხაძე კ., ბოლქვაძე ბ., საქართველოს საგადასახადო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, თბილისი, 2012, 434.

<sup>20</sup> Baylor L., Alter ego: Shareholders' Lingering liability under Matthews construction Co. v Rosen, Vol. 44, 1992, 394.

<sup>21</sup> იქვე, 394.



რის ცრუმაგიერი მფლობელობის საკითხის გადაწყვეტას. პირველ შემთხვევაში, როდესაც ფიზიკური პირი იურიდიული პირის ცრუმაგიერი პირია, მოვალეს, მიუხედავად იმისა, რომ ადვილად შეუძლია ისეთი მანიპულაციის განხორციელება, რაც თავის დაძვრენის საშუალებას მისცემს, მაგალითად, ბენეფიციურ მფლობელობაზე თავის შეკავებით, მას შემდეგ რაც ქონება იურიდიული პირის საკუთრებაში გადაინაცვლებს<sup>22</sup>, მაინც იარსებებს მცირე საფუძველი იმისა, რომ მათ შორის ურთიერთდამოკიდებულება დადგინდეს, ხოლო ფიზიკური პირების შემთხვევაში ყოველთვის იქნება ორი ადამიანის ხმა, რომელიც ურთიერთობის ახსნას შეეცდება.<sup>23</sup> საკითხის სირთულიდან გამომდინარე და მისი უკეთ შესწავლის მიზნით სტატიაში განხილულია ცრუმაგიერი მფლობელობის შემთხვევა და მისი სამართლებრივი შეფასება სფოთი ამერიკის შეერთებული შტატების წინააღმდეგ საქმის მიხედვით.

### 2.1.1. სასამართლო გადაწყვეტილების ფაქტობრივი გარემოებები

1994 წელს რეი და ფეგი სფოთებმა (შემდგომ მოხსენიებულნი იქნებიან რეი, როგორც გადასახადის გადამხდელი და ფეგი, როგორც მოსარჩელე) ქორწინებაში ყოფნის დროს გადაწყვიტეს მონაწილეობა მიეღოთ ოფშორულ ზონაში განხორციელებულ პროგრამაში, რომელიც მათ დაეხმარებოდათ შეემცილებინათ საშემოსავლო გადასახადი და დაემალათ ქონება საგადასახადო ორგანოებისთვისა და ამასთანავე, სხვა კრედიტორებისათვის. სქემა შემდეგნაირად გამოიყურებოდა: გადასახადის გადამხდელის შემოსავლის ნაწილი საშუაშავლო კომპანიის მეშვეობით მიემართებოდა ოფშორულ ზონაში არსებულ ერთ-ერთ ანგარიშზე. როდესაც გადასახადის გადამხდელი მოისურვებდა ანგარიშზე არსებული შემოსავლის გამოყენებას, მაშინ განხორციელდებოდა ოფშორულ ზონაში არსებულ ბანკში თანხის გადარიცხვოს ტრანზაქცია და მხოლოდ ამის შემდეგ გახდებოდა შემოსავლები ხელმისაწვდომი. 1996 წელს გადასახადის გადამხდელმა და მო-

<sup>22</sup> *porta-john of Am., inc. v. United state* 4 F supp. 2d 688, 700-01 (E.D Mich. 1998). ციტირებულია: Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states*, vol. 59, No. 1.

<sup>23</sup> *Morrison*, 83 A.F.T.R 2d at 1514. ციტირებულია: Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states*, vol. 59, No. 1.

სარჩელემ შეისყიდა 272 500 აშშ დოლარის ღირებულების სახლი. სახლის საფასურის დაფარვა განხორციელდა – 1) 180 000 აშშ დოლარი ოფშორული ანგარიშიდან, 2) 20 000 აშშ დოლარი სესხის მეშვეობით, რომელიც გაცემული იყო Orion holding company-ს მიერ, 3) 80 000 აშშ დოლარი მოსარჩელის მიერ. სასესხო ვალდებულება გაფორმებული იყო როგორც მოსარჩელის, ასევე გადასახადის გადამხდელის სახელზე. საკუთრების უფლება კი მოსარჩელის, ფეგი სფოთის სახელზე ირიცხებოდა.

1998 წელს მოსარჩელემ მოითხვა განქორწინება, ხოლო გადასახადის გადამხდელმა რეი სფოთმა, თავისი ადვოკატების რჩევით, მიმართა ოფშორულ ანგარიშს 1994-1997 წლებში გადარიცხული შემოსავლების უკან დაბრუნების მოთხოვნით. თანხების დაბრუნებამ დამატებითი საგადასახადო ვალდებულებების შესრულება განაპირობა. რეიმ მხოლოდ 1994-1995 წლის საშემოსავლო გადასახადი გადაიხადა, 2002 წელს კი შემოსავლების სამსახურმა საგადასახადო გირავნობა გაავრცელა მოსარჩელე, ფეგი სფოთზე, იმ მოტივით, რომ იგი გადასახადის გადამხდელის ცრუმაგიერ პირს წარმოადგენდა. რაიონულმა სასამართლომ გაიზიარა შემოსავლების სამსახურის პოზიცია და მიიჩნია, რომ მოსარჩელე, ფეგი სფოთი, რეი სფოთის ცრუმაგიერ პირს წარმოადგენდა სახლის გადაცემის მომენტიდან, სწორედ ამიტომ მასზე უნდა გავრცელებულიყო საგადასახადო ვალდებულებები. როგორც სამართლებრივ ლიტერატურაშია აღნიშნული დოქტრინას ალტერ ეგოს შესახებ, ყოველთვის აინტერესებს საკუთრების გადაცემის, როგორც სამართლებრივი და ეკონომიკური წინაპირობები ასევე, შედეგები. უფრო კონკრეტულად კი ქონების გადაცემას ახლავს თუ არა თან ნამდვილი საკუთრების უფლების განხორციელება.<sup>24</sup> ამასთანავე, საკითხის კვლევის დროს მნიშვნელოვანია დადგინდეს, ჰქონდა თუ არა განზრახვა ცრუმაგიერ პირს გამხდარიყო ქონების გადამცემის ალტერ ეგო.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states*, vol. 59, No. 1, 312;

<sup>25</sup> *In re Richards*, 231 B.R 571, 579 (Banker. E.D Pa. 1999). ციტირებულია: Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states*, vol. 59, No. 1;

## 2.2. ფიზიკურ პირებს შორის ცრუმაგიერი მფლობელობის წინაპირობები

სამეცნიერო ლიტერატურაში გამოყოფენ ექვს ძირითად კრიტერიუმს, როდესაც სასამართლოს შეუძლია საკითხის შეფასების საფუძველზე მიიღოს გადაწყვეტილება და ფიზიკური პირები მიიჩნის ერთმანეთის ცრუმაგიერ პირებად თუ:

ქონების, მატერიალური ან არამატერიალური აქტივის გადაცემა განხორციელდა შემხვედრი დაკმაყოფილების გარეშე;

როდესაც ქონების, მატერიალური ან არამატერიალური აქტივის გადაცემა განხორციელდა მის წინააღმდეგ სარჩელის მოლოდინში; უნდა აღინიშნოს, რომ განსხვავებით საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლის რეგულაციისა, ანგლო-ამერიკული სამართლის ქვეყნებში, სასამართლო პირის ცრუმაგიერად ცნობისათვის არ ელოდება გადასახადის გადამხდელის მიმართ საგადასახადო ორგანოს მოთხოვნას – უზრუნველყოფის ღონისძიების გავრცელებასთან დაკავშირებით, გადასახადისაგან თავის არიდების საშიშროება, საშუალებას აძლევს საგადასახადო ორგანოს მიმართოს სასამართლოს ცრუმაგიერ მფლობელად აღიარების მიზნით.

როდესაც არსებობს „ახლო ურთიერთობა“ გადასახადის გადამხდელსა და ცრუმაგიერ ფიზიკურ პირს შორის.

თუ მათ არ შეადგინეს ქონების გადაცემის აქტი.

მიუხედავად იმისა, რომ ქონების გადამცემის მფლობელობაში არ იმყოფება ქონება, იგი მაინც აგრძელებს სარგებლის მიღებას გადაცემული ქონებიდან.

თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ამ წინაპირობების ჩამონათვალი არ არის ექსკლუზიური და შეუცვლელი, ამასთანავე, არცერთი ფაქტორი ცალკე აღებული არ შეიძლება იყოს გადამწყვეტი<sup>26</sup>.

ამერიკის შეერთებულ შტატებში შემოსავლების სამსახური უფლებამოსილია ყადაღა დაადოს პირის ქონებას, როდესაც ჩათვლის, რომ ქონების გადაცემა განხორციელდა მხოლოდ და მხოლოდ ნამდვილი მფლობელობის დამალვის მიზნით. ამ შემთხვევაში მესაკუთრე მიჩნეულია, როგორც გადასახადის გადამხ-

<sup>26</sup> Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states*, vol. 59, No. 1, 312.

დელის/მოვალის ცრუმაგიერი პირი<sup>27</sup>.

### 2.3. თეორიები ცრუმაგიერ ფიზიკურ პირებზე

ზოგიერთი მეცნიერი თვლის რომ არსებობს განსხვავება ალტერ ეგოს (Alter ego) და ნომინალურ მფლობელს (Nominee) შორის.<sup>28</sup> ისინი ორ განსხვავებულ თეორიას წარმოადგენენ, რადგანაც მათი კვლევის მეთოდები განსხვავებულია. დოქტრინა ნომინალური მფლობელის შესახებ აანალიზებს და იკვლევს ურთიერთობას გადასახადის გადამხდელსა და გადაცემულ ქონებას შორის, მას აინტერესებს იყენებს თუ არა გადასახადის გადამხდელი ქონებას, როგორც საკუთარს იღებს თუ არა იგი სარგებელს იმის მიუხედავად, რომ სამართლებრივად იგი სხვა პირის სახელზე არსებობს<sup>29</sup>.

სასამართლო გადაწყვეტილებაში – *Sumpter v. United states* – სასამართლო განმარტავს, რომ ალტერ ეგო ეტიმოლოგიურად ნიშნავს მეორე მეს, რაც იმას ნიშნავს, რომ თუ ფიზიკური ან იურიდიული პირი იქცევა ისე, რომ ისინი შეიძლება მიჩნეულ იქნენ, როგორც იდენტურები, მაშინ ისინი, ერთმანეთის ცრუმაგიერ პირებს წარმოადგენენ. ალტერ ეგო იკვლევს ურთიერთობას ქონების გადამცემსა და მიმღებს შორის.<sup>30</sup>

თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ მიუხედავად კვლევის ობიექტებისა, ორივე თეორია ეძებს პასუხს შემდეგ კითხვაზე: არის თუ არა ერთი ფიზიკური პირი სხვა პირის ცრუმაგიერი მფლობელი.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ანგლოამერიკული სამართლის ქვეყნების სასამართლოს მოსამართლეები ხშირად იყენებენ ტერმინებს ურთიერთჩასანაცვლებლად.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> <[https://www.bragertaxlaw.com/docs/transferee\\_liability\\_outline3.pdf](https://www.bragertaxlaw.com/docs/transferee_liability_outline3.pdf)> [13.06.2015].

<sup>28</sup> Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states*, vol. 59, No. 1, 313.

<sup>29</sup> In re Richards, 231 B.R 571, 579 (Banker. E.D Pa. 1999). citirebulia: Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states*, vol. 59, No. 1, 313.

<sup>30</sup> <<http://www.justice.gov/sites/default/files/tax/legacy/2006/03/02/exh14.pdf> > [13.06.2015].

<sup>31</sup> Hendal R.J., who is responsible for an LLC's tax liabilities? <<http://www.willmslaw.com/downloads/articles/businessLawArticles/WhoIsResponsibleForAnLLCsTaxLiabi>

## 2.4. სასამართლო გადაწყვეტილების ანალიზი

სტატიაში საკითხის კვლევისა და უკეთ შესწავლის მიზნით მოტანილია ერთი შეხედვით მარტივი საქმე, როდესაც გადასახადის გადამხდელი საგადასახადო ვალდებულებების შესრულებიდან თავის არიდების მიზნით ახორციელებს საკუთრების გადაფორმებას მეუღლის სახელზე. მაგრამ გადაწყვეტილების სწორი სამართლებრივი ანალიზისათვის აუცილებელია დანვრილებით განვიხილოთ ყველა სამართლებრივად მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოება და მათი შესაბამისობა ზემოთხსენებულ წინაპირობებთან, რაც სასამართლოს საშუალებას მისცემს დაადგინოს ცრუმაგიერი მფლობელობის საკითხი.

**ქონების გადაცემა არაადეკვატური და შემხვედრი დაკმაყოფილების გარეშე** – მოსარჩელე თავის სარჩელში მიუთითებდა, რომ მის მიერ სახლის შესყიდვის მიზნით გადახდილი იყო 80 000 აშშ დოლარი, აღნიშნულის მიუხედავად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ გადახდილი თანხა არ იყო ადეკვატური 272 000 აშშ დოლარად შეფასებული სახლისათვის.<sup>32</sup> აღნიშნული ფაქტი სასამართლომ მიიჩნია მთავარ არგუმენტად და ჩათვალა, რომ მოსარჩელე ფეგი სფოთი გადასახადის გადამხდელის ცრუმაგიერი პირი გახლდათ. სამეცნიერო ლიტერატურაში ადეკვატურობის პრინციპის შემომნემების მიზნით ხშირად გამოიყენება მეთოდი რომელიც „დოლარი დალარისთვის“ სახელწოდებით არის ცნობილი. ბიზნეს ურთიერთობებისათვის ზემოაღნიშნულ პრინციპს შემდეგი მნიშვნელობა აქვს: თუ კომპანია A მიიღებს B-სგან 100 პორტატულ კომპიუტერს, და ამის სანაცვლოდ გადახდას არ განახორციელებს აღნიშნული წარმოადგენს მყარ არგუმენტს იმისათვის რომ A მივიჩნიოთ B-ს ცრუმაგიერ პირად.<sup>33</sup> მეცნიერთა ნაწილი მიიჩნევს, რომ როდესაც საქმე ეხება ქონების ისეთ გადაცემას, რომელიც თავისი ბუნებით წარმოადგენს ჩუქებას, აუცილებელია მეორე მხარის მიერ განეული შემხვედრი ვალდებულება იყოს ადეკვატურობის ზოგად ნორმებზე უფრო ნაკლები, მით უმეტეს როცა

---

lities.pdf> [13.06.2015].

<sup>32</sup> იხ. საქმე \_ Spott v. united states.

<sup>33</sup> Tax lawyer, Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states, vol. 59, No. 1, 316;

ჩუქება ოჯახის წევრებს შორის ხორციელდება.<sup>34</sup> ამ საკითხთან დაკავშირებით ლიტერატურაში, ასევე გამოთქმულია მოსაზრება, რომ თუ მოსარჩელე შემდგომ გაყიდდა აღნიშნულ ქონებას და ამით მიიღებდა შემოსავალს, ის იქნებოდა ვალდებული გადაეხადა გადასახადი მიღებული შემოსავლის მიხედვით და სწორედ ამ შემთხვევაში იქნებოდა იგი მეუღლის ცრუმაგიერი პირი. ამასთანავე, ყურადღება უნდა გამახვილდეს იმ ფაქტზე, რომ ცრუმაგიერი მფლობელობის შემთხვევას ადგილი აქვს მაშინ, როდესაც საქმე ეხება ქონების მფლობელი პირის მიერ მფლობელობის იმგვარ განხორციელებას, რომელიც საერთოდ არ უკვაშირდება საქმობილურსა და სავაჭრო ურთიერთობებში მოქმედ მფლობელობის ინსტიტუტს. ამ კონკრეტულ შემთხვევაში აქტუალურობას არ კარგავს ქონების გადამცემსა და მიმღებს შორის ურთიერთობის კვლევა, ყველა იმ ფაქტობრივი გარემოების შესწავლა, თუ რის საფუძველზე განხორციელდა ქონების გადაცემა და მოჰყვა თუ არა მას შესაბამისი სამართლებრივი თუ ეკონომიკური შედეგი.

საკითხი კიდევ უფრო რთულდება, როდესაც ქონების გადაცემა ოჯახის წევრებს, მეუღლეებს შორის ხორციელდება. ამას კი საქონიწილი ურთიერთობის უნიკალურობა განაპირობებს, რაც კიდევ უფრო ართულებს გარიგების ნამდვილი შინაარსის დადგენას, კერძოდ, ახლავს თუ არა მას თან საგადასახადო უზრუნველყოფის ღონისძიებების თავის არიდების მიზანი.

მშობლებსა და შვილებს შორის ქონების გადაცემა მსგავსია სუბსიდიარი კომპანიის მიერ შვილობილი კომპანიისათვის ქონების გადაცემისა. თუმცა, ქონების გადაცემის მიუხედავად შვილობილი კომპანია უნდა ინარჩუნებდეს სუბიექტურ დამოუკიდებლობას. იმ შემთხვევაში, როდესაც საქმე გვაქვს გარიგების მხარეებს შორის ახლო ურთიერთობასთან, საკუთრების გადამცემი ვალდებულია თავი შეიკავოს გადაცემული საკუთრების მართვისაგან და სარგებლის მიღებისაგან ქონების გადაცემის შემდეგ.<sup>35</sup> პასუხისმგებლობის თავიდან არიდების მიზნით ერთი სამართლის სუბიექტის მიერ მეორისათვის ქონების გადაცემის შემთხვევაში, როდესაც მათ შორის არსებობს ურთიერთდამოკიდებულების ობიექტური

---

<sup>34</sup> იხ. იქვე, 316.

<sup>35</sup> Tax lawyer, Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v united states, vol. 59, No. 1, 321.

გარემოება, ყოველთვის იარსებებს მაღალი რისკი იმისა, რომ ისინი ერთმანეთის ცრუმაგიერი პირები არიან. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატამ ცრუმაგიერ პირებად აღიარების შესახებ განჩინებაში, მიიღო გადაწყვეტილება მხარეების ცრუმაგიერ პირებად აღიარების თაობაზე<sup>36</sup>. საქმე ეხებოდა ინდივიდუალურ მენარმეებს, მეუღლეებს, შორის ქონების გადაცემას, გადასახადების გადახდის თავის არიდების მიზნით. საკამათოა სასამართლო გადაწყვეტილების დასაბუთებულობა. საზღვარგარეთის სამეცნიერო ლიტერატურაში ხშირად აღნიშნავენ, რომ გამომდინარე იქედან, რომ მხარეებს შორის ურთიერთდამოკიდებულება და ახლო კავშირი მაღალი რისკი მატარებელია იმ კუთხით, რომ არსებობს დიდი შანსი იმისა, რომ გავლენა იქონიოს გარიგების შინაარსზე და მის სამართლებრივ შედეგებზე, სასამართლომ მხოლოდ და მხოლოდ ღრმა ანალიზის საფუძველზე უნდა განსაზღვროს ურთიერთდამოკიდებულების გავლენა მხარეებს შორის ჩამოყალიბებულ სამართლებრივ ურთიერთობებზე.<sup>37</sup> ალტერ ეგოს კონცეფციის მიხედვით, საკითხის კვლევის დროს აუცილებელია დადგინდეს ქონების გადამცემის მიერ სარგებლის მიღების ფაქტი. განხილულ სასამართლო გადაწყვეტილებაში – *spotss v. united states* – სასამართლომ მიიჩნია, რომ რადგანაც გადასახადის გადამხდელის მიერ თავისი მეუღლესათვის სახლის გადაცემის შემდეგ ცხოვრობდა მასთან ერთად, იგი იღებდა მფლობელობით მიღებულ სარგებელს, შესაბამისად სახლის გადაცემას მხოლოდ ფიქტიური ხასიათი ჰქონდა. სასამართლოს აღნიშნული მიდგომის სანინააღმდეგოდ, მეცნიერთა ნაწილი მიიჩნევს, რომ ზოგადი კვლევისა და სუბსუმციის საფუძველზე თითქმის შეუძლებელია მეუღლეებს შორის დადგინდეს ცრუმაგიერი მფლობელობის ფაქტი, რადგან შეუძლებელია გაიმიჯნოს ვინ არის ქონების მფლობელი და ვინ რეალურად სარგებლის მიმღები.<sup>38</sup> სამართლებრივ სივრცეში, ასევე პრობლემად რჩება მეუღლეებს შორის თანასაკუთრებაში არსებულ ქონე-

<sup>36</sup> საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2010 წლის 6 ივლისის გადაწყვეტილება საქმეზე №ბს-1546-1476(კ-09).

<sup>37</sup> იხ. საქმე \_ *Spott v. united states*.

<sup>38</sup> Tax lawyer, *Altering the Alter Ego doctrine: misapplication and gender issues in spots v. united states*, vol. 59, No. 1, 323.

ბაზე გადახდევინების მიქცევის საკითხი. თანასაკუთრებაში არსებულ ქონებაზე გადახდევინების მიქცევის შემთხვევაში პერსონალური პასუხისმგებლობის საკითხი ეჭვქვეშ დგება. მეუღლეები ყოვეთვის არ წარმოადგენენ ერთმანეთის ცრუმაგიერ პირებს. საკითხის სწორად გადაწყვეტის მიზნით მეცნიერები მეუღლის მიერ ქონების მოვლისათვის განეული თითოეული ქმედების ეკონომიკურ ღირებულებაზე ამახვილებენ ყურადღებას, საქმეში – *spotss v. united states* – როდესაც უზენაესმა სასამართლომ მიუთითა, რომ 80 000 აშშ დოლარი 272 000 დოლარად შეფასებული სახლისათვის არ იყო ადეკვატური შენატანი, იურიდიულ ლიტერატურაში აღნიშნული მოსაზრება მკაცრად იყო გაკრიტიკებული.<sup>39</sup>

ეკონომისტები და სოციოლოგები ცდილობენ გაანალიზონ და შეაფასონ საოჯახო საქმეების ეკონომიკური ღირებულება, რომელიც ერთი შეხედვით არ უნდა იყოს შეფასებითი, მაგრამ უნდა აღინიშნოს, რომ საოჯახო საქმეების ეკონომიკური ღირებულება ამერიკის შეერთებული შტატების საერთო შიდა პროდუქტის 24%-დან 60%-მდე მერყეობს.<sup>40</sup>

## 2.5. სამართალმემკვიდრის თეორია

ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო პრაქტიკაში ალტერ ეგოს შესახებ მსჯელობისას სასამართლოები ყოველთვის განიხილავენ საგადასახადო სამართალმემკვიდრის თეორიას. *Successor liability*-ს სახელწოდებით ცნობილი თეორიის ზოგადი წესის მიხედვით პირი, რომელიც იძენს ქონებას გადასახადის გადამხდელისგან, არასდროს არ არის ვალდებული გადაიხადოს გადასახადი მის ნაცვლად, თუმცა ამ ზოგადი წესიდან არის გამონაკლისი შემთხვევა, როდესაც საქმე გვაქვს მემკვიდრეობით პასუხისმგებლობასთან. ბევრ სამართლებრივ სახელმწიფოში პრეზუმცია თალლითობის შესახებ თავს იჩენს მაშინ, როდესაც ქონების გადაცემა ხორციელდება შემხვედრი დაკმაყოფილების გარეშე<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> იქვე.

<sup>40</sup> იქვე, 325.

<sup>41</sup> Nardone Law Group, The IRS Uses Successor Liability and Alter Ego theories to collect Federal Tax liabilities; <<http://www.taxandcontroversy.com/2012/11/the-irs->



## 2.6. ცრუმაგიერი მფლობელობის საგადასახადო პასუხიმგებლობის სამართლებრივი ასპექტები

ზემოთ მოყვანილი თეორიებიდან, როგორც უკვე აღნიშნულია სტატიაში, ნომინალური მფლობელის თეორია იკვლევს ურთიერთობას გადასახადის გადამხდელსა და იმ ქონებას შორის, რომელიც საგადასახადო პასუხიმგებლობის ობიექტს წარმოადგენს. თუმცა საგადასახადო პასუხიმგებლობის დადებაზე, სასამართლო უფლებას ანიჭებს საგადასახადო ორგანოებს გაავრცელოს შესაბამისი უზრუნველყოფის ღონისძიება<sup>42</sup>.

აღნიშნული ნორმის ჩანაწერს მესამე პირის საკუთრების უფლებასთან მივყავართ. საგადასახადო სამართალში უხვად მოგვეპოვება საქართველოს კონსტიტუციასთან და ზოგადად, სამართლის ძირითად პრინციპებთან შეუსაბამო ნორმები.<sup>43</sup> ასევე, ზოგიერთი საგადასახადოსამართლებრივი ინსტიტუტი ჯერ კიდევ შესწავლისა და კვლევის პროცესშია. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ჯერ კიდევ არ დასრულებულა დავა საგადასახადო პასუხიმგებლობის იურიდიული პასუხიმგებლობის რომელიმე კონკრეტულ სახესთან მიკუთვნების ან საერთოდ პასუხიმგებლობის განცალკევებულ სახედ ჩამოყალიბებასთან დაკავშირებით. პასუხიმგებლობა საგადასახადო კანონმდებლობის დარღვევისათვის იურიდიული პასუხიმგებლობის სხვადასხვა სახეების ერთობლიობას წარმოადგენს.<sup>44</sup>

ასევე, ბევრია საკამათო ცრუმაგიერი მფლობელობის ინსტიტუტის შესახებ. განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე ეხება ფიზიკურ პირებს შორის ცრუმაგიერ მფლობელობას. სსკ-ის 246-ე მუხლის მიხედვით, კანონმდებელი საუბრობს და სასამართლოს ანიჭებს უფლებამოსილებას ცრუმაგიერი ფიზიკური პირის სახელზე არსებულ ქონებაზე გაავრცელოს გადახდევინების უზრუნ-

---

uses-successor-liability-and-alter-ego-theories-to-collect-federal-tax-liabilities.html> [15.06.2015].

<sup>42</sup> საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, მუხლი 246.

<sup>43</sup> გაბისონია ი., საგადასახადო სამართალი, გადასახადის გადამხდელის უფლებების დაცვის მექანიზმები, თბილისი, 2013, 45-47.

<sup>44</sup> როგავა ზ., გადასახადები, საგადასახადო სისტემა და საგადასახადო სამართალი, თბილისი, 2002, 315.

ველყოფის ღონისძიებები.

ცრუმაგიერი მფლობელი არის პირი, რომლის სახელზეც ირიცხება ქონება, თუმცა იგი არ არის სარგებლის რეალური მიმღები, სარგებლის მიმღებად გადასახადის გადამხდელი რჩება, რომელიც მისი ალტერ ეგოსათვის ქონების გადაცემით თავს არიდებს საგადასახადო პასუხისმგებლობას.

განვიხილოთ ორი შემთხვევა, ერთი როდესაც საქმე ეხება უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებას სწორედ იმ ქონებაზე, რომელიც გადასახადის გადამხდელმა გადასცა ნომინალურ მფლობელს ანუ ცრუმაგიერ პირს და მეორე შემთხვევა, როდესაც უზრუნველყოფის ღონისძიებების განხორციელება ხდება ცრუმაგიერი პირის საკუთრებაში არსებულ სხვა ქონებაზე, რომელიც არ იყო გადაცემული გადასახადის გადამხდელის მიერ.

პირველ შემთხვევაში უზრუნველყოფის ღონისძიება გამოყენებული იქნა სწორედ იმ ქონებაზე, რომელიც ცრუმაგიერ პირს გადაეცა გადასახადის გადამხდელის მიერ. ამ შემთხვევაში საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლის მიზანი მიღწეულია, რადგან ნამდვილ მესაკუთრეს აეკრძალა გადაცემული ქონების განკარგვა და სარგებლობა თავისი შეხედულებისამებრ.

ხოლო რაც შეეხება ისეთ შემთხვევას, როდესაც სასამართლოს მიერ ფიზიკური პირები მიჩნეულნი არიან ცრუმაგიერ ფიზიკურ პირებად და საგადასახადო ორგანომ უზრუნველყოფის ღონისძიება გაავრცელა იმ ქონებაზე, რომელიც ცრუმაგიერი პირის აბსოლუტურ საკუთრებას წარმოადგენს, საკამათო უნდა იყოს პასუხისმგებლობის ფარგლების საკითხი. ამ კონკრეტულ შემთხვევაში საგადასახადო უზრუნველყოფის ღონისძიება ვრცელდება მესამე პირის საკუთრებაში არსებულ ქონებაზე, შეუზღუდავად. საგადასახადო კოდექსის 240-ე მუხლში, ასევე საუბარია იმ შემთხვევაზე, როდესაც საგადასახადო ორგანოს უფლება აქვს გადახდევინება განხორციელოს მესამე პირის ქონებიდან, რასაც წინ უძღვის გარკვეული კრიტერიუმების არსებობა, ანუ როდესაც საგადასახადო უზრუნველყოფის ღონისძიება ვერ უზრუნველყოფს აღიარებული საგადასახადო დავალიანების დაფარვას და სასამართლო გადანყვეტილებით ან სხვა მტკიცებულების საფუძველზე დასტურდება, რომ მესამე პირს გააჩნია გადასახადის გადამხდელის მიმართ დავალიანება, რომლის გადახდის

ვაც დაამდგარია. უნდა აღინიშნოს, რომ მესამე პირზე დავაღიანების მიქცევისას საგადასახადო პასუხიმგებლობის ფარგლები გარკვეულ ჩარჩოებშია მოქცეული, კერძოდ, იგი გადასახადის გადამხდელის მიმართ ვალდებულების ფარგლებით შემოიფარგლება, ხოლო ცრუმაგიერ პირად აღიარების შემთხვევაში ცრუმაგიერი პირის პასუხისმგებლობა, განისაზღვრება ისევე, როგორც ეს გადასახადის გადამხდელის შემთხვევაში განხორციელდებოდა. ინტერესთა შორის სამართლიანი ბალანსის არსებობა დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოს არსებობის როგორც საფუძველს ასევე, მიზანს წარმოადგენს.<sup>45</sup> საკუთრების უფლების ხელშეუვალობის კონსტიტუციური აღიარება აზრს კარგავს, თუ თითოეული საკანონმდებლო ნორმა არ უზრუნველყოფს კონსტიტუციური გარანტიების რეალიზებას. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი დამატებითი ოქმი არის კონვენციის განუყოფელი ნაწილი და სავალდებულოა შესასრულებლად. დამატებითი ოქმის პირველი ნაწილი ადგენს, რომ საკუთრების უფლება დაცული უნდა იყოს ყველასათვის.<sup>46</sup> „უდავოა, რომ პირის ფინანსური თუ სხვაგვარი სახსრები შეიძლება მიჩნეულ იქნეს საკუთრების უფლების ერთ-ერთ ფორმად და მათზე საკუთრების უფლების განხორციელებაში ჩარევა უნდა აკმაყოფილებდეს ევროპული კონვენციის მოთხოვნებს. თუმცა იგივე დებულება არ შეიცავს პირდაპირ მითითებას იმის თაობაზე, რომ გადასახადების აკრეფის სახელმწიფოსეული უფლებამოსილება განიცდის იმავე შეზღუდვას, რასაც საკუთრების უფლებაში სხვა ტიპის ჩარევა გამოიწვევდა.“<sup>47</sup> მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოებს ენიჭებათ მათთვის სასურველი საგადასახადო პოლიტიკის წარმოების უფლებამოსილება, საგადასახადო ადმინისტრირებისას საკუთრებაში ჩარევის უფლებამოსილება არ არის განუსაზღვრელი და ექვემდებარება იმავე დათქმას, როგორც სხვა

<sup>45</sup> ერემაძე ქ., ინტერესთა დაბალანსება დემოკრატიულ საზოგადოებაში, თბილისი, 2013, 165.

<sup>46</sup> საქართველოსთვის დამატებითი ოქმი ძალაში შევიდა 2002 წლის 7 ივნისს.

<sup>47</sup> თომაძე დ., საგადასახადო ვალდებულებები და საკუთრების უფლება-ევროპული სასამართლოს ხედვა, ადამიანის უფლებათა დაცვის კონსტიტუციური და საერთაშორისო მექანიზმები, სტატიათა კრებული, კ. კორკელიას რედაქტორობით, თბილისი, 2010, 39.

შემთხვევაში.<sup>48</sup> თითქმის ყველა საჯაროსამართლებრივად მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილების მიღების დროს მიმდინარეობს ინტერესთა ბალანსის შეფასება. ერთმანეთს უპირისპირდება, ერთი მხრივ, სახელმწიფოს ინტერესი, გადახდილ იქნეს სახელმწიფო გადასახადი და, მეორე მხრივ, მოქალაქის საკუთრების უფლების აბსოლუტური ხასიათი. უნდა ვრცელდებოდეს თუ არა საგადასახადო დავალიანების უზრუნველყოფის ღონისძიება ცრუმაგიერი ინდივიდუალური მენარმის მთელ ქონებაზე, მაშინ როდესაც გადასახადის გადამხდელმა პასუხისმგებლობის არიდების მიზნით ნაწილი ქონება გადასცა თავის ცრუმაგიერ პირს? ქართულ სამართლებრივ სივრცეში, მათ შორის სამეცნიერო ლიტერატურაში აღნიშნული საკითხი საგადასახადო და სამენარმეო კანონმდებლობის ურთიერთმეჯერებით რეგულირდება. მენარმეთა შესახებ კანონის მესამე მუხლის პირველ პუნქტში ინდივიდუალური მენარმის პასუხისმგებლობას ეხება და მითითებულია, რომ ინდ. მენარმე კრედიტორების წინაშე პასუხს აგებს მთელი თავისი ქონებით. საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლის მიხედვით კი ცრუმაგიერი პირი იგივე გადასახადის გადამხდელია სხვა სუბიექტური მონაცემებით, შესაბამისად მასზეც ვრცელდება შეუზღუდავი პასუხისმგებლობა. აღნიშნული მიდგომა გარკვეულწილად ზღუდავს მესამე პირის კონსტიტუციით გარანტირებულ საკუთრების უფლებას და ეჭვქვეშ აყენებს საგადასახადო პასუხისმგებლობის ინდივიდუალურ ხასიათს. თუ გადასახადის გადამხდელი ახალ მენარმე სუბიექტს გადასცემს 10 000 ლარის ღირებულების მატერიალურ აქტივს, ხოლო მისი საგადასახადო ვალდებულება 30 000 ლარს შეადგენს და საგადასახადო ორგანო მიიღებს გადაწყვეტილებას ცრუმაგიერ მფლობელზე უზრუნველყოფის ღონისძიების განხორციელებას 30 000 ლარის

<sup>48</sup> Lithgow and others v. Uk, 1986 წლის 8 ივლისის გადაწყვეტილება, განცხადებები: №9006/80 8262/81, 8265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81; \$106 national & provincial building society, the leads permanent building society and the Yorkshire building society v the united kingdom, 1997 წლის 23 ოქტომბრის გადაწყვეტილება, განცხადებები: №21319/93, 21449/93 და 21675/93,78-ე პუნქტი. ნაშრომიდან: თომასე დ., საგადასახადო ვალდებულებები და საკუთრების უფლება-ევროპული სასამართლოს ხედვა, ადამიანის უფლებათა დაცვის კონსტიტუციური და საერთაშორისო მექანიზმები, სტატიათა კრებული, კ. კორკელიას რედაქტორობით, თბილისი, 2010, 39.

ღირებულების ქონებაზე, ამკარაა რომ 20 000 ლარის ფარგლებში მესამე პირი (ცრუმაგიერი პირი) საკუთარი ქონებით აგებს პასუხს. საგადასახო ორგანოების აღნიშნული ქმედება საკუთრების უფლებას აბსოლუტურად დაუცველ უფლებად გადააქცევს. აღნიშნული საკითხი კიდევ უფრო აქტუალური ხდება იმ შემთხვევაში, როდესაც ცრუმაგიერ პირს არ გააჩნია მიზანი, ხელი შეუწყოს გადასახადის გადამხდელს საგადასახადო უზრუნველყოფის ღონისძიების თავის არიდებაში.

იმისათვის, რომ თავი დავიცვათ გადასახადის გადამხდელის მიერ პერსონალური პასუხისმგებლობისაგან თავის არიდებისგან, აუცილებელია შემუშავებულ იქნეს საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლის იმგვარი რეგულაცია, რაც საშუალებას მოგვცემს მივსდეთ გადასახადის გადამხდელის იმ კონკრეტულ ქონებას, რომელიც გადაცემულია მესამე პირისათვის, ანუ ცრუმაგიერი მფლობელისათვის. ანუ აქ საუბარია არა მთლიან ქონებაზე, რომელიც იმყოფება ცრუმაგიერი პირის საკუთრებაში, არამედ იმ კონკრეტულ ქონებაზე, რომელიც გადასახადის გადამხდელმა მიიღო ან გადაცემული ქონების ექვივალენტურ ქონებაზე. როდესაც ქონება გადასახადის გადამხდელის ხელში არ არის და არც ირიცხება მის სახელზე, ან როდესაც გადასახადის გადამხდელმა განახორციელა ქონების გადაცემა, IRC<sup>49</sup> იყენებს უამრავ თეორიას, მათ შორის ცრუმაგიერი მფლობელობის თეორიას, რათა საგადასახადო გირავნობა გავრცელდეს გადასახადის გადამხდელის ქონებაზე, რომელიც თუნდაც მესამე პირის ხელშია.<sup>50</sup>

### **3. მეწარმე იურიდიული პირები, როგორც ცრუმაგიერი პირები**

დასავლურ ლიტერატურაში კომპანიის რეალურ მფლობელსა და საგადასახადო ვალდებულებებისათვის პასუხისმგებელი პირის იდენტიფიცირება ისევე, როგორც ფიზიკურ ცრუმაგიერ პირებს შორის, სხვადასხვა თეორიების მეშვეობით ხორციელდება. ჯერ კიდევ 1989 წელს, ტეხასის უზენაესმა სასამართლომ იმსჯელა საკითხზე თუ რატომ არ შეიძლება კორპორაციის აგენტი ან ნომ-

<sup>49</sup> IRC- Internal Revenue Code.

<sup>50</sup> Federal Tax Liens < [https://www.bragertaxlaw.com/docs/transferee\\_liability\\_outline3.pdf](https://www.bragertaxlaw.com/docs/transferee_liability_outline3.pdf) > [20.06.2015].

ინალური მფლობელი ერთნაირად ყოფილიყვნენ პასუხისმგებელნი საგადასახადო ვალდებულებებისათვის.<sup>51</sup>

ჯერ კიდევ არ დასრულებულა საუკეთესო ბიზნეს სამართლებრივი ფორმისათვის ძებნა, რომელიც კიდევ უფრო შეამცირებს პერსონალურ პასუხისმგებლობას სხვა ფიზიკური თუ იურიდიული პირის ქმედებისათვის<sup>52</sup> და კრედიტორებს არ მისცემს საშუალებას გავიდნენ კომპანიის რეალური მფლობელის პასუხისმგებლობამდე.

მენარმეთა შესახებ კანონი იცნობს ისეთ კორპორაციულ-სამართლებრივ ფორმებს, რომლებიც იცავენ დამფუძნებლებს პერსონალური პასუხისმგებლობისაგან<sup>53</sup>. თუმცა, ადამიანის გონებამახვილობამ, კომერციულ-სავაჭრო ურთიერთობების განვითარებამ და უფრო მეტი ფინანსური სარგებლის სურვილმა, რომელიც ხშირად გადასახადების გადახდისაგან თავის არიდებაში გამოიხატება, კიდევ უფრო აქტიუალური გახადა ისეთი საკითხების შესწავლა როგორც არის ცრუმაგიერი მფლობელობა ანუ ნომინალური მფლობელობა, ასევე იმის განსაზღვრა ვინ არის სამართლებრივი მესაკუთრე და რა არის საერთო – ნომინალურ მფლობელსა და აგენტს შორის.

აღნიშნული საკითხის ღრმა კვლევა და შესწავლა მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც აუცილებელია დადგინდეს საგადასახადო ვალდებულებებისათვის პასუხისმგებელი პირი. აღნიშნული საკითხი უფრო დიდ მნიშვნელობას იძენს მაშინ, როდესაც ეკონომიკურ აგენტს არ გააჩნია საკმარისი ქონება, რათა საგადასახადო ორგანოებმა უზრუნველყოს საგადასახადო დავალიანების გადახდევინება და ამასთანავე, ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით დგინდება, რომ რეალურად მასზე, როგორც გადასახადის გადამხდელზე არ ირიცხებოდა ქონება, არ ჰყავდა დაქირავებული მოსამსახურეები, არ გააჩნდა მართვის

---

<sup>51</sup> Turner M. A., Agent vs. Nominee: A Suspended Decision for Dummy Corporations., Journal Taxes \_ The Tax magazine, april, 1989, 264.

<sup>52</sup> 55 Ark. L. Rev. 553 2002-2003 comment piercing the veil of limited liability in the non-corporate setting. ციტირებულია: Robert B. Thompson, The limits of liability in the New Limited Liability Entities, 32 Wake fores L.Rev 1,2,25 (1997) [hereinafter Thompson, Limits of Liability].

<sup>53</sup> იხ. მენარმეთა შესახებ კანონი, მუხლი 2.

ადგილი და არასდროს გააჩნდა საბანკო ანგარიშები.<sup>54</sup> ამ შემთხვევაში საგადასახადო ორგანოებს უჩნდებათ ეჭვი აღნიშნული პირები (იგულისხმება როგორც იურიდიული, ასევე ფიზიკური პირი) ხომ არ იმართებიან სხვა პირების მიერ.

ამ საკითხთან დაკავშირებით განვიხილოთ მფლობელობის ყველა შემთხვევა, რომელიც შეიძლება უკავშირდებოდეს ნამდვილი გადასახადის გადამხდელის შენიღბვას. ასევე, უნდა აღინიშნოს, რომ აღნიშნულ საკითხს, კომპანიის რეალური მფლობელისა და პასუხისმგებელი პირის დადგენის მხოლოდ საგადასახადო პასუხისმგებლობის უზრუნველყოფის მიზანი არ გააჩნია. მას ასევე, კერძოსამართლებრივი ხასიათი გააჩნია.

უნდა აღინიშნოს, რომ კორპორაცია არ არის პასუხისმგებელი აქციონერის, მფლობელის საგადასახადო ვალდებულებებისათვის, ისევე, როგორც აქციონერები არ შეიძლება იყვნენ პასუხისმგებელნი კორპორაციის ვალდებულებებისათვის. ამერიკის შეერთებული შტატების საკორპორაციო სამართალში არსებობს პრინციპი, რომელიც კორპორაციის ქონებას მისი აქციონერების პირადი ვალდებულებებისგან იცავს<sup>55</sup>, თუმცა აღნიშნული პრინციპი ირღვევა მაშინ, როდესაც დამფუძნებელი არ არის გამიჯნული სანარმოსგან და კორპორაცია, როგორც დამოუკიდებელი იურიდიული პირი არ არსებობს. ზემოაღნიშნული პრინციპი ასევე, აზრს კარგავს იმ შემთხვევაში, როდესაც აქციონერები და კომპანიის პარტნიორები ამ უკანასკნელს იყენებენ თაღლითობის შესანიღბად, რათა თავიდან აიცილონ პერსონალური პასუხისმგებლობა.<sup>56</sup>

დასავლეთის ქვეყნებში, სადაც სამართლებრივი კულტურა მაღალია და სასამართლო თავისი გადაწყვეტილებით პრეცედენტს

<sup>54</sup> 67 taxes 263 1989 . ციტირებულია: Turner M. A., Agent vs. Nominee: A Suspended Decision for Dummy Corporations, Journal Taxes \_ the Tax magazine, april, 1989, 264.

<sup>55</sup> Henri Hansmann, Reiner Kraakman & Richard squire, Law and rise of the Firm, 119 HARV L. REV 2006 P. 1333, 1337-1343. ციტირებულია: გულიაშვილი ნ., კორპორაციული საფარის გაჭოლვა, როგორც კრედიტორთა დაცვის განსაკუთრებული ღონისძიება მშობელ-შვილობილ კომპანიათა ურთიერთობის კონტექსტში (აშშ-სა და ქართული საკორპორაციო სამართლის მიხედვით), საკორპორაციო სამართლის კრებული, ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2011.

<sup>56</sup> Baylor L., Alter Ego: shareholders' Liability Under Matthews Construction Co. v. Rosen., vol.44, rev. 393, 1992, 394.

ქმნის, ხშირად უგულვებლყოფენ იურიდიული პირის, როგორც ფიქციის არსებობას და პასუხისმგებლობას აკისრებენ აქციონერებსა და დირექტორებს. ალტერ ეგო არის ერთადერთი თეორია, რომელსაც კორპორაციული საფარის მოხსნა შეუძლია.<sup>57</sup>

### 3.2. ზოგიერთი სამართლებრივი ტერმინის განმარტება

ანგლო-ამერიკული სამართლის ქვეყნებში ცრუმაგიერ მფლობელობასთან დაკავშირებით ხშირად გამოიყენება ისეთი სამართლებრივი ტერმინები როგორც არის კანონისმიერი მესაკუთრე, სამართლებრივი მფლობელი, ნომინალური მფლობელი და აგენტი. Black's legal dictionary კანონიერი მფლობელის შემდეგნაირ განმარტებას იძლევა: ეს არის პირი, რომლის სახელზეც ირიცხება ქონება თუმცა სარგებლის მიმღები არის სხვა პირი. ხოლო სამართლებრივი მფლობელი (მესაკუთრესთან გათანაბრებული პირი) კი არის პირი, რომელიც ქონებიდან იღებს სარგებელს, თუმცა ქონებაზე საკუთრების უფლება სხვა პირის სახელზე ფიქსირდება. ამასთანავე, Black's legal dictionary ნომინალურ მფლობელს შემდეგნაირად განმარტავს: ნომინალი არის პირი, რომელიც თავად ვერ იღებს გადაწყვეტილებებს, ასრულებს მხოლოდ წარმომადგენლის მითითებებს, ხოლო რაც შეეხება აგენტს მას სახელშეკრულებო ურთიერთობა აქვს თავის მარწმუნებელთან და მესამე პირებთან.

თუ კორპორაცია მიჩნეულია, როგორც ნომინალური მფლობელი, ანუ ცრუმაგიერი პირი, მაშინ საგადასახადო პასუხისმგებლობა ეკისრება კორპორაციას. აგენტი, რომელიც ახორციელებს დელეგირებულ უფლებამოსილებას სახელშეკრულებო ურთიერთობის საფუძველზე, პასუხისმგებლობის საკითხი დგება მაშინ როდესაც მისი არსებობა მხოლოდ რეალური მფლობელის შენიღბვას ემსახურება.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> იქვე.

<sup>58</sup> Turner M. A., Agent vs. Nominee: A Suspended Decision for Dummy Corporations., Journal Taxes \_ The Tax magazine, april, 1989.



### 3.3. ეკონომიკური თანასწორობა გადასახადების გადახდის ჭრილში

ეკონომიკურ ბაზარზე არსებული მსხვილი ფინანსური კომპანიების საგადასახადო ხვედრითი წილი ეკონომიკის განვითარებასთან ერთად იზრდება. შეძლებული ეკონომიკური აგენტები სხვადასხვა მეთოდებისა თუ ფინანსური მანიპულაციების მეშვეობით ცდილობენ გადასახადების თავიდან აცილებას. მოვიყვანოთ მარტივი მაგალითი: ფიზიკურმა პირმა დააფუძნა სამი შპს: შპს „ა“, შპს „ბ“ და შპს „გ“ რომლებიც არ არიან დღგ-ს გადამხდელეები და ეწევიან ეკონომიკურ საქმიანობას. დამფუძნებელმა მიიღო შეკვეთა, რომლის საერთო ღირებულება 200 000 ლარს შეადგენს. თუ აღნიშნული შეკვეთა ერთ მენარმე სუბიექტზე გაფორმდება მაშინ საგადასახადო კოდექსის მიხედვით აღნიშნული მენარმე სუბიექტი დღგ-ს გადამხდელად უნდა დარეგისტრირდეს, მაგრამ თუ აღნიშნული შეკვეთა დამფუძნებლის მიერ დაფუძნებულ სამ მენარმე სუბიექტზე გადანაწილდება მაშინ დღგ-ს გადახდის საჭიროება არ დადგება. წარმოადგენს თუ არა აღნიშნული შემთხვევა გადასახადისაგან თავის არიდების საშუალებას? ზემოაღნიშნული მაგალითიდან გამომდინარე, თეორიტიკოსებსა და პრაქტიკოსებს სჭირდებათ ურთიერთშეჯერებული მიდგომისა და ისეთი სამართლებრივი რეგულაციის ჩამოყალიბება რაც კიდევ უფრო მკაცრად დაიცავს არა მხოლოდ საზოგადოების არამედ, სახელმწიფოს ინტერესს და უზრუნველყოფს გადასახადების გადახდევინებას. პროფესორი ზვიად როგავა ხშირად აღნიშნავს, რომ გადასახადები ბიუჯეტის ფორმირების წყაროა და მასში მონაწილეობა საზოგადოების არა ვინრო, არამედ ფართო ფენებმა უნდა მიიღოს. სახელმწიფო ვალდებულია რაიმე ფორმით უზრუნველყოს კეთილდღეობის დაცვის ქსელი<sup>59</sup>. საზოგადოების კეთილდღეობა კი უმეტესწილად მათ ეკონომიკურ მდგომარეობასთან ასოცირდება. საგადასახადო ტვირთი, რომელიც აწვევა გადასახადის გადამხდელს უნდა იყოს თანაბრად განაწილებული. რაც იმას ნიშნავს, რომ ყოველგვარი პოლიტიკური ორიენტაციის მიუხედავად, ეკონომიკური აგენტის მიერ უნდა განხორციელდეს

<sup>59</sup> ჰალერი ვ., შვეიცარიის კონსტიტუცია შედარებით კონტექსტში, თ. ბაქრაძისა და ნ. ბაქრაძის თარგმანი, თბილისი, 2012, 37.

საგადასახადო ვალდებულების შესრულება კანონით დადგენილი წესითა და ოდენობით. სახელმწიფო ვალდებულია დაადგინოს იურიდიული თანასწორობა. ამასთანავე, კანონის წინაშე იურიდიული თანასწორობა არ ნიშნავს ფაქტობრივ თანასწორობას. ფაქტობრივი თანასწორობა უტოპიაა, რომელიც არ შეიძლება იყოს სახელმწიფოს გონივრული მიზანი<sup>60</sup>. ფაქტობრივი თანასწორობა არის ის, რისი შეცვლაც სახელმწიფოს არ შეუძლია, ის რაც ბუნებრივია. კონსტიტუცია განამტკიცებს მხოლოდ იურიდიული თანასწორობის გარანტიებს. ჩაგადასახადის გადამხდელთა ეკონომიკური თანასწორობის პრინციპი, როგორც იურიდიული თანასწორობის ერთ-ერთი სახე სამართლებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის გარანტიაა.

ეკონომიკური უთანასწორობა განსაკუთრებით მაშინ ვლინდება, როდესაც საქმე ეხება ორ თანაბარი ბრუნვის მქონე კომპანიას, რომელთა დამფუძნებლებისგან ერთი უფრო მეტ გადასახადს იხდის ვიდრე მეორე, რადგან მეორე ცრუმაგიერი მფლობელობის მეშვეობით თავს არიდებს გადასახადებს, ისეთი ხერხით, როგორც ნახსენებია ზემოთ მოყვანილ მაგალითში.

ეკონომიკური თანასწორობის უზრუნველსაყოფად ასევე, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება ცრუმაგიერი მფლობელობის საკითხის შესწავლას.

საგადასახადოსამართლებრივი ურთიერთობის განვითარებამ კიდევ უფრო აქტუალური გახადა იმის დადგენა არის თუ არა კორპორაცია მისი დამფუძნებლებისაგან დამოუკიდებლად არსებული საგადასახადო სუბიექტი.<sup>61</sup> საკითხის კვლევის დროს აუცილებელია დადგინდეს, თუ ვინ არის ქონების კანონისმიერი მფლობელი და ვინ ბენეფიციარი მფლობელი. საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 247-ე მუხლი, ბენეფიციარი მფლობელის შესახებ გაუქმებულია.<sup>62</sup> აღნიშნული ცვლილების სამართლებრივ შედეგებზე მოგვიანებით იქნება საუბარი.

ცრუმაგიერი კორპორაციები ქონების ფლობას ახორციელებ-

<sup>60</sup> იზორია ლ., კორკელია კ., კუბლაშვილი კ., ხუბუა გ., საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბილისი 2005, 24.

<sup>61</sup> Turner M. A., Agent vs. Nominee: A Suspended Decision for Dummy Corporations., Journal Taxes \_ The Tax magazine, april, 1989.

<sup>62</sup> საქართველოს 2013 წლის 26 დეკემბერის კანონი №1886. [30.12.2013].

ბენ ისე, რომ ისინი სარგებლის მიმღებად არ გვევლინებიან და როგორც წესი მსხვილი ეკონომიკური აგენტების საგადასახადო და არა მხოლოდ საგადასახადო ვალდებულებების შესრულებისაგან თავის დაღწევის მიზნით არსებობენ.

ალტერ ეგოს თეორიის მიხედვით კომპანიის აქციონერები შესაძლებელია იყვნენ პერსონალურად პასუხისმგებელნი, როდესაც კომპანია აქციონერებს ემსახურება როგორც ცრუმაგიერი პირი. ეს ხდება მაშინ როდესაც აქციონერები სრულად განაგებენ კომპანიის მენეჯმენტს.<sup>63</sup> კორპორაციული საფარის მოხსნისათვის კი აუცილებელია, სასამართლომ დაადგინოს, რომ კორპორაცია ეკუთვნოდა და აბსოლუტურად იმართებოდა აქციონერების მიერ ისეთნაირად, რომ კორპორაცია არის სხვა არაფერი თუ არა აქციონერების აგენტი და აქციონერები უმაღლესი პასუხისმგებლობის (*respodeat superior*<sup>64</sup>) პრინციპის ფარგლებში აგებენ პასუხს შეუზრუდავად.

პარტნიორების მიერ ხშირად იქმნება შუამავალი აგენტები, რომლებიც აკონტროლებენ სხვა კომპანიებს და კიდევ უფრო ჩახლართულს ხდიან ურთიერთობას და საგადასახადო ორგანოებს ხელს უშლიან ნამდვილი გადასახადის გადამხდელის პოვნაში.

კორპორაცია, რომელიც მხოლოდ და მხოლოდ ქონების მფლობელის სახელს ატარებს და იმართება სხვა პირის მიერ ნიშნავს, რომ კორპორაციამ ვერ ჩააბარა დამოუკიდებელი იურიდიული პირის არსებობის ტესტი. ამ შემთხვევაში, კორპორაცია არის მხოლოდ საფარი, რომელსაც არ გააჩნია მიზანი.<sup>65</sup>

პრაქტიკაში ხშირად ვხვდებით ისეთ შემთხვევებს, როდესაც ფიზიკური პირი აყალიბებს ორ სანარმოს, რომელთაგან ერთერთი მათგანი მეორის ცრუმაგიერი პირია. ამ შემთხვევაში სასამართლოს ეკისრება პასუხისმგებლობა საკითხის შესწავლი-

<sup>63</sup> Bergkamp L., *Liability and environment*, published By Kluwer law international, 315. <[https://books.google.com.au/books?id=7\\_CMjSLO9cUC&pg=PA314&dq=alter+ego+doctrine&hl=ru&sa=X&ei=rhBSVYXICoKZsgGjnoGABA&ved=0CCwQ6AEwAg#v=onepage&q=alter%20ego%20doctrine&f=false](https://books.google.com.au/books?id=7_CMjSLO9cUC&pg=PA314&dq=alter+ego+doctrine&hl=ru&sa=X&ei=rhBSVYXICoKZsgGjnoGABA&ved=0CCwQ6AEwAg#v=onepage&q=alter%20ego%20doctrine&f=false)> [21.06.2015].

<sup>64</sup> *respodeat superior*- A common law doctrine that makes an employer liable for the actions of an employee when the actions takeplace within the scope of employment. <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Respondeat+superior>> [21.06.2015].

<sup>65</sup> Turner M. A., *Agent vs. Nominee: A Suspended Decision for Dummy Corporations*, *Journal Taxes* \_The Tax magazine, april, 1989, 267.

სას ყურადღება გაამახვილოს მენარმე სუბიექტების ურთიერთ-დამოკიდებულობაზე.<sup>66</sup>

### 3.4. საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლი

საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლი სასამართლო აკისრებს ვალდებულებას დაადგინოს ორი საგადასახადო სუბიექტის დამოუკიდებლობა, რომელსაც გადასახადისგან თავის არიდების მიზანი უნდა ჰქონდეს თან. აღნიშნული მუხლის მიხედვით, მხოლოდ ამ შემთხვევაში შეიძლება ჩაითვალოს მენარმე სუბიექტები ერთმანეთის ცრუმაგიერ პირებად. ამასთანავე, მხოლოდ აღიარებული საგადასახადო დავალიანების არსებობის შემთხვევაში აქვს უფლება საგადასახადო ორგანოს გაავრცელოს საგადასახადო დავალიანების გადახდევინების უზრუნველყოფის ღონისძიება. საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლის დისპოზიციიდან გამომდინარე აღნიშნული მუხლი საგადასახადო ორგანოს აკისრებს ცრუმაგიერი პირების დადგენას, ხოლო უზრუნველყოფის ღონისძიების და საგადასახადო მოთხოვნის აღსრულებას კი ავალდებულებს სასამართლოს.

მოცემული მუხლის ჩანაწერიდან გამომდინარე ისმის კითხვა – ვინ არის უფლებამოსილი პირი მიმართოს სასამართლოს და მოითხოვოს სასამართლოსაგან ცრუმაგიერი პირების დადგენა? ან რა ხდება იმ შემთხვევაში, როდესაც მენარმე სუბიექტს, რომელსაც ჰყავს მკაფიოდ გამოხატული ცრუმაგიერი პირი, ჯერჯერობით არ გააჩნია აღიარებული საგადასახადო დავალიანება?

2004 წლის საგადასახადო კოდექსით პირები ერთმანეთის ცრუმაგიერ პირებს წარმოადგენენ, თუ მათ ჰქონდათ გადასახადებისგან თავის არიდების მიზანი?<sup>67</sup>

ის ჩანაწერი რომელსაც საგადასახადო კოდექსის მოქმედი რედაქცია შეიცავს მხოლოდ აღიარებული საგადასახადო დავალიანების შემთხვევაში უზრუნველყოფს გადახდევინებას. ხოლო რა ხდება იმ შემთხვევაში როდესაც ცრუმაგიერი მფლობელობა გამ-

<sup>66</sup> Eber R., Asset Protection Strategies and Forms, 2012, 8-15 . <<https://books.google.com.au/books?id=90BwgrBImOYC&pg=SA8-PA15&dq=alter+ego+doctrine&hl=ru&sa=X&ei=diBSVeLzA8SSsAGdhYDQBQ&ved=0CCMQ6AEwATgK#v=onepage&q=alter%20ego%20doctrine&f=false>> [21.06.2015].

<sup>67</sup> საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, მუხლი 92.

ოყენებულია გადასახადების გადახდისაგან თავის არიდებისათვის. მოქმედი საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლმა გარკვეულწილად შექმნა კანონიერი საფუძველი, რომელიც უზრუნველყოფს გადასახადების თავიდან აცილებას. მაგალითად, პირებმა დააფუძნეს იურიდიული პირი, რომელიც მუნიციპალიტეტის მიერ გამართულ ტენდერებში იმარჯვებდა. ამასთანავე, როგორც კი მიაღწია დამატებული ღირებულების გადასახადით დასაბეგრ ზღვარს დამფუძნებლებმა განახორციელეს მისი ლიკვიდაცია და სხვა ახალი იურიდიული პირის დაფუძნება, ანუ ამ პირების მიზანს თავიდანვე გადასახადის გადახდისაგან თავის არიდება წარმოადგენდა, თუმცა მოქმედი საგადასახადო კოდექსი ანიშნული სამართალდარღვევისათვის არ ითვალისწინებს პასუხიმგებლობას.

დასავლური ლიტერატურა უფრო სწორად უდგება საკითხის მნიშვნელობას და არ ელოდება გადასახადის გადამხდელის მიერ საგადასახადო დავალიანების აღიარებას. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული საგადასახადო ინსტიტუტის მიზანი საგადასახადო ორგანოს, როგორც კრედიტორის უფლებების დაცვაა, მას უფრო დიდი მნიშვნელობა ენიჭება საბაზრო ეკონომიკის განვითარებაში. თუ ბაზარზე მოქმედმა თითოეულმა სუბიექტმა დღგ-ს გადასახადისგან თავის არიდების მიზნით შექმნა და უმოკლესს პერიოდში გააუქმა მენარმე სუბიექტი, ყოველივე ზემოაღნიშნული ბაზრის არასტაბილურობას გამოიწვევს.

ასევე, განვიხილოთ ისეთი შემთხვევა, როდესაც საქმე ეხება საშემოსავლო გადასახადის თავის არიდებას. საგადასახადო კოდექსი ითვალისწინებს საშემოსავლო/მოგების გადასახადის გადამხდელისაგან გათავისუფლების წინაპირობებს.<sup>68</sup> მაგალითად, არ იბეგრება 3000 ლარამდე შემოსავალი საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობისათვის ბრძოლის მონაწილე საქართველოს მოქალაქეებს. ამ პირებზე მენარმის სტატუსის მინიჭება, როდესაც შემოსავლის მიმღები სრულიად სხვა პირია გადასახადისგან თავის არიდების საშუალებას იძლევა. იგივე მოსაზრებას იზიარებს ეკონომიკურ მეცნიერებათა დოქტორი გონერ ურიდია.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, მუხლი 82, ნაწილი II.

<sup>69</sup> < <http://www.aaf.ge/index.php?menu=1&jurn=150&rubr=0&mas=1429> > [21.06.2015].

ამასთანავე უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს 2013 წლის №1886 კანონით ამოღებულია შემოსავლის ბენეფიციური მფლობელის შესახებ ჩანაწერი, რომელსაც გაცვავედით შემოსავლის ბენეფიციურ მფლობელზე, რომელიც თუმცა არ იყო ქონების/საწარმოს მესაკუთრე, ანუ არ გააჩნდა მესაკუთრის სამართლებრივი სტატუსი, მაგრამ საგადასახადო კოდექსის მიზნებისათვის გადასახადის გადამხდელს წარმოადგენს.

საგადასახადო კოდექსიდან 247-ე მუხლის ამოღებითა და 246-ე მუხლში იმ ცვლილების შეტანით, რომლის მიხედვითაც სასამართლო ადგენს, ცრუმაგიერ პირებს იმ შემთხვევაში თუ ისინი ერთი და იგივეა და უზრუნველყოფის ღონისძიებების თავის არიდების მიზნით არიან გამოყენებული, გარკვეულწილად შეიქმნა სამართლებრივი ვაკუუმი, რომელმაც გადასახადის გადამხდელის გადასახადის გადახდისაგან თავის არიდების მიზანი მონესრიგების გარეშე დატოვა და აღნიშნული შესაბამისად არ განსაზღვრა სამართალდარღვევად.

გადასახადებს საბიუჯეტო შემოსავლების უდიდესი ნაწილი უჭირავს.<sup>70</sup> რომელთა დიდი ნაწილი კულტურული, საგანმანათლებლო და სოციალური ღონისძიებების უზრუნველყოფას ემსახურება. ამასთანავე, დასავლეთის ქვეყნებში არაერთხელ განხორციელდა კვლევა გადასახადებისაგან თავის არიდების მიზეზების პოვნისათვის, თუმცა კითხვაზე პასუხის გაცემა მაინც უჭირს მეცნიერებს. პროფესორი ზ. როგავა თავის სახელმძღვანელოში – „საგადასახადო სამართალი, საგადასახადო კონტროლი და საგადასახადო პასუხისმგებლობა“, – იზიარებს მოსაზრებას გადასახადების თავის არიდებისა და საგადასახადო სამართალდარღვევის ჩადენის მორალური, პოლიტიკური, ეკონომიკური და ტექნიკურ კატეგორიებად დაყოფასთან დაკავშირებით.<sup>71</sup> საგადასახადო ვალდებულებების შეუსრულებლობის საშუალებათა განხილვასთან ერთად მნიშვნელოვანია თავად ის მიზეზები, რომლებიც აიძულებს გადასახადის გადამხდელს არ გადაიხადონ გა-

<sup>70</sup> 2015 წლის საქართველოს კანონი ბიუჯეტის შესახებ. <<http://www.mof.ge/images/File/sax-biujeti/TAVI%20I.pdf>> [21.06.2015].

<sup>71</sup> როგავა ზ., საგადასახადო სამართალი, საგადასახადო კონტროლი და პასუხისმგებლობა, პირველი გამოცემა, თბილისი, 2009, 362

დასახადები.<sup>72</sup>

ცრუმაგიერი მფლობელის მეშვეობით გადასახადის გადახდისაგან თავის არიდება გადასახადებისაგან თავის არიდების ეკონომიკურ მიზეზს წარმოადგენს. გადასახადებისაგან თავის არიდების ეკონომიკური მიზეზები, როგორც წესი ხშირად უბიძგებს გადასახადის გადამხდელს, თავი აარიდოს საგადასახადო ვალდებულებების შესრულებას.<sup>73</sup>

### **3.5. აქციონერები, როგორც კორპორაციის ცრუმაგიერი პირები**

აქციათა ნომინალური მფლობელობა ფასიანი ქაღალდების ინდუსტრიაში მზარდი მნიშვნელობის სფეროს წარმოადგენს, თუმცა მას არ ექცევა ის ყურადღება, რასაც იმსახურებს.<sup>74</sup> მიუხედავად იმისა, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებები უკვე წლებია პოპულარობით სარგებლობს, რადგან მისი დამფუძნებლების პასუხისმგებლობისაგან დაძღვევის საუკეთესო საშუალებას წარმოადგენს აუცილებელია ზღავრი გაივლოს პასუხისმგებლობის შეზღუდვის ფარგლებს და მკაცრად გაიმიჯნოს პასუხისმგებლობის შეზღუდვის ზღვარი.

პრაქტიკაში ხშირია ისეთი შემთხვევები, როდესაც თეორიტიკოსებსა და სასამართლო ხელისუფლების წარმომადგენლებსაც კი უჭირთ იმის გარკვევა კომპანია წარმოადგენს თუ არა დამოუკიდებელ იურიდიულ პირს, თუ იგი რომელიმე აქციონერის სურვილების ამსრულებელია.<sup>75</sup>

პრობლემის სირთულე გამომდინარეობს იქედან, რომ აქციონერებს ყველაზე ახლო კავშირი აქვს კომპანიის საქმეებთან, შესაბამისად აქციონერის გადანყვეტილებების კომპანიის გადანყვეტილებად შენიღბვა არ უნდა წარმოადგენდეს გადაუჭრელ პრობლემას.

რატომ არის საჭირო კომპანიის და მისი აქციონერების მიზნები

<sup>72</sup> გვარამაძე თ., საგადასახადო ვალდებულებების შესრულება და შეუსრულებლობა, სამართლის ჟურნალი „დამინისტრაციული სამართალი“, №1, 2013, 10.

<sup>73</sup> იქვე, 11.

<sup>74</sup> Blue M. F., Nominee shareholding in Australia., citation: 5 Adel. L. Rev 188 1979-1976.

<sup>75</sup> Baylor L., Alter ego: Shareholders' Lingering liability under Matthews construction Co. v Rosen, Vol. 44, Rev. 393, 1992, 405.

გავმიჯნოთ ერთმანეთისაგან? საქართველოს საგადასახადო კოდექსი იურიდიული პირის დეფინიციაში იურიდიული პირის ჩამოყალიბების დროს განსაზღვრული მიზნის მიღწევაზე საუბრობს,<sup>76</sup> რომელიც მისი, როგორც დამოუკიდებელი სუბიექტის არსებობის წინაპირობაა. ასევე, საგადასახადო კოდექსის მიზნებისათვის იურიდიული პირი მოგების გადასახადის გადამხდელია, თუ აქციონერი კომპანიას იყენებს როგორც ნიღაბს, რომელსაც სურს თავისი ქმედებები შენიღბოს კორპორაციული საფარი და ამასთანავე, კომპანიას არ გააჩნია აქტივები, მაშინ კრედიტორები აბსოლუტურად დაუცველები რჩებიან. აქედან გამომდინარე, უდიდეს მნიშვნელობას იძენს აქციონერების, როგორც კომპანიის ცრუმაგიერი პირების შესწავლის საკითხი.

მიუხედავად იმისა, რომ აქციონერები კომპანიებს საკუთარი მიზნების მისაღწევად იყენებენ, ეს მიზანი სრულებითაც არ წარმოადგენს კომპანიის მიზანს. კომპანიის, როგორც ეკონომიკური სუბიექტის მიზანი არ შეიძლება იყოს აქციონერთა ფინანსური მდგომარეობის გაუმჯობესება ან საზოგადოებისათვის ძვირადღირებული სატრანსპორტო საშუალებების შეთავაზება უფრო მეტი კომფორტისათვის. იმ შემთხვევაში როდესაც საწარმოსა და მისი აქციონერების მიზნები იკვეთება, შესაძლებელია ვივარაუდოთ, რომ იურიდიული პირი როგორც დამოუკიდებელი სუბიექტი არ არსებობს და შესაძლებელია ადგილი ჰქონდეს ცრუმაგიერ მფლობელობას.

სასამართლომ საქმეში – *Automotriz del golfo de California v Resnick*<sup>77</sup> – მიუთითა, რომ ცრუმაგიერი მფლობელობის შესახებ თეორია მოითხოვს არსებობდეს კომპანიისა და აქციონერების იმგვარი კავშირი, რომ კომპანიისა და აქციონერთა ცალ-ცალკე სუბიექტებად აღქმა ვერ ხორციელდება.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, მუხლი 24.

<sup>77</sup> *Automotriz etc. De California v. Resnick*, 47 Cal.2d 792. <<http://scocal.stanford.edu/opinion/automotriz-etc-de-california-v-resnick-26786>> [09.07.2015].

<sup>78</sup> *Conternaad H. F. M. Wouter, The corporate paradox economic realities of corporate form of organization*, published by kluwer academics publishers, boston, 1991, 340. <<https://books.google.ge/books?id=TIHx wAAQ AJ&pg=PA383&lpg=PA383&dq=HG+Henn+and+JR+Alexander+corporations&source=bl&ots=iXGhs9TJ6g&sig=GOxn58zV tLar4JyvfzK mSwqHnfQ&hl=ka&sa=X&ei=wc9FVemXNseqUaW3gTA&ved=0C sQ6A wAA#v=snippet&q=alter%20ego&f=false>> [21.06.2015].



ლიტერატურაში გამოთქმული კონცეფცია ალტერ ეგოს შესახებ მიუთითებს, რომ ცრუმაგიერ მფლობელობასთან მასშინ გვაქვს საქმე, როდესაც აქციონერისა და კორპორაციის დამოუკიდებლობას მხოლოდ ვირტუალური ხასიათი აქვს. მიუხედავად იმისა რომ არსებობს კორპორაცია, როგორც განცალკევებით მდგომი იურიდიული პირი, თუმცა კორპორაცია რეალურად არ ფუნქციონირებს როგორც დამოუკიდებელი სუბიექტი.<sup>79</sup>

მსოფლიოს მასშტაბით ადვოკატებს ხშირად უნევთ დაიცვან თავიანთი კლიენტები ცრუმაგიერი მფლობელობის შემთხვევისაგან, სწორედ ამიტომ ისინი სთავაზობენ თავიანთ კლიენტებს იმ მინიმალური სტანდარტების დაცვას, რომლებიც აარიდებთ მათ გაურკვევლობას. ამ კრიტერიუმების ჩამონათვალი შემდეგნაირად გამოიყურება:

აქციონერებმა დამოუკიდებლად უნდა იქონიონ პირადი და იურიდიული პირის ქონება;

არცერთ შემთხვევაში არ გადაიხადონ კორპორაციის თანხებით პირადი ვალები და არც პირიქით, არც პირადი ანგარიშებიდან დაფარონ კორპორაციის ფულადი ვალდებულებები;

ამასთანავე, აქციონერებმა უნდა უზრუნველყონ თავიანთი და კორპორაციის საქმიანობის დამოუკიდებლობა, თუ აქციონერები აწარმოებენ სხვა ბიზნეს საქმიანობას;

კომპანიის საფოსტო ქალაქზე მინიჭებული ბეჭდური სათაური არ გამოიყენონ პირად საფოსტო ბარათებზე, ამასთანავე, კომპანიაში დასაქმებული პირები არ გამოიყენონ პირადი ბიზნესის წარმართვისათვის.<sup>80</sup>

ტეხასის უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთ გადანყვეტილებაში მიუთითა, რომ როდესაც აქციონერები ცდილობენ უგულვებლყონ იურიდიული პირის დამოუკიდებლობა, მასშინ სასამართლომ უნდა უგულვებლყოს აქციონერთა პასუხისმგებლობის პრინციპები იმდენად, რამდენადაც საჭირო იქნება კრედიტორთა უფლებების დასაცავად.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> იხ. იქვე, 340.

<sup>80</sup> Baylor L., Alter ego: Shareholders' Lingering liability under Matthews construction Co. v Rosen, Vol. 44, Rev. 393, 1992, 405.

<sup>81</sup> 19 Tex. Tech L. Rev 1213 Bankruptcy: creditor's alter ego action against debtors' parent corporation was deemed property of debtor's estate to which the automatic stay applied: S.I acquisition, inc. v eastway Delivery service, inc. (In re S.I acquisition), 817

ცრუმაგიერი მფლობელობის შესახებ კონცეფცია საუკეთესო საშუალებაა კრედიტორთა ინტერესების დაცვის კუთხით, მათ შორის საგადასახადო ორგანოებისათვის, რადგანაც შემოსავლების სამსახურს გადახდისუუნარო კომპანიასთან ურთიერთობის ნაცვლად შეუძლია გაარღვიოს შეზღუდული პასუხისმგებლობის ჩარჩოები საგადასახადო დავალიანების გადახდევინების უზრუნველყოფის მიზნით და განახორციელოს შესაბამისი ღონისძიებები მის ცრუმაგიერ პირებზე.

### 3.5.1. აქციათა ნომინალური მფლობელობა

ცრუმაგიერი მფლობელობის შესახებ საკითხის ღრმად შესწავლის მიზნით აუცილებელია განხილულ იქნეს ნომინალური აქციონერების შესახებ თეორია. თუმცა ვიდრე თეორიის მნიშვნელობაზე იქნება საუბარი, განვიხილოთ რა როლს ასრულებს აქციონერი კომპანიის არსებობაში. კომპანიის აქციონერები მისი ფინანსური მხარდაჭერები არიან. კომპანიაში თავიანთი ფინანსების დაბანდებით ისინი აქციონერის სტატუსს მოიპოვენ. როგორც კომპანიის აქციონერები მათი პასუხისმგებლობა შეზღუდულია კომპანიის პასუხისმგებლობის ფარგლებით.<sup>82</sup>

დასავლურ ლიტერატურაში აქციონერთა პასუხისმგებლობის სხვადასხვა ნყაროებს გამოყოფენ. ამასთანავე, გერმანული კანონმდებლობის მიხედვით დელიქტური სამართლიდან წარმოშობილი ვალდებულება შეიძლება გახდეს აქციონერთა პასუხისმგებლობის საფუძველი, როდესაც აქციონერების არამართლზომიერი ქმედება იწვევს კომპანიის გადახდისუუნარობას და არ შეუძლია დააკმაყოფილოს კრედიტორების ფინანსური მოთხოვნები. ამ შემთხვევაში კი აქციონერთა პასუხისმგებლობა აღარ არის კორპორაციის პასუხისმგებლობის ფარგლებით შეზღუდული და მათ პერსონალურ პასუხისმგებლობაზე გავდივართ, სადაც აქციონერები მთელი თავისი ქონებით მონაწილეობენ.<sup>83</sup>

---

F.2d 1142 (5th Cir. 1987).

<sup>82</sup> The roles and duties of shareholders. <<http://www.inbrief.co.uk/company-law/shareholder-roles-duties.htm>> [21.6.2015].

<sup>83</sup> Conternaad H.F.M Wouter., The corporate paradox economic realities of corporate form of organization, published by kluwer academics publishers, boston, 1991, 340. <<https://books.google.ge/books?id=TIHxBwAAQBAJ&pg=PA383&lpg=PA383&dq=HG+Henn>>

ზემოთ მოყვანილი წარმოადგენს იმის ნათელ მაგალითს, თუ როდის შეიძლება მიმართოს აქციონერებმა პერსონალური პასუხისმგებლობის თავიდან აცილების მიზნით აქციონერთა ნომინალურ მფლობელობას, ანუ შემთხვევა როდესაც ნამდვილი აქციონერი ასპარეზზე არ ჩანს და მას მისი ნომინალური მფლობელი წარმოადგენს.

დოქტრინაში გავრცელებული კონცეფციის მიხედვით ნომინალური აქციონერი არის პირი, რომელიც ფლობს აქციებს საკუთარ სახელზე, თუმცა ბენეფიციარის სასარგებლოდ, რომელსაც გააჩნია ნამდვილი საკუთრების უფლება და, ამასთანავე, კონტროლს უწევს აქციათა ბრუნვას. ნომინალი, თავისი ბუნებით არის სახელწოდებით აქციონერი, რომლის სახელი მხოლოდ იურიდიული მნიშვნელობის რეგისტრაციის მიზნით არის გამოყენებული, აქციით ფლობას კი მხოლოდ ბენეფიციარი აქციონერის ნდობის საფუძველზე ახორციელებს, რომელსაც გარკვეული სამართლებრივი ინტერესი გააჩნია.<sup>84</sup>

### 3.5.2. აქციათა ნომინალური მფლობელობის მიზნები

აქციათა ნომინალური მფლობელობის მიზნები შეიძლება დაიყოს ორ ჯგუფად: დადებითად და უარყოფითად. აქციათა ნომინალური მფლობელობა ჩაითვლება კანონსაწინააღმდეგოდ, თუ მას თან არ ახლავს ნამდვილი მესაკუთრის არამართლზომიერი მიზნები, რაც ვალდებულებათა შესრულებაში გამოიხატება, იმ ფინანსური ვალდებულებებისა რომლის შესრულების უნარი ნომინალურ აქციონერებს არ გააჩნიათ, ანუ როდესაც მფლობელის შენიღბვა პერსონალური პასუხისმგებლობის თავიდან აცილების მიზნით ხორციელდება. ნომინალური მფლობელის ინსტიტუტი კიდევ უფრო ხელსაყრელია, როდესაც კომპანიის საგადასახადო ვალდებულებებზე პასუხისმგებლობა ეკისრება აქციონერებს.

თუმცა როდესაც ნომინალური მფლობელობა არ სცდება სამართლებრივ ჩარჩოებს მისი გამოყენება მეტად ხელსაყრელია.

---

+and+JR+Alexander+corporations&source=bl&ots=iXGhs9TJ6g&sig=GOxn58zVtLar4JgyfzKmSwqHnfQ&hl=ka&sa=X&ei=wc9FVemXNseqUaW3gTA&ved=0CBsQ6AEwAA#v=snippet&q=alter%20ego&f=false> [21.06.2015].

<sup>84</sup> Blue M. F., Nominee shareholding in Australia. citation: 5 Adel. L. Rev 188 1979-1976.

აქციონერებს ყოველდღე უწევთ იზრუნონ და იფიქრონ თავიანთი აქციების მართვასა და მათ საფონდო ბირჟაზე განთავსებაზე. ნომინალური მფლობელის გამოყენება, როდესაც ნომინალური მფლობელი ახორციელებს ისეთ ქმედებებს, როგორსაც ნამდვილი აქციონერი, კი მხოლოდ და მხოლოდ ეხმარება აქციონერს დაზოგოს დრო და ენერჯია.<sup>85</sup>

ნომინალური აქციონერი არ მართავს ქონებას მისი დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებში ის უბრალოდ მოქმედებს ბენეფიციარის სასარგებლოდ, თუმცა ხშირად რთულია იმის დადგენა თუ ვინ არის ნამდვილი მფლობელი<sup>86</sup>, რაც პერსონალური პასუხისმგებლობის თავიდან აცილებას ემსახურება. როდესაც მკაფიოდ არ არის გამოხატული ურთიერთობა ნომინალური მფლობელსა და ნამდვილ მესაკუთრეს შორის, რაც კიდევ უფრო ართულებს პასუხისმგებელი პირის დადგენას, შესაძლებელია ვალდებულებების, მათ შორის საგადასახადო ვალდებულებების, შეუსრულებლობამდეც მივიდეთ.

დოქტრინაში გავრცელებული პრინციპის მიხედვით კომპანიის ფულადი ვალდებულება არ შეიძლება იყოს მისი აქციონერების ვალდებულება. თუმცა გასაკვირი არ იქნება თუ აღვნიშნავთ, რომ ეს პრინციპი ყველა შემთხვევაში არ მოქმედებს.<sup>87</sup>

საგადასახადო კოდექსის 55-ე მუხლი ითვალისწინებს საწარმოს/ორგანიზაციის ლიკვიდაციისას საწარმოს პარტნიორების/მონაწილის პასუხისმგებლობას, ანუ აღნიშნული შემთხვევა წარმოადგენს პარტნიორების პასუხისმგებლობის ნათელ მაგალითს, როდესაც საგადასახადო ვალდებულებების შესრულება ეკისრება პარტნიორებს, მაგრამ რა ხდება იმ შემთხვევაში როდესაც ადგილი აქვს ცრუმაგიერ მფლობელობას ან როდესაც კონკრეტული პირის სახელი გამოყენებულია მხოლოდ როგორც იურიდიული სახელწოდება, მაშინ როდესაც რეალური მფლობელი სხვა პირია. ამ შემთხვევაში სასამართლო ვალდებულია დაადგინოს ნამდვი-

<sup>85</sup> Gochenuar v. George & Francis Ball found., 35 F. Supp 508, 515 (S.D ind. 1940) aff'd 117 F 2d 259 (7th Cir.), cert. denied 313 U.S 566 (1941) 19 tex. tech L. rev 1213 1988.

<sup>86</sup> Blue M. F., Nominee shareholding in Australia. citation: 5 Adel. L. Rev 188 1979-1976, p. 1216.

<sup>87</sup> South Africa: The Liability Of Shareholders For The Tax Debts Of A Company. <<http://www.mondaq.com/x/316024/Corporate+Tax/The+Liability+Of+Shareholders+For+The+Tax+ebts+Of+A+Company>> [21.06.2015].

ლი პარტნიორის ვინაობა, რათა საგადასახადო ორგანოს მიეცეს შესაძლებლობა გაავრცელოს საგადასახადო დავალიანების გადახდევინების უზრუნველყოფის ღონისძიებები. ამგვარი ტიპის მოთხოვნათა აღსრულება ანუ რაც ეხება სანარმოს საგადასახადო ვალდებულებებს განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია რადგან გადასახდების უდიდეს ნაწილს სწორედ სანარმოთა მიერ გადახდილი გადასახადები წარმოადგენს. შესაბამისად, მათი გადახდევინების უზრუნველყოფა სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია.

ანგლოამერიკული სამართლის სიტემის ქვეყნებში, თუ სასამართლო დაადგენს, რომ კომპანია წარმოადგენს მისი დამფუძნებლის ალტერ ეგოს, ანუ მისი პირვნების გაგრძელებას, შექმნილია მისი პირადი ინტერესების დასაკმაყოფილებლად ასეთ დამფუძნებელს შესაძლოა მოეხსნას „კორპორაციული საფარი“<sup>88</sup>.

### **3.6. შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება და მისი ცრუმაგიერი იურიდიული პირები**

იმისათვის, რომ არსებობდეს შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება აუცილებელია არსებობდეს კორპორაცია, როგორც დამოუკიდებელი იურიდიული პირი.<sup>89</sup> კორპორაციის დამოუკიდებლობა, მისი პარტნიორებისა და აქციონერებისაგან, განსაზღვრავს თავად კორპორაციის დამოუკიდებლობას პასუხისმგებლობის ნაწილში. შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების დამოუკიდებლობა უზრუნველყოფს მისი წევრების შეზღუდულ პასუხისმგებლობას.<sup>90</sup>

შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება ყველაზე პოპულარულ სამართლებრივ ფორმად გვევლინება, რომელშიც შესანიშნავად არის შერწყმული პარტნიორებისათვის მიმზიდველი საგადასახადო პოლიტიკა და მათი პასუხისმგებლობის შეზღუდვა.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> როგავა ზ., ნადარაია ლ., რუხაძე კ., ბოლქვაძე ბ., საქართველოს საგადასახადო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, თბილისი, 2012, 436.

<sup>89</sup> Lopez S.A., The Alter Ego doctrine: Alternative challenges to the corporate form, ucla law review, October, 1982.

<sup>90</sup> 55 Ark. L. comment piercing the veil of limited liability in the non-corporate setting., Rev. 553, 2002-2003, 554.

<sup>91</sup> Smeltzer N., piercing the veil of taxes limited liability company: how limited is mem-

სამართლებრივი დამოუკიდებლობა და შეზღუდული პასუხისმგებლობა მიზნად ისახავს ინვესტორთა ნახალისებას ისეთი სამენარმეო საქმიანობის წამოწყების კუთხით, რომელიც კომერციული რისკის მატარებელია.<sup>92</sup>

მიუხედავად იმისა, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობა უზრუნველყოფს მისი დამფუძნებლების პასუხისმგებლობის დაზღვევას, ისინი მაინც ცდილობენ მიმართონ საშუალებას რაც კიდევ უფრო მეტი სარგებლის მიღების საშუალებას მისცემს. პასუხისმგებლობისა და ფინანსური დანაკარგების აბსოლუტური არიდება ხდება მაშინ, როდესაც სამართალდამრღვევ პირად ერთი პირი ცხადდება, რომელიც გარკვეულ საფარს წარმოადგენს სამართალდამრღვევი პირისა. კომპანიების მიერ შვილობილი კომპანიების დაარსება გარკვეულწილად საქმიანობისა და პასუხისმგებლობის განაწილებას უკავშირდება, თუმცა ეს იმას არ ნიშნავს, რომ შვილობილი კომპანია არ არის დამოუკიდებელი იურიდიული პირი. ამასთანავე, ზოგიერთი მეცნიერი ცრუმაგიერი მფლობელობის არსებობის საფრთხეებს სწორედ, რომ ამ კონკრეტულ შემთხვევაში ხედავს. დასავლურმა სასამართლო პრაქტიკამ შეიმუშავა რამდენიმე წინაპირობა რაც საშუალებას აძლევს სასამართლოებს უგულებელყოს შვილობილი კომპანიის დამოუკიდებლობა და მიიჩნიოს ის ცრუმაგიერ მფლობელად, თუ სახეზეა შემდეგი წინაპირობები:

- დამფუძნებლების მიერ არ განხორციელდა შვილობილი იურიდიული პირის კაპიტალში შენატანის შეტანა;<sup>93</sup>
- კორპორაცია იყო იმგვარად ჩამოყალიბებული, რომ მას არ გააჩნდა საკმარისი საბრუნავი კაპიტალი;<sup>94</sup>
- სუბსიდიარი და შვილობილი კომპანიების აქციებს გააჩნიათ ერთადერთი მფლობელი;<sup>95</sup>
- ერთი და იგივე მართვის ადგილის გამოყენება;

---

ber liability?, S.M.U.L, 2008, 1663.

<sup>92</sup> Farat A., Michon D., lifting the corporation veil: limited liability of the company decision-makers undermined? analysis of English, U.S., German, Czech and Polish Approach, Common Law review, vol. 8, Is. 9, spring, 2008.

<sup>93</sup> Kuney G. W., don't mistake the proxy for the rule: alter ego liability in Tennessee., the Tennessee journal of business law, 2010.

<sup>94</sup> იხ. იქვე.

<sup>95</sup> იხ. იქვე.

- ერთი და იგივე დასაქმებული პერსონალის გამოყენება, მათ შორის საადვოკატო მომსახურების გამწევი პირებისა;<sup>96</sup>
- კორპორაციის აქტივების გადამისამართება აქციონერების მიერ სხვა აქციონერთან, ან სხვა იურიდიულ პირზე ზარალის თავიდან აცილების მიზნით, ან/და იმგვარი მანიპულაცია რაც ინვესს პასუხისმგებლობის აცილებას;
- კორპორაციის გამოყენება არამართლზომიერი/კანონსაწინააღმდეგო ოპერაციების განსახორციელებლად;
- კორპორაცია არ იცავს კორპორაციული პროცედურების ფორმლობებს (კომპანიაში არ წარმოებს დამფუძნებელთა კრებების მოწვევა ან დამფუძნებელთა კრებები მოიწვევა არარეგულირებულად, კომპანიას ფაქტობრივად არ ჰყავს დირექტორი ან იგი მხოლოდ ნომინალურადაა წარმოდგენილი;<sup>97</sup>
- კომპანიასა და დამფუძნებელს გააჩნიათ საერთო საბანკო ანგარიშები;
- როდესაც კომპანია დაარსებულია მხოლოდ ერთი გარიგების განხორციელების მიზნით;
- კომპანიის მიერ საქმიანობის განხორციელებისას შესაძლებელია ადგილი ჰქონდეს როგორც ყველა, ასევე, უმეტეს დასახელებულ ფაქტორს, რის გამოც სასამართლო მიიღებს გადაწყვეტილებას ცრუმაგიერ პირად აღიარების შესახებ.

### 3.7. კორპორაციული საფარის მოხსნა

იურიდიული პირის შეზღუდული პასუხისმგებლობის პრინციპიდან გადახვევის სამართლებრივი შედეგები განსაკუთრებით სრულად და დეტალურადაა დამუშავებული ანგლო-ამერიკული სამართლებრივი სისტემის სასამართლო პრაქტიკასა და სამართლებრივ ლიტერატურაში. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ინგლისის სასამართლოები ამ სამართლებრივ ინსტიტუტს, ძირითადი დებ-

<sup>96</sup> იხ. იქვე.

<sup>97</sup> როგავა ზ., ნადარაია ლ., რუხაძე კ., ბოლქვაძე ბ., საქართველოს საგადასახადო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, თბილისი, 2012, 439.

ულეების დეტალიზაციის მიუხედავად იშვიათად იყენებენ. რაც შეეხება ამერიკის შეერთებულ შტატებს, კორპორაციული საფარის მოხსნის დოქტრინა საკმაოდ ხშირად გამოიყენება.<sup>98</sup>

კორპორაციული საფარის მოხსნა საკორპორაციო იურის-პრუდენციაში აღმოცენებული სამართლებრივი საშუალებაა, რომელსაც სასამართლოები იყენებენ ფიქტიური კომპანიების ნაცვლად პასუხისმგებლობის ნამდვილ სამართალდამრღვევზე დასაკისრებლად, რომლებიც შეიძლება იყოს სუბსიდიარი კომპანია, აქციონერები, დამფუძნებლები და ა.შ.<sup>99</sup>

კორპორაციული საფარის მოხსნის დოქტრინა შეიძლება გამოყენებულ იქნეს შვილობილი კომპანიის პასუხისმგებლობის სუბსიდიარ კომპანიაზე დაკისრების მიზნით<sup>100</sup> მაშინ როდესაც შვილობილი კომპანიის დამოუკიდებელი სამართალსუბიექტის არსებობის საკითხი ეჭვქვეშ დგას.

სამართლებრივ ლიტერატურაში კორპორაციული საფარის მოსახსნელად სამ ურთიერთჩანაცვლებად თეორიას იყენებენ. ეს თეორიებია: 1) Instrumentality; 2) Alter ego; 3) Identity; აღნიშნული თეორიების გამოყენებით სასამართლო განსაზღვრავს, რომ კომპანია არის იურიდიული არსის არმქონე იურიდიული კონსტრუქცია<sup>101</sup>, რაც საშუალებას აძლევს მას პასუხისმგებლობა გაავრცელოს იმ პირებზე, რომლის ცრუმადგიერ პირად შეიძლება ჩაითვალოს ეს უკანასკნელი.

ერთ-ერთ საქმეში ტეხასის უზენაესმა სასამართლომ მიუთითა, რომ ჩვენ უგულვებლევყოფთ იურიდიული პირის არსებობას, როდესაც საწარმო ორგანიზებულია და იმართება, როგორც ინსტრუმენტი სხვა პირის მიერ, მხოლოდ ამ შემთხვევაში შეიძლება გამოვიყენოთ ე.წ. ალტერ ეგოს თეორია. სასამართლომ, ასევე,

---

<sup>98</sup> იქვე, 437.

<sup>99</sup> Ark. L. Rev. 553 2002-2003 comment piercing the veil of limited liability in the non-corporate setting, 561.

<sup>100</sup> Plant v. Cameron feed Mills, 228 Ark. 607, 612, 309 S.W.2d 312,315(1958), piercing where the parent and subsidiary were legally separate entities because allowing the two entities to claim separate existences would have been fraudulent, citation: Ark. L. Rev. 553 2002-2003 comment piercing the veil of limited liability in the non-corporate setting, 562.

<sup>101</sup> როგავა ზ., ნადარაია ლ., რუხაძე კ., ბოლქვაძე ბ., საქართველოს საგადასახადო კოდექსის კომენტარი, მეორე გამოცემა, თბილისი, 2012, 436.



განმარტა, რომ ალტერ ეგოს შესახებ დოქტრინა წარმოადგენს იმ ერთადერთ თეორიას, რომელის ბაზაზეც შეიძლება ჩაითვალოს, იურიდიული პირის, როგორც ფიქციის არსებობა უგულვებელყოფილი და ეს თეორია არ უნდა იქნეს აღრეული სხვა მსგავს თეორიებში.

#### **4. დირექტორები, როგორც კომპანიის ცრუმაგიერი პირები**

##### **4.1. ჩრდილოვანი და დე ფაქტო დირექტორთა კონცეფცია**

სამეცნიერო ლიტერატურასა და სასამართლო პრაქტიკაში ჯერ კიდევ აქტუალურია დირექტორის საგადასახადო პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებული საკითხები, თუმცა ხშირ შემთხვევაში ვერ ხდება კომპანიის ნამდვილი დირექტორის იდენტიფიცირება, სწორედ ამიტომ დიდ მნიშვნელობას იძენს იმ დოქტრინების შესწავლა, რომლებიც კომპანიის ნამდვილი დირექტორების გამოვლენის საკითხებს ეხება. დირექტორთა ცრუმაგიერი პირის საკითხის შესწავლისას ანგლო-ამერიკულ სამართალში ორ მნიშვნელოვან კონცეფციას განიხილავენ. ეს არის ჩრდილოვანი და დე ფაქტო დირექტორის კონცეფცია. ამასთანავე, მეცნიერებს აინტერესებთ, არსებობს თუ არა ამ ორ ტერმინს შორის განსხვავება. თუ ტერმინებს ურთიერთჩანაცვლებად ტერმინებად განვიხილავთ მაშინ, ორივე შემთხვევაში ერთნაირად გადაწყდება იურიდიული პასუხისმგებლობის დაკისრების საკითხი.

მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული დოქტრინა ქართული სამართლებრივი ლიტერატურისათვის ჯერ კიდევ უცნობია, ცრუმაგიერი მფლობელობის საკითხის სრულად შესწავლის მიზნით მას დიდი მნიშვნელობა აქვს, რადგან ჩრდილოვანი დირექტორის ინსტიტუტი საშუალებას აძლევს ევროპის საგადასახადო ორგანოებს კომპანიის საქმიანობისათვის პასუხისმგებლობა დააკისრონ არა ნომინალურ დირექტორს, არამედ კომპანიის რეალურ მმართველს.

როგორც ჩრდილოვანი, ასევე, დე ფაქტო დირექტორის ცნებაში მოიაზრება პიროვნება, რომელიც რეალურად კომპანიასთან არ იმყოფება იმ სახელშეკრულებო ურთიერთობაში, რომელიც უზრუნველყოფს მის, როგორც დირექტორად დანიშვნას, თუმცა აღნიშნულის მიუხედავად მას მაინც გააჩნია შესაძლებლობა

მონაწილეობა მიიღოს საწარმოს მართვაში.<sup>102</sup>

ტერმინი ჩრდილოვანი დირექტორი პირველად ინგლისში 1917 წლის კომპანიების შესახებ აქტში გაჩნდა, რომლის მიხედვითაც ჩრდილოვანი დირექტორი არის ნებისმიერი პირი, რომლის მითითებებისა და ინსტრუქციების მიხედვით მოქმედებს კომპანიის დირექტორი.<sup>103</sup> ტერმინი მეორედაც გამოიყენეს ინგლისში, 1986 წელს მიღებულ დირექტორთა დისკვალიფიკაციის შესახებ კანონში, ამ ტერმინთან ერთად, ასევე განმარტებულია დე ფაქტო დირექტორისა და ნომინალური დირექტორის ცნებები.<sup>104</sup>

აღნიშნულ კანონში ჩამოთვლილია ყველა ის წინაპირობა რაც დირექტორის დისკვალიფიკაციის საშუალებას იძლევა, ასევე, განმარტებულია ის ტერმინები, რომელთა მნიშვნელობა და პრაქტიკული გამოყენება დღევანდელ სამართლებრივ ურთიერთობებში ჯერ კიდევ გამოწვევად რჩება.

კანონის მიხედვით დე ფაქტო დირექტორი არის პირი, რომელიც მოქმედებს როგორც დირექტორი, ასეთად დანიშვნის გარეშე.

ჩრდილოვანი დირექტორი კი არის პირი რომლის მითითებებისა და ინსტრუქციების საფუძველზე მოქმედებს კომპანიის დირექტორი, თუმცა დირექტორების დისკვალიფიკაციის შესახებ კანონის მიხედვით ჩრდილოვანი დირექტორის კონცეფცია არ უნდა გავავრცელოთ იმ პირებზე რომლებიც უბრალოდ პროფესიულ რჩევებს აძლევენ კომპანიის დირექტორს.

ჩრდილოვანი დირექტორის კონცეფცია ინგლისური კანონმდებლობისათვის ცნობილი დაახლოებით ერთი საუკუნის წინ გახდა. რომელმაც ეჭვქვეშ დააყენა კომპანიის დირექტორის პასუხისმგებლობის საკითხი. მიუხედავად იმისა, რომ დირექტორი გადაწყვეტილებების მიღებისას მხოლოდ ფიდუციური ვალდებულებებით შემოიფარგლება, შესაძლებელია მას სხვა ადამიანის მოსმენა უწევდეს. ჩრდილოვანი დირექტორი არის პირი, რო-

<sup>102</sup> Griffin Stephen, Problems in the identification of a company director, 54N. Ir. Legal Q. 43, 2003, 43.

<sup>103</sup> Idenson K., The Regulation of shadow director. citation: 22 S. Afr. Mercantile L.J 32 2010, 326-333.

<sup>104</sup> company directors disqualification act, 1986. <[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/385940/Guidance-notes-Completion-of-Stat-Reports-09-09-2014.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/385940/Guidance-notes-Completion-of-Stat-Reports-09-09-2014.pdf)> [28.6.2015].

მელიც არაპირდაპირ მართავს ან მითითებების მიცემით აკონტროლებს კომპანიის ბორდის დირექტორს, რომელიც ვალდებულია დაემორჩილოს მას.<sup>105</sup>

## 4.2. დირექტორთა საგადასახადო პასუხისმგებლობა

საგადასახადო და სამენარმეო კანონმდებლობა დირექტორთა პასუხისმგებლობის ორ საფუძველს ითვალისწინებს. ერთი მხრივ, საგადასახადო სამართალი, როდესაც დირექტორი საწარმოს იყენებს, როგორც მეორე მეს, ანუ კომპანია, როგორც დამოუკიდებელი პირი არ არსებობს და სახეზე გვაქვს ცრუმაგიერი მფლობელობის ნიშნები და, მეორე, როდესაც დირექტორებისა და პარტნიორების მიერ შეზღუდული პასუხისმგებლობის ფორმის ბოროტად გამოყენება ხორციელდება.

თუმცა მნიშვნელოვანია მათ შორის ზღვრის გავლება. ერთი შეხედვით პასუხი თითქოს მარტივია, მაგრამ როგორც გამჭოლი პასუხისმგებლობის შესახებ თეორიით ასევე, ცრუმაგიერი მფლობელობის შესახებ დოქტრინით შეიძლება დავაყენოთ დირექტორთა პასუხისმგებლობის საკითხი შეუსრულებელი ვალდებულებებისათვის.

საგადასახადო კოდექსის ბუნდოვანმა ჩანაწერმა ცრუმაგიერ მფლობელობასთან დაკავშირებით სასამართლო ხელისუფლება დიდი პრობლემის წინაშე დააყენა. იმ საკითხის გადანყვეტი-სათვის, ეკისრებოდა თუ არა აღნიშნულ პირებს საგადასახადო კოდექსის 272-ე მუხლით გათვალისწინებული საურავის გადახდის ვალდებულება, საკასაციო პალატამ იმსჯელა შპს „თ. დაკკის“ საგადასახადო ვალდებულებებისათვის მისი დირექტორისა და პარტნიორების პასუხისმგებლობის ზოგად სამართლებრივ ნორმებზე.<sup>106</sup> ტერმინი საგადასახადო ვალდებულება საგადასახადო კანონმდებლობის დარღვევით გამონჭეულ ვალდებულებას წარმოადგენს. საგადასახადო ვალდებულება კი საგადასახადო სამართალდარღვევის გზით წარმოიშობა, რომლისთვისაც გათვალისწინებულია საგადასახადო პასუხისმგებლობა. შესაბამისად,

<sup>105</sup> Idenson K., The Regulation of shadow director. citation: 22 S. Afr. Mercantile L.J 32 2010, 335.

<sup>106</sup> იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 6 მაისის გადანყვეტილება საქმეზე №ას-1158-1104-2014.

საგადასახადო პასუხისმგებლობისათვის ზოგად სამართლებრივ ნორმებზე მსჯელობა მაშინ, როდესაც საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 269-ე მუხლის I ნაწილი ითვალისწინებს დათქმას, რომ საგადასახადო სამართალდარღვევისათვის პასუხისმგებლობა შეიძლება დაეკისროს მხოლოდ ამ კოდექსით დადგენილი საფუძვლითა და წესით, წინააღმდეგობაში მოდის სასამართლოს ქმედებასთან. კანონმდებლობა, გამონაკლისის სახით, იმგვარი სამართალდარღვევისათვის, რომელიც საგადასახადო სამართლებრივი ურთიერთობებიდან წარმოიშობა და თავისი შინაარსით ცდება საგადასახადო სამართალდარღვევის ფარგლებს, სისხლისამართლებრივ პასუხისმგებლობას ითვალისწინებს.<sup>107</sup> მითითებულ გადანყვეტილებაში მსჯელობის საგანს წარმოადგენდა ეკისრებოდა თუ არა პარტნიორებსა და დირექტორს პასუხისმგებლობა კომპანიის საგადასახადო ვალდებულებებისათვის პირდაპირ და უშუალოდ, მთელი თავისი ქონებით, იმ შემთხვევაში, თუ დადასტურებულია, რომ კომპანიას აღნიშნული ვალდებულებების შესრულება არ შეუძლია. კომპანიის ვალდებულებების მის პარტნიორებსა და დირექტორზე დაკისრებისათვის აუცილებელია შევიშაოთ ისეთი მკაცრი სტანდარტები, რომ შეზღუდული პასუხისმგებლობა, აზრს მოკლებულ, უფუნქციო პრინციპად არ გადაიქცეს.<sup>108</sup> ამასთანავე, ამერიკული სამეცნიერო ლიტერატურა და სასამართლო პრაქტიკა კომპანიის საგადასახადო ვალდებულებების მისი დირექტორისა და პარტნიორებისათვის დაკისრებისათვის, არ ცდილობს დაადასტუროს შეუძლია თუ არა კომპანიას ვალდებულებების შესრულება, არამედ ცდილობს დაადგინოს შესაძლებელია თუ არა ამ პირების ერთმანეთისაგან განსხვავება, ანუ დირექტორი მოქმედებს თუ არა ისე, რომ იშლება ზღვარი კომპანიასა და დირექტორს შორის.

საკასაციო პალატა 2015 წლის 6 მაისის გადანყვეტილებაში

<sup>107</sup> იხ. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, მუხლი 218 (საქართველოს 2005 წლის 30 ივნისის კანონი №1822-სსმ, №38, 15.07.2005, მუხლი 255). <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/27016#>> [4.07.2015].

<sup>108</sup> გულიაშვილი ნ., კორპორაციული საფარი გაჭოლვა, როგორც კრედიტორთა დაცვის განსაკუთრებული ღონისძიება მშობელ-შვილობილ კომპანიათა ურთიერთობის კონტექსტში (აშშ-სა და ქართული საკორპორაციო სამართლის მიხედვით), საკორპორაციო სამართლის კრებული, ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 97.

მიიჩნევს, რომ განსახილველი შემთხვევა უნდა დარეგულირდეს კრედიტორების (მათ შორის საგადასახადო ვალდებულების კრედიტორის) წინაშე კომპანიის ვალდებულებებისათვის დირექტორისა და პარტნიორის პასუხისმგებლობის თაობაზე „მენარმეთა შესახებ“ კანონის შესაბამისი ნორმებით. კერძოდ, ამ კანონის მე-9 მუხლის მე-6 პუნქტით და მე-3 მუხლის მე-6 პუნქტით.<sup>109</sup> უნდა აღინიშნოს, რომ მენარმეთა შესახებ კანონი კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის მარეგულირებელ ნორმათა ერთობლიობას წარმოადგენს. სახელმწიფო უფლებამოსილია, გამოვიდეს კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში, როგორც კერძო სამართლის სუბიექტი; ურთიერთობის კერძოსამართლებრივ ხასიათს კი მისი მიზანი განაპირობებს. ამ კონკრეტულ შემთხვევაში, სახელმწიფო, როგორც საგადასახადო ვალდებულებათა კრედიტორი გამოდის არა როგორც კერძო სამართლის სუბიექტი არამედ ურთიერთობის მიზნიდან გამომდინარე, რაც გადასახადების აკრეფაში გამოიხატება, და რაც ურთიერთობას სუბორდინაციულ ხასიათს ანიჭებს, ანუ როგორც საჯარო სამართლის სუბიექტი. შესაბამისად, მიზნიდან გამომდინარე არ შეიძლება ურთიერთობა კერძოსამართლებრივ ხასიათს ატარებდეს. ამიტომაც, ურთიერთობის მარეგულირებელი ძირითადი ნორმები საჯარო სამართლის მარეგულირებელ კანონმდებლობაში უნდა ვეძებოთ. ხოლო რაც შეეხება შეზღუდული პასუხისმგებლობის ბორატად გამოყენების აკრძალვას, რაც დირექტორს აკისრებს ბოროტად გამოყენებით სანარმოსათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურებას, ამ შემთხვევის მარეგულირებელი ნორმის საკანონმდებლო აქტში ადგილმდებარეობის მიხედვით, იგი, როგორც პასუხისმგებლობის დამდგენი ნორმა შეიძლება გამოვიყენოთ მაშინ როდესაც სანარმო და დირექტორი კერძოსამართლებრივ ურთიერთობას ახორციელებს სახელმწიფოსთან, ანუ სახელმწიფო გარიგებაში მონაწილეობს, როგორც კერძო სამართლის სუბიექტი. მაგალითად, სახელმწიფო სანარმოსთან დებს ნასყიდობის ხელშეკრულებას მისი თანამშრომლების კალმებით უზრუნველყოფის მიზნით.

რატომ არის აუცილებელი ამ კონკრეტულ შემთხვევაში სანარმოს დირექტორთა პასუხისმგებლობისათვის საჯაროსამარ-

<sup>109</sup> იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 06 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1158-1104-2014.

თლებრივი ნორმების გამოყენება?

სასამართლო საგადასახადო კოდექსით გათვალისწინებული აკრძალვის მიუხედავად ურთიერთობის მოსაწესრიგებლად კერძოსამართლებრივ აქტებს იყენებს, საგადასახადო კოდექსში მოგვეპოვება ნორმა, რომლის განხილვაც სტატიის მიზანს წარმოადგენდა. ცრუმაგიერი მფლობელის გამოვლენასთან დაკავშირებული დოქტრინა, კომპანიის ვალდებულებების დირექტორზე და საერთოდ, ზოგადად ერთი პირის საგადასახადო ვალდებულებების სხვა პირზე დაკისრების მკაცრ და განსაზღვრულ წინაპირობებს გვთავაზობს, რაზეც ნაშრომში უკვე ვისაუბრე. მკაცრი წინაპირობების არსებობა კი აუცილებელია რათა „შეზღუდული პასუხისმგებლობა კვლავ დარჩეს ძირითად პრინციპად, ხოლო აქციონერის პასუხისმგებლობა, ანუ კორპორაციული საფარის გაჭოლვა – გამონაკლისად“.<sup>110</sup>

## დასკვნა

როგორც სტატიის შესავალში იყო აღნიშნული, კვლევის ერთ-ერთი მთავარი მიზანი იყო ცრუმაგიერი მფლობელობისა და მასთან დაკავშირებული საგადასახადო პასუხისმგებლობის საკითხების შესწავლა სხვა ქვეყნების სამართლებრივი სისტემების შედარებითი კვლევის ჩრჩილში.

სტატიაში მოცემული საკითხების კვლევამ დაადასტურა საკითხის აქტუალურობა და მისი შესწავლის აუცილებლობა. ასევე, დაადასტურა ზოგიერთი ინსტიტუტის კვლევის აუცილებლობა, რაც ხელს შეუწყობს სწორი საგადასახადო პოლიტიკის ფორმირებას.

კვლევის საფუძველზე შეიძლება გამოიყოს რიგი რეკომენდაციები ცალკეულ პრობლემატურ საკითხებთან დაკავშირებით. კერძოდ: ცრუმაგიერი მფლობელობის შესახებ თეორიის გაგების სირთულე გარკვეულწილად საკანონმდებლო ნორმის ბუნდოვანე-

<sup>110</sup> გულიაშვილი ნ., კორპორაციული საფარი გაჭოლვა, როგორც კრედიტორთა დაცვის განსაკუთრებული ღონისძიება მშობელ-შვილობილ კომპანიათა ურთიერთობის კონტექსტში (აშშ-სა და ქართული საკორპორაციო სამართლის მიხედვით), საკორპორაციო სამართლის კრებული, ი. ბურდულის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 99.

ბაში მდგომარეობს, რაც მისი არაერთგვაროვანი განმარტების საშუალებას იძლევა, სწორედ ამიტომ დასკვნის სახით ჩამოყალიბდა ის წინაპირობები, რაც ფიზიკურ პირებს შორის ცრუმადგიერი პირის გამოვლენის საშუალებას მისცემს სასამართლოს:

როდესაც ქონების, მატერიალური ან არამატერიალური აქტივის გადაცემა განხორციელდა შემხვედრი დაკმაყოფილების გარეშე;

როდესაც ქონების, მატერიალური ან არამატერიალური აქტივის გადაცემა განხორციელდა მის წინააღმდეგ სარჩელის მოლოდინში;

როდესაც არსებობს „ახლო ურთიერთობა“ გადასახადის გადამხდელსა და ცრუმადგიერ ფიზიკურ პირს შორის;

თუ მათ არ შეადგინეს ქონების გადაცემის აქტი;

მიუხედავად იმისა, რომ ქონების გადამცემის მფლობელობაში არ იმყოფება ქონება, იგი მაინც აგრძელებს სარგებლის მიღებას გადაცემული ქონებიდან; საქართველოს საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლის მიხედვით ცრუმადგიერი პირი იგივე გადასახადის გადამხდელია სხვა სუბიექტური მონაცემებით, შესაბამისად მასზეც ვრცელდება შეუზღუდავი პასუხისმგებლობა. აღნუშნული მიდგომა გარკვეულწილად ზღუდავს მესამე პირის კონსტიტუციით გარანტირებულ საკუთრების უფლებას და ეჭვქვეშ აყენებს საგადასახადო პასუხისმგებლობის ინდივიდუალური ხასიათს, ხოლო საკუთრების უფლებას ერთგვარად დაუცველ უფლებად აქცევს. ამ საკითხთან დაკავშირებით სტატიაში შემოთავაზებულია რეკომენდაცია, ამერიკულ სამართლებრივ რეგულაციაზე დაყრდნობით. ანუ უზრუნველყოფის ღონისძიებები გავრცელდეს გადასახადის გადამხდელის იმ კონკრეტულ ქონებაზე, რომელიც გადაცემულია მესამე პირისათვის, ანუ ცრუმადგიერი მფლობელისათვის. აქ საუბარია არა მთლიან ქონებაზე, რომელიც იმყოფება ცრუმადგიერი პირის საკუთრებაში, არამედ იმ კონკრეტულ ქონებაზე, რომელიც გადასახადის გადამხდელმა მიიღო. მოქმედი საგადასახადო კოდექსის 246-ე მუხლმა გარკვეულწილად შექმნა კანონისმიერი საფუძველი, რომელიც უზრუნველყოფს გადასახადების თავიდან აცილებას, რასთან დაკავშირებით შევიმუშავეთ შემდეგი სახის რეკომენდაცია: მუხლის შინაარსი, სადაც განსაზღვრულია უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყ-

ენების თავის არიდების მიზანი, რეკომენდებულია განისაზღვროს გადასახადების თავის არიდების მიზანი, რათა აღმოიფხვრას ის სამართლებრივი ვაკუუმი, რითაც გადასახადების გადახდისაგან თავის არიდება საკანონმდებლო რეგულაციის ფარგლებს გარეთ რჩება.

ასევე, დასკვნის სახით უნდა გამოვყოთ ის კრიტერიუმები, რომელიც საშუალებას მისცემს კომპანიის აქციონერებს, პარტნიორებსა და დირექტორს თავი აარიდონ ცრუმაგიერ მფლობელობასთან დაკავშირებულ გაურკვევლობას:

- მათ დამოუკიდებლად უნდა იქონიონ პირადი და იურიდიული პირის ქონება;
- არცერთ შემთხვევაში არ გადაიხადონ კორპორაციის თანხებით პირადი ვალები და არც პირიქით, არც პირადი ანგარიშებიდან დაფარონ კორპორაციის ფულადი ვალდებულებები;
- ამასთანავე, აქციონერებმა უნდა უზრუნველყონ თავიანთი და კორპორაციის საქმიანობის დამოუკიდებლობა, თუ აქციონერები აწარმოებენ სხვა ბიზნეს საქმიანობას;
- კომპანიის საფოსტო ქალაქში მინიჭებული ბეჭდური სათაური არ გამოიყენონ პირად საფოსტო ბარათებზე, ამასთანავე კომპანიაში დასაქმებული პირები არ გამოიყენონ პირადი ბიზნესის წარმართვისათვის.
- რაც შეეხება იურიდიულ პირებს შორის კერძოდ, მშობელ-შვილობილ კომპანიებს შორის ცრუმაგიერი მფლობელობის გამოვლენის კრიტერიუმებს, დასკვნის სახით შესაძლებელია შემდეგი წინაპირობების გამოყოფა:
- დამფუძნებლების მიერ არ განხორციელდა შვილობილი იურიდიული პირის კაპიტალში შენატანის შეტანა;
- კორპორაცია იყო იმგვარად ჩამოყალიბებული, რომ მას არ გააჩნდა საკმარისი საბრუნავი კაპიტალი;
- სუბსიდიარი და შვილობილი კომპანიების აქციებს გააჩნიათ ერთადერთი მფლობელი;
- ერთი და იგივე მართვის ადგილის გამოყენება
- ერთი და იგივე დასაქმებული პერსონალის გამოყენება, მათ შორის საადვოკატო მომსახურების გამწვევი პირებისა;
- კორპორაციის აქტივების გადამისამართება აქციონერების



მიერ სხვა აქციონერთან, ან სხვა იურიდიულ პირზე ზარალის თავიდან აცილების მიზნით, ან/და იმგვარი მანიპულაცია რაც იწვევს პასუხისმგებლობის აცილებას;

- კორპორაციის გამოყენება არამართლზომიერი/კანონსაწინააღმდეგო ოპერაციების განსახორციელებლად;
- კორპორაცია არ იცავს კორპორაციული პროცედურების ფორმალობებს (კომპანიაში არ წარმოებს დამფუძნებელთა კრებების მონვევა ან დამფუძნებელთა კრებები მოიწვევა არარეგულირებულად), კომპანიას ფაქტობრივად არ ჰყავს დირექტორი ან იგი მხოლოდ ნომინალურადაა წარმოდგენილი;
- კომპანიასა და დამფუძნებელს გააჩნიათ საერთო საბანკო ანგარიშები;
- როდესაც კომპანია დაარსებულია მხოლოდ ერთი გარიგების განხორციელების მიზნით;

# პოლიტიკა და ძირითადი კანონით გათვალისწინებული სოციალური სახელმწიფოს პრინციპი კონსტიტუციური სამართლისა და თეორიის ჭრილში<sup>1</sup>

ჰანს მიხაელ ჰაინიგი<sup>2</sup>

## I. სოციალური სახელმწიფო გერმანულ კონსტიტუციურსამართლებრივ წესრიგში

კონსტიტუციით დაფუძნებულ გერმანიის სახელმწიფოებრიობის ერთ-ერთ ცენტრალურ მახასიათებელს წარმოადგენს კეთილდღეობის სახელმწიფოს ასპექტი. ძირითადი კანონის შემქმნელებს იმდენად აუცილებლად მიაჩნდათ კეთილდღეობის სახელმწიფო, რომ მუდმივი მოქმედებისთვის იგი კონსტიტუციური პრინციპების კატალოგში მოაქციეს, რომლის შეცვლა კონსტიტუციის დარღვევის, რევოლუციის ფასადაა შესაძლებელი (გერმანიის ძირითადი კანონის 79(3) მუხლი (გერმანულად -*ჩ*Grundgesetz). ძირითადი კანონის 79(3) მუხლი ერთმანეთისგან ასხვავებს კონსტიტუციასა და კონსტიტუციურ ნორმას, რომელიც გამოჩენილ კარლ შმიტს (Carl Schmitt) ეკუთვნის. იგი 1928 წლის კონსტიტუციურ დოქტრინაში

---

<sup>1</sup> ეს სტატია დაფუძნებულია SIAS-ის სემინარზე – “the Political“, – წარდგენილ კვლევაზე, ბერლინში 2006 წელს. გერმანული ვერსია დაიბეჭდა, როგორც – Das Sozialstaatprinzip des grundgesetzes als imagination des Politischen, 2007 Studentische Zeitschrift Für Rechtswissenschaft Heidelberg, 3, 2007.

სტატიის ქართულენოვანი თარგმანი შეასრულა ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის საერთაშორისო სამართლის სტუდენტმა **ნათია ჯინიუზაშვილმა**, ხოლო თარგმანის სამეცნიერო რედაქტორი გახლავთ ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის კონსტიტუციური სამართლის დოქტორანტი **ნათია გველესიანი**.

წინამდებარე სტატია ითარგმნა ინგლისური ვერსიიდან (Hans Michael Heinig, The Political and the Basic Law’s Sozialstaat Principle \_ Perspectives from Constitutional Law and Theory, German Law Journal, Vol. 12, No. 11, 2011, 1887-1900.), რაზეც მთარგმნელს ნებართვა, ყოველგვარი ანაზღაურების გარეშე, თავად პროფესორმა ჰაინიგმა მისცა, რისთვისაც მადლობას ვუხდით მას (რედ. – თ.ნ.).

<sup>2</sup> \*\* სამართლის დოქტორი, გოტინგენის ჯორჯ-აუგუსტის უნივერსიტეტის პროფესორი.

ამტკიცებდა, რომ კონსტიტუციურ კანონმდებლობაში ნორმასთან დაკავშირებული ცალკეული ცვლილებების შეტანა შესაძლებელია, თუმცა, მთლიანად კონსტიტუციის შეცვლა, ისეთი პოლიტიკური ქმედებით, რომელიც სცდება სამართლებრივ საფუძვლებს, რევოლუციის ტოლფასია.<sup>3</sup> ძირითადი კანონის 79(3) მუხლში სწორედ ეს იდეაა ჩადებული, რომელიც ზღუდავს კონსტიტუციის გარკვეული მახასიათებლების შეცვლას. ეს მახასიათებლები ყველა სახის დემოკრატიული ხელმისაწვდომობის მიღმა დატოვებული და კვაზიდემოკრატიზირებულია, იმდენად, რამდენადაც მოიცავს ადამიანის ღირსების ხელშეუვალობასა (ძირითადი კანონის 1(1) მუხლი) და დემოკრატიულ, რესპუბლიკურ, სამართლებრივ სახელმწიფოზე დაფუძნებულ ფედერაციულ სახელმწიფოსა და „სოციალურ“ სახელმწიფოს პრინციპებს (ძირითადი კანონის 20(1) მუხლი). ზედმინევენით შესწავლისას ვლინდება, რომ პრინციპები, რომლებიც ხაზს უსვამენ სახელმწიფოს სტურქტურას, მნიშვნელოვნად განასხვავებს ერთმანეთისგან, ერთი მხრივ, დემოკრატიის, ფედერალიზმის, სამართლებრივი სახელმწიფოსა და რესპუბლიკანიზმის პრინციპებს, ხოლო, მეორე მხრივ, კეთილდღეობის სახელმწიფო პრინციპს (the Principle of Welfare State). პირველი ოთხი მახასიათებელი კონსტიტუციური სამართლის უძველესი ტრადიციების ნიაღში აღმოცენდა. თანამედროვე პოლიტიკურმა ფილოსოფიამ მოახდინა მათი მკაფიო დეტალიზება, რამაც კონკრეტული ასახვა ჰპოვა კონსტიტუციის ნორმებში. ამისგან განსხვავებით, იდეების პოლიტიკურმა ისტორიამ ვერ შეძლო „მედროვე“ მოაზროვნის შექმნა კეთილდღეობის სახელმწიფო სისტემაში.<sup>4</sup> კეთილდღეობის სახელმწიფოს შექმნამ ვერ შეასრულა კონსტიტუციის ისტორიაში გადამწყვეტი როლი. ერთი შეხედვით, კონსტიტუციურ სამართალში არ არის მოცემული

<sup>3</sup> Carl Schmitt, *Verfassungslehre* 11(8th ed. 1993).

<sup>4</sup> ყველაზე შესაბამისი კანდიდატი იქნება ლონენცო ფონ შტაინი, თუმცა ის ბევრისათვის შეიძლება უცნობი იყოს, კონკრეტულად, საერთაშორისო საზოგადოებისათვის. სოციალურ სახელმწიფოზე მისი განსაკუთრებული გავლენაზე იხ. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Lorenz von Stein als Theoretiker der bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat*, in *Recht, Staat, Freiheit* 170 (1991). ასევე, იხ. Hans Michael Heinig, *Antagonisten im Kontext der politischen Philosophie des Sozialstaates*, Lorenz von Stein und Robert Nozick, in *Die Idee Des Sozialstaates* 45 (Diethelm Kleczewski, Steffi Müller & Frank Neuhaus eds., 2006).

თუ რა ქმნის სოციალურ სახელმწიფოს, განსაკუთრებით კი, რა სამართლებრივი შედეგები გამომდინარეობს ამ კონსტიტუციური პრინციპიდან. აღნიშნული წარმოშობს შემდეგ შეკითხვას: კონკრეტულად რა განაპირობებს კეთილდღეობის სახელმწიფოს გამორჩეულ ადგილს უაღრესად დიდი მნიშვნელობის მქონე სხვა კონსტიტუციურ წარმონაქმნებს შორის? სტატიაში განვითარებული მსჯელობა პასუხგაუცემელს არ ტოვებს დასმულ შეკითხვას. მიუხედავად მწირი ისტორიული და თეორიული ტრადიციებისა, სოციალური სახელმწიფო პრინციპი (Sozialstaat) თავის მნიშვნელობას განსაკუთრებულ, სიმბოლურ არსში იძენს, რომელიც სცდება მის დოქტრინალურ მოცემულობას.

## II. კეთილდღეობის სახელმწიფოს კონსტიტუციური დოქტრინა

უპირველეს ყოვლისა უნდა აღინიშნოს, რომ ძირითადი კანონის ტექსტში კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის ფორმულირებას განსაკუთრებული ყურადღება არ დათმობია. ძირითადი კანონის ტექსტში „კეთილდღეობის სახელმწიფო პრინციპზე“ მითითებას სამ ადგილზე ვხვდებით. კერძოდ, ძირითადი კანონის მე-20 მუხლის პირველ პუნქტში („გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკა არის... სოციალური ფედერაციული სახელმწიფო“), 28-ე მუხლის პირველ პუნქტსა („მინების კონსტიტუციური წესრიგი უნდა შეესაბამებდეს შემდეგ პრინციპებს: ... ძირითადი კანონის შესაბამისად, სამართლებრივ სახელმწიფოზე დაფუძნებულ სოციალურ სახელმწიფოს“) და 23-ე მუხლის პირველ პუნქტში („გაერთიანებული ევროპის დაარსების მიზნით, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკა მონაწილეობს ევროპის კავშირის განვითარებაში, რომლის ვალდებულებებში შედის... სოციალური ... პრინციპების“) (შეიცავს დამატებას). ვაიმარის კონსტიტუციის შემქმნელებისგან, გერმანიის მინების ზოგიერთი კონსტიტუციისა და ძირითადი უფლებების ევროპული ქარტიისგან განსხვავებით, ძირითადი კანონის ავტორებმა მიზანმიმართულად უგულებელყვეს ძირითადი სოციალური უფლებები. კონსტიტუციაში მწირია ნორმები, რომელებიც პირდაპირ და ნათლად უკავშირდება კეთილდღეობის სახელმწიფოს. ძირითადი კანონის 87-ე მუხლის მეორე პუნქტი ეხება სოციალური დაზღვევის ინ-

სტიტუტებს (არეგულირებს როგორც ფედერაციულ, ისე მინის დაქვემდებარებაში არსებულ კორპორაციებს). ამავე კანონში, ჩამოთვლილია კეთილდღეობის სახელმწიფოს ფარგლებში არსებული საკანონმდებლო უფლებამოსილებები, რომლებიც მოიცავს საზოგადოებრივ კეთილდღეობას, შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე ვეტერანების სოციალურ დახმარებას, სოციალურ უზრუნველყოფასა და უმუშევრებისგან დაზღვევას (მაგალითად, ძირითადი კანონის 74-ე მუხლის 1-ლი, მე-7, მე-10 და მე-12 პუნქტები).

კონსტიტუციის ტექსტში არსებული ამ საწყისი წერტილიდან გერმანულ სამართალში განვითარდა კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპი, განსაკუთრებით კი, ხაზგასმა გაკეთდა აღნიშნული კონსტიტუციური პრინციპის მოქმედების ფარგლებზე. სახელდობრ:

(1). კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპი სამართლის ქვემარტივი პრინციპია და არა უბრალოდ პოლიტიკური დღის წესრიგი.<sup>5</sup>

(2). იგი უფლებამოსილებით აღჭურავს და ავალდებულებებს სახელმწიფოს, რომ სამართლიანი სოციალური წესრიგის უზრუნველსაყოფად გაატაროს გარკვეული ხასიათის სოციალური ღონისძიებები.<sup>6</sup> ამდენად, სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს სოციალური კეთილდღეობის მინიმუმი.

(3). ისტორიულად, ამ ღონისძიებების არსი XIX საუკუნის ბოლოსთვის დამახასიათებელი სოციალური სირთულეებიდან იღებს სათავეს, რომელმაც შემდგომში გერმანიის კეთილდღეობის სახელმწიფოს ევოლუციის კალაპოტი განსაზღვრა (სოციალური საკითხი, როგორც მშრომელთა საკითხი).<sup>7</sup> ამათან, იგი

<sup>5</sup> აღნიშნული პრინციპის კონსტიტუციური სტატუსისადმი განსხვავებული მიდგომის შესახებ იხ. Ernst Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in RECHSTAATLICHKEIT UNDS SOZIALSTAATLICHKEIT 165 (1968).

<sup>6</sup> Bundesverfassungsgericht [BverfG] [Federal Constitutional Court] 13 Jan., 1982, 59 ENTSCHIEDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVerfGE] 231 (262) (Ger.).

<sup>7</sup> სოციალური საკითხები საფრანგეთში უფრო მეტად მიეკუთვნება საოჯახო საკითხებს, ხოლო დიდ ბრიტანეთში უფრო მეტად სიღარიბეს. დღესაც, ეს განსხვავება გარკვეულ სირთულეებს წარმოშობს სოციალური უზრუნველყოფის სტრუქტურაში. იხ. Franz-Xavier Kaufmann, Christentum und Wohlfahrtsstaat, 34 ZEITSCHRIFT FÜR SOZIALREFORM 65 (1988).

ლია ახალ პირობებთან და გარემოებებთან ადაპტირებისთვის (კეთილდღეობის სახელმწიფო, როგორც მუდმივი პროცესი).<sup>8</sup> სოციალური სახელმწიფოს პრინციპი არ მოითხოვს სახელმწიფოსაგან ერთგულად შეინარჩუნოს არსებული სოციალური status quo. აღნიშნული პრინციპის მიზანს არ ემსახურება კონკრეტული მომსახურებისა თუ ინსტიტუციური ფორმების კონსტიტუციური სამართლის რანგში აყვანა.

(4). როგორც წესი, ინდივიდუალური უფლებები არ წარმოიშობა კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპიდან, ძირითად უფლებებთან კავშირშიც კი. თუმცა, იშვიათ გამონაკლის წარმოადგენს ადამიანის ღირსება, რომელიც სახელმწიფოს ავალდებულებს უზრუნველყოს საარსებო მინიმუმი,<sup>9</sup> ისევე, როგორც ჯანმრთელობისა და ფიზიკური ხელშეუხებლობის უფლება, რომელიც სახელმწიფოსაგან ჯანმრთელობის მინიმალური სტანდარტის დაცვას მოითხოვს.<sup>10</sup>

(5). კანონმდებლობამ, შესაძლებლობის ფარგლებში, უნდა უზრუნველყოს პირადი კეთილდღეობის უზრუნველყოფაზე, ინდივიდუალურ პასუხისმგებლობასა და სოციალურ სოლიდარობას შორის რეალური ბალანსის მიღწევა.<sup>11</sup> კონსტიტუციის თანახმად,

---

<sup>8</sup> Hans F. Zacher, Was können wir über das Sozialstaatsprinzip wissen? In HAMBURG, DEUTSCHLAND, EUROPA, FESTSCHRIFT FÜR HANS PETER IPSEN 207, 240 (Rolf Stodter & Werner Thieme eds., 1977).

<sup>9</sup> Bundesverfassungsgericht [BverfG] [Federal Constitutional Court] 9 Feb. 2010 (Hartz IV), 125 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 175 (\_\_\_), 1bVl 1/09 of Feb. 2010 para. 134, (Ger.). ხელმისაწვდომია: [http://www.bverfg.de/entscheidungen/Is20100209\\_1bvl000109.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/Is20100209_1bvl000109.html) (უკანასკნელად ნანახია 2011 წლის 5 ნოემბერს).

პრეცედენტულ სამართალზე დამატებითი ინფორმაციისათვის იხ. Hans Michael Heinig, Menschenwürde und Sozialstaat, in MENSCHENWÜRDE IN DER SÄKULAREN VERFASSUNGSORDNUNG 251 (Petra Bahr & Hans Michael Heinig eds., 2006).

<sup>10</sup> იხ. Bundesverfassungsgericht [BverfG] [Federal Constitutional Court] 28 Feb., 2008, 115. ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 25 (Ger.). ასევე, იხ. Hans Michael Heinig, Der Hüter der Wohltaten?, 25 NEUE ZEITSCHRIFT FÜR VERWALTUNGSRECHT 771 (2006).

<sup>11</sup> ეს უკვე განმტკიცებული იყო Bundesverfassungsgericht-ში, [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 3 Mar., 2004, 1 ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 97 (105) (Ger.); ასევე, იხ. Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 3 Apr., 2001, 50. ENTSCHEIDUNGEN DES

საკანონმდებლო ხელისუფლებას ევალება კონკრეტული სოციალური უფლებების დადგენა და შესაბამისი ფინანსების გამოყოფა. დემოკრატიული თეორიისა და პრაგმატული მიზნებიდან გამომდინარე, საკანონმდებლო ხელისუფლებას უნდა ჰქონდეს ფართო დისკრეციული უფლებამოსილება (შეფასებითი პრეროგატივა და დაგეგმვის დისკრეცია) კონსტიტუციური კონტროლის მინიმუმამდე შემცირების გათვალისწინებით.<sup>12</sup>

მთლიანობაში, კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის კონსტიტუციური რელევანტურობა არ არის გადამეტებული. ამ სტატიის ფარგლებს სცდება საკითხი, თუ რამდენად და რა დოზით იმსახურებს აღნიშნული პრინციპი გერმანელ სწავლულთა მიერ კონსტიტუციურ დოქტრინაში ყურადღების დათმობას.<sup>13</sup> თუკი ვინმე მიიჩნევს, რომ აღნიშნული პრინციპის შინაარსი შეზღუდულია ზემოხსენებული შეხედულებებით, მაშინ ის შეიძლება დავიყვანოთ ორ მოსაზრებამდე: სახელმწიფოს ძალუძს და უნდა გარდაიქმნას კეთილდღეობის სახელმწიფოდ, ხოლო დეტალები კანონმდებლობის საფუძველზე უნდა შემუშავდეს.

შეზღუდული მოცულობის მიუხედავად, მაინც წარმოიშობა შემდეგი შეკითხვა: რა საჭიროა მსგავსი კონსტიტუციური ნორმის არსებობა და მისი ძირითადი კანონის 79-ე მუხლის მე-3 პუნქტის კონსტიტუციური სტატუსით სარგებლობა. კეთილდღეობის სახელმწიფოს მიღწევის მხარდამჭერი ქმედებების განხორციელება არ ხვდება გადაუდებელ რეგულაციათა კონსტიტუციურ სპექტრში. კანონმდებლობის მიხედვით (Allgemeines Landrecht), პრუსიის სახელმწიფოც კი, გარკვეულწილად, „სოციალურ“ სახელმწიფოს

---

BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 57 (108) (Ger.); Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 13 Jan., 1982, 59. ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 231 (262) (Ger.); იხ. Christoph Enders, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, 64 VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER 7 (2005).

<sup>12</sup> მაგალითად, იხ. THORSTEN KINGREEN, DAS SOZIALSTAATSPRINZIP IM EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSVERBUND 120 (2003); Rainer Pitschas, Soziale Sicherungssysteme im „europoisierten“ Sozialstaat, in 2 FESTSCHRIFT 50 JAHRE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 827 (Peter Badura & Horst Dreier eds., 2001).

<sup>13</sup> მსგავსი მცდელობის შესახებ იხ. Hans Michael Heinig, DER SOZIALSTAAT IM DIENST DER FREIHEIT (2008).

წარმოადგენდა.<sup>14</sup> XIX საუკუნის ბოლოს კეთილდღეობის სახელმწიფომ კონსტიტუციური სამართლისგან დამოუკიდებლად ახალი დინამიკა შეიძინა.<sup>15</sup> მთელ რიგ ევროპის ქვეყნებში კეთილდღეობის სახელმწიფო კონსტიტუციური საფუძვლის გარეშე მოქმედებს, რასაც სოციალური კეთილდღეობის სისტემის ჩამოყალიბებისათვის არ შეუშლია ხელი.<sup>16</sup> ბუნებრივია, იბადება კითხვა, მაშინ რა აზრი ძევს კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის მსგავსი შეზღუდული რეგულირების მასშტაბით არსებობაში? უფრო მეტიც, რას მატებს იგი ისეთ აღმატებულ პრინციპებს, როგორებიცაა დემოკრატია, სამართლებრივი სახელმწიფო, რესპუბლიკანიზმი და ფედერალიზმი?

### III. სოციალური სახელმწიფოს პრინციპი და კულტურული თეორია

ამ ასპექტში, უპრიანი იქნება, გადავინაცვლოთ დოქტრინალური პერსპექტივიდან თეორიაზე. თუ ძირითადი კანონის 79-ე მუხლის მე-3 პუნქტით განმტკიცებული კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპი გამორჩეულ ადგილს არ იკავებს სამართლებრივ დოქტრინაში, მაშინ ლოგიკური იქნება მისი „რეალური“ მნიშვნელობა სამართლებრივი დოქტრინის მკაცრი ფარგლების მიღმა ვეძიოთ. სამართლებრივი ნორმის მნიშვნელობის გარკვევა მისი დოქტრინალური ფუნქციის მიღმა, გულისხმობს იმას, რომ სამართალი არ შეიძლება დაყვანილ იქნას სამართლებრივი პრაქტიკის ტექნიკურ ინსტრუქციებამდე. პირიქით, სამართლის იმანენტური მახასიათებელი, სწორედ მისი განვრცობა და გაფართოებაა. კულტურული თეორიის გადმოსახედიდან, სამართალი ჩვენი კულტურული თვითაღქმის ნაწილია. „სამართალი... მნიშვნელობათა და სიმბოლოთა ის ქსოვილია, რომელშიც ადამიანია ჩაქსოვილი“.<sup>17</sup> ერნესტ კასირერს (Ernst Cassirer) თუ დავესხებოთ, სამართალი ერთგვარი სიმბოლური ფორმაა, რომელშიც თავისებურად თავ-

<sup>14</sup> იხ. MICHAEL STILLEIS, GESHICHTE DES SOZIALRECHTS IN DEUTSCHLAND 23-24 (2003).

<sup>15</sup> იხ. იქვე, 36-100.

<sup>16</sup> იხ. TONY JUDT, POSTWAR, 73 (2005); EBERHARD EICHENHOFER, GESHICHTE DES SOZIALSTAATS IN EUROPA (2007).

<sup>17</sup> ULRICH HALTERN, EUROPARECHT UND DAS POLITISCHE 18 (2005).



მოყრილია ისტორიები და გამოცდილებები.<sup>18</sup> სამართალი ხდება აზრის გამოსახატავად მნიშვნელობის შემცველი „მეხსიერების ბარათი“. სამართალი მოიცავს თანმიმდევრულ და განგრძობად მცდელობის პროცესს ისეთ კითხვებზე პასუხის გასაცემად როგორცაა, მაგალითად, თუ როგორ უნდა ვიცხოვროთ, როგორ გვსურს ჩვენი საზოგადოების მონყობა და რა ღირებულებებმა უნდა წარმართოს ჩვენი ცხოვრება? როგორც კულტურის ფორმა, სამართალი წარმოადგენს კომპლექსურ, დინამიკურ/სტატიკურ კომპონენტს, რომელიც გადაჯაჭვულია ადამიანის ცნობიერებასთან. თუმცა, ამავდროულად, სამართლისათვის ნიშანდობლივია საზოგადოებისაგან დამოუკიდებელი, ავტონომიური არსებობა, რომელიც მარტივად, ცნობიერების ცვალებადობასთან ერთად შეცვლას არ ექვემდებარება.

თუ კულტურულმა თეორიამ უნდა შეცვალოს კონსტიტუციური სამართალი, მაშინ, უნდა მოვიხმოთ „პოლიტიკის“ დელიკატური კატეგორია, იმ სამართლებრივი დიაპაზონის გამოსაკვეთად, რომელიც სცდება ტექნიკურ ნორმებს. კონსტიტუციურ სამართალსა და პოლიტიკურ ხედვას შორის არსებული სირთულე ვლინდება ფორმირების პროცესში. კულტურულ-თეორიული ანალიზი ყველაზე უკეთ გვიჩვენებს ამ პროცესის პოლიტიკურ და სამართლებრივ დინამიკას. ამ სახის ფორმირება არა მარტო სამართლის პოზიტივიზმითა და პოლიტიზირებით არის გამონვეული, არამედ, ასევე, თანამედროვე საზოგადოებაში კონსტიტუციის განსაკუთრებული ფუნქციის შედეგია (სახელდობრ, პოლიტიკური და სამართლებრივი სისტემების სტრუქტურული დანყვილება).<sup>19</sup>

ამ გაგებით, სამართალი, ასევე, შესაძლებელია, აღქმულ იქნას, როგორც „პოლიტიკური წარმოსახვა“, როგორც სოციალურ სფეროში კონკრეტული პოლიტიკური ხედვის სიმბოლური რეალ-

<sup>18</sup> იხ. ERNST CASSIRER, VERSUCH ÜBER DEN MENSCHEN (1944). აღსანიშნავია, რომ კასიერი თვითონ არ მიიჩნევდა სამართალს, როგორც სიმბოლურ ფორმას, თუმცა მას მიზნად არ ჰქონია, რომ მისი სიმბოლური ფორმების სია, რომელიც მოიცავდა რელიგიას და მითის ანალიზს, ენას, ხელოვნებას, ისტორიას და ა.შ., ყოფილიყო ამომწურავი.

<sup>19</sup> NIKLAS LUHMANN, DAS RECHT DER GESELLSCHAFT 470 (1997); Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, 9 RECHTSHISTORISCHES JOURNAL 176 (1990).

იზება და ჩვენი იდენტობის პოლიტიკური და კოლექტიური იდენტობის სახით წარმოჩენა.<sup>20</sup> ამგვარმა უკიდურესობამ, შესაძლოა, გამოიწვიოს ისეთივე დაახლოება და გაუცხოება, როგორც ეს მეგობრობისა და მტრობისთვისაა დამახასიათებელი.

კულტურული თეორია წარმოგვიდგენს ისტორიისა და პოლიტიკური იდეების სფეროს, რომელიც წმინდა დოქტრინალური თვალსაზრისით უგულებელყოფილი უნდა იქნას, რადგან ორივე მათგანი გავლენას ახდენს, კომპლექსური ურთიერთობის წარმოსახვაზე.<sup>21</sup>

კულტურული თეორია ორ ფაქტორს გვთავაზობს, რომელსაც წმინდა დოქტრინალური ხედვა უნდა უგულებელყოფდეს, კერძოდ, ისტორიასა და პოლიტიკური იდეების სფეროს. ისინი გავლენას ახდენს კომპლექსურ ურთიერთობებზე.<sup>22</sup>

ურთიერთსაწინააღმდეგო პოლიტიკური იდეების ფონზე, კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის მიზნისა და არსის მადიებელთათვის უნდა ითქვას, რომ პოლიტიკის სფეროში გაერთიანებისა და გამოყოფის მეთოდები ასრულებენ ფორმირების ფუნქციას. პრინციპი განსაზღვრავს პოლიტიკის ფარგლებს. ამ ფარგლების გადაცდენისას პოლიტიკური ანტაგონიზმი ბატონობს, მის ფარგლებში კი, პოლიტიკური შეჯიბრებით გაუტყხელი რესპუბლიკური მეგობრობა მეფობს. სახელმწიფოს მოვალეობაა გაატაროს სოციალური კეთილდღეობის უზრუნველსაყ-

---

<sup>20</sup> ეს მხოლოდ სამართლის პერსპექტივაა განსაკუთრებით კი, კონსტიტუციური სამართლის. სამართალი, როგორც კულტურული ფენომენი არ წარმოადგენს უბრალოდ პოლიტიკის წარმოსახვას, როგორც მაგალითად, სამოქალაქო სამართალი და სავაჭრო სამართალი. ასევე, იგი ჩვენს შეხედულებებს აყალიბებს აზროვნებით, ინსტიტუციურ ერთიანობაში (ზოგადად, ეკონომიის სახით მოხსენიებული) და თავის მხრივ, ამ ერთიანობითაა ფორმირებული.

<sup>21</sup> საკმარისი ემპირიული საფუძვლები არსებობს, რათა ასეთი უკიდურესი ფორმულირებით არ მოხდეს პოლიტიკური სფეროს პოტენციალის უარყოფა. იგი უნდა გაანალიზდეს გენეზისისა და შედეგის მიხედვით. სხვა მხრივ, ნორმატიულ წარჩოში უნდა მოექცეს არსებული პოტენციალი, მაგალითად, გარკვეული დემოკრატიული პროცედურების გამართლებით. წპოლიტიკური სფეროსადმი რეალისტური მიდგომის გარეშე, სისტემატურმა არასწორმა შეფასებამ შესაძლოა გამოიწვიოს ნორმატიული პოსტულატების თავიდან აცილება, რომლის მიზნებს პოლიტიკური სფეროს დამანგრეველი ძალის განეიტრალება წარმოადგენს.

<sup>22</sup> შეხედულებებზე, პოლიტიკური თეორიის გავლენის შესახებ იხ. CHARLES TAYLOR, MODERN SOCIAL IMAGINARES 23 (2004).

ოფად აუცილებელი ღონისძიებები, რაც თავის მხრივ, მოიცავს პოლიტიკურ აქტივობებსაც, თუმცა, პოლიტიკურად კონფლიქტში მყოფი ფორმების გამოყენება, გამორიცხულია. ამ გაგებით, კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპი დაკავშირებულია XIX-XX საუკუნეებში მიმდინარე იდეოლოგიური ბრძოლის ქარცეცხლთან, რომელიც თავის მხრივ, პოლიტიკურ სამკუთხედშია მოქცეული. კერძოდ, ამ სამკუთხედის წახნაგებია: პირველი, ბაზარსა და ინდივიდზე დაფუძნებული ლიბერალიზმი, მეორე, კულტურული თვალსაზრისით, კრიტიკული, განახლებაზე ორიენტირებული კონსერვატიზმი და მესამე, რევოლუციური სოციალიზმი. კონსტიტუციაში კეთილდღეობის სახელმწიფოზე მითითება გამორიცხავს, მანჩესტერული ლიბერალიზმის სახით ბაზარზე ორიენტირებული თვითმმართველობის სოციალური მოდელების არსებობას. ეს არის სამართლიანობის იდეალის უარყოფა, როგორც შეუზღუდავი, მოდავე ძალების შედეგი, რომელიც „უხილავი ხელის“ მიერაა ერთმანეთთან ჰარმონიულად შერწყმული. კონსტიტუციით განმტკიცებული კეთილდღეობის სახელმწიფო, ასევე, მოიცავს მარქსისტული იდეების უარყოფასაც, რომელიც ძირითადად ეხება საკუთრების პირველადი გადანაწილების რადიკალურად განსხვავებული ახალი სოციალური წესრიგის შექმნას. უფრო მეტიც, იგი უარყოფს ერთი მხრივ, კონსერვატიულ, ხოლო მეორე მხრივ, კორპორატიულ, აგრარული საზოგადოების პატრიარქალურ ფორმებში დაბრუნების რომანტიულ იდეალს.

სწორედ გაურკვეველი კონტურების გამო, კეთილდღეობის სახელმწიფო პრინციპისთვის დამახასიათებელია არა მარტო საგამონაკლისო წესები, არამედ დამატებითი შინაარსობრივი კომპონენტებიც. ამის ფონზე პოლიტიკურ ფილოსოფიაში არაერთი გამამართლებელი ნორმატიული მოდელი იკვეთება. ერთმანეთისაგან განასხვავებენ იდეალური სოციალური სახელმწიფოს ოთხ სახეს: ჰობსისეულ საარსებო საშუალების მოდელს, რუსოსეულ ეგალიტარულ და დემოკრატიულ მოდელს, ნეო-არისტოტელესეული თემის მოდელსა და კანტის თავისუფლების მოდელს.<sup>23</sup>

სალი აზრი მოითხოვს, რომ არსებული ეთიკური კონფლიქტის ფარგლებში, არჩევანი გაკეთდეს კეთილდღეობის სახ-

---

<sup>23</sup> Hans Michael Heinig, Zur Normativität des Sozialstaates, in *NORMATIVITÄT UND RECHTSKRITIK* 138 (Jochen Bund, Brian Valerius & Sascha Ziemann eds., 2007).

ელმნიფოს ლიბერალურ მოდელზე. საარსებო საშუალებებზე ორიენტირებული ჰობსისეული მოდელი ვერ პასუხობს თანამედროვე კეთილდღეობის სახელმნიფოს მოთხოვებს, ხოლო მისი მინიმალური სტანდარტის დაცვის მოთხოვნა უპასუხოდ ტოვებს კითხვებს სოციალურ სამართლიანობაზე. რუსოს ეგალიტარული მოდელი ფინანსური საჭიროების მიუხედავად ეყრდნობა ყველა მოქალაქისათვის უპირობო ძირითადი სამოქალაქო შემოსავლის პოსტულატს.<sup>24</sup> ზემოხსენებული მოდელებისათვის დამახასიათებელია ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის მნიშვნელობის არასწორი შეფასება, რომელიც წითელ ზოლად გასდევს ინდივიდუალური ეკონომიკური და პოლიტიკური ავტონომიის პოსტულატს, კოლექტივიზაციისაგან თავისუფალ პირობებშიც კი. ნეო-არისტოტელესეულმა სოციალური სახელმნიფოს გამართლებამ, ხშირ შემთხვევაში, ყურადღების მიღმა დატოვა პლურალისტური ინტერესები. ეს ყოველივე განპირობებულია იმ გარემოებით, რომ სათანადოდ არაა შეფასებული თანამედროვე საზოგადოებათა კულტურული დინამიზმი,<sup>25</sup> ან იმით, რომ გადაჭარბებულადაა აღქმული სახელმნიფოს მიერ სოციალური კეთილდღეობის საქმიანობასთან დაკავშირებული მოთხოვნა და უგულებელყოფილია ქმედებათა განმეორებითობა.<sup>26</sup> დაბოლოს, სოციალური სახელმნიფოს შეხახებ არსებული ეგალიტარული კონცეფცია, შეფასების გარეშე ტოვებს თავისუფლების უპირატესობას (ფესვგადგმულს თანაბარი თავისუფლების კონცეფციიდან) იმ რადიკალურ მოთხოვნებთან შედარებით, რომლებიც სოციალური იერარქიის გათანაბრებისკენ არის მიმართული. სოციალური სახელმნიფოს ლიბერალური, სოციალურ-ფილოსოფიური გამართლების საფუძველი „თანასწორობის“ ნაცვლად უნდა იყოს თავისუფლების რეალიზების შესაძლებლობა, ხოლო სამართლიანი გადანაწილების ნაცვლად სამართლიანი შესაძლებლობა. ეს მოსაზრება კანტისმიერაა ჩამოყალიბებული და მის სანინაღმდეგოდ მიმართული.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> იხ. HEINIG, supra note 11, 151-70.

<sup>25</sup> ეს საფრთხე დამახასიათებელია სოციალური სახელმნიფოს კომუნიტარული გაგებისთვის.

<sup>26</sup> მაგალითად, იხ. Martha C. Nussbaum, Der aristotelische Sozialdemokratismus, in GERECHTIGKEIT ODER DAS GUTE LEBEN 24 (1998).

<sup>27</sup> იხ. HEINIG, supra note 11, 110.

ზემოთ განვითარებული სამართლებრივი და ტექსტობრივი ბუნდოვანება ცხადყოფს, რომ რთულია კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის ზუსტი ადგილის განსაზღვრა ძირითად კანონში. თუმცა, იგი საზოგადოების ეკონომიკურ და სამართლებრივ წესრიგში არსებულ ორმაგ სტრატეგიას შორის გაჩაღებულ დიდ იდეოლოგიურ ბრძოლას აჩერებს. იგი გამორიცხავს გარკვეული სახის მტკიცებებს იმის თაობაზე, თუ რა არის „სოციალურ-პოლიტიკურად წარმოსახვითი“, რადგან ბუნდოვანი ფორმულირების საშუალებით ახდენს ურთიერთსაწინააღმდეგო და მრავალმხრივი შეხედულებების გაერთიანებას.

ძირითადი კანონის განმმართველნი არ უარყოფენ კონკურირებად სოციალურ მოდელებს შორის არსებულ სირთულეს. ძირითადი კანონის დამკვიდრებული განმარტების მიხედვით, ინდივიდუალური თავისუფლება არა მარტო კონსტიტუციის საფუძველია, არამედ რადიკალურად ცვლის ადამიანის ძირითადი უფლებების შესახებ XIX საუკუნის კლასიკურ-ლიბერალურ თეორიას. თავისუფლების კონცეფცია, რომელიც, ასევე, მოიცავს ძირითადი უფლებების დოქტრინას, იდენტობისათვის გამართულ დრამატულ ბრძოლაში სიმძიმის ცენტრად იქცევა. თავის მხრივ, იდენტობისათვის დრამატული ბრძოლა გულისხმობს გერმანული ყაიდის „პოლიტიკის წარმოსახვის“ შესაბამის პოლიტიკურ და თეორიულ იერსახეში გამოსახვას. ეს დრამატული სცენა ვითარდება, *inter alia*, კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის „დირიჟორობით“. გერმანიის ძირითადი უფლებების დოქტრინაში, ძირითადი უფლებების კლასიკურ გაგებას ემატება ძირითადი უფლებების დამატებითი განზომილება, ნეგატიური უფლებები, როგორც თავისუფლების მატარებელი მოქალაქეების ბრძოლა თავისუფლების შემოჭავი სახელმწიფოს წინააღმდეგ, ძირითადი უფლებები, როგორც ღირებულებათა ობიექტური წესრიგი, როგორც სახელმწიფოს ვალდებულებები დაიცვას საკუთარი მოქალაქეები და როგორც სახელმწიფოს მიერ ფორმირებული საზოგადოების თანამონაწილეობითი უფლებები. ეს მიდგომა საეჭვოს ხდის სახელმწიფოსა და საზოგადოებას შორის გავლებული წყალგამყოფის შესახებ არსებულ თეორიას, რაც ლიბერალური კონსტიტუციური მსჯელობის შემადგენელი ნაწილია.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Konrad Hesse, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in RECHTS-

ძირითადი უფლებები გარკვეულწილად განიცდის ცვლილებას. სახელმწიფოს ჩარევისგან დაცვის მიზნით, წარმოიშობა უფლება და სახელმწიფოს ვალდებულება გაატაროს ღონისძიებები იმ შემთხვევაშიც კი, თუ უფლებით მოსარგებლე პირი ამის წინააღმდეგია და ამის აუცილებლობა არსებობს.

ზემოაღნიშნული მოსაზრების განვითარების საფუძველი მდგომარეობს, შემდეგში: (1) სპეციალური ანთროპოლოგია, რომელიც წარმოიშობა ადამიანის ღირსებიდან როგორც, *inter alia*, თავისუფლების იდეის ერთგვარი შესწორებაა<sup>29</sup> და რომელიც მოცემულია კონსტიტუციის განმარტებაში და (2) პოსტ-ლიბერტარული თვითაღქმა, რომელიც ეფუძნება საყოველთაო კეთილდღეობის სახელმწიფოს იდეას. ამდენად, ორივე კონცეფცია ერთ სიბრტყეში ექცევა. ჰპირველი მოსაზრების მიხედვით, ძირითად კანონს აქვს ადამიანის, როგორც ანტი-ლიბერტარული, ისე ანტი-სოციალისტური გაგება. „ძირითადი კანონის მიერ ადამიანის თავისუფლების აღიარება, არ ნიშნავს მის სოციალურ კავშირს საზოგადოებასთან“.<sup>30</sup> მეორე მოსაზრების მიხედვით, სახელმწიფო მოქმედი კეთილდღეობის სახელმწიფოს სახითაა წარმოდგენილი – „სახელმწიფო გეგმავს, ავრცელებს და აყალიბებს პირობებს, რომლებიც შესაძლებელს ხდის ინდივიდუალურ და სოციალურ ცხოვრებას.“<sup>31</sup> ძირითადი უფლებების ზოგადი დოქტრინის, ადამიანის ღირსებისა და სოციალური სახელმწიფოს პრინციპის უერთიერთქმედება ქმნის ადამიანის კონცეპტუალიზაციას.

---

STAATLICHKEIT UND SOZIALSTAATLICHKEIT 556, 567, 575 (Ernst Forstthoff ed., 1968); Dieter Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise der Rechtsstaats*, in *DIE ZUKUNFT DER VERFASSUNG* 159, 170 (2ed ed., 1994). სრულად იხ. Christoph Möllers, *STAAT ALS ARGUMENT* 233, 297 (2000).

<sup>29</sup> იხილეთ, ე.წ. საქმე “dwarf tossing“: Bundesverwaltungsgericht [BVerwG] [Federal Administrative Court] 15 Dec., 1981, 64 *ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS* 274 (Ger.); Administrative Court Neustadt, NVwZ 1993 98. On the overall issue, see generally – H. DREIER, in 1 *GRUNDGESETZ* 151 (2ed ed., 2004). Art. 1, margin nos. 151.

<sup>30</sup> იხ. Pitschas, *supra*, note 10, 827; ასევე, იხ. Bundesverwaltungsgericht [BVerwG] [Federal Administrative Court] 3 Dec., 1969, 57 *ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS* 253, 283 (Ger.). კონსტიტუცია თავისუფალ ადამიანს სახელმწიფოებრივი წესრიგის ცენტრში აყენებს, რათა მოხდეს საზოგადოებაში მისი პიროვნული განვითარება.

<sup>31</sup> Hesse, *supra* note 26, 566.

ეს უკანასკნელი ხელს უწყობს სამართლებრივი, პოლიტიკური და სხვა სოციალური სფეროების ფორმირებას. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ეს ურთიერთქმედება ქმნის გერმანულ წარმოდგენებს პოლიტიკაზე.

#### **IV. კეთილდღეობის სახელმწიფოს პოლიტიკური და თეოლოგიური ასპექტი**

კეთილდღეობის სახელმწიფოს პოლიტიკური არსის გაანალიზება შესაძლებელია პოლიტიკურ-თეოლოგიური შინაარსიდან გამომდინარე, მისი ცვალებადი ფორმებით, რელიგიის გავლენით და რელიგიური კონცეფციის შემცველი არქეტიპებით ან თეოლოგიის სამართლიანი სპეკულაციით. გამომდინარე იქიდან, რომ საკითხის დეტალური განხილვა ამ სტატიის ფარგლებს სცდება, ყურადღება მხოლოდ იმ ფაქტზე გამახვილდება, რომ „პოლიტიკური თეოლოგიის“ ეს სახე უადრესად იმედის მომცემია კეთილდღეობის სახელმწიფოსა და მასთან დაკავშირებულ „ძლიერ წარმოდგენებთან“ მიმართებაში. როგორც ჰუმანისტური და სოციალისტური, ისე ქრისტიანული მეტანარატივები, შეთანხმების ერთ ნერტილს აღწევს კეთილდღეობის სახელმწიფოს აზრობრივ, ინსტიტუციურ შემადგენლობასთან დაკავშირებით. სოციალური სახელმწიფო (Sozialstaat) წარმოადგენს იმის თვალსაჩინო მაგალითს, თუ როგორ არის სეკულარული სახელმწიფოს ფენომენი გენეოლოგიური და არქიტექტურული თვალსაზრისით ალბეჟდილი რელიგიურ მოსაზრებებსა და არსებობის მიზანში.<sup>32</sup> მაგალითად, მნიშვნელოვან როლს თამაშობს შეწყალების გადამრჩენი პარადიგმა, ქრისტიანული გადარჩენის მისია, „ადამიანის ღირსების“ მითიურ-თეოლოგიური პოტენციალი და „სიცოცხლის სინმიდე“, ისევე, როგორც ღვთის მამობრივი ხასიათია, რომელიც მეტაფორულად გამოხატულებას ჰპოვებს კეთილდღეობის სახელმწიფოსთვის დამახასიათებელ მამობრივ მზრუნველობასა და

---

<sup>32</sup> იხ. Hans Wolfgang Stätz & Hermann Zabel, Säkularisation/Säkularisierung, in 5 GESCHICHTLICHE GRUNDBEGRIFFE 789 (Otto Brunner, Werner Conze & Reinhart Koselleck eds., 1984); Hans Michael Heinig, Säkularisierung/Säkularisation, in Ev. Sozalexikon column 1363 (2003).

საკვებით უზრუნველყოფაში.<sup>33</sup>

## V. კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის პოლიტიკური იერსახე: საგამონაკლისო შემთხვევა?

ლიბერალიზმისა და ამერიკული პოლიტიკური შეხედულებების გარდაქმნის შესახებ პაულ ვ. ქანის (Paul W. Kahn) კრიტიკას თუ დავეყრდნობით,<sup>34</sup> სასურველია, რომ გერმანული კეთილდღეობის სახელმწიფოს მოდელი, (რომელზეც შეიძლება ითქვას, ევროპული), დავინახოთ, როგორც ამერიკული პროგრამის ჩანაცვლების ანტიგარესიული ალტერნატივა. ქანის მიდგომით, პოლიტიკური ლიბერალიზმის წინააღმდეგ გამოყენებულ უნდა იქნას მსხვერპლშენიშვა და სიყვარული,<sup>35</sup> რომლებიც კეთილდღეობის სახელმწიფოს მოდელის ორ ცენტრალურ პოლიტიკურ ელემენტს წარმოადგენს. თავის მხრივ, გერმანული მოდელი საბოლოო მნიშვნელობას აყალიბებს, რომელიც 1950-1989 წლების პერიოდის დასავლეთ გერმანიის ისტორიის აზროვნებაში იკვეთება. შრომისა და კაპიტალის რაინის კაპიტალისტურ წყობაში მოქცევა და საზოგადოების საშუალო კლასის გათანაბრების დაპირება მთელი ქვეყნის მაიდენტიფიცირებელ მახასიათებლად იქცა.<sup>36</sup> „სოციალური საბაზრო ეკონომიკა“ საზოგადოებას სამართლიანობასა და პროგრესს ჰპირდებოდა („კეთილდღეობა ყველას“).<sup>37</sup> აღნიშნულმა ჩანაცვლა ეროვნული სოციალიზმის მიერ დაგმობილი ეროვნული შოვინიზმი, რომელსაც ადგილი ჰქონდა კოლექტიური იდენტობის შექმნის ურთიერდაკავშირებულ პროცესში. პაციფისტური ხასიათის საშინაო სოციალური პოლიტიკა წარმოადგენდა საგარეო პოლიტიკის თვითბოჭვისა და თანამშრომლობის შესახებ მიდგომების ერთგვარ ანარეკლს (დასავლეთში ინტეგრაცია ნატოსა და ევროკავშირის მეშვეობით). მსხვერპლშენიშვა წარ-

<sup>33</sup> Joachim von Soosten, *Neubau der Sittlichkeit*, in *MENSCHENWÜRDE IN DER SÄKULAREN VERFASSUNGSORDNUNG 297* (Petra Bahr & Hans Michael Heinig eds., 2006).

<sup>34</sup> PAUL W. KAHN, *PUTTING LIBERALISM IN ITS PLACE* (2005).

<sup>35</sup> იხ. იქვე, 143.

<sup>36</sup> HELMUT SCHELSKY, *AUF DER SUCHE NACH DER WIRKLICHKEIT* 311 (1965).

<sup>37</sup> LUDWIG ERHARD, *WOHLSTAND FÜR ALLE!* (1957).



მოადგენდა არა ომის, მათ შორის, სამოქალაქო ომის შედეგს, არამედ მან მიძიმე გადასახადების დატვირთვა შეიძინა, რომელიც გამოიყენებოდა ფართო გადანაწილების სისტემისა და თანაბარი საარსებო პირობების შექმნის უზრუნველმყოფი სოციალური სისტემის დასაფინანსებლად. ბრძოლის ველსა და ურბანულ საბრძოლო მოქმედებებში სისხლის ღვრის ნაცვლად, სისხლი საჯარო საავადმყოფოების საოპერაციოებში იღვრებოდა, რომლებიც ყველასთვის ხელმისაწვდომი იყო, მიუხედავად შემოსავლისა. მსგავსი შეხედულებების გადმოდინება, დიდი ალბათობით, გამოინვევდა გარკვეულ პოლიტიკურ წარმონაქმნებთან ძლიერ კავშირსა და მათთან იდენტიფიცირებას. ეს შეხედულება გასცდა დიფუზიური ინტერესების რაციონალურ აღრიცხვას და შეიძინა ტრადიციული ევროპული სახე სიყვარულისა, ქველმოქმედებისა და საზოგადოებრივი სოლიდარობისა, რომელშიც ინდივიდი, როგორც დამოუკიდებელი არსება, უკვალოდ გაქრა.

სიფრთხილის გამოჩენა საჭირო გერმანული (ეფუძნება მშვიდობიან სოლიდარობას) და ამერიკული (აგრესიული, მეომარი) პოლიტიკური შეხედულებების შედარებისას, რომ გაზვიადებულად არ იქნას აღქმული რომელიმე მათგანი. ისეთი გოლიათი, როგორც კეთილდღეობის სახელმწიფოა, ვერ გარდაიქმნება ოთახის ფინიად, რადგან იგი ინარჩუნებს თავის გენეტიკურ პოტენციალს განიცადოს მუტაცია და გადაიქცეს ურჩხულად. შესაბამისად, ამ სისტემის კრიტიკოსთა სია გრძელა. მაგალითად, იურგენ ჰაბერმასი (Jürgen Habermas) მას განიხილავს, როგორც „მსოფლიო კოლონიზაციის“ უფრო ფართოდ განვითარების ნაწილს.<sup>38</sup> იგი არაერთგზის მოითხოვდა მამობრივი და ბიუროკრატიული არსებობის შემცველი დებულებების გაუქმებას, რომელიც კლასობრივი ბრძოლის ალაგმვას ემსახურება.<sup>39</sup> ბოლო პერიოდში, მან სამართლის ფილოსოფიაში კვლავ გააკრიტიკა კეთილდღეობის სახელმწიფო, განავითარა რა სამართლის პროცედურული კონცეფცია,<sup>40</sup> რომელსაც საზოგადოების მხრიდან სკეპტიციზმი

<sup>38</sup> გერმანულად “Lebenswelt“ ნიშნავს სამყაროს, როგორც ნაცხოვრებს (as lived). იხ. JÜRGEN HABERMAS, 2 THEORIE DES KOMMUNIKATIVEN HANDELNS 510 (1988).

<sup>39</sup> JÜRGEN HABERMAS, DIE NEUE UNOBERSICHTLICHKEIT 141 (1985).

<sup>40</sup> JÜRGEN HABERMAS, FAKTIZITÄT UND GELTUNG 470 (1992).

ხვდა წილად.<sup>41</sup>

ამდენად, მოცემულ კონტექსტში უფრო სასარგებლო იქნება, მოკლედ, თუ შევეხებით მიშელ ფოკაულტის (Michel Foucault) ანალიტიკურ მოსაზრებებს კეთილდღეობის სახელმწიფოს უფლებამოსილების განხორციელებასთან დაკავშირებით. ფოკაულტის ანალიზის თანახმად, კეთილდღეობის სახელმწიფო დაკავშირებულია მოსახლეობისა და ბიოპოლიტიკის ხანგრძლივ ტრადიციასთან, რომელიც არ შეიძლება მარტივი მივიწყებულ იქნეს ნეომარქსისტული ან ლიბერალური მყისიერი რეაგირების გამო.<sup>42</sup>

კეთილდღეობის სახელმწიფოს პრინციპის შესახებ გაკეთებულ რჩეულ კომენტარებში, ხაზგასმულია ლიბერალური სოციალური სახელმწიფოს მიერ XVII-XVIII საუკუნეების კეთილდღეობის სახელმწიფოდან რადიკალურ გადახვევაზე.<sup>43</sup> ფოკაულტი კეთილდღეობის სახელმწიფოს გენეალოგიის შესახებ გამოთქვამს მოსაზრებას, რომ თანამედროვე სოციალური სახელმწიფო სტრუქტურულად და არა პროგრამულად ეფუძნება XVI-XIX საუკუნეებში განვითარებულ მოვლენებს.<sup>44</sup> ჯანმრთელობის უფლების შესახებ პოსტულატი – XX საუკუნის ცენტრალური სოციალურ-პოლიტიკური მოთხოვნა ხშირად განიხილავდა ჯანმრთელობას, დაავადებასა და სხეულს პოლიტიკისა და სოციალიზაციის ქრილში, რაც დაკავშირებული იყო XVI საუკუნის ბოლოსათვის განხორციელებულ ეპისტემიკურ ცვლილებებთან. ფოკაულტის მოსაზრებით, მხოლოდ საზოგადოების სამედიცინო კვლევის შემდგომ იქცა „სხეული“ ერთგვარ სახელმწიფო ინტერვენციის სამიზნედ. ამდენად, სავადმყოფო, რომელიც წარმოადგენდა სიკვდილის მომასწავლებელ ადგილს, ტრანსფორმირება განიცადა და იქცა განსაკურნებელ ადგილად, ხოლო სახელმწიფო მედიცინის ჩამ-

<sup>41</sup> იხ. Niklas Luhmann, *Quod omnes tangit*, 12 RECHTSHISTORISCHES JOURNAL 36 (1993); see also Jürgen Habermas, *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, in *DIE EINBEZIEHUNG DES ANDEREN* 309 (1999).

<sup>42</sup> MICHEL FOUCAULT, 3 DITS ET ECRITS: SCHRIFTEN 19, 54, 272, 644, 769 (2003).

<sup>43</sup> Rolf Gröschner, in *GRUNDGESETZ Art. 20* (“Sozialstaat”), margin no. 4 (Horst Dreier ed., 1st ed. 1998). But see STOLLEIS, *supra* note 12; Christoph Enders, *Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge*, 64 *VEROFFENTLICHUNGEN DER VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER* 7, 17 (2005). მითითება ფარულ უწყვეტობაზე.

<sup>44</sup> FOUCAULT, *supra* note 40, 19.

ოყალიბებით, სამედიცინო პრაქტიკა უაღრესად გავლენიან ინდუსტრიად დამკვიდრდა.<sup>45</sup> ამ კონტექსტში, ფოკაულტი ფიხტეს (Fichte) დახურულ სავაჭრო სახელმწიფოზე მითითებით საუბრობს „ღია, ხელმისაწვდომ სამედიცინო სახელმწიფოზე“.<sup>46</sup> ფოკაულტი ხაზს უსვამს სხეულის გაზრდილ ღირებულებას, რაც ტექნიკური (სამხედრო) მიღწევების დამსახურებაა. მედიცინის პოლიტიკურ-ეკონომიკურ პრიზმაში, იგი გვაჩვენებს თუ რამდენად დიდი მოტივაციაა სხეულის გაზრდილი ღირებულება მედიცინისთვის და თუ როგორი მამოძრავებელი ძალაა ინდივიდების გადამზადება.<sup>47</sup> ის უზრუნდება მედიცინის მთავარ სფეროს – დაავადებას. ამგვარად, გერმანიაში ჯანმრთელობის ადმინისტრირება სახელმწიფო მედიცინის სახეს იძენს; საფრანგეთში – ურბანული მედიცინა ორიენტირებულია გარემოს ინტერვენციასა და ინფრასტრუქტურულ პოლიტიკაზე; ინგლისში – მედიცინა მშრომელთა სფეროა და აგრესიული პოლიტიკა ხორციელდება გაჭირვებულთათვის სამედიცინო დახმარების, საყოველთაო ჯანმრთელობის ზედამხედველობისა და კერძო მკურნალობის უზრუნველსაყოფად.<sup>48</sup> წარმოდგენილი ციტირებები საკმარისია იმის საჩვენებლად, რომ კეთილდღეობის სახელმწიფოში არ არარსებობს გარანტიები პოლიტიკური სფეროსათვის დამახასიათებელი ექსცესების თავიდან ასაცილებლად. კეთილდღეობის სახელმწიფოს სულისკვეთებით შთაგონებული პოლიტიკური შეხედულებები არ წარმოადგენს ყველა პრობლემის გადაჭრის გზას.

გერმანიის კეთილდღეობის სახელმწიფოს ისტორიის სამი გარდამტეხი მომენტისთვის ერთი თვალის შევლელა საკმარისია იმის შესამჩნევად, რომ სოციალური სახელმწიფოს პროექტიდან აღმოცენებული პოლიტიკური შეხედულების გამიჯვნა ერი-სახელმწიფოს კლასიკური შეხედულებისგან, არ არის მარტივი. უპირველეს ყოვლისა, გერმანიაში კეთილდღეობის სახელმწიფო წარმოიშვა, როგორც სოციალური უზრუნველყოფის სახელმწიფოს პოლიტიზებული პროექტი, იმ მიზნით, რომ განეიტრალებულიყო მუშათა მოსალოდნელი მოძრაობა. ის იყო ერთგვარი

---

<sup>45</sup> იქვე, 644.

<sup>46</sup> იქვე, 54.

<sup>47</sup> იქვე, 650.

<sup>48</sup> იქვე, 272.

საპასუხო რეაქცია 1871 წელს დაარსებული გერმანიის იმპერიის ლეგიტიმაციისათვის. ამ „ჩამორჩენილ ერს“<sup>49</sup> მხრებზე ტვირთად ედო 1848-49 წლების წარუმატებელი სამოქალაქო რევოლუცია და განიცდიდა დემოკრატიული ლეგიტიმიზაციის დეფიციტს. მეორეც, გერმანული კეთილდღეობის სახელმწიფო საკმაოდ მნიშვნელოვანად გაფარდოვდა პირველი მსოფლიო ომის დროს.<sup>50</sup> თავის მხრივ, ეროვნულმა სოციალიზმმაც გააგრძელა ეს პროცესი მიუხედავად დისკრიმინაციული რასისტული პოლიტიკისა. ისტორიკოსი გოც ალი (Götz Aly) დიდი სიფრთხილით საუბრობს თავის ცნობილ ნაშრომში – „ჰიტლერის ხალხის სახელმწიფო“ (გერმანულად – Hitlers Volksstaat, ინგლისურად – Hitler’s People’s State), – სოციალური კეთილდღეობის უზრუნველყოფასთან დაკავშირებულ დიქტატურაზე, როცა მოსახლეობის თანხმობა მოსყიდული იყო, განსაკუთრებით ომის პირველ წლებში, მათ შორის კი, სოციალურ-პოლიტიკური პრივილეგიებით.<sup>51</sup> გერმანიაში მომხდარი მესამე გარდამტეხი მომენტი მდგომარეობდა იმაში, რომ, დასავლეთ გერმანიის პოლიტიკური შეხედულებების პოსტეროვნული სტატუსი ეფუძნებოდა კეთილდღეობის სახელმწიფოს. ეს კავშირი უფრო მეტად გამოიკვეთა 1989-90-იან წლებში, როდესაც კეთილდღეობის სახელმწიფოსთან მჭიდრო ბმამი მყოფი ეკონომიკური განვითარებისა და უსაფრთხოების დაპირებები გამოყენებულ იქნა გერმანიის ორი ნაწილის დაჩქარებული წესით ხელახლა გასაერთიანებლად. კეთილდღეობის სახელმწიფოს მიერ ფორმირებ-

<sup>49</sup> HELMUTH PLESSNER, DIE VERSPÄTETE NATION (3d ed. 1988).

<sup>50</sup> STOLLEIS, supra note 12, 110-23.

<sup>51</sup> GÖTZ ALY, HITLERS VOLKSSTAAT, 2005. ალი დამაბნეველად საუბრობს „სეკულარიზებულ“ ეროვნულ ნაციონალიზმზე, რომელიც გერმანიაში დაფუძნდა, რამეთუ გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკა ემხრობოდა სოციალური გადაწვანების გზით პოლიტიკურ ინტეგრაციას. რასაკვირველია, სოციალური სახელმწიფოს მართვის საშუალებები წინ უძღვის ეროვნულ სოციალიზმს და ექსკლუზიურად გერმანიისთვის არ არის დამახასიათებელი. ამდენად, სოციალურ სახელმწიფოს გავრცელების მასშტაბი და ომის მზადების ხელშეწყობა, ასევე, უნდა იქნას შესწავლილი შედარებითსამართლებრივ ჭრილში (მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული 1943 წლის ბრიტანეთში ბევერიჯის გეგმა და 1939 წლის შემდეგ ახალი კურსის ამერიკული გაგრძელება). მნიშვნელოვანია, ახალი კურსის სიღრმისეული შედარებითსამართლებრივი შესწავლა, ფაშიზმი იტალიაში და 1930-იანი წლების ეროვნული ფაშიზმი. იხ. WOLFGANG SCHIVELBUSCH, ENTFERNTEVERWANDTSCHAFT (2005).

ული დასავლეთ გერმანიის კოლექტიური იდენტობა აღმოსავლეთ გერმანიაშიც იმავე სახით გავრცელდა, რამაც მნიშვნელოვანი ბიძგი მისცა ერთიანი გერმანული იდენტობის წარმოშობას.

## VI. დასკვნა

გაერთიანებულ გერმანიაში პოსტ-ეროვნული პოლიტიკური ხედვის ჩამოყალიბებაზე გავლენა იქონია კეთილდღეობის სახელმწიფომ. წარმატების გაზომვა შესაძლებელია გერმანიაში არსებულ შეხედულებებთან შეუთავსებლობის ფონზე. 1990-იან წლებში მთავარ კრიზისზე არსებულმა ფართო დისკუსიამ მცირე გავლენა მოახდინა შეხედულების შინაარსა და ფორმაზე. რკინის ფარდის დაცემისა და გლობალური სავაჭრო ურთიერთობების გაძლიერებისა და დაჩქარების შედეგად, კეთილდღეობის სახელმწიფოს ზოგადი ჩარჩო რადიკალურად შეიცვალა. ზენოლა განხორციელდა ტრადიციულ, საშინაო სოციალური პოლიტიკის ეკონომიკურ წინაპირობებზე. ამ გამონწვევებზე გერმანიის საპასუხო რეაქცია იყო სოციალური კეთილდღეობის სისტემაში აუცილებელი რეფორმების უარყოფა, მსგავსი დამოკიდებულება შესაძლებელია ნაკლებად უცნაურად მოგვეჩვენოს, თუ გავითვალისწინებთ პრიორიტეტებს, *inter alia*, მოცემულს ძირითად კანონში კეთილდღეობის სახელმწიფოს ტრადიციული კონცეპტუალიზაციისა და მის მნიშვნელობაზე გერმანული საზოგადოების თვითგამორკვევის მიზნისთვის.

ამავდროულად, სახელმწიფოებრიობის ევროპეიზაციამ და ინტერნაციონალიზაციამ კეთილდღეობის სახელმწიფოსა და ერთ-სახელმწიფოს ერთიანობა გახლიჩა. დიდი ხნის განმავლობაში ევროპული ინტეგრაციის პროექტი არ შეიცავდა კონკრეტულ პასუხს მიიღებდა თუ არა სოციალურ-პოლიტიკური ხასიათის ეროვნული შეხედულებები საერთო სამართლებრივი და პოლიტიკური „კეთილდღეობის მოდელის“ სახეს. თავდაპირველად, პროექტის ძლიერი საბაზრო ორიენტაცია ეწინააღმდეგებოდა აღნიშნულ ტენდენციას. მოულოდნელად, სოციალური კეთილდღეობის უზრუნველყოფის სისტემა პირისპირ აღმოჩნდა შიდა ბაზრის ეკონომიკური თავისუფლების დინამიკისა და კონკურენ-

ტული რეჟიმის წინაშე.<sup>52</sup> საქონლისა და მომსახურების თავისუფალი გადაადგილების უფლებამ გამოიწვია ჯანმრთელობის ბაზრის ნაწილობრივი გახსნა, რომელიც შემდგომში მოწესრიგდა ეროვნული იურისდიქციის შესაბამისად.<sup>53</sup> დიდი ხნის განმავლობაში, ღია კითხვად რჩებოდა სოციალური დაზღვევის ინსტიტუტების ევროპული ანტიმონოპოლიური სამართლის რეჟიმის ქვეშ მოქცევა და სახელმწიფო დახმარების შეზღუდვებისადმი დაქვემდებარება. ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლომ სოციალური პოლიტიკის განსაზღვრა ეროვნულ იურისდიქციას მიაკუთვნა და ხელშეუხებელი დატოვა.<sup>54</sup> მიუხედავად ამისა, ევროპულ დონეზე შესაბამისობაში იქნა მოყვანილი სოციალური სახელმწიფოსათვის დამახასიათებელ ელემენტები და ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტია „შეამკო“ სოციალური უფლებებით. არის თუ არა აღნიშნული საკმარისი საფუძველი ევროპული სოციალურ-პოლიტიკური შეხედულებების ჩამოყალიბებისათვის, საჭიროებს სიღრმისეულ ანალიზს. თუმცა, ჯერ კიდევ არსებობს მიზეზები სკეპტიკური განწყობისთვის. ფუნქციური დიფერენციაციის პროცესებიდან აღმოცენებული და კეთილდღეობის სახელმწიფოს პროექტთან დაკავშირებული ინტეგრაციის სულისკვეთება, თანდათან ტოვებს პოლიტიკური აღსრულების სივრცეს.<sup>55</sup> კეთილდღეობის სახელმწიფოს დინამიკამ, რომელმაც გაარღვია საკუთარი საზღვრები, კითხვის ნიშნის ქვეშ დააყენა თავად ამ სისტემის არსებობა.<sup>56</sup> გრძელვადიან თუ მოკლევადიან პერსპექტივაში, მსგავსი დინამიკა გავლენას მოახდენს საზოგადოების თვითგამორკვევაზე, რაც, თავის მხრივ, სამართალშიც აისახება. ამდენად, ტრანსნაციონალური პოლიტიკური და სამართლებრივი ინტეგრაციის თავისებურებების მიუხედავად, სოციალურ-პოლი-

<sup>52</sup> KINGREEN, *supra* note 10, 283.

<sup>53</sup> Case C-385/99, Müller-Fauré v. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA and E.E.M. van Riet v. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, 2003 E.C.R. I-04509; Case C- 158/96, Kohll v. Raymond and Kohll v. Union des caisses de maladie, 1998 E.C.R. I-1931; Case C-157/99, B.S.M. Geraets-Smits v. Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, 2001 E.C.R. I-5473.

<sup>54</sup> cases C-264/01, C-306/01, C-354/01, and C-355/01, AOK Bundesverband v. Icht-hyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co., 2004 E.C.R. I-2493.

<sup>55</sup> NIKLAS LUHMANN, *POLITISCHE THEORIE IM WOHLFAHRTSSTAAT* (1981).

<sup>56</sup> NIKLAS LUHMANN, *DIE POLITIK DER GESELLSCHAFT* 422 (2000).

ტიკური ხედვა კვლავ გამოწვევად რჩება.