

დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი

PRINCE DAVID INSTITUTE FOR LAW

აღმოსავლეთი ევროპის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი

FACULTY OF LAW OF EAST EUROPEAN UNIVERSITY

თანამედროვე სამართლის მიმოხილვა

MODERN LAW REVIEW

№1

თბილისი 2013

TBILISI 2013

მთავარი რედაქტორი

პრ. დოქტ. გიორგი ხუბუა

EDITOR in CHIEF

Pr. Dr. Giorgi Khubua

აღმასრულებელი რედაქტორი

ასისტ. პროფ. დიმიტრი გეგენავა

EXECUTIVE EDITOR

Assist. Pr. Dimitry Gegenava

სარედაქციო საბჭო

პრ. დოქტ. ჰელმუტ ზატცგერი

ასოც. პრ. დოქტ. ბაჩანა ჯიშკარიანი

ასოც. პრ. დოქტ. თინათინ ჩაჩანიძე

ასოც. პრ. დოქტ. შალვა კვინიხიძე

ასოც. პრ. დოქტ. ეკატერინე ქარდავა

ასოც. პრ. დოქტ. გიორგი ჯუღელი

EDITORIAL BOARD

Pr. Dr. Helmut Satzger

As. Pr. Dr. Bachana Jishkariani

As. Pr. Dr. Tinatin Chachanidze

As. Pr. Dr. Shalva Kvinikhidze

As. Pr. Dr. Ekaterine Kardava

As. Pr. Dr. Giorgi Jugheli

ტექნიკური რედაქცია

მაია ნასრაშვილი (ქართ.)

თამთა ზაალიშვილი (ინგ.)

Technical Support Group

Maia Nasrashvili (Geo)

Tamta Zaalishvili (Eng)

ყლის დიზაინი

ზურაბ ბეჟაშვილი

დიმიტრი გეგენავა

Cover Design

Zurab Bezhashvili

Dimitry Gegenava

© ავტორები/Authors, 2013

© დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი/Prince David Institute for Law, 2013

© აღმოსავლეთ ევროპის სასწავლო უნივერსიტეტი/East European Teaching University, 2013

შინაარსი

კერძო ცხოვრებისა და საადვოკატო საიდუმლოების სამოქალაქო სამართლებრივი დაცვა	5
<i>მიხეილ ბიჭია</i>	
Civil Legal Protection of Private Life and Advocatory Secret	20
<i>Michael Bichia</i>	
მედიაციის სამართლებრივი პერსპექტივა მცირე და დომინანტ აქციონერთა ურთიერთბალანსის შენარჩუნების კონტექსტში.....	22
<i>ანა თოხაძე</i>	
Legal Perspectives of Mediation in the Terms of Maintaining Balance Between Majority and Minority Shareholders	28
<i>Ana Tokhadze</i>	
ხელმძღვანელობისა და კონტროლის უფლებამოსილებები სააქციო საზოგადოებაში ქართული საკორპორაციო სამართლის მიხედვით.....	30
<i>არჩილ ცერცვაძე</i>	
The Management and Control Systems of Corporations in Georgian Corporate Legislation.....	49
<i>Archil Tsertsvadze</i>	
კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის პრობლემა ტენდერის მაგალითზე.....	51
<i>ლიანა გიორგაძე</i>	
Problem of Distinguishing of Private and Administrative Contracts on Example of Public Tender	63
<i>Liana Giorgadze</i>	
არასათანადო მოპყრობის აკრძალვა საქართველოს მატერიალური და საპროცესო სისხლის სამართლებრივი კანონმდებლობის მიხედვით და მისი შესაბამისობა საერთაშორისო სტანდარტებთან.....	65
<i>გიორგი ბურჯანაძე</i>	
Prohibition of Ill-Treatment under Substantive and Procedural Criminal Law of Georgia and Its Compatibility with International Standards.....	79
<i>Giorgi Burjanadze</i>	
სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო და მისი კომპეტენცია.....	81
<i>ბაჩანა ჯიშკარიანი</i>	
International Criminal Court and Its Competencies	89
<i>Bachana Jishkariani</i>	
საქართველოს პრემიერ-მინისტრის კონსტიტუციური სტატუსი (კონსტიტუციის 79-ე მუხლის კომენტარი).....	90
<i>გიორგი კვერენხილაძე</i>	

The Constitutional Status of the Prime Minister of Georgia (The commentary of the Article 79 of the Constitution of Georgia) 100
Giorgi Kverenchkhiladze

კონსტიტუციის განმარტება და მასთან დაკავშირებული ზოგიერთი პოლიტიკურ-სამართლებრივი
ასპექტი.....102
დimitრი გეგენავა

Interpretation of the Constitution and Related Legal-Political Aspects 116
Dimitry Gegenava

2008 წლის აგვისტოში რუსეთის საქართველოში ინტერვენციის კანონიერება ძალის გამოყენების
აკრძალვის სამართლის ჭრილში 117
ბექა ძამაშვილი

Legality of Russian intervention into Georgia in 2008 in the light of *jus ad bellum* 136
Beka Dzamashvili

კერძო ცხოვრებისა და საადვოკატო საიდუმლოების სამომქალაქოსამართლებრივი დაცვა

მიხეილ ბიჭია*

შესავალი

კერძო ცხოვრების დაცვა აქტუალურია როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული თვალსაზრისით. აღნიშნულს ისიც ადასტურებს, რომ ეს პრობლემა არ ყოფილა ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში სპეციალური კვლევის საგანი. ამასთან, არაა მკვეთრად განსაზღვრული კერძო ცხოვრების სფეროები, რაც გარკვეულ ბუნდოვანებას იწვევს. ამიტომ, უპირველეს ყოვლისა, დასადგენია კერძო ცხოვრების ცნების მოცულობა, რათა გაირკვეს მხარეები, რომლებსაც შეიძლება კერძო სფერო მოიცავდეს. სწორედ ამ გაგებით, საინტერესოა, თუ რა მიმართება არსებობს კერძო ცხოვრებასა და საადვოკატო საიდუმლოებას შორის, თუმცა აღნიშნულის წარმოსაჩენად საადვოკატო საიდუმლოების სფეროებიც უნდა განისაზღვროს. ასევე, მართალია, კერძო ცხოვრებისა და საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის განსახილველად აუცილებელია ამ საკითხის საპროცესოსამართლებრივი ასპექტებიც დაგვჭირდეს, მაგრამ ამ კვლევაში ძირითადი აქცენტები კერძო ცხოვრებისა და საადვოკატო საიდუმლოების სამოქალაქოსამართლებრივ დაცვაზე გაკეთდება. ეს განსაკუთრებით საინტერესოა, თუ საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობა იქნება შესწავლილი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლთან და ზოგადად ევროპულ სამართალთან მჭიდრო კავშირში. ამდენად, პრობლემის ამ ჭრილში დაყენება თეორიულ და პრაქტიკულ დატვირთვას ატარებს.

კვლევის მიზანია საადვოკატო საიდუმლოებისა და კერძო ცხოვრების მხარეების განსაზღვრა; მათ შორის მიმართებების გამოკვეთა საქართველოს კანონმდებლობისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის განხილვის საფუძველზე. ასევე, კერძო სფეროსა და საადვოკატო საიდუმლოების სამოქალაქოსამართლებრივი დაცვის ჩვენება. აქ მიზანშეწონილია პრობლემის განხილვა პასუხისმგებლობის საფუძველთა ჭრილში, რათა გაიმიჯნოს კონკრეტული სამართლებრივი მოთხოვნები.

ზემოთ წარმოდგენილი პრობლემები შესწავლილი უნდა იყოს სოციოლოგიური, შედარებითსამართლებრივი, ნორმატიულ-დოგმატური, ანალიზისა და სინთეზის თუ სხვა მეთოდების გამოყენებით, რაც თემის ირგვლივ არსებული მოსაზრებების ფონზე მოკრძალებული წინადადებების წარმოდგენის საშუალებასაც მოგვცემს.

1. კერძო ცხოვრება

როგორც აღინიშნა, კერძო სფეროსა და საადვოკატო საიდუმლოებას შორის მიმართებების გამოსაკვეთად აუცილებელია, უპირველეს ყოვლისა, ამ სიკეთეების შესწავლა. თვით კერძო ცხოვრების არსის განსაზღვრა საჯარო ცხოვრების ცნების დადგენას უკავშირდება, ვინაიდან საჯარო სფეროს დეფინირების შემდეგ კერძო ცხოვრების შინაარსიც გაირკვევა.¹ ტერმინი “public“ გამოიყენება სახალხოს, საჯაროს, საზოგადოდ ცნობილი მოვლენების თუ საჯარო პირების აღსანიშნავად. იგი „კერძოს“ ანტონიმია.² ამიტომ, ფართო გაგებით, საჯარო და საზოგადოებრივი სფეროები იდენტური მნიშვნელობისაა და მათ აერთიანებს

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მოწვეული ლექტორი, თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.

¹ საჯაროობა განისაზღვრება ძირითადად კერძო ცხოვრების საპირისპიროდ. Lesch W., Medienethik zwischen öffentlichem und Privatem, Im Zoom K&M Nr. 11, Juli 1998, 40.

<http://www.medienheft.ch/uploads/media/11_ZOOM_KM_08_Walter_Lesch_Medienethik.pdf> [06.04.2011].

² Oxford, Advanced Learner's Dictionary, 2002, 1022-1023.

განსაზღვრული საჯარო ფუნქცია. თუმცა, ვიწრო გაგებით, საჯარო ცხოვრება, სავარაუდოდ, როგორც სახელისუფლო, ისე არასახელისუფლო ინტერესებისთვის საქმიანობას უნდა ეხებოდეს.

რაც შეეხება კერძო ცხოვრებას, ქართული ენის განმარტებითი ლექსიკონის მიხედვით, ტერმინში „კერძო“ მოიაზრება პირის კუთვნილი, ის, რასაც არა აქვს სახელმწიფოებრივი ან საზოგადოებრივი ხასიათი, რაც დაკავშირებულია ცალკეული პიროვნების მოქმედებასთან, საკუთრებასთან, ის, რაც თვითონ პიროვნებას ეხება, პირადი.³ ამდენად, პირადია ის, რაც მხოლოდ ერთ პირს ეხება, არის ერთი პირის ინტერესების შესაბამისი, პიროვნული, პერსონალური, კერძოდ, ინდივიდუალური.⁴ ამასთან, ოქსფორდის ლექსიკონის თანახმად, „კერძო ცხოვრებაში“ მოიაზრება: (1) საჯარო ინტერესისგან განმარტოებულად ცხოვრება; (2) კერძო ან ფარული ადგილი; კერძო ოთახები; (3) არასაჯარო;⁵ (4) კერძო საკითხი, საიდუმლოება; პირადი საქმე ან ურთიერთობები. სექსუალური ორგანოები; (5) ინტიმური ურთიერთობები; (6) ადგილის თვითონ არჩევა.⁶ შესაბამისად, კერძო და პირადი სფეროებს შორის გვარისა და სახის დამოკიდებულება არსებობს.⁷ ამასთან, რამდენიმე კერძო ხასიათის ასპექტისა და პირადი სფეროს სინთეზი ქმნის ახალ მოვლენას კერძო სფეროს სახით,⁸ რომელიც პირადი ცხოვრების შინაარსს არ ემთხვევა. ყველა პირადი არის კერძო, მაგრამ არა პირიქით, თუმცა, ამის გათვალისწინებით, ზოგიერთ კონტექსტში შეიძლება კერძო ჩაენაცვლოს პირადს.

დღევანდელ ეპოქაში ხშირად წამოიჭრება საჯარო და კერძო სფეროთა საზღვრების პრობლემა. ის, ფაქტობრივად, ეხება ინდივიდსა და საზოგადოებას შორის ურთიერთმიმართების დადგენას, რაც „მე“-სა და „ჩვენ“-ს შორის ბალანსის პოვნას გულისხმობს.⁹ საქმე ისაა, რომ საჯაროობა ქმნის კერძო ცხოვრების აუცილებლობას. მათ შორის ისეთივე მიმართებაა, როგორცაა მარჯვენა და მარცხენა ხელს ან პოზიციასა და ოპოზიციას შორის.¹⁰ დღეს საჯარო და კერძო სფეროებს შორის ბალანსი ხშირად ირღვევა, ვინაიდან ჩვეულებრივ „უნებლიე“ საქციელი განიხილება იმ გაგებით, რომ პირები გარშემომყოფთ აცნობენ საკუთარ განცდებს და ამ ფორმით აშიშვლებენ ემოციებს.¹¹

ამდენად, კერძო სფეროდ უნდა განიხილებოდეს ის, რაც არაა საჯარო¹² და გამოიხატება არასაჯარო საწყისებზე აგებული ურთიერთობის თავისუფლებაში,¹³ სადაც პირების ან სოციალური ინსტიტუტების მხრიდან ჩარევა დაუშვებელია¹⁴ და შესაძლებელია საკუთარი შეხედულებისამებრ მოქმედება¹⁵ და ეკონომიკურ სფეროში პიროვნების განვითარება.¹⁶ ამდენად, კერძო ცხოვრების ცნების მოცულობა დიდია¹⁷ და მოიცავს საოჯახო ცხოვრებას, რომელიც მოწესრიგებულია საოჯახო სამართლით, საიდუმლო ინფორმა-

³ ქართული ენის განმარტებითი ლექსიკონი, ტ. IV, თბილისი, 1955, 1149.

⁴ ქართული ენის განმარტებითი ლექსიკონი, ტ. VI, თბილისი, 1960, 192.

⁵ Oxford, Advanced learner's Dictionary, 2002, 1006

⁶ Oxford English Dictionary 1989, 515. იხ., Siegetsleitner A., Forschungsinstitut für Angewandte Ethik, Forschungsberichte und Mitteilungen (herausgegeben von Siegetsleitner A. und Neumaier O.), Heft 29, Salzburg, 2002, 22, <<http://www.uni-salzburg.at/pls/portal/docs/1/467581.PDF>> [11.09.09]

⁷ ბაქრაძე კ., ლოგიკა, თბილისი, 1946, 49-50.

⁸ სინთეზის შესახებ იხ. ავალიანი ს., თეორიული ფილოსოფია, თბილისი, 2007, 40-41.

⁹ ელიასი ნ., ცივილიზაციის პროცესის შესახებ, სოციოგენეტიკური და ფსიქოგენეტიკური გამოკვლევები, წ. I, ი. წერეთლის თარგმანი, თბილისი, 2005, 14-40.

¹⁰ Demirovic A., Hegemonie und das Paradox von privat und öffentlich, Dienstag, 02. März 2004 um 00:00 Uhr – Aktualisiert Montag, 01. März 2010 um 22:22 Uhr, 10, <<http://www.pumuck.de/projekte-a-veranstaltungsreihen/2010-veranstaltungsreihe-zu-neoliberaler-hegemonie-und-aneignungsformen/147-hegemonie-und-das-paradox-von-privat-und-oeffentlich-.pdf>> [06.04.2011]

¹¹ Сеннет Р., Падение публичного человека, Перевод с английского /Перевод О. Исаева, Е. Рудницкая, Вл. Софронов, К. Чухрукидзе. М., 2002, 33.

¹² კერძო შეიძლება საჯაროდ იქცეს. იხ., Lesch W., Medienethik zwischen öffentlichem und Privatem, Im Zoom K&M Nr. 11, Juli 1998, 45. <http://www.medienheft.ch/uploads/media/11_ZOOM_KM_08_Walter_Lesch_Medienethik.pdf> [06.04.2011].

¹³ Петрухин И., Личная жизнь: пределы вмешательства, М., 1989, 7-8.

¹⁴ Pauer-Studer H., Privatheit: „Ein ambivalenter, aber unverzichtbarer Wert.“ 3. <<http://www.oew.ac.at/ita/privconf/pauer-studer.pdf>> [10.09.10].

¹⁵ <http://www.dkmotion.at/these/privatheit_oeffentlichkeit_david_koehlmeier.pdf> [25.01.2010].

¹⁶ არამატერიალური უფლებების შინაარსი მოიცავს ქონებრივ ელემენტებს. იხ., Wasserburg K., Der Schutz der Persönlichkeit im Recht der Medien, Heidelberg, 1988, 53.

¹⁷ რაც უფრო მცირეა ცნების ნიშნები, მით უფრო დიდია ამ ცნების მოცულობა. ბაქრაძე კ., ლოგიკა, თბილისი, 1946, 45.

ციის დაცვას ფრენშიაზინგისა და დავალების ხელშეკრულებებში... ასევე, პირად საიდუმლოებას განეკუთვნება პირის ოჯახური მდგომარეობა, მატერიალური და არამატერიალური ქონებრივი მდგომარეობა.¹⁸ ამასთან, კერძო ცხოვრების ხელშეუხებლობას საკუთრებასთან მჭიდრო კავშირშიც განიხილავენ.¹⁹ კერძო სამართლისთვის მნიშვნელოვანია სამართლიანობის აღდგენა²⁰ და კერძო ცხოვრების ხელყოფისას მორალური ზიანის რეპარაციაც ყოველთვის კომპენსაციური ხასიათისაა.²¹ ამ გაგებით, კერძო სფერო მოიაზრებს ქონებრივ მომენტსაც, რაც კერძო ცხოვრებაზე კერძოსამართლებრივი მოწესრიგების გავრცელებას ადასტურებს.

2. საადვოკატო საიდუმლოება

კვლევის მიზნებიდან გამომდინარე, აუცილებელია, ასევე, საადვოკატო საიდუმლოების სფეროების დადგენა. დასაწყისშივე უნდა აღინიშნოს, რომ საადვოკატო საიდუმლოება ხშირად გამოიყენება პროფესიულ საიდუმლოებასთან მჭიდრო კავშირში. არადა, საადვოკატო საიდუმლოება როდი შეიძლება განიხილებოდეს, როგორც მხოლოდ კლიენტის მონოპოლიური სფერო; საქმე ისაა, რომ საადვოკატო საიდუმლოება ეხება ყველაფერს, რაც ადვოკატმა საკუთარი პროფესიული საქმიანობისას მიიღო.²² თუმცა საადვოკატო და პროფესიული საიდუმლოება ორი სხვადასხვა საიდუმლო სფეროა. პროფესიული საიდუმლოება ვრცელდება არამხოლოდ ადვოკატებზე, არამედ სხვებზეც.²³ შესაბამისად, პროფესიული საიდუმლოება გაცილებით ფართოა, ვიდრე საადვოკატო საიდუმლოება, ვინაიდან ის ერთ-ერთი პროფესიული საიდუმლოებაა.

რაც შეეხება საადვოკატო საიდუმლოებას, ის ლოგიკურად საადვოკატო საქმიანობას უკავშირდება. თვით საადვოკატო საქმიანობაში იგულისხმება ადვოკატის მიერ იურიდიული რჩევის მიცემა პირისთვის, რომელმაც მას დახმარებისთვის მიმართა; კლიენტის წარმომადგენლობა საკონსტიტუციო დავის, სისხლის, სამოქალაქო ან ადმინისტრაციული სამართლის საქმეზე სასამართლოში, არბიტრაჟში, დაკავების, მოკვლევისა და გამოძიების ორგანოებში, მესამე პირის მიმართ სამართლებრივი დოკუმენტების მომზადება და კლიენტის სახელით ნებისმიერი დოკუმენტაციის წარდგენა; ისეთი იურიდიული დახმარების გაწევა, რომელიც მესამე პირის წინაშე წარმომადგენლობას არ უკავშირდება.²⁴ ამდენად, საადვოკატო საიდუმლოებაც ამ სფეროებს ეხება.

ამასთან, საადვოკატო საიდუმლოების დაცვა საინტერესოა იმ თვალსაზრისით, რომ შეიძლება შეეხოს კომუნიკაციის საშუალებებსაც (ელ-ფოსტა), ვინაიდან სწორედ მათი დახმარებით შეიძლება გაიგზავნოს გარკვეული კონფიდენციალური ინფორმაცია. აღნიშნული კერძო სფეროს ხელყოფის საფრთხეს ქმნის.²⁵ ეს პრობლემა ორ მომენტს უკავშირდება: ა) კორესპონდენციების მოძრაობისა და ბ) ადვოკატთან ურთიერთობისას მონაცემთა (ზოგადად საიდუმლოების) დაცვას.²⁶ შესაბამისად, შეიძლება ინტერესთა კონფლიქტიც წარმოიშვას. თუმცა ნდობაზე აგებული ურთიერთობა შეიძლება ძალზე მგრძობიარე სფეროებს შეეხოს და ამიტომ საადვოკატო საიდუმლოება გაცილებით მაღლა მდგომია სიკეთეა, ვიდრე მონაცემთა

¹⁸ ძნელაშვილი ზ., საგადასახადო საიდუმლოების ზოგიერთი სამართლებრივი ასპექტი, ჟურნ. „მართლმსაჯულება“, №2, 2008, 116.

¹⁹ prince Alabert v. Strange, I McN. & G. 25 (1849), Abernethy v. Hatchinson, 3L.J.Ch. 209 (1825); ოქრუაშვილი მ., პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა, თბილისი, თავისუფლების ინსტიტუტი, 2008, 17-18.

²⁰ Лапач В., Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика, Санкт-Петербург, 2002, 68.

²¹ ნინიძე თ., მორალური ზიანი სამოქალაქო სამართალში, „საბჭოთა სამართალი“, №2, 1978, 54.

²² Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte, 2001.06.12. (AR 01 3) Entscheidung.

²³ Niggli M. A., Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen? (Eine Verteidigung des materiellen Strafrechts gegen die Freunde des Verfassungsrechts, zugleich eine Antwort auf Pfeifer), ჟურნალში: „Anwalts Revue Del'Avocat“, 8/2006, 279.

²⁴ საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, №976-III, №5036-II სსმ, 20/06/2001, მე-2 მუხლი.

²⁵ Hilgard M. C., Kein Anwaltsgeheimnis für den Schriftverkehr zwischen Unternehmen und Unternehmensjuristen, in: “CH-D Wirtschaft“, 4/2008, 15-16.

²⁶ Hoffet F., Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes, Thema/Question Du Jour, Anwalts Revue Del'Avocat, 5/2012, 226.

დაცვა.²⁷ საქმე ისაა, რომ ადვოკატი ვერ განიხილავს საადვოკატო საიდუმლოებას, როგორც მხოლოდ მონაცემთა დაცვის უფლებას. ადვოკატი უნდა ერიდოს, მონაცემთა დაცვის უფლების ფართო ინტერპრეტაციით შექმნას კონფლიქტური სიტუაციები, რომლებშიც მან უნდა გადაწყვიტოს, შეესაბამება თუ არა კლიენტის მონაცემთა დაცვის უფლებით უზრუნველყოფილ ინტერესებს მონაცემები, რომლებიც მესამე პირებს (და არა კლიენტს) შეეხება. ამ კონფლიქტის განსამუხტად უნდა აღინიშნოს, რომ ის მონაცემები, რომლებიც საადვოკატო საიდუმლოების საგანი არაა (მაგალითად, თანამშრომლისა და მიმწოდებლის მონაცემები), უკავშირდება მონაცემთა დაცვის ზოგად უფლებას. აქ არაა აუცილებელი, დადგინდეს მონაცემთა დაცვის უფლებამოსილება.²⁸

ადვოკატები ზრუნავენ პროფესიული საიდუმლოების დაცვაზე დამხმარე პირების დახმარებითაც.²⁹ შესაბამისად, საადვოკატო საიდუმლოებაში უნდა მოიაზრებოდეს ის ცნობებიც, რომლებიც საადვოკატო საქმიანობის განხორციელებისას ამ პირებმა მიიღეს. ამდენად, ამ პროფესიულ საიდუმლოებაში იგულისხმება ყველაფერი (ფაქტი, დოკუმენტი), რაც ადვოკატს გაანდეს კლიენტთან მისი საქმიანობის საფუძველზე.³⁰ ასევე, აღსანიშნავია, რომ კონფიდენციალურობის ხელყოფაა ადვოკატის მიერ ახსნა-განმარტებაში კლიენტის მიმართ ჩამოყალიბებული შეფასებები, რაც პროფესიული საქმიანობისას მიღებულ ინფორმაციას ეფუძნება, ვინაიდან ამ სახის შეფასებებმა შეიძლება კლიენტის საიდუმლო სფერო შელახოს.³¹

იურიდიული დახმარების ზემოაღნიშნული სახეები მოიცავს (გარდა წარმომადგენლობისა) სხვა სახის იურიდიულ დახმარებასაც. ამიტომაც, ლოგიკურია, რომ საადვოკატო საიდუმლოებაში გაერთიანდეს ცნობები, რომლებიც ადვოკატმა მიმწოდებლისგან მიიღო (გარდა წარმომადგენლობისა). საადვოკატო საიდუმლოება არის სხვადასხვა სახის ცნობა, რომელთა ცოდნაც აუცილებელია ადვოკატის მიერ იურიდიული დახმარების აღმოსაჩენად. შესაბამისად, საადვოკატო საიდუმლოების დასაცავად მიზანშეწონილია, რომ საადვოკატო საიდუმლოება ფართოდ იყოს ინტერპრეტირებული, რათა მან მოიცვას კლიენტისგან ადვოკატისთვის მიცემული ცნობები, რომელთა გავრცელება კლიენტისთვის არასასურველია.³²

3. რა მიმართება არსებობს კერძო ცხოვრებასა და საადვოკატო საიდუმლოებას შორის?

გამოიყოფა საიდუმლოების სხვადასხვა სახე: საქმიანობა, საადვოკატო, მიმოწერის, შვილად აყვანის და სხვა საიდუმლოებანი. ამ ფორმით კერძო სფერო შეიძლება განიხილებოდეს, როგორც საიდუმლოებათა ერთობლიობა. კერძო ცხოვრების არსის ასახსნელად ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ასპექტია საიდუმლოება, მაგრამ სრულად ვერ ამოწურავს მას. ამ მიმართებით განსხვავებენ პირად (რაც არავისთვის გაინდობა) და პროფესიულ საიდუმლოებას (თუ განსაზღვრული პროფესიის წარმომადგენლებს გაინდობენ რაიმეს უფლებათა და კანონიერ ინტერესთა დასაცავად). პირადი საიდუმლოებაა შემოქმედებისა და ურთიერთობის, საოჯახო და ინტიმური ურთიერთობების, საცხოვრებლის, მიმოწერის, პირადი ქაღალდების, საფოსტო-სატელეგრაფო კორესპონდენციებისა და სატელეფონო საუბრების საიდუმლოება. პროფესიული საიდუმლოებაა სამედიცინო, სასამართლო დაცვის, აღსარების, შვილად აყვანის, საგამოძიებო საქმიანობის, სანოტარო მოქმედებათა და სამოქალაქო მდგომარეობის ჩამწერი აქტების საიდუმლოება.³³ ამასთან, გარკვეული პირადი უფლებების (საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის უფლების³⁴) წარმოშობის საფუძველი

²⁷ KG: Anwaltsgeheimnis stärker als Datenschutz, in: "Anwaltsblatt", Herausgeber Busse F., Jahrgang 60, 11/2010, 802-803.

²⁸ BRAO-Novellierung, Vorschläge des DAV zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung (Stand: 30. August 2006), Entwurf einer Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung Textvorschlag, in: AnwBl 11/2006, 740.

²⁹ Hoffert F., Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes, Thema/Question Du Jour, Anwalts Revue Del'Avocat, 5/2012, 224; საადვოკატო და საბანკო საიდუმლოებების ერთმანეთისგან გამოჯვანის შესახებ იხ., Müller T., Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis, in: Jusletter 3 Mai, 2010, 8.

³⁰ Beschluss der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte vom 2. September 2004, 4-5.

³¹ აღნიშნულთან დაკავშირებით იხ. სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის“ ეთიკის კომისიის 2011 წლის 9 ივლისის გადაწყვეტილება (№029/11).

³² Красавчикова Л., Личная жизнь граждан под охраной закона, М., 1983, 153-154.

³³ Петрухин И., Личная жизнь: пределы вмешательства, М., 1989, 13-14

³⁴ ჩიკვაშვილი შ., პასუხისმგებლობა მორალური ზიანისთვის, თბილისი, 2003, 8-9

შეიძლება იყოს გარიგება³⁵, რომლითაც ყველა არსებითი პირობაა გათვალისწინებული. სწორედ საადვოკატო საიდუმლოებაშია ადვოკატის საპასუხისმგებლო პოზიცია სამართლებრივად გამყარებული. ადვოკატმა უნდა დაიცვას საადვოკატო საიდუმლოება ნებისმიერ პირთან დაკავშირებით,³⁶ რაც აბსოლუტური უფლებების არსს ასახავს, ვინაიდან აბსოლუტურია უფლებები, „რომლებიც შეიძლება შეიღწახოს ნებისმიერი პირის მიერ და ამიტომ დაცულია ნებისმიერი პირისგან“³⁷. ეს უფლებები წარმოიშობა მათ მესაკუთრე სუბიექტთან ერთად სამართლებრივი ურთიერთობის გარეთ.³⁸ საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის მოვალეობა განიხილება ადვოკატის საქმიანობის ზნეობრივ საწყისად.³⁹ ამავე დროს, კერძო ცხოვრებისა და საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის უფლებები, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი სამართლებრივი ურთიერთობის გარეთაა, იურიდიული ფაქტის ძალით სამართლებრივ „სამოსს“ იძენს და სამოქალაქო სამართლებრივ ურთიერთობაში ჩვეულებრივი ობიექტებია.

ასევე, უნდა ითქვას, რომ აქ ადვოკატები არიან უფლებამოსილი პირები, რომლებიც თავიანთ უფლებამოსილების მიმცემ პირებთან ურთიერთობისას ერთგულნი (სანდო) უნდა იყვნენ. ამიტომ, ადვოკატის უფლებამოსილებაში ძირითადია უფლებამოსილების მიმცემი პირის ინტერესთა დაცვა.⁴⁰ აღნიშნული ურთიერთობიდან გამომდინარეობს ადვოკატის მოვალეობა, დაიცვას კლიენტის საიდუმლო. ეს მოვალეობა უნდა განიხილებოდეს საკუთარი კლიენტებისადმი ერთგულების მოვალეობის განსაკუთრებულ გამოვლინებად.⁴¹ აღნიშნული უკავშირდება რწმუნებულის მოვალეობას, მიაწოდოს მარწმუნებელს აუცილებელი ინფორმაცია, ხოლო მოთხოვნის შემთხვევაში – გადასცეს დავალების შესრულების შესახებ ცნობები და შესრულების შემდეგ – ჩააბაროს ანგარიში.⁴²

შესაბამისად, დაცულია ის საიდუმლოება, რომელიც მიმდობმა ადვოკატს გაანდო მანდატის ურთიერთობის ფარგლებში.⁴³ ამასთან, მიმოწერისას იქმნება საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფის საფრთხე. ეს შეიძლება შეეხოს მგრძნობიარე, დელიკატურ თემებს.⁴⁴ ამიტომ ადვოკატმა მაქსიმალურად უნდა დაიცვას კონფიდენციალურობა.⁴⁵

სწორედ საიდუმლოს შენახვიდან გამომდინარე, უნდა ზრუნავდეს ადვოკატი მიმდობის იმუნიტეტის უზრუნველყოფასა და დაცვაზე. აქ საქმე ორ ძირითად ასპექტს ეხება: ა) საადვოკატო იმუნიტეტსა და ბ) მესამე პირთათვის საადვოკატო საიდუმლოების ხელმისაწვდომობას სამართლებრივად დასაშვები საფუძვლებით.⁴⁶ ამასთან, იურიდიული კონსულტაციის დროს სხვა კლიენტები რომ არ გადაიქცნენ პროცესის თანამონაწილეებად, ადვოკატმა გარკვეული პირობები უნდა შექმნას.⁴⁷ ამასთან, მოწინააღმდეგე მხარეთა ადვოკატებს არ უნდა მიუწვდებოდეთ ხელი ერთმანეთის ინფორმაციაზე; ის, რომ ისინი მუშაობენ ერთ

³⁵ საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, №976-III, №5036-II სსმ, 20/06/2001, მე-19 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

³⁶ Rioult Jean-Luc, Vock Mauela B., Schumacher Gr. K., Jokl J., Sichere E-Mail Kommunikation bei Rioult & Partner Rechtsanwälte/Anleitung zur Benutzung des Secure Messaging von PrivaSphere, 6 1-3, <http://www.anwalt-zh.ch/pdf/Securemail_infobrief.pdf> [05.02.2013].

³⁷ Братусь С., Иоффе О., Гражданское право, М., «Знание», 1967, 41; კობახიძე ა., სამოქალაქო სამართალი, ზოგადი ნაწილი, I, თბილისი, 2001, 100.

³⁸ Prediger E. J., Die Grundlagen des Eigentumsrechts, მისი ნაშრომი იხილეთ ინტერნეტგვერდზე: <<http://doctorate.ulbsibiu.ro/obj/documents/REZ-GERM-PREDIGER.pdf>> [07.05.10].

³⁹ Красавчикова Л., Личная жизнь граждан под охраной закона, М., «Юрид. Лит-ра», 1983, 152. საადვოკატო ეთიკაზე, არ გაავრცელოს მიმდობის საიდუმლოება, რომელიც ადვოკატს გაანდეს ნდობის საფუძველზე, იხ., Бойков А., Этические нормы деятельности советского адвоката, «Советская юстиция», №10, 1966, 16.

⁴⁰ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (შემდგომში – სსკ), №786-III, 26/06/1997, 709-ე მუხლი; Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 15. September 2009 (4A_15/2009) (privatrecht), Das Anwaltgeheimnis nach dem Tode des Klienten, mit Bemerkungen von Prof. Dr. iur. Fagnoli I., 3.

⁴¹ Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte, 2001.06.12. (AR 01 3) Entscheidung.

⁴² სსკ, №786-III, 26/06/1997, 713-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი.

⁴³ Beschluss der Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte vom 2. September 2004, 4-5.

⁴⁴ Hilgard M. C., Kein Anwaltsgeheimnis für den Schriftverkehr zwischen Unternehmen und Unternehmensjuristen, in: “CH-D Wirtschaft”, 4/2008, 15-16.

⁴⁵ სსკ, №786-III, 26/06/1997, 714-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი.

⁴⁶ Пилипенко Ю., Основные направления исследования адвокатской тайны, Часопис Академії адвокатури України, №2, 2009, 22-24, <<http://www.nbu.gov.ua/e-journals/Chaau/2009-1/09pysiat.pdf>> [06.02.10].

⁴⁷ Meiss R. Von, Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diesenhofen, 1975, 110-111.

შენიშნავს, არ განიხილება კონფიდენციალურობის დარღვევად. ამ პრინციპის ხელყოფის დასამტკიცებლად აუცილებელია, მხარემ მინიმუმ მაინც დაადასტუროს ამ სახის ინფორმაციის გადაცემა ან განდობა მისი ადვოკატისთვის.⁴⁸ ეს პირობებიც საბოლოოდ საიდუმლოს შენახვის მოვალეობის⁴⁹ უზრუნველყოფას ემსახურება, რაც კერძო ცხოვრების დაცვის წინაპირობაცაა, ვინაიდან შეიცავს კონფიდენციალურობის ხელყოფის საფრთხეს, ხოლო საიდუმლოების დაცვის შემთხვევაში კერძო სფეროც უზრუნველყოფილია.

აქ, პრაქტიკულად, საქმე შეიძლება ინტერესთა კონფლიქტსაც შეეხოს, რის თაობაზეც ადვოკატმა კლიენტს უნდა შეატყობინოს. ინტერესთა კონფლიქტი წარმოიშობა, თუ ადვოკატის მიერ განხორციელებულ წარმომადგენლობაზე არსებით და უარყოფით გავლენას ახდენს ადვოკატის პირადი ინტერესი ან კლიენტის, ყოფილი კლიენტის ან მესამე პირის ინტერესი. ამასთან, ადვოკატმა არ უნდა დაამყაროს ისეთი ურთიერთობა, რომელიც კლიენტის ინტერესთა დაცვას საფრთხეს შეუქმნის. თუმცა თუ ასეთი ურთიერთობა უკვე არსებობს, ადვოკატმა თავი უნდა აარიდოს ინტერესთა კონფლიქტის შემთხვევებს.⁵⁰ ადვოკატმა ყოფილი კლიენტისგან მიღებული კონფიდენციალური ინფორმაცია შემდეგში მის წინააღმდეგ არ უნდა გამოიყენოს და აიცილოს კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნების საფრთხის შექმნა. ესაა საფრთხე, რომელიც შეიძლება უარყოფითად აისახოს ყოფილი კლიენტის ან არსებული კლიენტის ინტერესებზე. საადვოკატო საქმიანობის განხორციელებისას ადვოკატმა თანაბარი ხარისხით უნდა დაიცავს კლიენტის ინტერესების პრიორიტეტულობა და კონფიდენციალურობა⁵¹.

აღნიშნულმა, შესაძლოა, დღის წესრიგში დააყენოს კერძო სფეროს დაცვის აუცილებლობა.⁵² ამიტომაც საადვოკატო საიდუმლოება განიხილება, როგორც კერძო ცხოვრების დაცვის უფლების გარკვეული ასპექტი.⁵³ ეს უკანასკნელი, თავის მხრივ, უკავშირდება უფლებას თვითგამორკვევაზე, ვინაიდან საადვოკატო საიდუმლოება შეიძლება მოიაზრებდეს პიროვნული ცნობების გაუზრცველებლობის უფლებას. ამიტომაც აღნიშნული მოვლენა საიდუმლოების დაცვაზე გარკვეული გამოხატულებაა, რეფლექსური რეაქციაა.⁵⁴

ამასთან, საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის გამო წარმოშობილი კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის ერთ-ერთი სუბიექტი შეიძლება იყოს ადვოკატი, ანუ თავისუფალი პროფესიის პირი, რომელიც ემორჩილება კანონსა და პროფესიული ეთიკის ნორმებს და გაწევრიანებულია საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციაში.⁵⁵ კლიენტი არის პირი, რომლის ინტერესებსაც იცავს ადვოკატი. საადვოკატო საქმიანობის ერთ-ერთ ძირითად პრინციპად აღიარებულია ადვოკატის მიერ პროფესიული საიდუმლოების დაცვა.⁵⁶ კანონმდებელმა ეს სიკეთე კერძოსამართლებრივად განამტკიცა საიდუმლოების შენახვის ვალდებულებაში⁵⁷, რომლის შესრულებაც დაეფუძნა კეთილსინდისიერების პრინციპს.⁵⁸ შესაბამისად, მოყვანილი პირები არიან

48 სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის“ ეთიკის კომისიის 2010 წლის 15 დეკემბრის გადაწყვეტილება (№086/10).

49 სსკ, №786-III, 26/06/1997, 714-ე მუხლი.

50 სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის“ ეთიკის კომისიის 2011 წლის 3 ივნისის გადაწყვეტილება (№022/11); საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ამ საკითხის სამართლებრივად სწორად გადაწყვეტის გამო ძალაში დატოვა დისციპლინური პასუხისმგებლობის ფორმად გაფრთხილების გამოყენების შესახებ ეთიკის კომისიის გადაწყვეტილება. იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სადისციპლინო პალატის 2011 წლის 22 ივლისის გადაწყვეტილება (№დს-შ/7-11).

51 სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის“ ეთიკის კომისიის 2011 წლის 14 ივნისის გადაწყვეტილება (№092/10), სსკ, №786-III, 26/06/1997, 714-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი.

52 Rioult Jean-Luc, Vock Mauela B., Schumacher Gr. K., Jokl J., Sichere E-Mail Kommunikation bei Rioult & Partner Rechtsanwälte/ Anleitung zur Benutzung des Secure Messaging von PrivaSphere, 1-3, იხ.: <http://www.anwalt-zh.ch/pdf/Securemail_infobrief.pdf> [05.02.2013].

53 Spielmann D., Das anwaltliche Berufsgeheimnis in der Rechtsprechung des EGMR, Österreichisches Anwaltsblatt 2010/07-08, 346-355.

54 Härtig N., Anwaltsgeheimnis: Schutz vor dem Datenschutz, Der Beschluss des Kammergerichts vom 20.8.2010, in: AnwBl 1/2011, 50-51.

55 საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, №976-III, №5036-II სსმ, 20/06/2001, 1-ლი მუხლის მე-2 პუნქტი.

56 იქვე, მე-3 მუხლის „ზ“ პუნქტი.

57 სსკ, №786-III, 26/06/1997, 713-ე მუხლი.

58 იქვე, მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი.

თანასწორობისა და კერძო ავტონომიის პრინციპებზე⁵⁹ აგებული ურთიერთობის ჩვეულებრივი სუბიექტები, რომელთა თავისუფლება იზღუდება ხელშეკრულებისა და კანონისმიერი აკრძალვებით⁶⁰.

ადვოკატი ექვემდებარება პროფესიულ საიდუმლოებას ყველაფერ იმის შესახებ, რაც მას კლიენტთან საქმიანობის საფუძველზე გაანდეს. თუმცა საადვოკატო საიდუმლოების დაცვაზე ადვოკატები ზრუნავენ დამხმარე პირების მეშვეობითაც.⁶¹ მათ წრეში შედის ადვოკატის თანაშემწე და სტაჟირი. ამიტომ მათაც ევალებათ პროფესიული საიდუმლოების დაცვა, გასული დროის მიუხედავად და კლიენტის თანხმობის გარეშე არ უნდა გაავრცელონ საადვოკატო საქმიანობის განხორციელებისას მისგან მიღებული ინფორმაცია.⁶² რაც შეეხებათ პირებს, რომლებიც ადვოკატს საადვოკატო საქმიანობის განხორციელებისას არაიურიდიულ საკითხებში ეხმარებიან, აქაც არსებობს საადვოკატო საიდუმლოების გავრცელების საფრთხე და საჭიროებს რეგულირებას. ამ პირებს განეკუთვნება მდივანი, დამლაგებელი.⁶³ კონფიდენციალობის დაცვის მოვალეობა, ასევე, უნდა გავრცელდეს საადვოკატო ბიუროში მომუშავე ბუღალტერზე.⁶⁴

ამასთან, კერძო ცხოვრების დაცვის მიზნით უნდა გაიმიჯნოს წარმომადგენელი და ადვოკატი. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 93-ე მუხლის თანახმად, მხარეებს შეუძლიათ სასამართლოში საქმე აწარმოონ პირადად ან წარმომადგენლის მეშვეობით.⁶⁵ პირებს, რომელთაც ადვოკატთა ტესტირება არ გაუვლიათ და არც ტესტირების გავლის დამადასტურებელი მოწმობა აქვთ, შეუძლიათ მონაწილეობა მიიღონ მხოლოდ პირველი ინსტანციის სასამართლოებში (და არა სააპელაციო და საკასაციო ინსტანციების სასამართლოებში). თუმცა აქედან გამონაკლისია ამავე ნორმით გათვალისწინებული სახელმწიფო ხელისუფლების, ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოსა და ორგანიზაციების თანამშრომლების მონაწილეობა ამ ორგანოთა და ორგანიზაციათა საქმეებზე.⁶⁶ ამავე დროს, ადვოკატებმა და ორგანოთა იურისტებმა (იურისკონსულტი) უნდა გააკეთონ ყველაფერი, რაც მათ ძალუბთ, რათა დაცვის ძლიერი მექანიზმი შეუქმნან საადვოკატო საიდუმლოებას და გააფართოონ ის. ამიტომ აღინიშნა იურიდიულ ლიტერატურაში, რომ აუცილებელია საწარმოს იურისტების (იურისკონსულტის) პროფესიული საიდუმლოება საკანონმდებლო გზით მოწესრიგდეს.⁶⁷ საქმე ისაა, რომ პროფესიული საიდუმლოება ვრცელდება არამხოლოდ ადვოკატებზე, არამედ სხვა იურისტებზეც, რომელთა სამართლებრივი მდგომარეობაც განსხვავებულია ადვოკატებთან შედარებით. შესაბამისად, პროფესიულ საიდუმლოებას ექვემდებარებიან, ასევე, საწარმოთა იურისტები.⁶⁸ ამიტომ „ადვოკატთა შესახებ“ კანონს მიღმა არსებულ იურისტს უნდა დაევალოს კონფიდენციალურობის დაცვა მათი პროფესიული ეთიკის კოდექსით. ამასთან, მათ ჩვეულებრივ უნდა დაიცვან სამოქალაქო კანონმდებლობით დადგენილი წესები.⁶⁹

ზემოგანხილულიდან გამომდინარე, ადვოკატსა და კლიენტს შორის არსებული სპეციფიკური ურთიერთობა უნდა ეფუძნებოდეს ნდობას; ადვოკატსა (საიდუმლოს დამცველი) და კლიენტს (საიდუმლოს მფლობელი) შორის ნდობის გარეშე წარმოშობილი ურთიერთობა არ განიხილება სამართლებრივ კონსულტაციად და არც უფლების განხორციელებად. ამიტომაც საადვოკატო საიდუმლოება უკავშირდება

⁵⁹ იქვე, 1-ლი მუხლი და მე-10 მუხლის მე-2 ნაწილი.

⁶⁰ ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 85-89.

⁶¹ Hoffet F., Der Schutz des Anwaltsgeheimnisses im Verfahrensrecht des Bundes, Thema/Question Du Jour, Anwalts Revue Del'Avocat, 5/2012, 224; საადვოკატო და საბანკო საიდუმლოებების ერთმანეთისგან გამიჯვნის შესახებ იხ., Müller T., Das Geheimnis um das Bankkundengeheimnis, in: Jusletter 3 Mai, 2010, 8.

⁶² საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, №976-III, №5036-II-სსმ, 20/06/2001, მე-16 მუხლის 1-ლი, მე-3 და მე-4 პუნქტები, მე-17 მუხლის მე-2 და მე-3 პუნქტები, მე-7 მუხლის 1-ლი პუნქტის „ა“ და „ბ“ ქვეპუნქტები.

⁶³ Meiss R. Von, Die persönliche Geheimnisse und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diesenhofen, 1975, 109-110.

⁶⁴ Дробышевская Т., Личные неимущественные права граждан и их гражданско-правовая защита, Красноярск, 2001, 78.

⁶⁵ ლილუაშვილი თ., საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, თბილისი, 2004, 176-177.

⁶⁶ საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, №976-III, №5036-II-სსმ, 20/06/2001, მე-40 მუხლის მე-4 პუნქტი.

⁶⁷ Pfeifer M., Art. 321 StGB als Grundlage eines uneingeschränkten Anwaltsgeheimnisses – mit Ausführungen zu einem Berufsgeheimnis von Unternehmensjuristen, eine Replik auf Niggli, ქურნალში: „Anwalts Revue Del'Avocat“, 9/2006, 331-337.

⁶⁸ Niggli M. A., Unterstehen dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB auch Unternehmensjuristen? (Eine Verteidigung des materiellen Strafrechts gegen die Freunde des Verfassungsrechts, zugleich eine Antwort auf Pfeifer), ქურნალში „Anwalts Revue Del'Avocat“, 8/2006, 279-280.

⁶⁹ სსკ, №786-III, 26/06/1997, 709-723-ე მუხლები.

პირდაპირ გარანტიას, არამხოლოდ გქონდეს უფლება, არამედ მიიღო უფლება.⁷⁰ ამასთან, ადვოკატი, ერთი მხრივ, მოსარჩელეს უნდა ეხმარებოდეს, ხოლო, მეორე მხრივ, ზოგადად სასამართლო პრაქტიკისა და ჭეშმარიტების დადგენის სამსახურში უნდა იყოს. ცხადია, ადვოკატი არაა ვალდებული, შეატყობინოს სასამართლოს თავისი კლიენტის მდგომარეობის დამამძიმებელი გარემოებები. ადვოკატმა უნდა მოახსენოს სასამართლოს მხოლოდ ის, რაც თავისი კლიენტის სასარგებლოდ შეტყვევებს. უპირველეს ყოვლისა, ადვოკატი იცავს კლიენტის ინტერესებს, რაც ელემენტარული პროფესიული მოვალეობაა.⁷¹

განსხვავებულია საადვოკატო საიდუმლოების დაცვა ევროპის ქვეყნებში. გერმანულ სამართალში განსხვავებენ ადვოკატის საიდუმლოების შენახვის ეთიკურ მოვალეობას, კერძო საიდუმლოების სისხლისსამართლებრივ დელიქტსა და ადვოკატის საპროცესო უფლებას, დაიცავს საიდუმლოება. სამივე ინსტიტუტის საერთო ნიშანია, უზრუნველყოს კონფიდენციალურობა მიმდღობის მიერ განდობილი ინფორმაციის (საიდუმლოების) დაცვის ჭრილში.⁷² ინგლისურ სამართალში გამოყოფენ საადვოკატო საიდუმლოებას საიდუმლოს დაცვის მოვალეობისა (*Lewyers Confidence*) და საიდუმლოების დაცვის უფლების (*Legal Professional Privilege*) გზით. აქ საადვოკატო საიდუმლოების დაცული სიკეთეა ადვოკატთან კლიენტის კომუნიკაციისა მიმდღობის მოთხოვნა კონფიდენციალობაზე. შესაბამისად, უფლებამოსილი პირია არა ადვოკატი, არამედ მიმდღობი. გერმანული სამართლისაგან განსხვავებით, ინგლისური საიდუმლოების დაცვის უფლება მოიცავს არამარტო კომუნიკაციას ადვოკატთან, არამედ ადვოკატის მიერ იურიდიული კონსულტაციის ფუნქციას. კონცეპტუალურად, საადვოკატო საიდუმლოება ვლინდება ორი ფორმით: კონსულტაციის დროს მიღებული ინფორმაციის გაუხმაურებლობის უფლებასა და საპროცესო უფლებაში. თუმცა საფრანგეთში საადვოკატო საიდუმლოება ასოცირდება ადვოკატის საქმიანობის განხორციელებისას საჯარო ინტერესის დაცვასთან. ამასთან, ამავე პრობლემას ეხება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის 1-ლი აბზაცის 1-ლი წინადადება და სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-14 მუხლის 1-ლი აბზაცის 1-ლი წინადადება. ადვოკატის უფლება საადვოკატო საიდუმლოებაზე მოიცავს, ასევე, ადვოკატსა და მიმდღობს შორის წერილობით და ზეპირ შეტყობინებებს. აქვე, საგულისხმოა ადვოკატის უფლება, უარი თქვას საიდუმლოების გაცემაზე,⁷³ რაც საპროცესო სამართლითაცაა აღიარებული.

საქმე ისაა, რომ საერთაშორისო ხელშეკრულებები საქართველოსთვის მნიშვნელოვანია, ვინაიდან მათ უპირატესი იურიდიული აქვს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიმართ, თუ არ ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციას, კონსტიტუციურ შეთანხმებას.⁷⁴ ამასთან, „ნორმატიული აქტების შესახებ“ კანონის მე-7 მუხლის 1-ლი პუნქტი და „საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ კანონის მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტი საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებას განიხილავს საქართველოს კანონმდებლობის განუყოფელ ნაწილად.

აღსანიშნავია, რომ საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფამ შეიძლება კერძო ცხოვრება შელახოს. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, საადვოკატო საიდუმლოებასა და კერძო ცხოვრებას შორის შეიძლება მჭიდრო კავშირი არსებობდეს. მოცემულ შემთხვევაში საქმე შეიძლება შეეხოს საცხოვრებლის, კორესპონდენციების დაცვას, ადვოკატის შეხვედრას კლიენტთან წინააღმდეგობების გარეშე. შესაბამისად, შესაძლებელია, კერძო სფეროს ინტერპრეტაციის (ევროკონვენციის მე-8 მუხლი) საფუძველზე საადვოკატო საიდუმლოების შელახვამ გამოიწვიოს კერძო ცხოვრების ხელყოფა.⁷⁵

⁷⁰ Hoffet F., Seckler D., Vom Anwaltsgeheimnis zum “Legal Privilege”, in: SJZ, 101 (2005), Nr. 14, 334.

⁷¹ Meiss R. Von, Die persönliche Geheimnisse und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diesenhofen, Rüegger Verlag, 1975, 176-177, 211-212.

⁷² Wolf Chr./ Hasenstab S., Die grenzüberschreitenden Schutz des Anwaltsgeheimnisses in Europa, Kollisionsrechtliche Überlegungen anlässlich der EuGH-Rechtssache Akzo Akros, in: Brak-Mitt. 4/2010, 151.

⁷³ იქვე, 151-154, 155-157.

⁷⁴ საქართველოს კონსტიტუცია, 24/08/1995, მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁷⁵ Spielmann D., Das anwaltliche Berufsgeheimnis in der Rechtstprechung des EGMR, in: AnwaltsBlatt, Jahrgang 60, 6/2010, 373-380; ამ საკითხებთან დაკავშირებით იხ. Niemietz v. Germany, 16/12/1992, Wieser Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, 16/10/2007, Tamosius v. UK, 19/09/2002.

საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის ხანგრძლივობაც უკავშირდება როგორც თვით ამ პროფესიული საიდუმლოების, ისე კერძო სფეროს ხელყოფის საფრთხეს. სსკ-ის 714-ე მუხლის მე-2 ნაწილით განმტკიცებულია, რომ ფაქტების გაუხმაურებლობის მოვალეობა გრძელდება სახელშეკრულებო ურთიერთობის დამთავრების შემდეგაც. ის ადვოკატმა უნდა დაიცვას გასული დროის მიუხედავად.⁷⁶ ხელშეკრულება წყდება მარწმუნებლის გარდაცვალებით, თუ სხვა რამ არაა შეთანხმებული. ამდენად, სხვა შეთანხმებისას შეიძლება დავალების ხელშეკრულება არ მოიშალოს და ამიტომ არც მინდობილობა უქმდება. ამ შემთხვევაში გარდაცვლილ დავალების მიმცემს ენაცვლება მისი მემკვიდრე, რომელსაც შეუძლია ხელშეკრულების მოშლა, რაც უნდა აცნობოს რწმუნებულს. ხელშეკრულება რწმუნებულისთვის გაგრძელებულად ჩაითვლება, ვიდრე რწმუნებულს არ ეცნობება ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძვლები.⁷⁷ თუ დავალების ხელშეკრულება წყდება მარწმუნებლის გარდაცვალების გამო, ხელშეკრულება გაგრძელებულად ჩაითვლება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ხელშეკრულების აღსრულების დაყოვნება მემკვიდრეს ზიანის მიყენების საფრთხეს უქმნის, მემკვიდრე კი არ იღებს აუცილებელ ზომებს.⁷⁸

პრობლემაა, თუ რამდენად აქვთ მემკვიდრეებს მამკვიდრებლის წარმოდგენის უფლებამოსილება, ვინაიდან ისინი არ არიან საიდუმლოს მფლობელები, ხოლო უადრესად პერსონალური უფლებები არ შეიძლება მემკვიდრეობით გადავიდეს.⁷⁹ თუმცა საიდუმლოს დაცვის მოვალეობა ფართოა და კლიენტთა გარდაცვალების შემდეგაც გრძელდება.⁸⁰ საადვოკატო საიდუმლოება კლიენტის მემკვიდრეებთან დაკავშირებითაც მოქმედებს და ადვოკატს შეუძლია (და ადვოკატი მოვალეა) მათთან ურთიერთობაში საიდუმლოს დაცვის მოვალეობა დაიმოწმოს. ამასთან, საადვოკატო საიდუმლოება მესამე პირებთან დაკავშირებით შეუზღუდავად დასაცავი, შესაბამისად, მემკვიდრეებთან ურთიერთობის დროსაც.⁸¹ თუმცა ანგარიშის ჩაბარების შესახებ სახელშეკრულებო უფლება ძირითადად სახელშეკრულებო ურთიერთობის შემდეგაც განაგრძობს არსებობას და გადადის სრულად მემკვიდრეებზე. ამ გაგებით, თითოეული უფლებამოსილი პირი (დამცველი) დავალების მიმცემის მიმართ ანგარიშვალდებული იქნებოდა; ასევე, დამცველი მოვალეა, დაიცვას მანდატი მესამე პირებისგან, თუ მისთვის მინდობილი ინფორმაციის განსაჯაროება უარყოფით ზეგავლენას მოახდენდა შემკვეთზე.⁸² ამდენად, საადვოკატო საქმიანობის ჯეროვანი შესრულება და მართლწესრიგის დაცვა დამოუკიდებლობის პრინციპის საფუძველზე ადვოკატსა და კლიენტს შორის ნდობაზე აგებული ურთიერთობისა თუ საადვოკატო საიდუმლოების უზრუნველყოფის წინაპირობაა.⁸³

საქმე ისაა, რომ ღირსების დაცვის გზით შესაძლებელია გარდაცვლილის საადვოკატო საიდუმლოების დაცვა. ამასთან, ღირსების დაცვა კონსტიტუციურ რანგში აყვანილი პრინციპია, რომელსაც არ შეიძლება რომელიმე ქვემდგომი კანონით („სიტყვისა და გამოხატვის შესახებ“ კანონი) განსაზღვრული დებულება ეწინააღმდეგებოდეს. აღნიშნულს ლოგიკურად უკავშირდება კერძო ცხოვრება. მნიშვნელოვანია გარდაცვლილის სსოვნის დაცვა, რომელიც ესოდენ ორგანული და იმანენტურია ჩვენი რეალობისთვის.⁸⁴ ამას-

⁷⁶ საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, №976-III, №5036-II-სსმ, 20/06/2001, მე-7 მუხლის 1-ლი პუნქტის „ა“ და „ბ“ პუნქტები; ადვოკატისთვის განდობილი ინფორმაციის დაცვის მოვალეობის შესახებ იხ., Münch H., Der Schutz des Einzelnen vor Presseveröffentlichungen durch den Deutschen Presserat und die britische Press Complaints Commission, Eine Untersuchung zur Spruchpraxis unter besonderer Berücksichtigung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes der Privatsphäre (Dissertation), Konstanz, 2001, 51, იხ. ინტერნეტგვერდზე: <www.buskeismus.de/literatur/privatsphaere-muebcg.pdf> [10.07.09]; იხ. Boner W., Aktuelle Entwicklungen im Anwaltsrecht, Weiterbildungsveranstaltung des Aergauschen Anwaltsverbandes AAV vom 24. September 2009, 6.

⁷⁷ სსკ, №786-III, 26/06/1997, 721-ე მუხლის მე-3 ნაწილი.

⁷⁸ იქვე, მე-2 ნაწილი, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაცოტრების საქმეთა პალატის 2006 წლის 8 სექტემბრის განჩინება (№ას-39-486-06).

⁷⁹ Künzle H. R., Interessenskollision im Erbrecht: Willensvollstrecker, Notar, Anwalt, SJZ 108/2012, 1, 4-5.

⁸⁰ Dorjee-Good A., Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren (BGE 135 III 597), Successio Heft Nr. 4/2010, 301.

⁸¹ Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 15. September 2009 (4A_15/2009) (privatrecht), Das Anwaltsgeheimnis nach dem Tode des Klienten, mit Bemerkungen von Prof. Dr. iur. I. Fargnoli, 6.

⁸² Dorjee-Good A., Das Anwaltsgeheimnis ist auch gegenüber den Erben des Klienten zu wahren (BGE 135 III 597), Successio Heft Nr. 4/2010, 300.

⁸³ იქვე, 301; ასევე, იხ., Boner W., Aktuelle Entwicklungen im Anwaltsrecht, Weiterbildungsveranstaltung des Aergauschen Anwaltsverbandes AAV vom 24. September 2009, 16.

⁸⁴ ბიჭია მ., პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბილისი, 2012, 247-259.

თან, საადვოკატო საიდუმლოებაში შეიძლება კერძო სფერო გამოვლინდეს. ამიტომ ზემოაღნიშნული ასპექტებმა შეიძლება კერძო ცხოვრება შელახოს ან მისი ხელყოფის საფრთხე შექმნას. ამდენად, საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის ეფექტური ფორმებისა და გარანტიების ჩამოყალიბება კერძო სფეროს დაცვის ერთ-ერთი საფუძველია.

4. პასუხისმგებლობა კერძო ცხოვრებისა და საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფისთვის

თუ ადვოკატი არ იცავს საადვოკატო საიდუმლოებას და პროფესიული ეთიკის კოდექსს, მაშინ შეიძლება მის მიმართ დადგეს დისციპლინური პასუხისმგებლობა.⁸⁵ ადვოკატის მიმართ გამოსაყენებელი დისციპლინური სახდელის სახეებია: გაფრთხილება, საადვოკატო საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა 6 თვიდან 3 წლამდე; საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის წევრობის შეწყვეტა.⁸⁶ ამასთან, ადვოკატთა ასოციაციის წევრობის შეწყვეტის ერთ-ერთი საფუძველია ადვოკატის მიმართ კანონიერ ძალაში შესული სასამართლოს გამამტყუნებელი განაჩენი განაზრახვის დანაშაულის ჩადენისთვის.⁸⁷ ადვოკატს სამართალდარღვევის ჩადენისთვის ეკისრება პასუხისმგებლობა საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი საერთო წესით.⁸⁸ თუ ჩადენილი ქმედება დანაშაულის ნიშნებს შეიცავს, შეიძლება დადგეს დელიქტური პასუხისმგებლობა ან სამოქალაქო და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა ერთად. ამასთან, შესაძლებელია წესების დარღვევისთვის სისხლისსამართლებრივი და დისციპლინარული სანქციების კუმულაციურად გამოყენება.⁸⁹

კერძო ცხოვრების დაცვის მიზნებიდან გამომდინარე, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფისთვის სამოქალაქო პასუხისმგებლობის განხილვა, რაც დისციპლინური პასუხისმგებლობისგან განსხვავდება. საქმე ისაა, რომ საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის უფლების, როგორც აბსოლუტური უფლების შელახვით, დელიქტური ურთიერთობა წარმოიშობა.⁹⁰ ამ ურთიერთობის სუბიექტებად გვევლინება დაზარალებული – კრედიტორი (როგორც ფიზიკური, ისე იურიდიული პირი) და ზიანის მიმყენებელი – მოვალე, რომელიც შეიძლება იყოს მხოლოდ დელიქტუარიათა პირი. თუმცა სსკ-ის 992-ე მუხლით ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა გულისხმობს გარკვეულ გარემოებათა სტრუქტურას, სახელდობრ, უნდა არსებობდეს პასუხისმგებლობის რამდენიმე წინაპირობა. მათ განეკუთვნება ქმედების შემადგენლობა, მართლწინააღმდეგობა, სამართალდარღვევისთვის პასუხისმგებლობის მოვალეობა/ბრალეულობა, ზიანი, პასუხისმგებლობის გამომწვევი მიზეზობრიობა, სამართლებრივი შედეგები: ზიანის ანაზღაურება, პასუხისმგებლობის გამორიცხვა და შემცირება.⁹¹ უპირველეს ყოვლისა, არასათანადო პრაქტიკის წარმოებისთვის ზიანის მიყენების შემთხვევაში ადვოკატს (წარმომადგენელს) შეიძლება დაეკისროს სამოქალაქო პასუხისმგებლობა. მაგალითად, ადვოკატი დაახლოებით ათი წლის განმავლობაში ეწეოდა საადვოკატო საქმიანობას და საგულდაგულოდ იცავდა კლიენტის ინფორმაციას. თუმცა ერთხელ ადვოკატის ოთახის კეთილმოწყობლობის გამო ადვოკატმა კლიენტის შესახებ მონაცემები (მათ შორის, ინტიმური ინფორმაციის შემცველი მტკიცებულებები) დროებით შეიტანა სხვა ადვოკატის ოთახში, რომელშიც სხვა კლიენტებიც შედიოდნენ. ადვოკატის საშუალო ოთახში რამდენიმეჯერ კლიენტების მართლ დატოვების გამო ისინი გაეცნენ საიდუმლო ინფორმაციას. მათ ეს ინფორმაცია გამოიყენეს თვით საიდუმლოს მფლობელის წინააღმდეგ, რის გამოც დამცველმა ეს საქმე

⁸⁵ საქართველოს კანონი „ადვოკატთა შესახებ“, №976-III, №5036-II-სსმ, 20/06/2001, 32-ე მუხლი 1-ლი პუნქტის „ა“ და „ბ“ პუნქტები.

⁸⁶ იქვე 34-ე მუხლი 1-ლი და მე-2 პუნქტები.

⁸⁷ იქვე, 21³-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის „დ“ პუნქტი.

⁸⁸ იქვე, 36-ე მუხლი.

⁸⁹ Meiss R. Von, Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diesenhofen, Rüegger Verlag, 1975, 176-188. სისხლის საპროცესო სამართალში საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის სამართლებრივ ასპექტებზე იხ. მეფარიშვილი გ., ცხოვრება და კანონი, მე-2 შევსებული გამოცემა, თბილისი, 2008, 206-219.

⁹⁰ სსკ, №786-III, 26/06/1997, 317-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი და 992-1008-ე მუხლები.

⁹¹ Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 190-192; იხ. Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2006, 203-205.

წავაგო. აღნიშნულმა თავისთავად გამოიწვია ზიანი, რომელიც შეიძლება ქონებრივი ან/და არაქონებრივი ხასიათის იყოს.

სსკ-ის 992-ე მუხლით დადგენილი ვალდებულების წარმოსაშობად, უპირველეს ყოვლისა, უნდა არსებობდეს *ქმედების შემადგენლობა*, რომელიც სამ კომპონენტს მოიცავს: სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფას, ადამიანის მოქმედებით ქმედების შემადგენლობის განხორციელებასა და მიზეზობრიობას, რომელიც ვალდებულების საფუძველია. აქ საქმე შეიძლება შეეხოს სსკ-ის მე-18 და 992-ე მუხლებით დაცული სამართლებრივი სიკეთის ან უფლების ხელყოფას, თუ პიროვნული უფლებები შეილახა. კანონით ამომწურავადაა წარმოდგენილი სამართლებრივი სიკეთეები. შესაბამისად, არ შეიძლება მათი ანალოგიით გაფართოება. აღნიშნულ ნორმაში უფლებები მოქნილადაა მოცემული და არაა ამომწურავი, კერძოდ, კანონით დასახელებულია საკუთრება და „დანარჩენი უფლებები“, რომლებიც, საკუთრების მსგავსად, აბსოლუტური ხასიათისაა. „დანარჩენ უფლებად“ მოიხსენიებენ ზოგად პიროვნულ უფლებას.⁹² ის პიროვნულ უფლებებს უკავშირდება და ზოგადად, კერძო სფეროს გამოვლენის ფორმებსაც შეიძლება შეეხოს. ამასთან, ქონებრივი ზიანი ანაზღაურდება მხოლოდ იმ პიროვნული სიკეთეების შელახვისას, რომლებიც სსკ-ის მე-18 მუხლშია ჩამოთვლილი.⁹³ ასევე, მნიშვნელოვანია, გაფართოვდეს საქართველოს კონსტიტუციით გათვალისწინებული საკუთარი პიროვნების განვითარების თავისუფლება⁹⁴, რომელშიც ერთ-ერთ უფლებად მოიაზრება ზოგადი პიროვნული უფლება. მას უკავშირდება კერძო ცხოვრების დაცვის უფლებაც, რომლის ხელყოფაც შეიძლება გამოიწვიოს საადვოკატო საიდუმლოების შელახვამ. შესაბამისად, აქ შემთხვევების მიხედვით შესაძლებელია სსკ-ის მე-18 მუხლით დადგენილი მოთხოვნების დაყენება. თუმცა ასევე მნიშვნელოვანია სსკ-ის 992-ე მუხლი, რომელიც სსკ-ის მე-18 მუხლით პირდაპირ გაუთვალისწინებელ სიკეთეთა დაცვის საშუალებას იძლევა. ზიანის მიყენებისთვის სამოქალაქო პასუხისმგებლობა დგება, თუ კუპულაციურად არსებობს ზიანი, ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ამ ქმედებასა და ზიანს შორის მიზეზობრივი კავშირი და ბრალი („გენერალური დელიქტი“).⁹⁵

სადვოკატო საიდუმლოების დარღვევით შეიძლება კერძო ცხოვრება შეილახოს, რომელიც წარმოშობს *ზიანს*, ანუ ფიზიკური თუ იურიდიული პირის უფლების ან კეთილდღეობის შემცირებას, განადგურებას. სამართალდარღვევის მატერიალური შედეგი, თუ მას აქვს ღირებულებითი ფორმა, ცივილისტიკაში ქონებრივი ზიანია,⁹⁶ წინააღმდეგ შემთხვევაში, ის არაქონებრივი ხასიათისაა.⁹⁷ ამასთან, პიროვნებისთვის ზიანის მიყენებასაც შეიძლება ჰქონდეს ქონებრივი ხასიათი⁹⁸ ან დროის განსაზღვრულ მონაკვეთში ზიანი მხოლოდ არაქონებრივი ხასიათის იყოს და შემდეგ შეიძინოს მან ქონებრივი სახე.⁹⁹ შესაბამისად, არამატერიალური ზიანი წმინდა ფიზიკური ან ფსიქიკური ტანჯვაა, თუმცა შეიძლება იყოს არამხოლოდ არაქონებრივი, არამედ ქონებრივი სიკეთის ხელყოფის შედეგიც.¹⁰⁰

⁹² Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 190, 193; იხ. Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2006, 203.

⁹³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ლ. ჭანტურია), წ. I, თბ., 2002, 70, 71.

⁹⁴ საქართველოს კონსტიტუცია, 24/08/1995, მე-16 მუხლი.

⁹⁵ შენგელია რ., დელიქტური ვალდებულებები სამოქალაქო სამართალში, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის 80 წლისთავისადმი მიძღვნილ საიუბილეო კრებულში: „სახელმწიფოსა და სამართლის აქტუალური პრობლემები“ (რედ. რ. შენგელია), თბილისი, 2003, 184.

⁹⁶ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ლ. ჭანტურია), წ. მე-4, ტ. მე-2, თბილისი, 2001, 378-381.

⁹⁷ Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 192; იხ. Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2006, 205.

⁹⁸ შენგელია რ., ქონებრივი ზიანი და მისი ანაზღაურების ვალდებულება, თბილისი, 1991, 3; სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ნიშნებზე იხ. ზოიძე ბ., სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ცნებისთვის, საქართველოს სსრ მეცნიერებათა აკადემიის „მაცნე“, ეკონომიკისა და სამართლის სერია, №3, 1985, 85-95.

⁹⁹ ნინიძე თ., მორალური ზიანი სამოქალაქო სამართალში, ჟურნ. „საბჭოთა სამართალი“, №2, 1978, 45, 54-55.

¹⁰⁰ Беляцкий С., Возмещение морального (неимущественного) вреда, в Ежедневном юридическом газете «Право», воскресенье 24 июля, 1911, №29, 1614-1615; იხ. Зейц А., Возмещение морального вреда по советскому праву, в журнале «Еженедельник советской юстиции», 1927, №47, 1465; ასევე იხ. Hütte F./ Helborn M., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bremsen, 2005, 342.

სსკ-ის 992-ე მუხლით საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფის გამო ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების წარმოსაშობად უნდა არსებობდეს *ქმედების მართლწინააღმდეგობა*.¹⁰¹ საადვოკატო საიდუმლოება შეიძლება შეიღაზოს როგორც მოქმედებით, ისე უმოქმედობით (ქმედება). თუმცა ვალდებულების წარმოსაშობად არ აქვს მნიშვნელობა, ქმედების შემადგენლობა უმოქმედობით განხორციელდა თუ მოქმედებით.¹⁰² ამასთან, არამართლზომიერმა მოქმედებამ შეიძლება ხელყოს სხვადასხვა ნორმით დაცული პირის კონკრეტული უფლება,¹⁰³ კერძოდ, საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის უფლება, რომლის შელახვამ შეიძლება კერძო ცხოვრების ხელყოფა გამოიწვიოს. მართლწინააღმდეგობა შეიძლება მოიცავდეს პირადი სფეროდან მონაცემების უნებართვოდ გავრცელებასა თუ არაკანონიერი გზით მიღებას. თუმცა, აქვე უნდა გაირკვეს, არის თუ არა გარემოებები (თანხმობა, საჯარო ინტერესი, საზოგადოებრივი დაინტერესება), რომლებიც სამოქალაქოსამართლებრივ პასუხისმგებლობას გამორიცხავს.¹⁰⁴

როგორც ითქვა, საადვოკატო ბიუროებში უნდა იყოს სათანადო პირობები, რათა მესამე პირებს არ ჰქონდეთ კლიენტის საიდუმლო ცნობების გაცნობის საშუალება,¹⁰⁵ ადვოკატმა არ უნდა შეუქმნას საფრთხე კლიენტის ინტერესებსა და საიდუმლოების დაცვას. ადვოკატი უნდა ზრუნავდეს მიმნდობის იმუნიტეტის უზრუნველყოფასა და დაცვაზე.¹⁰⁶ აღნიშნული წესების დარღვევა მიუთითებს ადვოკატის მართლსაწინააღმდეგო ქმედებაზე, რომელმაც შეიძლება ბრალეულობისას დელიქტური პასუხისმგებლობა გამოიწვიოს.¹⁰⁷

საადვოკატო პასუხისმგებლობის შელახვისთვის სსკ-ის 992-ე მუხლით დადგენილი პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად აუცილებელია *მიზეზობრიობის* შესწავლა, ესე იგი, სწორედ მართლსაწინააღმდეგო ქმედების განხორციელების ადეკვატური შედეგი უნდა იყოს მოცემული ზიანი. ამდენად, პასუხისმგებლობის წარმოსაშობად საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფასა და ზიანს შორის ადეკვატური მიზეზობრივი კავშირი უნდა არსებობდეს.¹⁰⁸

პრაქტიკასთან ყველაზე ახლოს მდგომი პირდაპირი და არაპირდაპირი მიზეზობრივი კავშირის თეორიის მიხედვით, მიზეზობრივი კავშირი არის ობიექტური კავშირი, რომელიც ადამიანის ცნობიერებისა და ნებისგან დამოუკიდებლად არსებობს. ქმედებასა და შედეგს შორის მიზეზობრივი კავშირის საკითხი, პრაქტიკულად, დგება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სამართალდარღვევა მთავრდება მართლსაწინააღმდეგო შედეგით ან თუ ამგვარი შედეგის დადგომის კონკრეტული საფრთხე შეიქმნა.¹⁰⁹ ამასთან, თუ მოქმედებასა და საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფას შორის კავშირი მხოლოდ არაარსებითია და ზიანი გამოწვეულია სხვა მიზეზებით, მაშინ მოცემულ შემთხვევაში ქონებრივი პასუხისმგებლობა არ დადგება.¹¹⁰

თუმცა საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფის გამო შეიძლება წარმოიშვას არაქონებრივი ზიანი, რომელთან დაკავშირებითაც გამოიყენება არამატერიალური ზიანის არსებობის პრეზუმფცია. ესე იგი, მართლსაწინააღმდეგო ქმედების ჩადენით ივარაუდება, რომ პირს არაქონებრივი ზიანი მიაღდა (ვიდრე ამის საწინააღმდეგო დამტკიცდება). აქედან გამონაკლისი შეიძლება შეეხოს ფსიქიკურად დაავადებულ პირს, ვინა-

¹⁰¹ Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 191; იხ. Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2006, 204; ასევე აღნიშნულზე იხ. Perger T., Ehrenschutz von Soldaten in Deutschland und anderen Staaten, Köln, (TUP-Productions) (Dissertation), 2003, 84, <<http://ub.unibw-muenchen.de/dissertationen/ediss/perger-tilmann/inhalt.pdf>> [10.09.10].

¹⁰² Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Aufl., Grasberg bei Bremen, 2003, 190-191.

¹⁰³ შენგელია რ., ქონებრივი ზიანი და მისი ანაზღაურების ვალდებულება, თბილისი, 1991, 4.

¹⁰⁴ აღნიშნულის შესახებ იხ., Münch H., Der Schutz des Einzelnen vor Presseveröffentlichungen durch den Deutschen Presserat und die britische Press Complaints Commission, Eine Untersuchung zur Spruchpraxis unter besonderer Berücksichtigung des zivilrechtlichen Rechtsschutzes der Privatsphäre (Dissertation), Konstanz, 2001, 124-126.

¹⁰⁵ Meiss R. Von, Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diesenhofen, 1975, 110-111.

¹⁰⁶ Пилипенко Ю., Основные направления исследования адвокатской тайны, Часопис Академії адвокатури України, №2, 2009, 22-24, <<http://www.nbu.gov.ua/e-journals/Chaau/2009-1/09pysiat.pdf>> [06.02.10].

¹⁰⁷ სსკ, №786-III, 26/06/1997, 992-ე მუხლი.

¹⁰⁸ Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II _ Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 192.

¹⁰⁹ ნაჭყებია გ., სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, თბ., 2011, 264-265.

¹¹⁰ შენგელია რ., ქონებრივი ზიანი და მისი ანაზღაურების ვალდებულება, თბილისი, 1991, 5.

იდან მას არ ძალუძს საკუთარი უფლებების შელახვისა და ფიზიკური თუ სულიერი ტანჯვის არარსებობის გაცნობიერება.¹¹¹

საადვოკატო საიდუმლოების შელახვისთვის პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად განსასაზღვრია, ასევე, **ბრალეულობის საფუძველზე პასუხისმგებლობის აღების მოვალეობა**. აქ უნდა გაირკვეს, შესწევს თუ არა პირს უნარი, ავოს პასუხი საკუთარი ქონებით, ანუ საკმარისია თუ არა პირის ქონება ზიანის ასანაზღაურებლად, რაც მის ქონებრივ მდგომარეობას ეხება. აღნიშნული უკავშირდება პირის ბრალეულობას – იგი განზრახ მოქმედებდა თუ გაუფრთხილებლობით.¹¹²

ამდენად, ზოგადი წესის მიხედვით, საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფისთვის სამოქალაქო პასუხისმგებლობა როგორც ქონებრივი, ისე არაქონებრივი ზიანისთვის დადგება ზიანის, მართლწინააღმდეგობის, მიზეზობრივი კავშირისა და ბრალის ერთდროულად არსებობის შემთხვევაში (სსკ-ის 992-ე მუხლი). შესაბამისად, ცივილისტიკაში გამოიყენება ზიანის მიმყენებლის ბრალეულობის პრეზუმფციის პრინციპი, რომლის თანახმად, ზიანის მიმყენებელი მიიჩნევა ბრალეულად, თუ ის ბრალის არარსებობის მომენტს არ დაამტკიცებს. ამიტომაც, რომ მტკიცების ტვირთი მხარეებს შორის უნდა გადაწილდეს.¹¹³

ამასთან, ცივილისტიკაში იცნობენ აქედან გამონაკლის წესსაც, როდესაც არამატერიალური ზიანისთვის შეიძლება პასუხისმგებლობა დადგეს ბრალის გარეშე. არაქონებრივი ზიანისთვის ბრალის გარეშე სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა დადგება, თუ ზიანი მიადგა ფიზიკური პირის სიცოცხლეს ან ჯანმრთელობას მომეტებული საფრთხის წყაროთი; ასევე, სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაში უკანონო მიცემის, დაკავების ან მის მიმართ ადმინისტრაციული სახდელის უკანონო შეფარდების დროს; პატივის, ღირსების თუ სახელის ხელყოფი ცნობების გავრცელების და სხვა შემთხვევებში.¹¹⁴ აქ არამატერიალური ზიანისთვის პასუხისმგებლობა ეკისრება არა თვით ზიანის მიმყენებელს, არამედ სუბიექტებს, რომლებიც, კანონის ძალით, იღებენ საკუთარ თავზე მატერიალურ პასუხისმგებლობას ზიანის მიმყენებლის მიერ გამოწვეული ზარალისთვის. მაგალითად, თუ სახელმწიფო მოსამსახურის უკანონო ქმედებას მოჰყვება არაქონებრივი ზიანი, ზიანისთვის პასუხს აგებს სახელმწიფო; თუ სინამდვილესთან შეუსაბამო ინფორმაცია გავრცელდა, რამაც გამოიწვია კერძო სფეროს ხელყოფა, არამატერიალური ზიანისთვის პასუხისმგებელია მასობრივი ინფორმაციის საშუალებები.¹¹⁵ თუმცა პირადი ცხოვრების ბრალეული შელახვის შემთხვევაში საჯარო მოსამსახურეები სახელმწიფოსთან ერთად სოლიდარულად აგებენ პასუხს. ამასთან, სახელმწიფო ორგანოს (თანამდებობის პირის) ბრალეულობის პრეზუმფცია ყოველთვის არსებობს და სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანო პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლდება, თუ ბრალის არარსებობას დაამტკიცებს.¹¹⁶ ზემოაღნიშნული უკავშირდება სსკ-ის 413-ე მუხლს, რომლითაც არამატერიალური ზიანი ანაზღაურდება სხეულის დაზიანების ან ჯანმრთელობისთვის ვნების მიყენების დროს. ეს ნორმა სსკ-ის 1005-ე მუხლთან ერთად უნდა განიხილებოდეს. ამასთან, სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის საკითხი დელიქტური ვალდებულებების საფუძველზე უნდა გადაწყდეს.¹¹⁷

ბრალის გარეშე პასუხისმგებლობის დროს ნეგატიური პასუხისმგებლობა მისი პოზიტიური ასპექტისგან მოწყვეტილია და იგი სხვა რამეა, ვიდრე პასუხისმგებლობა. ზიანის მიყენებიდან წარმოშობილ სამოქალა-

¹¹¹ ბარაბაძე ნ., მორალური ზიანის ანაზღაურების უფლების წარმოშობის საფუძვლები, ჟურნ. „ადამიანი და კონსტიტუცია“, №3, 2005, 69-71.

¹¹² Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 192; ბრალის ფორმების (განზრახვა და გაუფრთხილებლობა) შესახებ იხ. Schlechtriem P., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5., neubearbeitete Aufl., Tübingen, 2003, 169-173. გაუფრთხილებლობასთან დაკავშირებით იხ., Hütte F./ Helborn M., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bremsen, 2005, 204, 206-207.

¹¹³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, (რედ. ლ. ჭანტურია), მე-4, ტ. მე-2, თბ., 2001, 378-387.

¹¹⁴ ბარაბაძე ნ., მორალური ზიანის ანაზღაურების უფლების წარმოშობის საფუძვლები, „ადამიანი და კონსტიტუცია“, №3, 2005, 72-73.

¹¹⁵ ახვლედიანი ზ., ვალდებულებითი სამართალი, თბილისი, 1999, 73-74.

¹¹⁶ ბარაბაძე ნ., მორალური ზიანი და მისი ანაზღაურების პრობლემა, თბილისი, 2012, 196.

¹¹⁷ Schmidt R., Schuldrecht Besonderer Teil II – Gesetzliche Schuldverhältnisse, 1. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2003, 167; იხ. Medicus D., Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 13., neubearbeitete Aufl., München, 2002, 271; იხ., Hütte F. / Helborn M., Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bremsen, 2005, 371.

ქოსამართლებრივ ურთიერთობაში უპასუხისმგებლობის ცნება გამოდგება აბსოლუტური უფლების მიმართ, რომლის დარღვევაც წარმოშობს დელიქტურ ვალდებულებას. ამდენად, დელიქტურ ვალდებულებას წინ უსწრებს აბსოლუტური სამართლებრივი ურთიერთობა და ზიანიც აქ დგება. ამ შემთხვევაში ახალი ვალდებულება წარმოიშობა. არასახელშეკრულებო ვალდებულებისაგან განსხვავებით, სახელშეკრულებო ურთიერთობაში არსებობს პასუხისმგებლობის პოზიტიური ასპექტი, ვინაიდან სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევისას ახალი სახელშეკრულებო ვალდებულება არ წარმოიშობა და მხარე ამ ვალდებულების შესრულებას პასუხისმგებლობით უნდა მოეცილოს.¹¹⁸

კლიენტის საიდუმლო სფერო შეილახება, თუ ფიდუციური ურთიერთობის საფუძველზე კლიენტის საიდუმლოების შესახებ გაგებულ ცნობებს ადვოკატი მესამე პირებს გადასცემს ან მათთვის ხელმისაწვდომს გახდის. ამით ადვოკატი არღვევს, ასევე, დავალების ხელშეკრულებაში განსაზღვრულ სანდოობის მოვალეობას.¹¹⁹ ამიტომ დავალების ხელშეკრულების შეუსრულებლობისას კლიენტს შეუძლია ვალდებულებითი სამართლის ნორმებით ხელმძღვანელობა.¹²⁰ თუმცა აქ, ალბათ, უფრო ქონებრივი ინტერესის დაკმაყოფილება უნდა მოიაზრებოდეს.

მართალია, აუცილებელია ზემოთ ჩამოთვლილი წესების დაცვა, რათა თავიდან იქნეს აცილებული საადვოკატო საიდუმლოების (და შესაბამისად, კერძო ცხოვრების) შელახვა ან ხელყოფის საფრთხე, თუმცა აქედან გამონაკლისი წესებიც დაშვებულია. სახელდობრ, საიდუმლოს მფლობელის (კლიენტის) ან საადვოკატო საქმიანობაზე სამეთვალყურეო ორგანოს წერილობითი თანხმობის არსებობისას საიდუმლოების გამჟღავნება არაა დასჯადი.¹²¹ ამასთან, ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსით, თუ ადვოკატის მიერ ინფორმაციის გამჟღავნება აუცილებელია მის მიმართ წაყენებული ბრალდებისაგან თავის დასაცავად. ასევე, თუ მიმდობის (ან მესამე პირების) პირადი (ინტიმური) ცხოვრების შესახებ ცნობები ადვოკატმა შეიტყო კანონიერი გზით არა თვით კლიენტისაგან (ან თვით კლიენტისგან), მაშინ ადვოკატს შეუძლია ამ ცნობების გამოყენება მისი დაცვის ქვეშ მყოფი პირის პასუხისმგებლობის შემსუბუქების მიზნით.¹²² ამავე დროს, კლიენტის ინტერესების პრიორიტეტულობის პრინციპის მიხედვით, ადვოკატმა ყოველთვის უნდა იმოქმედოს კლიენტის ინტერესებიდან გამომდინარე და დააყენოს ისინი პირად და სხვა პირების ინტერესებზე მაღლა.¹²³

5. კერძო ცხოვრებისა და საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფიდან წარმოშობილი მოთხოვნები

სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილეებს (ადვოკატებსაც) შეუძლიათ განახორციელონ კანონით აუკრძალავი, მათ შორის, კანონით პირდაპირ გაუთვალისწინებელი ნებისმიერი მოქმედება,¹²⁴ თუმცა ესეც გარკვეულ ფარგლებშია მოქცეული. თუ ზემოთ დასახელებული ნორმების შელახვამ გამოიწვია ბრალეულად კლიენტის საიდუმლოების ხელყოფა, ადვოკატი პასუხს აგებს სამოქალაქოსამართლებრივი წესით.

როგორც ჩანს, საადვოკატო საიდუმლოების საფუძველი შეიძლება იყოს გარიგება. შესაბამისად, ვალდებულებითი ურთიერთობის ფარგლებში მიყენებული ზიანი უნდა განიხილებოდეს სახელშეკრულებო მოთხოვნის წინაპირობად და საკითხი უნდა დადგეს თვით შეფარდებითი ურთიერთობის სპეციფიკის გათვალისწინებით. შესაბამისად, სახელშეკრულებო მოთხოვნა უკავშირდება არა აბსოლუტური უფლების, არამედ შეფარდებითი უფლების შელახვას.

¹¹⁸ ნაჭყებია გ., ბრალი, როგორც სოციალური ფილოსოფიის კატეგორია, თბილისი, 2001, 272-273, 173.

¹¹⁹ სსკ, №786-III, 26/06/1997, 709-723-ე მუხლები.

¹²⁰ Meiss R. Von, Die persönliche Geheimisphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren, Diesenhofen, 1975, 188-189.

¹²¹ იქვე, 179; ასევე, იხ. Beschluss der Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte vom 2. September 2004, 4-5.

¹²² Красавчикова Л., Личная жизнь граждан под охраной закона, М., 1983, 155.

¹²³ სსიპ „საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის“ ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, 15/04/2006, მე-3, მე-4 და მე-5 მუხლები.

¹²⁴ სსკ, №786-III, 26/06/1997, მე-10 მუხლის მე-2 ნაწილი.

ასევე საგულისხმოა, რომ საადვოკატო საიდუმლოების დაცვის უფლება (კერძო ცხოვრების დაცვის უფლების მსგავსად) აბსოლუტური უფლებაა, რომლის ხელყოფაც წარმოშობს დელიქტურ ვალდებულებას. ამდენად, გასარკვევია, საადვოკატო საიდუმლოების ხელყოფა სახელშეკრულებო ხასიათისაა თუ არასახელშეკრულებო (დელიქტური). შესაბამისად, თუ საადვოკატო საიდუმლოების დარღვევას მოჰყვება კერძო ცხოვრების შელახვა, ცხადია, ზიანის ხასიათის გარკვევა კერძო სფეროს დაცვასაც მოემსახურება. ეს პრობლემა რამდენიმე წინაპირობის დადგენას უკავშირდება. სამართლებრივი მოთხოვნების დროს აღსანიშნავია მტკიცების ტვირთის საკითხი. საქმე ისაა, რომ სახელშეკრულებო მოთხოვნის დროს მოვალემ უნდა ამტკიცოს, რომ ვალდებულების შეუსრულებლობა განპირობებულია გარე ფაქტორებით და ბრალი მას ამ ზიანის დადგომაში არ მიუძღვის. რაც შეეხება არასახელშეკრულებო მოთხოვნას, აქ დაზარალებულს ეკისრება მოპასუხის ბრალეულობის მტკიცების ტვირთი.¹²⁵

ამასთან, გასარკვევია მოთხოვნათა ხანდაზმულობის საკითხიც. სსკ-ის 130-ე მუხლის თანახმად, სახელშეკრულებო ხანდაზმულობის ვადის ათვლა იწყება იმ დროიდან, როცა პირმა შეიტყო ან უნდა შეეტყო უფლების ხელყოფის შესახებ. ამიტომ სახელშეკრულებო მოთხოვნა შეიძლება ხანდაზმული იყოს. თუმცა ამ შემთხვევაში შეიძლება არასახელშეკრულებო მოთხოვნა იყოს ნამდვილი, რადგან ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლების სამწლიანი ვადა აითვლება იმ მომენტიდან, როცა დაზარალებულმა შეიტყო ზიანის ან ზიანის ანაზღაურებაზე ვალდებული პირის შესახებ.¹²⁶ ამავე დროს, მხედველობაშია მისაღები ზოგადი და სპეციალური ნორმის მიხედვით. აქვე უნდა დადგინდეს, აღმოჩნდება თუ არა ერთ-ერთი მხარე, მეორე მხარესთან შედარებით, გაცილებით ცუდ მდგომარეობაში. გასათვალისწინებელია სამართალშეფარდების გამარტივების საკითხიც.¹²⁷

სამართლის შეფარდების პროცესში მოსამართლე შებოჭილი არაა მითითებული სამართლებრივი საფუძვლით; რა თქმა უნდა, უპირატესობა უნდა მიენიჭოს მოთხოვნის იმ საფუძველს, რომლის წინაპირობების დადგენა ყველაზე სწრაფად და იოლად არის შესაძლებელი. ასევე, უნდა განისაზღვროს, რომელი მოთხოვნის საფუძვლის გამოყენება გამოიწვევს ყველაზე მცირე საპროცესო ხარჯებს.¹²⁸ შესაბამისად, ზემოთ დასახელებული პირობების მიხედვით, უნდა დადგინდეს მოთხოვნის ის სამართლებრივი საფუძველი, რომლის შედეგად ეკონომიკური და სამართლებრივი თვალსაზრისით ყველაზე უფრო შეესაბამება მოთხოვნის მიზანს.¹²⁹

¹²⁵ დუნდუა მ., დელიქტური პასუხისმგებლობისა და სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის თანაფარდობა, „სამართლის ჟურნალი“, №1, 2009, 56.

¹²⁶ სსკ, №786-III, 26/06/1997, 1008-ე მუხლი.

¹²⁷ ჩაჩავა ს., მოთხოვნებისა და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია, თბილისი, 2011, 187; იხ., Thost P., Die Anwendung des § 477 BGB auf Mangelfogeschäden (Dissertation), Hamburg, 2000, 131-133.

¹²⁸ ბოელინგი ჰ., ჭანტურია ლ., სამოქალაქო საქმეებზე სასამართლო გადაწყვეტილებათა მიღების მეთოდოლოგია, თბილისი, 2004, 44.

¹²⁹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2005 წლის 4 მარტის განჩინება (№ას-973-1208-04).

Civil Legal Protection of Private Life and Advocatory Secret

Michael Bichia*

Protection of the private lives is urgent from theoretical and practical point of view. The mentioned is proved with the fact that there is no sharp bounder between the private lives, which causes certain opacity too. Therefore, first of all, there is a capacity of concept of private life to be defined, to make those parties vivid, which may involve the private sector. In this sense, it is interesting what kind of reference exists between the private life and advocatory secret. However, in order to detect the reference between the mentioned benefits, it is necessary to define the spheres of advocatory secret. In addition, this problem has never been specially researched in Georgian legal literature before. Also, it is right that if we want to discuss protection of private life and advocatory secret, procedural legal aspects of the mentioned issues will be needed, but in this research mainly civil legal protection of private life and advocatory secret will be highlighted. The mentioned is especially interesting if we foresee the issue, that Georgian civil legislation would be researched in a close connection with 8th article of European Convention of Human Rights and General European Law. Thus, submission of problem in this context has a theoretical and practical nature.

The goal of the research is determination of the spheres of advocatory secret and private life, highlighting the reference between them on the basis of discussing Georgian legislation and European Convention of Human Rights. Also, the goal of the research is promoting civil legal protection of advocatory secret and private life. Accordingly, it is reasonable to discuss the problem on the basis of responsibility, in order to divide the specific legal demands.

Above stated problems should be studied by using the sociological, comparative legal, normative-dogmatic, analyze and synthesis and others methods, which will give us opportunity to imagine the modest proposals, foreseen the background of existed ideas.

As the research made it clear, professional secret has a broad character. It includes other persons together with the advocates. Advocatory secret is one of the aspects of professional secret and includes the information given to the advocate in the frameworks of the mandate. That's why, in order to protect the advocatory secret, it is advisable to make the advocatory secret as broadly interpreted, to protect the information given to the advocate by the trustier, spreading of which is not desirable for the client. This information may reveal the private sphere. Accordingly, violation of advocatory secret may violate the private life. That means, broad interpretation of advocatory secret is a precondition to protect the private sphere. At the same time, the peculiarities of this relationship (fiduciary relationship between the parties of the secret; specification of ethic norms; complex object), discussed above, highlights the relation between the advocatory secret and private sphere.

As for the parties of the advocatory secret, among them are advocates first of all. However, they care for protection of their professional secrets with the help of other persons. These individuals are the lawyer's assistant and intern, who are also in charge of professional secret protection by law. "The law about advocates" does not apply to the persons, who are not registered advocates at the association of advocates, but they are the lawyers. It is important for them to establish their professional code of ethics. However, the Criminal Code - Article 714 of the duty to protect the secret applies to the mentioned persons, which is entailed by assignment of contract. That's why the client can operate according to the norms of obligatory law in the case of failure to comply with the assignment contract. In addition, it is

* Doctor of Law, Visiting Lecturer at the Faculty of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Associate Professor of Tbilisi Teaching University.

true that personal rights are not transferred by inheritance, but heirs should be able to protect the inheritance rights here, despite the termination of the obligation, as protection of advocatory secret is not limited in time.

As for the other supporters, foreseeing the specification of advocatory secret, it is recommended to use the term “duty of confidentiality”. Cleaner, accountant, secretary and others should be discussed in such context.

Advocate (representative) can be imposed of civil liability in the case of harmful effect of improper practice. According to the CC 992 article, the advocate will be imposed of civil liability for the damage, if there is damage, causal connection and cumulative fault. In addition, the violation is legitimated by the written consent of the secret owner (client) or supervisory authority of advocacy, public interest, and the moment of avoiding prosecution for themselves. Accordingly, in given circumstances civil liability is excluded.

Together with that, the requirements for the issue of competition can be created by encroachment of advocatory secret. In the given case, one should foresee the peculiarities of comparative and absolute relation, the nature of damage, the burden of proof, the issue of remoteness, equality and fairness of the parties, simplification of correct imposing, procedural costs. Also, the mentioned can refer to infringement of private life. Accordingly, the problem of competition of legal requirements is connected with the violation of private sphere. In order to highlight the relation between the advocatory secret and private life, it is necessary to study the practice of European Court of Human Rights, which will finally support the private sphere as well as protection of advocatory secret on the national level.

მედიაციის სამართლებრივი პერსპექტივა მცირე და ღომინანტ აქციონერთა ურთიერთბაღანის შენარჩუნების კონტექსტში

ანა თოხაძე*

შესავალი

ნეოლიბერალიზმის კონცეპტუალური ანალიზის საფუძველზე დგინდება მისი მისწრაფება თავისუფალი ბაზრისა და ბიზნესის სახელმწიფოს „ზრუნველობისაგან“ გათავისუფლებისაკენ. სწორედ ამ მოძღვრების ბაზისზე განხორციელდა ტრანსნაციონალური კორპორაციების ფორმირება გლობალურ ბაზრებზე. მათი ღომინანტ სუბიექტებად ქცევისა და ფართო მასშტაბებით მომსახურების წარმოების სახელმძღვანელო პრინციპებია: „კერძო საკუთრების უზენაესობა; შემოსავლების გაზრდის პრიმატი; თავისუფალი კონკურენცია ბაზრების მოსახიდად; იაფი ნედლეულისა და შრომის გამოყენება; მუდმივი ექსპანსია და ინვესტიცია“, კაპიტალის დაგროვებისა და მოზიდვის მიზნით.¹ „ტრანსნაციონალური კორპორაციული წარმონაქმნები მსოფლიოში ეკონომიკურ კლიმატს განაპირობებენ. მათი ქონებრივი მდგომარეობა ზოგ შემთხვევაში დიდ გავლენას ახდენს შიდა თუ გარე სახელმწიფოებრივ ეკონომიკურ წესრიგზე“. ² აქედან გამომდინარე, კორპორაციების შემოსავლიანობა ქვეყანაში არსებულ ეკონომიკურ თუ საზოგადოების მატერიალურ-სოციალურ მდგომარეობას განსაზღვრავს. ეკონომიკური ურთიერთობების სტაგნაცია, დეგრადაცია თუ, პირიქით, სტიმულირება, კომბინირებულად მაკავშირებელი ელემენტია, რომელიც სამართლის გარკვეულ დარგებთან ურთიერთთანხვედრას განიცდის. შესაბამისად, მარტივი და ამავედროულად, ნათელია კონვერგენციის დანახვა, რომელიც ეკონომიკისა და სამართლის ელემენტებს ერთ წერტილში უყრის თავს. ყოველივე ამან კი გამოიწვია ბიზნეს თუ კორპორაციული დავეების გადაჭრის უფრო რაფინირებული მეთოდის ფორმირება, რომლის მეშვეობით მხარეთა უფლებათა დაცვის უზრუნველყოფისა და დროის ეკონომიის მაქსიმიზაციის თვალსაზრისით, მარტივი მექანიზმი ჩამოყალიბდა. გლობალურ დონეზე მოქმედი კორპორაციები მართლმსაჯულების ოფიციალური სისტემის გამოყენებას ამჯობინებენ – ტრანსნაციონალური კერძო არბიტრაჟის მომსახურებას, რომელიც უფრო ეფექტიანი მექანიზმით გამოირჩევა და ამავედროულად, ხელს უწყობს კორპორაციული რენომეს, ბაზარზე ავტორიტეტის შენარჩუნებას.³

წარმოდგენილი ნაშრომი მოიცავს საკორპორაციო სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ასპექტის – პარტნიორული ურთიერთობის მოწესრიგებას და კოლობორაციის შენარჩუნების პრობლემის გადაჭრას მედიაციის ინსტიტუტის გამოყენებით. შედარებითსამართლებრივი კვლევა დაეყრდნობა ორი ძირითადი სეგმენტის განხილვა-ანალიზს: ა) კომერციული მედიაციის სამართლებრივი პერსპექტივა პარტნიორული კონფლიქტების მოგვარების კონტექსტში; ბ) აქციონერთა უფლებების დაცვის გარანტიების უზრუნველყოფა.

1. კომერციული მედიაციის სამართლებრივი პერსპექტივა პარტნიორული კონფლიქტების მოგვარების კონტექსტში

მართლმსაჯულების ინსტიტუტი ორიენტირებულია არამხოლოდ ერთი ინდივიდის უფლებების დაცვაზე, არამედ ქვეყანაში არსებული საზოგადოებრივი ურთიერთობების მთელი სისტემისათვის დაცვის გარანტი-

* სამართლის ბაკალავრი, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის სამეცნიერო თანაშემწე.

¹ ბრევეკაძე ლ., ორგანიზაციის თეორიის საფუძვლები: სოციალური მოძღვრება კორპორაციული სისტემების შესახებ, წიგნში: „თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები“, თბილისი, 2009, 57-60.

² ბურდული ი., თანამედროვე ქართული საკორპორაციო სამართალი (მოკლე მიმოხილვა), წიგნში: „რომან შენგელაია 70 საიუბილეო კრებული სამართლის პრობლემები“, თბილისი, 2012, 225.

³ ბრევეკაძე ლ., ორგანიზაციის თეორიის საფუძვლები: სოციალური მოძღვრება კორპორაციული სისტემების შესახებ, წიგნში: „თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები“, მთ რედ.: ელიზბარაშვილი ნ., თბილისი, 2009, 57-60.

ბის უზრუნველყოფაზე.⁴ პასუხისმგებლობის განმსაზღვრელი ნორმების მეშვეობით უფლების შემლახველი ქმედების სანქცირება ხდება. იურიდიული კონფლიქტის დროს მხარეები თანასწორუფლებიანნი არიან ურთიერთობებში, შესაბამისად, დავის გადაწყვეტა მხარეთა ერთობლივი ძალისხმევით ან სასამართლო წესით ხდება.⁵ ბოლო ათწლეულის განმავლობაში მედიაცია მნიშვნელოვან ინსტიტუტად მიიჩნევა.⁶ ქვეთავის მიზანს წარმოადგენს კომერციული მედიაციის, როგორც შიდა კორპორაციული დავის მოგვარების ოპტიმალური საშუალების, მისი როლისა და საქართველოში განვითარების პერსპექტივის დეტერმინირება.

„კარგი კორპორაციული მართვის უპირატესობა იკარგება, თუ თქვენ არ გაქვთ დავის გადაწყვეტის კარგი საშუალება.“⁷ მედიაციის პროცესი მესამე, ნეიტრალური პირის მეშვეობით წარიმართება, რომელიც ეხმარება მხარეებს დააფიქსირონ საკუთარი პოზიციები, ხოლო გარემოებების შეფასების საფუძველზე ჩამოაყალიბონ დავის გადაჭრის ვარიანტები.⁸ ეს არის პროცესი, რომელიც მიმდინარეობს მოლაპარაკებისა და გარკვეულწილად, კომპრომისებზე წასვლის საფუძველზე.⁹ კომპანიებსა თუ კორპორაციებში არაერთი დავა წარმოიშობა ისეთ საკითხებზე, რომელთა მომწესრიგებელი ნორმები მოქმედი კანონმდებლობით, კორპორაციული მართვის კოდექსით თუ საზოგადოების შიდა აქტებით გათვალისწინებული არ არის.¹⁰ კომერციული (ბიზნეს) მედიაცია სამართლებრივ საკითხებზე მსჯელობას ვერ უგულებელყოფს, თუმცა შესაძლებელია მისი მისწრაფება კომერციული და სარგებელზე ორიენტირებული მიდგომების ჩამოყალიბებისაკენ; შესაბამისად, „კონფლიქტის იურიდიული ასპექტები უკანა პლანზე ინაცვლებს“¹¹.

მედიაციის ხიბლი სწორედ ის გახლავთ, რომ ამ პროცესის მიმდინარეობა რაიმე სახის ვალდებულებებით თუ შეზღუდვებით არ ხასიათდება.¹² მხარეთა ლავირების დიაპაზონი მათივე ინტერესებზე დაყრდნობით განისაზღვრება. მხოლოდ ამით არ ამოიწურება მედიაციის დადებით მხარეთა სპექტრი. მედიაცია დროის მაქსიმალური ეკონომიის შემთხვევაშიც კი დავის ინსტიტუციური გზით გადაჭრის საშუალებაა. მისი მდგრადობა, პოპულარობა და საქართველოში განვითარების პერსპექტივა ამ ინსტიტუტის დადებითი მახასიათებლების პირდაპირპროპორციულია. პროცესი მაშინ იწყება, როდესაც მხარეები ამისთვის მზად არიან.¹³ მოლაპარაკებაზე მზადყოფნა და მორიგება მნიშვნელოვანი პასაჟია, რამდენადაც თუ მხარეთა პოზიციებს შორის არსებობს აშკარა დისბალანსი, ADR¹⁴ არ გამოიყენება.¹⁵

მედიაციის დადებითი ნიშნებია:¹⁶

ა) დროისა და ხარჯების დაზოგვა – საქმის განხილვა არ არის დროში გაწელილი, რაც საკვებით დასაშვებია სასამართლოს ან არბიტრაჟის შემთხვევაში.¹⁷ ეს კი კორპორაციისათვის შეიძლება

⁴ ქურდაძე შ., ხუნაშვილი ნ., საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი, თბილისი, 2012, 20, ციტი: Боннер А.Т., Правосудие как вид государственной деятельности., М., 1973, 3.

⁵ ქურდაძე შ., ხუნაშვილი ნ., საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალი, თბილისი, 2012, 19. სამართლის სუბიექტის სამოქალაქო უფლებებისა და კანონიერი ინტერესის დაზვის ფორმების შესახებ იხ. იქვე: 17-20.

⁶ Trachte-Huber E., Huber S., Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business, 2nd ed., US, 2007, 1.

⁷ ჯანჯალია ბ., მედიაცია – სასამართლოში კორპორაციული დავის განხილვის ალტერნატივა, ჟურ.: ბიზნესი და კანონმდებლობა №10, თბილისი, 2009.

⁸ Trachte-Huber E., Huber S., Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business, 2nd ed., US, 2007, 8.

⁹ იქვე, 8.

¹⁰ ჯანჯალია ბ., მედიაცია – სასამართლოში კორპორაციული დავის განხილვის ალტერნატივა, ჟურ.: ბიზნესი და კანონმდებლობა №10, თბილისი, 2009.

¹¹ იხ.: ცერცვაძე გ., მედიაცია, თბილისი, 2010, 148.

¹² იქვე, 55.

¹³ Trachte-Huber E., Huber S., Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business, 2nd ed., US, 2007, 10.

¹⁴ აშშ-ში დავების ალტერნატიული გადაწყვეტა, რომელიც მოიაზრებს ყველა ფორმას გარდა სასამართლო პროცესისა. იხ.: ცერცვაძე გ., მედიაცია, თბილისი, 2010, 35. პროცედურა, რომელიც მოიაზრებს დავის გადაწყვეტას სასამართლოს ჩარევის გარეშე, რაც გახლავთ ერთ-ერთი ამხსნელი მიზეზი თუ რატომ უარყვეს ტრადიციული მეთოდით საქმეთა განხილვა. “In the late 1980s and early 1990s, many people became increasingly concerned that the traditional method of resolving legal disputes in the United States, through conventional litigation, had become too expensive, too slow, and too cumbersome for many civil lawsuits (cases between private parties). This concern led to the growing use of ways other than litigation to resolve disputes. These other methods are commonly known collectively as alternative dispute resolution (ADR).” იხ. ელექტრონულ მისამართზე: <http://www.legal-dictionary.thefreedictionary.com/alternative+dispute+resolution>, [03.12.12].

¹⁵ ცერცვაძე გ., მედიაცია, თბილისი, 2010, 57.

¹⁶ Trachte-Huber E., Huber S., Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business, 2nd ed., US, 2007, 10-12.

¹⁷ Poor G., The corporate Council’s Guide to Mediation, Chicago, 2010, 6, 10-11.

კონტრპროდუქტიული აღმოჩნდეს მაშინ, როდესაც იგი კრიტიკულ მდგომარეობაში იმყოფება და კონფლიქტის სწრაფ მოგვარებას საჭიროებს.

ბ) *კონფიდენციალურობა*¹⁸ – მედიაციის საკითხებთან მიმართებით მედიატორის დუმილის მოვალეობით აღჭურვას უზრუნველყოფს.¹⁹ თუმცა ესეც შეთანხმების საგანი გახლავთ.²⁰ ეს სეგმენტი საკმაოდ მიმზიდველი უნდა იყოს კორპორაციებისათვის, რამდენადაც სასამართლოს მეშვეობით საქმის განხილვა, შესაძლოა, მომავალში არაერთი ინსინუაციისა თუ „ჭორის“ გენერირების წყაროდ იქცეს (*as “the dispute becomes a matter of public record”*²¹), რაც საწარმოს რეპუტაციაზე უარყოფითად იმოქმედებს, განსაკუთრებით კი, ინვესტორთა მოზიდვის კონტექსტში.

გ) *მედიაციის მეშვეობით ხდება ბიზნესურთიერთობების შენარჩუნება* – საზოგადოებაში პარტნიორთა ურთიერთთანხვედრი ნების არსებობა, სამეწარმეო საქმიანობის რენტაბელურად განხორციელების მიზნიდან გამომდინარე, სახელმძღვანელო პრინციპად მოწმდება და ძირითად მოვალეობად არის აღიარებული. მისი ჩანაცვლება კი უბრალოდ არ მოიძებნება. სწორედ კოლაბორაციის მაღალი ხარისხი უზრუნველყოფს მეწარმე სუბიექტის ხანგრძლივ არსებობას. სასამართლო წესით დავის განხილვა პარტნიორული ურთიერთობების შენარჩუნების იმედს ნაკლებად იძლევა.²² მედიაციით, როგორც კონფლიქტის მენეჯმენტის უმაღლესი ფორმით²³ კი, პირიქით, შეიძლება გაძლიერდეს ბიზნეს ურთიერთობები.²⁴ მით უმეტეს, რომ მედიაციის შემთხვევაში არ არსებობს გამარჯვებული ან დამარცხებული.²⁵

ზემოთქმული არ უარყოფს მედიაციის მეორე, უარყოფით მხარეს. განსაკუთრებულ ყურადღებას კი კონფიდენციალურობის საკითხი იქცევს. „დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმების საჭიროება ქართულ სამართლებრივ სინამდვილეში ეჭვის ქვეშ არ დგას.“²⁶ მართალია, სასამართლოების „განტვირთვა“ საჭიროა, მაგრამ ქართული საკორპორაციო სამართალი სამეწარმეო დავების სიჭარბით მაინცდამაინც განებივრებული არ არის. კონფიდენციალურობის დაცვა (როგორც მედიაციის ერთ-ერთი დადებითი თვისება), მიუხედავად იმისა, რომ ეს უკანასკნელიც მხარეთა შეთანხმების საგანს წარმოადგენს, სასამართლო პრაქტიკაზე არცთუ ისე დადებითად აისახება, რამდენადაც ყველა ამჯობინებს ამ უპირატესობით სარგებლობას. მაგრამ მაინც, „თუ სახელმწიფოს მიერ სასამართლო სისტემის რეფორმირებასთან ერთად გადადგმული იქნება ნაბიჯები დავის გადაწყვეტს დამოუკიდებელი და ეფექტური ალტერნატიული საშუალებების (ისეთი, როგორც არბიტრაჟი და მედიაცია) განსავითარებლად, ეს ხელს შეუწყობს უფრო სტაბილური და ლიბერალური სამეწარმეო გარემოს დამკვიდრებას საქართველოში“²⁷.

2. მცირე და დომინანტ აქციონერთა კოლაბორაციის ხარისხის განსაზღვრა

საზოგადოების დასაფუძნებლად²⁸ მოგების მიღების²⁹ მიზნით მოტივირებული, ორი ან მეტი პირის მიერ ერთიანი საფირმო სახელწოდების ქვეშ სამეწარმეო საქმიანობის განხორციელების მიზნით მხოლოდ

¹⁸ ცერცვაძე გ., მედიაცია, თბილისი, 2010, 48-55.

¹⁹ იქვე, 48.

²⁰ “[u]nless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation proceedings shall be kept confidential.” იხ.: Poor G., *The corporate Council’s Guide to Mediation*, Chicago, 2010, 7, ციტ.: UNCITRAL Model Law, Article 9, იხ. შექმნა მის: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-e.pdf>.

²¹ Poor G., *The corporate Council’s Guide to Mediation*, Chicago, 2010, 6.

²² იქვე, 8-9.

²³ ცერცვაძე გ., მედიაცია, თბილისი, 2010, 141. “structured conflict-management policy”, იხ.: Poor G., *The corporate Council’s Guide to Mediation*, Chicago, 2010, 5.

²⁴ Trachte-Huber E., Huber S., *Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business*, 2nd ed., US, 2007, 10.

²⁵ “Mediation, by contrast, allows the disputing parties a chance to structure a “win-win” settlement for both sides, thus possibly preserving a business relationship.” Trachte-Huber E., Huber S., *Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business*, 2nd ed., US, 2007, 9, 11, 97, 101.

²⁶ ცერცვაძე გ., მედიაცია, თბილისი, 2010, 121.

²⁷ ჯანჯალია ბ., მედიაცია – სასამართლოში კორპორაციული დავის განხილვის ალტერნატივა, ჟურ.: ბიზნესი და კანონმდებლობა №10, თბილისი, 2009.

²⁸ „საწარმოს შექმნა“ გულისხმობს როგორც მის პირველად, ასევე მის შექმნას რეორგანიზაციის მიზნითაც, „დაარსებაში“ მოიაზრება მხოლოდ პირველი, ანუ არა რეორგანიზაციის გზით შექმნა. ქოქრაშვილი ქ., სამეწარმეო სამართალი, თბილისი, 2007, 162. საზოგადოების დაფუძნების შესახებ უფრო ვრცლად, ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები, ტომი I, თბილისი,

ურთიერთთანხმებულ ნების³⁰ გამოვლენაა საჭირო.³¹ სავალდებულო კომპონენტია დამფუძნებელ პარტნიორთა მიერ გაერთიანებულ ქონებაზე საზოგადოებისათვის საკუთრების უფლების გადაცემა, რომლის განხორციელება შესატანის შეტანის გზით,³² როგორც შიდა დაფინანსების საშუალებით,³³ მიიღწევა. შესატანის შეტანის გარიგების³⁴ მეშვეობით პირი აღიჭურვება „მონაწილეობითსამართლებრივი“³⁵ უფლებით, რაც საზოგადოებაში პარტნიორის სტატუსს ანიჭებს, რის საფუძველზეც იგი აღიჭურვება ქონებრივი და არაქონებრივი უფლებებით. მომდევნო ქვეთავები მიზნად ისახავს ამ უფლებათა დაცვის საშუალებების დეტერმინირებას, რაც, თავის მხრივ, უზრუნველყოფს შემდეგის განვსაზღვრას – რამდენად არის შესაძლებელი, მედიაციის ინსტიტუტი უფლების დაცვის ფუნქციის მქონე მექანიზმად იქნეს გაგებული, როგორც კონფლიქტური სიტუაციის ესკალაციისგან დაღწევისა და მათი მშვიდობიანი მოგვარების ერთ-ერთი საშუალება.

2.1. კანონის წინაშე თანასწორობის მნიშვნელობა პარტნიორულ ურთიერთობაში

წესდება³⁶ და სადამფუძნებლო დოკუმენტი არის: ა) შეთანხმება პარტნიორებს შორის და ბ) ხელშეკრულება საზოგადოებასა და პარტნიორებს შორის.³⁷ საზოგადოებაში ყველა პარტნიორს საკუთარი წილის შესაბამისი უფლებები თუ მოვალეობები აქვს.³⁸ „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონით³⁹ გათვალისწინებულია საზოგადოების პარტნიორის უფლებები, რომელთა შეზღუდვა დაუშვებელია⁴⁰ და არ ექვემდებარება საზოგადოების ხელშეკრულებით⁴¹ მოწესრიგებას. თუმცა ბოლო პერიოდში განხორციელებულმა ცვლილებებმა, საწესდებო ავტონომიის ეგიდით რეგულირებადი ნორმების სიჭარბემ, ამა თუ იმ საკითხთა მოწესრიგება პარტნიორთა დისპოზიციამი მოაქცია, ამგვარი უპირატესობა კი შებოჭილია იმპერატიული ხასიათის მქონე ნორმებით.

2010, 391–405, 421–458; ჭანტურია ლ., ნინიძე თ., მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, თბილისი, 2002, 24–30. Schneeman A., The Law of Corporations and Other Business Organizations, 5th ed., New York, 2010, 281-334.

²⁹ როგორც ერთ-ერთი მახასიათებელი ელემენტი სამეწარმეო საქმიანობისა. სამართლებრივი საფუძველი: „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის 1-ლი მუხლის მე-2 პუნქტი.

³⁰ საზოგადოების დაფუძნება არის სამოქალაქო-სამართლებრივი გარიგება, რომლის დადებისთვისაც აუცილებელია ყველა მონაწილის ნების გამოხატვა და კონსენსუსის არსებობა ამ ნებათა შორის. იხ.: ჭანტურია ლ., ნინიძე თ., მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, თბილისი, 2002, 30; Bevans R. N., Business Organizations and Corporate Law, New York, 2007, 19.

³¹ ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები, ტომი I, თბილისი, 2010, 399.

³² შესატანის შეტანის ვალდებულების შესახებ იხ.: ბურდული ი., შესატანის განუხორციელებლობის სამართლებრივი შედეგი: უტოპიური შეხედულება სს-დან პარტნიორის გარიცხვის შესახებ, „სამართლის ჟურნალი“, №: 1 – 2, თბილისი, 2010, 20-22.

³³ „Internal Financing“-ის ტერმინით ცნობილი. ეს უკანასკნელი ხასიათდება უპირატესობით – უფრო სწრაფად, ოპერატიულად მოიხიდება თანხები. იხ.: Schulz M., Wasmeier O., The law of Bussiness Organizations, Berlin, Heidelberg, 2012, 53.

³⁴ ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები, ტომი I, თბილისი, 2010, 178–212.

³⁵ ბურდული ი., შესატანის განუხორციელებლობის სამართლებრივი შედეგი: უტოპიური შეხედულება სს-დან პარტნიორის გარიცხვის შესახებ, „სამართლის ჟურნალი“, №: 1 – 2, თბილისი, 2010, 21.

³⁶ „Bylaw“ (ინგლისურად), მას ასევე საზოგადოების ხელშეკრულებასაც უწოდებენ. იხ.: ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები, ტომი I, თბილისი, 2010, 398; წესების ფორმალურ და მატერიალურ გაგებასთან დაკავშირებით იხ.: იქვე, 400, სქოლიო 28.

³⁷ QC V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T., Minority Shareholders Law, Practice and Procedure, 4th ed., London, 2010, 88.

³⁸ ჭანტურია ლ., ნინიძე თ., მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, თბილისი, 2002, 68.

³⁹ 2012 წლის მდგომარეობით.

⁴⁰ ამ კონცეფციის მატარებელია „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის მე-9 პუნქტი, როგორც თანასწორუფლებიანობის განმსაზღვრელი მოდუსი. იხ.: ბურდული ი., სავალდებულო სატენდერო შეთავაზება. აქციათა სავალდებულო გაყიდვა: აქციით მინიჭებული უფლების ბოროტად გამოყენება თუ კაპიტალის ბაზრის განვითარების აუცილებელი წინაპირობა?! ჟურნალი: „მართლმსაჯულება“, №:2, თბილისი, 2007, სქოლიო 26, 13.

⁴¹ იგულისხმება. საზოგადოების ხელშეკრულება ემსახურება საზოგადოების ორგანიზებულ მოწყობას, მმართველ ორგანოთა შექმნასა და მათი კომპეტენციის განსაზღვრას, მოკლედ, შიდა ორგანიზაციული საკითხების მოწესრიგებას. იხ.: ბურდული ი., სააქციო სამართლის საფუძვლები, ტომი I, თბილისი, 2010, 171, 401. წესდება, როგორც პარტნიორთა ერთიანი ნების გამომხატველი შეთანხმება, არის კერძო-სამართლებრივი გარიგება კორპორაციულ-სამართლებრივი ელემენტებით, „რომელიც დამყარებულია კერძო ავტონომიისა და ნების გამოვლენის საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპებზე.“ იხ.: ბურდული ი., ქონებრივი ურთიერთობა სააქციო საზოგადოებაში, თბილისი, 2008, 50. საზოგადოების ამ ძირითად სამართლებრივ დოკუმენტს ზოგიერთი ავტორი საზოგადოების „კონსტიტუციადაც“ კი მოიხსენიებს. იხ.: ლილეუაშვილი გ., შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოება, თბილისი, 2005, 103.

პარტიორთა უფლებები და მათი დაცვის საშუალებები ურთიერთდამოკიდებულნი არიან.⁴² „უმცირესობაში მყოფი აქციონერების უფლებების დაცვა თანამედროვე სააქციო სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი პრობლემა“ და განპირობებულია იმით, რომ უმრავლესობაში მყოფთა მიერ მინორიტარი აქციონერის ინტერესები იქნა იგნორირებული.⁴³ დომინანტ და უმცირესობაში მყოფ აქციონერთა შორის მარტივი შესამჩნევია დაძაბულობა, განსაკუთრებით კი მაშინ, როდესაც აქციათა საკონტროლო რაოდენობის მქონე პარტიორს აქვს შესაძლებლობა, საერთო კრების კენჭისყრის შედეგზე გადაწყვეტი ზეგავლენა მოახდინოს.⁴⁴ სისტემის სწორედ ეს უარყოფითი მხარე გახდა მინორიტარის უფლებების დაცვითი მექანიზმების ფორმირების დაჩქარების გამომწვევი ფაქტორი.⁴⁵ წინააღმდეგობის გაწევის შეუძლებლობის გამო, საკუთარ ინტერესთა პრიზმიდან გამომდინარე, მაჟორიტარ აქციონერებმა შესაძლებელია მიიღონ ისეთი გადაწყვეტილება, რომელიც უმცირესობაში მყოფთა უფლებებს არსებითად ლახავს.⁴⁶

2.2. მედიაცია საზოგადოების ინტერესების დაცვის ჭრილში

აქციონერთა უფლების დაცვის სამართლებრივი ბერკეტი მათთვის მინიჭებული არაქონებრივი, ინდივიდუალური, თანამართველობითი უფლებებიდან გამომდინარეობს. საზოგადოების წევრობის უფლებაში მოიაზრება აქციით უზრუნველყოფილი მმართველობითი – არაქონებრივი უფლებები,⁴⁷ რომელთა რანგს გასაჩივრების უფლებაც განეკუთვნება. მიზანი ერთია – დომინანტური მდგომარეობის საზოგადოების საზიანოდ გამოყენების აკრძალვა.⁴⁸ სწორედ აქ იძენს განმარტებას დერივატიული სარჩელის⁴⁹ არსიც, რომელიც აქციონერს საზოგადოების ინტერესების დასაცავად საერთო კრებაზე მიღებული გადაწყვეტილების გასაჩივრების შესაძლებლობას აძლევს.⁵⁰ თუმცა არსებობს „მომპარავი აქციონერების“⁵¹ მიერ გასაჩივრების უფლების ბოროტად გამოყენების პრეცედენტიც. ასეთ შემთხვევაში დაზარალებული დომინანტი აქციონერი უფრო გამოდის, ვიდრე უმცირესობაში მყოფი. გამოდის, რომ მას (ე.ი. მინორიტარს) ეძლევა შანსი, ყოველ წვრილმან საკითხზე იდავოს, რაც გარდა იმისა, რომ სასამართლოთა გადატვირთვას გამოიწვევს, საფრთხეს შეუქმნის საზოგადოების ნორმალურ ფუნქციონირებას.⁵² ამგვარად ვუაღიზებური ქმედებით ზიანი ისევ საზოგადოებას ადგება, რაც დომინანტ პარტიორთა ინტერესებში ნამდვილად არ შედის. თუ რა მიიჩნევა საზოგადოების ინტერესების საზიანო ქმედებად, ეს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში

⁴² QC V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T., *Minority Shareholders Law, Practice and Procedure*, 4th ed., London, 2010, 2.

⁴³ ჭანტურია ლ., ნინიძე თ., მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, თბილისი, 2002, 351.

⁴⁴ Armour J., Hansmann H., Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion, Paper Series, Paper 631, Cambridge 2009, 8. „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის, მე-8 პუნქტი; 53-ე მუხლის მე-4 პუნქტი.

⁴⁵ Kline C., *Protecting Minority Shareholders in Close Corporations: Modeling Czech Investor Protections on German and United States Law*, 23 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 229, 2000, 231.

⁴⁶ იქვე: 251.

⁴⁷ ბურდული ი., ქონებრივი ურთიერთობა სააქციო საზოგადოებაში, თბილისი, 2008, 177.

⁴⁸ ლაზარაშვილი ლ., მცირე აქციონერის ცნება. მცირე აქციონერთა და დომინანტ აქციონერთა უფლებათა ურთიერთმიმართება ქართულ სააქციო სამართალში, წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, მთრედ.: ელიზბარაშვილი ნ., თბილისი, 2008, 414.

⁴⁹ „Derivative Suit“. იხ.: QC V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T., *Minority Shareholders Law, Practice and Procedure*, 4th ed., London, 2010, 29-32.

⁵⁰ ეს არის არაპირდაპირი სარჩელი, რომელიც ამერიკული საკორპორაციო სამართლის პირმშო გახლავთ. მოტივი ამგვარი ინსტიტუტის შექმნისა იყო ის, რომ ამერიკული საკორპორაციო სამართალი არ იცნობს სამეთვალყურეო საბჭოს არსს, როგორც გამგეობის მაკონტროლებელ ორგანოს. იხ.: ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 425-430. ასევე, იხ.: ჯურელი გ., კაპიტალის დაცვა სააქციო საზოგადოებაში, თბილისი, 2010, 175-176.

⁵¹ ბურდული ი., მცირე აქციონერის უფლებათა ფარგლების ბოროტად გამოყენება და მისი გავლენა საკორპორაციო სამართლებრივი ურთიერთობების განვითარებაზე (მცირე აქციონერთა დაცვის თანამედროვე მექანიზმები), წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, მთრედ.: ელიზბარაშვილი ნ., თბილისი, 2009, 264.

⁵² ქირია ა., საკორპორაციო სამართლის სისტემა საქართველოში, წიგნში: საკორპორაციო სამართლის კრებული, ტომი I, მთავარი რედ.: ბურდული ი., თბილისი, 2011, 54.

საქმის გარემოებების შეფასების შედეგად უნდა დადგინდეს.⁵³ „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის მე-8 პუნქტის შინაარსობრივი გაშუქების საფუძველზე, ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის ფიგურა, სუბიექტი საზოგადოებაა, რომელიც (ე.ი. ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა) შეიძლება წარმოიშვას უმცირესობაში მყოფ აქციონერთა მიერ განხორციელებულ ქმედებათა შესაბამისად.⁵⁴ გამოსავალს კი: ა) კორპორაციული მართვის ექსპერტთა ჯგუფის⁵⁵ გადაწყვეტილებაშიც უნდა ვეძიოთ – იგულისხმება მცირე აქციონერთა სპეციალური შემოწმების უფლება;⁵⁶ ბ) ამერიკული საკორპორაციო სამართლის პრაქტიკის გათვალისწინებით **მივაგნოთ** – მოიაზრება ბორდის შიგნით შექმნილი სპეციალური კომისია, ე.წ. “Special Litigation Committees”⁵⁷.

ძიება-მიგნების პროცესი, უცხო კანონმდებლობით გათვალისწინებული ინსტიტუტების ასახვა ნაციონალურ კანონში, შესაძლოა, დიდ ხარჯებთან იყოს დაკავშირებული, დროში გაიწელოს. აქედან გამომდინარე, კომერციული მედიაცია დიდ როლს შეასრულებს ამგავრი კონფლიქტური სიტუაციების მოგვარებასა და რიგ საკითხებთან მიმართებით დისონანსის, შეუთანხმებლობის კონსესუსის მიღწევით ჩანაცვლებაში.

დასკვნა

კომერციულ იურიდიულ პირთა ევოლუციამ, მათ ფართომასშტაბიან სისტემებად ფორმირებამ განაპირობა ტენდენცია, რომელიც მიმართულია დავების უფრო მარტივი საშუალებით, ამავდროულად, ინსტიტუციური გზით გადაჭრისაკენ. სწორედ ამან განაპირობა დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალების, საარბიტრაჟო ინსტიტუტის, მედიაციის, პოპულარიზაცია და დინამიკური განვითარების პროცესი. დროთა განმავლობაში მედიაცია უფრო მეტად გააქტიურდება, რაც მისი მეცნიერული კუთხით შესწავლის შესაძლებლობას უფრო მეტად მოგვცემს.

საბოლოო ჯამში, ქართულ თანამედროვე რეალობაში კომერციული მედიაცია გაამართლებს მოლოდინს და მიზანი შეინარჩუნებს თავის სუბსტანციას: ა) შიდა პარტნიორული ურთიერთობების შენარჩუნება, რაც მცირე და დომინანტ აქციონერთა უფლება-მოვალეობების დაბალანსებაში, ჰარმონიზებაში გამოიხატება; ბ) კონფლიქტური სიტუაციების მოგვარება, საწარმოთა რენტაბელურობისა და პერმანენტული წინსვლის განხარგრძობით; გ) მეწარმე სუბიექტთა ავტორიტეტის, რენომეს შენარჩუნება, რაც ხელს შეუწყობს ახალი ინვესტიციების მოზიდვასა და ქონებრივი კლიმატის გაუმჯობესებას.

⁵³ ჭანტურია ლ., ნინიძე თ., მეწარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, თბ., 2002, გვ. 30.

⁵⁴ ბურდული ი., მცირე აქციონერის უფლებათა ფარგლების ბოროტად გამოყენება და მისი გავლენა საკორპორაციო სამართლებრივი ურთიერთობების განვითარებაზე (მცირე აქციონერთა დაცვის თანამედროვე მექანიზმები), წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, მთ რედ.: ელიზბარაშვილი ნ., თბილისი, 2009, 264-272.

⁵⁵ 2001 სექტემბერში შეიქმნა ექსპერტთა ჯგუფი, რომელთა მიერ შემუშავებულ იქნა ანგარიში, რომელიც შემდგომში საფუძველად დაედო 2003 წლის 21 მაისი ევროპის თანამეგობრობათა კომისიის მიერ მიღებულ „ევროპის კავშირში საკორპორაციო სამართლის მოდერნიზაციისა და კორპორაციული მართვის გაუმჯობესების გეგმა“. მოქმედების გეგმის მიზანს წარმოადგენდა აქციონერთა უფლებების დაცვა და ამ კონტექსტში ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობის გაზრდა. იხ.: ჭანტურია ლ., ევროპის კავშირის მოქმედების გეგმა, წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, მთ რედ.: ელიზბარაშვილი ნ., თბილისი, 2009, 523; ექსპერტთა ჯგუფის შემადგენლობა: Jose Maria Garrido Garcia, Klaus J. Hopt, Jonathan Rickford, Guido Rossi, Jan Schars Christensen, Joelle Simon. იხ.: ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 25-29.

⁵⁶ ჭანტურია ლ., ევროპის კავშირის მოქმედების გეგმა, წიგნში: თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, მთ რედ.: ელიზბარაშვილი ნ., თბილისი, 2009, 523.

⁵⁷ “Special Litigation Committees” გახლავთ ამერიკული საკორპორაციო სამართლის პირში. ეს არის სპეციალური კომისია, რომელიც ბორდის შიგნით იქმნება იმ დირექტორებისაგან, რომელთაც გასაჩივრებულ გარიგებასთან ან გადაწყვეტილებასთან კავშირი არ აქვთ; იკვლევენ აქციონერის პრეტენზიების დასაბუთებულობას, თუ რამდენად შედის კორპორაციის ინტერესებში არსებული სარჩელი, რომელიც კორპორაციის სახელით უნდა იყოს წარდგენილი. იხ.: ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 421.

Legal Perspectives of Mediation in the Terms of Maintaining Balance Between Majority and Minority Shareholders

Ana Tokhadze*

The article outlines quite complex issue in corporate law and its solvency by using an institute of mediation. In other words, research is conducted to define how mediation can apply to the issue such as sustaining relationship between shareholders. Within the framework of the research two main statements are discussed: a) Determination legal perspectives of mediation in the context of rectifying conflicts between entity's members; b) Establishment of commercial mediation in the meaning of defensive tool for shareholders. The key goal of study is to clarify how stability between members of corporation can be achieved by using the institute of commercial mediation.

In 1980-90s, in the United States, people concerned flexibility of the traditional method of resolving legal disputes and deduced, that it had become too expensive, too slow, and too cumbersome for many cases between private parties.¹ During the last decades, mediation has become an essential part of resolving legal disputes.² Good corporate governance will be useless without an appropriate ADR.³ Mediation is carried on the basis of negotiation,⁴ which is a precondition of the whole process. The profit of this institute is, that it promotes abrogation of tension and supports harmonizing impaired relations between parties. Economy of time, expenses, verifying confidentiality — all these are deemed as benefits of mediation.⁵ "Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation proceedings shall be kept confidential"⁶ — that's quite impressive. So, it is meant to be a shelter for corporations, business entities, in order to preserve reputation and popularity even during settling disputes. However, litigation won't be a matter of public record and segment of confidentiality can be seen as a drawback of mediation, especially for the researches, which are conducted on the analysis of practice. "Mediation, by contrast, allows the disputing parties a chance to structure a "win-win" settlement for both sides, thus possibly preserving a business relationship"⁷ — as a result, business relationships are definitely protected.

In corporate law both, majority and minority shareholders are ought to operate in the best interest of entity. This is a consequence of a contract⁸, which is formed between shareholders and corporations.⁹ The immediate cause of abovementioned is a duty of loyalty, which cannot be breached by any of members of corporation. Firstly, this provides an empowerment of the entity shielding, an enlargement of financial welfare of corporation. Secondly, it does substantiate equal treatment of shareholders. "A majority position should not be carte blanche for a majority shareholder"¹⁰ and there is a need to enable protec-

* Bachelor of Law, Research Assistant at Prince David Institute for Law.

¹ "This concern led to the growing use of ways other than litigation to resolve disputes. These other methods are commonly known collectively as alternative dispute resolution (ADR)." See next link:

<http://www.legal-dictionary.thefreedictionary.com/alternative+dispute+resolution> (Date of check: 03.12.12)

² Trachte-Huber E., Huber S., Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business, 2nd ed., US, 2007, 1.

³ Janjalia B., Mediation — Alternative of disputing corporate lawsuits in courts, journal: Business and Law № 10, Tbilisi, 2009.

⁴ Trachte-Huber E., Huber S., Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business, 2nd ed., US, 2007, 8. Tsertsvadze G., Mediation, A form of Alternative Dispute Resolution (General Review), Tbilisi, 2010, 57.

⁵ *ibid*, 48-55, 57.

⁶ Poor G., The corporate Council's Guide to Mediation, Chicago, 2010, 7, cit.: UNCITRAL Model Law, Article 9, cit.: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-e.pdf>.

⁷ Trachte-Huber E., Huber S., Mediation And Negotiation Reaching Agreement in Law and Business, 2nd ed., US, 2007, 9, 11, 97, 101.

⁸ Here contract is meant as a "bylaw" and "association of incorporation".

⁹ QC V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T., Minority Shareholders Law, Practice and Procedure, 4th ed., London, 2010, 88.

¹⁰ C., Protecting Minority Shareholders in Close Corporations: Modeling Czech Investor Protections on German and United States Law, 23 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 229, 2000, 239.

tion of minority shareholders from any kind of oppression. But sometimes, minority shareholders are acting indecent way by using defensive remedies against majorities and corporations. Derivative Suit¹¹ or just a right to litigate should be utilized fairly for self-defense and in order to protect interests of entity. Otherwise, misuse of the rights may affect stagnation of business, generate a motionlessness of cash flow and even provoke insolvency. In contrast to the Georgia in US, there are "Special Litigation Committees", who decide whether the litigation should be or must not be proceed in the name of corporation.¹²

In the end of result, on the basis of study, it is concluded, that commercial mediation will justify all hopes and be quite useful in Georgian reality. On one hand, it will diminish possibility of misapplication of rights and on the other, provide protection of shareholders from any kind of domineering actions. In addition, business relationships will be balanced and kept in the long terms by forming a negotiation between shareholders, which is a rudimentary of successful existence of any business organization.

¹¹ QC V., Drake D., Richardson G., Lightman D., Collingwood T., *Minority Shareholders Law, Practice and Procedure*, 4th ed., London, 2010, 29-32.

¹² Chanturia L., *Corporate Governance and Liability of Directors in Corporate Law*, Tbilisi, 2006, 421.

სემპლვანელობისა და კონტროლის უფლებამოსილებაში სააქციო საზოგადოებაში ქართული საკორპორაციო სამართლის მიხედვით

არჩილ ცერცვაძე*

შესავალი

„კორპორაციული მართვა“ მსოფლიო სამართლებრივ სივრცეში ახლად დამკვიდრებული ტერმინია¹. ცნება „საწარმოს კონტროლი“ ფრანგული “le Gouvernement de l’entreprise” და ამერიკულ-ინგლისური “corporate governance”-ის გერმანული შესატყვისია.² იგი განსაკუთრებით აქტუალური გახდა მსოფლიოში არაერთხელ მომხდარი ფინანსური კრიზისისა და სკანდალის შემდეგ. ამის ერთ-ერთი მიზეზი სუსტი კორპორაციული მართვა იყო.³ McKinsey-ის 2002 წლის კვლევის მიხედვით, გამოკითხულ ინვესტორთა 45%-მა აღნიშნა, რომ ფინანსურ ინფორმაციასთან ერთად კორპორაციულ მართვას თანაბარ მნიშვნელობას ანიჭებს.⁴ კარგი კორპორაციული მართვა ხელს უწყობს კორპორაციის გამჭვირვალობასა და ანგარიშვალდებულებას, უზრუნველყოფს შესაბამისობას ადგილობრივ კანონმდებლობასთან და საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკასთან, კარგ დაგეგმვასა და შიდა აუდიტის სისტემებს, ოპტიმიზებულ დანახარჯებსა და ადეკვატურ საკადრო პოლიტიკას.⁵ რატომ არის კორპორაციული მართვა მწვავე საკითხი დღეს? ერთ-ერთი მოსაზრების თანახმად, ყოველივე გამოწვეულია გასული 2 დეკადის განმავლობაში მსოფლიოში მიმდინარე პრივატიზაციის პროცესებით, საპენსიო ფონდების რეფორმებით, 1998 წლის აღმოსავლეთ აზიის კრიზისითა და ბოლო წლებში აშშ-ში მომხდარი ფინანსური სკანდალებით.⁶ სწორედ ამ მიზეზების გამო, დღის წესრიგში დადგა მსხვილ კორპორაციებში გამართული მართვის სიტემის ნორმატიული მოწესრიგება, რაც, გარკვეულწილად, ფინანსური კრიზისების პრევენციის ბერკეტს წარმოადგენს და სტაბილური ეკონომიკური განვითარების წინაპირობას ქმნის.

საქართველოს სამართლებრივ სივრცეში კორპორაციული მართვა ბოლო რამდენიმე წლის განმავლობაში განსაკუთრებით პრობლემური თემაა. ის ყველა განვითარებული მართლწესრიგის მიერ არის მოწესრიგებული, თუმცა, მიუხედავად ამისა, ამ ტერმინის ერთმნიშვნელოვანი განმარტება არ არსებობს. როგორც ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის მიერ შემუშავებულ კორპორაციული მართვის პრინციპებშია აღნიშნული, კორპორაციული მართვა უზრუნველყოფს კომპანიის სტრატეგიულ მართვასა და ეფექტურ მონიტორინგს.⁷ ყველა ქვეყანა თავისებურად განსაზღვრავს მის შინაარსს.⁸ ერთ-ერთი განმარტებით, ეს არის სისტემა, რომელიც კომპანიის მართვისა და კონტროლისთვის გამოიყენება.⁹ ჰარვარდის ბიზნესსკოლის პროფესორის, ანდრეი შლეიფერის და ჩიკაგოს უნივერსიტეტის პროფესორის, რობერტ ვიშნის საერთო განმარტებით, „კორპორაციული მართვა“ – არის სისტემა, რომელიც იკვლევს იმ გზებს, რისი მეშვეობითაც კორპორაციის ინვესტორები იქმნიან გარანტიებს, რომ მათი ინვესტიციის შედე-

* სამართლის მაგისტრი, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის მეცნიერ-თანამშრომელი.

¹ ჰობტი კ., კორპორაციული მართვა ევროპაში: რეგულირების ახალი მოდელი და „რბილი სამართალი“, სამართლის ჟურნალი, №1, 2009, 229.

² იქვე.

³ მეწარმეთა შესახებ კანონის მოსამართლეთა რეკომენდაციები, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, თბილისი, 2008, 2.

⁴ იქვე, 10.

⁵ იქვე, 71-72.

⁶ Becht M., Bolton P., Ruell A., Corporate governance and control, European corporate governance institute, working paper series in finance, 2002, 4. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=343461> [25.04.2012].

⁷ Principles of Corporate Governance, Organization for Economic Co-operation and Development, 2004, 6. <<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>> [20.04.2012].

⁸ კორპორაციული მართვის კოდექსი, საქართველოს ბანკთა ასოციაცია, 2009, 2, საქართველოს ბანკთა ასოციაციის ოფიციალური ვებ-გვერდი: <<http://abg.org.ge/Admin1280837677.php>> [05.05.2012].

⁹ მეწარმეთა შესახებ კანონის მოსამართლეთა რეკომენდაციები, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, თბილისი, 2008, 3.

გად ისინი მოგებას მიიღებენ.¹⁰ აღნიშნულ მოსაზრებაზე დაყრდნობით, ევროპის ფასიანი ქაღალდების დილერთა ასოციაციის მიერ მიღებულ კორპორაციული მართვის პრინციპებსა და რეკომენდაციებში ნათქვამია, რომ კორპორაციული მართვის ამოსავალი წერტილია კორპორაციის აქციონერთა წინაშე პასუხისმგებლობის ფორმების დადგენა, რამეთუ აღმასრულებელი ორგანო არ შეიძლება პასუხისმგებელი იყოს ყველა დაინტერესებული პირის წინაშე.¹¹ არაერთგვაროვანი განმარტებებისა და აზრთა სხვადასხვაობის მიუხედავად, მაინც შესაძლებელია კორპორაციული მართვის შინაარსიდან არსებითი ელემენტების გამოყოფა, კონკრეტულად კი: ხელმძღვანელობა და კონტროლი. ეს ორი ერთმანეთისგან განსხვავებული ცნებაა და კორპორაციული მართვის უცვლელ ელემენტებს წარმოადგენს, რომლის მეშვეობითაც ხდება კორპორაციის შიგნით სხვადასხვა ორგანოსა და დაინტერესებულ პირებს შორის ინტერესთა კონფლიქტისა და ურთიერთობის მოწესრიგება.

სტატიის კვლევის მიზანია კორპორაციული მართვის პრობლემების – კონკრეტულად კი ხელმძღვანელობისა და კონტროლის უფლებათა რეგულირების მექანიზმების თაობაზე არსებული ქართული კანონმდებლობის ანალიზი; აგრეთვე, გაანალიზდეს კორპორაციის ორგანოთა შორის ურთიერთობა, რამდენად ხარვეზიანია კანონის მოწესრიგება, რა პრობლემებს იწვევს იგი პრაქტიკაში, რა გზებით შეიძლება ამ ხარვეზების აღმოფხვრა და რამდენად სასარგებლო იქნება ეს ქართული საკორპორაციო კანონმდებლობისა და სასამართლო პრაქტიკისთვის.

საქართველოს საკორპორაციო კანონმდებლობა, კონკრეტულად, „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი, შეიცავს მუხლებს კორპორაციული მართვის შესახებ. თუმცა, აღსანიშნავია, რომ კანონის მოწესრიგება საკმაოდ ბუნდოვანი და ორაზროვანია. „მეწარმეთა შესახებ“ კანონში არსებული ხარვეზები გაუგებრობას და აღრევას ქმნის კორპორაციათა შიგნით, ხშირია ხელმძღვანელობისა და კონტროლის უფლებების მატარებელ ორგანოთა ურთიერთგადაფარვა და ქაოტური რეგულირება. ამავე დროს, აღსანიშნავია, რომ თავად საკორპორაციო სამართლებრივი ურთიერთობების განვითარების დინამიკა შესაბამის საკანონმდებლო მოწესრიგებას მოითხოვს. კანონი უნდა მიჰყვებოდეს კორპორაციული ურთიერთობების განვითარების ტემპს და პასუხობდეს ყველა იმ გამოწვევას, რომელიც შეიძლება ეკონომიკურმა განვითარებამ მოიტანოს. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია ხელმძღვანელობისა და კონტროლის მექანიზმების პრობლემების კვლევა და მისი საკანონმდებლო დახვეწა. სწორედ ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, აქტუალურია ამ საკითხის შესწავლა, იმ პირობებში, როცა განვითარებული სამართლის სისტემებმა ძალიან დიდი პროგრესი განიცადეს. ამ საკითხის მოწესრიგების კუთხით საქართველოც აუცილებლად უნდა აყვეს ამ ტემპს და ფეხი აუბას ყველა იმ ცვლილებას, რაც მსოფლიოში ხდება. გარდა ამისა, საკითხის კვლევა საჭიროა იმის გამოც, რომ ხელმძღვანელობისა და კონტროლის უფლებათა სწორი რეგულირება ავტომატურად ხელს შეუწყობს მართებული კორპორაციული მენეჯმენტის დამკვიდრებას კორპორაციებში, რაც, თავის მხრივ, ქვეყნის ეკონომიკური განვითარების წინაპირობაა.¹² საკითხი აქტუალურია საერთაშორისო კუთხითაც, იქიდან გამომდინარე, რომ მსოფლიოს მასშტაბით დაახლოებით 40 ქვეყანამ შექმნა ახალი კორპორაციული მართვის სისტემა და მიღებული იქნა 100-ზე მეტი კორპორაციული მართვის კოდექსი.¹³

ნაშრომი ფოკუსირებული იქნება საქართველოს კანონმდებლობის – კერძოდ, „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის კვლევაზე, პრობლემების აღმოჩენასა და მათი გადაჭრის გზების ძიებაზე. კვლევის პროცესში გამოყენებული იქნება სხვადასხვა მეთოდი, რომელიც დაგვეხმარება საკითხის უკეთ გაანალიზებასა და დასასრული მიზნის მიღწევაში. ნაშრომში შევეცდებით, განვიხილოთ საერთაშორისო სამართლებრივი პრაქტიკა, მოვახდინოთ შედარებით სამართლებრივი ანალიზი, რამეთუ არსებობს ძალიან ბევრი ქვეყანა და სამართლებრივი სისტემა, რომელმაც ამ საკითხში განვითარების მაღალ დონეს მიაღწია და მათი მა-

¹⁰ Goergen M., What Do We Know about Different Systems of Corporate Governance, <<http://heinonline.org>> [21.05.2012].

¹¹ European Association of Security Dealers (EASD) – Corporate Governance – Principles and recommendations, 2000, <http://www.ecgi.org/codes/documents/easd_cg_pr.pdf>, [21.04.2012].

¹² ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელობა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 111.

¹³ კორპორაციული მართვის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010, 18.

გალითი ბევრ რამეში სასარგებლო იქნება საქართველოსთვის, რაც ხელს შეუწყობს ქართული დოგმატიკის ჩამოყალიბებას საკორპორაციო სამართლის პრიზმაში.

1. კორპორაციული მართვის სისტემათა სახეები

1.1. ერთსაფეხურიანი სისტემა

თანამედროვე სამართლებრივ სისტემებში კორპორაციული მართვის სხვადასხვა მეთოდია ჩამოყალიბებული. მათ შორის, ძირითადი განსხვავებები ხელმძღვანელობისა და კონტროლის ფუნქციებს შორის ურთიერთმიმართებასა და სხვადასხვა ორგანოს შორის მათ გადანაწილებას ეფუძნება. ერთმანეთისგან რადიკალურად განსხვავებულია საერთო სამართლისა და კონტინენტურ ევროპული სამართლის სისტემების მიდგომა. „გერმანია და დიდი ბრიტანეთი წარმოადგენს იმ სხვადასხვა სისტემის პარადიგმებს, რომელშიც მმართველი დირექტორების კონტროლის უფლებამოსილება თავმოყრილია ან განცალკევებულად მდგომი სამეთვალყურეო საბჭოს ხელში, ან არის დირექტორთა საბჭოს დამატებითი ამოცანა.“¹⁴ ფრანკფურტისა და ლონდონის საფონდო ბირჟებზე განთავსებული უმსხვილესი კორპორაციების ფინანსური მოღვაწეობა ბოლო 400 წლის განმავლობაში ნათლად ადასტურებს, რომ ორივე სისტემა წარმატებულად ფუნქციონირებს. შეუძლებელია, რომელიმე მათგანს უპირატესობა მიანიჭო.¹⁵

კორპორაციული მართვის ერთ-ერთი ცნობილი ფორმა არის ერთსაფეხურიანი სისტემა, რომელსაც ასევე ხშირად მოიხსენიებენ როგორც უნიტარულ ან მონისტურ სისტემად. ერთსაფეხურიანი სისტემის ყველაზე ნათელი მაგალითია დიდი ბრიტანეთის და აშშ-ს საკორპორაციო სამართალი. ამ სისტემის მთავარი დამახასიათებელი ნიშანია ხელმძღვანელობისა და კონტროლის ფუნქციების ერთი ორგანოს ხელში თავმოყრა,¹⁶ კორპორაციული მართვის ორი ერთმანეთისგან განსხვავებული ელემენტი – ხელმძღვანელობა და კონტროლი – ერთი ორგანოს, დირექტორთა საბჭოს მიერ ხორციელდება. აღსანიშნავია, რომ აშშ-ს კანონმდებლობის მიხედვით, (რომელიც, ასევე, ერთსაფეხურიან მოდელს განეკუთვნება) დირექტორთა საბჭო – ბორდი, ერთადერთი სავალდებულო ორგანოა, რომელიც უნდა ჰქონდეს კორპორაციას. იგი არ განსხვავებს ერთმანეთისგან ბორდსა და სამეთვალყურეო საბჭოს.¹⁷

დიდი ბრიტანეთში არსებობს მხოლოდ ბორდი, რომელიც აღმასრულებელ და არააღმასრულებელ დირექტორებს მოიცავს და აირჩევა პარტნიორთა კრების მიერ.¹⁸ პარტნიორებს, ასევე, აქვთ უფლება გადააყენონ მათ მიერ არჩეული დირექტორი.¹⁹ კორპორაციის ყოველდღიურ საქმიანობას ბორდი წარმართავს და ის იღებს გადაწყვეტილებას მმართველობის რეორგანიზების შესახებ. პარტნიორებს და კრედიტორებს ძალზე შეზღუდული უფლებები გააჩნიათ, რომ გავლენა მოახდინონ ბორდის გადაწყვეტილებებზე და ისიც განსაკუთრებულ, როგორც ფინანსურ სიტუაციაში, როდესაც ამკარაა, რომ ბორდის გადაწყვეტილებები ამძიმებს კორპორაციის ვითარებას.²⁰ აშშ-ს საკორპორაციო სამართალში ბორდი არ მიიჩნევა აქციონერთა წარმომადგენლად, იგი დამოუკიდებელი ორგანოა, რომელიც არ ემორჩილება აქციონერთა მითითებებს. ბორდის მუშაობით უკმაყოფილება არ აძლევს აქციონერებს მისთვის მითითების უფლებას.²¹

ბორდის შემადგენლობაში, თავის მხრივ, გამოიყოფა ორი ტიპის დირექტორები, ესენია – შიდა დირექტორები და მოწვეული დირექტორები, რომლებიც არ არიან კორპორაციის თანამშრომლები (Inside direc-

¹⁴ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 427, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

¹⁵ იქვე, 427.

¹⁶ Hopt K., Leyens P., Board Models in Europe, Working Paper, N18/2004, 11.

¹⁷ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 115.

¹⁸ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 435, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

¹⁹ UK, Companies Act, Art. 303, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf>, [10.05.2012].

²⁰ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 435, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

²¹ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 111.

tors, Outside directors).²² დიდ ბრიტანეთში მათ მოიხსენიებენ როგორც აღმასრულებელ და არააღმასრულებელ დირექტორებს (Executive and Non-executive directors).²³ შიდა დირექტორები თავიდან ბოლომდე ჩართულები არიან კორპორაციის ყოველდღიურ მართვაში და ამავე დროს, ფინანსურად დამოკიდებულნი არიან კორპორაციაზე, ისინი კორპორაციის თანამშრომლები არიან, რომლებსაც კორპორაცია ხელფასს უხდის, რის გამოც, ისინი ვალდებულნი არიან მთელი დრო კორპორაციას მიუძღვნან.²⁴ გარე დირექტორები კი მოწვეულ პირებს წარმოადგენენ, რომლებიც კორპორაციასთან ფინანსურ დამოკიდებულებაში არ იმყოფებიან. არააღმასრულებელი დირექტორები არ მიიჩნევიან კორპორაციის თანამშრომლებად და დაკავებულნი არიან კორპორაციის ძირითადი სტრატეგიისა და მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების მონიტორინგით.²⁵ ბრიტანეთის კორპორაციული მართვის კოდექსის მიხედვით, არააღმასრულებელი დირექტორების მთავარი ფუნქციაა, დეტალურად გააკონტროლოს აღმასრულებელ დირექტორთა მოქმედებები, შეაფასოს რისკები და მონიტორინგი გაუწიოს ყოველდღიურ მენეჯმენტს. ამასთან, ისინი წყვეტენ აღმასრულებელ დირექტორთა სათანადო ანაზღაურების საკითხს და გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვთ აღმასრულებელ დირექტორთა დანიშვნისა და გათავისუფლების საკითხში.²⁶ დიდ ბრიტანეთში მიმდინარეობდა მსჯელობა არააღმასრულებელ დირექტორთა ზუსტ ფუნქციებზე, კონკრეტულად კი იმაზე, თუ რით განსხვავდება აღმასრულებელი და არააღმასრულებელი დირექტორების საქმიანობა? ბრიტანეთის კორპორაციული მართვის გაერთიანებული კოდექსი ამბობს, რომ არააღმასრულებელი დირექტორები კონსტრუქციულად უნდა ეკამათონ აღმასრულებელ დირექტორებს და დაეხმარონ მათ ხელსაყრელი სტრატეგიის ჩამოყალიბებაში; მათ გულდასმით უნდა გააკრიტიკონ მენეჯმენტის მოქმედებები და მონიტორინგი გაუწიონ მას.²⁷ საბოლოოდ, შეგვიძლია გამოვყოთ არააღმასრულებელ დირექტორთა ორი ძირითადი ფუნქცია კორპორაციაში, ესენია: აღმასრულებელი დირექტორების კონტროლი და კორპორაციისთვის ყველაზე მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებებში მონაწილეობის მიღება და დახმარება.²⁸

აშშ-ს საკორპორაციო სამართალი, აგრეთვე, იცნობს ე.წ. „გარე დირექტორებს“, რომლებიც ბიზნესს და ფინანსურ დამოკიდებულებაში იმყოფებიან კორპორაციასთან, მათში მოიაზრებიან ინვესტორები, კონსულტანტები, იურისტები და მომხმარებლები.²⁹ დირექტორები, რომლებიც გარედან არიან მოწვეულნი და არ არიან ფინანსურ კავშირში კორპორაციასთან, ძირითადად წარმოადგენენ სახელგანთქმულ პროფესორებს, ავტორიტეტულ და გამოცდილ მმართველებს.³⁰ მათი დაინტერესება მდგომარეობს იმაში, რომ პრესტიჟულად მიიჩნევა დიდ კორპორაციაში არააღმასრულებელ დირექტორად მუშაობა, თუნდაც ანაზღაურების გარეშე.³¹ ნიუ-იორკის საფონდო ბირჟაზე დაშვებულ კორპორაციათა სახელმძღვანელოში მითითებულია, რომ „დირექტორი არ მიიჩნევა დამოუკიდებლად მანამ, სანამ დირექტორთა საბჭო დაზუსტებით არ დაამტკიცებს, რომ დირექტორს არ აქვს არავითარი მატერიალური ურთიერთობა კორპორაციასთან“³² ქვემოთ კი დაკონკრეტებულია, რომ მატერიალური ურთიერთობა შეიძლება გულისხმობდეს კომერციულ, ინდუსტრიულ, საბანკო, საკონსულტაციო, სამართლებრივ, საბუღალტრო, საქველმოქმედო და ოჯახურ ურთიერთობებს.³³ საინტერესოა ის ფაქტი, რომ ნიუ-იორკის საფონდო ბირჟა მოწვეულ დირექტორთა დამოუკიდებლობისთვის ხელშემშლელ ფაქტორად არ მიიჩნევს თავად ამ კორპორაციაში აქციების ფლობას,

²² იქვე, 115.

²³ UK Combined Code of Corporate Governance, Sec A.

²⁴ ჯანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 116.

²⁵ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 436, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

²⁶ UK Combined Code of Corporate Governance, art. B.2.1 D.2.1., <<http://www.frc.org.uk/corporate/ukcgcode.cfm>>, [10.05.2012].

²⁷ იქვე, Sec, A.1.

²⁸ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 436, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

²⁹ Cary Collins M., Atul K., Saxena and James W., Wansley Journal of Financial and Strategic Decisions, 1996, 2 <<http://www.studyfinance.com/jfsd/v09n2.html#collins>> [30.04.2012].

³⁰ იქვე, 2.

³¹ იქვე, 2.

³² New York Stock Exchange Listed Company Manual, 2004, Sec. 303, A.02. (a) <<http://nysemanual.nyse.com/lcm/>>, [23.04.2012].

³³ იქვე.

რამდენადაც მთავარი ყურადღება მენეჯმენტისგან და არა კორპორაციისგან დამოუკიდებლობას ენიჭება³⁴ დიდ ბრიტანეთში არააღმასრულებელი დირექტორის დამოუკიდებლობის შემაფერხებელ გარემოებებზე ისეთი ფაქტორები მიიჩნევა, როგორცაა, 5 წლიანი სამუშაო კონტრაქტი კორპორაციასთან, ახლო საოჯახო კავშირები აქციონერებთან, კორპორაციის დირექტორობა გასული 9 წლის განმავლობაში და ა.შ.³⁵

კიდევ ერთი თავისებურება, რაც მონისტურ მოდელს ახასიათებს არის ის, რომ ბორდი საკუთარი უფლებამოსილების დელეგირების მიზნით ქმნის მენეჯერთა სპეციალურ ორგანოს, რომლებიც უშუალოდ არიან პასუხისმგებელი ბორდის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულებაზე. დელავერის საკორპორაციო სამართლის მიხედვით, ბორდს შეუძლია შექმნას ერთი ან მეტი კომიტეტი, რომელშიც მინიმუმ ერთი დირექტორი შევა. კომიტეტებმა შეიძლება განახორციელონ დირექტორების უფლებამოსილება იმ დონით, რა დონითაც მას ამის უფლებამოსილებას მინიჭებს თავად დირექტორი.³⁶ ერთადერთი რისი დელეგირებაც კომიტეტებზე აკრძალულია, აქციონერების წინაშე სხვადასხვა დოკუმენტების დამტკიცება ან კორპორაციის ნორმატიულ აქტებში ცვლილების შეტანა.³⁷ როგორც წესი, მენეჯერთა სათავეში დგას უფროსი აღმასრულებელი ოფიცერი (Chief Executive Officer).³⁸ მენეჯერები ხელმძღვანელობენ კორპორაციის ყოველდღიურ საქმიანობას, მათ აკისრიათ იგივე მოვალეობები, რაც ბორდის წევრებს.³⁹ ეს ნიშანი ერთ-ერთი განმასხვავებელია ორსაფეხურიანი დუალისტური სისტემისგან, სადაც გამგეობასა და სამეთვალყურეო საბჭოს საკუთარი უფლებამოსილებების დელეგირება ეკრძალება.⁴⁰ ამავდროულად, ეს ნიშანი გვაძლევს კიდევ ერთ განსხვავებას აღმასრულებელ და არააღმასრულებელ დირექტორებს შორის, რადგან მხოლოდ აღმასრულებელ დირექტორებს ჰყავთ მმართველი მენეჯერები, რომლებსაც დელეგირებული აქვთ მათი ფუნქციები, არააღმასრულებელი დირექტორების ფუნქციების დელეგირება კი არ ხდება.⁴¹ უფრო მეტიც, დიდი ბრიტანეთის კორპორაციული მართვის კოდექსი სავალდებულოდ მიიჩნევს, რომ წერილობითი ფორმით მკვეთრად იყოს გაყოფილი პასუხისმგებლობა დირექტორთა საბჭოსა და აღმასრულებელ ოფიცერებს შორის.⁴² ამასთან, დაუშვებელია დირექტორთა საბჭოსა და აღმასრულებელ ოფიცერებში ერთი და იმავე პირის არსებობა, უფრო მეტიც, მთავარ აღმასრულებელ ოფიცერს მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევაში აქვს უფლება, გადაინაცვლოს დირექტორთა საბჭოს თავმჯდომარის თანამდებობაზე. (მსხვილ აქციონერთა თანხმობის შემთხვევაში)⁴³

1.2. ორსაფეხურიანი სისტემა

დუალისტური, იგივე ორსაფეხურიანი სისტემა ჩამოყალიბდა და განვითარდა გერმანიაში. მისთვის დამახასიათებელია ხელმძღვანელობისა და კონტროლის ორგანოთა მკვეთრი გამიჯვნა. შესაბამისად, გამოიხსნულია ის ორგანოები, რომლებიც ამ ფუნქციებს ახორციელებენ. ამავე დროს, ამ ორგანოებს შორის არ არსებობს იერარქიული დამოკიდებულება, ანუ ისინი თანაბარი დონის ორგანოები არიან.⁴⁴ ევროპასა და გერმანიაში ორ ორგანოს შორის ამ აუცილებელ ფუნდამენტურ ამოცანათა განაწილებას ას წელზე მეტი

³⁴ იქვე.

³⁵ Hopt K., Leyens P., Board Models in Europe, Working Paper, N°18/2004, 12.

³⁶ Delaware General Corporate Law, subchapter IV, § 141.c (2).

³⁷ იქვე, subchapter IV, § 141.c (2).

³⁸ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 119.

³⁹ იქვე, 119.

⁴⁰ იქვე, 114.

⁴¹ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 437, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

⁴² UK Combined Code of Corporate Governance, art. A2.

⁴³ იქვე, art. A3.1.

⁴⁴ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 126.

ხნის ისტორია აქვს.⁴⁵ გერმანიის გარდა, ამ სისტემას მიეკუთვნება იაპონიაც.⁴⁶ საინტერესოა, რომ 1980 წლიდან მოყოლებული, განსაკუთრებით, 1990-იანი წლების პირველ ნახევარში გერმანია და იაპონია მიჩნეული იყვნენ სამაგალითო ეკონომიკური მოწყობის ქვეყნებად, ვინაიდან ამ ქვეყნებში მსხვილი ფინანსური კორპორაციების მმართველობა სტაბილური იყო, რაც შესაძლებელს ხდიდა ხანგრძლივად ინვესტიციებს⁴⁷. დღესდღეობით, მდგომარეობა შეიცვალა და წარმატებული ეკონომიკური მოწყობის ქვეყნებად აშშ და დიდი ბრიტანეთი მიიჩნევა.⁴⁸

ორსაფეხურიანი სისტემის ყველაზე ნათელი მაგალითია გერმანია. გერმანული საკორპორაციო სისტემა, ტრადიციულად, დეტალურად არის რეგლამენტირებული კანონით.⁴⁹ გერმანიის სააქციო საზოგადოებების შესახებ აქტში ნათქვამია, რომ ყველა სააქციო საზოგადოება ვალდებულია ჰყავდეს ორი ორგანო: მმართველი (Vorstand) და სამეთვალყურეო (Aufsichtsrat).⁵⁰ სამეთვალყურეო საბჭოს და ღირებულებათა საბჭოს უფლებები კანონმდებლობით მკვეთრად გამოიჯნულია. სამეთვალყურეო საბჭოს ბევრი ფუნქცია ეკისრება, თუმცა მათ შორის მთავარი ღირებულებათა საბჭოს ზედამხედველობა და კონტროლია. სამეთვალყურეო საბჭომ ზედამხედველობა უნდა გაუწიოს ღირებულებათა საბჭოს, აგრეთვე, შეუძლია შეამოწმოს ფინანსური და ბუღალტრული წიგნები.⁵¹ მენეჯმენტის უფლებამოსილება არ შეიძლება გადაეცეს სამეთვალყურეო საბჭოს.⁵² ბოლო წლების სასამართლო პრაქტიკა აჩვენებს, რომ სამეთვალყურეო საბჭოს ყველაზე მნიშვნელოვან ფუნქციად კონტროლი რჩება.⁵³ მნიშვნელოვანია, რომ გერმანიის კორპორაციული მართვის კოდექსით, სამეთვალყურეო საბჭოს ამოცანაა ღირებულებათა საბჭოსთვის რეგულარულად რჩევების მიცემა,⁵⁴ ხოლო კორპორაციისთვის ფუნდამენტური გადაწყვეტილების მიღებისას, ისინი სავალდებულო წესით უნდა იყვნენ ჩართულნი ამ პროცესში. კონსულტირება სამეთვალყურეო საბჭოს ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფუნქციაა. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სამეთვალყურეო საბჭოს უფლება – დაიცვას კორპორაციის ინტერესები სასამართლოში ღირებულებათა წინააღმდეგ სარჩელის შეტანისა და საქმის წარმოების გზით.⁵⁵

სამეთვალყურეო საბჭოს ფუნქციაა, დანიშნოს კორპორაციის პირველი ღირებულებათა საბჭო⁵⁶, აგრეთვე, მოახდინოს ღირებულებათა საბჭოს შემდგომი კომპლექტაცია და გათავისუფლება.⁵⁷ გამგებობის წევრი იმადრდრეული ტრადიციის მიხედვით, ყოფილი ღირებულებათა საბჭოს წევრი და პირიქით.⁵⁸ თუმცა გერმანიაში დამკვიდრებული ტრადიციის მიხედვით, ყოფილი ღირებულებათა საბჭოს წევრი ვადის ამოწურვის შემდეგ, სამეთვალყურეო საბჭოში იკავებენ ადგილს.⁵⁹ სამეთვალყურეო საბჭოს დაკომპლექტების საკითხიც დეტალურადაა გაწერილი კანონმდებლობით. კერძოდ, იგი კომპლექტდება აქციონერების პირდაპირი და სხვადასხვა შემთხვევაში კორპორაციის თანამშრომელთა წარმომადგენლებისგან.⁶⁰ ეს უკანასკნელი დამახასიათებელია გერმანული სამართლისთვის და გულისხმობს თანამონაწილეობის პრინციპს (Co-

⁴⁵ ჰოპტი კ., კორპორაციული მართვა ევროპაში: რეგულირების ახალი მოდელი და „რბილი სამართალი“, სამართლის ჟურნალი, №1, 2009.

⁴⁶ Global Debate on the Superiority of Corporate Governance Systems, 408 <<http://heinonline.org>> [21.04.2012].

⁴⁷ Goergen M, What do we know about different systems of corporate governance? 2007, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=981531> [21.04.2012].

⁴⁸ იქვე, 3.

⁴⁹ Hopt K., Leyens P., Board Models in Europe, Working Paper, N°18/2004, 4.

⁵⁰ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 432, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/_dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

⁵¹ German Stock Corporation Act §.111.1.2.

⁵² იქვე, §111.1.2.

⁵³ Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 433, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/_dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

⁵⁴ German Code of Corporate Governance Art. 3.2.

⁵⁵ German Stock Corporation Act. §112.1 <<http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-2010-english-translation-pdf-59656.pdf>> [21.04.2012].

⁵⁶ იქვე, §30, 1.

⁵⁷ იქვე §84, 1.84.3

⁵⁸ იქვე, §105.1

⁵⁹ Hopt K., Leyens P., Board Models in Europe, Working Paper, N18/2004, 5.

⁶⁰ German Stock Corporation Act, §96.

determination).⁶¹ მუშა-მოსამსახურეთა გავლენა სამეთვალყურეო საბჭოში გამოიხატება მათი წარმომადგენლის გაგზავნით, რომელიც ხმის უფლებითაა აღჭურვილი.⁶² ანგლო-ამერიკულ სივრცეში მუშა-მოსამსახურეთა მხრიდან თანამონაწილეობის უფლება პრაქტიკის და განსაკუთრებით, ეკონომიკური თეორიის მხრიდან უარყოფილ იქნა.⁶³ სამეთვალყურეო საბჭოს ფუნქციებზე საუბრისას, ბოლო დროს გამოიკვეთა ტენდენცია ამ ორგანოს „რბილ“ ფუნქციებზე, მაგალითად, გუნდურობის შენარჩუნება ორგანოებს შორის, განსაკუთრებულად რთულ და პრობლემურ სიტუაციებში ვითარების განმუხტვა და დაბალანსება.⁶⁴

დირექტორთა საბჭო მთავარი აღმასრულებელი ორგანოა, რომელიც პირდაპირ პასუხისმგებელია კორპორაციის ყოველდღიურ მენეჯმენტზე.⁶⁵ იგი საზოგადოების უმაღლესი წარმომადგენელია მესამე პირებთან ურთიერთობაში.⁶⁶ კანონში მითითებულია, რომ არ შეიძლება შეიზღუდოს დირექტორთა წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება.⁶⁷ დირექტორთა საბჭო გამოსცემს ნორმატიულ აქტებს, რომლითაც კორპორაციის შიგნით ურთიერთობებს არეგულირებს.⁶⁸ დირექტორთა საბჭოსა და სამეთვალყურეო საბჭოს შორის არ არსებობს იერარქიული დამოკიდებულება; იგი არ არის ვალდებული, დაემორჩილოს აქციონერთა ან სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა მითითებებს; ის საკუთარი პასუხისმგებლობის ფარგლებში მოქმედებს.⁶⁹ მიუხედავად იმისა, რომ სამეთვალყურეო საბჭო ახორციელებს მის კონტროლს და ზედამხედველობას, გამგეობა მაინც დამოუკიდებელია.⁷⁰ გამგეობა უფლებამოსილია, არ დაემორჩილოს არც აქციონერების და არც სამეთვალყურეო საბჭოს წევრების მითითებებს გადაწყვეტილების მიღებისას.⁷¹ რა თქმა უნდა, არსებობს საკითხები, რომლებიც შეიძლება გადაწყდეს მხოლოდ სამეთვალყურეო საბჭოს თანხმობით, მაგრამ უმრავლეს საკითხზე პასუხისმგებლობა გამგეობას ეკისრება.⁷² მიუხედავად იმისა, რომ სამეთვალყურეო საბჭო ნიშნავს და იწვევს გამგეობის წევრებს, მას არ აქვს საკითხის დამოუკიდებლად ინიცირების უფლება.⁷³ აღსანიშნავია, რომ სამეთვალყურეო საბჭოს უფლება აქვს, პერიოდულად გამოითხოვოს ინფორმაცია, რასაც შეესაბამება გამგეობის ვალდებულება, რომ გასცეს იგი.⁷⁴

თავის მხრივ, საინტერესოა, თუ რამდენად მიზანშეწონილია, რომ სამეთვალყურეო საბჭო ნიშნავს და ათავისუფლებს გამგეობის წევრებს. ორსაფეხურიან სისტემაში ეს უფლება აქციონერთა საერთო კრებისგან დელეგირებული აქვს სწორედ სამეთვალყურეო საბჭოს.⁷⁵ ჩემი აზრით, არსებობს შესაძლებლობა, რომ სამეთვალყურეო საბჭო მეტ-ნაკლებად სუბიექტური იყოს თავის მიერ დანიშნულ და შერჩეულ დირექტორებთან. შესაბამისად, უფრო მეტი გამჭვირვალობა იქნება მიღწეული, თუკი სამეთვალყურეო საბჭო აქციონერების კრების მიერ დანიშნულ დირექტორებს გააკონტროლებს, რომელთა მიმართაც სუბიექტური დამოკიდებულება მინიმუმამდე იქნება დაყვანილი.

61 Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 2006, 434, <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/eidenmueller/dokumente/ecil/jungmann_2006.pdf> [04.05.2012].

62 ჰოპტი კ., კორპორაციული მართვა ევროპაში: რეგულირების ახალი მოდელი და „რბილი სამართალი“, თსუ-ს სამართლის ჟურნალი №1, 233.

63 იქვე, 233.

64 Hopt K, Leyens P, Board Models in Europe, Working Paper, N°18/2004, 4.

65 German Stock corporation act, §76.1.

66 იქვე, §78.1.

67 იქვე, §82.1.

68 იქვე, §77.2.

69 Jungmann C., The Effectiveness of Corporate Governance in One-tier and Two-tier Board Systems; 434.

70 ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 127.

71 იქვე, 127.

72 Hopt K., Leyens P., Board Models in Europe, Working Paper, N°18/2004, 4.

73 ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 131.

74 იქვე, 131.

75 იქვე, 130.

2. ხელმძღვანელობა და კონტროლი, როგორც კორპორატიული მართვის სისტემის შემადგენელი ელემენტი

2.1. დირექტორ(ატ)ი, როგორც ხელმძღვანელობაზე უფლებამოსილი პირი (ორგანო)

როგორც ცნობილია, დირექტორთა საბჭოს ფუნქციები განსხვავებულად არის წარმოდგენილი სხვადასხვა ქვეყანაში. მოცემულ თავში ყურადღება გამახვილდება უშუალოდ იმ პრობლემურ საკითხებზე, რაც დაკავშირებულია დირექტორთა საბჭოს უფლებამოსილებებთან.

საერთო სამართლის ქვეყნებში დირექტორატი წარმოადგენს კორპორაციის მთავარ მმართველ ორგანოს, რომელიც აირჩევა აქციონერების მიერ, აქციონერთა კრებაზე. დირექტორები პასუხისმგებლები არიან კორპორაციის ყოველდღიურ მართვაზე და ახდენენ უფლებამოსილებათა დელეგირებას ოფიცრებზე.⁷⁶ კორპორაციის წესდებით შეიძლება დაწესდეს შეზღუდვები იმასთან დაკავშირებით, თუ ვინ შეიძლება იყო დირექტორი. აგრეთვე, წესდება განსაზღვრავს დირექტორის მოხსნის პირობებსაც.⁷⁷ დირექტორთა საბჭო პასუხისმგებელია მენეჯმენტზე, ოფიცრების საქმიანობის მონიტორინგსა და მნიშვნელოვანი ბიზნესგადაწყვეტილებების მიღებაზე.⁷⁸

კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში გამგეობა კორპორაციის ხელმძღვანელი ორგანოა, რომელიც კორპორაციის ყოველდღიურ საქმიანობას უძღვება და მისი უმაღლესი წარმომადგენელია მესამე პირებთან ურთიერთობაში.⁷⁹ ორსაფეხურიანი სისტემის დირექტორთა საბჭო განსხვავებული უფლებამოსილებების მატარებელია. კონტინენტურ ევროპაში ბორდი, როგორც წესი, იმდენად მძლავრი უფლებამოსილებებით არაა აღჭურვილი, როგორც ეს საერთო სამართლის ქვეყნებში ხდება. თუკი დაუვბრუნდებით კორპორატიული მართვის 2 ძირითად ელემენტს – ხელმძღვანელობასა და კონტროლს, ევროპული ბორდი არის ხელმძღვანელობის განმახორციელებელი ორგანო, რომელიც მთლიანად ჩამოცილებულია კონტროლის უფლებამოსილებისაგან. გერმანიის სააქციო საზოგადოებათა შესახებ კანონი ითვალისწინებს სამეთვალყურეო საბჭოს არსებობას, რომელიც განცალკევებულადაა პასუხისმგებელი გამგეობის საქმიანობის მონიტორინგზე.⁸⁰

აშშ-ში აქციონერებს ძალიან მცირე გავლენა აქვთ დირექტორებზე, ერთადერთი ბერკეტი, რითაც შეუძლიათ გავლენა მოახდინონ მათზე (გარდა იმისა, რომ მათი არჩევის ან გადარჩევის უფლება აქვთ), არის კორპორაციის შიდა ნორმატიული აქტების მიღების უფლება, რითაც ისინი აიძულებენ დირექტორებს, დაემორჩილონ მათ ნებას.⁸¹

საინტერესოა მითითების უფლების საკითხი. აშშ-ში დირექტორებს წესდებით აქვთ მინიჭებული უფლებამოსილება, რომ კორპორაციის ყველაზე მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებები მხოლოდ საკუთარი პასუხისმგებლობის ფარგლებში მიიღონ და არ დაემორჩილონ თუნდაც აქციონერთა მითითებას.⁸² თუკი დირექტორები არ მოქმედებენ ისე, როგორც აქციონერები მიიჩნევენ უმჯობესად, მაშინ აქციონერებს შეუძლიათ, ეს დირექტორი გადაირჩიონ და დანიშნონ ახალი. გავლენის მოხდენის სხვა სამართლებრივი ბერკეტი არ არსებობს.⁸³ მსგავსადვე ხდება გერმანიაშიც, გამგეობას ევალება, საკუთარი პასუხისმგებლობის ფარგლებში, გაუძღვეს კორპორაციის საქმიანობას, რაც იმას ნიშნავს, რომ მას არ ევალება, დაემორჩილოს აქციონერთა ან თუნდაც სამეთვალყურეო საბჭოს მითითებებს.⁸⁴ ასე რომ, ბორდი აბსოლუტურად დამოუკი-

⁷⁶ Bevens N.R., Business Organizations and Corporate Law, 2007, New York, 220.

⁷⁷ იქვე, 221.

⁷⁸ იქვე, 222.

⁷⁹ ჭანტურია ლ., კორპორატიული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 127.

⁸⁰ German Stock Corporation Act, §111.1.

⁸¹ Delaware General Corporate Law, subchapter IV, § 5 141(a).

⁸² Schneeman A. The law of Corporations and Other Business Organizations, 2010, New York, 338.

⁸³ იქვე, 338.

⁸⁴ German Stock Corporation Act, §76, 1.

დებელია გადაწყვეტილების მიღებაში, ბორდის გადაწყვეტილების ნამდვილობის ერთადერთი წინაპირობაა სხდომის ჩატარების ფორმალური პროცედურების დაცვა.⁸⁵

საერთო სამართლის ქვეყნებში, დახურულ კორპორაციებში, როგორც წესი, გადაწყვეტილების მიღებასა და აღსრულებას თავად ბორდი ახდენს.⁸⁶ თუმცა ღია კორპორაციებში იქმნება კომიტეტები, რომლებზეც უფლებამოსილებათა დელეგირება ხორციელდება. წესდებით, დირექტორებს უფლება ეძლევათ, შექმნან კომიტეტები და მათზე უფლებამოსილებების დელეგირება მოახდინონ. დირექტორებს ყოველდღიურ მენეჯმენტში ჩართულობა პირდაპირ არ ევალებათ.⁸⁷ სტატისტიკის მიხედვით, მსხვილი კორპორაციების ტიპური დირექტორები კორპორაციის მართვას თვეში 17 საათს უთმობენ.⁸⁸ დირექტორებს კომიტეტების ხელმძღვანელებისადმი (ოფიცრებისადმი) აქვთ მითითების უფლება, განსხვავებით აქციონერებისგან, რომლებსაც არ აქვთ დირექტორთა მიმართ მითითების გაცემის უფლება.⁸⁹ თუმცა დირექტორებს პასუხისმგებლობის სხეებზე დელეგირების უფლება არ გააჩნიათ; მათ მუდმივად უნდა მოახდინონ კორპორაციის მართვის მონიტორინგი. გარდა ამისა, ბიზნესკორპორაციების მოდელური კანონი ადგენს საკითხებს, რომელთა დელეგირება არ შეიძლება, ესენია: ძირითადი ბიზნესგეგმები, კორპორაციის შიდა კონტროლის ეფექტურობა, ფინანსური დეკლარაციები, ბორდის წევრთა შრომის ანაზღაურება და ა.შ.⁹⁰

დირექტორებს, თავის მხრივ, ყველა გადაწყვეტილების დამოუკიდებლად მიღება არ შეუძლიათ და ზოგიერთ შემთხვევაში საჭიროა აქციონერთა თანხმობა, მაგალითად, ისეთ საკითხებზე, რომლებიც წესდებაში ცვლილების შეტანას, კორპორაციის ლიკვიდაციას, შეწყმას ან შეერთებას ეხება.⁹¹ ორსაფეხურიანი სისტემის მიმდევარ ქვეყნებში გამგეობას და სამეთვალყურეო საბჭოს ეკრძალება უფლებამოსილებათა დელეგირება⁹².

დირექტორები განსაკუთრებით სანდო რეპუტაციის პიროვნებები უნდა იყვნენ. მათზეა მინდობილი უამრავი აქციონერის ქონება. შესაბამისად, ხშირად, როდესაც არსებობს დიდი ფინანსური სკანდალები ან დირექტორთა მიერ არაკეთილსინდისიერი საქციელი, პრობლემა მდგომარეობს არა რომელიმე სისტემის ან მეთოდის ნაკლში ან არასრულყოფილებაში, არამედ კორპორაციის მმართველ პიროვნებათა არაკეთილსინდისიერებაში. პრობლემა ის არის, რომ ადამიანები ხშირად იქცევიან არაკეთილსინდისიერად, მით უმეტეს, როცა ამის ცდუნება დიდია. ყველა დირექტორი ან მაკონტროლებელი თანამდებობის პირი რომ ბოლომდე კეთილსინდისიერად ასრულებდეს თავის მოვალეობებს და არ არღვევდეს კორპორაციის ერთგულების მოვალეობას, მაშინ კორპორაციული მართვა საერთოდ არ იქნებოდა პრობლემური საკითხი და ამდენი თეორიის არსებობაც არ გახდებოდა საჭირო. საქმე ისაა, რომ ადამიანები არ არიან იდეალური და ხშირად არის ცდუნება, რომ კორპორაციის ინტერესებთან შედარებით, თავიანთ პირადს მიანიჭონ უპირატესობა, მით უმეტეს, როცა საქმე დიდ ფინანსურ კორპორაციებს ეხება, რომელთა ბრუნვაც მილიარდობით დოლარს შეადგენს. ამ დროს დიდი შანსია, რომ ადამიანები, რომლებიც განაგებენ ამ დიდი ფინანსების ბედს, მოიქცნენ არაკეთილსინდისიერად და მაქინაციების გზით აზარალონ კომპანია. ვინაიდან ცდუნება დიდია, აბსოლუტურად ყველა ქვეყნის კანონმდებლობა კორპორაციის მაღალი თანამდებობის პირებს აკისრებს ე.წ. ფიდუციურ ვალდებულებებს.⁹³ ფიდუციური მოვალეობები დირექტორებს კორპორაციის მიმართ აკისრებს 3 ძირითად მოვალეობას: გულმოდგინეობა, ერთგულება და კეთილსინდისიერება.

გულმოდგინეობის მოვალეობა გულისხმობს, რომ დირექტორმა უნდა გამოიჩინოს საკმარისი ყურადღება კორპორაციის საქმეებისადმი. ის, თუ რა იგულისხმება „საკმარის ყურადღებაში“, უნდა დადგინდეს ყოველ

⁸⁵ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 114.

⁸⁶ იქვე, 114.

⁸⁷ იქვე, 114.

⁸⁸ Bevens N.R, Business Organizations and Corporate Law, 2007, New York , 220.

⁸⁹ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 114.

⁹⁰ Bevens N.R, Business organizations and Corporate law, 2007, New York , 222.

⁹¹ Schneeman A. The law of Corporations and Other Business Organizations, 2010, New York, 340.

⁹² German Stock Corporation act, §111. 5.

⁹³ „მეწარმეთა შესახებ კანონი“, მუხლი 56 მუხლის მე-4 პუნქტი.

კონკრეტულ შემთხვევაში.⁹⁴ მოდელური კანონის მიხედვით, განმარტებულია, დირექტორი უნდა უთმობდეს იმდენ ყურადღებას კორპორაციის საქმეებს, რამდენსაც ანალოგიურ პოზიციაში მყოფი საშუალო მონაცემების მქონე ადამიანი დაუთმობდა. ტექნიკური თვალსაზრისით, დირექტორების ეს მოვალეობა იზომება შემდეგი კრიტერიუმებით: ესწრება თუ არა დირექტორი ბორდისა და კომიტეტის შეხვედრებს, ითხოვს თუ არა შესაბამისი კომიტეტებიდან გადაწყვეტილების მისაღებად საჭირო სათანადო ინფორმაციას, იღებს თუ არა მონაწილეობას განხილვებში, ახორციელებს თუ არა დელეგირებული უფლებამოსილებების შესრულების მონიტორინგს.⁹⁵

ერთგულების მოვალეობა დირექტორებს ავალბებს, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, გადაწყვეტილების მიღებისას კორპორაციის ინტერესების საუკეთესოდ იმოქმედონ. განსაკუთრებით იმ შემთხვევებში, როცა არსებობს პოტენციური ინტერესთა კონფლიქტი, დირექტორს ეკრძალება გადაწყვეტილების მიღების პროცესში ჩართვა. გარდა ამისა, იგი ვალდებულია, წინასწარვე განაცხადოს ყველა შესაძლო კავშირის შესახებ, რამაც შეიძლება ინტერესთა კონფლიქტი გამოიწვიოს.⁹⁶

კეთილსინდისიერების მოვალეობა მოითხოვს მაქსიმალურ პატიოსნებას მოვალეობების შესრულებისას. დირექტორი ყოველი გადაწყვეტილების მიღებისას უნდა იყოს მაქსიმალურად კეთილსინდისიერი კორპორაციის ინტერესების წინაშე. მან პირადი ინტერესები კორპორაციის ინტერესებზე წინ არ უნდა დააყენოს.⁹⁷ შესაძლებელია, რომ კორპორაციისთვის წამგებიანი გადაწყვეტილება მიღებული იქნეს კეთილსინდისიერად, თუკი დირექტორმა საკითხი საფუძვლიანად შეისწავლა, ყველა შესაძლო ღონისძიება განახორციელა და ღრმად სწამდა გადაწყვეტილების სისწორის, მაშინაც კი, თუ ეს გადაწყვეტილება წამგებიანი აღმოჩნდება, დირექტორის პასუხისმგებლობა მაინც არ ღვება.⁹⁸

აღნიშნული საკითხი დაკავშირებულია ე.წ. „სამეწარმეო განსჯის წესთან“, რომელიც იურიდიული სტანდარტია და რომელიც პირადი პასუხისმგებლობისაგან იცავს დირექტორებს იმ შემთხვევაში, თუკი სათანადო კრიტერიუმების დაცვით მიიღეს ბიზნესგადაწყვეტილება, რომელიც შემდეგში წარუმატებელი აღმოჩნდა. ბიზნესსაქმიანობა თავის თავში დიდ რისკს შეიცავს, – ამა თუ იმ მიდგომამ შეიძლება არ გამოართლოს, რის გამოც უსამართლო იქნებოდა დირექტორთათვის პასუხისმგებლობის დაკისრება.⁹⁹ ხელმძღვანელს, როგორც სამეწარმეო საზოგადოების ერთ-ერთ მთავარ მოქმედ პირს, საზოგადოების სახელით და სასარგებლოდ, გარკვეულ საქმიანობათა განხორციელების თავისუფლება უნდა ჰქონდეს. თუმცა ამ მოქმედებათა განხორციელების წესი გარკვეულ სტანდარტებს უნდა აკმაყოფილებდეს.¹⁰⁰ ბიზნესის წარმოების დროს, მნიშვნელოვანია, პირმა გარისკოს, უამისოდ წარმატება ვერ მიიღწევა, ამიტომ გონივრული რისკისთვის პირის დასჯა არასწორი იქნებოდა.¹⁰¹ სამეწარმეო განსჯის წესი მხოლოდ ბორდის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებზე ვრცელდება, იგი ექსკლუზიურად დირექტორებს იცავს (ეი ანუ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებზე, პარტნიორებზე სამეწარმეო განსჯის წესი “business judgement rule” არ ვრცელდება. ეს წესი იცავს მხოლოდ დირექტორებს, რომლებიც იღებენ სამეწარმეო გადაწყვეტილებებს).¹⁰²

გერმანიის სააქციო საზოგადოებების შესახებ აქტში მითითებულია, რომ „მოვალეობის დარღვევა არ არსებობს, თუ გამგეობის წევრს სამეწარმეო გადაწყვეტილების მიღებისას გონივრულად შეეძლო ევარაუდა, რომ იგი სათანადო ინფორმაციის საფუძველზე საზოგადოების საკეთილდღეოდ მოქმედებდა“.¹⁰³

⁹⁴ ALI, Principles of Corporate Governance, §4.01.

⁹⁵ იქვე.

⁹⁶ იქვე.

⁹⁷ იქვე.

⁹⁸ იქვე.

⁹⁹ მაისურაძე დ., სამეწარმეო განსჯის წესის განმარტებისთვის, სამართლის ჟურნალი, №1-2, 2010, 111.

¹⁰⁰ იქვე, 108.

¹⁰¹ იქვე.

¹⁰² იქვე.

¹⁰³ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 237.

ქართულ კანონმდებლობაში გამოყოფილი არ არის დირექტორთა ფიდუციური მოვალეობების საკითხი, თუმცა კონკრეტულ მუხლებში მოხსენიებულია. კერძოდ, „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მე-9 მუხლის თანახმად, „დირექტორები და სამეთვალყურეო საბჭოს წევრები საზოგადოების საქმეებს უნდა გაუძღვნენ კეთილსინდისიერად; კერძოდ, ზრუნავდნენ ისე, როგორც ზრუნავს ანალოგიურ თანამდებობაზე და ანალოგიურ პირობებში მყოფი ჩვეულებრივი, საღად მოაზროვნე პირი და მოქმედებდნენ იმ რწმენით, რომ მათი ეს მოქმედება ყველაზე ხელსაყრელია საზოგადოებისათვის“¹⁰⁴. ასევე, საინტერესოა, კანონის 56-ე მუხლიც, რომლის მიხედვითაც, „დირექტორებმა კეთილსინდისიერად და გულმოდგინედ უნდა შეასრულონ დაკისრებული ამოცანები“¹⁰⁵. კანონი ამ მოვალეობებს მხოლოდ სააქციო საზოგადოების დირექტორებს უწესებს და არაფერს ამბობს შპს-ს დირექტორებზე. უპირანი იქნებოდა, თუკი კანონი მსგავს მოვალეობებს დაუწესებდა ყველა სხვა ტიპის საზოგადოებებს.¹⁰⁶ საქართველოს კანონი „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“, ასევე, დირექტორთა მოვალეობების საკითხს ეხება და ამბობს, რომ დირექტორები უნდა მოქმედებდნენ კეთილსინდისიერად, ზრუნავდნენ ისე, როგორც ზრუნავს ანალოგიურ თანამდებობაზე და ანალოგიურ პირობებში მყოფი ჩვეულებრივი, საღად მოაზროვნე პირი, მოქმედებდნენ იმ რწმენით, რომ მათი ეს მოქმედება ყველაზე უკეთესია საწარმოსა და მისი ფასიანი ქაღალდების მფლობელთა ინტერესებისათვის.¹⁰⁷ „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის მსგავსად, ეს კანონიც ამ მოთხოვნას უწესებს მხოლოდ იმ საზოგადოებებს, რომელთა აქციებიც განთავსებულია საფონდო ბირჟებზე.¹⁰⁸ სამეწარმეო განსჯის წესი, როგორც ასეთი, ქართულ საკორპორაციო სამართალში არ არსებობს. „მეწარმეთა შესახებ“ კანონი საუბრობს მხოლოდ კეთილსინდისიერების მოვალეობაზე ისე, რომ არ გამოყოფს ერთმანეთისგან გულმოდგინებისა და ერთგულების მოვალეობებს. იმისათვის, რომ სამეწარმეო გადაწყვეტილების წესი ჩვენთან კარგად განვითარდეს, საჭიროა, კანონში ზუსტად ჩამოყალიბდეს მისი განმარტება და მოქმედების პირობები.¹⁰⁹ საქართველოს უზენაესი სასამართლო დირექტორთა მიერ საზოგადოების მართვის თაობაზე ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში აღნიშნავს, რომ დირექტორებს უნდა ჰქონდეთ მათზე დაკისრებული პასუხისმგებლობების ადეკვატური უფლებამოსილებები.¹¹⁰

2.2. ზედამხედველობაზე (კონტროლზე) უფლებამოსილი ორგანო

2.2.1. სამეთვალყურეო საბჭო – ორსაფეხურიანი სისტემა

ორსაფეხურიანი მოდელის მიმდევარ ქვეყნებში სამეთვალყურეო საბჭოს ძირითადი ფუნქციაა გამგეობის წევრთა დანიშვნა და გათავისუფლება. ამ ბოლო დროს, მას გარკვეული რბილი ფუნქციები დაემატა, როგორცაა, ინტერესთა დაბალანსება დირექტორებსა და აქციონერებს შორის, კომუნიკაციაში დახმარება და სავარაუდო ინტერესთა კონფლიქტის თავიდან აცილება.¹¹¹ სამეთვალყურეო საბჭო მონიტორინგს უწევს მენეჯმენტს, მას არ შეუძლია პირდაპირ ჩაერთოს კორპორაციის მენეჯმენტში, თუმცა შეუძლია კონკრეტული აქტების გამოცემა და აგრეთვე, წესდებით შეიძლება განისაზღვროს საკითხები, რომლებზეც საჭირო იქნება სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა თანხმობა¹¹². კორპორაციაში სამეთვალყურეო საბჭოს რეალური როლი დიდწილად დამოკიდებულია თავად კორპორაციის ზომაზე. სამეთვალყურეო საბჭოს ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი უფლება ის არის, რომ მას შეაქვს დირექტორთა წინააღმდეგ სარჩელი სასამართლოში.

¹⁰⁴ „მეწარმეთა შესახებ კანონი“, მუხლი 9.6.

¹⁰⁵ „მეწარმეთა შესახებ კანონი“, მუხლი 56.

¹⁰⁶ მაისურაძე დ., სამეწარმეო განსჯის წესის განმარტებისთვის, სამართლის ჟურნალი, №1-2, 2010, 112.

¹⁰⁷ „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონი“, მე-16 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

¹⁰⁸ მაისურაძე დ., სამეწარმეო განსჯის წესის განმარტებისთვის, სამართლის ჟურნალი, №1-2, 2010, 112.

¹⁰⁹ იქვე.

¹¹⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებანი სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეებზე, №3კ/259-01, თბილისი, 30 მარტი, 2001, 715.

¹¹¹ Hopt K., Leyens P., Board Models in Europe, Working Paper, N°18/2004, 5.

¹¹² იქვე.

სამეთვალყურეო საბჭოს ნებისმიერ დროს შეუძლია გამგეობისგან კორპორაციის ფინანსური მდგომარეობის შესახებ ინფორმაცია მოითხოვოს. თუ გამგეობა მიიჩნევს, რომ სამეთვალყურეო საბჭოს რომელიმე წევრი არ აკმაყოფილებს სათანადო კრიტერიუმებს, მას შეუძლია კორპორაციის ჟურნალში გამოაქვეყნოს. ამასთან, უნდა მიუთითოს შესაბამისი კრუტერიუმები და თავისი აზრის დასაბუთება.¹¹³ გერმანიის კანონი პირდაპირ კრძალავს სამეთვალყურეო საბჭოში იმ პირის არჩევას, ვინც უკვე არის ამავე კორპორაციის გამგეობის წევრი.¹¹⁴ აგრეთვე, დაუშვებელია გამგეობის წევრის მოადგილეობაც და სხვა ქვემდგომი თანამდებობების დაკავება.¹¹⁵

ამ კუთხით, საინტერესოა ქართული საკანონმდებლო სინამდვილე. „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონში არაერთი საინტერესო და შეიძლება, ხარვეზიანი მოწესრიგებაც კი არის იმპლემენტირებული, ამიტომაც საყურადღებოა მათი განხილვა. კანონის მიხედვით, თუ კორპორაციაში არ იარსებებს სამეთვალყურეო საბჭო, მაშინ მისი უფლებამოსილებები სხვადასხვა ორგანოზე უნდა გადაწილდეს.¹¹⁶ ეს მუხლი დასაშვებად მიიჩნევს ფაქტს, რომ კორპორაციას სამეთვალყურეო საბჭო არ ჰყავდეს. ამ შემთხვევაში კანონმდებლობა ფართო საწესდებო ავტონომიას აწესებს და შესაძლებლობას აძლევს კორპორაციას, თავად გადაწყვიტოს, თუ როგორ მოხდება სამეთვალყურეო საბჭოს ფუნქციათა აღსრულება.

ქართული კანონმდებლობით ერთი საინტერესო დეტალია დადგენილი, რომელიც სამეთვალყურეო საბჭოს დაკომპლექტებას შეეხება, კერძოდ, თუ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი ნებაყოფლობით გადის წევრობიდან, მაშინ მის ადგილზე სასამართლო ახალს ნიშნავს გასვლიდან 6 თვის ვადაში, ერთ-ერთი აქციონერის, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ან დირექტორის განცხადების საფუძველზე.¹¹⁷ ეს ერთობ საინტერესო და ამავე დროს, საკამათო დეტალია, იგი შეიძლება განხილულ იქნეს, როგორც მართვისა და კონტროლის უფლებათა აღრევა და ეჭვქვეშ დააყენოს დირექტორის განცხადებით დანიშნული სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის დამოუკიდებლობა დირექტორთა საქმიანობის კონტროლისას.

კიდევ ერთი საკამათო საკითხი, რაც კანონში გვხვდება ისაა, რომ კანონი დასაშვებად მიიჩნევს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრად დირექტორის დანიშვნას, თუმცა იქვე მიუთითებს, რომ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა უმრავლესობა არ შეიძლება იყოს დირექტორები¹¹⁸, რითაც თითქოს აბალანსებს მდგომარეობას. ერთი თავისებურება რაც კანონს ახასიათებს, არის ის, რომ შესაძლებელია დირექტორთა საბჭოს უფლებამოსილებების სამეთვალყურეო საბჭოსთვის გადაცემა.¹¹⁹

2.2.2. ერთსაფეხურიანი სისტემა – პარტნიორთა კრება (დირექტორთა საბჭოს უფლებამოსილებებთან მიმართებით)

პარტნიორთა კრება ერთსაფეხურიანი სისტემის მიმდევარ ქვეყნებში დირექტორთა საბჭოს მთავარი მკონტროლებელი ორგანოა. პარტნიორებს დირექტორთა საბჭოსთან მიმართებით რამდენიმე ძირითადი უფლება აქვთ: დირექტორთა არჩევა/გადარჩევის უფლება, კორპორაციის ნორმატიული აქტების მიღების უფლება და კორპორაციის ინტერესების დასაცავად დირექტორთა წინააღმდეგ სარჩელის შეტანის უფლება. იქედან გამომდინარე, რომ აქციონერები კორპორაციის ყოველდღიური მენეჯმენტისაგან ძალიან დაშორებული არიან, მათ მცირე ბერკეტი აქვთ საიმისოდ, რომ გავლენა მოახდინონ მართვაზე და როგორმე თავიანთი ნება სავალდებულო გახადონ დირექტორებისთვის, რომლებიც უშუალოდ მართავენ კორპორაციას. ამ კუთხით, მათ ხელში ერთ-ერთი ყველაზე მძლავრი ბერკეტი ნორმატიული აქტების მიღების უფლებამოსილებაა. დელავერის საკორპორაციო სამართალში აქციონერებს მინიჭებული აქვთ უფლებამოსილება,

¹¹³ German Stock Corporation Act, §97.

¹¹⁴ იქვე, §100.

¹¹⁵ იქვე, §105.

¹¹⁶ „მეწარმეთა შესახებ კანონი“, მუხლი 55.1¹.

¹¹⁷ იქვე, მუხლი 55.1².

¹¹⁸ იქვე, მუხლი 55.2.

¹¹⁹ იქვე, მუხლი 55.7².

მიიღონ ისეთი ნორმატიული აქტიც, რომელიც კორპორაციის ყოველდღიურ საქმიანობას, დირექტორთა ან სხვა დასაქმებულთა უფლებებს ეხება.¹²⁰

აშშ-ში დღემდე მიმდინარეობს დებატები, თუ რომელი ორგანოა უფრო მეტად მძლავრი კორპორაციაში.¹²¹ როგორც უკვე აღინიშნა, აქციონერებს არ გააჩნიათ დირექტორებისადმი მითითების მიცემის უფლება, ვინაიდან დირექტორები საკუთარი პასუხისმგებლობის ფარგლებში მოქმედებენ. დირექტორთა საბჭოსა და პარტნიორთა კრებას შორის არ არსებობს სუბორდინაციული დამოკიდებულება, ორივე თანაბარ იერარქიულ დონეზე იმყოფებიან. თუკი საკითხი იმგვარად დადგება, რომელი ორგანო უფრო ძლიერია, მაშინ, რა თქმა უნდა, თავისი უფლებამოსილებებით პარტნიორთა კრება უფრო ძლიერია, ვინაიდან პარტნიორები კორპორაციისთვის ფუნდამენტურ გადაწყვეტილებებს იღებენ, მაგალითად, როგორიცაა – დირექტორთა საბჭოს არჩევა. პარტნიორები წყვეტენ, თუ ვის მიერ უნდა იმართებოდეს კორპორაცია. პარტნიორები არიან კორპორაციის წილის მფლობელები და ამიტომ გასაკვირი არც არის მათი განსაკუთრებული უფლებამოსილება. მეორე მხრივ, რა თქმა უნდა, პარტნიორთა ეს უფლებამოსილება არ ზღუდავს თავიანთ ქმედებებში დირექტორებს, რომლებსაც უზარმაზარი პასუხისმგებლობა აკისრიათ და თავიანთ ქმედებებში თავისუფალნი არიან, შესაბამისად, პასუხისმგებელნიც. დირექტორთა უფლებამოსილება, ასევე, გადაწყვეტი მნიშვნელობისაა, რადგან ისინი განსაზღვრავენ კორპორაციის ბედსა და წარმატებას. ამავე დროს, პარტნიორებს არ გააჩნიათ დირექტორებზე მომენტალური გავლენის მოხდენის ბერკეტი იმ შემთხვევისთვის, როდესაც დირექტორთა გადაწყვეტილება კატეგორიულად მიუღებელია პარტნიორებისთვის.

„მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონი განსხვავებულად აწესრიგებს პარტნიორთა უფლებებს დირექტორთან მიმართ. რაც შეეხება დირექტორთა არჩევა ან გადარჩევის საკითხს, როგორც ზემოთ უკვე აღვნიშნეთ, ეს უფლება ცალსახად არ არსებობს. ზოგ შემთხვევაში კანონი ითვალისწინებს სამეთვალყურეო საბჭოს სავალდებულო წესით არსებობას და ამ დროს სამეთვალყურეო საბჭო ნიშნავს და ათავისუფლებს დირექტორებს, ხოლო თავად პარტნიორთა კრება უფლებამოსილია აირჩიოს ან გადარჩიოს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი.¹²² ასე რომ, ამ შემთხვევაში პარტნიორთა კრების გავლენა დირექტორებზე ირიბია და იგი სამეთვალყურეო საბჭოს შუამავლობით ხორციელდება. ამ დროს აქციონერებს არ აქვთ უფლება, თავიდან მოცილონ არასასურველი დირექტორი, ვინაიდან დირექტორთა საბჭოს შემადგენლობის ცვლილება მხოლოდ სამეთვალყურეო საბჭოს კომპეტენციაა.¹²³ ამ შემთხვევაში პარტნიორები უფრო სუსტ მდგომარეობაში იმყოფებიან, ვიდრე ეს აშშ-ში ხდება, თან, თუ გავითვალისწინებთ იმასაც, რომ კანონი დასაშვებად მიიჩნევს დირექტორების თანადროულ წევრობას სამეთვალყურეო საბჭოში და დირექტორების განცხადებით სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის დანიშვნას, მაშინ ძნელი წარმოსადგენია, რამდენად შეძლებენ პარტნიორები მათთვის არასასურველი დირექტორების თავიდან მოცილებას.

რაც შეეხება ისეთ შემთხვევებს, როცა სამეთვალყურეო საბჭოს არსებობა სავალდებულო არ არის, მაშინ რთული გასარკვევია, თუ როგორ უნდა მოხდეს დირექტორთა საბჭოს დაკომპლექტება. ამაზე კანონი არ საუბრობს და ასეთი შემთხვევები წესდება უნდა მოაწესრიგოს. სავარაუდოდ, ასეთ დროს სამეთვალყურეო საბჭოს ფუნქციებს პარტნიორთა კრება შეითავსებს.

აქციონერების კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი უფლება ნორმატიული აქტების მიღებაა. „მეწარმეთა შესახებ“ კანონი აქციონერთა კრების უფლებებზე საუბრისას პირდაპირ მიუთითებს, რომ აქციონერებს უფლება აქვთ მიიღონ ცვლილებები წესდებაში.¹²⁴ კანონი არაფერს ამბობს წესდებიდან გამომდინარე მიღებულ ნორმატიულ აქტებზე, შესაბამისად, ივარაუდება, რომ ეს საკითხი უნდა მოწესრიგდეს თავად წესდებით. ასე რომ, ეს უფლება ქართულ სამართალში გარანტირებულია აქციონერთათვის.

მნიშვნელოვანია აქციონერთა უფლების საკითხი დირექტორების წინააღმდეგ სასამართლოში სარჩელის შეტანასთან დაკავშირებით. ქართული კანონმდებლობა ამაზე პირდაპირ არაფერს ამბობს. კანონის 54-ე

¹²⁰ Delaware General Corporate Law, §109.

¹²¹ Bruner C.M, Shareholder Bylaws and the Delaware Corporation, 2009, 269, <<http://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=transactions>>, [21.04.2012].

¹²² „მეწარმეთა შესახებ კანონი“, მუხლი 54.6.

¹²³ იქვე, მუხლი 55.7.

¹²⁴ იქვე, მუხლი 54.6.

მუხლის მე-6 პუნქტის „კ“ ქვეპუნქტის თანახმად, აქციონერთა კრება უფლებამოსილია „მიიღოს გადაწყვეტილებები სამეთვალყურეო საბჭოსა და დირექტორების წინააღმდეგ სასამართლო პროცესში მონაწილეობის შესახებ, ამ პროცესისთვის წარმომადგენლის დანიშვნის ჩათვლით“.¹²⁵ ამ მუხლში კანონი პირდაპირ არ ამახვილებს ყურადღებას ცალკე აღებულ აქციონერის უფლებაზე, რომ იჩივლოს სასამართლოში. ბევრი რამე სწორედ იმაზეა დამოკიდებული, თუ როგორ მოვახდენთ ამ მუხლის ინტერპრეტაციას. ჩემი აზრით, აქ საუბარია ზოგადად სასამართლო პროცესში მონაწილეობის შესახებ, ამიტომ უმჯობესი იქნებოდა, თუკი კანონმდებლობა ცალკე, დეტალურად მოაწესრიგებდა აქციონერის სასამართლოში სარჩელის წარდგენის უფლებას (დირექტორის წინააღმდეგ). შესაბამისად, მიზანშეწონილი იქნებოდა კანონით აქციონერთათვის დირექტორთა სამეწარმეო გადაწყვეტილების გასაჩივრების უფლების მინიჭებაც.¹²⁶ თავის მხრივ, სამეწარმეო გადაწყვეტილების წესის არსებობა დირექტორთა ინტერესების დაცვის მტკიცე გარანტი იქნება, იმ შემთხვევებში როცა აქციონერები გაასაჩივრებენ მათ მიერ მიღებულ სამეწარმეო გადაწყვეტილებას.

2.3. ხელმძღვანელობისა და კონტროლის უფლებამოსილებების გამიჯვნა

როგორც შესავალში აღვნიშნეთ, კორპორაციული მართვის არაერთი განმარტება არსებობს¹²⁷. ამავე დროს, არ არსებობს მისი საყოველთაოდ აღიარებული და დადგენილი დეფინიცია. თუმცა მეტ-ნაკლებად ყველა თანხმდება იმაზე, რომ კორპორაციული მართვას აქვს ორი მთავარი ელემენტი: 1) მართვა (ხელმძღვანელობა, აღსრულება) და 2) კონტროლი (ზედამხედველობა, მეთვალყურეობა).¹²⁸ კორპორაციული მართვა ეს არის სისტემა კომპანიის მართვისა და კონტროლისთვის.¹²⁹ მოცემულ თავში ვიმსჯელებთ იმ კონკრეტულ დეტალებსა და საპრობლემო საკითხებზე, რაც დაკავშირებულია მართვისა და კონტროლის უფლებათა გამიჯვნის მნიშვნელობასთან, ასევე, შევხებით მონისტური და დუალისტური სისტემების თავისებურებებს ამ გამიჯვნასთან დაკავშირებით; რა კონკრეტული დადებითი და უარყოფითი მხარე აქვს თითოეულ მათგანს.

თავის მხრივ, არცერთი სისტემა არ არის ბოლომდე უარყოფითი ან დადებითი, რასაც ისიც ადასტურებს, რომ ორივე მათგანი დიდი ხნის განმავლობაში წარმატებულად ფუნქციონირებს სხვადასხვა ქვეყანაში.¹³⁰ ვერ ვიტყვით, რომ ესა თუ ის სისტემა ბოლომდე იდეალურია, ან რომ ის ყველა ქვეყანაში ამართლებს. ჩვენ მხოლოდ ის შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ კონკრეტული სისტემა შეიძლება იყოს უკეთესი და გამოსადეგი ამა თუ იმ ქვეყნის კანონმდებლობისთვის მისი ტრადიციებისა და პრაქტიკის გათვალისწინებით.

კორპორაციული მართვის მთავარი პრობლემა არა რომელიმე სისტემის არასრულყოფილებაში, არამედ კორპორაციის მმართველ პიროვნებათა არაკეთილსინდისიერებაში მდგომარეობს. პრობლემა ის არის, რომ კორპორაციის თანამდებობის პირები ხშირად იქცევიან არაკეთილსინდისიერად, მით უმეტეს, როცა ამის ცდუნება დიდია. აბსოლუტურად ყველა ქვეყნის კანონმდებლობა კორპორაციის მაღალი თანამდებობის პირებს აკისრებს ე.წ. ფიდუციურ ვალდებულებებს.¹³¹ ამ პრობლემის თავიდან აცილების ყველაზე კარგი საშუალებაა ბალანსი სხვადასხვა უფლების განმხორციელებელ ორგანოებს შორის, რაც რთულად მისაღწევია. არაკეთილსინდისიერი ადამიანები მუდამ იარსებებენ და ამას ვერანაირი მოდელი ვერ აღკვეთს, მთავარია, კორპორაციული მართვის სისტემა არ იყოს არაკეთილსინდისიერი საქციელის ხელშემწყობი, ბალანსი მნიშვნელოვანია სწორედ იმისთვის, რომ მმართველებს ამგვარი ქმედების საშუალება არ მისცეს

¹²⁵ იქვე, მუხლი 54.6.

¹²⁶ მაისურაძე დ., სამეწარმეო განსჯის წესის განმარტებისთვის, სამართლის ჟურნალი, 1-2, 2010,

¹²⁷ ჭანტურია ლ. კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 111.

¹²⁸ სბა - კორპორაციული მართვის კოდექსი, 2.

¹²⁹ მოსამართლეთა რეკომენდაციები და მასალები, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, 9.

¹³⁰ ჭანტურია ლ., კორპორაციული მართვა და ხელმძღვანელთა პასუხისმგებლობა საკორპორაციო სამართალში, თბილისი, 2006, 15.

¹³¹ „მეწარმეთა შესახებ კანონი“, მუხლი 56.4.

ან ასეთის შემთხვევაში არსებობდეს ორგანო, რომლის პირდაპირი ინტერესი და კომპეტენცია იქნება მსგავსი ფაქტის აღკვეთა. მსოფლიოს არაერთი ფინანსური სკანდალი (Lehman Brothers, Parmalat) გამოწვეული იყო სწორედ იმით, რომ აღმასრულებელი და მაკონტროლებელი ფუნქცია ექცეოდა ერთი და იმავე პიროვნების ხელში, ანუ დარღვეული იყო ბალანსი, რამაც კონრეტულ პირებს მისცა შესაძლებლობა, საკუთარი პირადი ინტერესი წინა პლანზე წამოეწიათ კორპორაციის ინტერესთა დაჩაგვრის ხარჯზე.¹³²

მონისტური და დუალისტური სისტემა, თავის მხრივ, ხელმძღვანელობისა და კონტროლის უფლებამოსილებებს შორის ბალანსის დამყარებისკენ მიიღობს, უკეთესი კორპორაციული მართვის უზრუნველყოფის მიზნით. ერთ-ერთი მთავარი არგუმენტი, რის გამოც მონისტური სისტემა წარმატებით ფუნქციონირებს ისაა, რომ ბორდის წევრი არააღმასრულებელი დირექტორები ყოველდღიურ ურთიერთობაში იმყოფებიან აღმასრულებელ დირექტორებთან და საშუალება აქვთ, ყოველდღიურად აკონტროლონ დირექტორთა საქმიანობა, თვალყური ადევნონ კორპორაციის ყოველდღიურ მენეჯენტს. მათ იოლად მიუწვდებათ ხელი ყველა სახის ინფორმაციაზე, რაც დირექტორთა საქმიანობის შესაფასებლად საჭირო. ეს ფაქტორი უფრო აიოლებს კონტროლს, რამეთუ კონტროლის ერთ-ერთი მთავარი წინაპირობა სწორი ინფორმაციის ფლობაა. არააღმასრულებელ დირექტორებს, ოფიციალური ინფორმაციის გარდა, აგრეთვე, უშუალო ინფორმაცია აქვთ დირექტორთა პირად და საქმიან უნარ-ჩვევებზე, რომელსაც ისინი კომპანიის ყოველდღიურ მენეჯმენტში ავლენენ, რაც საშუალებას იძლევა, რომ უფრო ფართოდ და ობიექტურად შეაფასონ მათი საქმიანობა. ხშირად, შეფასება, რომელიც მხოლოდ ანგარიშებისა და დოკუმენტებისგან მიღებულ ინფორმაციას ეფუძნება, შეიძლება შეცდომაში შემყვანი ან არასაკმარისი იყოს. რამდენადაც კარგია ეს ფაქტორი, იმდენადვე საფრთხის შემცველია, ვინაიდან, როცა არააღმასრულებელი დირექტორები აღმასრულებელ დირექტორებთან ყოველდღიურ ურთიერთობაში იმყოფებიან, არსებობს იმის რისკი, რომ მათ შორის პირადი ურთიერთობების ჩამოყალიბების ხარჯზე დამალონ ესა თუ ის მნიშვნელოვანი ინფორმაცია ან არასათანადოდ შეაფასონ მდგომარეობა. ამავე დროს, უარყოფითი ფაქტორია ისიც, რომ აღმასრულებელი დირექტორები განიცდიან ყოველდღიურ კონტროლს არააღმასრულებელი დირექტორებისგან. ამან შეიძლება დამოუკიდებლობის ხარისხი შეამციროს, რაც ცუდად აისახება მათ მიერ წარმატებული ბიზნესგადაწყვეტილებების მიღებაზე.¹³³ თუმცა ორი ფუნქციის თავმოყრა ერთ ორგანოში ამცირებს ბიუროკრატიულ პროცედურებს და გადაწყვეტილების მიღება უფრო სწრაფად და მარტივად ხდება.

საპირისპიროდ, როცა კორპორაციაში არსებობს მკვეთრად გამოიჯნული ორი ორგანო, რომელთა უფლებებია ცალ-ცალკე ხელმძღვანელობა და კონტროლი, პოზიტიური ფაქტორია ის, რომ დირექტორთა საბჭოს დამოუკიდებლობის უფრო მაღალი ხარისხი აქვს. რა თქმა უნდა, არსებობს ისეთი საკითხები, რომლებიც დირექტორთა საბჭომ სამეთვალყურეო საბჭოს უნდა შეუთანხმოს, მაგრამ, მიუხედავად ამისა, დირექტორთა ფაქტობრივი დამოუკიდებლობა მაინც მაღალია. ამავე დროს, ეს ორი ორგანო იერარქიულად თანაბარ დონეზე იმყოფება. მაღალი ფაქტობრივი დამოუკიდებლობის პირობებში იზრდება წარმატებული ბიზნესგადაწყვეტილებების მიღების შესაძლებლობა, თუმცა მატულობს იმის შანსიც, რომ დირექტორი არაკეთილსინდისიერად მოიქცეს და ფიდუციური ვალდებულებები დაარღვიოს. ამასთან, როდესაც სამეთვალყურეო საბჭოს წევრები რაღაც პერიოდულით აკონტროლებენ დირექტორებს და არა ყოველდღიურ რეჟიმში, იზრდება სუბიექტივიზმის გამორიცხვის შანსი. მეორე მხრივ, როცა სამეთვალყურეო საბჭო დისტანცირებულია დირექტორთა საბჭოსგან, მათ ნაკლები ინფორმაცია აქვთ შიდა სამზარეულოს შესახებ, დირექტორთა პირადი და საქმიანი უნარ-ჩვევების შესახებ, რამაც შეიძლება უარყოფითი გავლენა იქონიოს დირექტორების შეფასებისას. ამის გამო ხშირად სამეთვალყურეო საბჭოს გადაწყვეტილებები შეიძლება ეფუძნებოდეს მხოლოდ ფურცლების, ანგარიშებისა და დოკუმენტებისგან მიღებულ ინფორმაციას.

¹³² მოსამართლეთა რეკომენდაციები და მასალები, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, 20.

¹³³ Journal of Financial and Strategic Decisions, 1.

2.2.3. უფლებამოსილებათა აღრევა და თანხედრა

ის მეთოდი, რომელიც ქართულმა კანონმდებლობამ აირჩია, შერეულ მოდელს განეკუთვნება, რაც იმას ნიშნავს, რომ კანონი საშუალებას უტოვებს კორპორაციას, ყავდეს სამეთვალყურეო საბჭო ან მისი უფლებამოსილებები გადანაწილდეს სხვა ორგანოებზე. ოდნავ გაუგებარია ის ფაქტი, რომ იმ შემთხვევებში, როდესაც კანონი სავალდებულოდ მიიჩნევს სამეთვალყურეო საბჭოს არსებობას სააქციო საზოგადოებაში¹³⁴, კანონმდებლობაში შეგვიძლია ამოვიკითხოთ ისეთი ნორმები, რომელიც გარკვეულწილად აღრევას იწვევს ამ ორ მიდგომას შორის.

ერთ-ერთი საინტერესო დეტალი სამეთვალყურეო საბჭოს დაკომპლექტებას შეეხება: „თუ წევრის გასვლიდან 6 თვის განმავლობაში არ აირჩა სამეთვალყურეო საბჭოს ახალი წევრი, მაშინ სასამართლოს საზოგადოების იურიდიული მისამართის მიხედვით შეუძლია ერთ-ერთი აქციონერის, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ან დირექტორის განაცხადით დანიშნოს ახალი წევრი, თუ წესდებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული“¹³⁵. ეს საკითხი მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც კანონი დასაშვებად მიიჩნევს გარკვეულ შემთხვევებში სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი დანიშნოს დირექტორის განცხადების საფუძველზე, რაც, ჩემი აზრით, ხელმძღვანელობისა და კონტროლის ფუნქციებს შორის აღრევას წარმოადგენს, რადგან სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი, რომელიც დირექტორის განცხადებით ინიშნება, ვერ უზრუნველყოფს ობიექტურობის სათანადო დონეს დირექტორების შეფასებისას.

კიდევ ერთი საკამათო საკითხია დირექტორთა ჩართულობა სამეთვალყურეო საბჭოში, კერძოდ, „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის 55-ე მუხლის მიხედვით, „სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი შეიძლება იყოს ნებისმიერი პირი. წესდებით შეიძლება განისაზღვროს, რომ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი (წევრები) იყოს ამ სააქციო საზოგადოების დირექტორი (დირექტორები)“. ამ მუხლის პირველი პუნქტით განსაზღვრულ შემთხვევებში სამეთვალყურეო საბჭოში დირექტორები არ შეიძლება წარმოადგენდნენ უმრავლესობას“¹³⁶ მართალია, კანონი იქვე მიუთითებს, რომ ასეთი დირექტორები არ შეიძლება იყვნენ უმრავლესობაში, მაგრამ, ამის მიუხედავად, ეს ჩანაწერი ხარვეზიანია და კონტროლისა და ხელმძღვანელობის ფუნქციებს შორის აღრევას წარმოადგენს. იგივე შეიძლება ითქვას კანონის ჩანაწერზე, რომლის მიხედვითაც, დირექტორთა ფუნქციები შეიძლება გადაეცეს სამეთვალყურეო საბჭოს.¹³⁷

3. „რბილი“ სამართლის როლი კორპორაციული მართვის განხორციელებაში

3.1 კორპორაციული მართვის კოდექსების საერთაშორისო გამოცდილება

კორპორაციული მართვის კოდექსები თანამედროვე საკორპორაციო სამართალში ძალიან დიდ როლს ასრულებს. ხშირად, სწორედ კორპორაციული მართვის კოდექსია მნიშვნელოვანი სიახლის ინიციატორი. შესაბამისად, ჩვენი თემისთვის კორპორაციული მართვის კოდექსი საყურადღებოა იმდენად, რამდენადაც ძალიან ხშირად იგი არის ცვლილებების წყარო. ხშირად როცა კანონმდებლობა ხავეზიანია და არასათანადოდ აწესრიგებს საკითხს, კორპორაციული მართვის კოდექსი დოკუმენტია, რომელიც ზუსტად ასახავს ბაზარზე მოთამაშე კორპორაციების ინტერესებს. თუკი გადავხედავთ ბრიტანეთის კორპორაციული მართვის კოდექსს, ეთგო-ს (ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაცია ე.წ. OECD) კორპორაციული მართვის პრინციპებს და საქართველოს ბანკთა ასოციაციის მიერ მიღებული კორპორაციული მართვის კოდექსს, დავინახავთ, სწორედ აქ არის მკვეთრად გამოხატული მართვისა და კონტროლის გამიჯვნის პრობლემის საკითხი. ზოგადად, კორპორაციული მართვის კოდექსის მნიშვნელობა დიდია, ვინაიდან ზუსტად ასახავს კორპორაციების შიდა სამზარეულოს და საწარმოს მართვის უკეთეს გზებს გვისჩვენებს.

¹³⁴ „მეწარმეთა შესახებ კანონი“, მუხლი 55.1.

¹³⁵ იქვე, მუხლი 55.1¹.

¹³⁶ იქვე, მუხლი 55.2.

¹³⁷ იქვე მუხლი 55.7².

ამ საკითხის მნიშვნელობის ხაზგასასმელად ისიც საკმარისია, რომ უკანასკნელი 10 წლის განმავლობაში მსოფიოს მასშტაბით 100-ზე მეტი კოდექსი დაიწერა 40 სხვადასხვა ქვეყანასა და რეგიონში.¹³⁸ დღესდღეობით ყველა განვითარებული სამართლის მქონე ქვეყანაში მიღებულია კორპორაციული მართვის კოდექსები. იგი თვითრეგულირების მექანიზმია, რომლის მეშვეობითაც კორპორაციები თავად ადგენენ ქცევის წესებს; გააჩნია ნებაყოფლობით ხასიათი და ეფუძნება პრინციპს „დაემორჩილე ან განმარტე“; ეს უკანასკნელი გულისხმობს, რომ კორპორაციას ყველა წესისადმი მორჩილება არ ევალება, მას შეუძლია რეგულირების სხვა გზა მოძებნოს, მაგრამ ამ შემთხვევაში, იგი ვალდებულია, განმარტოს, რატომ არ ემორჩილება კოდექსით დადგენილ წესს.

კოდექსის შექმნის ინიციატორი ანგლო-ამერიკული სამართლის სისტემა იყო და სწორედ იქიდან გავრცელდა მთელს ევროპაში. ერთი შეხედვით, შეიძლება ვიფიქროთ, რომ მისი სამართლებრივი მნიშვნელობა არცთუ ისე დიდია, რადგან არ ატარებს სავალდებულო ხასიათს. ოდექსი, როგორც წესი, ადგენს სტანდარტული სახის რეკომენდაციებს საწარმოს მართვისა და კონტროლისთვის. თუმცა იმის მტკიცება, რომ ამ წესებს არ აქვთ ფაქტობრივი ან სხვაგვარად მოქმედების ძალა, უსაფუძვლო იქნებოდა.¹³⁹ თავის მხრივ, კოდექსის მიღება და მოქმედება ქვეყნის მაღალ სამართალგანვითარების დონეზე მიუთითებს.¹⁴⁰

კორპორაციული მართვის კოდექსი რაც შეიძლება მოკლე, მოქნილი და დახვეწილი უნდა იყოს, მეტნაკლებად მორგებული ყველა ტიპის კორპორაციას.¹⁴¹ კოდექსის მნიშვნელობის ხაზგასასმელად კარგი მაგალითია ავსტრიის კორპორაციული მართვის კოდექსი, რომელსაც სასამართლო იყენებს გამგებობის ან სამეთვალყურეო საბჭოს წინააღმდეგ წარდგენილი სარჩელის ან აუდიტორთა პასუხისმგებლობის საკითხის განხილვისას.¹⁴² სამეცნიერო ლიტერატურაში საუბარია იმაზეც, რომ კორპორაციული მართვის კოდექსის შესრულების უარყოფა იურიდიულად შეიძლება განხილული იქნეს როგორც არაკეთილსინდისიერი კონკურენცია და ამ საფუძველზე სანქციაც დაეკისროს სუბიექტს.¹⁴³ კორპორაციული მართვის კოდექსი კორპორაციის საქმიანობის გამჭვირვალებასა და საჯაროობას უზრუნველყოფს.

3.2. კორპორაციული მართვის კოდექსები საქართველოში

საქართველოში კორპორაციული მართვის კოდექსების მოქმედების პრაქტიკას არცთუ ისე დიდი ხნის ისტორია აქვს. ჯერჯერობით მოქმედებს მხოლოდ ერთი კორპორაციული მართვის კოდექსი, რომელიც 2009 წლის 23 სექტემბერს იქნა მიღებული საქართველოს საბანკო ასოციაციის მიერ და რომელსაც უკვე 11 ბანკი შეუერთდა. იგი ეფუძნება პრინციპს „დაემორჩილე ან განმარტე“¹⁴⁴ და ითვალისწინებს ეთიკის და ბაზელის კორპორაციული მართვის პრინციპებს და ყველა მნიშვნელოვან საკითხს მოიცავს, მათ შორის, მმართველ ორგანოებს და შიდა კონტროლის სისტემას. ყველა ბანკი, რომელიც შეუერთდა ამ კოდექსს, ვალდებულია, წელიწადში ერთხელ წარმოადგინოს ანგარიში კოდექსის შესრულების თაობაზე და განმარტოს, თუ რატომ არ ეთანხმება მას იმ შემთხვევაში, როცა ბანკი გვერდს უვლის კოდექსის მოწესრიგებას.

კორპორაციული მართვის კოდექსის მიღებით კომპანია ადასტურებს, რომ სურს დემონსტრაციულად წარმართოს და დაამკვიდროს კორპორაციული მართვის სანიმუშო პრაქტიკა. იგი კარგი ბერკეტია ინვესტორთა მოსაზიდად.¹⁴⁵ საქართველოს საბანკო ასოციაციის მიერ მიღებული კორპორაციული მართვის კოდექსი საკმაოდ მაღალი დონისაა და მან საკმაოდ ბევრი სიახლე შემოიტანა ქართულ რეალობაში, მოაწესრიგა ბევრი ისეთი საკითხი, რაც საკანონმდებლო მოწესრიგების მიღმა იყო დატოვებული. უფრო კონ-

¹³⁸ კორპორაციული მართვის სახელმძღვანელო, 18.

¹³⁹ ჰობტი კ., კორპორაციული მართვა ევროპაში: რეგულირების ახალი მოდელი და „რბილი სამართალი“, სამართლის ჟურნალი, №1, 2009, 238.

¹⁴⁰ იქვე, 36.

¹⁴¹ იქვე, 37.

¹⁴² იქვე, 42.

¹⁴³ იქვე, 43.

¹⁴⁴ კორპორაციული მართვის სახელმძღვანელო, 28.

¹⁴⁵ იქვე, 46.

კრეტულად, რაც ხელმძღვანელობისა და კონტროლის ფუნქციათა გამიჯვნას შეეხება, მაგალითად, კოდექსის მიხედვით, დადგენილია, რომ „სამეთვალყურეო საბჭოში წარმოდგენილი უნდა იქნან დამოუკიდებელი წევრებიც და დაცული იქნას ადეკვატური ბალანსი სამეთვალყურეო საბჭოში აქციონერთა წარმომადგენლებსა და საბჭოს დამოუკიდებელ წევრებს შორის, რათა თავიდან იქნას აცილებული კონკრეტული წევრის ან წევრთა მცირე ჯგუფის, ასევე რომელიმე აქციონერის ან აქციონერთა ჯგუფის მიერ ამა თუ იმ საკითხზე გადაწყვეტილების მიღებისას არაადეკვატურად დიდი ზეგავლენის მოხდენა“.¹⁴⁶ ასევე, კოდექსში საუბარია სამეთვალყურეო საბჭოში ღირექტორთა წარმომადგენლობის თაობაზე, „აუცილებელია, ბანკის წესდებითა და შიდა დებულებებით მკაფიოდ იქნას გამიჯნული სამეთვალყურეო საბჭოს აღმასრულებელ და არააღმასრულებელ წევრთა უფლება-მოვალეობები და პასუხისმგებლობა“.¹⁴⁷

სამეთვალყურეო საბჭოს არააღმასრულებელმა წევრებმა მნიშვნელოვანი როლი უნდა ითამაშონ აღმასრულებელი ორგანოების საქმიანობის ზედამხედველობაში, მათი ანგარიშების დამტკიცებასა და საქმიანობის შეფასებაში. სამეთვალყურეო საბჭოში წარმოდგენილ აღმასრულებელ წევრებს შეუძლიათ მონაწილეობა მიიღონ ბანკის ზოგად სტრატეგიასა და საქმიანობასთან დაკავშირებული პროცედურული თუ სხვა მნიშვნელოვანი საკითხების განხილვაში. კოდექსში მკაფიოდაა დაფიქსირებული, რომ საჭიროა ამ ფუნქციათა სწორი გამიჯვნა, და საგულისხმოა, რომ ამით კიდევ ერთხელ ხდება მისი მნიშვნელობის ხაზგასმა.

კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი საკითხი, რაზეც კოდექსში გამახვილებულია ყურადღება, კონტროლის შიდა და გარე მექანიზმებია. კოდექსის მიხედვით, „სამეთვალყურეო საბჭოში ბანკები ქმნიან, სულ მცირე, აუდიტის და რისკების მართვის კომიტეტებს. შერეული სამეთვალყურეო საბჭოს შემთხვევაში, აუდიტის კომიტეტის წევრები უნდა იყვნენ საბჭოს მხოლოდ არააღმასრულებელი წევრები. სხვა კომიტეტების შემთხვევაში, არააღმასრულებელი წევრები უნდა წარმოადგენდნენ კომიტეტის წევრთა უმრავლესობას. კომიტეტებში უნდა შედიოდნენ სამეთვალყურეო საბჭოს სულ მცირე ერთი დამოუკიდებელი წევრი. სამეთვალყურეო საბჭოს თავმჯდომარე შეიძლება იყოს კომიტეტის წევრი, მაგრამ არა მისი თავმჯდომარე. საჭიროების შემთხვევაში, კომიტეტებს შეუძლიათ რჩევისა და ინფორმაციის მისაღებად, დამოუკიდებელი ექსპერტის მოწვევაც“.¹⁴⁸

სამეთვალყურეო საბჭოს სწორი ზედამხედველობისთვის საკმარისი ინფორმაცია სჭირდება, ამიტომაც გამგეობა ვალდებულია, ეს ინფორმაცია მიაწოდოს.¹⁴⁹ ასევე, წელიწადში ერთხელ გამგეობა ვალდებულია, მოახსენოს სამეთვალყურეო საბჭოს მიმდინარე საქმეები¹⁵⁰. ორგანობებს შორის ბალანსის დაცვისთვის, მნიშვნელოვანია, რომ ღირექტორებს არ გააჩნდეთ ფუნდამენტური გადაწყვეტილებების სამეთვალყურეო საბჭოსგან დამოუკიდებლად მიიღების შესაძლებლობა.¹⁵¹ გამგეობა ყოველთვის საკითხების ინიციატორია, ხოლო სამეთვალყურეო საბჭო – ამ ინიციატივების განმხილველი.¹⁵² აღსანიშნავია, რომ კოდექსი სამეთვალყურეო საბჭოს ანიჭებს ვეტოს უფლებას გამგეობის ისეთ გადაწყვეტილებაზე, რომელიც ეხება კორპორაციის ფუნდამენტურ ინტერესებს.¹⁵³

შეჯამების სახით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ საქართველოს საბანკო ასოციაციის მიერ მიღებული კორპორაციული მართვის კოდექსი საკმაოდ მნიშვნელოვანი დოკუმენტია, რომელიც ბევრ საკითხში უფრო თანამედროვე სტანდარტებს ითვალისწინებს, ვიდრე კანონი და რაღაც საკითხებში ავსებს კიდევ კანონის ხარვეზებს. რთულია წინასწარ იმის თქმა, თუ რამდენად წარმატებულად გაგრძელდება ამ კოდექსის მოქმედება და რამდენად გაითვალისწინებენ მას ბანკები და სხვა კორპორაციები, თუმცა იმის თქმა უკვე ნამდვილად შეიძლება, რომ ეს კოდექსი წინადადებული ნაბიჯია.

¹⁴⁶ სბა - კორპორაციული მართვის კოდექსი, მუხლი 4.3.

¹⁴⁷ იქვე, მუხლი 4.2.3.

¹⁴⁸ იქვე, მუხლი 6.2.3.

¹⁴⁹ იქვე 2.1.

¹⁵⁰ იქვე 2.3.

¹⁵¹ იქვე 3.1.

¹⁵² იქვე 3.2.

¹⁵³ იქვე 3.4.

დასკვნა

როგორც უკვე აღინიშნა, კორპორაციული მართვის იდეალური სისტემა არ არსებობს. ჩვენ შეგვიძლია მხოლოდ ის, რომ შევარჩიოთ სისტემა, რომელიც მეტ-ნაკლებად გამართლებულია კონკრეტულ გარემოში და პირობებში, ვიდრე სხვა ალტერნატივა და უფრო მეტი დადებითი მხარე აქვს ვიდრე უარყოფითი. სტატიაში შევეხეთ დღესდღეობით მსოფლიოს სხვადასხვა ქვეყანაში მოქმედ სისტემებს, რომლებსაც, ასევე, აქვთ თავისი დადებითი და უარყოფითი ფაქტორები. 2008 წლის დეკემბერში „მეწარმეთა შესახებ“ კანონში განხორციელებული ცვლილებების შედეგად საქართველოში ჰიბრიდული სისტემა დამკვიდრდა და კორპორაციებს შესაძლებლობა მიეცათ, თავად აირჩიონ მათთვის სასურველი მოდელი.

მოსამართლეთა რეკომენდაციებში ხაზგასმითაა აღნიშნული, რომ კარგი კორპორაციული მართვის თვალსაზრისით, აუცილებელია, გაიყოს მმართველობა და კონტროლი.¹⁵⁴ კორპორაციული მართვის საერთაშორისო და ეროვნული კოდექსების უმეტესობის რეკომენდაციით, სამეთვალყურეო საბჭო უნდა შედგებოდეს არააღმასრულებელ წევრთა უმრავლესობისაგან, რომლებიც საბჭოს შემატებენ გარე პერსპექტივას და გადაწყვეტილების მიუკერძოებლობას, დამატებით გარე გამოცდილებას და ცოდნას, სასარგებლო კონტაქტებს.¹⁵⁵ გერმანიაში საბჭოს არაუმეტეს ორი ყოფილი წევრი შეიძლება იყოს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი, რათა დამოუკიდებელი ზედამხედველობის განხორციელება უზრუნველყოს. ევროკავშირის ქვეყნების უმრავლესობაში არააღმასრულებელი დირექტორები, როგორც წესი, ზედამხედველობას უწევენ კომპანიის საფინანსო და სტრატეგიულ გადაწყვეტილებებს.¹⁵⁶

„მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის ერთ-ერთი თავისებურება ის არის, რომ იგი ფართო საწესდებო ავტონომიას ამკვიდრებს. ბევრი პრობლემური საკითხი, რომელზეც ჩვენ ვისაუბრეთ სწორედ იმიტომ არსებობს, რომ მას კანონი საერთოდ არ აწესრიგებს. საკითხავია, რამდენად მისაღებია მსგავსი ხარისხის საწესდებო ავტონომია. ჩემი აზრით, იმ პირობებში, როცა საქართველოში არათუ კორპორაციული, არამედ, ზოგადად, სამართლებრივ-ეკონომიკური კულტურა განვითარების ეტაპზეა, უპრიანი იქნებოდა, სახელმწიფოს მხრიდან სამართლის გზით ოდნავ უფრო მეტი მოწესრიგების არსებობა. თავისუფლების მაღალი ხარისხი, რა თქმა უნდა, კარგია, მაგრამ, თუ ბაზრის მოთამაშეებმა არ იციან მისი სწორად გამოყენება, მაშინ შეიძლება უკუშედეგი მივიღოთ. შესაბამისად, ვფიქრობ, უკეთესია ზემოთ მოცემული რეკომენდაციების გათვალისწინება. კანონმდებლობის დასახვეწად, აგრეთვე, საინტერესო იქნება ევროპის კავშირის საკორპორაციო-სამართლებრივი დირექტივების გათვალისწინება, რომლებიც შეიძლება ქართული საკორპორაციო სამართლის ახალი კოდიფიკაციისთვის საფუძველიც კი გახდეს.¹⁵⁷

¹⁵⁴ მოსამართლეთა რეკომენდაციები და მასალები, 20.

¹⁵⁵ კორპორაციული მართვის სახელმძღვანელო, 66.

¹⁵⁶ იქვე, 67.

¹⁵⁷ ჭანტურია ლ, თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, თბილისი, 2009, 448.

The Management and Control Systems of Corporations in Georgian Corporate Legislation

Archil Tsertsvadze*

The corporate governance issue has become extremely important in the nearest past, especially after several worldwide financial scandals around transnational corporations. One of the main reasons of them was weak corporate governance. The corporate governance systems facilitate transparency and accountability of corporations, provide compliance with national and international regulations, provide for better planning and internal auditing, and improved management. Good corporate governance is efficient instrument to avoid financial and economic crisis and support sustainable economic development. That is why all big corporations across the world try to adopt best corporate governance practice. There is no uniform definition to that term. Out of several alternative definitions there are some, which say that this is the system which provides strategic management and effective monitoring. Others determine it as the system of researching the methods by which investors of corporation guarantee their profit. All countries have their own definition of corporate governance. Despite many discrepancies in them, two basic elements can be narrowed down from the content, they are as follows: **Management and Control**. These are two different terms that are responsible for the balance and cooperation of internal structures of corporation.

The article discusses relevant problems and questions regarding corporate governance, the history and basic characteristics of two major corporate governance systems, their application process, the national corporate legislation of Georgia, existing corporate governance codes and other “soft regulations”. The research is done through comparative analysis, case law study, exploring the experience of other countries and transnational corporations as well as landmark cases in the history of corporations.

After the amendments in the law on entrepreneurs in 2008, new approach has been proposed. If earlier edition of the law was known with its detailed legal regulations, the new amendments significantly enlarged the autonomy of the members in corporation to govern on their own. The state transferred all their rights to the corporations who are now running on the basis of “self-regulation”. The corporations are empowered to define themselves the desired model of management either two-tier or one-tier system.

The regulation of corporate governance by the national law is ultimately vague. The law on entrepreneurs is frequently overlapping the management and control instruments within the corporations, and establishes chaotic regulation of different structures of company. The article N55 – establishes the right of the board of directors to participate in the election of the supervisory board. As well as the right of the director to be member of supervisory board simultaneously. The supervisory board is entitled to act on behalf of the board of directors in certain cases. Several other parts of the law cause overlap and misunderstanding of management and control bodies in line. Where is the verge between those two basic functions of corporate governance? Is this the part of good corporate governance to put two different functions in one corporate body? Shall this foster the better economic performance of corporations?

The basic part of the research will be addressed to the existing loopholes and significant legal deficiencies of the law regarding the corporate governance. The article shall identify the missing or invalid regulations and try to propose possible alternative solutions to the problem, based on the comparative analysis and the best corporate governance practice as well as the Georgian case law and general principles and traditions of Georgian corporate and civil law. This is controversial, whether Georgian corporations, with their very poor and young business traditions are ready for self regulation. Maybe the law has to be more detailed and strict to shape the effective way of regulation and development of entrepreneurs? What is the model pattern for Georgian economic and legal reality? The

* Master of Law, Scientific Researcher at Prince David Institute for Law.

research shall explore these problematic questions and propose recommendations for legislative improvements.

The dynamics of the development of corporate law improving is very fast and Georgian legislation has to follow up to the newest updates. The legislation should be improved upon every new challenge posed by recent world free market economy. Therefore improvement to the regulation of management and control instruments are crucially important. If established the clear line between the functions of management and control systems, automatically economic performance of corporations will be improved.

The article will stress out the role of “soft law” and corporate governance codes in the business entities. More than 100 corporate governance codes have been adopted in more than 40 countries of the world – that highlights the importance of that issue. In many cases, the corporate codes have caused important legislative improvements. Frequently are far ahead to the local legal provisions as they more effectively reflect the interests of corporations. Recently the association of commercial banks in Georgia signed the agreement on the adoption of uniform corporate governance code. The research will outline the importance of that code for Georgian corporations, relationship with legislation and possible amendments and recommendation to legislation from soft law.

კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის პრობლემა ტენდერის მაგალითზე

ლიანა გიორგაძე*

შესავალი

ხელშეკრულება მნიშვნელოვან როლს თამაშობს სამოქალაქო საზოგადოებაში¹. იგი სამართლებრივი ურთიერთობების ყველაზე გავრცელებული და მოქნილი სახეა და მხარეთა შორის მიღწეული შეთანხმების შედეგად მათი თავისუფალი ნების გამოვლენას წარმოადგენს. ხელშეკრულებაზე საუბრისას ძირითადად კერძოსამართლებრივ გარიგებას მოიაზრებენ, თუმცა თავისი მიზნიდან და შინაარსიდან გამომდინარე ხელშეკრულება შესაძლოა იყოს, როგორც კოორდინაციული – კერძო ნების ავტონომიასა² და თანასწორობაზე დაფუძნებული კერძოსამართლებრივი, ისე სუბორდინაციული, ანუ ერთი მხარის (სახელმწიფოს) დომინანტური მდგომარეობით გამყარებული ადმინისტრაციულსამართლებრივი (საჯარო) ხელშეკრულება. კერძო და ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებს შორის პირველ განსხვავებად გამოყოფენ იმას, რომ ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებაში ერთ-ერთი მხარე ყოველთვის სახელმწიფოა (ადმინისტრაციული ორგანო); ასევე, ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებას ყოველთვის საჯაროსამართლებრივი მიზანი აქვს³. ერთი შეხედვით არსებული გამიჯვნის აშკარა ხაზის მიუხედავად, თანამედროვე სამართლებრივ მეცნიერებასა და პრაქტიკაშიც მაინც სადავოა კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის საკითხი. ამას განაპირობებს, როგორც საკანონმდებლო ნორმის საკმაოდ არაზუსტი დეფინიცია, ისე მიმდინარე ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში არსებული ხარვეზები.

კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის თემა საკმაოდ ვრცელია. არსებობს მთელი რიგი სფეროები და საკითხები, რომელთა მიმართებითაც შესაძლებელია დაისვას საკითხი – ხელშეკრულება, რომლის ერთ-ერთი მხარეა ადმინისტრაციული ორგანო, ცალსახად ადმინისტრაციულია, თუ შესაძლოა, საქმე გვქონდეს ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებულ კერძოსამართლებრივ ხელშეკრულებასთან? წინამდებარე სტატიის ფარგლებში ტენდერის, ანუ სახელმწიფო შესყიდვების მაგალითზე მოხდება კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის საკითხის განხილვა, ვინაიდან ტენდერის შემთხვევა გამიჯვნის კრიტერიუმის კარგად წარმოჩენის საშუალებას იძლევა.

თანამედროვე იურიდიული მეცნიერებისა და სასამართლო პრაქტიკის განვითარებამ მოითხოვა ის, რომ კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები უფრო ნათლად იყოს გამოიჯნული. ამას უპირველესად საპროცესოსამართლებრივი მნიშვნელობა აქვს⁴, რადგან უწყებრივი ქვემდებარეობისა და განსჯადობის განსაზღვრა სწორედ ხელშეკრულების სამართლებრივ ბუნებაზეა დამოკიდებული. აქ დგება ობიექტურობისა და ეფექტურობის საკითხი – კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებების დროს დავა განიხილება სამოქალაქო სასამართლოების მიერ, ხოლო ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებულ დავებს განიხილავს ადმინისტრაციული სასამართლო⁵. შესაბამისად, თუ ვერ გავმიჯნავთ კერძო და ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებს, შესაძლოა, შედეგად მივიღოთ ის, რომ არაუფლებამოსილმა ორგანომ ან სასამართლომ განიხილოს კონკრეტული დავა.

მნიშვნელოვანია შევეხოთ ტენდერის საკითხს, რაც ნაკლებად შესწავლილია თანამედროვე ქართულ იურიდიულ მეცნიერებაში. არ არსებობს ერთიანი სამართლებრივი მიდგომა ტენდერის სამართლებრივ ბუნებასთან დაკავშირებით (თეორიულ და პრაქტიკულ დონეზე). მისი სამართლებრივი ბუნების გამორკვევა

* სამართლის მაგისტრი, დოქტორანტი (თსუ), დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის მეცნიერ-თანამშრომელი.

¹ Khalifah A., Administrative Contracts and Arbitration in Light of the Kuwaiti Law of Judicial Arbitration No. 11 of 1995, 40.

² ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი 2011, 2.

³ ტურავა პ., წიკებლაძე ნ., ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010, 95.

⁴ იქვე.

⁵ Grzesiok-Horosz A., Horosz P., Contracts in Public Administration, 2011, 26.

და ტენდერში გამარჯვებულ კანდიდატთან დადებული ხელშეკრულების არსის, მიზნისა და შინაარსი გაგება დაგვეხმარება, დავასაბუთოთ, თუ რომელ სამართლებრივ ხელშეკრულებასთან გვაქვს საქმე კონკრეტულ შემთხვევაში.

დასახული მიზნის მისაღწევად წინამდებარე ნაშრომში ზოგადად მიმოხილული იქნება კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები, საუბარი შეეხება ტენდერის, როგორც სახელმწიფო შესყიდვების სამართლებრივ ბუნებას და კონკრეტულ მაგალითზე, ტენდერში გამარჯვებულ კანდიდატთან დადებული ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნების გამორკვევას. გამოყენებული იქნება ანალიზისა და ინდუქციის მეთოდი.

1. კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტები

კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნას აქვს, როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული მნიშვნელობა, თუმცა ხელშეკრულებების დონეზე გამიჯვნის სირთულე გამოწვეულია, უპირველესად, კერძო და საჯარო სამართლის გამიჯვნის მთელი რიგი პრობლემური ასპექტებით, რადგან კერძო და საჯარო, უფრო კი ადმინისტრაციული სამართალი, იმდენად ახლოს არიან ერთმანეთთან, განსაკუთრებით, პრაქტიკის დონეზე, რომ მათ გადაკვეთის უამრავი საერთო წერტილი აქვთ. სწორედ ეს ართულებს ხშირ შემთხვევაში კერძო და საჯაროსამართლებრივი ინსტიტუტების ერთმანეთისგან განსხვავებას, რისი ნათელი მაგალითია კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის პრობლემა.

1.1. კერძო და საჯაროსამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნის ზოგადი მიმოხილვა

კერძო და საჯაროსამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნის საკითხი, ერთი შეხედვით, თეორიულად აქტუალური პრობლემა არ არის. მეცნიერებმა მკაფიოდ მოახდინეს სამართლის დაყოფა კერძო და საჯარო სამართლად⁶. მიუხედავად ამისა, მათი ერთმანეთისგან გამიჯვნა მაინც გარკვეულ სირთულეებს იწვევს. ეს გამოწვეულია იმით, რომ „**კერძო და საჯარო სამართალი არ არიან ერთმანეთისგან იზოლირებულნი**“⁷.

ყველაზე კარგად კერძო და საჯარო სამართლის გამიჯვნის აუცილებლობის საკითხი და პრობლემა ჩანს პრაქტიკაში, განსაკუთრებით, საპროცესო სამართალში, განსჯადობის დადგენასთან მიმართებით. როდესაც საქმე ეხება დავას, რომელიც, ერთი შეხედვით, განეკუთვნება კერძო სამართალს, თუმცა მას საჯაროსამართლებრივი ნიშნებიც ახასიათებს, ან პირიქით, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს ზუსტ გამიჯვნას, რათა არ მოხდეს არაუფლებამოსილი სასამართლოს მიერ არასწორი სამართლებრივი ნორმების გამოყენებით დავის განხილვა და გადაწყვეტა, რაც, თავის მხრივ, სამართლებრივ შედეგს უკანონოს ხდის და სასამართლო გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველიც შეიძლება გახდეს⁸. არანაკლებ მნიშვნელოვანია საჯარო და კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნა სასამართლომდე წარმოების ეტაპზე.

მეცნიერებაში კერძო და საჯაროსამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნისას სამ ძირითად თეორიას ეყრდნობიან. ესენია: ინტერესების, სუბორდინაციის და სუბიექტების თეორია. გამოყოფენ, ასევე, სპეციალური სამართლის თეორიასაც, რომელიც ისტორიულად სუბიექტების თეორიიდან განვითარდა⁹.

ინტერესთა თეორიის მიხედვით, მნიშვნელობა ენიჭება იმას, თუ ვისი ინტერესების სასარგებლოდ ხდება მოწესრიგება, ვის ინტერესებს ენიჭება უპირატესობა კონკრეტული ნორმის მოქმედებისას.¹⁰ „სამართლის ნორმა, რომელიც მხოლოდ ან დიდწილად საჯარო ინტერესების დაცვას ემსახურება, მიეკუთვნება საჯარო სამართალს, ხოლო ის ნორმა, რომელიც ცალკეულ პირთა კერძო ინტერესებს იცავს, არის კერ-

⁶ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 207.

⁷ ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 7.

⁸ გვეგნავა დ., სამშენებლო სამართალი და მისი სამართლებრივი ბუნება, სამართლის ჟურნალი „სარჩევი“, №1(2), 2011, 25.

⁹ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004; ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011; ტურავა პ., წიკვლაძე ნ., ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010.

¹⁰ ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 9.

ძო-სამართლებრივი ნორმა¹¹. ინტერესთა თეორიას თავისი ნაკლოვანებები აქვს, რაც ართულებს მის გამოყენებას კერძო და საჯარო სამართლის გამიჯვნაში. პრობლემა იმაშია, რომ ცალსახად არ შეიძლება ითქვას, ნორმა კერძო ინტერესებს იცავს თუ საჯაროს. არსებობს მთელი რიგი ნორმები, რომლებიც ერთდროულად ემსახურება როგორც კერძო, ისე საჯარო ინტერესების დაცვას და მათი მიზნის დადგენა ერთმნიშვნელოვნად შეუძლებელია¹². ამასთან, ხშირია სახელმწიფო ორგანოების მიერ საჯაროსამართლებრივ ინსტიტუტებთან ერთად კერძოსამართლებრივი ინსტიტუტების გამოყენება, როგორც კერძო პირებს შეუძლიათ კერძო სამართლის ფორმების გამოყენებით დაიცვან საჯარო ინტერესები¹³. როგორც ვხედავთ, ინტერესთა თეორია არ იძლევა გამიჯვნის ნათელ კრიტერიუმს, რის გამოც მას პრაქტიკაში იშვითად იყენებენ¹⁴.

სუბორდინაციის თეორია გულისხმობს, რომ „საჯარო სამართალი არის მაშინ, როდესაც სამართალურ-თიერთობას აქვს ურთიერთდაქვემდებარებული ხასიათი. კერძო-სამართლებრივი ურთიერთობა კი ხასიათდება როგორც თანასწორუფლებიან სუბიექტებს შორის დამყარებული ურთიერთობა“¹⁵. სუბორდინაციის თეორიასაც აქვს თავისი ნაკლოვანებები, რაც არ იძლევა იმის საშუალებას, რომ მხოლოდ ეს თეორია დაედოს წყალგამყოფად კერძო და საჯარო სამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნას.

სპეციალური სამართლის თეორიას წინ უძღვის სუბიექტების თეორია, რომლის მიხედვითაც, სამართალი კერძო და საჯარო სამართლად იყოფა იმის მიხედვით, თუ რა სამართლებრივი სტატუსი აქვს სამართალურ-თიერთობის მონაწილეებს. თუ ურთიერთობაში ერთ-ერთი მხარე სახელმწიფოა, მაშინ ეს საჯაროსამართლებრივი ურთიერთობაა, ხოლო თუ მხარე, თუნდაც იგივე, სახელმწიფო ორგანო, ურთიერთობაში გამოდის, როგორც კერძო პირი, მაშინ საქმე გვაქვს კერძოსამართლებრივ ურთიერთობასთან.

სპეციალური სამართლის თეორიამ ყველაზე მეტად მოიკიდა ფეხი და გაბატონებულად იქცა. ამ თეორიის მთავარი უპირატესობა ისაა, რომ იგი აქცენტს აკეთებს ურთიერთობაში სუბიექტის ფუნქციურ დატვირთვაზე, რაც აბსოლუტურად მისაღები და გამართლებელია. თუ სახელმწიფო სამართლებრივ ურთიერთობაში საჯაროსამართლებრივ ფუნქციას ასრულებს და მისი მიზანი საჯარო ურთიერთობის მოწესრიგებაა, იმოქმედებს საჯარო სამართლის ნორმები და ურთიერთობაც საჯაროსამართლებრივია. კერძო ურთიერთობებში კი სახელმწიფოც გამოდის, როგორც კერძო პირი, თანასწორობის პრინციპის დაცვით და ეს ურთიერთობა კერძო სამართლის ნორმებით წესრიგდება. ეს თეორიაც ვერ ხსნის სრულად კერძო და საჯარო სამართალს შორის გამიჯვნის პრობლემას¹⁶, თუმცა იგი, ალბათ, ყველაზე მეტად გამოსადეგი და ნათელია ამ საკითხში.

1.2. კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნა

კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის არსებითი კრიტერიუმები ძირითადად ემთხვევა კერძო და საჯაროსამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნის ელემენტებს. აქაც არსებობს გამიჯვნის სხვადასხვა თეორია და პრინციპი, თუმცა ხელშეკრულების, როგორც ზოგადი ცნების არსიდან გამომდინარე, არსებობს გამიჯვნის სპეციფიკური ელემენტები. კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნისას გამოყოფენ ძირითადად ადმინისტრაციულ ორგანოს, როგორც ერთ-ერთ მხარეს და ხელშეკრულების დადების საჯაროსამართლებრივ მიზანს¹⁷. პირველი ელემენტი, ცალკე აღებული, არ იძ-

¹¹ ტურავა პ., წიკვლაძე ნ., ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010, 23.

¹² იქვე, 23.

¹³ ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 9.

¹⁴ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, 2004, თბილისი, 210.

¹⁵ ტურავა პ., წიკვლაძე ნ., ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010, 23.

¹⁶ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი 2004, 211.

¹⁷ ფრანგულ ადმინისტრაციულ სამართალში ადმინისტრაციული ხელშეკრულების მახასიათებლების უფრო ვრცელი ჩამონათვალია. თუმცა, მთავარ მახასიათებლებად, აქაც, მიიჩნევა ადმინისტრაციული ორგანო, როგორც ხელშეკრულების მხარე და საჯარო ინტერესის სასარგებლოდ მოქმედება. იხ., Pascariu Liana-Teodora, The Distinction of the Administrative Contract from the other

ლევა საკმარის საფუძველს ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნების დასადგენად. ამიტომ საჭიროა მათი კომპლექსურად განხილვა.

1.2.1. ადმინისტრაციული ორგანო, როგორც ერთ-ერთი მხარე

ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ლეგალური დეფინიციის თანახმად, ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებას დებს ადმინისტრაციული ორგანო, ანუ ადმინისტრაციული ორგანო წარმოადგენს სამართალურ-თიერთობის ერთ-ერთ აუცილებელ მხარეს. „ადმინისტრაციული ხელშეკრულება – ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით ფიზიკურ ან იურიდიულ პირთან, აგრეთვე სხვა ადმინისტრაციულ ორგანოსთან დადებული სამოქალაქო-სამართლებრივი ხელშეკრულება“¹⁸. არსებობს მოსაზრება, რომ „გარიგების ადმინისტრაციული ბუნების მიმანიშნებელია გარიგების სავალდებულო სუბიექტი – ადმინისტრაციული ორგანო და გარიგება მისი მონაწილეობით ერთმნიშვნელოვნად უნდა მივიჩნიოთ ადმინისტრაციულად“¹⁹. ეს მოსაზრება არც ისე მყარია, რადგან ამ შემთხვევაში ახალ პრობლემას წამოჭრის თავად ადმინისტრაციული ორგანოს განმარტება, კერძოდ „ადმინისტრაციული ორგანო – ყველა სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანო ან დაწესებულება, საჯარო სამართლის იურიდიული პირი (გარდა პოლიტიკური და რელიგიური გაერთიანებებისა), აგრეთვე ნებისმიერი სხვა პირი, რომელიც საქართველოს კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებს საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებებს“²⁰. როგორც ვხედავთ, ადმინისტრაციული ხელშეკრულების მხარე შეიძლება იყვნენ პირები (ფიზიკურიც და იურიდიულიც), „რომლებიც არ არიან სახელმწიფო ორგანოთა სისტემის სუბიექტები, მაგრამ კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებენ საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებებს და მის ჩარჩოებში დებენ ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებას“²¹. ამასთან, კერძო პირების მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება „ისეთი სახით და საშუალებებით და ისე კარგად უნდა ხდებოდეს, რომ სახელმწიფოს არც საჭიროება და არც სურვილი არ უნდა გაუჩნდეს, ეს ამოცანა თვითონ შეასრულოს“²².

ნათელია, რომ მხოლოდ ადმინისტრაციული ორგანო არ არის ერთმნიშვნელოვანი და აუცილებელი სუბიექტი – მხარე ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებაში. სრულიად შესაძლებელია, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულება დაიდოს კერძო პირებს შორის, ისევე, როგორც ადმინისტრაციულ ორგანოსაც შეუძლია დადოს კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულება²³. ამიტომ მხოლოდ სუბიექტის მიხედვით გამიჯვნა არ გამოდგება კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნისათვის.

Types of Contracts, Fascicle of the Faculty of Economics and Public Administration, Romania, Vol. 10, Special Number, 2010, 408-409.

¹⁸ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, მე-2 მუხლის პირველი ნაწილის „ზ“ ქვეპუნქტი.

¹⁹ კოპალეიშვილი მ., ადმინისტრაციული გარიგება, 2003, 24.

²⁰ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, მე-2 მუხლის პირველი ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი.

²¹ ტურავა პ., წიკლაძე ნ., ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010, 95. **შენიშვნა:** კერძო პირების მიერ ადმინისტრაციული ხელშეკრულების დადების მაგალითია სამშენებლო სამართალში მოქმედი სერვიტუტის ხელშეკრულება. კერძოდ, საქართველოს მთავრობის №57 დადგენილების (2009 წლის 24 მარტი) მე-11 მუხლი აწესრიგებს მიწის ნაკვეთზე სერვიტუტის ხელშეკრულების დადებას კერძო პირებს, ამ შემთხვევაში მეზობელ (მომიჯნავე მიწის ნაკვეთების მფლობელებს) შორის და ეს ხელშეკრულება ითვლება ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებად, რადგან სწორედ მასზეა პირდაპირ და უშუალოდ დამოკიდებული შემდგომში მშენებლობის ნებართვის გაცემა, რაც თავის მხრივ წარმოადგენს ადმინისტრაციულ აქტს და საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობას. შესაბამისად, ერთმანეთთან კავშირში მყოფი ორი სამართლებრივი ურთიერთობა (ხელშეკრულების დადება და მშენებლობის ნებართვის გაცემა) აქცევს კერძო პირებს შორის დადებულ ხელშეკრულებას ადმინისტრაციულსამართლებრივად.

²² ტურავა პ., ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, როგორც პრივატიზაციის პროცესის ფარგლები, სტატიათა კრებული, თბილისი, 2011, 233.

²³ იმავე ფრანგული სამართლის მიხედვით, ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებული კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულება ადმინისტრაციული ხელშეკრულებისგან განსხვავდება ორი ძირითადი ნიშნით: ის არ არის დამოკიდებული საჯარო უფლებამოსილებაზე და შესაბამისად არ ემსახურება საჯარო ინტერესს და მეორე, იგი არ შეიცავს ზედმეტ პირობებს და ადმინისტრაციული ორგანო მოქმედებს, როგორც მესაკუთრე (კერძო პირი). იხ., Pascariu Liana-Teodora, The Distinction of the Administrative Contract from the other Types of Contracts, Fascicle of the Faculty of Economics and Public Administration, Romania, Vol. 10, Special Number, 2010, 408.

1.2.2. საჯარო მიზანი, როგორც გამიჯვნის კრიტერიუმი

ადმინისტრაციული ხელშეკრულების საკანონმდებლო დეფინიციაში ხაზგასმულია, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულება იდება საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით. სწორედ ეს არის ის მთავარი ხელჩასაჭიდი ელემენტი, რაც გვაძლევს კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის საშუალებას. თუმცა აქაც საჭიროა ყურადღება, რადგან ცალსახად იმის თქმა, არის თუ არა კონკრეტული შემთხვევა საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება, არც ისე იოლი გამოსარკვევია.

საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებაზე საუბრისას ყურადღება ექცევა იმას, რამდენადაა სამართლებრივი ქმედება განხორციელებული საჯარო მიზნის მისაღწევად. თუმცა რას წარმოადგენს თავად განსაზღვრება „საჯარო მიზანი“ ეს არც იურიდიულ დოქტრინაში, არც კანონმდებლობაში და მით უფრო, არც პრაქტიკაში არ არის მკაფიოდ ჩამოყალიბებული. შესაბამისად, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალურად უნდა დადგინდეს, არსებობდა თუ არა საჯარო მიზნის მისაღწევად განხორციელებული საჯარო უფლებამოსილება.

„საჯარო მიზანი“ ფართო ინტერპრეტაციის საშუალებას იძლევა. თანამედროვე სახელმწიფო აპარატის განვითარება სულ უფრო მეტ ახალ საჯარო სამართლებრივ ურთიერთობას წარმოშობს. შესაბამისად, არ იქნებოდა მართებული, „საჯარო მიზნის“ რაიმე ჩარჩოში მოქცევა და შეზღუდვა. იმისათვის, რომ გავიგოთ, რა არის კონკრეტულ სიტუაციაში ადმინისტრაციული ორგანოს საჯარო მიზანი, უნდა ჩავიხედოთ მის ფუნქციებში (უფლებამოსილებებში), რაც გაწერილია იმ ნორმატიულ აქტებში, რითაც წესრიგდება ადმინისტრაციული ორგანოს საქმიანობა. ფუნქციების გაცნობა და გააზრება გვაძლევს ნათელ წარმოდგენას ორგანოს „საჯარო მიზანზე“ და შესაბამისად, საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებაზე, „ხოლო იმ შემთხვევაში, როდესაც ადმინისტრაციული ორგანოს მინიჭებული აქვს დისკრეციული უფლებამოსილება, შეარჩიოს ყველაზე მისაღები საქმიანობის ფორმა, მისი ნება განსაზღვრავს საქმიანობის ფორმის (ხელშეკრულების) სამართლებრივ ბუნებას (საქმიანობის სამართლებრივი ფორმის არჩევანის თავისუფლება)“²⁴.

„საჯარო მიზანთან“ გაიგივებულია „საჯარო ამოცანები“. ზუსტი იურიდიული განსაზღვრების ჩამოყალიბება აქაც შეუძლებელია, თუმცა უნდა ითქვას, რომ „ამოცანების, რომელთა შესრულებაზეც საჯარო ინტერესი არსებობს, არის, პირველ რიგში, საჯარო ამოცანები“²⁵. „ეს ისეთი ამოცანებია, რომლის შესრულებაზეც საზოგადოება არსებითად არის დაინტერესებული, მიუხედავად იმისა, მოხდება მისი შესრულება სახელმწიფო ორგანოების მიერ თუ კერძო პირების მხრიდან“²⁶. „საჯარო მიზანი“ ყველაზე კარგად მიჯნავს კერძო და ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებას. აუცილებელია ყურადღება მიექცეს ხელშეკრულების საგანს, რაზეც იდება ხელშეკრულება²⁷. სწორედ ამ ორი ელემენტის კომპლექსურად განხილვა გვაძლევს საშუალებას, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულების არსს ჩავწვდეთ და გავმიჯნოთ იგი სხვა ხელშეკრულებებისგან, რაც კონკრეტული მაგალითების განხილვისას უკეთ გამოჩნდება.

2. ტენდერის სამართლებრივი ბუნება

ტენდერი, იგივე სახელმწიფო შესყიდვები, ნაკლებად შესწავლილი სფეროა თანამედროვე ქართულ სამართლებრივ მეცნიერებაში. ამიტომ მოკლედ შევხებით მისი არსისა და ეტაპების განხილვას, რომელთაგან მეორე ეტაპი არის სწორედ მნიშვნელოვანი და საყურადღებო განსახილველი თემის მიზნებისთვის.

²⁴ ტურავა პ., წიკვლაძე ნ., ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010, 95.

²⁵ ტურავა პ., ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, როგორც პრივატიზაციის პროცესის ფარგლები, სტატიათა კრებული, თბილისი, 2011, 233.

²⁶ იქვე.

²⁷ Singh M.P., German Administrative Law in Common Law Perspective, 2001, 94.

2.1. ტენდერის არსი

ტენდერის არსისა და სამართლებრივი ბუნების გამოსარკვევად უნდა დავეყრდნოთ „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ საქართველოს კანონს. კანონის ტერმინთა განმარტებები გვაძლევს „სახელმწიფო შესყიდვის“ ცნების განმარტებას, კერძოდ: „სახელმწიფო შესყიდვა – ამ კანონით დადგენილ შემთხვევებში ელექტრონული ან სხვა საშუალებების გამოყენებით შემსყიდველი ორგანიზაციის მიერ ნებისმიერი საქონლის, მომსახურებისა და სამშენებლო სამუშაოს შესყიდვა...“²⁸. ამავე ქვეპუნქტში მითითებულია ის სახსრები, რითაც ხორციელდება სახელმწიფო შესყიდვები. ეს არის სახელმწიფო ბიუჯეტის (ასევე, აფხაზეთისა და აჭარის ავტონომიური რესპუბლიკების ბიუჯეტების), ადგილობრივი თვითმმართველობის ბიუჯეტის, მათ დაფინანსებაზე მყოფი ორგანიზაციებისა და დაწესებულებების, საბიუჯეტო ორგანიზაციების, სსიპების, აიპების – უმაღლესი საგანმანათლებლო დაწესებულებების მიერ მოპოვებული სახელმწიფო გრანტებისა და კრედიტების სახით მიღებული სახსრები, აგრეთვე, სახელმწიფო გარანტიით მიღებული საკრედიტო და საინვესტიციო, აიპ – უმაღლესი საგანმანათლებლო დაწესებულებებისა და მისი განვითარების ფონდის, ასევე სსიპ-ის სახსრები, აგრეთვე, იმ საწარმოს სახსრები, რომლის აქციათა ან წილის 50%-ს ფლობს სახელმწიფო²⁹. როგორც ამ ნორმის ანალიზიდან ჩანს, სახელმწიფო შესყიდვები ხორციელდება ყოველთვის სახელმწიფო სახსრებით, ანუ იმ ფინანსებით, რომელსაც აკონტროლებს სახელმწიფო.

იმისათვის, რომ დავადგინოთ სახელმწიფო შესყიდვების სამართლებრივი ბუნება, საკმარისია, ჩავხედოთ კანონის მიზანს, რომლის თანახმადაც, „კანონის მიზანია: ა) სახელმწიფო შესყიდვებისათვის განკუთვნილი ფულადი სახსრების რაციონალური ხარჯვის უზრუნველყოფა; ბ) სახელმწიფო საჭიროებისათვის აუცილებელი საქონლის წარმოების, მომსახურების გაწვევისა და სამშენებლო სამუშაოს შესრულების სფეროში ჯანსაღი კონკურენციის განვითარება; გ) სახელმწიფო შესყიდვების განხორციელებისას შესყიდვების მონაწილეთა მიმართ სამართლიანი და არადისკრიმინაციული მიდგომის უზრუნველყოფა; ე) სახელმწიფო შესყიდვების ერთიანი ელექტრონული სისტემის შექმნა და მის მიმართ საზოგადოების ნდობის ჩამოყალიბება“³⁰. როგორც ვხედავთ, კანონის მიზანია, კონტროლი დააწესოს სახელმწიფო ბიუჯეტის სახსრების სწორ ხარჯვაზე, რათა არ მოხდეს მათი არარაციონალური ხარჯვა, რამაც შესაძლოა მნიშვნელოვანი ზიანი მიაყენოს ქვეყნის ეკონომიკას. ასევე, ტენდერი ხელს უწყობს ჯანსაღი კონკურენციის ჩამოყალიბებას „სახელმწიფო საჭიროებისათვის აუცილებელ“ საქმიანობაში, რათა არ მოხდეს ტენდერის მონაწილეთა დისკრიმინაცია და მათდამი უსამართლო მოპყრობა, ყველას ჰქონდეს თანაბარი შესაძლებლობა, მონაწილეობა მიიღოს ტენდერში. სახელმწიფო შესყიდვებისადმი საზოგადოების ნდომის ამაღლება მნიშვნელოვანი მიზანია დემოკრატიული საზოგადოების განვითარებისთვის, რადგან საზოგადოებისთვის გამჭვირვალე უნდა იყოს სახელმწიფო ბიუჯეტის სახსრების გახარჯვის პროცესი, ვინაიდან საზოგადოება თავად იღებს მონაწილეობას ბიუჯეტის ფორმირებაში.

ზემოთ მოყვანილი მსჯელობიდან შეიძლება იმ დასკვნის გაკეთება, რომ ტენდერი, ანუ სახელმწიფო შესყიდვა არის საქონლის ან მომსახურების სახელმწიფო შესყიდვების განხორციელების ერთ-ერთი საშუალება და თავისი არსითა და სამართლებრივი ბუნებით წარმოადგენს საჯარო სამართლებრივ ინსტიტუტს, რადგან მისი მიზანია სახელმწიფოსა და საჯარო ინტერესების დაცვა. ტენდერის პროცესი, მისი დაწყებიდან დამთავრებამდე, მთლიანად საჯარო პროცესია და ინფორმაცია მის შესახებ საჯაროა. ტენდერის გამოცხადება არის ხელშეკრულების დადების წინარე ეტაპი და ეს საფეხური უნდა იქნეს განხილული სწორედ საჯარო სამართლის კუთხით³¹.

²⁸ საქართველოს კანონი „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“, მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი.

²⁹ იქვე, მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის „ა.ა – ა.თ“ ქვეპუნქტები.

³⁰ იქვე, მე-2 მუხლი.

³¹ Shalev G., Administrative Contracts, 1979, 477.

2.2. ტენდერის I ეტაპი – ტენდერის გამოცხადება

ტენდერის ეტაპებად დაყოფას განსახილველი თემის ფარგლებში პირობითი დატვირთვა აქვს. ეტაპებად დაყოფით ხაზი უნდა გაესვას ტენდერში ორი სხვადასხვა ურთიერთობის გამოყოფას. ორეტაპიანი სახელმწიფო შესყიდვის (ტენდერის) ინსტიტუტს კანონი ცალკე ითვალისწინებს³².

კანონის თანახმად, სახელმწიფო შესყიდვები ძირითადად ხორციელდება ელექტრონული ტენდერის ან გამარტივებული ელექტრონული ტენდერის საშუალებით³³. ტენდერის პირველი ეტაპის პირველი ნაბიჯი არის სატენდერო კომისიის შექმნა. კანონის მე-11 მუხლის პირველი პრიმა მუხლის თანახმად, კომისიას ქმნის შემსყიდველი ორგანიზაციის ხელმძღვანელი, როგორც წესი, კომისიის წევრებად ინიშნებიან ამ ორგანიზაციის ხელმძღვანელი პირები. საჭიროების შემთხვევაში კომისიის გადაწყვეტილებით კონსულტანტად ან ექსპერტად შესაძლოა მიწვეულ იქნენ შესაბამისი დარგის სპეციალისტები, რომლებსაც ეძლევათ სათათბირო ხმის უფლება³⁴.

მეორე ნაბიჯია განცხადება ელექტრონული ტენდერის შესახებ. სატენდერო კომისია ელექტრონული ტენდერის შესახებ განცხადებასა და სატენდერო დოკუმენტაციას ქართულ ენაზე ათავსებს სახელმწიფო შესყიდვების ერთიან ელექტრონულ სისტემაში. განცხადებას ენიჭება უნიკალური ნომერი, რის შემდეგაც იგი ითვლება ოფიციალურად გამოქვეყნებულად³⁵. ეს ინფორმაცია საჯაროა და ხელმისაწვდომია ყველა დაინტერესებული პირისათვის.

სატენდერო კომისია განსაზღვრავს საკვალიფიკაციო მონაცემებს და ადგენს სატენდერო დოკუმენტაციას. სატენდერო დოკუმენტაცია დგინდება კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით დადგენილი წესის შესაბამისად. ამასთან, დოკუმენტაცია უნდა შეიცავდეს საკვალიფიკაციო მონაცემებს, შესასყიდი საქონლის რაოდენობას, საშუალოს ან მომსახურების მოცულობას, საქონლის მიწოდების, საშუალოს შესრულების ან მომსახურების გაწევის ვადას, ადგილსა და ფორმას, შესყიდვის ობიექტის ტექნიკურ და ხარისხობრივ აღწერას, ხელშეკრულების აუცილებელ პირობებს, რომლებიც შემსყიდველი ორგანიზაციისთვის წინასწარ არის ცნობილი, ხელშეკრულების ფორმა, უზრუნველყოფის საშუალებები და ა.შ.³⁶. რაც შეეხება საკვალიფიკაციო მონაცემებს, კანონის მე-13 მუხლის თანახმად, ეს არის მოთხოვნები, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდნენ პრეტენდენტები და ამ მოთხოვნებს ადგენს შემსყიდველი ორგანიზაცია ყოველი კონკრეტული შესყიდვისათვის. ამასთან, კანონი აკეთებს დათქმას, რომ საკვალიფიკაციო მოთხოვნები უნდა იყოს სამართლიანი და არადისკრიმინაციული, ხელს უნდა უწყობდეს ჯანსაღი კონკურენციის დამკვიდრებას. ეს პირდაპირ კავშირშია და გამომდინარეობს ამ კანონის მიზნიდან³⁷.

ამ პროცედურების შემდეგ იწყება პრეტენდენტების მიერ ელექტრონული სისტემის საშუალებით სატენდერო წინადადებების წარმოდგენა. პროცედურული დეტალური საკითხები დგინდება კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით, რაზეც მითითებას აკეთებს თავად კანონი. სატენდერო კომისიის მიერ ყველა პროცედურის დაცვით ხდება პრეტენდენტთა სატენდერო წინადადებების განხილვა და გამარჯვებულად შეირჩევა ის პრეტენდენტი, რომელიც ყველაზე მეტად აკმაყოფილებს საკვალიფიკაციო მოთხოვნებს. კანონის 151-ე მუხლის მე-10 პუნქტის თანახმად, „სატენდერო კომისია ელექტრონულ ტენდერში გამარჯვებული პრეტენდენტის შესახებ გადაწყვეტილებას იღებს კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით დადგენილი წესის შესაბამისად“. გამარჯვებულის გამოვლენის შემდეგ დგება მასთან ხელშეკრულების გაფორმების საკითხი.

ტენდერის პირველი ეტაპი არის საჯარო, ემსახურება საჯარო მიზნებისა და ინტერესების განხორციელებას და ამდენად, ექცევა საჯაროსამართლებრივი მოწესრიგების ქვეშ. თუმცა არსებობს მოსაზრება, რომ ტენდერი, მისი გამოცხადებიდან ხელშეკრულების დადების ჩათვლით წარმოადგენს ორივე – საჯარო

³² საქართველოს კანონი „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“, მე-20³ მუხლი.

³³ იქვე, მე-10¹ მუხლი.

³⁴ იქვე, მე-11 მუხლის მე-5 პუნქტი.

³⁵ იქვე, მე-12¹ მუხლი პირველი-2 პუნქტები.

³⁶ იქვე, მე-12¹ მუხლი მე-5 პუნქტი.

³⁷ იქვე, მე-2 მუხლი „ბ“ და „გ“ პუნქტები.

და კერძო სამართლის სფეროს და ტენდერთან დაკავშირებული საკითხების მიმართ სამოქალაქო სასამართლო განსჯადი³⁸.

2.3. ტენდერის II ეტაპი – გამარჯვებულ კანდიდატთან ხელშეკრულების დადება

გამარჯვებული პრეტენდენტის სატენდერო წინადადებით განსაზღვრული პირობების საფუძველზე, გამარჯვებულ პრეტენდენტსა და შემსყიდველ ორგანიზაციას შორის იდება ხელშეკრულება სახელმწიფო შესყიდვის შესახებ³⁹. ტერმინთა განმარტებიდან გამომდინარე, პრეტენდენტი ამ კანონის მიზნებისთვის არის „პირი, რომელმაც სახელმწიფო შესყიდვის პროცედურაში მონაწილეობის მიზნით გადაიხადა საფასური“⁴⁰, ხოლო მიმწოდებელი არის „პირი, რომელმაც შემსყიდველ ორგანიზაციასთან დადო ხელშეკრულება სახელმწიფო შესყიდვის შესახებ“⁴¹. ხელშეკრულების აუცილებელი პირობები განისაზღვრება კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით და ამავე აქტით განისაზღვრება ხელშეკრულების შეცვლის პირობები.

აღსანიშნავია, რომ სატენდერო კომისიას არ აქვს უფლება გამართოს მოლაპარაკება ტენდერში მონაწილეობის მსურველთან და პრეტენდენტთან, გარდა კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით გათვალისწინებული შემთხვევებისა⁴².

სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ ხელშეკრულება იდება წერილობითი ფორმით. ამასთან, ხელშეკრულების შესრულების უზრუნველყოფის მიზნით შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს ხელშეკრულების შესრულების გარანტიის ან დაზღვევის მოთხოვნა, რაც, ასევე, ღებდება კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით. დაუშვებელია მიმწოდებელთან დადებული ხელშეკრულების პირობების შეცვლა, თუ ამ ცვლილების შედეგად შემსყიდველი ორგანიზაციისთვის იზრდება ხელშეკრულების ღირებულება ან უარესდება ხელშეკრულების პირობები⁴³. თუკი მოხდება გამარჯვებული პრეტენდენტის დისკვალიფიკაცია ან იგი უარს იტყვის ხელშეკრულების დადებაზე, შემსყიდველ ორგანიზაციას უფლება აქვს, განიხილოს საუკეთესო ფასის მქონე მომდევნო პრეტენდენტის სატენდერო წინადადება⁴⁴. შესაბამისად, თუკი ეს უკანასკნელი დააკმაყოფილებს საკვალიფიკაციო მოთხოვნებს, შემსყიდველი ორგანიზაცია მასთან გააფორმებს სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ ხელშეკრულებას. ტენდერში გამარჯვებულ პრეტენდენტთან დადებული სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ ხელშეკრულება ქვეყნდება სახელმწიფო შესყიდვების ერთიან ელექტრონულ სისტემაში კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით დადგენილ ვადებსა და წესით.

როგორც ვხედავთ, ტენდერი მისი დაწყებიდან დამთავრებამდე, ხელშეკრულების გაფორმების ჩათვლით, არის საჯარო და გამჭვირვალე, რაც აიხსნება ამ ინსტიტუტის მიზნით. ტენდერის საჯაროსამართლებრივი ინსტიტუტობა ავტომატურად არ ნიშნავს იმას, რომ მის შედეგად პრეტენდენტთან დადებული ხელშეკრულებაც ცალსახად საჯაროსამართლებრივი ხასიათისაა (ადმინისტრაციული ხელშეკრულება). უფრო მეტიც, ტენდერის ჩატარების თითოეული ეტაპი, სამართლებრივი თვალსაზრისით, შესაძლოა შემდგენილად შეფასდეს: ტენდერის გამოცხადება არის „მოწვევა ოფერტზე“, რომლის საშუალებითაც ადმინისტრაციული ორგანო აცხადებს სურვილს, შევიდეს სახელშეკრულებო ურთიერთობაში ნებისმიერ დაინტერესებულ პირთან. დაინტერესებული მხარის სურვილი და შესაბამისი განცხადება ტენდერში მონაწილეობის შესახებ ჩაითვლება „ოფერტად“, ხოლო ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილება, ყველა პირობის და წესის (პროცედურის) დაცვით ტენდერში გამარჯვებულ კანდიდატთან დადოს ხელშეკრულება, წარმოადგენს უკვე „აქცეპტს“⁴⁵. ამდენად, ამას ინდივიდუალური შეფასება სჭირდება.

³⁸ Shalev G., Administrative Contracts, 1979, 478.

³⁹ საქართველოს კანონი „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“, მე-16¹ მუხლის პირველი პუნქტი.

⁴⁰ იქვე, მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის „ი“ ქვეპუნქტი.

⁴¹ იქვე, „კ“ ქვეპუნქტი.

⁴² იქვე, მე-18¹ მუხლი.

⁴³ იქვე, 21-ე მუხლი.

⁴⁴ იქვე, მე-16¹ მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁴⁵ Shalev G., Administrative Contracts, 1979, 478.

3. ტენდერში გამარჯვებულ კანდიდატთან დადებული ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნება

როგორც აღინიშნა, ის გარემოება, რომ ტენდერი საჯაროსამართლებრივი ინსტიტუტია, არ ნიშნავს იმას, რომ ხელშეკრულებაც აუცილებლად საჯაროსამართლებრივი უნდა იყოს. ამის დადგენას, უპირველეს ყოვლისა, საპროცესოსამართლებრივი მნიშვნელობა აქვს, რადგან არც ისე იშვიათია, რომ ტენდერის შედეგები ხდება სადავო. შესაბამისად, თუ დავა ეხება თავად ტენდერის დროს შემსყიდველი ორგანიზაციის მხრიდან რაიმე ქმედების გასაჩივრებას, ამისთვის კანონში არსებობს ჩანაწერი, რომლის თანახმადაც, შესყიდვაში მონაწილეობის მსურველს ან პრეტენდენტს შეუძლია გაასაჩივროს ეს ქმედებები შემსყიდველ ორგანიზაციაში ან სააგენტოში (ერთჯერადი გასაჩივრება), ან სასამართლოში, თუ მას მიაჩნია, რომ დაირღვა კანონით დადგენილი წესები ან/და შეილახა მისი უფლებები. თუკი სადაო განდება თავად ხელშეკრულება, რომელიც ორ მხარეს შორის დაიდო (შემსყიდველ ორგანიზაციასა და გამარჯვებულ პრეტენდენტს, მიმწოდებელს შორის), ამ შემთხვევაში სასიცოცხლო მნიშვნელობა აქვს იმის დადგენას, თუ რომელი სახის ხელშეკრულებასთან გვაქვს საქმე, რათა დადგინდეს უფლებამოსილი, განსჯადი სასამართლო.

3.1. კერძო თუ ადმინისტრაციული ხელშეკრულება?

იმისათვის, რომ ამ კითხვას გაეცეს პასუხი, უნდა დავადგინოთ ორი ფაქტი. პირველი, ესაა ადმინისტრაციული ორგანოს, ამ შემთხვევაში კონკრეტულად იმ შემსყიდველი ორგანოს ფუნქციური უფლებამოსილებები და საქმიანობის მიზნები, რომელიც აცხადებს ტენდერს და შესაბამისად, დებს ხელშეკრულებას; და მეორე, თავად ხელშეკრულების დადების მიზანი და შინაარსი, რა მიზნით იდება ეს ხელშეკრულება და რაზე იდება? ემსახურება თუ არა ის უშუალოდ ადმინისტრაციული ორგანოს საქმიანობის განხორციელებას და მისი კანონით დადგენილი ფუნქციების შესრულებას? პირველის ნახვა და შემოწმება შესაძლებელია თავად ადმინისტრაციული ორგანოს ფუნქციების მომწესრიგებელ ნორმატიულ აქტში. ხოლო მეორეს გამორკვევა ხდება უშუალოდ ხელშეკრულების შესწავლის საფუძველზე.

თუ ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ ტენდერის საფუძველზე განხორციელებული სახელმწიფო შესყიდვის მიზანი არის ამ ადმინისტრაციული ორგანოს მთავარი ფუნქციის, მთავარი საჯარო მიზნის, საჯარო ამოცანის შესრულება, ანუ ტენდერის შედეგად გამარჯვებულ პრეტენდენტთან დადებული ხელშეკრულება ემსახურება სწორედ ამ მიზნისა და ამოცანის მიღწევას, მაშინ ეს ხელშეკრულება არის საჯაროსამართლებრივი – ადმინისტრაციული ხელშეკრულება. ხოლო თუ ეს ხელშეკრულება არ ემსახურება ამ მიზნის მიღწევას და იგი იდება ადმინისტრაციული ორგანოს კერძო ინტერესების განხორციელების მიზნით (როგორც აღინიშნა, ადმინისტრაციულ ორგანოს აქვს უფლება სამართლებრივ ურთიერთობებში გამოვიდეს, როგორც კერძო პირი და დადოს კერძოსამართლებრივი გარიგებები⁴⁶), რაც დაკავშირებულია მის ორგანიზაციულ საქმიანობასთან, მაშინ საქმე გვაქვს ჩვეულებრივ კერძოსამართლებრივ ხელშეკრულებასთან, როგორც ორ კერძო თანასწორუფლებიან სუბიექტს შორის დადებულ ხელშეკრულებასთან.

ზოგჯერ ამტკიცებენ, რომ აღმასრულებელი ხელისუფლების ორგანოები (ამ შემთხვევაში, ადმინისტრაციული ორგანოები), დებენ რიგ ხელშეკრულებებს, რომლებიც მათი მმართველობითი ფუნქციებისა და ამოცანების რეალიზაციის საშუალებას წარმოადგენენ. ამის მაგალითად მოჰყავთ ინვენტარისა და ტექნიკის შეძენის შესახებ ხელშეკრულებები, ე.ი. ტიპური კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებები. ნათელია, რომ არავითარი კავშირი აღმასრულებელი ხელისუფლების რეალიზაციის სამართლებრივ ფორმებთან ამ ხელშეკრულებებს არ აქვთ, რადგანაც მმართველი სუბიექტი არ გამოდის, როგორც მმართველობითი უფლებამოსილების მატარებელი. თუმცა აქ სხვა რამაც არის საყურადღებო – ასეთი სახის ხელშეკრულებები დამხმარე ხასიათს ატარებს ორგანოს ძირითადი მმართველობითი საქმიანობისათვის. კერძოსამართლებრივი

⁴⁶ ტურავა ნ., წიკვაძე ნ., ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2010, 95-96.

ხელშეკრულებებიდან შესაძლოა წარმოიშვას ადმინისტრაციული ხასიათის სამართლებრივი შედეგები (მაგ., ადმინისტრაციული ჯარიმა გადაზიდვის ხელშეკრულების დარღვევისათვის), მაგრამ ეს არ აქცევს წარმოშობილ ურთიერთობებს და თავად ხელშეკრულებას ადმინისტრაციულსამართლებრივად⁴⁷. ამრიგად, თუკი ტენდერი გამოცხადებულია ისეთი სახის ობიექტის შესაძენად, რომელიც არ ემსახურება უშუალოდ ადმინისტრაციული ორგანოს ფუნქციებისა და საჯარო ამოცანების განხორციელებას, ტენდერში გამარჯვებულ პრეტენდენტთან დაიდება კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულება (ინვენტარის, კომპიუტერული ტექნიკის, საკანცელარიო ნივთების და ა.შ შეძენის შესახებ ხელშეკრულება). თუკი ტენდერი ცხადდება ისეთი ობიექტის შესაძენად ან სამუშაოების განსახორციელებლად, რომელიც უშუალოდ არის ორგანოს ფუნქცია ან პირდაპირ კავშირშია მასთან, მაშინ საქმე გვაქვს ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებასთან (მაგალითად, თუ სოფლის მეურნეობის სამინისტრო კონკრეტული სასოფლო-სამეურნეო სამუშაოების შესრულებისათვის აცხადებს ტენდერს სპეციალური ტექნიკის, მაგ., ტრაქტორების ან სხვ. შეძენაზე და დებს ხელშეკრულებას ტენდერში გამარჯვებულ პრეტენდენტთან; თავდაცვის სამინისტრო აცხადებს ტენდერს სამხედრო ტექნიკის/იარაღის შესაძენად⁴⁸ და სხვ.).

ფაქტი ერთია, რომ ყოველი კონკრეტული შემთხვევა უნდა შეფასდეს ინდივიდუალურად და მხოლოდ ამის შემდეგ უნდა დადგინდეს, ესა თუ ის ხელშეკრულება ადმინისტრაციულსამართლებრივია, თუ – კერძოსამართლებრივი. ცალსახა მიდგომა არ შეიძლება არსებობდეს და სასამართლოშიც შესაბამისი განსჯადობის მიხედვით უნდა ხდებოდეს სადავო ხელშეკრულების განხილვა.

3.2. ქართული სასამართლო პრაქტიკის მიმოხილვა

ქართული სასამართლო პრაქტიკა არც ისე მდიდარია ტენდერებისა და მათ საფუძველზე დადებული ხელშეკრულებების დავების განხილვის მხრივ. თუმცა არსებული პრაქტიკის შეფასება საშუალებას მოგვცემს, საერთო წარმოდგენა შევიქმნათ, თუ რა მიმართულებით და ტენდენციით ვითარდება იგი. ტენდერის, როგორც შემსყიდველი ორგანიზაციის მიერ განხორციელებული ქმედების დროს არსებული დარღვევების შესახებ წარმოშობილ დავებს, როგორც უკვე აღინიშნა, განიხილავს შემსყიდველ ორგანიზაციაში სპეციალურად ამისთვის შექმნილი საბჭო, სააგენტო ან სასამართლო. ისიც ითქვამს, რომ ტენდერი თავისი არსით არის საჯაროსამართლებრივი ინსტიტუტი. შესაბამისად, უშუალოდ ტენდერთან დაკავშირებულ დავებს განიხილავს ადმინისტრაციული სასამართლო, როგორც ორგანოს მიერ განხორციელებული საჯარო სამართლებრივი ქმედება.

რაც შეეხება ტენდერის შედეგად გამარჯვებულ პრეტენდენტთან დადებულ ხელშეკრულებას, მიმდინარე ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ამ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებულ დავებს განიხილავს სამოქალაქო საქმეთა სასამართლო. თუკი გადავხედავთ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებებს, საქმეთა აბსოლუტური უმრავლესობა განხილულია სწორედ კერძო სამართლებრივი დავების ფარგლებში.

უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 5 მარტის გადაწყვეტილება, რომელიც გამოტანილია ეკონომიკური განვითარების სამინისტროსა და შპს „ელს“-ს შორის წარმოშობილ დავაზე, განიხილა სამოქალაქო საქმეთა პალატამ. სამინისტროს გამოცხადებული ჰქონდა ტენდერი, რომელშიც გაიმარჯვა შპს-მ და მათ შორის დაიდო ლიზინგის ხელშეკრულება ხე-ტყის დამამუშავებელი მანქანა-დანადგარების გადაცემის თაობაზე. ეს მანქანა-დანადგარები სამინისტროს გადაეცა ჩინეთის მთავრობის მიერ მეგობრობის ნიშნად გადაცემული გრანტის ფარგლებში. დავის საგანს წარმოადგენდა ნივთის გაუარესებით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურება, ნივთის დაბრუნება, ფულადი ვალდებულების შესრულება⁴⁹. თუმცა განსახილველ შემთხვევაში დავის საგანი ნაკლებ საინტერესოა. საყურადღებოა ფაქტი, რამდენად სწორად იქნა შეფასებული ხელშეკრულება და განიხილა თუ არა იგი განსაჯდმა სასამართლომ?

⁴⁷ Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М., Административное Право Российской Федерации, 1997, 245.

⁴⁸ შენიშვნა: ამის საფუძველია საქართველოს პრეზიდენტის 2004 წლის 5 აპრილის ბრძანებულება №119, საქართველოს თავდაცვის სამინისტროს დებულების დამტკიცების შესახებ, კერძოდ, მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის „ვ“ ქვეპუნქტი.

⁴⁹ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება №სს-661-9-67-09, სამოქალაქო საქმეთა პალატა, 2010 წლის 5 მარტი.

ვინაიდან საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან იკვეთება, რომ ადმინისტრაციულმა ორგანომ, ამ შემთხვევაში, სამინისტრომ, აღნიშნული მანქანა-დანადგარები მიიღო ჩინეთის მთავრობისგან გრანტის ფარგლებში, ეს სამართლებრივი ურთიერთობა უნდა მივიჩნიოთ საჯარო სამართლებრივად, რადგან აქ წინა პლანზეა წამოწეული საჯარო ინტერესები, კერძოდ, ორ სახელმწიფოს შორის არსებული მეგობრული ურთიერთობები, საქართველოს სახელმწიფოს ინტერესი, გრანტის ფარგლებში მიეღო ხე-ტყის გადამამუშავებელი მანქანა-დანადგარები, რაც ხელს შეუწყობდა სატყეო მეურნეობის განვითარებას, როგორც სახელმწიფოს ერთ-ერთი საჯარო ამოცანის განხორციელებას. სამინისტრომ გამოაცხადა ტენდერი, რომლის საფუძველზეც გამოავლინა გამარჯვებული და მასთან დადო ლიზინგის ხელშეკრულება, რაც თავის თავში გულისხმობდა შპს-სთვის ამ მანქანა-დანადგარების გადაცემას სარგებლობაში, რათა ამ უკანასკნელს მოეხდინა ხე-ტყის გადამამუშავება. ამის სანაცვლოდ შპს-ს უნდა გადაეხადა შესაბამისი სალიზინგო საგნის ღირებულება. ეს წმინდა სახის სამოქალაქო სამართლებრივი ხელშეკრულებაა და კერძო სამართლებრივი ნორმებით წესრიგდება. ხელშეკრულების შინაარსი და მხარეთა შორის წარმოშობილი ურთიერთობები არანაირ კავშირში არ არის საჯარო ამოცანების განხორციელებასთან, ეს ორ თანასწორ მხარეს შორის დადებული ხელშეკრულებაა. შესაბამისად, იგი განიხილა სამოქალაქო საქმეთა სასამართლომ სრულიად მართებულად.

უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 14 აპრილის გადაწყვეტილება ეხება დავას შპს „ინჟექსერვისსა“ და შპს „საქართველოს რკინიგზას“ შორის. ამ უკანასკნელმა გამოაცხადა ტენდერი სარკინიგზო რელსების შესყიდვის თაობაზე, რომელშიც შპს „ინჟექსერვისმა“ გაიმარჯვა და შესაბამისად, მათ შორის სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ ხელშეკრულება დაიდო. დავის საგანი ეხებოდა ვალდებულებების შეუსრულებლობას და პირგასამტეხლოს უკან დაბრუნების მოთხოვნას⁵⁰, თუმცა კვლავაც აქ გავამახვილებთ ყურადღებას თავად ხელშეკრულების სამართლებრივ ბუნებაზე და განსჯად სასამართლოზე.

უპირველეს ყოვლისა, უნდა აღინიშნოს, რომ შპს „საქართველოს რკინიგზა“ არის სახელმწიფოს მიერ დაფუძნებული კერძო სამართლის იურიდიული პირი (სახელმწიფო ფლობს აქციების 50%-ზე მეტს), რომელიც დელეგირების საფუძველზე ახორციელებს საჯარო უფლებამოსილებას, საჯარო ამოცანას, რაც დაკავშირებულია საქართველოს სარკინიგზო სისტემის შექმნა, მოწყობა, განვითარებასა და მგზავრების უსაფრთხოდ გადაყვანასთან, ტვირთის გადაზიდვასთან და სხვ. ნათელია, რომ ეს საჯარო ამოცანა და საჯარო მიზანია, რომელიც სახელმწიფომ, მისი ეფექტურად განხორციელების მიზნით, გადასცა კერძო პირს. თუმცა ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ამის გამო მან დაკარგა თავისი საჯარო სამართლებრივი ხასიათი. თავად ხელშეკრულების შინაარსსა და მიზანს რომ ჩავუღრმავდეთ, სარკინიგზო რელსების შესყიდვის მიზნით დადებული ხელშეკრულება, მაშინ, როდესაც რელსების გამართულობა წარმოადგენს სწორედ მთავარი ამოცანის (სარკინიგზო ინფრასტრუქტურის მოწყობა, მგზავრების უსაფრთხო გადაყვანა/ტვირთის გადაზიდვა) განხორციელების მთავარ საშუალებას, რამდენად არის კერძო სამართლებრივი? თავად ორგანოს (ამ შემთხვევაში, შპს „საქართველოს რკინიგზა“, რომელიც გამოდის, როგორც ადმინისტრაციული ორგანო) ფუნქციებისა და ხელშეკრულების შინაარსისა და მიზნის ანალიზის შედეგად შეიძლება ითქვას, რომ სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ დადებული ხელშეკრულება სარკინიგზო რელსების შესყიდვის თაობაზე არის ადმინისტრაციული ხელშეკრულება, რადგან იგი დადებულია ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით, ამ საჯარო ამოცანის შესრულების მიზნით. მგზავრთა უსაფრთხო გადაყვანა სარკინიგზო ტრანსპორტით, ასევე, სათანადო ინფრასტრუქტურის მოწყობა კი ნამდვილად წარმოადგენს საჯარო მიზანსა და ინტერესს. შესაბამისად, ეს დავა უნდა განიხილა ადმინისტრაციულ და არა სამოქალაქო საქმეთა სასამართლომ.

სასამართლო პრაქტიკა ერთგვაროვანია და ძირითადად მიდის იმ გზით, რომ ყველა ხელშეკრულება, რომელიც დადებულია ტენდერის საფუძველზე, განიხილება სამოქალაქო წესით. ეს უმეტეს შემთხვევაში

⁵⁰ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება №ას-156-148-2010, სამოქალაქო საქმეთა პალატა, 2010 წლის 14 აპრილი.

სწორია, თავად ხელშეკრულების შინაარსიდან გამომდინარე⁵¹, მაგრამ, რიგ შემთხვევებში, საჭიროა უფრო მეტი ყურადღების გამახვილება სადავო ხელშეკრულების შინაარსზე.

დასკვნა

კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნის საკითხი პრაქტიკაში კვლავაც რჩება ერთ-ერთ აქტუალურ პრობლემად. მიუხედავად თეორიაში არსებული გამიჯვნის კრიტერიუმებისა, რომელთაგან ყველაზე გამოსადეგად სუბიექტებისა და სპეციალური სამართლის თეორიები რჩება, პრაქტიკაში მაინც წარმოიშობა სხვადასხვა სირთულეები.

როგორც სასამართლო პრაქტიკის მიმოხილვამ აჩვენა, საკმაოდ პრობლემურია ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნების დადგენა. ეს, ალბათ, იმითაც აიხსნება, რომ ჯერჯერობით საქართველოში არ არის გამყარებული საჯარო ვალდებულებითი ურთიერთობები, რაც იმას გულისხმობს, რომ საჯარო ურთიერთობებშიც არსებობს ჩვეულებრივი ვალდებულებები, რომლებიც მხარეებმა უნდა შეასრულონ, მიუხედავად მათი სამართლებრივი სტატუსისა, იქნება ეს ადმინისტრაციული ორგანო თუ კერძო პირი. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებაც, მიუხედავად მისი საჯაროსამართლებრივი ბუნებისა, ორივე მხარისათვის წარმოშობს ვალდებულებებს. საქართველოში ვალდებულებითი ურთიერთობები კი, სამწუხაროდ, მხოლოდ კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების შემადგენელ ნაწილად მიიჩნევა, რაც არასწორია.

წინამდებარე ნაშრომში განხილული იყო კერძო და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების გამიჯვნა ტენდერის მაგალითზე. კონკრეტული მაგალითების მოყვანით უფრო ნათელი გახდა, რამდენად დიდი ყურადღება უნდა მიენიჭოს კონკრეტულ გარემოებებს. კერძოდ, ა) აუცილებელია ყოველი კონკრეტული შემთხვევის, ხელშეკრულების ინდივიდუალური განხილვა, რადგან არ შეიძლება ცალსახა პოზიციისა და მიდგომის არსებობა. მთავარი გამმიჯვნელი ელემენტი არის „საჯარო მიზანი“, რაც მეტად ფართო ცნებაა და ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალურ მიდგომას საჭიროებს; ბ) აუცილებელია ადმინისტრაციული ორგანოს, როგორც ხელშეკრულების ერთ-ერთი მხარის ფუნქციების გამორკვევა და აქედან მისი საჯარო ამოცანებისა და საჯარო უფლებამოსილებების დადგენა, რათა მივიღოთ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებიც ცნების კიდევ ერთი მთავარი ელემენტი – „საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით“; გ) გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება, ასევე, თავად ხელშეკრულების შინაარსისა და მიზნის გამორკვევას, რამდენად არის ეს ხელშეკრულება სწორედ იმ საგანზე და იმ მიზნით დადებული, რაც ემსახურება საჯარო უფლებამოსილებისა და საჯარო მიზნის განხორციელებას? ამ ელემენტების კომპლექსური გამორკვევით შეგვიძლია დავადგინოთ ხელშეკრულების სამართლებრივი ბუნება და შესაბამისად, დავადგინოთ უფლებამოსილი სასამართლო.

⁵¹ შენიშვნა: გარდა ამისა, თავად ადმინისტრაციული ხელშეკრულების დეფინიციაში არსებული ჩანაწერი „სამოქალაქო სამართლებრივი ხელშეკრულება“ იძლევა ამის საფუძველს.

Problem of Distinguishing of Private and Administrative Contracts on Example of Public Tender

Liana Giorgadze*

The present paper is about the actual problem, such as practical aspects of distinguishing private and administrative law treaties and it is examined according to the public tender example.

Treaty has a great role in civil society. It's the most well-known and flexible variety of legal relations and performs parties' free-will manifest, which is based on their agreement. There can be private or administrative law contracts. The main distinction between them, on the one hand, is that, one part of administrative contract always is administrative agency; on the other hand, administrative contract always has a public law goal. But in modern law doctrine as well as in practice, distinction between private and public law treaties is arguable. It's conditioned by uncertain definition of legal norm and by current gaps in Georgian court practice.

In this paper the main element of distinction between public and private law is discussed, also doctrinal theories. According to this, private and administrative treaties are distinguished from each other and main line between them is "public goal". It is not easy to talk about the meaning of "public goal, because there are no other legal or theoretical definitions. It's quite broad issue and has many varieties of interpretation. That's why, the individual discussion of each case is necessary, besides it is important to mark the existence of the public goal. This issue has procedural legal importance, because the wrong estimation of contract can cause an illegal court decision, that's the main reason for the decision abolition.

Because of various administrative contracts, to make clear the distinction criterion, there is chosen the example of contracts, made as a result of public tender.

First of all, the meaning of the public tender should be explained. According to Georgian law, this is the action of state agency, which has a purpose to buy any material or any service. As far as, The state agency implements it, by using a state budget, the whole process shall be public and transparent, because it runs public authority and there are high public interests. So, we can say, that the legality of tender is public legal institution according to its entire content: starting from the declaration of the tender, up to holding it and announcing its results. Accordingly, the issues, connected with the part of tender, referring actually to the tender procedure (declaring and holding the tender), are the subjects of the administrative law amenability. The point differs in the case of provisions (agreement) which are made by winner candidates of the tender.

The fact, that the tender is the public legal institution, doesn't indicate, that treaties are public legal as well. Furthermore, mostly, such kinds of treaties belong to the private law. An administrative board, which hold state purchase on the base of tender, in the case if the main purpose of this purchase is to make the main role of the administrative board, of main public purpose, to achieve the main public aim, that means, that, the treaty, between the winner applicants, is made for the purpose of achieving this aim and issue, in such case, this treaty will be public legal- administrative treaty. But if, this treaty doesn't aim achieving this purpose, and it is signed for the purpose of implementing private interests of administrative board (as mentioned above, the administrative board is able to be an individual in the legal relations and is able to sign private legal treaties,) that is connected with its organizational business, than we will get common private legal treaty, made between two private subject with equal rights.

* Master of Law, Scientific Researcher at Prince David Institute for Law.

In this case, Georgian court practice is equitable and takes a direction that the treaties, signed on the base of the tender is discussed by the civil court, whilst in most cases, it refers to the administrative treaty that should have been discussed by administrative court.

In the article (report) abovementioned issues are discussed in detail and the author's conclusion and suggestions about the research are emphasized.

არასათანადო მოპყრობის აკრძალვა საქართველოს მატერიალური და საკროცემო სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობის მიხედვით და მისი შესაბამისობა სამართაშორისო სტანდარტებთან

გიორგი ბურჯანაძე*

შესავალი

მრავალი საუკუნის განმავლობაში წამება სხვადასხვა კანონმდებლობით იყო მოწესრიგებული. ბევრი ნორმა იძლეოდა წამების გამოყენების შესაძლებლობას სისხლის სამართლის პროცესში. კაცობრიობის განვითარების პარალელურად, ნელ-ნელა გამოიკვეთა წამების, როგორც ერთ-ერთი არაცივილური მეთოდის შეუსაბამობა თანამედროვე მოთხოვნებთან. მეორე მსოფლიო ომის პერიოდმა ნათლად წარმოაჩინა ადამიანის ღირსების მნიშვნელობა და საერთაშორისო საზოგადოება ღირებულებათა წესრიგის გადაფასებაზე დააფიქრა.

დღევანდელი მდგომარებით, ადამიანის ღირსება წარმოადგენს არამხოლოდ მორალურ იმპერატივს, არამედ სამართლებრივ უმაღლეს კატეგორიას, რომელსაც მრავალი ქვეყნის კონსტიტუცია, უმაღლეს სასამართლოთა გადაწყვეტილებები, საერთაშორისო შეთანხმებები და საზედამხედველო ორგანოები აღიარებენ. მისი საშუალებით არასათანადო მოპყრობა წარმოადგენს აკრძალულ ქმედებას, რომელიც ადამიანის უფლებათა სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი გარანტიაა. მას აქვს Jus Cogens სტატუსი და საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის პირდაპირი მოქმედების ძალით აღსრულებას ექვემდებარება ნებისმიერი ინდივიდის მიერ სახელმწიფოთა წინააღმდეგ შესაბამისი პროცედურებით. საერთაშორისო და შედარებით-სამართლებრივი პრაქტიკით არამხოლოდ აკრძალულია ღირსების შემლახავი ნებისმიერი მოპყრობა, არამედ აუცილებელია მასზე მყისიერი რეაგირება – მაგალითად, ქმედების დასჯადად გამოცხადება და ამ კანონმდებლობის აღსრულება, რაც ზოგადპრევენციულ მიზანს ემსახურება.

საქართველო, რომელიც ახალგაზრდა დემოკრატიულ ქვეყანას წარმოადგენს, ამ მხრივ საინტერესო მაგალითია. ოცწლიანი დამოუკიდებლობის განმავლობაში მრავალი სამართლებრივი ნოვაცია დაინერგა, მათ შორის, არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის შესახებ საერთაშორისო სამართლებრივი დოკუმენტების რატიფიცირება, სისხლის სამართალში შესაბამისი აკრძალვები შემოვიდა და სხვა მნიშვნელოვანი საკითხების იმპლემენტაცია განხორციელდა. ამის მიუხედავად, 2012 წლის შემოდგომაზე გამოქვეყნებული ციხის ვიდეოკადრები კიდევ ერთხელ ადასტურებენ იმ ფაქტს, რომ არასათანადო მოპყრობის ფაქტები საქართველოს თანამედროვე რეალობისთვის არ იყო უცხო და ფართომასშტაბიანი ხასიათი ჰქონდა. საინტერესოა იმის დადგენა, თუ რა როლი მიუძღვის ზოგადად ზემოაღნიშნულში ქვეყანაში არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის მატერიალური და პროცედურული სამართლებრივი კანონმდებლობის არასრულყოფილებას.

სტატიის მიზანია, გაანალიზოს საქართველოს სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობის სტანდარტი წამების, არასათანადო და ღირსების შემლახველი მოპყრობის ჭრილში. შევაფასებთ იმას, თუ რამდენად დაცულია Jus Cogens აკრძალვა საქართველოს მატერიალურსამართლებრივ კანონმდებლობაში და რამდენად უზრუნველყოფილი დაზარალებულთა ინტერესების დაცვის პროცედურული გარანტიები. ნაშრომის პირველი ნაწილი დაეთმობა არასათანადო მოპყრობის საერთაშორისო სტანდარტის ინტეგრაციას. შემდეგ წარმოდგენილი იქნება ზემოაღნიშნულთან საქართველოს მატერიალურსამართლებრივი კანონმდებლობის თავსებადობის საკითხი და ბოლოს, პროცედურული ასპექტების შესაბამისობა არსებულ სტანდარტებთან.

* სამართლის მაგისტრი, დოქტორანტი (თსუ), აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

1. არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის საერთაშორისო სტანდარტი მატერიალურ სისხლისსამართლებრივ კრილში

ადამიანის უფლებათა სამართლის ერთ-ერთი მონაპოვარია წამების ან სხვა არაადამიანური მოპყრობის იმპერატიული აკრძალვა. საერთაშორისო სამართალი კრძალავს ამგვარ ქმედებას და ინდივიდს ანიჭებს როგორც დარღვეული უფლების აღდგენის შესაძლებლობას, ისე სახელმწიფოსგან ამგვარი ქმედების სისხლისსამართლებრივი აკრძალვის მოთხოვნის უფლებას. ზოგადად, ადამიანის უფლებათა სამართალი არ მოქმედებენ in abstracto წესით, რაც გამორიცხავს უფლების პოზიტიური შინაარსის საფუძველზე ქმედების დასჯადობას.¹ წამება, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის აკრძალვა, სიცოცხლის უფლება, ტრეფიკინგი, ოჯახური ძალადობა, იძულებითი შრომა ამ წესიდან გამონაკლისია და ადამიანის უფლებათა სამართალი ამ შემთხვევაში უფრო მეტი ღონისძიებას უფლებების დაცვის შესაძლებლობას.²

არასათანადო მოპყრობა შედგება სამი შესაძლო ალტერნატივისგან – წამება, არასათანადო და ღირსების შემლახველი მოპყრობა.

წამების დეფინიცია ყველაზე სრულყოფილადაა წარმოდგენილი გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის „წამებისა და სხვა სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის ან სასჯელის წინააღმდეგ“ კონვენციაში (შემდგომში „გაეროს კონვენცია“). ამ საერთაშორისო დოკუმენტის პირველი მუხლის მიხედვით, განსაზღვრულია წამება: *ამ კონვენციის მიზნებისთვის ტერმინი „წამება“ ნიშნავს ნებისმიერ ქმედებას, რომლითაც მძიმე ფიზიკური ან ფსიქოლოგიური ტკივილი ან ტანჯვა განზრახ მიაღება პირს იმ მიზნით, რომ მისგან ან მესამე პირისგან მიღებულ იქნას ინფორმაცია ან აღიარება, მისი დასჯა იმ ქმედებისთვის, რომელიც მან ან მესამე პირმა ჩადინა ან ეჭვმიტანილია მის ჩადენაში, მისი ან მესამე პირის დაშინებით ან იძულებით ან ნებისმიერი სახის დისკრიმინაციაზე დაფუძნებული მიზეზით, როცა ასეთი ტკივილი ან ტანჯვა მიყენებულია ან წაქეზებით ან თანხმობით ან თანამდებობის პირის უსიტყვო თანხმობით ან სხვა პირის მიერ, რომელიც მოქმედებდა როგორც ოფიციალური პირი.*

წამების ამ დეფინიციაში გამოკვეთილია რამდენიმე ნიშანი: 1. იგი ხორციელდება მოქმედებით ან უმოქმედობით; 2. ეს ქმედება მსხვერპლში იწვევს: ა) მძიმე ფიზიკურ ან ფსიქოლოგიურ ტკივილს; ბ) მძიმე ფიზიკურ ან ფსიქოლოგიურ ტანჯვას; 3. ქმედება სუბიექტურად ხორციელდება მხოლოდ განზრახ; 4. ქმედება მიზნად ისახავს: ა) მსხვერპლისგან ან მესამე პირისგან ინფორმაციის ან აღიარების მიღებას; ბ) პირის დასჯას მის მიერ ჩადენილი ან სავარაუდოდ ჩადენილი ქმედებისთვის; გ) მსხვერპლის ან მესამე პირის დაშინებას ან იძულებას; 5. ქმედება ხორციელდება ნებისმიერი სახის დისკრიმინაციის მოტივით.

გარდა ამისა, წამების საერთაშორისოსამართლებრივი დეფინიცია განსაზღვრავს წამების აკრძალვის სისხლისსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტს. ამგვარად მიიჩნევა ქმედება, რომელიც ჩადენილია: 1. თანამდებობის პირის მიერ უშუალოდ; 2. თანამდებობის პირის წაქეზებით; 3. თანამდებობის პირის თანხმობით; 4. სხვა პირის მიერ, მაგრამ თანამდებობის პირის უსიტყვო თანხმობით; 5. სხვა პირის მიერ, რომელიც მოქმედებდა ოფიციალური კომპეტენციის ფარგლებში.

დამნაშავედ მიიჩნევა ყველა ის პირი, რომელმაც იცოდა ან შეიძლება სცოდნოდა, რომ ხორციელდებოდა პირის წამება ან სხვა სახის არასათანადო მოპყრობა. ასეთ პირთა შორის შეიძლება აღმოჩნდნენ პოლიციის განყოფილების უფროსები და მათი მოადგილეები, პატიმრების ზედამხედველი ოფიცრები, ექიმები ან სამედიცინო პერსონალი და ასევე, საპატიმრო დაწესებულების სხვა ოფიცრები და თანამშრომლებიც. იგივე რეჟიმი ვრცელდება პროკურორებზე და მოსამართლეებზე, ან საპატიმრო დაწესებულებათა შემოწმებულ პირებზე, თუ მათ შეგნებულად უგულებელყვეს ან არ მიაქციეს ყურადღება, რომ მათ მიერ შესაძლო მოწმებელ დაწესებულებაში ხდება პატიმართა წამება ან მათდამი ღირსების შემლახველი მოპყრობა, ან

¹ inter alia, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2004 წლის 12 თებერვლის განჩინება საქმეზე Perez v. France, პარ 70.

² ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2010 წლის 7 იანვრის განჩინება საქმეზე Rantsev v. Cyprus and Russia; ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2009 წლის 9 ივნისის განჩინება საქმეზე Opuz v. Turkey.

იმავე მეთოდებს იყენებენ მათ წინაშე წარმოდგენილ ადამიანებზე.³ არასათანადო მოპყრობისთვის შეიძლება სახელმწიფოს დაეკისროს პასუხისმგებლობა, თუკი კანონმდებლობით არ იქნება გათვალისწინებული ვალდებულება, რომლის მიხედვითაც, აკრძალული იქნება ამგვარი ქმედებების შეწყნარება.⁴ აღნიშნულს დამატებით ხაზს უსვამს ევროსაბჭოს წამების პრევენციის კომიტეტიც.⁵

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო წამების განმარტებისას, ასევე, იყენებს გაეროს კონვენციას „წამებისა და სხვა სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის ან სასჯელის წინააღმდეგ“ და მასში წარმოდგენილ დეფინიციას.⁶ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო არ ახდენს დიფერენცირებას წამების, ადამიანური და ღირსების შემლახველი მოპყრობის მიმართ და ერთიან დეფინიციას იყენებს არასათანადო მოპყრობის მიმართ: „არასათანადო მოპყრობა მოიცავს მინიმუმ ისეთ ქმედებას, რომელიც განზრახ იწვევს სასტიკ ფსიქიკურ ან ფიზიკურ ტკივილს, რომელიც კონკრეტულ შემთხვევაში გაუმართლებელია“⁷. მაგრამ სასამართლო არ უარყოფს იმ დიფერენცირებას, რომელიც კონვენციის მე-3 მუხლია და მიჯნავს ერთმანეთისგან არასათანადო მოპყრობის სამივე განსხვავებულ შემთხვევას. ევროპული ინსტიტუციები ეყრდნობიან, ასევე, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის 1975 წლის (3452) დეკლარაციას, რომელიც წარმოადგენს წამების დეფინიციის საწყის ნიშნულს.⁸

წამება წარმოადგენს სასტიკი, არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობის და სასჯელის დამამძიმებელ და განზრახ ფორმას. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ქმედების წამებად მიჩნევისას მხედველობაში იღებს შედეგს, რომელიც მძიმე ზიანში გამოიხატება.⁹ დამატებითი მოთხოვნაა წამების მიზანი, რომელიც მას სხვა სახის არასათანადო მოპყრობისგან გამოარჩევს.¹⁰

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ერთმანეთისგან ასხვავებს წამებას არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობისგან. ამ შემთხვევაში მიზნის არსებობა არ არის აუცილებელი.¹¹ არაადამიანური მოპყრობის შედეგი უნდა იყოს რეალური ჯანმრთელობის დაზიანება ან ინტენსიური ფიზიკური ან ფსიქიკური ზიანი.¹² არაადამიანური მოპყრობის შემთხვევაში მსხვერპლს წარმოეშობა შიშის, დაუცველობის ან არასრულფასოვნების განცდა და აღნიშნული მისთვის დამამცირებელია.¹³ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო იყენებს de minis წესს, რომლის მიხედვითაც, ქმედება წარმოადგენს ევროკონვენციის მესამე მუხლით მოცულს, თუკი მიიღწევა სისასტიკის მინიმალური ზღვარი. არასათანადო მოპყრობა მაშინაა, თუკი კონკრეტული ქმედება აღემატებოდა ლეგიტიმური, გონივრული ღონისძიებისთვის დასაშვებ მოპყრობის ზღვარს.¹⁴

გაეროს კონვენციის მეორე მუხლი ადგენს, რომ წამებას არ აქვს გამართლება და არცერთ შემთხვევაში არ შეიძლება მისი გამოყენება, სახელმწიფო აპარატის შესუსტებისა და შესაძლო არეულობის მასშტაბის მიუხედავად. ამასთან, ამავე მუხლის მესამე პარაგრაფი შეიცავს იმპერატიულ დანაწესს, რომლის მიხედვითაც, ზემდგომი თანამდებობის პირის ან სახელმწიფო ორგანოს ბრძანება არ ჩაითვლება წამების გა-

³ ფოული კ. წამების დასამარცხებლად (თარგმანი, 2005, საქართველოს სახალხო დამცველის ბიბლიოთეკა), 139–140.
⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 1997 წლის 29 აპრილის განჩინება საქმეზე, H.L.R v. France.
⁵ CPT-ის მოხსენება ალბანეთში 2003 წლის 13–დან 18 ივლისამდე განხორციელებულ ვიზიტთან დაკავშირებით, CPT/Inf (2006) 22, პარ 38.
⁶ Vermeulen B., 'Freedom from Torture and other Inhuman or Degrading Treatment or Punishment', 'Theory and Practice of the European Convention on Human Rights', eds Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak (4th edn, Intersentia, 2006) 407.
⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის [ECtHR] 1969 წლის 5 ნოემბრის მოხსენება, The Greek Case, 186.
⁸ Jacobs, White and Ovey, 'The European Convention on Human Rights' (5th edn, OUP, 2010) 170.
⁹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 1978 წლის განჩინება საქმეზე, Ireland v. UK, პარ 167; ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 1996 წლის 18 დეკემბრის განჩინება საქმეზე, Aksoy v. Turkey, პარ 63.
¹⁰ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2000 წლის 27 ივნისის განჩინება საქმეზე, Salman v. Turkey, პარ 114.
¹¹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2000 წლის 6 აპრილის განჩინება საქმეზე, Labita v. Italy, პარ 120.
¹² ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 1999 წლის 16 დეკემბრის განჩინება საქმეზე, T & V v. UK, პარ 71.
¹³ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2006 წლის 11 ივლისის განჩინება საქმეზე, Jalloh v. Germany, პარ 68.
¹⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2003 წლის 12 მარტის განჩინება საქმეზე, Ocalan v. Turkey, პარ. 212–213.

მართლებად. ამავდროულად, დამატებით აუცილებელია, კანონმდებლობაში არსებობდეს შესაბამისი გარანტიები იმ პირისთვის, რომელიც უარს განაცხადებს ამგვარი ბრძანების შესრულებაზე, რათა არ მოხდეს მისი დასჯა შესაბამისი კანონმდებლობით.¹⁵

გაეროს კონვენცია არ წარმოადგენს თვითაღსრულებად საერთაშორისო დოკუმენტს და მასში წარმოდგენილი დებულებები ექვემდებარებიან იმპლემენტაციას შიდა სამართალში. ამის ერთ-ერთი დასტურია მეოთხე მუხლი, რომელიც იმპერატიულად ადგენს: *თითოეულმა მონაწილემ სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს, რომ წამების ყველა აქტი დანაშაულად ითვლებოდეს ამ კონკრეტული სახელმწიფოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობით. იგივე უნდა გავრცელდეს წამების მცდელობასა და სხვა ისეთ ქმედებაზე, რომელიც წარმოადგენს წამებაში მონაწილეობას ან თანამონაწილეობას და განხორციელებულია ნებისმიერი პირის მიერ.* ამავე მუხლის მეორე პუნქტი დამატებით ხაზს უსვამს ამგვარი ქმედებების სიმძიმეს და მოითხოვს სასჯელების განსაზღვრას მათი საშიშროების ხარისხის გათვალისწინებით.

ზოგადად, შედარებითსამართლებრივ სივრცეში არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის სისხლისსამართლებრივი დებულების იმპლემენტაციის ორი მიდგომა არსებობს:¹⁶ 1. მოხდა ახალი დებულებების შემოტანა ეროვნულ სამართალში; 2. განხორციელდა ძველი დებულებების მოდიფიცირება, ან შესაძლებლად იქნა მიჩნეული არსებული ნორმების ფარგლებში სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელების შესაძლებლობა.

გაეროს კონვენცია მოითხოვს სახელმწიფოთა მხრიდან შესაბამისი იურისდიქციის გავრცელებას დანაშაულებზე (ტერიტორიულობის პრინციპი,¹⁷ აქტიური¹⁸ და პასიური მოქალაქეობის¹⁹ პრინციპები). დამატებით, განსაზღვრულია ე.წ. „მონაცვლეობითი მართლმსაჯულების“ განხორციელების აუცილებლობა, რომელიც გულისხმობს საკუთარი იურისდიქციის გავრცელებას იმ პირებზე, რომლებიც იმყოფებიან მათი ეფექტური კონტროლის ქვეშ და ისინი არ გადასცემენ მათ სხვა სახელმწიფოს. გადაუცემლობის მიზეზი სხვაგვარი შეიძლება იყოს, მაგრამ ამ დროს აუცილებელია, იურისდიქციის განხორციელების შესაძლებლობა. ეს პრინციპი ცნობილია ლათინური მაქსიმით – *aut dedere, aut iudicare*.²⁰ მისი მიზანია, არ დაუშვას წამების ფაქტების დაუსჯელად დატოვება არცერთ სახელმწიფოში.

ევროსაბჭოს წამების პრევენციის კომიტეტის და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკით დადგინდა, ასევე, სასჯელის სიმკაცრის პრინციპი არასათანადო მოპყრობისთვის მსჯავრდებულ პირთა მიმართ. აღნიშნულის მიზანია ამგვარი ქმედების ზოგადი და ინდივიდუალური პრევენცია. არასათანადო მოპყრობის თავიდან აცილება შეუძლებელი იქნებოდა, თუ ადეკვატური და მკაცრი სასჯელი არ იქნებოდა გამოყენებული ეროვნულ სასამართლოთა მიერ.²¹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ევროკონვენციის დარღვევად მიიჩნევს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც არასათანადო მოპყრობის ჩამდენისთვის ამკარად დისპროპორციული სასჯელის შეფარდება ხდება.²² სასამართლო ყურადღებას აქცევს სასჯელების ადეკვატურობას დადგენილ ბრალდებასთან შესაბამისობის თვალსაზრისით.²³

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო დამატებით მოითხოვს, რომ წამების დასჯა განხორციელდეს შესაბამისი მუხლების საფუძველზე და არა არაადეკვატური, მოჩვენებითი და ფიქციური

¹⁵ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ადამიანის უფლებათა კომიტეტის მეოცე ზოგადი კომენტარი, 1992 წლის 10 მარტი, პარ 13.

¹⁶ Marchesi A., ‘Implementing the UN Convention Definition of Torture in National Criminal Law (with Reference to the Special Case of Italy)’, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 195-214.

¹⁷ გაეროს კონვენციის მე-5 მუხლის პირველი პარაგრაფის a ქვეპუნქტი.

¹⁸ იქვე, მე-5 მუხლის პირველი პარაგრაფის b ქვეპუნქტი.

¹⁹ იქვე, მე-5 მუხლის პირველი პარაგრაფის c ქვეპუნქტი.

²⁰ R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, ‘An Introduction to International Criminal Law and Procedure’ (1st edn, CUP, 2007).

²¹ CPT-ის აქტივობების შესახებ მე-14 ზოგადი მოხსენება, CPT/inf (2004) 28, პარ 44.

²² ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2008 წლის 8 აპრილის განჩინება საქმეზე, *Ali and Ayse Duran v. Turkey*, პარ 66.

²³ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2006 წლის 16 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე, *Okkali v. Turkey*, პარ 71.

მართლმსაჯულების ფარგლებში.²⁴ მაგალითად, ეს გულისხმობს ისეთ შემთხვევებს, როცა პირის მსჯავრდება ხდება სისხლის სამართლის კოდექსის იმ დებულების საფუძველზე, რომელიც კრძალავს „თვითნებურ ქმედებას“ და რეალურად ჩადენილია არასათანადო მოპყრობა.

აღსანიშნავია, რომ ევროპის საბჭოს ადამიანის უფლებათა და ფუნდამენტურ თავისუფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლით დადგენილი აკრძალვა, ასევე, გულისხმობს კონვენციის ამავე დებულების საწინააღმდეგო ქმედებათა გამო მსჯავრდებულ პირთა მიმართ ამნისტიის გამოყენებას.²⁵ იგივე მიდგომა აქვს გაეროს წამების საწინააღმდეგო კომიტეტსაც.²⁶ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს დამატებითი მოთხოვნა აქვს, რომ შეფარდებული სასჯელის მიმართ არ იქნას გამოყენებული პირობით ვადაზე ადრე გათავისუფლების შესაძლებლობა, რადგან ამ შემთხვევაში სასჯელის ეფექტურობა კნინდება.²⁷ მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული მოთხოვნა სასამართლოს მხოლოდ კონვენციის მეორე მუხლთან დაკავშირებით აქვს დადგენილი, მისი მოქმედება სრულად ვრცელდება, ასევე, ევროკონვენციის მესამე მუხლზეც, რადგან სახელმწიფოს პოზიტიურსამართლებრივი სტანდარტები, ამ მხრივ, მეტწილად ერთნაირია.

2. არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის საერთაშორისო სტანდარტი სისხლის სამართლის პროცესის ჭრილში

არასათანადო მოპყრობის აკრძალვა დაკარგავდა თავის ფუნქციას და მნიშვნელობას, რომ არ არსებობდეს შესაბამისი საპროცესო გარანტიები, რაც, საბოლოო ჯამში, იმის შესაძლებლობას იძლევა, რომ უზრუნველყოფილ იქნას ყველა ფაქტის სათანადო გამოძიება, ბრალეულ პირთა პასუხისმგებლობაში მიცემა და სამართლიანი სასჯელის შეფარდება. აღნიშნული წარმოადგენს არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის პოზიტიურსამართლებრივ ასპექტს. შესაბამისად, ნებისმიერ დაზარალებულს, რომელსაც მიაჩნია, რომ არასათანადო მოპყრობის მსხვერპლი გახდა, აქვს უფლებათა რაღაც პროცედურული მინიმუმი, რომელიც მას აძლევს შესაძლებლობას, მოითხოვოს შესაბამისი იურისდიქციის სახელმწიფოსგან გარკვეული ქმედებები, სხვადასხვა სტანდარტის დაცვით.

პირველ ეტაპზე, პირს აქვს უფლება, დასაბუთებული საჩივრით მიმართოს უფლებამოსილ ორგანოებს, რომლებიც ვალდებული არიან, დაიწყონ გამოძიება აღნიშნული ფაქტების გარშემო. გამოძიების ფორმალური დაწყება აუცილებელი მოთხოვნაა და ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს არაერთხელ მიუთითებია აღნიშნულზე.²⁸ გაეროს კონვენციაც აღნიშნულ მოწესრიგებას შეიცავს.²⁹ მესამე მუხლი, ცალკე აღებული, შეიცავს მხოლოდ გამოძიების და პირის სისხლისსამართლებრივი დევნის საკითხს, შესაძლო კომპენსაცია მე-13 მუხლის ჭრილში განიხილება.³⁰

არასათანადო მოპყრობის ერთ-ერთი საინტერესო მოთხოვნაა ის, რომ გამოძიების ფარგლებში პროკურორმა ან მოსამართლემ შეძლონ შესაბამისი ღონისძიებების განხორციელება, რათა მიღწეულ იქნას შესაბამის მტკიცებულებათა წარმოდგენა, დანაშაულებრივი ფაქტის ინდიკაციის შემთხვევაში (ე.წ. „ინკვიზიურობა“).³¹

²⁴ CPT-ის მოხსენება ალბანეთში 2005 წლის 23 მაისიდან 3 ივნისამდე განხორციელებულ ვიზიტთან დაკავშირებით, CPT/inf (2006) 24, პარ 54.

²⁵ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2004 წლის 2 ნოემბრის განჩინება საქმეზე, Yaman v. Turkey, პარ 55.

²⁶ გაეროს წამების საწინააღმდეგო კომიტეტის ზოგადი კომენტარი №2, CAT/C/GC/2 პარ 5.

²⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2011 წლის 16 აპრილის განჩინება საქმეზე, Enukidze and Girgvliani v. Georgia, პარ 273-4.

²⁸ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2005 წლის 5 აპრილის განჩინება საქმეზე, Afanasyev v. Russia, პარ 69.

²⁹ მე-13 მუხლი.

³⁰ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2004 წლის 20 აპრილის განჩინება საქმეზე, Buldan v. Turkey, პარ 105.

³¹ CTP-ს აქტივობასთან დაკავშირებული მე-14 ზოგადი მოხსენება, CTP/Inf (2004) 28, პარ 28.

გამოძიების დაწყებისას არ არის აუცილებელი საქმის სრულად იდენტიფიცირება ან კონკრეტული ზიანის ზუსტი ოდენობის დადგენა.³² არც ზოგადად ზიანის მასშტაბია გამოძიების დაწყების საფუძველი.³³ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მოითხოვს განსაკუთრებული ყურადღების გამახვილებას დისკრიმინაციული შემთხვევების მიმართ.³⁴

არასათანადო მოპყრობასთან დაკავშირებული გამოძიების შეწყვეტის ან მის აღძვრაზე უარის თქმის გადაწყვეტილება შესაძლოა, გამოტანილ იქნეს მხოლოდ დამოუკიდებელი და კომპეტენტური ხელისუფლების ორგანოს მიერ, ყველა შესაბამისი ფაქტის საფუძველიანი და სწრაფი განხილვის შემდეგ. ასეთი გადაწყვეტილებები უნდა დეკლარებდნენ შესაბამის გადამოწმებას და მათი გასაჩივრება შესაძლებელი უნდა იყოს სასამართლო გადასინჯვის პროცედურის მეშვეობით.³⁵

საერთაშორისო სტანდარტები განსაკუთრებულ ყურადღებას აქცევენ იმ ფაქტს, თუ ვის მიერ ხდება შესაბამისი გამოძიების ჩატარება. ასეთ პირებს მოეთხოვებათ დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა იმ პირისგან, ვინც ეჭვმიტანილია არასათანადო მოპყრობის განხორციელებაში.³⁶ აღნიშნული ნდობის მოპოვების საფუძველია ზოგადად გამოძიების პროცესის მიმართ.³⁷ დამოუკიდებლობა გულისხმობს პირთა რეალური და პრაქტიკული კავშირების არქონას და არ შემოიფარგლება თეორიული, იერარქიული და ინსტიტუციური კავშირებისგან დამოუკიდებელი სისტემით. მიუკერძოებლობა გულისხმობს შესაბამის პირთა ინტერესის არქონას კონკრეტული გამოძიების მიმართ და ასევე, იმას, რომ პირი არ უნდა იყოს მოწმე კონკრეტულ საქმეში.³⁸

ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს დამატებით აქვს განსაზღვრული ვალდებულება, განახორციელოს არასათანადო მოპყრობის გამოძიება გარკვეული სტანდარტების დაცვით. აღნიშნული მრავალწახნაგოვანი ვალდებულებაა და მოიცავს ფართო სპექტრის მოთხოვნებს, რომლებიც ქვემოთ იქნება წარმოდგენილი:

- ხელისუფლების ორგანოებმა უნდა გაატარონ ყველა ღონისძიება, რომლებიც უზრუნველყოფენ ზედმიწევნითი გამოძიების ჩატარებას, რაც გულისხმობს სავარაუდო მსხვერპლთა დეტალური ჩვენებების, თვითმხილველების ახსნა-განმარტებების, სასამართლო სამედიცინო დოკუმენტაციის შეგროვებას, რომლებიც ზუსტად გადმოსცემენ მომხდარ ფაქტს და ხელყოფის მიზეზებს;³⁹

- არასათანადო მოპყრობის საქმეები უნდა იყოს დაჩქარებული, ეფექტურობის მაქსიმალურად გათვალისწინებით.⁴⁰ ნივთიერ და სხვა სახის მტკიცებულებათა შესაგროვებლად მნიშვნელოვანია, დროის მცირე პერიოდი დანაშაულებრივ ხელყოფას და გამოძიებას შორის. ამ შემთხვევაში, შესაძლებელი ხდება შესაბამისი სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელება პირის მიმართ;⁴¹

- საგამოძიებო ორგანოებს უნდა ჰქონდეთ გამოძიების წარმართვის სრული კომპეტენცია, სამართლებრივი და პრაქტიკული ბარიერებისგან დამოუკიდებლად;⁴²

³² გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ადამიანის უფლებათა კომიტეტის №2 ზოგადი კომენტარი CAT/C/GC/2, პარ 3.

³³ Reidy A., *The Prohibition of Torture. A Guide to the Implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights* (Council Of Europe, 2002).

³⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2007 წლის 26 ივლისის გადაწყვეტილება საქმეზე, Cobzaru v. Romania, პარ 97.

³⁵ E. Svanidze, *Effective Investigation of Ill-treatment Guidelines on European Standards* (Council of Europe, 2009) 51.

³⁶ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2007 წლის 15 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე, Ramsahai and others v. the Netherlands, პარ 62–63.

³⁷ სტამბოლის ოქმი, 74-ე მუხლი.

³⁸ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2009 წლის 8 იანვრის განჩინება საქმეზე, Barabanshchikov v. Russia, პარ 48.

³⁹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2004 წლის 3 ივნისის განჩინება საქმეზე, Bati and Others v. Turkey, პარ 142.

⁴⁰ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2006 წლის 26 იანვრის განჩინება საქმეზე, Mikheev v. Russia, პარ 109.

⁴¹ იქვე, პარ 113.

⁴² ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2001 წლის 4 მაისის განჩინება საქმეზე, Hugh Jordan v. UK, პარ 135.

• გამოძიების ეგიდით უნდა იყოს შესაძლებელი შესაძლო ეჭვმიტანილ პირთა მიმართ თანამდებობრივი უფლებამოსილების დროებით შეჩერება, რათა არ განხორციელდეს შესაბამისი ხელშეშლა ამ პროცესში.⁴³

არასათანადო მოპყრობის შესაძლო ჩამდენ პირთა მიმართ სამართალწარმოება უნდა წარმართოს იმგვარად, რომ არ იქნას დაშვებული იმ სახის პროცედურული დარღვევები, რაც შემდგომში შეუძლებელს ხდის სამართალწარმოებას ბრალეულ პირთა მიმართ.⁴⁴

ეფექტური გამოძიების ფარგლებში განსაკუთრებული მნიშვნელობა და ყურადღება ენიჭება დაზარალებულის პროცესში მონაწილეობას. აღნიშნული იმის ერთ-ერთი გარანტიაა, რომ პროცესი გამჭვირვალე იქნება და თავად მსხვერპლი მოახდენს სამართალწარმოების სკრინინგს მისი სანდოობის თვალსაზრისით.⁴⁵ აღნიშნული ვრცელდება როგორც გამოძიების მიმდინარეობაზე, ისე მის შედეგებზე. განსაკუთრებული საქმეების შემთხვევაშიც გამჭვირვალეობაც შესაბამისი, მაღალი ხარისხის უნდა იყოს.⁴⁶

არასათანადო მოპყრობის მსხვერპლი ან მისი წარმომადგენელი საგამოძიებო მოქმედებებში იმ მოცულობით უნდა იყვნენ ჩართულნი, რაც აუცილებელია მათი სამართლებრივი ინტერესების წარმოსაჩენად და დასაცავად. შესაბამისი საჭიროებისას დაზარალებულს კონკრეტული საგამოძიებო მოქმედების განხორციელების მთხოვნისა და მონაწილეობის უფლება უნდა ჰქონდეს.⁴⁷ მსხვერპლს რეალურად უნდა ეცნობოს ინფორმაცია იმის შესახებ, თუ რა მოქმედებები ხორციელდება გამოძიების ფარგლებში.⁴⁸ აუცილებლობის შემთხვევაში, მათ სამართლებრივი დანმარება უნდა გაეწიოთ და შეეძლოთ, გაასაჩივრონ საგამოძიებო ორგანოთა ქმედებები ან უმოქმედობები საჯარო და შეჯიბრებით პრონციპზე დამყარებული სამართალწარმოების მეშვეობით.⁴⁹

3. არასათანადო მოპყრობის შესახებ საქართველოს მატერიალური სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობის შესაბამისობა საერთაშორისო სტანდარტებთან

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი შეიცავს პირდაპირ დებულებას წამების აკრძალვის შესახებ. კერძოდ, 144¹-ე მუხლის პირველი ნაწილი განსაზღვრავს წამების შემდეგ დეფინიცია: *წამება, ესე იგი პირისათვის, მისი ახლო ნათესავისათვის ან მასზე მატერიალურად ან სხვაგვარად დამოკიდებული პირისათვის ისეთი პირობების შექმნა ან ისეთი მოპყრობა, რომელიც თავისი ხასიათით, ინტენსივობით ან ხანგრძლივობით იწვევს ძლიერ ფიზიკურ ტკივილს ან ფსიქიკურ ან მორალურ ტანჯვას და რომლის მიზანია ინფორმაციის, მტკიცებულების ან აღიარების მიღება, პირის დაშინება ან იძულება ანდა პირის დასჯა მის ან მესამე პირის მიერ ჩადენილი ან სავარაუდოდ ჩადენილი ქმედებისათვის*

ამავე მუხლის მეორე ნაწილი დასჯადად აცხადებს იმავე ქმედების ჩადენას მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის მიერ, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, არაერთგზის, ორი ან მეტი პირის მიმართ, ჯგუფურად, დამნაშავეისათვის წინასწარი შეცნობით ორსული ქალის, არასრულწლოვნის, დაკავებული ან სხვაგვარად თავისუფლებაშეზღუდული, უძმყო მდგომარეობაში მყოფი ანდა დამნაშავეზე მატერიალურად ან სხვაგვარად დამოკიდებული პირის მიმართ, შეკვეთით, მძევლად ხელში ჩაგდებასთან დაკავშირებით. დამატებით, დასჯადია 144¹-ე მუხლის პირველი ნაწილით განსაზღვრული ქმედების ჩადენა ადამიანთა თანასწორუფლებიანობის დარღვევით, მათი რასის, კანის ფერის, ენის, სქესის, რელიგიისადმი და-

⁴³ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2005 წლის 13 დეკემბრის განჩინება საქმეზე, Bekos and Koutropoulos v. Greece, პარ 54.

⁴⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2008 წლის 24 იანვრის განჩინება საქმეზე, Maslova and Nalbandov v. Russia, პარ 95.

⁴⁵ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2004 წლის 3 ივნისის განჩინება საქმეზე, Bati and Others v. Turkey, პარ 137.

⁴⁶ CTP-ს აქტივობასთან დაკავშირებული მე-14 ზოგადი მოხსენება, CTP/Inf (2004) 28, პარ 28.

⁴⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2004 წლის 24 ივლისის განჩინება საქმეზე, Slimani v. France, პარ 49.

⁴⁸ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2006 წლის 23 თებერვლის განჩინება საქმეზე, Ognyanova and Choban v. Bulgaria, პარ 115.

⁴⁹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECtHR] 2007 წლის 18 იანვრის განჩინება საქმეზე, Chitayev and Chitayev v. Russia, პარ 165.

მოკიდებულების, აღმსარებლობის, პოლიტიკური ან სხვა შეხედულებების, ეროვნული, ეთნიკური, სოციალური კუთვნილების, წარმოშობის, საცხოვრებელი ადგილის, ქონებრივი ან წოდებრივი მდგომარეობის გამო. მესამე ნაწილი დასჯადად აცხადებს წამების ჩადენას ორგანიზებული ჯგუფის მიერ.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის აღნიშნული დებულება დაემატა 2005 წლის 23 ივნისს. იგი გარკვეულწილად სრულყოფილად წარმოაჩინა წამების დეფინიციას, რომელიც გაეროს კონვენციით არის განსაზღვრული, რაც პოზიტიურ ნაბიჯად უნდა შეფასდეს. მიუხედავად ამისა, აღნიშნული მაინც შეიცავს გარკვეულ ხარვეზს, რამაც, საბოლოო ჯამში, შეიძლება საქართველოს საერთაშორისო ვალდებულებათა დარღვევა და სამომავლო სამართალშეფარდების პრობლემა განაპირობოს.

გაეროს კონვენცია შეიცავს წამების დეფინიციას, რომელიც განსაზღვრავს დანაშაულის შემადგენლობას, ადგენს დანაშაულის შემადგენლობის შინაარსს, რომელსაც უნდა შეესაბამებოდეს ეროვნულ სამართალში ინკორპორირებული ან არსებული ყველა დებულება. წევრმა სახელმწიფოებმა შიდა სამართლით უნდა შეძლონ ყველა არსებული ქმედების დასჯადობის უზრუნველყოფა ეროვნულ დონეზე, რათა წამების ყველა შესაძლო ფაქტი თავიდან იქნას აცილებული.

წამების კონვენციურ-საკანონმდებლო შემადგენლობის დეფინიციის ობიექტური მხარე (actus reus) გამოიხატება ქმედებაში, რომელიც თავის თავში მოიცავს მოქმედებას ან უმოქმედობას. შედეგად განსაზღვრულია კონვენციით და მძიმე ფიზიკურ ან ფსიქოლოგიურ ტკივილს ან ტანჯვას გულისხმობს. საერთაშორისო სამართლით, ასევე, დაზუსტებულია ის მიზნები, რომლებიც, ზოგადად, დამახასიათებელია წამების დანაშაულის შემადგენლობისთვის. კერძოდ ქმედება მიზნად უნდა ისახავდეს: ა) მსხვერპლისგან ან მესამე პირისგან ინფორმაციის ან აღიარების მიღებას; ბ) პირის დასჯას მის მიერ ჩადენილი ან სავარაუდოდ ჩადენილი ქმედებისთვის; გ) მსხვერპლის ან მესამე პირის დაშინებას ან იძულებას.

ამის გარდა, გაეროს კონვენცია ადგენს დამატებით კრიტერიუმს, რომელიც ზემოაღნიშნული სუბიექტური ელემენტების ალტერნატივის სახით მოქმედებს და შეიძლება პასუხისმგებლობის საფუძველი გახდეს შესაბამისი ქმედების და შედეგის თანადროული არსებობის პირობებში. ასეთია ნებისმიერი სახის დისკრიმინაციაზე დაფუძნებული წამება. ანუ წამება შეიძლება ჩადენილ იქნას, როცა არსებობს შესაბამისი ქმედება, რომელიც განხორციელდა ზემოაღნიშნული მიზნებით ან დისკრიმინაციით. ე.ი. დისკრიმინაციის მოტივი წარმოადგენს ალტერნატივას ზოგადად წამების მიზნისთვის. ცალკე აღებული, დისკრიმინაციული მოტივი (ობიექტური მხარის და სუბიექტურ მხარის სხვა ნიშნებთან ერთად) დანაშაულად მიჩნევის საფუძველია, ზემოაღნიშნული სამი numerus clausus პრინციპზე განსაზღვრული მიზნის გარეშე. აღნიშნული გზითვე ახდენენ თავიანთ კანონმდებლობებში ნორმების ინკორპორირებას სხვადასხვა ქვეყნებიც.⁵⁰

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის დებულება ამ მხრივ რამდენიმე მიზეზის გამო ხარვეზიანია:

- წამების შემადგენლობის განხორციელების ალტერნატივად არ არის გათვალისწინებული დისკრიმინაცია, რაც შეუძლებელს ხდის პასუხისმგებლობას ამგვარი ქმედების დადგომის შემთხვევაში;
- ამან შეიძლება წარმოშვას დამატებითი პრობლემები საერთაშორისო სისხლისსამართლებრივი თანამშრომლობისას, როდესაც ბევრი მოქმედება დაკავშირებულია მხოლოდ და მხოლოდ თხოვნის მიმღებ და გამგზავნ სახელმწიფოებში დანაშაულთა ორმაგ კრიმინალიზაციასთან.

ერთი შეხედვით, აღნიშნული დაძლეულია 144¹-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ვ“ ქვეპუნქტით, რომელიც წამების ჩადენას დასჯადად აცხადებს: *ადამიანთა თანასწორუფლებიანობის დარღვევით, მათი რასის, კანის ფერის, ენის, სქესის, რელიგიისადმი დამოკიდებულების, აღმსარებლობის, პოლიტიკური ან სხვა შეხედულებების, ეროვნული, ეთნიკური, სოციალური კუთვნილების, წარმოშობის, საცხოვრებელი ადგილის, ქონებრივი ან წოდებრივი მდგომარეობის გამო.*

საგულისხმოა, რომ ამ შემთხვევაში, ეს დებულება უფრო მეტ პრობლემას ქმნის, ვიდრე კონვენციით ნაკისრ ვალდებულებებს ასრულებს. უპირველეს ყოვლისა, იგი 144¹-ე მუხლში განსაზღვრული დისპოზი-

⁵⁰ მაგალითად, კანადის სისხლის სამართლის კოდექსის 269.1.2 მუხლი. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://yourlaws.ca/criminal-code-canada/2691-torture>> [20.12.2012]

ციის განხორციელების შემდეგ მოქმედებს. ანუ ამის მიხედვით რომ მოხდეს მსჯავრდება, აუცილებელია, პირმა ჩაიდინოს ქმედება, რომელიც იწვევს შესაბამის შედეგს და აღნიშნულს თან ახლდეს შესაბამისი მიზანი. ამ ყველაფერს თუ დაემატება დისკრიმინაციული მიზანიც, მაშინ სახეზე იქნება პასუხისმგებლობაც „ვ“ ქვეპუნქტით. დისკრიმინაციის არსებობისას წამების განხორციელება საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით შესაძლებელია მხოლოდ და მხოლოდ მაშინ, როცა იგი არსებობს შესაბამისი მიზნების პარალელურად განხორციელებულ ქმედებებთან ერთად, რაც გაეროს კონვენციის მოთხოვნის საწინააღმდეგოა და არ არის მასთან შესაბამისობაში.⁵¹

სისხლის სამართლის კოდექსის 144¹-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ვ“ ქვეპუნქტი, ასევე, ქმნის დამატებით პრობლემას, როდესაც იგი დისკრიმინაციის *intra vires* საფუძვლებს ადგენს. გაეროს კონვენცია პირდაპირ ადგენს, რომ წამება შეიძლება განხორციელდეს დისკრიმინაციის ნებისმიერი საფუძვლის არსებობისას, მაშინ, როცა საქართველოს პარლამენტის მიდგომა უფრო ვიწროა და არ შეესაბამება მის მოთხოვნებს. სასამართლო ინტერპრეტაციის გზითაც რომ მოხდეს ნორმის სხვაგვარად განმარტება, აღნიშნული მაინც პრობლემური იქნება და ნებისმიერ შემთხვევაში, აუცილებელია წარმოიშობა პრობლემა, კვალიფიკაციის შეუძლებლობის თვალსაზრისით. მაგალითად, თუკი ხდება პირის მიმართ იმგვარი ქმედების განხორციელება, რომელიც მის ფსიქოლოგიურ და ფსიქიკურ ხელყოფას იწვევს სისტემატურად და აღნიშნულის საფუძველია პირის არატრადიციული სექსუალური ორიენტაცია, გამოირიცხება დასჯადობა წამების მუხლით, რაც დაუშვებელია და უნდა გამოსწორდეს.

როგორც ზემოთ იქნა წარმოჩენილი, მატერიალურსამართლებრივი თვალსაზრისით, წამების ან სხვა არაადამიანური მოპყრობის აკრძალვის პარალელურად უნდა არსებობდეს შესაბამის პირთა მიმართ ამ დანაშაულის შესახებ ცნობების შეტყობინების ვალდებულება, სხვადასხვა უწყებებისთვის. ანუ შესაბამისი უფლებამოსილი პირების მხრიდან არასათანადო მოპყრობის შეუტყობინებლობა უნდა დაექვემდებაროს საპასუხო რეაგირებას, რომელიც დამატებითი პრევენციის საგანი იქნება. საჭიროა, დაწესდეს გარკვეული აკრძალვები, რომლებიც უზრუნველყოფენ შესაბამის პირთა დასჯადობას დანაშაულში დახმარების გამო. აღნიშნულის კრიმინალიზაციას გაეროს კონვენცია პირდაპირ მოითხოვს.

პირველ შემთხვევაში, რომელიც ეხება დანაშაულის შემადგენლობის ჩადენის შესახებ ინფორმაციის შეუტყობინებლობას, საქართველოს კანონმდებლობაში პრობლემა, გარკვეულწილად, არსებობს. წამების მუქარა⁵² და არაადამიანური ან ღირსების შემლახავი მოპყრობის მარტივი შემადგენლობა (144³-ე მუხლის პირველი ნაწილი) არ ექვემდებარება სავალდებულო შეტყობინებას. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 376-ე მუხლის მიხედვით, დასჯადია პირის ქმედება, როცა ხდება მძიმე ან განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის მომზადების ან ჩადენის შესახებ ინფორმაციის შეუტყობინებლობა. სხვა შემთხვევაში, დასჯადობა გამოირიცხება. შესაბამისად, პასუხისმგებლობა არ დაეკისრებათ პირებს, რომლებმაც წამების მუქარის ან არაადამიანური ან ღირსების შემლახავი მოპყრობის შესახებ ინფორმაცია არ შეატყობინეს შესაბამის უწყებებს.

ამ წესიდან გამოსავლად შეიძლება მივიჩნიოთ დოქტრინის მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც, დანაშაულში თანამონაწილეობის (დახმარების) მსგავსი ხარისხის კავშირი არსებობს ამსრულებელს და სხვა პირს შორის, რომელიც არ ატყობინებს შესაბამის უწყებებს ჩადენილი დანაშაულის შესახებ ინფორმაციას

⁵¹ ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში არსებობს მოსაზრება, რომ 144-ე მუხლის „ვ“ ქვეპუნქტით მსჯავრდებისას არ მოქმედებენ პირველ ნაწილში განსაზღვრული მიზნები. ლეკვიშვილი მ., მუხლი 144¹, ტყეშელიაძე გ., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი (მერიდიანი, 2006, წიგნი I) 211. სამწუხაროდ არ არის წარმოდგენილი დეტალური დასაბუთება აღნიშნულისა და მხოლოდ და მხოლოდ ერთი წინადადებითა აღნიშნული ავტორის მოსაზრება წარმოდგენილი. მაშინ როცა, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი პირდაპირ ადგენს, რომ 144-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ვ“ ქვეპუნქტით მსჯავრდებისთვის აუცილებელია ამავე მუხლის პირველ ნაწილში განსაზღვრული „ქმედების“ ჩადენა. ქმედება ამ შემთხვევაში მოიცავს სრულ დისპოზიციას და არცერთ შემთხვევაში არ არის გამართლებული მიზნით დეტერმინირებული დანაშაულები ვაქციით ასეთის არქონედ, მოტივით განსაზღვრული მაკვალიფიცირებელი გარემოების არსებობისას.

⁵² წამების მუქარა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ მიერ შეფასდა, როგორც ევროკონვენციის მე-3 მუხლის საწინააღმდეგო ქმედება და რომელიც საჭიროებს ზუსტად იგივე გარანტიებს, რაც წარმოდგენილ იქნა ზემოთ სახელმწიფოთა პოზიტიურ-სამართლებრივი ვალდებულებების თვალსაზრისით. იხილეთ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს [ECHR] 2010 წლის 1 ივნისის განჩინება საქმეზე *Gafgen v. Germany*, პარ 101-8.

და აქვს შესაბამისი სამართლებრივი გარანტიის ფუნქცია. ზემოაღნიშნულ პრობლემურ შემთხვევებში შესაძლებელია პასუხისმგებლობა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით, მაგრამ 376-ე მუხლის მხოლოდ იმ ნაწილში, რომელიც ეხება დანაშაულის მომზადებას და არა ჩადენას. ამავდროულად, საგულისხმოა, რომ აღნიშნული თეორია არ არის მყარად ფიქსირებული და დამკვიდრებული პრაქტიკა არ შეიძლება პრობლემის მოგვარებად განვიხილოთ. აღნიშნული მეცნიერული მოსაზრება გარკვეულწილად უგულებელყოფს სისხლის სამართლის კოდექსის მე-16 მუხლის მეორე ნაწილით განსაზღვრულ პრინციპს – *lex specialis derogat, lex generalis*, რადგან, ჩემი აზრით, 376-ე მუხლი წარმოადგენს კონკრეტულ ნორმას სისხლისსამართლებრივი დაცვის ობიექტის სპეციფიკურობიდან გამომდინარე, რაც გამორიცხავს დასჯადობას ზოგადი ნაწილის დებულებების კომბინირებით.⁵³ საკითხისადმი ინტერესის მიუხედავად, ამ ნაშრომის ფარგლებში არ მოვახდენთ მის დამატებით კომენტარებს.

ასევე, აღსანიშნავია, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი არ შეიცავს „მიმნებლობის“ დასჯის ზოგად დებულებას⁵⁴ და შესაბამისად, გამორიცხება თეორიული პასუხისმგებლობაც კი ზემოაღნიშნული პრობლემური მუხლებით, როცა დანაშაული უკვე დასრულებულია (376-ე მუხლის შემთხვევა, როცა დანაშაულის შემადგენლობა ჩადენილია უკვე).

ზემოთ წარმოდგენილი სტანდარტები ნათლად მიუთითებენ, რომ არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის საკანონმდებლო დეფინიცია უნდა შეესაბამებოდეს საერთაშორისო დებულებებს და არ უნდა იძლეოდეს იმის შესაძლებლობას, რომ ზოგადად კოლიზია წარმოიქმნას მოქმედ ნორმებს შორის. კოლიზია, როგორც ასეთი, არ წარმოშობს პრობლემას და იგი შეიძლება სამართალში არსებულ დასაშვებ ხარვეზადაც მივიჩნიოთ, რომელიც სამოსამართლო სამართლით გამოსწორდება. თუმცა, როდესაც საქმე ეხება სისხლის სამართლის ნორმებს, რომლებიც საერთაშორისო ვალდებულებებიდან გამომდინარე ნორმებს წარმოადგენენ, შეიძლება შემდეგი სახის პრობლემური სიტუაციები წარმოიშვას:

- ნორმაშეფარდება განხორციელდეს დისკრიმინაციულად – იგივეობრივი ტიპის ქმედებათა ჩამდენები შეიძლება განსხვავებულად (მაკაცრად/მსუბუქად) დაისაჯონ;

- სამართალშეფარდებისას ნორმათა კოლიზიამ შეიძლება, საბოლოო ჯამში, გამოიწვიოს საკანონმდებლო ბუნდოვანება, რაც, თავის მხრივ, სამომავლოდ შესაძლოა პირის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების საფუძველი გახდეს (*Lex Certa* პრინციპი);

- განსხვავებულ დებულებებს შეიძლება სხვადასხვა, მასთან დაკავშირებული ფაქტობრივი ნორმა უკავშირდებოდეს, რის შედეგადაც კვლავ დისკრიმინაციული შემთხვევა გვექნება.⁵⁵

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი წამების დანაშაულის შემადგენლობის პარალელურად, შეიცავს დებულებას, რომელიც ამ უკანასკნელთან კოლიზიურია:⁵⁶ *სიცოცხლისათვის ან ჯანმრთელობისათვის საშიში ძალადობით ანდა ასეთი ძალადობის გამოყენების მუქარით... მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის მიერ ..., მოტყუებით, შანტაჟით ან სხვა უკანონო ქმედებით პირის იძულება განმარტების ან ჩვენების მიცემისათვის ანდა ექსპერტისა – დასკვნის მიცემისათვის.*

აღნიშნული მუხლი პირდაპირ კოლიზიაში მოდის საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 144¹-ე მუხლთან. შეუძლებელია იმის ზუსტი დადგენა, თუ როდის უნდა იქნას გამოყენებული აღნიშნული და როდის – წამების დეფინიცია. ორივე მათგანი შეიცავს იდენტურ შემადგენლობას და გრამატიკულ-სემანტიკური სახეცვლილებისა და ფორმულირების დიფერენცირებული ხასიათის გარდა, არაფერია განსხვავება. აღნიშნულმა საკმაოდ სერიოზული პრობლემები შეიძლება წარმოშვას კვალიფიკაციასთან და

⁵³ ტურავა მ., სისხლის სამართალი ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა (მე-8 გამოცემა, ბონა კაუზა, 2010) 273 ff; ასევე, მჭედლიშვილი-ჰედრიხი ქ., სისხლის სამართალი ზოგადი ნაწილი დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები (მერიდიანი, 2011) 239 ff.

⁵⁴ წერეთელი თ., სისხლის სამართლის პრობლემები (მერიდიანი, 2007, II ტომი) 339.

⁵⁵ მაგალითად საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 144³-ე მუხლის შემდგომ არსებულ შენიშვნაში მითითებულია, რომ სისხლისსამართლებრივი ხანდაზმულობის ვადები არ ვრცელდება წამების, წამების მუქარის, არადამიანური და ღირსების შემლახავი მოპყრობის დანაშაულების შემთხვევაში. თუკი, რომელიმე სხვა მუხლით დაიწყება პირის სისხლისსამართლებრივი დევნა, შედეგად მისი ქმედება დაისჯება უფრო ღმობიერად ვიდრე სხვა შემთხვევებში.

⁵⁶ 335-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი.

ადამიანის უფლებათა სამართლის იმპლემენტაციასთან დაკავშირებით. შესაბამისად, აუცილებელია გამოსწორება და 335-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტის გაუქმება. არაერთ საერთაშორისო და ადგილობრივ ადამიანის უფლებათა დაცვის ორგანიზაციას აღუნიშნავს საქართველოში ამ პრობლემის შესახებ. უმეტეს შემთხვევაში, გამოძიებები არასათანადო მოპყრობის ფაქტებზე იწყება და გრძელდება შესაბამისი სამოხელეო დანაშაულის შემადგენლობებით, რაც არ წარმოადგენს სწორ მიდგომას და გაუმართლებლად ღმობიერი დამოკიდებულებაა საკითხისადმი, აკრძალვის მასშტაბურობიდან და თავისებურებიდან გამომდინარე.

გაეროს კონვენციის არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის იმპერატიული დანაწესი მოითხოვს იმას, რომ პირი არ გათავისუფლდეს პასუხისმგებლობისგან, როცა იგი ზემოაღნიშნულ ქმედებას ჩადის ზემდგომის ბრძანების საფუძველზე.⁵⁷ დანაწესი საკმაოდ იმპერატიულია და მიზნად ისახავს იმგვარი ქმედებების თავიდან აცილებას, როცა პირი დანაშაულს სჩადის სხვა ქვემდგომი პირის მეშვეობით. საქართველოს კანონმდებლობა, ამ მხრივ, გარკვეულ ხარვეზს შეიცავს. კერძოდ, „სამხედრო მოსამსახურის სტატუსის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-20 მუხლის მეხუთე პუნქტის შესაბამისად, კანონსაწინააღმდეგო ბრძანების შესრულების შემთხვევაში პასუხისმგებლობა ეკისრება ბრძანების გამცემს. ამგვარი მოწესრიგება საკმაოდ პრობლემური იქნება იმ შემთხვევაში, თუკი სამხედრო მეთაური პირს არასათანადო მოპყრობის განხორციელებას უბრძანებს. რა თქმა უნდა, ბრძანების გამცემი დაექვემდებარება პასუხისმგებლობას, მაგრამ ქმედების უშუალო ჩამდენი დარჩება პასუხისმგებლობის გარეშე და მას აღნიშნულ გარანტიას სძენს ზემოხსენებული საქართველოს კანონი, რომელიც ამ შემთხვევაში სისხლის სამართლის ბლანკეტურ ნორმას წარმოადგენს.

კიდევ ერთი პრობლემა, რომელიც არსებობს წამებასთან მიმართებით, არის წამების მუქარის დეფინიცია, რომელიც ხარვეზიანია და შეიცავს მეთოდოლოგიურად არასწორ შინაარსს. ნორმის მიხედვით, ისჯება წამების პირობების შექმნის, მოპყრობის ან დასჯის მუქარა. ამ შემთხვევაში, აღსანიშნავია, რომ წამების დანაშაულის შემადგენლობის დეფინიციის მიხედვით, „დასჯა“ წარმოადგენს სუბიექტური მხარის ელემენტს და მუქარის ჩადენისას შეუძლებელია მისი განხორციელება. ანუ ეს არის საკანონმდებლო ხარვეზი, რომელიც, ცალკე აღებული, არ ქმნის შეუთავსებლობას საერთაშორისო ვალდებულებებთან, მაგრამ მაინც უმჯობესია მისი გამოსწორება და ცვლილება კანონმდებლობის სრულყოფისთვის.

ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ არასათანადო მოპყრობის ამკრძალავი სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობა შეიცავს ფართო დებულებებს, რომლებიც ართულეზენ კვალიფიკაციას.⁵⁸ ამ შემთხვევაში ქართული კანონმდებლობის სასარგებლოდ უნდა აღინიშნოს, რომ აღნიშნული გამართლებულია იმის გამო, რომ მოხდეს წამების ყველა სამომავლო ფაქტის აღკვეთა ეფექტური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გზით. ასეთი დანაშაულების შემთხვევაში მოქმედებს Eiusdem Generis პრინციპი, რომელიც უზრუნველყოფს ფართო შინაარსის ცნებების და კლასიფიკაციების დავიწროებასა და სამოსამართლო სამართლის მეშვეობით საჯარო და კერძო ინტერესების დაბალანსებას.⁵⁹

4. არასათანადო მოპყრობის შესახებ საქართველოს საპროცესო სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობის შესაბამისობა საერთაშორისო სტანდარტებთან

საქართველოს კანონმდებლობა გარკვეული ოდენობით შეიცავს ხარვეზებს წამების აკრძალვის პროცედურულსამართლებრივი ასპექტის თვალსაზრისითაც, რაც წარმოდგენილი იქნება ქვემოთ.

პირველი პრობლემა, რომელიც საქართველოს რეალობაში არსებობს და გარკვეულწილადაც, აქტუალურია, ე.წ. ინკვიზიციურობის ვალდებულების არშესრულებაა, შესაბამისი საპროცესო უფლებამოსილების მქონე პირთა მიერ. თუკი მოსამართლის წინაშე იქნება პირი წარმოდგენილი, რომელსაც ეტყობა არასათანადო

⁵⁷ გაეროს კონვენციის მეორე მუხლის მეხამე პარაგრაფი.

⁵⁸ ტყეშელაძე გ. (რედ), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი (მერიდიანი, 2006, წიგნი I) 201–217.

⁵⁹ Hallevy G., A Modern Treatise on the Principle of Legality in Criminal Law (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010) 156.

ნადო მოპყრობის ნიშნები, მას უნდა დაეკისროს ვალდებულება, აცნობოს აღნიშნულის შესახებ შესაბამის უწყებებს და დააკისროს მათ გამოძიების ვალდებულება. საქართველოს სინამდვილეში, არსებული პრაქტიკა ამის საწინააღმდეგოა და სხვადასხვა ორგანიზაცია აღნიშნულის შეცვლას ითხოვს.⁶⁰

საქართველოს სისხლის სამართლის ახალი საპროცესო კოდექსი დაზარალებულის ინსტიტუტის მიმართ აშკარად არალოიალურია და ორიენტირს იღებს შეჯიბრებით მართლმსაჯულებაზე. ამ ფონზე დაზარალებულის სტატუსის ნიველირების ტენდენცია აღინიშნება. განსაკუთრებით საინტერესოა ეს მიდგომა არასათანადო მოპყრობის შესახებ კანონმდებლობასთან მიმართებით. ადამიანის უფლებათა სტანდარტებით, რომლებიც ზემოთ იქნა წარმოდგენილი, არასათანადო მოპყრობის მსხვერპლს უნდა ჰქონდეს იმის გარანტია, რომ იგი შეძლებს მისი საჩივრის შესახებ მიღებული გადაწყვეტილების შედეგზე ზემოქმედებას და გასაჩივრებას. ამის საპირისპიროდ, საქართველოს კანონმდებლობა შეიცავს ორ შემთხვევას, რომელიც პრობლემურ სიტუაციას ქმნის დაზარალებულთან მიმართებით:

- როცა დაზარალებული მიმართავს საჩივრით საგამოძიებო ორგანოებს არასათანადო მოპყრობის ფაქტების გარშემო და ეს უკანასკნელნი მიიჩნევენ, რომ სახეზე არ არის დანაშაულის შემადგენლობის სავარაუდო ნიშნები;

- როდესაც დაზარალებული მიმართავს საგამოძიებო ორგანოებს, დაიწყება გამოძიება, მაგრამ იგი შეწყდება შემდგომ ანდა ხდება მისი გაჭიანურება და არაეფექტურად წარმართვა.

პირველ შემთხვევას საქართველოს 2009 წლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი საგამოძიებო ორგანოთა დისკრეციის საგნად მიიჩნევს და მასზე მხოლოდ ერთჯერადი საპროკურორო გასაჩივრების შესაძლებლობა არსებობს.⁶¹ სასამართლო ამ პროცესში არ მონაწილეობს და არასათანადო მოპყრობის სავარაუდო მსხვერპლს არ აქვს იმის უფლება, რომ სასამართლოს წინაშე დაამტკიცოს მის საჩივარში წარმოდგენილი ფაქტები *prima facie* დონეზე *affirmanti incumbit probatio* პრინციპის შესაბამისად.

ანალოგიურ მდგომარეობასთან გვაქვს საქმე, როდესაც გამოძიება კონკრეტული საჩივრის საფუძველზე იწყება. ამ შემთხვევაში, დაზარალებული დარჩენილია სრულიად უუფლებოდ და პროცესში მას აქვს მხოლოდ და მხოლოდ პასიური როლი. მისი უფლებები ძირითადად ინფორმაციულ ხასიათს ატარებენ⁶² და შეუძლებელი ხდება გამოძიების შეწყვეტის შემთხვევაში მისი სასამართლოში გასაჩივრება და საწინააღმდეგოს დასაბუთება.⁶³ დამატებით, აღსანიშნავია, რომ საგამოძიებო მოქმედებების ჩატარება მხოლოდ სისხლის სამართლის საქმის მხარეების (ბრალდება და ბრალდებული) პრეროგატივაა. აღნიშნული არ აძლევს დაზარალებულს იმის შესაძლებლობას, რომ მოახდინოს სასამართლოს ეფექტური გამოყენება იმ შემთხვევებში, როდესაც საგამოძიებო ორგანოები არ იძიებენ არასათანადო მოპყრობის ფაქტებს და არ აქცევენ შესაბამის ყურადღებას მნიშვნელოვან გარემოებებს. დაზარალებულს უნდა ჰქონდეს იმის სრული შესაძლებლობა, მიმართოს სასამართლოს და მოითხოვოს მოწმეთა დაკითხვა, ექსპერტიზის ჩატარება, სხვადასხვა ინფორმაციის გამოთხოვა ან მოქმედებების განხორციელება, რათა მისი არასათანადო მოპყრობის ფაქტი იქნას გამოძიებული.⁶⁴ ამ გზით, ასევე, შესაძლებელი უნდა იყოს, გამოძიებისას მიუკერძოებლობის ან დამოუკიდებლობის შესაბამისობის შემოწმებაც, რათა მიღწეულ იქნას პროცესში სათანადო, ჯეროვანი პროცედურების განხორციელება. სასამართლო კონტროლი ამ შემთხვევაში იმის გარანტი იქნება, რომ არ მოხდება დაზარალებულის ინტერესების უგულვებელყოფა და ადამიანის უფლებათა სამართლის სტანდარტები ეფექტურად განხორციელდება.

⁶⁰ ხუციშვილი ე., სავარაუდო პოლიტიკური მოტივაციის მქონე სისხლის სამართლის და ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა საქმეების სამართლებრივი ანალიზი (საია, 2012, ნაწილი II).

⁶¹ *mutatis mutandis*, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 100-ე და 101-ე მუხლები.

⁶² სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 56-58-ე მუხლები.

⁶³ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 106-ე მუხლის პირველი ნაწილი.

⁶⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ [ECtHR] განსაკუთრებული ხაზი გაუსვა გამოძიების დამოუკიდებლობის და მიუკერძოებლობის პრინციპს საქართველოს კონტექსტში 2011 წლის 16 აპრილის განჩინებაში საქმეზე, *Enukidze and Girgvliani v. Georgia*. აღნიშნული წარმოადგენს იმის ილუსტრაციას, რომ ამ სფეროზე სასამართლო კონტროლი მეტად აუცილებელია და ყველა შემთხვევაში უნდა განხორციელდეს, რათა სამომავლოდ აცილებულ იქნას ანალოგიური შემთხვევები და სახელმწიფოსთვის დაკისრებული პასუხისმგებლობა პრევენციულად იმპლემენტირდეს ეროვნულ სამართალში და საერთო სასამართლოთა სამართალ-წარმოების პრაქტიკაში.

დღევანდელი კანონმდებლობის მიხედვით, სისხლის სამართლის საქმის გამოძიების ვადა მიბმულია სისხლისსამართლებრივი დენის ხანდაზმულობის ვადებზე (არასათანადო მოპყრობის შემთხვევაში ასეთი ვადა არ არსებობს). ამ ფონზე განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ის, რომ გამოძიებლებს დაეკისროთ ვალდებულება, გამოძიება მაქსიმალურად შემჭიდროებულ ვადებში განახორციელონ, რათა უზრუნველყოფილ იქნას არასათანადო მოპყრობის საქმეთა მაქსიმალურად მცირე ვადებში განხილვა, რადგან ამ შემთხვევაში მყისიერი და ზედმიწევნითი გამოძიება ჯეროვანი შედეგის დადგომის წინაპირობაა. გამოძიების სწრაფად არწარმართვის შემთხვევაში უნდა არსებობდეს აღნიშნულის სასამართლოში გასაჩივრების შესაძლებლობა.

არასათანადო მოპყრობის საბოლოო საკითხია საჯარო რეზონანსის მქონე საქმეების გამოძიებისას გამჭვირვალების დაცვა. აღნიშნული აუცილებელი და მნიშვნელოვანი კომპონენტია გამოძიების წარსამართლავად. ამ შემთხვევაში აუცილებლად უნდა არსებობდეს შესაძლებლობა, რომ სხვადასხვა ორგანიზაცია იყოს ჩართული გამოძიების გამჭვირვალების უზრუნველსაყოფად. მაგალითად, ისეთ შემთხვევაში, რომელიც საქართველოს ციხეებში დაფიქსირდა, აუცილებელია, გამჭვირვალების დამატებითი ელემენტების შემოტანა. ამ შემთხვევაში საქართველოს კანონმდებლობა უნდა შეიცავდეს გარკვეულ მექანიზმებს, რომლითაც გამოძიებას დამატებითი ღიაობის ვალდებულება დაეკისრება. დღეის მდგომარეობით, გამოძიება მხოლოდ მისი კეთილი ნების შესაბამისად ამჟღავნებს ინფორმაციას და არცერთ სხვა უწყებას, მაგალითად, სახალხო დამცველსაც კი, არ აქვს უფლება, მიიღოს ინფორმაცია გამოძიების ფარგლებში განხორციელებულ ქმედებათა შესახებ ან განახორციელოს მასზე მონიტორინგი.⁶⁵

დასკვნა

ზემოაღნიშნული ნაშრომი წარმოაჩენს რამდენიმე პრობლემურ ასპექტს, რომელიც საქართველოს მატერიალურ და საპროცესო სისხლისსამართლებრივ კანონმდებლობაში არსებობს, არასათანადო მოპყრობის საერთაშორისო სტანდარტთან შესაბამისობის თვალსაზრისით.

იდენტიფიცირებულ იქნა რამდენიმე საინტერესო საკითხი, რომელიც განსაკუთრებულ ყურადღებას იპყრობს – არასათანადო მოპყრობის აკრძალვის სისხლისსამართლებრივი დებულებები არ არის სრულყოფილი და არ შეესაბამება საერთაშორისო სამართლებრივ დებულებებს; საპროცესო სამართლებრივი თვალსაზრისით, არსებობს პრობლემები სავარაუდო დაზარალებულის სტატუსთან დაკავშირებით, არ არსებობს სასამართლო კონტროლი, არაადამიანური და ღირსების შემლახავი მოპყრობის შემთხვევაში არ არსებობს საგამოძიებო ორგანოთათვის შეტყობინების ვალდებულება. აღნიშნულის პარალელურად, წარმოჩინდა სხვადასხვა პრობლემა, რომლებიც სხვა ფაქტორებთან ფაქულტატურად ან ერთიანად, კუმულაციურად იწვევენ არასათანადო მოპყრობის ფაქტების გამოძიების ხელშეშლას და ბრალეულ პირთა სისხლისსამართლებრივ პასუხისგებაში მიცემას.

2004 წლის შემდეგ საქართველომ მნიშვნელოვანი პროგრესი განიცადა არასათანადო მოპყრობის აკრძალვისა და შესაბამისი გამოძიების წარმართვის თვალსაზრისით. ცვლილებები და დამატებები განხორციელდა კანონმდებლობაში, შეიცვალა და დაიხვეწა შესაბამის ორგანოთა პრაქტიკაც, მაგრამ ამან საერთო სურათი მაინც ვერ გამოასწორა. 2012 წელს საქართველოს მთლიანი მოსახლეობა დარწმუნდა, რომ არასათანადო მოპყრობა კვლავ ძალიან დიდი პრობლემაა საქართველოს რეალობაში და თანამედროვეობაში. შორს ვართ იმ აზრისგან, რომ მხოლოდ კანონმდებლობის პრობლემები წარმოადგენენ ზემოაღნიშნულის ერთადერთ მიზეზს, მაგრამ აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ მკაცრი პრევენციული ღონისძიებების პირობებში უფრო მეტად იქნებოდა შესაძლებელი არასათანადო მოპყრობის ფაქტების თავიდან აცილება.

არასათანადო მოპყრობა მხოლოდ მაშინ იქნება სრულყოფილად მინიმიზებული, როდესაც კანონმდებლობა იქნება გამართული, საერთაშორისო სტანდარტების შესაბამისი, რომელიც აკრძალავს ამგვარ ქმედებებს და დაადგენს ეფექტური გამოძიების ვალდებულებას. ამ პირობებში შესაძლო დანაშაულის ჩამდენები დაინახავენ, რომ მკაცრი და ადეკვატური პასუხი არსებობს დანაშაულის ჩამდენთა მიმართ და ეს მათ

⁶⁵ საქართველოს ორგანული კანონის „საქართველოს სახალხო დამცველის შესახებ“ შესაბამისად, სახალხო დამცველს სისხლის სამართლის საქმის მასალების გაცნობის უფლება აქვს მხოლოდ სამართალწარმოების დასრულების შემდეგ.

სამომავლო ქმედებებს მინიმუმამდე დაიყვანს. დაუსჯელობა და განუკითხაობა ყველაზე მეტად განაპირობებს არასათანადო მოპყრობის გავრცელებას. ნებისმიერი სისტემის ღიაობა და დანაშაულის შეტყობინების ფაქტის დასჯადად გამოცხადება იქნება დამატებითი ელემენტი, რომელიც სამომავლოდ უზრუნველყოფს არასათანადო მოპყრობის თავიდან აცილებას.

არასათანადო მოპყრობის აკრძალვა დღესდღეობით ნებისმიერი სახელმწიფოს მინიმალური მოთხოვნაა. არ შეიძლება ვისაუბროთ ცივილიზებულ ერზე, როდესაც ქვეყანაში წამების ან არადამიანური და ღირსებისშემლახავი მოპყრობის პრობლემაა. ეს ყველაფერი უფრო მეტად უსვამს ხაზს არასათანადო მოპყრობის კანონმდებლობის სრულყოფის და საერთაშორისო სტანდარტებთან გათანაბრების ვალდებულების უზრუნველყოფის აუცილებლობას.

Prohibition of Ill-Treatment under Substantive and Procedural Criminal Law of Georgia and Its Compatibility with International Standards

Giorgi Burjanadze*

This article summarizes international standards about prohibition of ill-treatment that have binding legal effect on Georgia. The practice of European Court of Human Rights, text and general comments of the Convention against Torture (CAT) and relevant Council of Europe Committee for the Prevention of Torture standards are primary targets in this article. It analyzes core provisions of Georgian Criminal Law and Procedure and concentrates on the compatibility of the legislation with the above mentioned sources, which provide mandatory regulations for the respective Contracting States, including Georgia.

The first part of the article provides respective standards that are related to the substantive Criminal Law provisions. It includes – Criminalization of the Crime of Torture, Inhuman and Degrading Treatment or Punishment, definition of ill-treatment, modes of criminal liability, principle of *aut dedere, aut judicare* for the purpose of the prohibition of ill-treatment, prohibition of pardon, amnesty or early parole for the perpetrators of torture and proportionality of the sentences.

The second part tries to identify general positive measures the states should take in order to ensure compliance with the requirements of the prohibition of torture. The focus is on procedural guarantees such as necessity of investigation of each case, obligation to prosecute a person when there is *prima facie* case, independence and impartiality of the investigation, rights of the victims and other aspects which are known as Positive Obligations of Contracting States under European Convention of Human Rights. Special emphasis is added to the fact that victims should have some sort of possibility to apply to the court and appeal the decisions or inactions of the prosecutors.

The next part of this article is identifying respective Georgian substantive Criminal Legislation and simultaneously checks compatibility of the above mentioned international standards. Core aspects identified to be inconsistent with Georgian International obligations, in this regard, are the following:

- Definition of the Crime of Torture fails to be in conformity with an Article 1 of the CAT, since it omits discrimination motive in alternative to *intra vires* enumerated purposes of the crime of Torture;
- Discrimination in case of crime of torture is regarded as aggravated circumstance (in conjunction, not alternative with “Purpose Elements”) but its grounds are not open-ended and closed list is provided;
- Article 376 of Georgian Criminal Code criminalizes non-reporting to state authorities about the crimes committed. But the Crime of Inhuman and Degrading Treatment does not fall under that category and this makes the prevention of torture more difficult;
- In concurrence with the Crimes of Ill-Treatment, there are several crimes with broad definitions that create collision with the former and it makes the prosecution more complicated;
- Georgian Legislation gives a possibility to punish only the superiors, not actual perpetrators when ill-treatment is committed by the militaries.

Lastly the article concentrates on the compatibility of Georgian Criminal Procedure Code of Georgia with respective positive obligations concerning prevention of Ill-treatment. Several problematic aspects have been revealed by the author:

- Victims’ rights are disregarded by Georgian Criminal Procedure Code of Georgia, due to sympathy towards adversarial proceedings, thus victims are barred from the access to the court when they don’t agree with the prosecutors’ decisions or inactions;

* Master of Law, LL.M, Assistant Professor of East European University.

- There are not enough guarantees for the victims of ill-treatment to ensure prompt and comprehensive investigation of the crimes;
- Widespread acts of ill-treatment fell short from the scrutiny of the public at large or other institutions and there are no guarantees for the transparent investigation.

The conclusion briefly describes all the problems of incompatibility of Georgian Substantive and Procedural Criminal Legislation with International Standards and regards them as one of causes of not solving the problem of ill-treatment in Georgia. The author regards this factor in isolation, but also in the light of other forms of prevention of ill-treatment.

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო და მისი კომპეტენცია

ბაჩანა ჯიშკარიანი*

შესავალი

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ადგილი უჭირავს თანამედროვე საერთაშორისო სისხლის სამართლის სისტემაში. საერთაშორისო დონეზე სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის თემა განსაკუთრებული აქტუალობა პირველი მსოფლიო ომის შემდგომ შეიძინა. ამით შეიძლება ითქვას, რომ ეს თემა ისტორიულ ჭრილში შედარებით ახალგაზრდაა და ის მუდმივ სიახლეებს განიცდის.¹ მართალია, კანტი ბევრად უფრო ადრე მოითხოვდა ადამიანის უფლებებისა და მშვიდობის საერთაშორისო სამართლის მეშვეობით დაცვას, მაგრამ კონკრეტული განხორციელება ამ იდეამ მუდმივმოქმედი სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს სახით მხოლოდ მეოცე საუკუნეში ჰპოვა.² მოცემულ სტატიაში, ძირითადად, ყურადღება დაეთმობა სწორედ ამ სასამართლოს უფლებამოსილების ცალკეულ საკითხებს.

1. საერთაშორისო სისხლის სამართლის განვითარების მოკლე ისტორია

პირველი მსოფლიო ომის დასრულების შემდეგ ხელი მოეწერა ვერსალის ხელშეკრულებას, სადაც გამარჯვებულმა მხარეებმა დააფიქსირეს მოთხოვნა, რომ ჩადენილი ომის დანაშაულების გამო საერთაშორისო ტრიბუნალის წინაშე წარმდგარიყო გერმანიის იმპერატორი ვილჰელმ მეორე. პასუხი უნდა ეგოთ სხვა გერმანელ სამხედრო მაღალჩინოსნებსაც. ეს იდეა პრაქტიკაში ვერ განხორციელდა, რადგან იმპერატორმა თავშესაფარი მიიღო ჰოლანდიაში და მისი გადმოცემა არ მოხდა. გერმანულმა მხარემ, ასევე, არ გადასცა სამხედრო დამნაშავეები.³

მეორე მსოფლიო ომის დამთავრების შემდეგ ისევ დადგა ჰოლოკოსტის თუ სხვა დანაშაულების ჩადენის გამო სხვადასხვა პირის საერთაშორისო პასუხისმგებლობის საკითხი. 1945 წელს ლონდონში ხელმოწერილი შეთანხმების საფუძველზე შეიქმნა საერთაშორისო სამხედრო ტრიბუნალი, რომლის პროცესებიც ათი თვის განმავლობაში მიმდინარეობდა ნიურნბერგში. 1946 წლის პირველ ოქტომბერს გამოტანილ იქნა განაჩენები: 12 სასიკვდილო განაჩენი, 3 სამუდამო პატიმრობა, 4 ხანგრძლივი საპატიმრო ვადა და 3 გათავისუფლება. ამის შემდეგ ცივი ომის გამო ეს ტრიბუნალი მეტჯერ არ შეკრებილა.⁴ ნიურნბერგის პროცესი საერთაშორისო დანაშაულების გამო დამნაშავეების საერთაშორისო ტრიბუნალის წინაშე პასუხისმგებლობაში მიცემის პირველი პრეცედენტი იყო.⁵ ამავე მოდელზე იყო აგებული ტოკიოს ტრიბუნალიც.

1993 წელს გაეროს უშიშროების საბჭომ მიიღო გადაწყვეტილება ყოფილი იუგოსლავიის საქმეებზე საერთაშორისო სისხლის სამართლის სასამართლოს შექმნის შესახებ. ეს იყო უშიშროების საბჭოს ერთ-ერთი დამატებითი ორგანო და მისი შექმნით საბჭომ თავისივე უფლებამოსილების გაფართოვების საინტერესო პრეცედენტი შექმნა.⁶ 1993 წლიდან მოყოლებული, ამ სასამართლომ მრავალი საქმე განიხილა და

* სამართლის დოქტორი, აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.

¹ Contag C., Der Internationale Strafgerichtshof im System kollektiver Sicherheit, Baden-Baden, 2009, 44.

² Engelhart M., Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch – eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts, JURA, 2004, 734.

³ Heilmann D., Die Effektivität des Internationalen Strafgerichtshofs, Baden-Baden, 2006, 32 და შემდეგი.

⁴ Satzger H., Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden, 2011, § 13, Rn. 10 და შემდეგი.

⁵ Engelhart M., Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch – eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts, JURA, 2004, 737.

⁶ Satzger H., Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden, 2011, § 13, Rn. 19.

მისი საქმიანობა, სავარაუდოდ, კიდევ გარკვეული ხანი გაგრძელდება. შემდგომში კი ახალი ფაქტების განხილვა უკვე ნაციონალური სასამართლოების დონეზე მოხდება.⁷

მოგვიანებით, 1994 წელს, რუანდის მთავრობის თხოვნის საფუძველზე, ისევ გაეროს ეგიდით, შეიქმნა რუანდის ტრიბუნალი, რომლის მუშაობაც იუგოსლავიის ტრიბუნალის მსგავსად, სავარაუდოდ, 2014 წლის ჩათვლით გაგრძელდება. სასამართლოს განხილვის საგანია, ძირითადად, რუანდის ტერიტორიაზე ჩადენილი გენოციდის საკითხები.⁸ გაეროს ეგიდით შექმნილი სასამართლოების დამახასიათებელი ნიშანია ის, რომ მხოლოდ სპეციალური შემთხვევებისთვის და გარკვეული დროის ფარგლებით იქმნებიან, ანუ მათ მულტიმომქმედი ხასიათი არ გააჩნიათ, ამიტომაც მათ როგორც Ad-hoc ტრიბუნალებს ისე მოიხსენიებენ.

2. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო

მულტიმომქმედი სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს შექმნის აუცილებლობა სხვადასხვა მიზეზით იყო განპირობებული. ერთი მხრივ, არ არის საჭირო ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში დროებითი ტრიბუნალების დაფუძნება, რაც სხვადასხვა ორგანიზაციულ, სამართლებრივ და პოლიტიკურ სირთულესთან არის დაკავშირებული და მეორე მხრივ, მათი მოქმედების სამართლებრივი საფუძვლები კრიტიკის საგანი ხშირად ხდება.⁹

1998 წლის ივნისში, რომში, გაეროს ეგიდით მოწვეულ იქნა კონფერენცია სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს სტატუტის შემუშავების თაობაზე, რომელიც ივლისში 120 სახელმწიფოს მიერ მისი მიღებით დასრულდა. სულ მონაწილეობას იღებდა 160 სახელმწიფო, 17 სახელმწიფოთაშორისი და 250-ზე მეტი არასამთავრობო ორგანიზაცია.¹⁰ რომის სტატუტის 126-ე მუხლში განისაზღვრა, რომ ის ძალაში შევიდოდა 60 სახელმწიფოს მხრიდან რატიფიკაციის შემთხვევაში. ეს რიცხვი 2002 წლის აპრილში იქნა მიღწეული და ივლისში სტატუტმა ოფიციალური ძალა შეიძინა, რითაც სასამართლოც დაფუძნდა (ადგილსამყოფელი ჰააგა).¹¹ სასამართლო 2003 წლის მარტიდან შეუდგა მუშაობას. მისი კომპეტენცია საქართველოზეც ვრცელდება.

3. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს სტატუსი საერთაშორისო სამართლის სისტემაში

ჰააგის სასამართლოს წარმოშობის ისტორია მჭიდროდ არის დაკავშირებული გაეროსთან. მის პარალელურად არსებული Ad-hoc ტრიბუნალები გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების საფუძველზე შეიქმნა და შესაბამისად, ერთგვარად, მის დამატებით ორგანოებად იქცა. ინდივიდუალურად წევრი სახელმწიფოების თანხმობა ტრიბუნალების დაფუძნებისათვის არც კი იყო საჭირო.¹² მართალია, სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოც გაეროს ფარგლებში წარმოიშვა, მაგრამ მისი სამართლებრივი საფუძვლები ბევრად განსხვავდება დროებითი სასამართლოებისგან. მისი ამოსავალი წერტილია სახელმწიფოების მხრიდან ხელმოწერილი საერთაშორისო ხელშეკრულება. ამ ხელმოწერისა და რატიფიკაციის გარეშე სტატუტის მოქმედება სახელმწიფოზე არ ვრცელდება. მაშასადამე, თითოეული სახელმწიფო თვითონ წყვეტს, უშიშროების საბჭოს მხრიდან მიღებული გადაწყვეტილებებისგან განსხვავებით, მიუერთდეს თუ არა აღნიშნულ დოკუმენტს.¹³

⁷ Ambos K., Internationales Strafrecht, 2. Auflage, München, § 6 Rn. 34 და შემდეგი; <<http://www.icty.org/>>

⁸ ტრიბუნალის ოფიციალური საიტია <<http://www.unictt.org/>>.

⁹ Fixson O., Der Internationale Strafgerichtshof: Seine Entstehung und seine Stellung im Völkerrecht, კრებულში Internationale Strafgerichte, Kirsch, S. Baden-Baden, 2005, 210.

¹⁰ რომის კონფერენციასთან დაკავშირებით იხ. Werle G., Völkerstrafrecht, Tübingen, 2003, 59 და შემდეგი; Junck C., Die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs, Frankfurt am Main, 2006, Rn. 10 და შემდეგი.

¹¹ Satzger H., Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. Auflage, Baden-Baden, § 14, Rn. 3.

¹² Fixson O., Der Internationale Strafgerichtshof: Seine Entstehung und seine Stellung im Völkerrecht, კრებულში Internationale Strafgerichte, Kirsch, S. Baden-Baden, 2005, 213.

¹³ იქვე, 214.

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო დამოუკიდებელი საერთაშორისო ორგანიზაციაა და ამის გამოხატულებაა რომის სტატუტის მეოთხე მუხლი, სადაც პირდაპირაა მითითებული, რომ ის არის საერთაშორისო სამართლის სუბიექტი. თითოეული სახელმწიფო, რომელიც მიუერთდება მას, აღიარებს სასამართლოს ამ სტატუსს.¹⁴

გაეროსა და სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს ურთიერთობის საკითხი ცალკე ერთ დოკუმენტში ან მუხლში არ არის მოწესრიგებული. მაგალითად, რომის სტატუტის მე-13 მუხლის „ბ“ პუნქტის თანახმად, გაეროს უშიშროების საბჭოს შეუძლია მიმართოს სასამართლოს საერთაშორისო ხასიათის დანაშაულებთან დაკავშირებით. 115-ე მუხლში საუბარია სასამართლოს მუშაობის დაფინანსებაზე, სადაც ერთ-ერთ დამფინანსებლად გაეროც არის მოხსენიებული. ეს განსაკუთრებით იმ ხარჯებს ეხება, რომელიც გაეროს უშიშროების საბჭოს მიერ წარდგენილი საქმეების გამო წარმოიშობა.

ზემოაღნიშნული ნორმების გარდა, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციასა და სასამართლოს შორის ურთიერთობებს აწესრიგებს 2004 წლის სპეციალური ხელშეკრულება.¹⁵ მისი დადება სტატუტის მეორე მუხლში იქნა თავიდანვე გათვალისწინებული და ძირითადად ისეთ ტექნიკურ საკითხებს ეხება, როგორცაა, ინფორმაციის გაცვლა, ადმინისტრაციული საკითხები და ა.შ.¹⁶

4. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს იურისდიქცია

4.1. იურისდიქცია *ratione materiae*

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს იურისდიქცია ვრცელდება რომის სტატუტის მე-5 მუხლში მოცემულ ოთხ დანაშაულზე: გენოციდი, ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები, ომის დანაშაულები და აგრესია. ეს შემადგენლობები ცალ-ცალკე, მომდევნო მუხლებში არის განმარტებული, თუმცა ამ სტატიაში მათ დეტალურ განხილვას არ შეეუდგებიან.¹⁷ საინტერესოა ის მომენტი, რომ 124-ე მუხლში ომის დანაშაულებთან მიმართებით სასამართლოს იურისდიქციის შეზღუდვის შესაძლებლობა იქნა ჩადებული, კერძოდ, სახელმწიფოს, რომელიც მიუერთდება სტატუტს, შეუძლია მოითხოვოს, რომ ამ სტატუტის მისთვის ძალაში შესვლიდან შვიდი წლის განმავლობაში ჰააგის სასამართლოს იურისდიქცია ომის დანაშაულებზე მასთან მიმართებით არ გავრცელდეს, თუ დანაშაული სავარაუდოდ ჩადენილია მისი მოქალაქის მიერ ან მის ტერიტორიაზე.¹⁸ ამავდროულად, სახელმწიფოს აქვს უფლება, ნებისმიერ დროს უკან წაიღოს ეს მოთხოვნა.

2010 წლის ივნისამდე შეზღუდვა აგრესიის შემადგენლობაზეც ვრცელდებოდა. სასამართლო აგრესიის საქმეებს ვერ განიხილავდა, რადგან თავიდან მისი დეფინიცია არ ჩამოყალიბებულა. ეს 2010 წელს უგანდის დედაქალაქ კამპალაში მოწვეულ კონფერენციაზე მოხერხდა, სადაც მხარეები ერთიან დეფინიციაზე შეთანხმდნენ.¹⁹ მიუხედავად ამისა, დღეის მდგომარეობით სასამართლოს იურისდიქცია აგრესიაზე მაინც არ ვრცელდება. მხარეებმა ამის ვადად 2017 წლის 1 იანვარი დათქვეს. გარდა ამისა, იურისდიქციის აქტივაციისთვის საჭიროა დათქმული თარიღის დადგომის მერე წევრ სახელმწიფოთა 2/3-ის მხარდაჭერა.²⁰

4.2. იურისდიქცია *ratione temporis*

რომის სტატუტის მე-11 მუხლი განსაზღვრავს სასამართლოს იურისდიქციის საკითხს დროსთან მიმართებით. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს კომპეტენცია ვრცელდება მხოლოდ იმ დანაშაულებზე, რომლებიც ჩადენილ იქნა სტატუტის ძალაში შესვლის შემდგომ (1.7.2002). თუ სახელმ-

¹⁴ იქვე, 215.

¹⁵ Seidel G., Stahn C., Das Statut des Weltstrafgerichtshofs, JURA, 1999, 15.

¹⁶ Heilmann D., Die Effektivität des Internationales Strafgerichtshofs, Baden-Baden, 2006, 61.

¹⁷ Ambos K., Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafrechts, ZStW, 1999, 192 და შემდეგი.

¹⁸ Meißner J., Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut, München, 2003, 49.

¹⁹ კამპალას კონფერენციასთან დაკავშირებით იხ. Safferling C., Internationales Strafrecht, Heidelberg u.a., 2011, §6, Rn. 172.

²⁰ Safferling C., Internationales Strafrecht, Heidelberg u.a., 2011, § 6, Rn. 173.

წიფო თავიდანვე არ იყო მიერთებული რომის სტატუტს და ეს მოგვიანებით გააკეთა, მაშინ მასთან მიმართებით იურისდიქცია ისევ იზღუდება. მისი ათვლა დაიწყო ამ სახელმწიფოს მხრიდან სტატუტის სავალდებულოდ აღიარების შემდგომ (შეად., 126-ე მუხლის მეორე ნაწილი). მაგალითად, თუ სახელმწიფო მიუერთდა 2005 წელს, იურისდიქციაც ამ დროიდან ჩადენილ დანაშაულებზე ათვლება და არა 2002 წლიდან, მაგრამ სახელმწიფოს აქვს უფლება, მიმართოს სასამართლოს და აღიაროს მისი იურისდიქცია მანამდე ჩადენილ დანაშაულებზეც. თუმცა იურისდიქციის ფარგლები 2002 წლის პირველ ივლისს ვერ გასცდება, რაც არ უნდა ამის სურვილი ჰქონდეს განმცხადებელს. საქართველოს და კონკრეტულად, აფხაზეთის მაგალითს თუ ავიღებთ, რაც არ უნდა მყარი მტკიცებულებები არსებობდეს გენოციდთან ან სხვა მძიმე დანაშაულებთან დაკავშირებით, საკითხი საერთაშორისო სასამართლოს წინაშე განსახილველად ვერ გავა, რადგან დანაშაულები 2002 წლამდე იქნა ჩადენილი. ხოლო ე.წ. სამხრეთ ოსეთთან დაკავშირებით, იურისდიქციის თვალსაზრისით, დროის თვალსაზრისით პრობლემა არ არსებობს.

4.3. იურისდიქცია *ratione personae*

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს იურისდიქცია მხოლოდ ფიზიკურ პირებზე ვრცელდება. ამაზე ერთმნიშვნელოვნად სტატუტის 25-ე მუხლის პირველი ნაწილი მიუთითებს. ნებისმიერი ფიზიკური პირი, ვინც საერთაშორისო ხასიათის დანაშაულს ჩადენს, პასუხს აგებს ინდივიდუალურად. ფიზიკურ პირებზე აქცენტის გაკეთება არ ნიშნავს იმას, რომ სახელმწიფოების პასუხისმგებლობის საკითხი საერთოდ ღიად რჩება. სახელმწიფოებს შორის დავის გარკვევა არ არის რომის სტატუტისა და სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს განხილვის საგანი. ეს განეკუთვნება სხვა სასამართლოს, კერძოდ, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს (ICJ) კომპეტენციას.²¹ რომის სტატუტის 25-ე მუხლის მეოთხე ნაწილშიც აღნიშნულია, რომ ფიზიკური პირების ინდივიდუალური პასუხისმგებლობა არ გამორიცხავს საერთაშორისო სამართლის მიხედვით სახელმწიფოების პასუხისმგებლობის საკითხს.

იურისდიქციის გავრცელების საკითხი დამოკიდებულია დანაშაულის ჩამდენი პირის ასაკზეც. დანაშაულის ჩადენის დროისათვის ის 18 წლის ასაკს მიღწეული უნდა იყოს. ყურადღება უნდა მიექცეს იმას, რომ ეს დათქმა მხოლოდ ამ სასამართლოზე ვრცელდება და არა ნაციონალურ სასამართლოებზე. თუ პირი საქართველოში ჩადენს, მაგალითად, გენოციდს, სავსებით შესაძლებელია, მისი ქართული სასამართლოს მიერ პასუხისმგებლობაში მიცემა 14 წლის ასაკიდან.²² თავის დროზე მხარეების მიერ 18 წლის ასაკის დადგენა იმ პრაგმატული მიზნიდან გამომდინარე მოხდა, რომ რეალურად რომის კონფერენციის განმავლობაში შეუძლებელი იყო წევრ სახელმწიფოებს შორის შეთანხმება არასრულწლოვანთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დეტალებზე.²³

4.4. იურისდიქცია *ratione loci*

სასამართლოს იურისდიქცია ვრცელდება იმ დანაშაულებზე, რომლებიც ჩადენილ იქნა ხელშეკრულებას მიერთებული სახელმწიფოს ტერიტორიაზე – ანუ საქმე გვაქვს ტერიტორიულობის პრინციპთან (მუხ. 12). ეს წესი საზღვაო ან საჰაერო ხომალდზე ჩადენილ დანაშაულებზეც ვრცელდება, თუ ისინი რეგისტრირებული არიან ამ სახელმწიფოში. რომის სტატუტი ითვალისწინებს აქტიური პერსონალობის პრინციპსაც – ანუ ის ვრცელდება სტატუტის მონაწილე სახელმწიფოების მოქალაქეების მიმართაც, თუ მათ დანაშაული არაწევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ჩადინეს.²⁴ ამავდროულად, შესაძლებელია იმ პირების პასუხისმგებლობაში მიცემა, რომლებიც, მართალია, არაწევრი სახელმწიფოების მოქალაქეები არიან, მაგრამ დანაშაული წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ჩადინეს. მაგალითად, თუ ამერიკის შეერთებული შტა-

²¹ სასამართლოს ოფიციალური საიტა <http://www.icj-cij.org/>.

²² Safferling C., Internationales Strafrecht, Heidelberg u.a., 2011, § 7, Rn. 16.

²³ Satzger H., Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden, 2011, § 14, Rn. 6.

²⁴ Contag C., Der Internationale Strafgerichtshof im System kollektiver Sicherheit, Baden-Naden, 2009, 59.

ტების მოქალაქე (აშშ არ არის სტატუსს მიერთებული) ჩაიდენს სტატუსით გათვალისწინებულ დანაშაულს საქართველოს ტერიტორიაზე, საქართველოს სასამართლოების წინაშე სრულიად უპრობლემოდ შესაძლებელია ამერიკის მოქალაქის წარდგენა, რადგან საქართველო სტატუსის წევრი ქვეყანაა.

5. სასამართლოს ამოქმედების მექანიზმები (Trigger Mechanisms)

5.1. სახელმწიფოს მიმართვა

იმისათვის, რომ სასამართლომ რეალურად განიხილოს ცალკეული საქმეები, საკმარისი არ არის მხოლოდ ზემოთ აღწერილი კომპეტენციების არსებობა. ბევრად უფრო გადამწყვეტია პრობლემური საკითხების სასამართლოს წინაშე დაყენება, რათა მან დაიწყო განხილვა.²⁵ რომის სტატუსის მე-13 მუხლი ამის შემდეგ გზებს ითვალისწინებს: სახელმწიფოს მიმართვა, გაეროს უშიშროების საბჭოს მიმართვა და ბრალმდებლის მიმართვა.

ხელშეკრულების მონაწილე ნებისმიერი სახელმწიფო უფლებამოსილია, მიმართოს თხოვნით სასამართლოსთან მოქმედ ბრალმდებელს იმ სიტუაციასთან დაკავშირებით, სადაც, მისი აზრით, შეიძლება ადგილი ჰქონდეს სტატუსით გათვალისწინებულ დანაშაულს. თხოვნის საფუძველზე ბრალმდებელი სწავლობს საქმეს და ადგენს, არის თუ არა ვინმესთვის ბრალდების წაყენება აუცილებელი (მუხ. 14). სახელმწიფომ შეძლებისდაგვარად საქმეზე არსებული მასალებიც უნდა წარადგინოს. ეს გზა ნებისმიერ სახელმწიფოს აძლევს საშუალებას, მიმართოს ბრალმდებელს, განურჩევლად იმისა, სავარაუდო დანაშაულები მის ტერიტორიაზე იქნა ჩადენილი თუ სხვა წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე. მაგალითად, გერმანიის სახელმწიფოს შეუძლია მიმართოს ბრალმდებელს თხოვნით, იტალიაში ჩადენილ დანაშაულებთან დაკავშირებით და ამისათვის სულაც არ არის აუცილებელი, რომ გერმანიას ამ საქმეებთან რამე აკავშირებდეს.²⁶

სახელმწიფოს მხრიდან მიმართვაში, უპირველეს ყოვლისა, ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფო იგულისხმება. მე-14 მუხლი ხაზგასმით და ერთმნიშვნელოვნად საუბრობს ამაზე. მიუხედავად ამისა, მე-12 მუხლის შესაბამისად ნაწილი არაწევრ სახელმწიფოებსაც აძლევს საშუალებას, აღიარონ სასამართლოს იურისდიქცია და ეს შეზღუდვა მათთვის მოიხსნება.²⁷ გარდა ამისა, წევრ სახელმწიფოებს შეუძლიათ მიმართონ ბრალმდებელს საკუთარ ტერიტორიაზე ჩადენილ დანაშაულებთან დაკავშირებით. ამაზე სტატუსში პირდაპირ არსად არის მითითებული, თუმცა ის არ გამორიცხავს ამ გზას და სასამართლოს პრაქტიკაშიც უკვე მიმდინარეობს მსგავსი მიმართვის საფუძველზე საქმეების შესწავლა (კონგო, უგანდა, ცენტრალური აფრიკის რესპუბლიკა).²⁸

პირდაპირი პასუხი იმაზე, სახელმწიფოს მხრიდან მიმართვის დროს ბრალმდებელი საქმის შესწავლისას და გამოძიებისას კონკრეტულ პირთა წრით უნდა შემოიფარგლოს, თუ თვითონ ინიციატორი მხარის მიმართაც აწარმოოს გამოძიება, არსად წერია. თუმცა, როგორც უკვე ითქვა, სახელმწიფოს მხრიდან მიმართვა ხდება გარკვეული „სიტუაციის“ შესასწავლად და ეს აძლევს ბრალმდებელს საშუალებას, საქმე ყოველმხრივ შეისწავლოს და კონკრეტული პირთა წრით არ შემოიფარგლოს.²⁹

მე-13 მუხლი გარკვეულ ბუნდოვანებას შეიცავს იმ ფორმულირებითაც, რომ სახელმწიფო ბრალმდებელს მიმართავს „ჩადენილ“ დანაშაულებთან დაკავშირებით, ანუ სიტყვასიტყვითი გაგებით თუ მიუხედავებით, გამოდის, რომ საუბარია მხოლოდ უკვე ჩადენილ დანაშაულებზე და სასამართლო ვერ განიხილავს იმ დანაშაულებს, რომლებიც ჩადენილ იქნა მიმართვის გაკეთების შემდგომ იმ სიტუაციის ფარგლებში, რაზეც მოხდა საერთოდ მიმართვა. ეს მიდგომა, რა თქმა უნდა, არ იქნებოდა გამართლებული. სასამართლოს უფლებამოსილება მიმდინარე ან ახლად ჩადენილ დანაშაულებზეც (სიტუაციის ფარგლებში) ვრცელდება, წინააღმდეგ შემთხვევაში, ინიციატორ სახელმწიფოს ყოველ ახალ სავარაუდო დანაშაულზე

²⁵ Satzger H., Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden, 2011, § 14, Rn. 12.

²⁶ შუაღ., Meißner J., Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut, München 2003, 53.

²⁷ Junck C., Die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs, Frankfurt am Main, 2006, Rn. 459.

²⁸ შუაღ., Safferling C., Internationales Strafrecht, Heidelberg u.a. 2011, § 7, Rn. 18.

²⁹ Junck C., Die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs, Frankfurt am Main, 2006, Rn. 480.

ახალი მიმართვის გაკეთება მოუწევდა, რაც სავსებით არაპრაქტიკული გზაა.³⁰ რომის სტატუტის 53-ე მუხლში (ნაწ. 1, პუნქტი a), სადაც საუბარია გამოძიების დაწყების წინაპირობებზე, ფორმულირება მკაფიოდ და გასაგებად არის გაკეთებული და მითითებულია უკვე ჩადენილ ან მიმდინარე დანაშაულებზე.

5.2. გაეროს უშიშროების საბჭოს მიმართვა

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს ამოქმედების მეორე მნიშვნელოვანი მექანიზმია გაეროს უშიშროების საბჭოს მიმართვა ბრალმდებლისადმი. თუ დადგება ისეთი სიტუაცია, რომლის ფონზეც ჩნდება ვარაუდი იმისა, რომ ადგილი აქვს სტატუტით გათვალისწინებული დანაშაულების ჩადენას, გაეროს ქარტიის VII თავის ფარგლებში, უშიშროების საბჭოს შეუძლია მიმართოს ბრალმდებელს სიტუაციის შესწავლასთან დაკავშირებით (მუხ. 13, პუნქტი b). თუ რა ფორმით ხდება მიმართვა, იქნება ეს რეზოლუცია თუ არაფორმალური აქტი, კონკრეტულად განსაზღვრული არ არის. თუმცა უშიშროების საბჭო მოქმედებს ქარტიის VII თავის ფარგლებში და იქ საუბარია მშვიდობისათვის შექმნილ საფრთხეებზე, რომლის დასადგენადაც საბჭოს მხრიდან ფორმალური, ოფიციალური აქტის მიღება აუცილებელია, შესაბამისად, იგივე შეიძლება ითქვას ბრალმდებლისათვის მიმართვასთან დაკავშირებითაც.³¹

უშიშროების საბჭოს მხრიდან მიმართვის გაკეთებისა ერთ-ერთი ბოლო მაგალითი იყო რეზოლუციის მიღება ლიბიასთან დაკავშირებით 2011 წლის თებერვალში.³² ეს უკვე მეორე პრეცედენტია იმ სახელმწიფოსთან მიმართებით, რომელიც საერთოდ არ არის რომის სტატუტს მიერთებული.³³ მანამდე მსგავსი რეზოლუცია სუდანთან დაკავშირებით იქნა მიღებული.³⁴ სუდანის პრეზიდენტ უმარ ალ ბაშირზე სასამართლომ დაპატიმრების ბრძანებაც კი გასცა (თუმცა აღსრულება ცალკე საკითხია).

სანამ უშიშროების საბჭო მიმართავს ბრალმდებელს, მანამდე უნდა დადგინდეს მსოფლიო მშვიდობისათვის საფრთხის შექმნა, როგორც ამას გაეროს ქარტიის VII თავი მოითხოვს. აქვს თუ არა ადგილი მშვიდობისათვის საფრთხის შექმნას, ამის შეფასება თვითონ უშიშროების საბჭოზე და მის მუდმივ წევრებზე დამოკიდებულია, რაც თავისთავად საკითხის პოლიტიზებას იწვევს.³⁵ ერთიანი სტანდარტები ამ საკითხზე არ არსებობს და საბჭოს წევრ სახელმწიფოს ნებისმიერ დროს შეუძლია ვეტოს უფლება გამოიყენოს. ლიბიასთან დაკავშირებით გაკეთებულ რეზოლუციაში საუბარი იყო ადამიანური წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებზე (სისტემატური თავდასხმები სამოქალაქო პირებზე და ა.შ.), რომლებიც საფრთხეს უქმნიდნენ რეგიონალურ მშვიდობას და ამით შეიძინეს საერთაშორისო მნიშვნელობა. ამ საერთაშორისო მომენტის გარეშე სამართლებრივად საერთოდ შეუძლებელი იქნებოდა ლიბიის შიდა საქმეებში ჩარევა. ჩვეულებრივ შემთხვევებში, წესრიგის დაცვა თითოეული სახელმწიფოს მოვალეობაა და არა გარედან ჩარეული ძალების.³⁶

ბრალმდებლისათვის მიმართვის უფლებით გაეროს უშიშროების საბჭოს სამართლებრივი ინტერვენციის რეალურად განუსაზღვრელი მექანიზმი მიეცა და ამით შეუძლია ჩაერიოს არამხოლოდ ხელშეკრულების წევრი სახელმწიფოების საქმეებში.³⁷

5.3. ბრალმდებლის მიმართვა

ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფოსა და უშიშროების საბჭოს გარდა, საერთაშორისო სასამართლოს წინაშე საკითხის დაყენებისა შესაძლებელია მნიშვნელოვანი მოთამაშე არის ამ სასამართლოსთან მოქმედი

³⁰ Junck C., Die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs, Frankfurt am Main, 2006, Rn. 489.

³¹ Heilmann D., Die Effektivität des Internationales Strafgerichtshofs, Baden-Baden, 2006, 151.

³² Res. 1970(2011), 26.2.2011.

³³ Frau R., Das Völkerstrafrecht in der jüngsten Praxis des VN-Sicherheitsrates, ZIS, 2011, 784.

³⁴ Res. 1593 (2005), 31.3.2005.

³⁵ Frau R., Das Völkerstrafrecht in der jüngsten Praxis des VN-Sicherheitsrates, ZIS, 2011, 785.

³⁶ იქვე.

³⁷ Safferling C., Internationales Strafrecht, Springer, Heidelberg u.a., 2011, § 7 Rn. 20.

ბრალმდებელი. სტატუტის მე-13 მუხლის c პუნქტი ანიჭებს მას ამ უფლებას, ხოლო უფრო დეტალურად ეს საკითხი წესრიგდება მე-15 მუხლით. ბრალმდებელს, მიღებული ინფორმაციების საფუძველზე, შეუძლია საკუთარი ინციატივით მიმართოს სასამართლოს. ინფორმაციის გადასამოწმებლად ის ეყრდნობა სახელმწიფოების, არასამთავრობო ორგანიზაციების, გაეროს ორგანოების თუ სხვების მიერ მოწოდებულ წყაროებს. თუ ის მიიჩნევს, რომ გამოძიების დასაწყებად საკმარისი მასალები არსებობს, უნდა მიმართოს სასამართლოს წინასაპროცედურო პალატას, რომელიც გადაწყვეტს, მიეცეს თუ არა ბრალმდებელს გამოძიების ოფიციალურად დაწყების უფლება, ხოლო, თუ ბრალმდებელი თავიდანვე ჩათვლის, რომ მიღებული ინფორმაცია არ არის საკმარისი, მაშინ ის ამის შესახებ აცნობებს ინფორმანტებს. ეს, რა თქმა უნდა, არ გამორიცხავს იმას, რომ მოგვიანებით ახალი ფაქტები გამოვლინდეს და პროცესი თავიდან დაიძრას.

საერთო ჯამში, ეს პროცესი შემდეგ ეტაპებს მოიცავს: ბრალმდებლის მიერ მიღებული ინფორმაციების საფუძველზე წინასწარი გამოძიების დაწყება³⁸; სასამართლოს წინასაპროცედურო პალატისათვის მიმართვა გამოძიების დასაწყებად; სამართლის მიერ ნებართვის გაცემა ან არგაცემა.

2008 წლის 14 აგვისტოს, წინასაგამოძიებო მოქმედებები რუსეთ-საქართველოს კონფლიქტთან დაკავშირებითაც დაიწყო. ეს მოხდა ბრალმდებელთან სამოქალაქო ორგანიზაციებისა და ფიზიკური პირების მხრიდან შეტანილი განაცხადების საფუძველზე. საუბარია კონფლიქტის ზონიდან ქართული მოსახლეობის მასობრივ განდევნაზე, მათი სახლების განადგურებაზე იმ ბუფერულ ზონაში, რომელსაც რეალურად რუსეთის არმია აკონტროლებდა და ასევე, ქართული მხრიდან რუსულ სამშვიდობოებზე თავდასხმაზე. კონკრეტული გადაწყვეტილება ამ საქმეებთან დაკავშირებით ჯერჯერობით არ არის მიღებული და წინასაგამოძიებო სტადიაზე იმყოფება. ბრალმდებლის ოფისი რეგულარულად მართავს შეხვედრებს ქართულ და რუსულ მხარეებთან და თვალყურს ადევნებს, თუ როგორ მიდის გამოძიება ადგილზე, ანუ რეალურად მიმდინარეობს დაკვირვების პროცესი და შემდგომ ეტაპზე გადასვლის ვადაზე საუბარი ნაადრევია.³⁹ საქართველოს მსგავსი სიტუაციაა, მაგალითად, კოლუმბიასა და ავღანეთთან დაკავშირებითაც, რომლებზეც, ასევე, დაკვირვება მიმდინარეობს.

5.4. კომპლემენტარულობის პრინციპი

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს მიერ საქმეების განხილვის დაწყებამდე გასარკვევია დასაშვებობის საკითხი, რომელიც კომპლემენტარულობის პრინციპზეა მიბმული. იუგოსლავიისა და რუანდის ტრიბუნალებისაგან განსხვავებით, რომლებიც ნაციონალური სახელმწიფოების სასამართლოების მიმართ უპირატესი მოქმედების უფლებით სარგებლობენ, აქ საქმე გვაქვს ნაციონალური სასამართლოების უპირატესობასთან საერთაშორისო სასამართლოსთან მიმართებით.⁴⁰ უპირველეს ყოვლისა, ყოველთვის უნდა გაირკვეს, მოხდა თუ არა ადგილობრივ დონეზე საქმის სათანადო განხილვა. სახელმწიფოს შეუძლია საკუთარი უწყებების მეშვეობით თვითონვე დაიწყო სათანადო ქმედებები (გამოძიება, სასამართლო და ა.შ.) და ამით თავიდან აიცილოს პროცესების საერთაშორისო სასამართლოს წინაშე წარმართვა.⁴¹ სწორედ იმის თავიდან ასაცილებლად, რომ სახელმწიფომ მოჩვენებით წარმართული გამოძიებით ან სასამართლოთი თავი არ აარიდოს დამნაშავეების რეალურად დასჯას, სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო დასაშვებობის საკითხის გარკვევისას ხელმძღვანელობს არამხოლოდ ფორმალური მომენტებით.

კომპლემენტარულობის პრინციპი ძირითადად მოწესრიგებულია რომის სტატუტის მე-17 მუხლით. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წინაშე საქმე დასაშვებია შემდეგი წინაპირობების არსე-

³⁸ დაწვრ. გამოძიების ეტაპებთან დაკავშირებით, Ambos K., Internationales Strafrecht, 2. Aufl., München, 2008, §8, Rn. 20a და შემდეგი.

³⁹ დაწვრ. ბრალმდებლის ოფისის ანგარიში იხ., <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/63682F4E-49C8-445D-8C13-F310A4F3AEC2/284116/OTPreportonPreliminaryExaminations13December2011.pdf>> [2.2.2013].

⁴⁰ Junck C., Die Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs, Frankfurt am Main, 2006, Rn. 609.

⁴¹ Meißner J., Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut, München, 2003, 66.

ბობის შემთხვევაში: სახელმწიფო არ გამოხატავს ნებას ან არ აქვს გამოძიებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნის სერიოზულად ჩატარების საშუალება (a); სახელმწიფომ ჩაატარა გამოძიება და გადაწყვიტა, დამნაშავე პირის მიმართ საქმე შეეწყვიტა და ეს გადაწყვეტილება არ ეფუძნება სახელმწიფოს სერიოზულ ნებას ან მას არ ჰქონდა ამის საშუალება (b); კონკრეტული პირები ჩადენილი დანაშაულების გამო დაისაჯნენ ადგილობრივი სასამართლოების მიერ, თუმცა ეს პროცესი ემსახურებოდა იმ მიზანს, რომ დამნაშავეები დაეცვათ საერთაშორისო სასამართლოსაგან; გამოძიების დროს ადგილი ჰქონდა პროცესის გაუმართლებლად გაჭიანურებას ან არ ჰქონდა დამოუკიდებლობას და მიუკერძოებლობას ადგილი (c); სასამართლოს შეუძლია უარი თქვას დასაშვებობაზე, თუ საქმე არ არის იმდენად მძიმე, რომ სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლომ იმსჯელოს მასზე.

დასკვნა

სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წვლილი, ზოგადად, საერთაშორისო სამართლის სისტემაში მნიშვნელოვანია და ამაზე ის მიმდინარე საქმეები მიუთითებს, რომლებზეც საუბარია აღნიშნულ სტატიაში. მართალია, ამ სასამართლოს ფარგლებში პროცესის დაწყება საკმაოდ რთულია და დაკავშირებულია პოლიტიკურ პროცესებთან და წლების განმავლობაში მიმდინარე საგამოძიებო მოქმედებებთან, თუმცა ეს არ ნიშნავს, რომ სასამართლო არაეფექტური წარმონაქმნია. პირიქით, მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებები სულ უფრო ხშირად ექცევა საერთაშორისო ყურადღების ცენტრში და წინ მრავალი საინტერესო პროცესი გველის.

International Criminal Court and Its Competencies

Bachana Jishkariani*

International Criminal Court has one of the most important place in modern international criminal justice system. The importance of the issue of criminal responsibility at the international level has been highly increased after the World War II. Thus it can be said that this issue is somehow recent from the historical context, as constant innovations can be implemented on the way of its development.¹ Although Kant much earlier demanded the protection of human rights and peace through international law, the concrete implementation of this idea in the form of a permanent international criminal court was founded only in the twentieth century.²

The present article will focus on separate issues of the authority of this Court. First, there will be discussed a brief history of the development of international criminal law starting with the first period after World War I and ending with the adoption of the Rome Statute. Particular attention will be paid to the establishment of the International Criminal Court preconditions and its place in the international legal system, the differences between ICC and the Ad-hoc tribunals.

There will be discussed in detail the issues related to the jurisdiction of the International Criminal Court such as *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione personae*, *ratione loci*. In addition, there will be reviewed the mechanisms based on which the Court launches into action (*Trigger Mechanisms*), viz. the state's appeal, UN Security Council 's appeal or the appeal of the defendant's side. In this regard reasonable attention is paid to the principle of Complementarity, which allows states to investigate cases referencing the Rome Statute at the local level. Otherwise, the process will be carried out by the International Criminal Court.

ICC 's contribution to the international legal system is very important and it is evident by the processing cases which will be discussed in this article as well. Although the scope of this court to start the process is quite complicated and is related to the recent political process, this does not mean that the court is inefficient. On the contrary, its decisions are increasingly important to the international spotlight and there still are many interesting cases in front.

* Doctor of Law, Associate Professor of East European University.

¹ Contag C., *Der Internationale Strafgerichtshof im System kollektiver Sicherheit*, Baden-Naden, 2009, 44. 2

² Engelhart M., *Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch – eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts*, JURA, 2004, 734.

საქართველოს პრემიერ-მინისტრის კონსტიტუციური სტატუსი (კონსტიტუციის 79-ე მუხლის კომენტარი)

გიორგი კვერენჩილაძე*

შესავალი

2010 წლის 15 ოქტომბერს საქართველოს პარლამენტმა მიიღო კონსტიტუციური კანონი „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის შესახებ“, რითაც დასრულდა 2009 წელს დაწყებული საკონსტიტუციო რეფორმა. ქვეყნის ძირითადი კანონი, რომელმაც საკმაოდ მოცულობითი და მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადა, ფაქტობრივად, ახალი რედაქციით ჩამოყალიბდა. ამის თქმის საფუძველს გვაძლევს ის გარემოება, რომ საკონსტიტუციო რეფორმამ ზეგავლენა მოახდინა სახელმწიფო მმართველობის მოდელზე, საპარლამენტო რესპუბლიკაზე ორიენტირების კუთხით.

კონსტიტუციის ახალი რედაქციის ის ნორმები, რომლებიც სახელისუფლებო განშტოებებს შორის ურთიერთობის ახლებურ, დღევანდელისაგან განსხვავებულ წესებს ადგენენ, ამოქმედდება 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან. შესაბამისად, დარჩენილ პეროდში მიზანშეწონილად მიგვაჩნია ხსენებული ცვლილებების ანალიზი, ასევე, საკონსტიტუციო ცვლილებებთან დაკავშირებით გამოთქმული მოსაზრებებისა თუ შენიშვნების სამომავლოდ გათვალისწინება.

2010 წელს საქართველოში განხორციელებული საკონსტიტუციო რეფორმის ერთ-ერთ უმთავრეს მიზანს სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოთა სისტემაში მთავრობის, როგორც აღმასრულებელი ხელისუფლების უმაღლესი ორგანოს ადგილის განსაზღვრა წარმოადგენდა. შესაბამისად, ახალი რედაქციით ჩამოყალიბდა ძირითადი კანონის 79-ე მუხლის რიგი პუნქტები, რომელიც საქართველოს პრემიერ-მინისტრის კონსტიტუციურ სტატუსს განსაზღვრავს და დიდწილად სწორედ მასზეა დამოკიდებული აღმასრულებელ ხელისუფლებასთან დაკავშირებული სხვა საკითხების კონსტიტუციური რეგლამენტაცია.

მუხლი 79

1. მთავრობის თავმჯდომარეა პრემიერ-მინისტრი.

[1. მთავრობის მეთაურია პრემიერ-მინისტრი. (ამოქმედდეს 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან)]

2. პრემიერ-მინისტრი განსაზღვრავს მთავრობის საქმიანობის მიმართულებებს, ორგანიზაციას უწევს მთავრობის საქმიანობას, ახორციელებს კოორდინაციასა და კონტროლს მთავრობის წევრების საქმიანობაზე, მოახსენებს საქართველოს პრეზიდენტს მთავრობის საქმიანობის შესახებ და პასუხისმგებელია მთავრობის საქმიანობისათვის საქართველოს პრეზიდენტისა და პარლამენტის წინაშე.

[2. პრემიერ-მინისტრი განსაზღვრავს მთავრობის საქმიანობის მიმართულებებს, ორგანიზებას უწევს მთავრობის საქმიანობას, ახორციელებს მთავრობის წევრთა საქმიანობის კოორდინაციასა და კონტროლს. (ამოქმედდეს 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან)]

3. პრემიერ-მინისტრი პარლამენტის მოთხოვნით წარუდგენს მას სამთავრობო პროგრამის შესრულების მიმდინარეობის შესახებ ანგარიშს.

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი.

4. პრემიერ-მინისტრი თავისი უფლებამოსილების ფარგლებში გამოსცემს ინდივიდუალურ სამართლებრივ აქტს – ბრძანებას, აგრეთვე, ახორციელებს სრულ ადმინისტრაციულ ფუნქციებს მთავრობის შენობაში.

5. პრემიერ-მინისტრი პრეზიდენტის თანხმობით ნიშნავს მთავრობის სხვა წევრებს, უფლებამოსილია თანამდებობიდან გაათავისუფლოს მთავრობის წევრები.

[5. პრემიერ-მინისტრი თანამდებობაზე ნიშნავს და თანამდებობიდან ათავისუფლებს მთავრობის სხვა წევრებს.(ამოქმედდეს 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან)]

6. პრემიერ-მინისტრი კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში და წესით თანამდებობაზე ნიშნავს და თანამდებობიდან ათავისუფლებს სხვა თანამდებობის პირებს.

7. პრემიერ-მინისტრის გადადგომა ან მისი უფლებამოსილების შეწყვეტა იწვევს მთავრობის სხვა წევრთა უფლებამოსილების შეწყვეტას. მთავრობის სხვა წევრის გადადგომის ან თანამდებობიდან გათავისუფლების შემთხვევაში პრემიერ-მინისტრი საქართველოს პრეზიდენტის თანხმობით ორი კვირის ვადაში ნიშნავს მთავრობის ახალ წევრს.

[7. პრემიერ-მინისტრის გადადგომა ან მისი უფლებამოსილების სხვაგვარად შეწყვეტა იწვევს მთავრობის სხვა წევრთა უფლებამოსილების შეწყვეტას. მთავრობის სხვა წევრის გადადგომის ან თანამდებობიდან გათავისუფლების შემთხვევაში პრემიერ-მინისტრი ორი კვირის ვადაში ნიშნავს მთავრობის წევრს. (ამოქმედდეს 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან)]

1. პრემიერ-მინისტრის ინსტიტუტი

კონსტიტუციის 79-ე მუხლი საქართველოს პრემიერ-მინისტრის კონსტიტუციურ სტატუსს და უფლებამოსილებებს განსაზღვრავს. თავად სიტყვა „მინისტრი“ ლათინური „ministerium“-იდან მომდინარეობს და თანამდებობას, სამსახურს აღნიშნავს. აქედან წარმოდგება ტერმინები „მინისტრთა კაბინეტი“ და „პრემიერ-მინისტრი“ – აღმასრულებელი ხელისუფლების პირველი თანამდებობის პირი (იმ სახელმწიფოებში, სადაც მთავრობის მეთაურის თანამდებობა განცალკევებულია სახელმწიფოს მეთაურის თანამდებობიდან). განსხვავებულია პრემიერ-მინისტრის თანამდებობის დასახელება ქვეყნების მიხედვით: იტალიასა და პოლონეთში იგი მინისტრთა საბჭოს თავმჯდომარედ იწოდება; გაერთიანებულ სამეფოში, საფრანგეთში, პორტუგალიაში, ფინეთში – პრემიერ-მინისტრად, ანუ პირველ მინისტრად; ესპანეთსა და ჩეხეთში – მთავრობის თავმჯდომარედ; გერმანიაში და ავსტრიაში – ფედერალურ კანცლერად; ბულგარეთსა და უნგრეთში – მინისტრ-თავმჯდომარედ; ინდოეთის შტატებში – მთავარ მინისტრად; ნორვეგიაში და შვედეთში – სახელმწიფო მინისტრად; ლატვიაში – მინისტრთა პრეზიდენტად.¹ ტერმინოლოგიური სხვაობის მიუხედავად, ზოგადად, პრემიერ-მინისტრის უფლებამოსილებები მთავრობის ხელმძღვანელობაში, მის წარმომადგენლობაში, მთავრობის წევრთა საქმიანობის კოორდინაციასა და კონტროლში, მთავრობის სხდომების წარმართვასა და სამთავრობო აქტების გამოცემაში გამოიხატება.

პრემიერ-მინისტრის სამართლებრივი სტატუსი უშუალო კავშირშია სახელმწიფოს მმართველობის ფორმასთან. საპრეზიდენტო რესპუბლიკებსა და აბსოლუტურ მონარქიებში პრემიერ-მინისტრის ინსტიტუტი თითქმის არ არსებობს, რადგან მის ფუნქციებს თავად სახელმწიფოს მეთაური (პრეზიდენტი ან მონარქი) ახორციელებს, რომელიც, იმავდროულად, აღმასრულებელი ხელისუფლების მეთაურსაც წარმოადგენს. შესაბამისად, მთელი სისრულით პრემიერ-მინისტრის, როგორც მთავრობის მეთაურის ინსტიტუტი საპარლამენტო და შერეული მმართველობის მოდელებში ფუნქციონირებს, სადაც იგი დამოუკიდებელი სახელისუფლებო შტოს ცენტრალური ფიგურაა, სახელმწიფოს ლიდერობაზე არსებითი პრეტენზიით (ეს

¹ მელქაძე ო., კონსტიტუციონალიზმი, თბილისი, 2005, 320.

განსაკუთრებით საპარლამენტო მოდელებში შეინიშნება). ინგლისელი კონსტიტუციონალისტის, დუგლას ვ. ვერნის ფორმულა ზედმიწევნით გამოხატავს პრემიერ-მინისტრის ინსტიტუტის შექმნის არსს: „აღმასრულებელი ხელისუფლების მონარქიული ფორმიდან მინისტრთა კაბინეტის ფორმაზე გადასვლა ნიშნავს ერთი პიროვნების შეცვლას კოლექტიური ორგანოს მიერ. მაშინ, როდესაც ძველი რეჟიმების დროს ეს მეფეთა პატივი იყო, პარლამენტარიზმის პირობებში პრემიერ-მინისტრი პირველია მხოლოდ თანასწორთა შორის“².

მთავრობის განსაკუთრებული ადგილი სახელმწიფო მმართველობის სისტემაში აღმასრულებელი ხელისუფლების მეთაურს ფართო უფლებამოსილებებს ანიჭებს, რაც, თავის მხრივ, განაპირობებს პრემიერ-მინისტრის განსაკუთრებულ ადგილს არამხოლოდ სამთავრობო, არამედ სახელისუფლებო სისტემაშიც. ამასთან, უდავოა, რომ პრემიერ-მინისტრის კომპეტენციის და ზეგავლენის რეალური მოცულობა ქვეყნის მოქმედ პარტიულ სისტემაზე დამოკიდებულია. ეს აიხსნება იმ ფაქტორით, რომ საპარლამენტო და შერეული მმართველობის სახელმწიფოებში საპარლამენტო არჩევნებში გამარჯვებული პარტია აკომპლექტებს მთავრობას და როგორც წესი, პრემიერ-მინისტრის თანამდებობასაც ამ პარტიის ლიდერი იკავებს.³

2. ნორმის ისტორია

ქართულ კონსტიტუციონალიზმში მთავრობის, როგორც აღმასრულებელი ხელისუფლების კოლექტიური ორგანოს და მისი მეთაურის ინსტიტუტი პირველად 1921 წლის კონსტიტუციამ გაითვალისწინა. „უმაღლესი მმართველობის აღმასრულებელი ხელისუფლება“ მიეკუთვნა რესპუბლიკის მთავრობას, რომელსაც ხელმძღვანელობდა „მთავრობის თავმჯდომარე“⁴. მთავრობა წარმოადგენდა უმაღლესი მმართველობის კოლექტიურ აღმასრულებელ ორგანოს, რომლის თავმჯდომარეს ერთწლიანი ვადით ირჩევდა პარლამენტი. ამასთან, ერთი და იმავე პირის მთავრობის თავმჯდომარედ არჩევა ზედიზედ მხოლოდ ორჯერ იყო შესაძლებელი. თავის მხრივ, მთავრობის თავმჯდომარე ნიშნავდა („იწვევდა“) მინისტრებს. კონსტიტუცია მთავრობის თავმჯდომარის უფლებამოსილებებს საკმაოდ მწირი სახით წარმოგვიდგენდა, თუმცა, მის არსენალში იმგვარ ბერკეტებს ითვალისწინებდა, რაც, რეალურად, მთავრობის მეთაურისათვის, პრეზიდენტის ინსტიტუტის არარსებობის პირობებში, სახელმწიფოს მეთაურის უფლებამოსილებების მინიჭებას ადასტურებდა.

1921 წლის კონსტიტუციის მიერ მთავრობისა და მთავრობის მეთაურის სამართლებრივი რეგლამენტაცია, იმ პერიოდის კონსტიტუციონალიზმის გამოცდილებითაც, საკმაო თავისებურებით ხასიათდება. ეს თავისებურება, რომელიც კონსტიტუციონალიზმში აღიარებული კლასიკური პრინციპებიდან გადახვევას წარმოადგენდა, შემდეგი ფორმულით შეგვიძლია წარმოვადგინოთ: 1921 წლის კონსტიტუცია აფუძნებდა საპარლამენტო მოდელზე ორიენტირებულ რესპუბლიკურ მმართველობას, თუმცა სახელმწიფოს მეთაურის – პრეზიდენტის გარეშე. კონსტიტუციამ „უმაღლესი მმართველობის აღმასრულებელი ხელისუფლება“ მთავრობას დააკისრა, ხოლო მთავრობის თავმჯდომარე, ფაქტობრივად, სახელმწიფოს მეთაურობასაც ითავსებდა.⁵

1992-1995 წლებში საქართველოში მოქმედი მცირე კონსტიტუციით (1992 წლის 22 დეკემბრის კანონი „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“) აღმასრულებელი ხელისუფლების განხორციელება მინისტრთა კაბინეტს დაეკისრა, რომელიც პასუხისმგებელი იყო პარლამენტისა და სახელმწიფოს მეთაურის წინაშე (მუხლი 22-23). შემოღებულ იქნა პრემიერ-მინისტრის თანამდებობა, რომელიც ინიშნებოდა პარ-

² დუგლას ვ. ვერნი, საპარლამენტო მმართველობა და საპრეზიდენტო მმართველობა, კრებულში: „რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო“, შემდგენელი და ო. მელქაძის რედაქტორობით, თბილისი, 1996, 119.

³ კონსტიტუციონალიზმის პრაქტიკაში ორიგინალურობით გამოირჩევა ისრაელის მაგალითი, სადაც 1996-2001 წლებში პრემიერ-მინისტრი აირჩეოდა საყოველთაო-სახალხო არჩევნების გზით, ქნესეთის არჩევნების პარალელურად.

⁴ საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის მითითებისას ვეყრდნობით: საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის 1921 წლის კონსტიტუცია, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გამოცემა, ბათუმი, 2011.

⁵ კვერენჩილაძე გ., აღმასრულებელი ხელისუფლება და საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუცია, კრებულში „ქართული კონსტიტუციონალიზმის სათავეებთან – საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის 90 წლისთავი“, ბათუმი, 2011, 173.

ლამენტის მიერ, სახელმწიფოს მეთაურის წარდგინებით. მთავრობის სხვა წევრებს კი, პრემიერ-მინისტრის წარდგინებით, ნიშნავდა სახელმწიფოს მეთაური და ამტკიცებდა პარლამენტი (მუხლი 5).

საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუცია, მიღებიდან 2004 წლის 6 თებერვლამდე, არ ითვალისწინებდა პრემიერ-მინისტრის ინსტიტუტს. ეს გარემოება საკმაოდ მარტივად აიხსნება: 1995 წლის კონსტიტუცია ამკვიდრებდა მმართველობის საპრეზიდენტო მოდელს, რომლის პირობებში მთავრობა კოლეგიური ორგანოს სახით არ ფუნქციონირებდა. აღმასრულებელი ხელისუფლების მეთაურს თავად სახელმწიფოს მეთაური – პრეზიდენტი წარმოადგენდა. შესაბამისად, არ იყო გათვალისწინებული არც პრემიერ-მინისტრის თანამდებობა.

ხაზგასასმელია, რომ 1995 წლის კონსტიტუცია, 2004 წლის რეფორმამდე, ითვალისწინებდა სახელმწიფო მინისტრის თანამდებობას, რომელიც შედიოდა მთავრობის შემადგენლობაში, ხელმძღვანელობდა კანცელარიას⁶ და პრეზიდენტის რწმუნებით ასრულებდა მის ცალკეულ დავალებებს (მუხლი 81, პუნქტი 3). კონსტიტუცია არ ითვალისწინებდა სახელმწიფო მინისტრის სხვა უფლება-მოვალეობებს, მით უმეტეს, აღმასრულებელ ფუნქციებს. თუმცა კანონმდებლობამ სახელმწიფო მინისტრს მმართველობით სფეროში იმგვარი უფლებამოსილებები მიანიჭა,⁷ რომ იგი 2004 წლის საკონსტიტუციო რეფორმამდე ქვეყნის პოლიტიკურ ცხოვრებაში ერთგვარად პრემიერ-მინისტრის, სახელმწიფო კანცელარია კი სამთავრობო ორგანოს რანგში იყო მოაზრებული. უნდა აღინიშნოს, რომ 1995 წლის კონსტიტუციით დაფუძნებული საპრეზიდენტო მოდელის რესპუბლიკის პირობებში, 1998 წლიდან მოყოლებული, იყო კოლეგიური მთავრობისა და პრემიერ-მინისტრის ინსტიტუტის შემოღების მცდელობა, მომზადდა და გამოქვეყნდა შესაბამისი საკონსტიტუციო ცვლილების პროექტიც. ექსპერტისათვის მოწვეულ იქნა ცნობილი ამერიკელი კონსტიტუციონალისტი ჰერმან შვარცი, რომელმაც დასვა შეკითხვა: „პრემიერ-მინისტრი რომ გინდათ, თქვენ ხომ საპრეზიდენტო რესპუბლიკა დააფუძნეთ?“⁸ ამ კითხვაში გამოიხატა საქართველოში არსებული საპრეზიდენტო მმართველობის სისტემაში პრემიერ-მინისტრის ინსტიტუტის შემოღების მცდელობის ალოგიკურობა, ვინაიდან კონსტიტუციონალიზმის პრაქტიკა და დოქტრინა ამგვარ მოდელს არ აღიარებს.

თანამედროვე სახით კოლეგიური მთავრობისა და პრემიერ-მინისტრის ინსტიტუტი საქართველოში 2004 წლის 6 თებერვლის საკონსტიტუციო რეფორმის შედეგად დამკვიდრდა. რეფორმამ საპრეზიდენტო რესპუბლიკა ჩაანაცვლა მმართველობის ნახევრად-საპრეზიდენტო მოდელით. ამგვარად ჩამოყალიბდა საქართველოს კონსტიტუციის 79-ე მუხლი, თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ ხსენებულმა მუხლმა გარკვეული ცვლილებები განიცადა 2010 წლის 15 ოქტომბრის საკონსტიტუციო რეფორმით, რომლის ძირითადი მიზანიც მთავრობის აღმასრულებელი ხელისუფლების უმაღლეს ორგანოდ გარდაქმნასა და სახელმწიფოს მეთაურის აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან დისტანცირებაში მდგომარეობდა. სწორედ ამ მიდგომიდან გამომდინარე, ცვლილებები შეეხო 79-ე მუხლის პირველ, მე-2, მე-5 და მე-7 პუნქტებს, ისინი ახალი რედაქციით ჩამოყალიბდა და ამოქმედდება 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან. 2010 წლის 15 ოქტომბრის შემდგომ 79-ე მუხლში ცვლილება არ განხორციელებულა.

3. ნორმის განმარტება

3.1. 79-ე მუხლის პირველი პუნქტი

3.1.1. 79-ე მუხლის პირველი პუნქტი – მოქმედი რედაქცია

79-ე მუხლის პირველი პუნქტი განსაზღვრავს პრემიერ-მინისტრის თანამდებობის კონსტიტუციურ არსს. კერძოდ, მოქმედი რედაქციით, იგი მთავრობის თავმჯდომარეა. კონსტიტუციური ჩანაწერი უნდა გა-

⁶ ეს ტერმინი დაკონკრეტდა კანონმდებლობით „სახელმწიფო კანცელარიის“ სახით.

⁷ იხ., „აღმასრულებელი ხელისუფლების სტრუქტურისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს 1997 წლის 15 აპრილის კანონი, მუხლი 29-31.

⁸ მელქაძე ო., საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2011, 193.

ნიმარტოს იმ კუთხით, თუ რა ადგილი უკავია პრემიერ-მინისტრს აღმასრულებელი ხელისუფლების სისტემაში. იმ გარემოებიდან გამომდინარე, რომ საქართველოში, ნახევრად-საპრეზიდენტო მოდელის რესპუბლიკის პირობებში, დამკვიდრებულია ბიცეფალური მმართველობის სისტემა, მთავრობასთან ერთად აღმასრულებელი ხელისუფლების განხორციელების ქმედითი ბერკეტებით პრეზიდენტიც არის აღჭურვილი. თავად სიტყვა „თავმჯდომარე“ შეიძლება განიმარტოს, როგორც გარკვეული ორგანოს სხდომის წამყვანი,⁹ რაც სრულყოფილად ვერ გამოხატავს მთავრობის უმაღლესი თანამდებობის პირის ხელმძღვანელობით უფლებამოსილებებს, მით უმეტეს, რომ კონსტიტუციის მიხედვით, პრემიერ-მინისტრი, პარლამენტის გარდა, პასუხისმგებელია პრეზიდენტის წინაშეც, მას თანამდებობაზე ნიშნავს და ათავისუფლებს სწორედ პრეზიდენტი.

3.1.2. 79-ე მუხლის პირველი პუნქტი – ახალი რედაქცია

2010 წლის 15 ოქტომბერს საქართველოში განხორციელებული საკონსტიტუციო რეფორმის უმთავრესი მიზნებიდან გამომდინარე, რომლებზეც ზემოთ უკვე იყო საუბარი, ცვლილება შევიდა საქართველოს კონსტიტუციის 79-ე მუხლის პირველ პუნქტში და სიტყვა „თავმჯდომარე“ შეიცვალა სიტყვით „მეთაური“. შედეგად, 79-ე მუხლის პირველი პუნქტის ახალი რედაქციის ამოქმედების შემდეგ (2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან), პრემიერ-მინისტრი ისარგებლებს მთავრობის მეთაურის კონსტიტუციური სტატუსით. სიტყვა „მეთაური“ განიმარტება, როგორც წინამძღოლი, ხელმძღვანელი,¹⁰ რაც ზედმიწევნით, შინაარსობრივი თანხვედრით გამოხატავს აღმასრულებელი ხელისუფლების ლიდერის, უმაღლესი თანამდებობის პირის სამართლებრივ სტატუსს.

ბუნებრივია, პრემიერ-მინისტრის თანამდებობრივი დასახელების ცვლილება მხოლოდ ტერმინოლოგიურ ხასიათს არ ატარებს, იგი შინაარსობრივ, უპირველესად კი კომპეტენციურ ცვლილებებს განაპირობებს. სწორედ ამგვარი ცვლილებები განხორციელდა 2010 წლის საკონსტიტუციო რეფორმით, პრემიერ-მინისტრისა და ზოგადად, მთავრობის უფლებამოსილებებისა და დამოუკიდებლობის ხარისხის გაზრდის კუთხით.

3.2. 79-ე მუხლის მე-2 პუნქტი

3.2.1. 79-ე მუხლის მე-2 პუნქტი - მოქმედი რედაქცია

79-ე მუხლის მე-2 პუნქტით დადგენილია პრემიერ-მინისტრის კომპეტენცია მთავრობასთან მიმართებით, ასევე, მისი პასუხისმგებლობის საფუძვლები და ადრესატები.

წინამდებარე ნორმა ადგენს პრემიერ-მინისტრის ზოგად კონსტიტუციურ კომპეტენციას. კერძოდ, პრემიერ-მინისტრი განსაზღვრავს მთავრობის საქმიანობის მიმართულებებს, ორგანიზაციას უწევს მთავრობის საქმიანობას, ახორციელებს კოორდინაციას და კონტროლს მთავრობის წევრების საქმიანობაზე. ნორმიდან ჩანს, რომ პრემიერ-მინისტრის უფლებამოსილებები ძირითადად მთავრობის საქმიანობას უკავშირდება და მას მარგანიზებული ფუნქცია ეკისრება, შემდგომი კოორდინაციისა თუ კონტროლის კუთხით. კონსტიტუციური ნორმის ანალიზი მიუთითებს, რომ პრემიერ-მინისტრის როლი ზოგადად სახელმწიფოს აღმასრულებელი ხელისუფლების სტრატეგიის განსაზღვრასა და განხორციელებაში უფრო ორგანიზაციული ხასიათისაა. ეს ბუნებრივიცაა, რადგან სახელმწიფოს საშინაო და საგარეო პოლიტიკას ახორციელებს

⁹ ქართული ენის განმარტებითი ლექსიკონი, ერთტომეული, თბილისი, 1986, 236.

¹⁰ იქვე, 288.

პრეზიდენტი, რომელიც, ნახევრად-საპრეზიდენტო მოდელის ბუნებიდან გამომდინარე, აღმასრულებელი ფუნქციების მატარებელიცაა.

პრემიერ-მინისტრის კონსტიტუციური კომპეტენციები, რომლებიც საკმაოდ ზოგადი ხასიათისაა, გაშლილია „საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს 2004 წლის 11 თებერვლის კანონში. კერძოდ, პრემიერ-მინისტრი:

ა) ხელმძღვანელობს მთავრობას, საქართველოს კონსტიტუციის, საკანონმდებლო აქტების, საქართველოს პრეზიდენტის ბრძანებულებებისა და სხვა ნორმატიული აქტების საფუძველზე განსაზღვრავს მთავრობის საქმიანობის მიმართულებებს, ორგანიზებას უწევს მის საქმიანობას;

ბ) კოორდინაციასა და კონტროლს უწევს მთავრობის წევრების საქმიანობას;

გ) პასუხისმგებელია მთავრობის საქმიანობისათვის საქართველოს პრეზიდენტისა და პარლამენტის წინაშე;

დ) საქართველოს პარლამენტის მოთხოვნით წარუდგენს მას ანგარიშს სამთავრობო პროგრამის შესრულების მიმდინარეობის შესახებ;

ე) საქართველოს პრეზიდენტის თანხმობით თანამდებობაზე ნიშნავს მთავრობის სხვა წევრებს, უფლებამოსილია თანამდებობიდან გაათავისუფლოს მთავრობის წევრები.¹¹

პრემიერ-მინისტრი უფლებამოსილია, მთავრობის წევრს დააკისროს პირველი ვიცე-პრემიერის ან ვიცე-პრემიერის მოვალეობის შესრულება, განუსაზღვროს მათ სახელმწიფო მმართველობის სფეროები, სადაც მოხდება აღმასრულებელი ხელისუფლების განხორციელების კოორდინაცია. პრემიერ-მინისტრი, ასევე, ნიშნავს სახელმწიფო მინისტრს პრეზიდენტთან შეთანხმებით, იწვევს და თავმჯდომარეობს მთავრობის სხდომას, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც სხდომა მოიწვევა პრეზიდენტის მიერ. პრემიერ-მინისტრი უფლებამოსილია, გააუქმოს მინისტრის ინდივიდუალურ-სამართლებრივი აქტი.

„საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს კანონი შესაძლებელს ხდის პრემიერ-მინისტრს განესაზღვროს კონკრეტული უფლებამოსილებები საკანონმდებლო აქტებისა და პრეზიდენტის ბრძანებულებების საფუძველზე.

კონსტიტუცია ადგენს პრემიერ-მინისტრის ვალდებულებას, მოახსენოს პრეზიდენტს მთავრობის საქმიანობის შესახებ და მის პასუხისმგებლობას მთავრობის საქმიანობისათვის საქართველოს პრეზიდენტისა და პარლამენტის წინაშე. არც წინამდებარე მუხლში და არც კონსტიტუციის ტექსტში არ იკვეთება, თუ როდის წარუდგენს პრემიერ-მინისტრი მთავრობის საქმიანობის შესახებ ანგარიშს სახელმწიფოს მეთაურს. შესაბამისად, ამგვარი ანგარიშის წარდგენის ვალდებულება პრემიერ-მინისტრს უჩნდება პრეზიდენტის მოთხოვნისთანავე, ან საკუთარი ინიციატივით, ყოველგვარი პერიოდულობის გარეშე. აღნიშნული ინფორმაცია საკმაოდ ზოგადი ხასიათისაა, იგი შესაძლოა ეხებოდეს გარკვეულ პერიოდში ან კონკრეტულ სფეროში მთავრობის მიერ გაწეულ საქმიანობას. რაც შეეხება პრემიერ-მინისტრის პასუხისმგებლობას პრეზიდენტისა და პარლამენტის წინაშე, კონსტიტუციით დაკონკრეტებულია ამ პასუხისმგებლობის საფუძველი – მთავრობის საქმიანობა. პრემიერ-მინისტრი, როგორც მთავრობის თავმჯდომარე, წარმოადგენს მთავრობის საქმიანობისათვის პასუხისმგებლობის მატარებელ სუბიექტს. პრემიერ-მინისტრის პასუხისმგებლობა პრეზიდენტისა და პარლამენტის წინაშე უშუალოდ კონსტიტუციის 78-ე მუხლის პირველი პუნქტიდან გამომდინარეობს.

3.2.2. 79-ე მუხლის მე-2 პუნქტი - ახალი რედაქცია

2010 წლის 15 ოქტომბერს 79-ე მუხლის მე-2 პუნქტი ახალი რედაქციით ჩამოყალიბდა, რომელიც ამოქმედდება 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის

¹¹ პრემიერ-მინისტრის უფლებამოსილებები დეტალურად იხ., „საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 8.

მიერ ფიცის დადების მომენტიდან. აღნიშნული ცვლილება უშუალოდ გამომდინარეობს თავად 2010 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის მიზნებიდან. 79-ე მუხლის მე-2 პუნქტის ახალ რედაქციაში უცვლელი დარჩა პრემიერ-მინისტრის ზოგადი კომპეტენცია მთავრობის საქმიანობასთან მიმართებით. რაც შეეხება პრემიერ-მინისტრის მიერ პრეზიდენტისათვის მთავრობის საქმიანობაზე მოხსენების წარდგენას და მის პასუხისმგებლობას სახელმწიფოს მეთაურისა და პარლამენტის წინაშე, ამგვარ რეგულაციას 79-ე მუხლის მე-2 პუნქტი აღარ ითვალისწინებს. პრემიერ-მინისტრი, როგორც მთლიანობაში მთავრობა, გათავისუფლდა პრეზიდენტის წინაშე პასუხისმგებლობისაგან და ამ პასუხისმგებლობის ადრესატად მხოლოდ საკანონმდებლო ორგანო განისაზღვრა.¹²

3.3. 79-ე მუხლის მე-3 პუნქტი

პრემიერ-მინისტრი პარლამენტის მოთხოვნით წარუდგენს მას ანგარიშს სამთავრობო პროგრამის შესრულების მიმდინარეობის შესახებ. აღნიშნული დებულება გამომდინარეობს, ერთი მხრივ, მთავრობის საკანონმდებლო ორგანოსადმი პასუხისმგებლობის პრინციპიდან და მეორე მხრივ, მთავრობასთან მიმართებით პარლამენტის საკონტროლო უფლებამოსილებებიდან. იმ რეგულაციის გათვალისწინებით, რომ ნდობის გამოცხადება მთავრობის შემადგენლობასთან ერთად სამთავრობო პროგრამისთვისაც ხდება, ამ ნორმით დადგენილი მექანიზმის მეშვეობით პარლამენტი ახორციელებს მთავრობის საქმიანობის კონტროლს.

კონსტიტუცია არ ადგენს პარლამენტის მხრიდან ანგარიშის მოთხოვნის კონკრეტულ თარიღს ან პერიოდულობას. ეს მექანიზმი განსაზღვრულია საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტით (მუხლი 196), რომლის შესაბამისად, პრემიერ-მინისტრი ვალდებულია, პარლამენტს სამთავრობო პროგრამის შესრულების მიმდინარეობის ანგარიში წარუდგინოს წელიწადში ერთხელ, საშემოდგომო სესიის პლენარული სხდომების პირველივე კვირაში. შესაბამისად, პარლამენტის მხრიდან კონკრეტული მოთხოვნის გაგზავნა პრემიერ-მინისტრისათვის საჭირო აღარაა, მისთვის წინასწარ ცნობილია ანგარიშის წარდგენის პერიოდი, რაც ამ ანგარიშის სრულყოფილად მომზადების საშუალებას იძლევა. ამასთან, რეგლამენტმა გაითვალისწინა პარლამენტის მხრიდან პრემიერ-მინისტრისთვის სამთავრობო პროგრამის შესრულების მიმდინარეობის ანგარიშის რიგგარეშე წარდგენის შესაძლებლობა: ამის თაობაზე გადაწყვეტილებას იღებს პარლამენტი, კომიტეტის ან ფრაქციის მოთხოვნის საფუძველზე, პლენარულ სხდომაზე დამსწრეთა ხმების უმრავლესობით, მაგრამ არანაკლებ პარლამენტის წევრთა ერთი მეოთხედისა. ფორმდება შესაბამისი საოქმო ჩანაწერი, იგი ეგზავნება პრემიერ-მინისტრს, რომელსაც განსაზღვრული აქვს ანგარიშის წარდგენისათვის 15 დღიანი ვადა შესაბამისი მოთხოვნის მიღებიდან. იმ გარემოების მიუხედავად, რომ კონსტიტუცია არ ითვალისწინებს პრემიერ-მინისტრის მიერ წარდგენილი ანგარიშის საკანონმდებლო ორგანოში განხილვის პროცედურებს, შესაძლებელია ამგვარი ანგარიში გახდეს მთავრობისათვის უნდობლობის გამოცხადების საკითხის აღძვრის საფუძველი.

3.4. 79-ე მუხლის მე-4 პუნქტი

საქართველოს პრემიერ-მინისტრი, საკუთარი უფლებამოსილებების ფარგლებში, გამოსცემს ინდივიდუალურ-სამართლებრივ აქტს – ბრძანებას. პრემიერ-მინისტრი ახორციელებს სრულ ადმინისტრაციულ ფუნქციებს მთავრობის შენობაში. აღნიშნული უფლებამოსილებები დაკავშირებულია პრემიერ-მინისტრის, როგორც მთავრობის თავმჯდომარის კანონმდებლობით განსაზღვრული კომპეტენციის რეალიზაციასთან. პრემიერ-მინისტრი ორგანიზაციას უწევს მთავრობის საქმიანობას, ახორციელებს კოორდინაციასა და კონტროლს მთავრობის წევრთა საქმიანობაზე. სწორედ ამ ფუნქციების შესასრულებლად გამოსცემს იგი ინდივიდუალური შინაარსის სამართლებრივ აქტს – ბრძანებას. პრემიერ-მინისტრის ბრძანება უკავშირდება

¹² საქართველოს კონსტიტუცია, ახალი რედაქცია, მუხლი 78, პუნქტი პირველი.

მისი, როგორც საჯარო ხელისუფლების მატარებლის მიერ საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილებების შესრულების მიზნით კანონმდებლობის საფუძველზე ცალკეული მოქმედებების განხორციელებას. მაგალითისათვის, პრემიერ-მინისტრის ბრძანებით ხდება ვიცე-პრემიერისათვის, შემდგომი კოორდინაციის მიზნით, სახელმწიფო მმართველობის სფეროს განსაზღვრა; პირველი ვიცე-პრემიერის და ვიცე-პრემიერის მოვალეობის დაკისრება და ფუნქციების განსაზღვრა. პრემიერ-მინისტრის კომპეტენციას მიეკუთვნება მთავრობის კანცელარიის საერთო ხელმძღვანელობა, რომლის ძირითადი ფუნქციებია მთავრობის საქმიანობის ორგანიზაციული უზრუნველყოფა, მთავრობის გადაწყვეტილებების შესრულების კონტროლი. რაც შეეხება პრემიერ-მინისტრის მიერ მთავრობის შენობაში სრული ადმინისტრაციული ფუნქციების განხორციელებას, ეს კომპეტენციაც პრემიერ-მინისტრის ფუნქციების რეალიზაციას უკავშირდება და გულისხმობს გადაწყვეტილებების მიღების უფლებამოსილებას საკადრო, დისციპლინურ და სხვა საკითხებზე.

3.5. 79-ე მუხლის მე-5 პუნქტი

3.5.1. 79-ე მუხლის მე-5 პუნქტი – მოქმედი რედაქცია

წინამდებარე ნორმა პრემიერ-მინისტრს ანიჭებს უფლებამოსილებას, პრეზიდენტის თანხმობით დანიშნოს მთავრობის სხვა წევრები, ასევე, გაათავისუფლოს მთავრობის წევრები. „მთავრობის სხვა წევრებში“ იგულისხმება მინისტრი და სახელმწიფო მინისტრი. მთავრობის წევრებს პრემიერ-მინისტრი ნიშნავს შემდეგ შემთხვევებში: ახალი მთავრობის ფორმირებისას, პარლამენტის მიერ ნდობის გამოცხადებიდან 3 დღეში (კონსტიტუცია, მუხლი 80, პუნქტი 3); ახალი მთავრობის ფორმირებისას, მთავრობის შემადგენლობისათვის ზედიზედ მესამედ ნდობის გამოუცხადებლობის შემთხვევაში, მისი დანიშნვიდან 5 დღის ვადაში (კონსტიტუცია, მუხლი 80, პუნქტი 5), მათ შორის იმ შემთხვევაშიც, როდესაც პარლამენტის დათხოვნა შეუძლებლობელია (კონსტიტუცია, მუხლი 73, პუნქტი 1-ს); მთავრობის წევრის გადადგომიდან ან თანამდებობიდან გათავისუფლებიდან ორი კვირის ვადაში (კონსტიტუცია, მუხლი 79, პუნქტი 7). ყველა ჩამოთვლილ შემთხვევაში პრემიერ-მინისტრის მიერ მთავრობის წევრის დანიშვნა მხოლოდ პრეზიდენტის თანხმობითაა შესაძლებელი. სიტყვა „თანხმობა“ გულისხმობს დასტურს, დადებით პასუხს, შესაბამისად, ნათელია, რომ მთავრობის წევრების კანდიდატურების შერჩევა მეტწილად სახელმწიფოს მეთაურზეა დამოკიდებული. რაც შეეხება თანამდებობიდან გათავისუფლებას, პრემიერ-მინისტრს მთავრობის წევრების გათავისუფლებისას არ ესაჭიროება პრეზიდენტის თანხმობა. ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ პრემიერ-მინისტრის გარდა, მთავრობის სამი წევრის – იუსტიციის, შინაგან საქმეთა და თავდაცვის მინისტრების გათავისუფლების უფლებამოსილება პრეზიდენტსაც აქვს (კონსტიტუცია, მუხლი 73, პუნქტი 1-გ).

3.5.2. 79-ე მუხლის მე-5 პუნქტი – ახალი რედაქცია

2010 წლის 15 ოქტომბერს 79-ე მუხლის მე-5 პუნქტი ახალი რედაქციით ჩამოყალიბდა, რომელიც ამოქმედდება 2013 წლის ოქტომბრის მორიგი საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგად არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან. 79-ე მუხლის მე-5 პუნქტის ახალი რედაქციის შესაბამისად, პრეზიდენტი აღარ მონაწილეობს მთავრობის წევრთა დანიშვნაში, რაც პრემიერ-მინისტრის დისკრეცია გახდა. შესაბამისად, მთავრობის წევრთა როგორც დანიშვნა, ისე გათავისუფლება, სახელმწიფოს მეთაურის მხრიდან ყოველგვარი თანხმობის გარეშე, პრემიერ-მინისტრის კომპეტენციას მიეკუთვნა.

3.6. 79-ე მუხლის მე-6 პუნქტი

წინამდებარე ნორმა პრემიერ-მინისტრს ანიჭებს უფლებამოსილებას, კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში და წესით თანამდებობაზე დანიშნოს და გაათავისუფლოს სხვა თანამდებობის პირები. გამოსაყოფა

ორი მომენტი, კერძოდ: „კანონით“ გათვალისწინებულ შემთხვევებში იგულისხმება კონსტიტუციის გარდა სხვა საკანონმდებლო აქტებით გათვალისწინებული სხვა თანამდებობის პირთა დანიშვნა-გათავისუფლება; და მეორე – „სხვა თანამდებობის პირებში“ იგულისხმება თანამდებობის პირები, რომლებიც არ შედიან მთავრობის შემადგენლობაში. პრემიერ-მინისტრს, კონსტიტუციით გათვალისწინებული შემთხვევების გარდა, კანონმდებლობით მინიჭებული აქვს გარკვეული კატეგორიის თანამდებობის პირთა დანიშვნა-გათავისუფლების უფლებამოსილება. „საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს 2004 წლის 11 თებერვლის კანონი აკონკრეტებს ამ პირთა წრეს. მათ რიცხვს მიეკუთვნება: მთავრობის კანცელარიის უფროსი (მუხლი 13, პუნქტი 2); მინისტრის პირველი მოადგილე და მოადგილე (პრეზიდენტთან შეთანხმებით, მუხლი 24, პუნქტი 1); სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების ხელმძღვანელი (მუხლი 24, პუნქტი 6) და სხვ. „საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს კანონის გარდა, პრემიერ-მინისტრს არაერთი საკანონმდებლო აქტის საფუძველზე მინიჭებული აქვს სხვადასხვა თანამდებობის პირთა დანიშვნა-გათავისუფლების უფლებამოსილება. მაგალითისათვის, კონკურენციისა და სახელმწიფო შესყიდვების სააგენტოს თავმჯდომარე,¹³ აკრედიტაციის ერთიანი ეროვნული ორგანოს – აკრედიტაციის ცენტრის გენერალური დირექტორი;¹⁴ საქართველოს რეფორმებისა და თანამშრომლობის ორგანიზაციის თავმჯდომარე,¹⁵ შემოსავლების სამსახურის უფროსი (ფინანსთა მინისტრის წარდგინებით),¹⁶ საგადასახადო ომბუდსმენი (პარლამენტის თავმჯდომარესთან შეთანხმებით).¹⁷ აღნიშნულ თანამდებობის პირთა ნუსხა საკმაოდ ფართოა და ცალკეული კანონებით არის გათვალისწინებული.

3.7. 79-ე მუხლის მე-7 პუნქტი

3.7.1. 79-ე მუხლის მე-7 პუნქტი – მოქმედი რედაქცია

წინამდებარე ნორმა ითვალისწინებს პრემიერ-მინისტრის გადადგომის ან მისი უფლებამოსილების შეწყვეტის სამართლებრივ შედეგს, რაც იწვევს მთავრობის სხვა წევრების უფლებამოსილების შეწყვეტას. მთავრობის სხვა წევრის თანამდებობიდან გადადგომის ან გათავისუფლების შემთხვევაში მთავრობის ახალი წევრის დანიშვნის წესს და ვადას. „საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს კანონის შესაბამისად (მუხლი 9, პუნქტი 1-ა), პრემიერ-მინისტრის გადადგომა მისი უფლებამოსილების შეწყვეტის ერთ-ერთ საფუძველს წარმოადგენს. გარდა ამისა, პრემიერ-მინისტრს უფლებამოსილება უწყდება გარდაცვალების, მის მიმართ სასამართლოს გამამტყუნებელი განაჩენის კანონიერ ძალაში შესვლის, მთავრობის გადაყენების, იმპიჩმენტის წესით თანამდებობიდან გადაყენების, შეუთავსებელი თანამდებობის დაკავების ან პირადი განცხადების საფუძველზე. ჩამოთვლილ შემთხვევებში პრემიერ-მინისტრის თანამდებობიდან გათავისუფლება ფორმდება პრეზიდენტის აქტით („საქართველოს მთავრობის სტრუქტურის, უფლებამოსილებისა და საქმიანობის წესის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 9, პუნქტი 2), რაც გარკვეულ უხერხულობას იწვევს პრემიერ-მინისტრის გარდაცვალების შემთხვევასთან მიმართებით. თავად პრემიერ-მინისტრის გადადგომის საფუძველი შეიძლება გახდეს სახელმწიფოს მეთაურის ან საკანონმდებლო ორგანოს გადაწყვეტილებასთან მიმართებით მთავრობის ან პირადად პრემიერ-მინისტრის პოზიციების, მათ შორის, პოლიტიკურის, არათანხვედრა. რაც შეეხება საკითხს – უნდა შეუთანხმოს თუ არა პრემიერ-მინისტრმა გადაწყვეტილება მისი გადადგომის თაობაზე მთავრობის სხვა წევრებს (მით უმეტეს, რომ მისი გადადგომა იწვევს მთავრობის სხვა წევრთა უფლებამოსილების შეწყვეტას), მიგვაჩნია, რომ ამგვარი გადაწყვეტილების მიღებისას, პრემიერ-მინისტრი,

¹³ „თავისუფალი ვაჭრობისა და კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 4, პუნქტი 2.

¹⁴ პროდუქტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის კოდექსი, მუხლი 99, ნაწილი 2.

¹⁵ „სსიპ-საქართველოს რეფორმებისა და თანამშრომლობის ორგანიზაციის შექმნის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 6, პუნქტი პირველი.

¹⁶ „შემოსავლების სამსახურის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 6, პუნქტი პირველი.

¹⁷ საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, მუხლი 42, ნაწილი 9.

როგორც მთავრობის თავმჯდომარე, თავისუფალია მთავრობის სხვა წევრთა მოსაზრებებისაგან და იგი გადაწყვეტილებას იღებს ერთპიროვნულად.

79-ე მუხლის მე-7 პუნქტი, ასევე, ითვალისწინებს მთავრობის წევრის (გარდა პრემიერ-მინისტრისა) ინდივიდუალური გადადგომის ან თანამდებობიდან გათავისუფლების საკითხს. ამ შემთხვევაში პრემიერ-მინისტრი, გადადგომიდან ან თანამდებობიდან გათავისუფლებიდან ორი კვირის ვადაში ნიშნავს მთავრობის ახალ წევრს პრეზიდენტის თანხმობით.

3.7.2. 79-ე მუხლის მე-7 პუნქტი – ახალი რედაქცია

2010 წლის 15 ოქტომბერს განხორციელებული საკონსტიტუციო ცვლილებები შეეხო 79-ე მუხლის მე-7 პუნქტსაც. უცვლელი დარჩა პრემიერ-მინისტრის გადადგომის ან მისი უფლებამოსილების სხვაგვარად შეწყვეტის სამართლებრივი შედეგი, რაც მთავრობის სხვა წევრების უფლებამოსილების შეწყვეტაში გამოიხატება. ამასთან, მთავრობის სხვა წევრის (იგულისხმება მინისტრი ან სახელმწიფო მინისტრი) გადადგომის ან თანამდებობიდან გათავისუფლების შემთხვევაში, პრემიერ-მინისტრი ორი კვირის ვადაში ნიშნავს მთავრობის სხვა წევრს, რაზეც მას აღარ ესაჭიროება პრეზიდენტის თანხმობა. ამგვარი ცვლილება 2010 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის მიზნებიდან გამომდინარეობს, რომლის შესაბამისად განხორციელდა პრეზიდენტის დისტანცირება აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან, მთავრობა ჩამოყალიბდა აღმასრულებელი ხელისუფლების უმაღლეს ორგანოდ, ხოლო პრემიერ-მინისტრი – მთავრობის დამოუკიდებელ მეთაურად.

The Constitutional Status of the Prime Minister of Georgia **(The commentary of the Article 79 of the Constitution of Georgia)**

Giorgi Kverenchkhiladze*

The Constitution of Georgia has been finally formulated by constitutional amendment about “The amendments and additional provisions in the Constitution of Georgia” dated in October 15, 2010. The constitution of Georgia had been amended and its provisions noticeable changed by this constitutional amendment. The constitutional reform had influenced on the model of government of the country, from the scope of the fact that Georgia is more oriented in the parliamentary republic. These changes had a big influence on the competences of the Executive branch of the country, as well as the president of Georgia.

Due to the fact that these changes have not yet been put into effect, and shall take effect only the next presidential election from 2010 presidential election, it is important and relevant to make theoretical analysis of the expected norm before its implementation.

The main aim of the article is to analyze and estimate the constitutional role of the Prime Minister in the scope of the Georgian Constitutional reform as he has a crucial role on the way of estimating issues connected with the executive branch of government. Article 79 of the Constitution of Georgia, which defines the competencies of the prime minister, has been changed for many times.

Paper aims to analyze and consider Prime Minister's constitutional status from the scope of constitutional reform as it is related to other issues of constitutional regulation of the executive branch of government. several changes were introduced in Article 79 of the Constitution connected with the characterization the powers of the Prime Minister. Those changes have mainly caused the transformation of the legal status of the Prime minister which will be reviewed in this article as well. On the way of estimation there must be given attention to the the etymological, historical and comparative-international aspects of the institute of Prime – Minister.

the development stages of the executive authority in Georgia will be analyzed by the comparison of the provisions of the 1921 Constitution, the law of 22 December 1922 of “The state government” (so called “Small Constitution”) and the relevant provisions of the 1955 Constitution, which are characterized by some peculiarities.

The basic reasoning applies to the recent powers of the Prime Minister which were applied by the constitutional reform and the comparative analyses of these powers. On the way of analyzing these provisions, there must be set out some directions:

It should be noted that on 15 October 2010 constitutional reforms aimed at establishing an independent executive branch of government in Georgia, as well as reforming the government of Georgia as highest executive body and distancing the president from the executive responsibilities. From this point, there was made the changes in Article 79(1) as the word “chairman” was modified to “head”. That transformation was not only formal as it caused configuration in the competencies of the Prime Minister as well, which is to be the head of the executive branch of government of Georgia.

Nowadays, the analysis of the constitutional norms references that Prime Minister's role in the state's executive branch determination and implementation of a strategy is organizational in nature,

* Doctor of Law, Professor of Ivane Javakishvili Tbilisi State University.

because the President directs and conducts domestic and foreign policies. Since 2013 the competences of the head of state changes, which leads to the enhancement the powers of the Prime Minister.

That means that the Prime Minister, as the entity responsible for the activity will no longer be accountable to the President and the subject of the liability is determined only by the legislative organ, the Parliament of Georgia, since 2013.

It is important that the executive rights of the Prime Minister will be increased after 2013 concerning the appointment of the Ministers' Cabinet as well. From the light of these reforms there will be no requirement for the president's approval and confirmation. The paper also discusses the competencies of the Prime Minister which will not be changed after the constitutional reform.

Studies were made on the basis of a conclusion that the purpose of the 2010 reform, carried out in the distance from the executive branch, the government established as the supreme body of the executive power, and the Prime Minister as an independent commander.

კონსტიტუციის განმარტება და მასთან დაკავშირებული ზოგიერთი პოლიტიკურ-სამართლებრივი ასპექტი

დიმიტრი გეგენავა*

„არ არსებობს ნორმის „სწორი“ განმარტება,
არსებობს მხოლოდ „შესაბამისი“ განმარტება.“¹
აარონ ბარაკი

შესავალი

ნორმის განმარტება და მასთან დაკავშირებული საკითხები სამართალში განსაკუთრებულ ადგილს იკავებს. ერთია სრულყოფილი საკანონმდებლო აქტისა და ნორმის შექმნა, ხოლო მეორე – ამ უკანასკნელის განმარტება და პრაქტიკაში გამოყენება, იმპლემენტაცია. ადვილი წარმოსადგენია, თუ რა მნიშვნელობა ენიჭება კონსტიტუციის ნორმათა ინტერპრეტაციას² იმის გათვალისწინებით, რომ კონსტიტუციას განსაკუთრებული ადგილი უკავია სამართლებრივ სისტემაში, მას ისეთი როლი აკისრია, რომელსაც ვერცერთი სხვა დოკუმენტი იტვირთებს და ჩაანაცვლებს,³ ერთდროულად წარმოადგენს ფილოსოფიას, პოლიტიკას, საზოგადოებასა და სამართალს.⁴ კონსტიტუციის ტექსტის მიზანია მომავალი თაობებისთვის ძირითადი მიმართულების მიცემა, უმრავლესობის კონტროლი და ინდივიდუალურ ღირებულებათა და თავისუფლებათა დაცვა⁵.

არსებობს მთელი რიგი განსხვავებები სამართლის ნორმის განმარტების ზოგად სტანდარტებსა და კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის მეთოდებს შორის, რასაც თავად კონსტიტუციის მიმართ მოქმედი განსხვავებული, განსაკუთრებული სამართლებრივი რეჟიმი განაპირობებს.

სტატიის მიზანია, მოხდეს კონსტიტუციის, როგორც განმარტების ობიექტის მიმართ არსებული სამართლებრივი რეჟიმის ანალიზი, მისი ინტერპრეტაციის მეთოდებისა და პასუხისმგებელი სახელმწიფო ორგანოების უფლებამოსილებათა განხილვა, ჰერმენევტიკის თანამედროვე სტანდარტების გამოყენების თავისებურებების დადგენა კონსტიტუციის განმარტების სფეროში, ასევე, იმ ძირითადი სამართლებრივი და პოლიტიკური ასპექტების გამოკვეთა, რომლებიც თან ახლავს კონსტიტუციური ნორმის ინტერპრეტაციის პროცესს და რომლებიც მნიშვნელოვან ზეგავლენას ახდენს საზოგადოებრივ თუ სახელმწიფოებრივ პროცესებზე.

კვლევა ეფუძნება დასავლეთევროპულ, ასევე, ბრიტანულ და ამერიკულ მიდგომებს, დოქტრინას, თანამედროვე სამართლის ტენდენციებს. სტატიაში განხილული იქნება ჰერმენევტიკის სფეროს წამყვანი მეცნიერებისა და პრაქტიკოსი იურისტების, საერთო და საკონსტიტუციო სასამართლოების მოსამართლეთა შეხედულებები, საქართველოს და საზღვარგარეთის ავტორიტეტულ სასამართლოთა შეფასებები. მოხდება ეროვნული და საერთაშორისო ინსტიტუციების მიერ ინტერპრეტაციის მეთოდების გამოყენების პრაქტიკის შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი.

* სამართლის მაგისტრი, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის დირექტორი, აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

¹ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 769.

² სტატიაში ცნებები: „განმარტება“ და „ინტერპრეტაცია“ სრულიად თანაბარმნიშვნელოვან ცნებებად მოიაზრება და გამოიყენება. (ავტ.)

³ Barak A., Purposive Interpretation in Law, translated from Hebrew by Sari Bashi, Princeton, New Jersey, 2005, 371.

⁴ იქვე, 370.

⁵ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 772.

1. კონსტიტუციის განმარტება სამართლის განმარტების ზოგად ჭრილში

1.1. კონსტიტუცია, როგორც განმარტების საგანი

1.1.1. კონსტიტუციის ადგილი სამართლის სისტემაში

თანამედროვე სამართალში რამდენიმე ინსტიტუტია ისეთი სტატუსის მატარებელი, რომელსაც შეუძლია თავისუფლად შექმნას წარმოდგენა თავად სამართლის სისტემის შესახებ. მსგავს ინსტიტუტებს უპირობოდ განეკუთვნება კონსტიტუცია – სახელმწიფოებრიობის განმსაზღვრელი ერთ-ერთი ნიშანი, რომლის საფუძველზეც ხორციელდება სახელმწიფო ხელისუფლება⁶.

კონსტიტუციას განსაკუთრებული მდგომარეობა უჭირავს და შეუცვლელ ადგილს იკავებს სამართლებრივ სისტემაში⁷, იგი არ შემოიფარგლება მხოლოდ სახელმწიფოებრივი მნიშვნელობის საკითხთა მცირე წრის მოწესრიგებით, ის ურთიერთობების გაცილებით ფართო სპექტრს ეხება⁸, ერთდროულად წარმოადგენს საზოგადოებრივ თუ სახელმწიფო ურთიერთობათა და ინსტიტუციათა ფართო სპექტრს⁹.

კონსტიტუციის მრავალმხრივობის მიუხედავად, იგი არ წარმოადგენს უცვლელ, ხელშეუხებელ სამართლებრივ დოკუმენტს, რომელიც მხარს ვერ უბამს თანამედროვე მოთხოვნებს და წარსულის გადმონაშთად რჩება. ჰოლმსის შეფასებით, კონსტიტუცია მოქნილი, ცოცხალი დოკუმენტია, ხოლო კონსტიტუციის ტექსტი – ცხოვრებაში გატარებული სადამფუძნებლო აქტი¹⁰, რომელიც გამოწვევების, მოთხოვნებისა და საზოგადოებრივი მოთხოვნილებების შესაბამისად უნდა განიცდიდეს ცვლილებებს, ასახავდეს მის თანადროულ ყოფას. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ დაუშვებელია კონსტიტუციაში ცვლილებების გაუაზრებელი და ხშირი განხორციელება, რადგან იგი, თავის მხრივ, მის სამართლებრივ და სოციალურ სტატუსს აკნინებს, ამცირებს მის მიმართ საზოგადოებრივ ნდობას.

კონსტიტუცია მრავალმხრივი დოკუმენტია და წარმოუდგენელია მისი მხოლოდ სამართლებრივ აქტად აღქმა¹¹. იგი უდიდესი სოციალური და პოლიტიკური მნიშვნელობის მატარებელია, ხშირად სოციალური ინტეგრაციის ფუნქციასაც ასრულებს და ერის, საზოგადოების ერთიანობის ჩამოყალიბებას უწყობს ხელს¹². სწორედ კონსტიტუციამ გააერთიანა ინგლისის ბატონობისგან გათავისუფლებული 13 პროვინცია¹³ და „შექმნა ერი“, სახელმწიფო¹⁴.

კონსტიტუციის უზენაესობის პრინციპი, როგორც თავად კონსტიტუციის კლასიკური გაგება შეერთებული შტატებიდან იღებს სათავეს. კონსტიტუციონალიზმის განვითარების ისტორიაში მნიშვნელოვანი წვლილი შეიტანა მოსამართლე მარშალმა და საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებისათვის უმნიშვნელოვანესმა საქმემ – *მერბერი მედისონის წინააღმდეგ*. სწორედ აღნიშნულ საქმეში, საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების გარდა, მარშალმა დაამკვიდრა დაწერილი კონსტიტუციის, როგორც უზენაესი კანონის პრინციპი¹⁵, რომლის მიხედვითაც, კონსტიტუცია იქცა სამართლის უპირველეს, უტყუარ წყაროდ.

რაც შეეხება ევროპას, კონსტიტუციის უზენაესობის პრინციპის დამკვიდრება კელზენის სახელთან არის დაკავშირებული. სწორედ კელზენისეული ძირითადი ნორმა და მისი თეორია დაედო საფუძვლად

⁶ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 141.

⁷ Barak A., *Purposive Interpretation in Law*, translated from Hebrew by Sari Bashi, Princeton, New Jersey, 2005, 371.

⁸ ცნობილაძე პ., საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, ტ. I, თბილისი, 2005, 14; იხ. ციტირება: Хессе К., Основы конституционного права ФРГ, Москва, 32.

⁹ Barak A., *Purposive Interpretation in Law*, translated from Hebrew by Sari Bashi, Princeton, New Jersey, 2005, 370.

¹⁰ Pollack Sh. D., *Constitutional Interpretation as Political Choice*, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 999.

¹¹ ცნობილაძე პ., საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, ტ. I, თბილისი, 2005, 85.

¹² ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 46.

¹³ Токвиль А. Д., *Демократия в Америке*, Перевод В.П. Олейника, Е. П. Орловой, И. А. Малаховой, И. Э. Иванян, Б. Н. Ворожцова, Москва, 1992, 101.

¹⁴ Pollack Sh. D., *Constitutional Interpretation as Political Choice*, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 1000; იხ. ციტირება: *Missouri v. Holland*, 252, U.S. 416 (1920).

¹⁵ Pollack Sh. D., *Constitutional Interpretation as Political Choice*, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 996.

ხსენებული პრინციპის აღზევებას. კელზენისთვის კონსტიტუცია ნებისმიერ სხვა სამართლებრივ აქტზე მაღლა მდგომი დოკუმენტია, რომელსაც უნდა შეესაბამებოდეს ნებისმიერი აქტი თუ ქმედება¹⁶.

მნიშვნელობა არა აქვს სახელმწიფოს უზენაეს კანონს კონსტიტუცია ერქმევა თუ სხვა სამართლებრივი ცნებით აღინიშნება¹⁷, უმთავრესია ის დამოკიდებულება და ადგილი, რომელსაც იგი სახელმწიფოში, ნორმატიული აქტების იერარქიასა და რაც მთავარია, საზოგადოების ცნობიერაში იკავებს. თავად საზოგადოება და ხელისუფლება უნდა იყვნენ კონსტიტუციის უზენაესობის გარანტორები.

1.1.2. კონსტიტუციური ნორმების შინაარსობრივი დატვირთვა

საკონსტიტუციოსამართლებრივი ნორმები სამართალში შეუცვლელ ადგილს იკავებს. ქვეყნის სამართლებრივი სისტემიდან გამომდინარე, შესაძლოა მას არ გააჩნდეს ერთიანი, სისტემატიზებული ძირითადი კანონი, თუმცა არ არსებობს სახელმწიფო, რომელსაც არ გააჩნია საკონსტიტუციოსამართლებრივი – კონსტიტუციური ნორმა. მიუხედავად იმისა, რომ სამართლებრივად კონსტიტუციურ ნორმებს შესაძლოა ნორმატიული აქტების იერარქიის ზედა საფეხური არ ეკავთ (იერარქიის არარსებობის გამო), მათ მაინც განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭებათ და შინაარსიდან გამომდინარე, განსაკუთრებული ავტორიტეტით სარგებლობენ¹⁸.

კონსტიტუციის ტექსტის მიზანია მომავალი თაობებისთვის ძირითადი მიმართულების მიცემა, უძრავ-ლესობის კონტროლი და ინდივიდუალურ ღირებულებათა და თავისუფლებათა დაცვა¹⁹, შესაბამისად, აღნიშნული მიზანი სამართლებრივად სწორედ ნორმებში აისახება, რომლებიც, თავის მხრივ, ასევე, უზრუნველყოფენ სამართლის სისტემის ერთიანობასა და თვითმყოფადობას²⁰.

კონსტიტუცია, კონსტიტუციური ნორმები წარმოადგენს სახელმწიფოში არსებული ნებისმიერი სხვა სამართლებრივი აქტის პირდაპირ თუ არაპირდაპირ წყაროს, საფუძველს, რომელიც განაპირობებს თავად აქტის ლეგიტიმურობას²¹. კონსტიტუციის ნორმებით განისაზღვრება სახელმწიფოს მოწყობიდან დაწყებული ადამიანის ძირითადი უფლებების უზრუნველყოფით დამთავრებული, სახელმწიფოსა და საზოგადოების მშვიდობიანი და უსაფრთხო არსებობისათვის აუცილებელი საკითხები²². „კონსტიტუციური ნორმები აყალიბებს წესებს და პრინციპებს, რომლებიც პოლიტიკური ძალაუფლების მიზნებსა და ლეგიტიმურ გამოყენებას განსაზღვრავს“²³.

დავიდის აზრით, ზოგიერთ სახელმწიფოში კონსტიტუციური ნორმების განსაკუთრებული სტატუსი სწორედ მათი პოლიტიკურობითაა განპირობებული²⁴, თუმცა პოლიტიკურობის ელემენტს მიღმაც ნორმათა ამ კატეგორიას ისეთი სტატუსი აქვს, რომ ისინი ნებისმიერ შემთხვევაში გამორჩეულ ადგილს დაიკავებდნენ სახელმწიფოებრივ თუ საზოგადოებრივ ურთიერთობებში. არსებობს მრავალი მოსაზრება, თუ რას უნდა შეეხებოდეს კონსტიტუციის ნორმები, რომელი სახელმწიფო, პოლიტიკური და სამართლებრივი ინსტიტუტები უნდა იყვნენ წარმოდგენილნი კონსტიტუციის ტექსტში, რა მასშტაბებით უნდა მოხდეს მათი ასახვა და ა.შ.

¹⁶ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel law Review, №39, 2006, 35-36; იხ: ზუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 35; Kelsen H., The Pure Theory of Law, translated from the second (revised and enlarged) German edition by M. Knight, Los Angeles, London, 1970.

¹⁷ მაგ., გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში კონსტიტუცია იწოდება ძირითად კანონად (რუნდგესეტზუცჰ). ამ სახელწოდებას უფრო ისტორიული და პოლიტიკური დატვირთვა გააჩნია, სამართლებრივი სტატუსით იგი სწორედ კონსტიტუცია გახლავთ.

¹⁸ დავიდი რ., თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, თ. ნინიძისა და ე. სუმბათაშვილის თარგმანი, თ. ნინიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2010, 106.

¹⁹ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 772.

²⁰ ცნობილადე პ., საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, ტ. I, თბილისი, 2005, 28.

²¹ ინწკირველი გ. სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2011, 174.

²² ზუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 141.

²³ ტრაიბი ამგვარ წესებს და პრინციპებს ე.წ. „მეტასამართალს“ უწოდებს. იხ., Pollack Sh. D., Constitutional Interpretation as Political Choice, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 994. ix. citireba: L. Tribe, Constitutional Choices (1985), 34.

²⁴ დავიდი რ., თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, თ. ნინიძისა და ე. სუმბათაშვილის თარგმანი, თ. ნინიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2010, 106.

კელზენი ორ რეკომენდაციას იძლევა: 1. კონსტიტუციური ნორმები არ უნდა იყოს ძალზე ზოგადი და ბუნდოვანი; 2 თუკი მსგავსი დებულებები მაინც აღმოჩნდება კონსტიტუციის ტექსტში, აქტის კონსტიტუციურობის დადგენის თაობაზე საქმის განხილვისას სასამართლო მაქსიმალურად უნდა ეცადოს მათი გამოყენებისგან თავის შეკავებას.²⁵ კონსტიტუციური ნორმების კელზენისეული გაგება სრულებით არ გულისხმობს ნორმათა დავიწროვებასა და სპეციალიზებას, უბრალოდ, მისთვის კონსტიტუციაში ძალზე ზოგადი და აბსტრაქციის მაღალი ხარისხის მქონე ნორმების არსებობაა მიუღებელი, რადგან ეს მათ შემდგომ გამოყენებას პრობლემურს ხდის.

კონსტიტუცია არაა ერთადერთი დოკუმენტი, რომელიც შეიცავს ბუნდოვან დებულებებს. მსგავსი რამ შესაძლოა იყოს კოდექსებსა და სხვა სამართლებრივ აქტებშიც²⁶, თუმცა თავისი სტატუსიდან გამომდინარე კონსტიტუციაში მათი არსებობა განსაკუთრებულ უხერხულობასა და სირთულეებს ქმნის. კონსტიტუციური ნორმები უნდა იყოს ზოგადი, აბსტრაქტული, განაზოგადებდეს ინსტიტუტებს, სახელმწიფო ორგანოების უფლება-მოვალეობებსა და კონსტიტუციით გათვალისწინებულ სხვა ცნებებს. მათი ხასიათი უნდა იძლეოდეს სასამართლოს მიერ ნორმათა დავიწროებისა და კონკრეტულ საქმეზე მისადაგების საშუალებას²⁷.

1.2. კონსტიტუციის განმარტების მნიშვნელობა

ისტორიკოსი და მოსამართლე განსხვავებულად უდგება ერთი და იმავე ისტორიული სამართლის ძეგლის განმარტების საკითხს: თუ ისტორიკოსისთვის მნიშვნელოვანია თავად ძეგლის შექმნის პერიოდი, მისი შემქმნელების აზროვნების მასშტაბები, მოსამართლეს აინტერესებს სამართლის ძეგლის მნიშვნელობა კონკრეტული შემთხვევის, დავის გადაწყვეტის კუთხით.²⁸

კონსტიტუცია სამოქმედო დოკუმენტია, რომლის განმარტებითაც ხდება სასამართლო საქმეების გადაწყვეტა.²⁹ მოსამართლე რენქვისთვის აზრით, სწორედ კონსტიტუციის ზოგადი ტექსტი და ნორმების აბსტრაქტული ხასიათი განაპირობებს იმას, რომ სასამართლომ მისი ინტერპრეტაცია მოახდინოს და ამით დაავიწროვოს, კონკრეტულ საქმეს მთავრად იგი³⁰.

თითოეულ კანონს თავისი მიზანი აქვს, რომელიც მოიცავს იმ ეთიკურ, სოციალურ და ეკონომიკურ ასპექტებს, რომელთა გამოყენებითაც კანონი, როგორც სოციალური ინსტიტუტი უნდა აღსრულდეს³¹. კანონის მიზნის მისაღწევად, აუცილებელია, აღნიშნული ასპექტები იქნას გაგებული, აღქმული, მოხდეს მათი შესაბამისი განმარტება. ინტერპრეტაცია (განმარტება) არის მოქმედება, რომლის მიზანი სამართლებრივი ტექსტის ლინგვისტური და შინაარსობრივი მნიშვნელობის რეკონსტრუქციაა.³² სავინის აზრით, აუცილებელია ნორმის განმარტებისას ინტერპრეტატორმა კანონმდებლის მსგავსად იაზროვნოს, რადგან ფაქტობრივად იგი ახდენს ნორმაში ჩადებული აზრის „აღდგენას“³³. ნორმის განმარტების შედეგად ღვინ-

²⁵ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 36; იხ. ციტირება: Kelsen H., Wer soll der Hüter der Verfassung sein? №6, quoted in the Italian translation, in Kelsen H., La giustizia costituzionale, a cura di Carmelo Geraci, primessa di Antonio La Pergola, 1989; kelsen H., La garantie juridictionnelle de la constitution, 1928, 239.

²⁶ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 37.

²⁷ იხ., Ntaba Z.J.V., Constitutional Interpretation: Judicial Activism or Restraint, European Journal of Law Reform, Vol. X, no. 2, 2008, 255.

²⁸ Valauri J. T., Interpretation, Critique, and Adjudication: The Search for Constitutional Hermeneutics, Chicago-Kent Law Review, Vol.76, 2000, 1091; იხ. ციტირება: Emillio Betti, Hermeneutics As the General Methodology of the Geisteswissenschaften (Josef Bleicher trans.), in The Hermeneutic Tradition: From Ast to Ricoeur 159 (Gayle L. Ormiston & Alan D. Schrif eds., 1990).

²⁹ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 767.

³⁰ Ntaba Z.J.V., Constitutional Interpretation: Judicial Activism or Restraint, European Journal of Law Reform, Vol. X, no. 2, 2008, 255.

³¹ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 769.

³² Cisneros L. A., The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction, Constitutional Commentary, Vol. 27, No. 1, 2010, 76; იხ. ციტირება: Solum L. B., District of Columbia v. Heller and Originalism, 103, New York University Law Review, 923, 926-33 (2009).

³³ ციპელიუსი რ., იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, თარგმნა ლ. თოთლაძემ, მ. ტურავას რედაქტორობით, თბილისი, 2009.

დება ის ავთენტური, სავალდებულო მნიშვნელობა, რომელიც შემდგომში უნდა გაითვალისწინონ სახელმწიფო ორგანოებმა, შესაბამისმა თანამდებობის პირებმა და რიგითმა მოქალაქეებმა.

ნორმის განმარტების მნიშვნელობა განსაკუთრებით მაშინ იზრდება, როცა ინტერპრეტაციის ობიექტი კონსტიტუცია, კონსტიტუციური ნორმა გახლავთ. ხშირად კონსტიტუციური ნორმის განმარტება უფლებამოსილი ინტერპრეტატორის მთავარი ფუნქციაა³⁴, რომელსაც შემდგომში შესასრულებლად სავალდებულო ძალა ენიჭება და სავალდებულოა ნებისმიერი სასამართლოსათვის პრაქტიკაში გამოსაყენებლად. კონსტიტუციის განმარტება მოითხოვს დამატებით დაკვირვებასა და დამხმარე მექანიზმების გამოყენებას, რასაც თავად კონსტიტუციური ნორმის თვითმყოფადობა განაპირობებს³⁵, ამასთან, აღსანიშნავია, რომ კონსტიტუციურ ნორმებში ხშირად დაეკლარაციული ხასიათის ტექსტები, პრემბულები, რაც, თავის მხრივ, ფართო ინტერპრეტაციის საშუალებას იძლევა³⁶. ამ ყოველივეს ისიც ემატება, რომ გავრცელებული აზრით, არ არსებობს ნორმის „სწორი“ განმარტება, არსებობს მხოლოდ „სათანადო“, „შესაბამისი“ ინტერპრეტაცია³⁷. აქედან გამომდინარე, განმარტება და მასთან დაკავშირებული მიდგომები შეიძლება მნიშვნელოვნად შეიცვალოს დროთა განმავლობაში, რასაც შესაბამისი პრაქტიკის ცვლილებაც მოჰყვება.

დვორკინის აზრით, კონსტიტუციის განმარტებისას ინტერპრეტატორმა კონსტიტუციის ტექსტის, სასამართლოს ავტორიტეტული გადაწყვეტილებებისა და სხვა პოლიტიკური აქტებიდან უნდა ამოარჩიოს მორალურად უკეთესი განმარტება³⁸. სამწუხაროდ, თეოლოგიაში, ლიტერატურასა და ფილოსოფიაში არსებული განმარტების ანალოგიები საკმაოდ შეზღუდულ დახმარებას სწევენ კონსტიტუციის განმარტებისას³⁹, ამ უკანასკნელის განსაკუთრებული პოლიტიკური, სამართლებრივი და სოციალური მნიშვნელობიდან გამომდინარე.

კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის არსებული პრაქტიკის მიხედვით განისაზღვრება სახელმწიფოს მთელი კანონმდებლობის განმარტებასთან დაკავშირებული მიდგომებიც. კონსტიტუციის განმარტება განაპირობებს შემდგომში ნებისმიერი სხვა სამართლებრივი აქტის მიმართ მოქმედ სამართლებრივ რეჟიმს, ასევე, მომავალში გამოსაცემ აქტთა ძირითად სამართლებრივ ჩარჩოებს.

1.3. კონსტიტუციისა და სამართლის ნორმათა განმარტების ურთიერთმიმართება

სამართლებრივი ჰერმენევტიკა ინტერპრეტაციის სპეციალური, ცალკე მდგომი დარგია მისთვის დამახასიათებელი წესებითა და ამოცანებით⁴⁰ და მისი მიზანია სამართლის ნორმის განმარტება, მისი ტექსტის შინაარსის გაგება. კანონის ნორმის განმარტება განსხვავდება ნებისმიერი სხვა სახის ინტერპრეტაციისგან, მათ შორის, აკადემიური ინტერპრეტაციისგანაც⁴¹. ნორმის განმარტებისთვის გადამწყვეტია მასში მოცემული კანონმდებლის ნება, რომელიც ობიექტურად გამოხატული ნებაა⁴². ნორმის ინტერპრეტაციისას თავდაპირველად უნდა დადგინდეს თავად ტექსტის სიტყვასიტყვითი, პირდაპირი მნიშვნელობა და მხოლოდ ამის შემდეგ განისაზღვროს მისი სამართლებრივი შინაარსი⁴³. ნორმის მიზანი არ წარმოადგენს ფსიქო-

³⁴ მაგ., გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის საკონსტიტუციო სასამართლო; იხ. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, შეადგინა ი. შვაბემ, გერმანულიდან თარგმნა ე. ჩაჩანიძემ, კ. კუბლაშვილის, თ. ნინიძის, ბ. ლოლაძისა და ქ. ერემაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 5.

³⁵ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 161.

³⁶ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 36.

³⁷ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 769.

³⁸ Schauer F., The Occasions of Constitutional Interpretation, Boston University Law Review, Vol. 72, 1992, 736; იხ. ციტირება: Dworkin R., Law's Empire, 355-413, 1989.

³⁹ Sunstein C. R., Six Theses on Interpretation, Constitutional Commentary, Vol. 6, 1989, 91.

⁴⁰ Valauri J. T., Interpretation, Critique, and Adjudication: The Search for Constitutional Hermeneutics, Chicago-Kent Law Review, Vol.76, 2000, 1091; იხ. ციტირება: Emillio Betti, Hermeneutics As the General Methodology of the Geisteswissenschaften (Josef Bleicher trans.), in The Hermeneutic Tradition: From Ast to Ricoeur 159 (Gayle L. Ormiston & Alan D. Schrift eds., 1990).

⁴¹ Pollack Sh. D., Constitutional Interpretation as Political Choice, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 995.

⁴² გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, შეადგინა ი. შვაბემ, გერმანულიდან თარგმნა ე. ჩაჩანიძემ, კ. კუბლაშვილის, თ. ნინიძის, ბ. ლოლაძისა და ქ. ერემაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 3.

⁴³ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 768.

ლოგიურ კატეგორიას, იგი წმინდა ნორმატიული ხასიათისაა: სამართალგაგება, აბსტრაქცია, კონსტრუქცია, რომელიც ტექსტს მიღმა შექმნილი⁴⁴.

კელზენისეული განმარტებით, ნორმა სხვა არაფერია თუ არა ადამიანის ქმედებათა მნიშვნელობა, შესაბამისად ინტერპრეტატორის მთავარი მოვალეობაა ნაგულისხმევის მნიშვნელობის განსაზღვრება.⁴⁵ ინტერპრეტატორი რამდენიმე შესაძლო მნიშვნელობიდან ირჩევს საუკეთესოს, მისი მთავარი მიზანია „ადამიანური“ ენიდან „სამართლებრივ“ ენაზე და პირიქით, თარგმნოს ნორმის შინაარსი.⁴⁶

კონსტიტუციის განმარტება გაცილებით უფრო რთული საკითხია, ვიდრე სხვა ნებისმიერი სამართლებრივი ნორმის განმარტება, ვინაიდან იგი მაღალი სტატუსის მატარებელია, როგორც სამართლებრივი, ისე – პოლიტიკური მნიშვნელობით.⁴⁷ სხვა სამართლებრივი განმარტებისგან განსხვავებით, კონსტიტუციის ინტერპრეტაციისას ყურადღება უფრო მეტად ობიექტურ მიზანზე უნდა გამახვილდეს, იმის გათვალისწინებით, რომ ობიექტურ მიზნობრიობაში წარსული არ უნდა იქნეს დავიწყებული⁴⁸. მარშალის პრინციპებზე დაყრდნობით ჰოლმსი კონსტიტუციას განიხილავდა როგორც დოკუმენტს, რომელმაც „შექმნა ერი“ და რომელიც უნდა იქნას გაგებული მისი ამოქმედებიდან დაგროვებული პრაქტიკის გათვალისწინებით და არა იმ პერიოდის აღქმით, როცა იგი შეიქმნა.⁴⁹ ძირითადი კანონი უნდა განიმარტოს საუკეთესო პოლიტიკური და მორალური ღირებულებების ერთობლივი გამოყენებით, რათა კონსტიტუციური ნორმის ნაგულისხმევ მნიშვნელობასთან მაქსიმალურად იყოს მიახლოებული⁵⁰.

სამართლის ნორმის ინტერპრეტაციის ტრადიციული ხერხები და მეთოდები შესაძლოა სრულიად უსარგებლო აღმოჩნდეს კონსტიტუციური ნორმის განმარტებისას, საჭირო გახდეს მათი კომპილაცია, სხვადასხვა კომბინაციის მოფიქრება, რომლის დროსაც მიღებული ინტერპრეტაცია იქნება ოპტიმალური. შეიძლება ითქვას, რომ კონსტიტუციის განმარტება სამართლის ნორმის ინტერპრეტაციის სპეციალური სახეა, რომელზეც განსხვავებული სამართლებრივი რეჟიმი მოქმედებს თავად კონსტიტუციური ნორმის სამართლებრივი სტატუსისა და მომეტებული ინტერესის გათვალისწინებით, რაც, საბოლოო ჯამში, ინტერპრეტაციის ამ მიმართულების განსაკუთრებულ დელიკატურობასა და ხერხების ინოვაციურობას უსვამს ხაზს.

1.4. კონსტიტუციის განმარტების თანამედროვე მიდგომების ზოგადი მიმოხილვა

სამართლებრივი ტექსტები ყოველთვის არაა ბუნდოვანი, ხშირ შემთხვევაში მათი შინაარსი ნათლადაა გადმოცემული, ასეთ დროს სრულიად უსარგებლოა ინტერპრეტაციის თეორიების მოხმობა. ეს უკანასკნელი მხოლოდ და მხოლოდ ისეთ დროსაა აუცილებელი, როცა ტექსტი ბუნდოვანი ან ორაზროვანია, მისგან ვერ ხდება ნაგულისხმევი აზრის დადგენა.⁵¹ იდეალურ სამყაროში კანონმდებლობა დახვეწილი და მარტივად გასაგები უნდა იყოს, არ უნდა ბაღებდეს სხვაგვარად აღქმის რაიმე ეჭვს. ასე რომ იყოს, სასამართლოებს არ მოუხდებოდათ ნორმის განმარტების თეორიებისა და მეთოდების განვითარება, რათა ისინი უფრო გასაგები და აღქმადი იყოს საზოგადოებისათვის.⁵²

მართალია, მეცნიერებაში ნორმის განმარტების რამდენიმე თეორია არსებობს, თუმცა აუცილებელ სისწორეზე არცერთს გააჩნია პრეტენზია.⁵³ ყველა ეს თეორია გამოცდილი და ნაცადია, რაც მთავარია, ყვე-

⁴⁴ იქვე, 770.

⁴⁵ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 47.

⁴⁶ Shalev G., Interpretation in Law: Chief Justice Barak's Theory, Israel Law Review, Vol. 36, 126.

⁴⁷ Ntata Z.J.V., Constitutional Interpretation: Judicial Activism or Restraint, European Journal of Law Reform, Vol. X, no. 2, 2008, 252.

⁴⁸ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 773.

⁴⁹ Pollack Sh. D., Constitutional Interpretation as Political Choice, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 1000; იხ. ციტირება: Missouri v. Holland, 252, U.S. 416 (1920).

⁵⁰ Sunstein C. R., Six Theses on Interpretation, Constitutional Commentary, Vol. 6, 1989, 95.

⁵¹ Schauer F., The Occasions of Constitutional Interpretation, Boston University Law Review, Vol. 72, 1992, 740.

⁵² Ntata Z.J.V., Constitutional Interpretation: Judicial Activism or Restraint, European Journal of Law Reform, Vol. X, no. 2, 2008, 251-252

⁵³ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 769.

ლა მათგანი თავისებურად სწორია. კონსტიტუციის განმარტების თეორიები თითქმის ორი საუკუნის განმავლობაში ყალიბდებოდა, ვითარდებოდა და იხვეწებოდა. 1990-იან წლებში კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის თეორიებმა მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადა⁵⁴. ამასთან, კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის თეორია უნდა გაიმიჯნოს მეტათეორიისაგან, რომელიც წარმოადგენს თეორიას თეორიის შესახებ. კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის თეორია უნდა იყოს პრაქტიკული და აყალიბდეს როგორც ზოგადად სამართლის, ისე – კონსტიტუციის ტექსტის ინტერპრეტაციის გამოსადეგ მეთოდებს.⁵⁵

შეერთებულ შტატებში ორიგინალისტებს⁵⁶ და ინტერპრეტივისტებს⁵⁷ შორის სამართლებრივი დისპუტი კარგა ხანია მიმდინარეობს. ეს მიმდინარეობები ისევე ემიჯნებიან ერთმანეთს, როგორც კონსერვატორები და ლიბერალები⁵⁸. აღნიშნულ დებატებს ძირითადად აშშ-ის კონსტიტუციის სიძველე განაპირობებს⁵⁹.

სუბიექტური თეორიისთვის მნიშვნელოვანია კანონმდებლის მოტივი და განზრახვა, როდესაც ობიექტური თეორია ყურადღებას ამახვილებს უშუალოდ კანონზე, მასში გამოხატულ კანონმდებლის ობიექტურ ნებაზე.⁶⁰ ორივე თეორიას ბევრი სახელოვანი წარმომადგენელი ჰყავს, რაც, საბოლოო ჯამში, ამ თეორიების მიმართ დამოკიდებულებას იურიდიული ტექნიკის გემოვნების საკითხად აქცევს⁶¹. ორიგინალისტების მოსაზრებით (სუბიექტური თეორია), სამართლებრივი ტექსტის განმარტებისას ყურადღება უნდა გამახვილდეს მისი შემმუშავებლებისა და შემქმნელების მოსაზრებებსა და შეხედულებებზე.⁶² სუბიექტური თეორიით, კონსტიტუცია ერთგვარი სოციალური ხელშეკრულებაა და ნებისმიერი სხვა ხელშეკრულების მსგავსად, ხელშეკრული მხარეების ჭეშმარიტ მიზანს უნდა ემსახურებოდეს, ამ შემთხვევაში – ხალხი და სახელმწიფო⁶³. ორიგინალისტებში გამოყოფენ ორ ძირითად მიმართულებას: ტექსტობრივი და მიზნობრივი ორიგინალიზმი⁶⁴. ორიგინალისტების შეხედულება ხშირად გამოიყენება კონსტიტუციის განმარტებისას და ძალზე იშვიათად, როცა საქმე სხვა საკანონმდებლო აქტის განმარტებას ეხება⁶⁵.

ზოგიერთისთვის მნიშვნელოვანია კონსტიტუციის შემქმნელთა მოსაზრებანი, ზოგისთვის კი ამას სრულიად არ გააჩნია რაიმე ღირებულება⁶⁶ და ეს ყოველივე, მართალია, გემოვნების საკითხია, თუმცა მნიშვნელოვან საკითხს წარმოადგენს უშუალოდ დავის გადაწყვეტის პროცესში. ბრესტის აზრით, ინტერპრეტაციის მიზნებისთვის, ტექსტი და მისი ორიგინალური ისტორია მხოლოდ გასათვალისწინებელია, მათ არ გააჩნიათ სავალდებულო ძალა⁶⁷. იურისტების უმეტესი ნაწილი მიიჩნევს, რომ კონსტიტუციის განმარტებისას გაცილებით მნიშვნელოვანია, გათვალისწინებული იყოს კონსტიტუციის მიმღებთა აზრი, როგორც

⁵⁴ Cisneros L. A., The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction, *Constitutional Commentary*, Vol. 27, No. 1, 2010, 71.

⁵⁵ Barak A., *Hermeneutics and Constitutional Interpretation*, *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1992-1993, 768.

⁵⁶ კონსტიტუციონალიზმის თეორიაში ნორმის განმარტებისას, მის შემქმნელთა ნააზრევისა და მათ მიერ მოაზრებული მნიშვნელობის პრიმატის მომხრეები ორიგინალისტებად იწოდებიან, რადგან მათთვის მნიშვნელოვანია კონსტიტუციის თავდაპირველი, ორიგინალური მნიშვნელობა. იხ. Valauri J. T., *Interpretation, Critique, and Adjudication: The Search for Constitutional Hermeneutics*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.76, 2000, 1092.

⁵⁷ კონტინენტური ევროპის სამართლის ოჯახში არსებობს მსგავსი დაყოფა, თუმცა განსხვავებული სახელწოდებებითაა ცნობილი, ნაცვლად ორიგინალისტებისა და ინტერპრეტივისტებისა (არაორიგინალისტები), ევროპული სამართლებრივი ოჯახი ნორმის ინტერპრეტაციის ამ თეორიებს სუბიექტურსა და ობიექტურს უწოდებს.

⁵⁸ Troper M., *Constitutional Interpretation*, *Israel Law Review*, №39, 2006, 47.

⁵⁹ იქვე.

⁶⁰ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, შეადგინა ი. შვაბემ, გერმანულიდან თარგმნა ე. ჩანანიძემ, კ. კუბლაშვილის, თ. ნინიძის, ბ. ლოლაძისა და ქ. ერემაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 2.

⁶¹ იხ. ხუბუა გ., *სამართლის თეორია*, თბილისი, 2004, 150.

⁶² Cisneros L. A., *The Constitutional Interpretation/Construction Distinction: A Useful Fiction*, *Constitutional Commentary*, Vol. 27, No. 1, 2010, 81.

⁶³ Dorf M. C., *A Comment on Text, Time and Audience Understanding in Constitutional Law*, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 73, 1995, 985.

⁶⁴ ტექსტობრივი ორიგინალიზმის წარმომადგენელია მოსამართლე სკალია. იხ. Fish S., *Intention is All There is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law*, *Cardozo Law Review*, Vol. 29, 2008, 1110.

⁶⁵ Troper M., *Constitutional Interpretation*, *Israel Law Review*, №39, 2006, 47.

⁶⁶ Schauer F., *The Occasions of Constitutional Interpretation*, *Boston University Law Review*, Vol. 72, 1992, 736.

⁶⁷ Valauri J. T., *Interpretation, Critique, and Adjudication: The Search for Constitutional Hermeneutics*, *Chicago-Kent Law Review*, Vol.76, 2000, 1088; იხ. ციტირება: Paul Brest, *The Misconceived Quest for Original Understanding*, 60 *B.U.L. Rev.* 204, 205 (1980).

ობიექტური ნება, ვიდრე თავად კონსტიტუციის პროექტის ავტორების მოსაზრებები (ობიექტური თეორია)⁶⁸. ეს უკანასკნელი პოპულარობით სარგებლობს პრაქტიკოს და მეცნიერ იურისტებს შორის, იგი გაბატონებულ შეხედულებად მიიჩნევა სასამართლო პრაქტიკაში⁶⁹.

ინტერპრეტაციის კიდევ სამი თეორია შეიძლება გამოვყოთ: პირველის თანახმად, ინტერპრეტაცია ცოდნის, შემეცნების ფუნქციაა და ტექსტის ჭეშმარიტი მნიშვნელობის დადგენას გულისხმობს; რეალისტური თეორიის მიხედვით, სამართლის სისტემა აღჭურავს კომპეტენტურ სახელმწიფო ორგანოს, რათა მოახდინოს ნორმის განმარტება (მსგავს უფლებამოსილ ორგანოს ავთენტური ეწოდება და იგი თავისუფალია ნებისმიერი მნიშვნელობა მიანიჭოს, თავისუფლად განმარტოს ტექსტი); შერეული თეორიის თანახმად, ავთენტური ინტერპრეტატორი განმარტავს აქტს სურვილისამებრ, მხოლოდ შემოთავაზებული რამდენიმე მნიშვნელობის შესაბამისად, დადგენილ ჩარჩოებში.⁷⁰ რეალისტური თეორიის თანახმად, ავთენტური ინტერპრეტატორი, როგორც ნორმის განმარტებაზე უფლებამოსილი პირი, თავისუფალია ინტერპრეტაციისას, მიუხედავად იმისა, გამომდინარეობს მსგავსი განმარტება ნორმის ლოგიკური ფორმიდან თუ არა.⁷¹ ავთენტურ განმარტებას ძირითადად იძლევა თავად ნორმის მიმღები სახელისუფლებო ორგანო, რომლის განმარტებასაც შესასრულებლად სავალდებულო ძალა გააჩნია⁷².

ბარაკი უპირატესობას ანიჭებს ე.წ. „მიზნობრივ“ თეორიას, რომლის მიხედვით, მნიშვნელოვანია, ყურადღება გაავამახვილოთ ტექსტის მიზანზე, რომელიც არა ფსიქოლოგიური ან ისტორიული, არამედ მხოლოდ ნორმატიული ხასიათისაა.⁷³ მიზნობრივი ინტერპრეტაციისას მსჯელობა გამყარებული უნდა იყოს ჰერმენევტიკული, ფილოსოფიური, კონსტიტუციური და პრაქტიკული ასპექტებით⁷⁴. აღნიშვნის ღირსია ჰებერლესული ნორმის განმარტების შედარებითსამართლებრივი მეთოდი, რომელიც სხვა სახელმწიფოთა პრაქტიკის ანალიზს უჭერს მხარს.⁷⁵

თანამედროვე სამართალში ინტერპრეტაციის მრავალი მეთოდი და თეორია არსებობს. თითოეული მათგანი გარკვეულწილად საინტერესო და სასარგებლოა, თუმცა, საბოლოო ჯამში, შეუძლებელია არ დაეთანხმო ბარაკს, რომლის თქმითაც, განმარტების თეორიებს შორის არჩევანის გაკეთება პოლიტიკური საკითხია და იგი წარმოადგენს არა რომელიმე პირის ან სასამართლოს, არამედ იურისტთა მთელი თაობების არჩევანს⁷⁶.

2. კონსტიტუციის განმარტების სუბიექტები

2.1. კონსტიტუციის განმარტების უფლებამოსილება

კონსტიტუციის განსაკუთრებული მნიშვნელობიდან გამომდინარე, დაუშვებელია მისი განმარტების უფლებამოსილება ჰქონდეს პირთა ფართო წრეს, პირიქით, ძირითადი კანონი, უპირველეს ყოვლისა, სამართლებრივი აქტია, რომელიც განსაკუთრებულ სიფაქიზესა და პასუხისმგებლობას მოითხოვს. ამ მიზეზით, მის ინტერპრეტატორთა წრე საკმაოდ შეზღუდული უნდა იყოს, თითქმის *numerus clausus*-ით დადგენილი. „ინტერპრეტატორი“ არ გულისხმობს ნებისმიერს, ვინც თავის განმარტებას მისცემს კონსტიტუციურ ნორმას, მასში მოიაზრება უფლებამოსილი სასამართლო ან სხვა სახელმწიფო ორგანო, რომელსაც კელ-

⁶⁸ Dorf M. C., A Comment on Text, Time and Audience Understanding in Constitutional Law, Washington University Law Quarterly, Vol. 73, 1995, 984.

⁶⁹ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, შეადგინა ი. შვაბემ, გერმანულიდან თარგმნა ე. ჩაჩანიძემ, კ. კულაშვილის, თ. ნინიძის, ბ. ლოლაძისა და ქ. ერემადის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 2.

⁷⁰ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 35-36; იხ. ციტირება: Guastini R., Lezioni di Teoria Costituzionale, 2001, 123; Guastini R., L'interpretazione dei Documenti Normativi, 2004, 267.

⁷¹ იქვე, 37.

⁷² ინწკირველი გ., სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2011, 163.

⁷³ Shalev G., Interpretation in Law: Chief Justice Barak's Theory, Israel Law Review, Vol. 36, 127.

⁷⁴ იქვე, 128.

⁷⁵ ზუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 148; იხ. ციტირება: Haberle P., Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als 'fünfter' Auslegungsmethode, in: Juristische Zeitschrift, 1989, 193.

⁷⁶ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 769.

ზენი „ავთენტურ ინტერპრეტატორად“ მოიხსენიებდა⁷⁷. აუცილებელია, ნებისმიერი ორგანო, რომელიც განმარტავს კონსტიტუციას, მოქმედებდეს თავად კონსტიტუციით მინიჭებული უფლებამოსილების საფუძველზე⁷⁸. უფლებამოსილი ინტერპრეტატორის მიერ დადგენილი განმარტება შესაძლებელია მხოლოდ საკანონმდებლო ორგანოს შესაბამისი გადაწყვეტილების საფუძველზე შეიცვალოს⁷⁹, წინააღმდეგ შემთხვევაში, არავითარი მნიშვნელობა ექნება ინტერპრეტაციის უფლებამოსილებას. კანონმდებლის მიერ შემუშავებული ნორმის განმარტების შეცვლა თავად კანონმდებელს შეუძლია უშუალოდ ნორმის შეცვლის გზით. ავთენტურ ორგანობად, ძირითადად, სასამართლოები (როგორც საერთო, ისე საკონსტიტუციო სასამართლოები – დამოკიდებულია სახელმწიფოს მიერ არჩეულ მოდელზე), ასევე, თავად საკანონმდებლო ორგანო და უმაღლესი თანამდებობის პირები მიიჩნევიან. აღნიშნული როდი გულისხმობს, რომ სახელმწიფოში შესაძლოა ყველა მათგანის ინტერპრეტაცია იყოს დაშვებული, ხშირ შემთხვევაში, მხოლოდ ერთი სახეა მიღებული.

აშშ-ის კონსტიტუციამ, რომელიც თავისი სიმარტივეთ, სისადავითა და დახვეწილობით ნამდვილად გამოჩნეულია, კონსტიტუციური ნორმების განმარტების ფართო შესაძლებლობა უმაღლეს სასამართლოს მისცა, რომელიც, კონსტიტუციის თანახმად, სწორედ მისი მთავარი დამცველია.⁸⁰ სასამართლოს მიერ კონსტიტუციის განმარტება არ წარმოადგენს სახელმწიფოსთვის უზენაეს კანონს, თუმცა, როგორც კონსტიტუციის – უზენაესი კანონის ნორმის მნიშვნელობის დამდგენი, ყველასათვის მაგალდებულებელია⁸¹. ხშირად ჩნდება შთაბეჭდილება, რომ მოსამართლეთა მიერ კონსტიტუციის განმარტება ფაქტობრივად კონსტიტუციის „გადაწერა“, თუმცა სამოსამართლო სამართალი კონსტიტუციის განმარტების სფეროში ვერასდროს ჩაანაცვლებს კონსტიტუციის ნორმას, რადგან ეს თავად კონსტიტუციის არსს (სულისკვეთებას) ეწინააღმდეგება.⁸²

შესაძლებელია, სახელმწიფო ორგანოს ან თანამდებობის პირს ჰქონდეს კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის უფლებამოსილება, თუმცა გარკვეულ ფარგლებში და არა განუსაზღვრელად.⁸³ აშშ-ის კონგრესს შეუძლია კონსტიტუციის განმარტება ინსტიტუციურად, რაც საფუძველს ურყევს უმაღლესი სასამართლოს მიერ კონსტიტუციის განმარტების „უმაღლესობას“ ინტერპრეტაციის საკითხებში.⁸⁴ მართალია, საკანონმდებლო ორგანოს აქვს კონსტიტუციის განმარტების უფლებამოსილება, თუმცა, აუცილებელია, გავმიჯნოთ „კარგი ინტერპრეტაცია“ და ინტერპრეტაციის უფლებამოსილება, რაც საკმაოდ რთულია⁸⁵.

რიგ სახელმწიფოებში ძირითადი კანონის განმარტების უფლებით აღჭურვილია სახელმწიფო მეთაური⁸⁶, მთავრობის მეთაური ან სულიერ ლიდერი⁸⁷, თუმცა აღნიშნული მოდელები საკმაოდ იშვიათია და ფართო გავრცელებას ვერ ჰპოვებს მსოფლიოში.

2.2. კონსტიტუციის განმარტება საერთო და საკონსტიტუციო სასამართლოების მიერ

საკანონმდებლო ნორმების განმარტებაზე უფლებამოსილი ორგანო საერთო სასამართლოა (უმაღლესი სასამართლოს უზენაესობით) ამერიკულ მოდელში, ხოლო ევროპულ მოდელში, სადაც ცენტრალიზებული,

⁷⁷ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 38.

⁷⁸ ზუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 162.

⁷⁹ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 38.

⁸⁰ Ntata Z.J.V., Constitutional Interpretation: Judicial Activism or Restraint, European Journal of Law Reform, Vol. X, no. 2, 2008, 255.

⁸¹ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 768.

⁸² Ntata Z.J.V., Constitutional Interpretation: Judicial Activism or Restraint, European Journal of Law Reform, Vol. X, no. 2, 2008, 258.

⁸³ Gerhardt M. J., Judging Congress, Boston University Law Review, Vol. 89-525, 2009, 526.

⁸⁴ იქვე, 527.

⁸⁵ Tusinet M., Is Congress Capable of Conscientious, Responsible Constitutional Interpretation? Some Notes on Congressional Capacity to Interpret the Constitution, Boston University Law Review, Vol. 89, 2009, 499.

⁸⁶ მაგ., საფრანგეთის რესპუბლიკა.

⁸⁷ მაგ., ვატიკანი, ირანის ისლამური რესპუბლიკა.

სპეციალური საკონსტიტუციო კონტროლის ორგანოები არსებობს, უფლებამოსილ ინტერპრეტატორს სწორედ ეს უკანასკნელი წარმოადგენს.⁸⁸

ჰამილტონი ემხრობოდა სასამართლო ხელისუფლების მიერ ნორმისათვის ავტორიტეტული ტექსტობრივი განმარტების მინიჭების უფლებამოსილებას⁸⁹, რომლის განხორციელებისას მოსამართლისათვის გაცილებით მნიშვნელოვანი უნდა იყოს ხალხის ნება-სურვილი, განმტკიცებული კონსტიტუციაში, ვიდრე კანონმდებლებისა, რომლებმაც ამ ნება-სურვილს სამართლებრივი აქტის სტატუსი მიანიჭეს⁹⁰. ინგლისურ სამართალში დამკვიდრებულია აზრი, რომ საკანონმდებლო ნორმის მნიშვნელობა ორ ძირითად ასპექტს მოიცავს: 1. საკუთრივ სიტყვის მნიშვნელობას და 2. მნიშვნელობას, რომელსაც შესაბამისი სასამართლო იძლევა განმარტების შედეგად.⁹¹ მართლმსაჯულების ორგანოები წარმოადგენენ უპირველეს და ყველაზე ლეგიტიმურ ინტერპრეტატორებს, რომელთაც შეუძლიათ ნორმას ყველაზე სრულყოფილი, კანონიერი და „შესაბამისი“ განმარტება მისცენ.

სწორედ განმარტების ფუნქციიდან გამომდინარე, აშშ-ის უმაღლესი (უზენაესი) სასამართლო წარმოადგენს ხელისუფლების ერთ-ერთ პოლიტიკის შექმნელ ორგანოს⁹². რუსეთის ფედერაციაში საერთო სასამართლოებს უმაღლესი (უზენაესი) სასამართლოს ერთიანი ზედამხედველობის ქვეშ შეუძლიათ განავითარონ კონსტიტუციის საკუთარი განმარტებები საკონსტიტუციო კონტროლს მიღმა არსებულ საქმეებზე⁹³; გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთი მთავარი ფუნქციაა კონსტიტუციის ინტერპრეტაცია, რომელსაც სავალდებულო ძალა აქვს⁹⁴.

ნორმის ინტერპრეტაციისას „სამოსამართლო დისკრეცია“ არის მოსამართლის უფლება, რამდენიმე განმარტების ალტერნატივიდან, რომელთაგან ყველა კანონიერია, ამოირჩიოს ერთ-ერთი. ამასთან, ის არც ემოციური და არც მენტალური კატეგორიაა, არამედ წარმოადგენს წმინდა ნორმატიულ მოვლენას, რომლის გარეშეც წარმოუდგენელია ნორმის განმარტება.⁹⁵ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება ყოველთვის მოიცავს რამდენიმე შესაძლო ვარიანტს შორის საუკეთესოს შერჩევის აქტიურ პროცესს. ვარიანტთა რაოდენობა განაპირობებს პოლიტიკურ პროცესებში სასამართლოს როლს სხვადასხვა მოცულობით.⁹⁶

2.3. კონსტიტუციის განმარტება აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ორგანოების მიერ

არასამართლო უფლებამოსილ ინტერპრეტატორთა წრე ძალზე ვიწროა. ადვოკატები, ადმინისტრაციული ორგანოები, სამართლის პროფესორები საქმის განხილვისას მხოლოდ სთავაზობენ სასამართლოს ნორმის ამა თუ იმ განმარტებას, თუმცა, საბოლოოდ, თავად სასამართლოს გადასაწყვეტია, გამოიყენებს თუ არა იგი შემოთავაზებულ ინტერპრეტაციას.⁹⁷ არასამართლო ინტერპრეტატორები ყურადღებას სწირად კონსტიტუციის იდეაზე, სულისკვეთებაზე ამახვილებენ⁹⁸.

⁸⁸ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 38.

⁸⁹ Pollack Sh. D., Constitutional Interpretation as Political Choice, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 995; იხ. ციტირება: The Federalist No. 78, at 521, 525 (A. Hamilton) (J. Cooke ed. 1961).

⁹⁰ Pope J. G., An Approach to State Constitutional Interpretation, Rutgers Law Journal, №14, 1992-1993, 989; იხ. ციტირება: The Federalist No. 78, at 525, Alexander Hamilton, (Jacob E. Cooke ed., 1961); ჰამილტონი ა., დეფერალისტი №78, ფედერალისტური წერილები, ინგლისურიდან თარგმნა გ. ბარამიძემ, თბილისი, 2008, 437.

⁹¹ Ntuba Z.J.V., Constitutional Interpretation: Judicial Activism or Restraint, European Journal of Law Reform, Vol. X, no. 2, 2008, 253.

⁹² Sekhniashvili E., Economic Consequences of the Constitutional Control and the Impact of the Constitutional Justice on the Transitional Economy in Georgia; Constitutional Court as Political Actor in the Political System, National Council for Eurasian and East European Research Carnegie Research Fellowship Program Research Paper, 2010, 27.

⁹³ Hausmaninger H., Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany, and Russia, Tulane European & Civil Law Forum, vol.12, 1997, 36.

⁹⁴ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, შეადგინა ი. შვაბემ, გერმანულიდან თარგმნა ე. ჩაჩანიძემ, კ. კუბლაშვილის, თ. ნინიძის, ბ. ლოლაძისა და ქ. ერემადის რედაქტორობით, თბილისი, 2011, 5.

⁹⁵ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 771.

⁹⁶ Pollack Sh. D., Constitutional Interpretation as Political Choice, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 994.

⁹⁷ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 39.

⁹⁸ იქვე, 46.

აშშ-ის კონგრესი, ფედერალურ დონეზე არსებული სამი ძირითადი კონსტიტუციური სუბიექტიდან ერთ-ერთია, რომელიც იძლევა კონსტიტუციის თავისებურ განმარტებებს.⁹⁹ სახელმწიფო მეთაურს, პარლამენტის თავმჯდომარეს ან პრემიერ-მინისტრს შესაძლოა ჰქონდეთ კონსტიტუციის განმარტების უფლებამოსილება ისეთ შემთხვევებში, როცა დავა საკონსტიტუციო სასამართლოს ან მისი ექვივალენტი ორგანოების განსჯადი არ არის, ან აუცილებელია მოხდეს ნორმის განმარტება მანამ, სანამ დავა გახდება სასამართლოს განსჯადი¹⁰⁰.

საფრანგეთის მეხუთე რესპუბლიკაში მრავლად მოიძებნება მაგალითები, როდესაც რესპუბლიკის პრეზიდენტმა მოახდინა კონსტიტუციის განმარტება.¹⁰¹ 1962 წელს სამართლის პროფესორებისა და პოლიტიკოსების ნაწილის წინააღმდეგობის მიუხედავად, დე გოლმა საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-11 მუხლის განმარტებით, საფრანგეთის რესპუბლიკის პრეზიდენტს მიანიჭა უფლება სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოების მოწყობასთან (სტრუქტურა-ორგანიზებასთან) დაკავშირებული კანონპროექტები გაეტანა რეფერენდუმზე¹⁰². საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-13 მუხლის თანახმად, საფრანგეთის პრეზიდენტი ხელს აწერს მინისტრთა საბჭოს მიერ მიღებულ დადგენილებებს. ფრანგულ ენაზე ნორმა იძლევა ფართო ინტერპრეტაციის საშუალებას: შეუძლებელია დადგინდეს ხსენებული ნორმა დისპოზიციურია თუ იმპერატიული. მიტერანმა ნორმა განმარტა როგორც დისპოზიციური და 1986 წელს უარი განუცხადა პრემიერ-მინისტრს მთავრობის დადგენილების ხელმოწერაზე. ამ უკანასკნელს არ გააჩნდა არანაირი სამართლებრივი საშუალება პრეზიდენტის წინააღმდეგ, ამასთან არ არსებობდა უფლებამოსილი სასამართლო, რომელიც დავას განიხილავდა. შედეგად, უპირატესობა მიენიჭა მიტერანისეულ განმარტებას.¹⁰³

საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების წარმომადგენლები პოლიტიკოსები არიან, რომელთაც გარკვეული პოლიტიკური სიმაპთიები და მიზნები გააჩნიათ. ყოველთვის არსებობს საფრთხე, რომ მათ მიერ განხორციელებული ინტერპრეტაციის მიღმა კონკრეტული პირის, ჯგუფის ვიწრო ინტერესები დგას.¹⁰⁴ არასასამართლო ინტერპრეტატორთა შეხედულებებსა და განმარტებებს იგივე ღირებულება აქვს, როგორც სასამართლოს მიერ განხორციელებულ ინტერპრეტაციას, თუმცა სასამართლოსათვის ისინი სავალდებულო არაა, არ გააჩნია მბოჭავი ძალა.¹⁰⁵ უფლებამოსილ სასამართლოს ისინი ნებისმიერ დროს შეუძლია მიიჩნოს მცდარად და მათ ნაცვლად, დაადგინოს ნორმის მისეული, დამოუკიდებელი განმარტება.

3. კონსტიტუციის განმარტების პოლიტიკურ-სამართლებრივი თავისებურებები

3.1. კონსტიტუციის განმარტების სამართლებრივი ასპექტები

კონსტიტუცია, უპირველეს ყოვლისა, უმაღლესი იურიდიული ძალის მქონე სამართლებრივი დოკუმენტია, რომელსაც უნდა შეესაბამებოდეს ნებისმიერი სხვა აქტი. რაოდენ დიდი პოლიტიკურ-ფილოსოფიური მსოფლმხედველობის მატარებელი არ უნდა იყოს, მისი სამართლებრივი მახასიათებლები მაინც წინა ხაზზეა წამოწეული. უითინგტონის თქმით, პოლიტიკური პრაქტიკა ეხმარება სასამართლოს კონსტიტუციის გაგებაში, თუმცა იგი არ მიიჩნევა რაიმე ღირებულ არგუმენტად კონსტიტუციის განმარტებისას¹⁰⁶.

ინტერპრეტატორი იყენებს აღიარებულ მეთოდებს, რათა მოახდინოს კონსტიტუციის სწორი ინტერპრეტაცია, ამასთან, ითვალისწინებს იმ უნიკალურ მახასიათებლებს, რომლებიც მსგავსი კატეგორიის დოკუმენტზე მუშაობისას წარმოიჩნდება. აუცილებელია არსებობდეს ავთენტური სუბიექტი, რომლის „საინტერპრეტაციო უფლებამოსილება“ მოცემული იქნება შესაბამის სამართლებრივ აქტში (ამ შემთხვევაში,

⁹⁹ Gerhardt M. J., Judging Congress, Boston University Law Review, Vol. 89-525, 2009, 538.

¹⁰⁰ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel law Review, №39, 2006, 39.

¹⁰¹ იქვე, 41.

¹⁰² იქვე.

¹⁰³ იქვე, 42.

¹⁰⁴ იხ., იქვე, 43.

¹⁰⁵ იქვე.

¹⁰⁶ Gerhardt M. J., Judging Congress, Boston University Law Review, Vol. 89-525, 2009, 537.

თავად კონსტიტუციაში, ვინაიდან უმაღლესი იურიდიული ძალის მქონე დოკუმენტის განმარტებას თავად საკონსტიტუციოსამართლებრივი საფუძველი სჭირდება).

ნორმის ინტერპრეტაცია იძენს შესასრულებლად სავალდებულო ძალას, იგი სავალდებულოა ნებისმიერი სასამართლოს თუ სახელმწიფო ორგანოსათვის, განმარტებისგან არასანქცირებული გადახვევა ისჯება კანონით. ნორმის განმარტების პროცესი, წესები სპეციალური სამართალწარმოების გზით საკონსტიტუციო ორგანოს მიერ (ხშირ შემთხვევაში, სასამართლო), შესაბამისი კანონმდებლობის საფუძველზე ხორციელდება, ხოლო ინტერპრეტაციის შედეგი დაკავშირებულია მნიშვნელოვანი სამართლებრივი შედეგების დადგომასთან. მაგ., 1971 წელს საფრანგეთის საკონსტიტუციო საბჭომ ადამიანის უფლებების შესახებ სამართლებრივ აქტებს მიანიჭა კონსტიტუციური სტატუსი, რის შემდეგადაც სიტყვა „კონსტიტუციამ“ შეიძინა გაცილებით ფართო მნიშვნელობა¹⁰⁷.

3.2. კონსტიტუციის განმარტების პოლიტიკური ასპექტები

სასამართლოს მიერ ტექსტის განმარტებას გადამაწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება სასამართლოს, როგორც პოლიტიკური ინსტიტუტის მოქმედების საკითხში.¹⁰⁸ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება ყოველთვის მოიცავს რამდენიმე შესაძლო ვარიანტს შორის საუკეთესოს შერჩევის აქტიურ პროცესს. ვარიანტთა რაოდენობა განაპირობებს პოლიტიკურ პროცესებში სასამართლოს როლს სხვადასხვა მოცულობით¹⁰⁹.

„კონსტიტუციის ნებისმიერი ინტერპრეტაცია მოიცავს პოლიტიკურ არჩევანს“.¹¹⁰ ხშირ შემთხვევაში, არც თავად კონსტიტუციის ტექსტი და არც მისი განმარტების მეთოდოლოგია არ არის მოსამართლეთათვის სავალდებულო ინტერპრეტაციის პროცესში, რის გამოც პოლიტიკოსებისათვის საკმაოდ არაკომფორტულია საკონსტიტუციო სასამართლოსთან ურთიერთობა: წარმოუდგენელია მოსამართლეთა შეფასებების წინასწარჭვრეტა¹¹¹. საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ კონსტიტუციის ინტერპრეტაცია გაცილებით უფრო ახლოსაა პოლიტიკასთან, ვიდრე ნებისმიერი სხვა საკანონმდებლო თუ კანონქვემდებარე აქტის განმარტება.¹¹² მარშალის განმარტების შედეგად იქნა აღიარებული კონსტიტუციის უზენაესობა და მასთან ნებისმიერი სხვა სამართლებრივი აქტის შესაბამისობის სავალდებულობა.¹¹³ ეს გახლდათ შექმნილი პოლიტიკური სიტუაციიდან სასამართლოს გაძლიერებისკენ გადადგმული უსერიოზულესი ნაბიჯი, რომელიც საჭირო დროს საჭირო სიმძლავრით გადაიდგა.

რაც შეეხება არასასამართლო ინტერპრეტატორებს, შეიძლება ითქვას, რომ ისინი ძირითადად სწორედ პოლიტიკური მიზნებით მოქმედებენ და მათთვის სამართლებრივი დებულებები მეორეხარისხოვანია.¹¹⁴ საკმაოდ გავრცელებულია სასამართლოსა და საკანონმდებლო ორგანოების პოლიტიკური ჭიდილის ფაქტები, რომლებიც კონსტიტუციის განმარტების პრიმატს უკავშირდება. ასეთ დროს, მიქვას აზრით, სასამართლომ არ უნდა გაითვალისწინოს კონსტიტუციის კონგრესისეული განმარტება და შეიმუშავოს დამოუკიდებელი, ობიექტური ინტერპრეტაცია¹¹⁵.

¹⁰⁷ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 43-44.

¹⁰⁸ Pollack Sh. D., Constitutional Interpretation as Political Choice, University of Pittsburgh Law Review, Vol. 48, 1987, 991; იხ. ციტირება: Dahl, Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, 6 J. Pub. L. 279 (1957).

¹⁰⁹ იქვე, 994.

¹¹⁰ იქვე.

¹¹¹ Tetzlaff Th., Kelsen's Concept of Constitutional Review Accord in Europe and Assia: The Grand Justice in Taiwan, National Taiwan University Law Review, Vol. 1, 2006, 99.

¹¹² Arnaiz A. S., Constitutional Jurisdiction in Europe: Between Law and Politics, Maastricht Journal, Vol. 111, 1999, 118; იხ. ციტირება: Wroblewski, An outline of a General Theory of Legal Interpretation and Constitutional Interpretation, in J. Igartua (ed.), La interpretation de a Constitution. (III Cursos de Verano en San Sebastian, 1958), 109.

¹¹³ Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 49.

¹¹⁴ იხ., Troper M., Constitutional Interpretation, Israel law Review, №39, 2006, 43.

¹¹⁵ Gerhardt M. J., Judging Congress, Boston University Law Review, Vol. 89-525, 2009, 529.

3.3. კონსტიტუციის განმარტებასთან დაკავშირებული პრობლემები

კონსტიტუციის ინტერპრეტაცია პოლიტიკისა და სამართლის ზღვარზე გამუდმებული სიარულია, როდესაც ძნელია რომელიმე ერთის მხარე დაიჭირო. მიუხედავად იმისა, რომ სამართლის როლი უმნიშვნელოვანესია კონსტიტუციური ნორმის განმარტების პროცესში, ინტერპრეტატორი ვერსად გაექცევა ასე ძლიერად შემოჭრილ პოლიტიკურ ასპექტებსაც, რაც ძალზე ართულებს თავად ნორმის ობიექტური მნიშვნელობის დადგენის პროცესს. პოლიტიკოსების გაუაზრებელი ან პოლიტიკური მოტივებით განპირობებული ქმედებების შედეგად, ხდება პოლიტიკური კრიზისის გამოწვევა, რაც უშუალოდ უკავშირდება ნორმის განმარტების საკითხებს¹¹⁶.

გარკვეული პრობლემების მატარებელია ის ფაქტიც, რომ ევროპული მოდელის ბევრი საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება წარმოადგენს სამართლის პირდაპირ წყაროს და მათ უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭებათ¹¹⁷. შესაბამისად, შესაძლებელია საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ იმგვარი პრაქტიკის ჩამოყალიბება, რომელიც უშუალოდ მას აძლევს ხელს. ხშირ შემთხვევაში, წარმოუდგენელია მოსამართლეთა მიერ კონსტიტუციის ნორმის შეფასებების წინასწარ ვარაუდი.¹¹⁸ ეს პოლიტიკოსთა უმრავლესობას აიძულებს ლავირება მოახდინოს და ეცადოს კონსტიტუციის ინტერპრეტატორის „გულის მოგებას“, რასაც შესაძლოა, პოლიტიკური ფავორიტიზმი მოყვეს.

არანაკლებ პრობლემურია ინტერპრეტაციის თეორიებს შორის არჩევანის გაკეთებაც, რომლის მიხედვითაც განისაზღვრება მთლიანად სამართლებრივი სისტემა, ასევე, ნორმათა შესაძლო განმარტებების მიმართულება. როგორც ბარაკი ამბობს, განმარტების თეორიებს შორის არჩევანის გაკეთება პოლიტიკური საკითხია და იგი იურისტთა მთელი თაობების მიერ გაკეთებული არჩევანის შედეგია¹¹⁹.

დასკვნა

წინამდებარე სტატიაში მიმოხილულ იქნა კონსტიტუციის ინტერპრეტაციასთან დაკავშირებული მნიშვნელოვანი საკითხები, მათ შორის, ხაზი გაესვა კონსტიტუციის განმარტების, როგორც სამართლის ნორმის განმარტების სპეციალური და განსაკუთრებული სახის მახასიათებლებს; კონსტიტუციური ნორმის ინტერპრეტაციაზე პასუხისმგებელ სუბიექტებს, მათ უფლება-მოვალეობებს, უშუალოდ ინტერპრეტაციის სამართლებრივ ხასიათს, მის პოლიტიკურ და სამართლებრივ მახასიათებლებს. გამოიკვეთა ის მნიშვნელოვანი პრობლემები, რომელიც თან სდევს კონსტიტუციური ნორმის განმარტების საკითხს, პოლიტიკისა და სამართლის ზღვარზე არსებული გამოწვევები, რომლებიც წინ უდგას ნებისმიერ ინტერპრეტატორს.

კონსტიტუციის, როგორც უმნიშვნელოვანესი ღირებულებების მატარებელი დოკუმენტის განმარტებისას აუცილებელია, დაცული იქნას ოქროს შუალედი პოლიტიკისა და სამართალს შორის, დაუშვებელია ინტერპრეტატორი მოექცეს რომელიმე პოლიტიკური შეხედულების თუ მოსაზრების გავლენის ქვეშ, იგი საკითხს უნდა უდგებოდეს აბსოლუტური ობიექტურობითა და უდიდესი პასუხისმგებლობით.

აუცილებელია, ავთენტურ ინტერპრეტატორად მიჩნეული იყოს მხოლოდ მართლმსაჯულების უმაღლესი ორგანოები, რომელთა პირდაპირ ამოცანასაც წარმოადგენს სამართლის შეფარდება ან კანონის კონსტიტუციურობის დადგენა; პოლიტიკური თანამდებობის პირებსა და სახელმწიფო ორგანოებს მაქსიმალურად უნდა შეეზღუდოს კონსტიტუციურ ნორმათა სავალდებულო თუ სარეკომენდაციო ხასიათის ინტერპრეტაცია, ვინაიდან ყოველთვის იარსებებს მათ მიერ ობიექტურ ინტერპრეტაციაზე ზემოქმედებისა და მანიპული-

¹¹⁶ მაგ., დე გოლისა და მიტერანისეული საფრანგეთის კონსტიტუციის განმარტების შემთხვევები, როცა პირველი მათგანის ინტერპრეტაციას პრეზიდენტის უფლებამოსილების მნიშვნელოვანი ზრდა მოჰყვა, ხოლო მეორე მათგანის მოქმედებამ პოლიტიკური ცაიტნოტი და გაურკვევლობა გამოიწვია; იხ., Troper M., Constitutional Interpretation, Israel Law Review, №39, 2006, 41-42.

¹¹⁷ Arnaiz A. S., Constitutional Jurisdiction in Europe: Between Law and Politics, Maastricht Journal, Vol. 111, 1999, 124.

¹¹⁸ Tetzlaff Th., Kelsen's Concept of Constitutional Review Accord in Europe and Assia: The Grand Justice in Taiwan, National Taiwan University Law Review, Vol. 1, 2006, 99.

¹¹⁹ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 769.

რების მუდმივი შიში, რაც, საბოლოო ჯამში, ინტერპრეტაციას მხოლოდ და მხოლოდ პოლიტიკური პროცესების რიგით ელემენტად აქცევს და არა მნიშვნელოვან სამართლებრივ მოქმედებად.

Interpretation of The Constitution and Related Legal-Political Aspects

Dimitry Gegenava *

*“There is no "true" interpretation. There is no "true" meaning.
There is only "proper" interpretation.”¹*

Aaron Barak

The interpretation of the norm and allied concerns has a crucial role in jurisprudence. Creation of comprehensive legislative acts and norms vary from the definition and practical use of the latter. Hence it is clear why constitutional norms have such a big importance. Moreover, Constitution has a crucial role in the study of law as it represents jurisprudence, society and philosophy at the very same moment. The main objective of the text of the Constitution is giving direction to the future generations, control of the majority as well as protection of the values and freedoms of the individual.

There are a number of differences between the methods of the definition of the norm of law and the interpretation of the Constitution. However it is caused from the different, exclusive law regime regarding Constitution.

The goals of this article are analyzing the legal regime of Constitution with respect to the object of the interpretation, reviewing the methods of interpretation as well as consideration of the responsibilities of the respective authorities, determination of the modern usage of hermeneutic patterns on the way of constitutional interpretation of the field, hence, identification legal and political aspects which are inherent to the interpretation of the constitutional norm and have significant impact regarding public and political processes.

The study is based on the Westearn European, as well as British and American approaches, doctrine and modern trends in law. There will be reviewed the views of the leading academics of hermeneutics as well as analyzes of the judges of the general and constitutional courts and assessments of the authoritative Georgian and foreign courts. The article will cover the comparative legal analyzes of the usage of the methods of the interpretation by national and international institutions.

The first chapter of the article will be devoted to the definition of the Constitution in general context, as well as to the meaning and importance of the Constitution as the legal-political document. There will be considerably reviewed the place of the Constitution in the system of legal acts, as well as a general overview of modern methods of interpretation.

Chapter II will be focused on the interpretores of the Constitution, viz. those authorized state bodies or officials who are interpreting the text of the Constitution within their competence.

Chapter III will deal with the political and legal aspects of the interpretation of the Constitution, relationship of those features, which ultimately leads to the originality and identity of this kind of interpretation.

* Master of Law, Director of the Prince David Institute for Law, Assistant Professor of East European University.

¹ Barak A., Hermeneutics and Constitutional Interpretation, Cardozo Law Review, Vol. 14, 1992-1993, 769.

2008 წლის აგვისტოში რუსეთის საქართველოში ინტერვენციის კანონიერება ძალის გამოყენების აკრძალვის სამართლის ძრილში

ბექა ძამაშვილი*

შესავალი

რუსეთ-საქართველოს 2008 წლის ომის სამართლებრივი ანალიზი, ბუნებრივია, განსაკუთრებული აქტუალობის მქონეა ქართული საზოგადოებისთვის, თუმცა, უნდა ითქვას, რომ აღნიშნული ომი ბევრად სცდება მხოლოდ კონფლიქტის მხარეთა ინტერესის საგანს იქიდან გამომდინარე, რომ მხარეთა მიერ საკუთარი ქმედების გასამართლებლად დასახელებულ იქნა არაერთი არგუმენტი, რომელიც სიღრმისეულ კვლევას საჭიროებს.

განსახილველ საკითხს კიდევ უფრო მეტად აქტუალურს ხდის ის გარემოება, რომ საქართველოს მიმართ დასავლური სამყაროს დიდი მხარდაჭერისა და ავტორთა უმეტესობის მხრიდან რუსეთის ქმედებების მკაცრი კრიტიკის მიუხედავად,¹ არ არსებობს კონფლიქტის სამართლებრივი შეფასება ისეთი ავტორიტეტული ორგანოს მიერ, რომლის გადაწყვეტილებასაც ექნება შესასრულებლად სავალდებულო ძალა. გაეროს წესდების შესაბამისად, შესასრულებლად სავალდებულო გადაწყვეტილების მიღების პრეროგატივა აქვს უშიშროების საბჭოს² ან მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს³. ბუნებრივია, იმ პირობებში, როდესაც კონფლიქტის მხარე არის ვეტოს უფლებით აღჭურვილი უშიშროების საბჭოს მუდმივი წევრი⁴, შეუძლებელია ქართულმა მხარემ ამ ორგანოს მეშვეობით რუსეთის წინააღმდეგ ზომების მიღება მოახერხოს. რაც შეეხება მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს, მართალია, 2008 წლის 12 აგვისტოს საქართველომ გაეროს მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოში რუსეთის ფედერაციის წინააღმდეგ სარჩელი შეიტანა, მაგრამ რაც არ უნდა პარადოქსულად ჩანდეს, საქართველოს სარჩელი არ ეყრდნობოდა ძალის გამოყენების სამართლის ნორმების დარღვევას. ამის მიზეზი გახლდათ ის, რომ რუსეთს არ ჰქონდა აღიარებული სასამართლოს იურისდიქცია აღნიშნულ საკითხებთან დაკავშირებით.⁵ შესაბამისად, რუსეთის მიერ საქართველოს წინააღმდეგ ძალის გამოყენების კანონიერების შეფასება შეუძლებელი აღმოჩნდა სასამართლოს მხრიდანაც.

ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით, მიზანშეწონილია, მოხდეს რუსეთის საქართველოში ინტერვენციის კანონიერების შეფასება საერთაშორისო სამართლებრივი ნორმების ანალიზის საფუძველზე. აქვე უნდა ითქვას, რომ, როგორც აღინიშნა, რუსეთ-საქართველოს ომი საერთაშორისო სამართლის ბევრ საკითხთან მიმართებით ბადებს კითხვის ნიშნებს, თუმცა ნაშრომის ფარგლებში განხილული იქნება უშუალოდ ინტერვენციის კანონიერება ძალის გამოყენების აკრძალვის სამართლის ფარგლებში, რადგან სწორედ ინტერვენცია გახდა ნებსიმიერი სხვა დარღვევის წინაპირობა.

დასახული მიზნის მისაღწევად განხილული იქნება რუსული მხარის ყველა არგუმენტი საქართველოში ინტერვენციის გასამართლებლად. კერძოდ, საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, გაანალიზდება, რუსეთს შეეძლო თუ არა საქართველოში ინტერვენცია შემდეგი საფუძვლებიდან ერთ-ერთით მაინც: 1. სამხრეთ ოსეთში მცხოვრები რუსეთის მოქალაქეების დაცვა; 2. სამხრეთ ოსეთში მყოფი რუსი

* სამართლის მაგისტრი, დოქტორანტი (ოსუ).

¹ Okowa P, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, The Hague Justice Portal, 2009, 3.

² იხ., გაეროს წესდების 24-ე მუხლი.

³ იხ., გაეროს წესდების მე-14 თავი.

⁴ იხ., გაეროს წესდების 23-ე და 27-ე მუხლები.

⁵ Okowa P, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, The Hague Justice Portal, 2009, 3.

მშვიდობისმყოფელების დაცვა; 3. ჰუმანიტარული ინტერვენცია; 4. მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულება, ე.წ. Responsibility to Protect; 5. სხვა.⁶

განსახილველ საკითხებთან მიმართებით კვლევის ფარგლებში გაანალიზდება სხვადასხვა ავტორის მოსაზრებები, საერთაშორისო სასამართლოების რელევანტური გადაწყვეტილებები და სამართლებრივი ნორმები. აგრეთვე, განხილულ იქნება ევროკავშირის ეგიდით შექმნილი საქართველოში კონფლიქტთან დაკავშირებული ფაქტების დამდგენი საერთაშორისო დამოუკიდებელი მისიის მოსაზრებები (შემდგომში „ტალიავინის კომისია“).⁷

1. რუსეთის მხრიდან საქართველოში ინტერვენციის გამართლების მცდელობა თავდაცვის უფლების საფუძველზე

გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის მიხედვით, აკრძალულია ძალის გამოყენება სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის, პოლიტიკური დამოუკიდებლობისა და გაეროს მიზნებთან შეუსაბამო ნებისმიერი სხვა ფორმით. რუსეთის მხრიდან 2008 წლის აგვისტოში საქართველოს ტერიტორიაზე ინტერვენციით დაირღვა, როგორც საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობა, ისე პოლიტიკური დამოუკიდებლობა, რადგან სახელმწიფოს შიდა პოლიტიკის საგანს წარმოადგენს, როგორ მოხდება სეპარატისტულ რეგიონთან ურთიერთობა. აღნიშნულიდან გამომდინარე, რუსეთის მხრიდან გაეროს წესდების აშკარა დარღვევას ექნება ადგილი, თუ თავად წესდებით გათვალისწინებული გამონაკლისი შემთხვევა არ იარსებებს, როდესაც დასაშვებია ძალის გამოყენება.⁸

როგორც გაეროს წესდებით, ისე ჩვეულებითი სამართლით, ძალის გამოყენება ნებადართულია უშიშროების საბჭოს ნებართვის არსებობისას ან თავდაცვის უფლების განხორციელებისას.⁹ არავინ ზღის სადავოს იმ გარემოებას, რომ რუსეთს უშიშროების საბჭოსგან საქართველოში ძალის გამოყენების ავტორიზაცია არ ჰქონია, ამიტომ მისი ინტერვენციის კანონიერება მთლიანად დამოკიდებულია იმაზე, რამდენად მოქმედებდა რუსეთი თავდაცვის ფარგლებში. სწორედ თავდაცვის უფლებაზე მითითებით სცადა რუსეთის მხრიდან ძალის გამოყენების გამართლება რუსეთის ელჩმა გაეროში, ვიტალი ჩურკინმა, უშიშროების საბჭოს პრეზიდენტისადმი 2008 წლის 11 აგვისტოს გაგზავნილი წერილით.¹⁰

აღსანიშნავია, რომ გაეროს წესდების 51-ე მუხლის მიხედვით, თავდაცვის უფლება არსებობს სახელმწიფოს წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმის საპასუხოდ. აღნიშნულ ნორმაზე დაყრდნობით, ავტორთა ნაწილი დაუშვებლად მიიჩნევს რუსეთის მხრიდან თავდაცვის უფლებაზე აპელირებას იმ ფონზე, როდესაც რუსეთის ტერიტორიაზე საქართველოს მხრიდან თავდასხმა არ განხორციელებულა.¹¹ თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, რომ რუსული მხარის პოზიციით, რუსეთის წინააღმდეგ თავდასხმას უდრიდა სამხრეთ ოსეთში მყოფი მისი მოქალაქეებისა და მშვიდობისმყოფელების წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმა და სწორედ ამის საპასუხოდ განხორციელდა თავდაცვის უფლება.¹² აღნიშნულიდან გამომდინარე, აუცილებელია გაანალიზდეს, რამდენად გამართლებულია სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მყოფი მოქალაქეების ან მშვიდობო ძალების დასაცავად ძალის გამოყენება საერთაშორისო სამართლის მიხედვით.

⁶ Lott A, The Tagliavini Report Revisited: Jus ad Bellum and the Legality of the Russian Intervention in Georgia, *Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law*, 28(74), 2012, 12.

⁷ ალექსიძე ლ, საქართველოში კონფლიქტთან დაკავშირებული ფაქტების დამდგენი საერთაშორისო დამოუკიდებელი მისიის მოხსენების საერთაშორისო სამართლებრივი ასპექტები, საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი, №1, 2010, 5.

⁸ Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Volume II, September 2009, 264.

⁹ Franck T, Who Killed Article 2(4), *The American Journal of International Law*, 64, 1970, 810-812.

¹⁰ Petro N, The Legal Case for Russian Intervention in Georgia, *Fordham International Law Journal*, 32, 2009, 1525-1526.

¹¹ Allison R, The Russian Case for Military Intervention in Georgia: International Law Norms and Political Calculation, *European Security*, 18(2), 2009, 176-177; Toomey M, The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?, *Temple International and Comparative Law Journal*, 23(2), 2009, 464.

¹² Toomey M, The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?, *Temple International and Comparative Law Journal*, 23(2), 2009, 464; Petro N, The Legal Case for Russian Intervention in Georgia, *Fordham International Law Journal*, 32, 2009, 1525-1526.

1.1. სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენების კანონიერება

აღსანიშნავია, რომ მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენების კანონიერების თაობაზე შეჯერებული პოზიცია არ არსებობს, ამიტომ აუცილებელია აღნიშნული საკითხის სიღრმისეული კვლევა, რათა ლოგიკური დასკვნების გაკეთება გახდეს შესაძლებელი. დასახული მიზნის მისაღწევად, გაანალიზებულ იქნება არსებული საერთაშორისო სამართლებრივი მოწესრიგებები, იურიდიული დოქტრინა და სახელმწიფოთა პრაქტიკა აღნიშნულ საკითხთან მიმართებით, რის შედეგადაც გაკეთდება კონკრეტული დასკვნები. კერძოდ, განხილულ იქნება გაეროს წესდების მოწესრიგება ძალის გამოყენების აკრძალვასთან მიმართებით და მათი მიმართება მოქალაქეთა დაცვის შემთხვევებთან, გამოჩენილი ავტორების მოსაზრებების გათვალისწინებით. აგრეთვე, მიმოხილული იქნება რელევანტური შემთხვევები, როდესაც სახელმწიფოებმა ძალის გამოყენების მოტივად მოქალაქეთა დაცვა დასახელეს და რა შეფასებები მოჰყვა ამ ქმედებებს საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან. იურიდიული დოქტრინისა და სახელმწიფოთა პრაქტიკის ანალიზის შემდეგ „საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ ვენის კონვენციის მოთხოვნების შესაბამისად, განხილული იქნება, რამდენად იძლევა გაეროს წესდების აღნიშნული ნორმების ინტერპრეტაცია იმის შესაძლებლობას, რომ დასაშვებად იქნას მიჩნეული სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენება მოქალაქეთა დაცვის მიზნით. აგრეთვე, გაანალიზდება სახელმწიფოს ვალდებულების არსი მოქალაქეთა დაცვის საკითხთან მიმართებით.

1.1.1. ცალკეულ ავტორთა მოსაზრებები მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენებასთან მიმართებით

როგორც უკვე აღინიშნა, განსახილველ საკითხთან მიმართებით შეჯერებული პოზიცია არ არსებობს და აზრთა სხვადასხვაობა, პირველ ყოვლისა, დოქტრინის დონეზე არის შესამჩნევი. რეალურად, აღნიშნული მიზნით ძალის გამოყენების მომხრეები ორი საფუძვლით ცდილობენ საკუთარი პოზიციის გამართლებას: 1. მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენება წარმოადგენს გაეროს წესდების 51-ე მუხლით გათვალისწინებული თავდაცვის უფლების რეალიზებას; 2. სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების ნებართვას იძლევა ჩვეულებითი სამართალი.¹³ ძალის გამოყენების მომხრეები, აგრეთვე, ხშირად ხაზს უსვამენ უშიშროების საბჭოს უმოქმედობა-უუნარობას, თავად მიიღოს მოქალაქეთა დასაცავად აუცილებელი ზომები. აღსანიშნავია, რომ ავტორთა ეს კატეგორია მხოლოდ ცალკეული წინაპირობების დაკმაყოფილების შემთხვევაში მიიჩნევს ძალის გამოყენებას ნებადართულად და არა ზოგადად. კერძოდ, მათი მოსაზრებით, უნდა არსებობდეს შემდეგი სამი კუმულაციური პირობა: 1. არსებობს მოქალაქეთა დაზიანების იმინენტური საფრთხე; 2. სახელმწიფოს, რომლის ტერიტორიაზეც მოქალაქეებს საფრთხე ექმნებათ, არ სურს ან არ შეუძლია მათი დაცვა; 3. მოქალაქეთა დასაცავად მიღებული ზომები მხოლოდ მათი დაცვის მიზანს უნდა ემსახურებოდეს და არ უნდა არსებობდეს სხვა ქვემიზნები. ეს წინაპირობები ჯერ კიდევ 1952 წელს გააჟღერა ველდოკმა საკუთარ სახელმძღვანელოში,¹⁴ რომელზე დაყრდნობითაც 1956 წელს გაერთიანებულმა სამეფომ სცადა სუეცში ინტერვენციის გამართლება.¹⁵

ავტორთა ის კატეგორია, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან მოქალაქეთა დასაცავად სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენებას, მთავარ საფრთხეს ხედავენ იმაში, რომ სახელმწიფოებმა შესაძლოა ინტერვენცია მოქალაქეთა დაცვის საბაბით სხვა ქვემიზნების მისაღწევად გამოიყენონ, რაც საფრთხის ქვეშ დააყენებს მთლიანად კოლექტიური უსაფრთხოების მოქმედ სისტემას.¹⁶

¹³ Gray C, *International Law and the Use of Force*, 3rd edition, Oxford, 2008, 157.

¹⁴ Waldock C H M, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, 81, 1953, RCADI, 467.

¹⁵ Marston G, *Armed Intervention in the 1956 Suez Canal Crisis: the legal Advice tendered to the British Government*, *International and Comparative Law Quarterly*, 37(4), 1998, 795.

¹⁶ Gray C, *International Law and the Use of Force*, 3rd edition, Oxford, 2008, 159.

როგორც ჩანს, იურიდიულ დოქტრინაში ორივე პოზიციას ჰყავს მომხრეები და ორივე მხარეს არის გარკვეული არგუმენტები. აქედან გამომდინარე, მიზანშეწონილია, ურთიერთსაწინააღმდეგო პოზიციების შეფასება მოხდეს არამხოლოდ თეორიული მოცემულობის საფუძველზე, არამედ სახელმწიფოთა პრაქტიკისა და საერთაშორისო საზოგადოების შეფასებების გათვალისწინებით.

1.1.2. მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების მიზანშეწონილობა სახელმწიფოთა შესაბამისი პრაქტიკის გათვალისწინებით

გაეროს შექმნის შემდეგ სახელმწიფოთა მხრიდან სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე საკუთარი მოქალაქეების დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების არაერთი შემთხვევა დაფიქსირდა. აღნიშნული პრაქტიკის ანალიზი ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი წყაროა, რომელზე დაყრდნობითაც შესაძლებელია გარკვეული დასკვნების გაკეთება. შესაბამისად, მიზანშეწონილია, მოხდეს იმ შემთხვევების განხილვა, რომლებიც ყველაზე რეზონანსული იყო და რომელთაც აქვთ პირდაპირი კავშირი იმ თეორიულ ასპექტებთან, რაზეც ყურადღებას ამახვილებენ ავტორები.

1.1.2.1. აშშ-ს ოპერაციები გრენადასა და პანამაში

1983 წელს აშშ-ს გრენადაში ინტერვენციის ერთ-ერთი მოტივი გახლდათ ათასამდე მოქალაქის დაცვა, რომელთაგან უმეტესობას სტუდენტები წარმოადგენდნენ. აშშ-ს განცხადებით, სამხედრო გადატრიალების შემდეგ გრენადაში შექმნილი ქაოსური სიტუაცია საფრთხის ქვეშ აყენებდა კუნძულზე მცხოვრებ მის მოქალაქეებს.¹⁷ თუმცა, აშკარაა, რომ უშუალოდ განხორციელებული ოპერაცია აშშ-ს მხრიდან ბევრ სხვა ქვეყნებზე ბაღებდა ეჭვს, რადგან აშშ-ს სამხედროებმა მხოლოდ მოქალაქეები კი არ გამოიყვანეს სამშვიდობოს, არამედ გრენადაში დარჩნენ ახალი ხელისუფლების დამტკიცებამდე.¹⁸ შესაბამისად, დარღვეულ იქნა ლიტერატურაში ჩამოყალიბებული მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენების კანონიერების დოქტრინის ერთ-ერთი წინაპირობა. სწორედ ამიტომ აშშ-ს ქმედება გაკრიტიკებულ იქნა არამხოლოდ ცალკეული სახელმწიფოების მხრიდან, არამედ გენერალური ასამბლეის მიერაც.¹⁹

გრენადის მსგავსად, 1989 წელს პანამაში ინტერვენციის ერთ-ერთი მიზეზად აშშ-მ კვლავ დაასახელა საკუთარი მოქალაქეების დაცვა,²⁰ თუმცა ამ შემთხვევაში კიდევ უფრო მეტი წინაპირობა არსებობდა, რომ აშშ-ს ინტერვენციის რეალურ მიზეზად მოქალაქეების დაცვის ნაცვლად, პანამაზე კონტროლის აღდგენა მიჩნეულიყო.

XX საუკუნის 60-70-იან წლებში პანამა პროამერიკული სახელმწიფო უფრო იყო, ვიდრე პროსაბჭოური, თუმცა 80-იანი წლებიდან სიტუაცია შეიცვალა და აშშ-ს ხელისუფლებას ურთიერთობა გაუფუჭდა გენერალ ნორიეგასთან. 1989 წელს გამართულ არჩევნებში ნორიეგა დამარცხდა პროამერიკულ კანდიდატთან, თუმცა მან არჩევნების შედეგები არ სცნო და ხელისუფლება ძალით შეინარჩუნა.²¹ პრეზიდენტმა ბუშმა ნორიეგას მოსთხოვა პანამელი ხალხის ნებას დამორჩილება. ამის პარალელურად, აშშ-მ ძალების მობილიზება გააძლიერა პანამის არხთან, ნორიეგაზე ზეწოლის მიზნით. პროამერიკულმა ძალებმა ნორიეგას გადაგდება სცადეს, მაგრამ გენერალმა ჩაახშო ამბოხება. ამ ყველაფრის ფონზე პანამის საკანონმდებლო ორგანომ რეზოლუცია მიიღო, რომლის მიხედვითაც, აშშ-ს საქციელმა პანამასა და აშშ-ს შორის არსებული ურთიერთობა ომში გადაზარდა. ნორიეგამ ომი გამოაცხადა და საჯაროდ დაეპყრა

¹⁷ Dinstein Y, War, Aggression, and Self-Defence, 4th edition, Cambridge.2005, 232.

¹⁸ Gray C, International Law and the Use of Force, 3rd edition, Oxford, 2008, 157.

¹⁹ General Assembly Resolution N38/7, 2 November 1983.

²⁰ Nanda V, The Validity of US Intervention in Panama under International Law, The American Journal of International Law, 84, 1990, 496.

²¹ D'Amato A, The Invasion of Panama was a Lawful Response to Tyranny, The American Journal of International Law, 84, 1990, 517.

ამერიკელებს, რაც აშშ-სთვის საკმარისი აღმოჩნდა, რომ საკუთარი მოქალაქეების დაცვის მიზნით სამხედრო ოპერაცია დაეწყო პანამაში.²²

აღნიშნული წინაპირობების გათვალისწინებით, ინტერვენცია გამართლებული რომც ყოფილიყო, უშუალოდ განხორციელებული ოპერაცია აშკარად არაპროპორციული იყო, რადგან მას მოჰყვა პანამის სრული დაკავება, 700 პანამელის სიკვდილი და ქონების ფართომასშტაბიანი განადგურება. შესაბამისად, კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგა, რამდენად წარმოდგენდა მოქალაქეების დაცვა აშშ-ს მოქმედების ნამდვილ მოტივს.²³ ამიტომ ამ შემთხვევაშიც საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან მკაცრად იქნა გაკრიტიკებული აშშ-ს ქმედება და გაეროს გენერალურმა ასამბლეამ კვლავ დაგმო ინტერვენცია.²⁴

აშშ-ს მხრიდან მოქალაქეთა დაცვის მოტივით ძალის გამოყენების ორივე შემთხვევა გაკრიტიკებულ იქნა საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან, თუმცა ამ შემთხვევების ანალიზი არ იძლევა ზოგადი დასკვნების გაკეთების საშუალებას რამდენიმე მიზეზის გამო: 1. ორივე შემთხვევაში მოქალაქეების დაცვა არ იყო ოპერაციის ერთადერთი მიზეზი და აშშ-მ ბევრი სხვა არგუმენტი მოიყვანა საკუთარი ქმედების გასამართლებლად (პანამაში დემოკრატიის აღდგენა, ნორიეგას პასუხისმგებლობაში მიცემა, პანამის არხის ხელშეკრულების მოთხოვნათა აღსრულება).²⁵ ამიტომ საერთაშორისო საზოგადოებისა და გენერალური ასამბლეის მიერ დაგმოილ იქნა მთლიანად ოპერაცია და არა უშუალოდ ინტერვენციის განხორციელება მოქალაქეთა დაცვის მოტივით; 2. აშშ-ს ორივე ინტერვენცია არღვევდა მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენების მომხრე ავტორების მიერ შემუშავებულ წინაპირობებსაც, რომლის მიხედვითაც, ძალის გამოყენება მხოლოდ ამ მიზნით არის დასაშვები და არ შეიძლება მას რაიმე გვერდითი მოტივი ახლდეს თან.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილია, განხილულ იქნას ისეთი შემთხვევა, რომლის დროსაც გამორიცხული იქნება ძალის გამოყენება მოქალაქეთა დაცვის გარდა რაიმე სხვა მოტივით.

1.1.2.2. ისრაელის რეიდი ენტებეში

ზემოთ განხილული მაგალითების საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ საერთაშორისო საზოგადოების დამოკიდებულების გაგება უშუალოდ მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების კანონიერების თაობაზე, შესაძლებელია იმ შემთხვევაში, როდესაც სახელმწიფოს მხრიდან არ იქნება სხვა დარღვევები და შეფასება შეეხება მხოლოდ ძალის გამოყენების ფაქტს. ლიტერატურაში ამის კლასიკურ მაგალითად ასახელებენ ისრაელის მიერ 1976 წელს მძევლების გასათავისუფლებლად განხორციელებულ ოპერაციას ენტებეში (უგანდა).²⁶

1976 წლის 27 ივნისს პალესტინელი და გერმანელი ტერორისტების მიერ გატაცებულ იქნა თელ-ავივიდან პარიზისკენ მიმავალი ეარბასი, რომელიც ენტებეში (უგანდაში) დასვეს. ტერორისტები ითხოვდნენ 53 პალესტინელი და გერმანელი პატიმრის გათავისუფლებას. მოლაპარაკებების შედეგად ტერორისტებმა მძევლების ნაწილი გაათავისუფლეს და მხოლოდ ებრაელი მგზავრები დაიტოვეს ტყვედ. ისრაელის მთავრობის მოლაპარაკებები უგანდასთან წარუმატებლად დასრულდა, რადგან ტერორისტებს მზარდაჭერა ჰქონდათ უგანდის ხელისუფლებისგან, პრეზიდენტის ჩათვლით. აღნიშნულის გათვალისწინებით, 3 ივლისს ისრაელმა ტყვეების გასათავისუფლებლად დაიწყო სპეცოპერაცია. 100 კომანდოსაგან შემდგარ ჯგუფს 90 წუთი დასჭირდა ტყვეების გასათავისუფლებლად. ოპერაციის შედეგად დაიღუპა ყველა გამტაცებელი, სამი მძევალი და 15 უგანდელი ჯარისკაცი.²⁷

²² Nanda V, The Validity of US Intervention in Panama under International Law, The American Journal of International Law, 84, 1990, 494.

²³ იქვე, 502.

²⁴ General Assembly Resolution N44/240, 29 December 1989.

²⁵ Gray C, International Law and the Use of Force, 3rd edition, Oxford, 2008, 158.

²⁶ Dinstein Y, War, Aggression, and Self-Defence, 4th edition, Cambridge, 2005, 233.

²⁷ Green L, Rescue at Entebbe-Legal Aspects, Israel Yearbook of Human Rights, 6, 1976, 314.

როგორც აღნიშნა, ეს შემთხვევა სახელმწიფოს მხრიდან მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენების კლასიკურ მაგალითს წარმოადგენს, როდესაც დაკმაყოფილებულია თეორიაში შემუშავებული ლოქტინის ყველა წინაპირობა. კერძოდ, 1. ტერორისტების მხრიდან მძევლად აყვანა ნამდვილად უქმნიდა საფრთხეს ისრაელის მოქალაქეებს, მით უმეტეს, თუ მხედველობაში მიიღება ის გარემოება, რომ მძევლების ნაწილი იყვნენ პალესტინიდან, რომელთაგანაც საომარ მდგომარეობაში იმყოფებოდა ისრაელი. ამასთან, მხოლოდ ეროვნებით ებრაელი მგზავრების მძევლად დატოვება აშკარად ნიშნავდა იმას, რომ ტერორისტების ქმედება უშუალოდ ისრაელის წინააღმდეგ იყო მიმართული; 2. უგანდის ხელისუფლება არათუ ცდილობდა საკუთარი ძალებით მძევლების გათავისუფლებას, არამედ თავად უწევდა მფარველობას და მხარდაჭერას ტერორისტებს; 3. შეუძლებელია ისრაელის მხრიდან რაიმე ქვემიზნებზე საუბარი, რადგან ოპერაცია მხოლოდ 90 წუთს გაგრძელდა და მძევლების გათავისუფლების შემდეგ ისრაელმა დაუყოვნებლივ გაიყვანა ძალები უგანდიდან.²⁸

ისრაელის ქმედებას განხსვავებული შეფასებები მოჰყვა საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან. არაბულმა და კომუნისტურმა სამყარომ მკაცრად დაგმო ისრაელის ოპერაცია და ის აგრესიად შეაფასა. აფრიკის ქვეყნების გაერთიანებული ორგანიზაციის შეხვედრაზე გაეროს გენერალურმა მდივანმა, აგრეთვე, მკაცრად გააკრიტიკა ისრაელის საქციელი და მას აშკარა აგრესია უწოდა.²⁹ თუმცა, მოგვიანებით, განცხადებაში კორექტირება შევიდა და ისრაელი დადანიშნულ იქნა სხვის ტერიტორიაზე შეჭრის გამო.³⁰ არსებობს მოსაზრება, რომ გენერალური მდივნის ამგვარი რადიკალური პოზიცია განპირობებული იყო იმით, რომ მისი უფლებამოსილების ვადა იწურებოდა და ხელახლა ასარჩევად აფრიკული ქვეყნების მხარდაჭერა სჭირდებოდა.³¹ დასავლურმა ქვეყნებმა მხარი დაუჭირეს ისრაელს და ოპერაცია შეაფასეს, როგორც უკიდურესი აუცილებლობით გამოწვეული ქმედება. უშიშროების საბჭოს სხდომაზე აშშ-მ და გაერთიანებულმა სამეფომ დაემეს ტერორიზმი და აშშ-მ პირდაპირ განაცხადა, რომ ის ისრაელის წინააღმდეგ რეზოლუციას ვეტოს დაადებდა.³²

როგორც ჩანს, ამ შემთხვევაში სახელმწიფოებს არ ჰქონიათ ერთიანი პოზიცია. ისრაელის მომხრეები განხორციელებულ ოპერაციას ამართლებდნენ გაეროს წესდების 51-ე მუხლით გათვალისწინებული თავდაცვის უფლებით, ხოლო მოწინააღმდეგეები მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის დარღვევაზე აპელირებდნენ და მიაჩნდათ, რომ ისრაელმა დაარღვია უგანდის ტერიტორიული მთლიანობა მის ტერიტორიაზე სამხედრო ოპერაციის ჩატარებით.

რეალურად, ენტებეს საქმესთან მიმართებით გაჟღერდა ის ნორმები, რომელთა სამართლებრივი შეფასება უნდა მოხდეს სისტემურად და სიღრმისეულად, რაც შემდეგი ქვეთავის კვლევის საგანია, სადაც დეტალურად იქნება განხილული გაეროს წესდების ყველა რელევანტური ნორმა ურთიერთკავშირში.

1.1.3. მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების კანონიერების მიმოხილვა გაეროს წესდების ფარგლებში

სამართლებრივი ლოქტინისა და სახელმწიფოთა პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე, რთულია კონკრეტული დასკვნების გაკეთება იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად დასაშვებია მოქალაქეთა დაცვის მიზნით სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენება, რადგან, როგორც აღმოჩნდა, ამ საკითხთან მიმართებით არც ავტორებს და არც სახელმწიფოებს არ აქვთ შეჯერებული პოზიცია. აქედან გამომდინარე, მიზანშეწონილია, განხილულ იქნას უშუალოდ სამართლებრივი ნორმები, რომლებიც ძალის გამოყენების საკითხებს აწესრიგებენ. კერძოდ, უნდა მოხდეს გაეროს წესდების 51-ე მუხლის ანალიზი, რადგან ძალის გამოყენების მომხრეები სწორედ თავდაცვის უფლების გამოხატულებად მიიჩნევენ

²⁸ Dinstein Y, War, Aggression, and Self-Defence, 4th edition, Cambridge, 2005, 233.

²⁹ Green L, Rescue at Entebbe-Legal Aspects, Israel Yearbook of Human Rights, 6, 1976, 315.

³⁰ იქვე.

³¹ იქვე, 316.

³² იქვე, 317.

მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენებას.³³ იქიდან გამომდინარე, რომ 51-ე მუხლში ნახსენები არ არის მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების თაობაზე, უნდა დადგინდეს, ამ ნორმის ინტერპრეტაცია იძლევა თუ არა ძალის გამოყენების მომხრეთა მიერ გაუღებელი დასკვნის გაკეთების საშუალებას. შესაბამისად, მოცემული თავის მიზანია გაეროს წესდების 51-ე მუხლის ინტერპრეტაცია მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენების კანონიერების ჭრილში.

1.1.3.1. როგორ უნდა მოხდეს გაეროს წესდების ინტერპრეტაცია საერთაშორისო სამართლის მიხედვით?

სამართლებრივი ნორმის ინტერპრეტაცია ყოველთვის აქტუალური საკითხი იყო იმ მარტივი მიზეზის გამო, რომ სამართლებრივი დანაწესის მთელი ღირებულება იმაში გამოიხატება, თუ როგორ ხდება მისი მისადაგება ცალკეულ შემთხვევებთან. აქედან გამომდინარე, ნორმის ინტერპრეტაციის მეთოდები სამართლებრივი ნორმების აღმოცენებასთან ერთად წარმოიშვა. თანამედროვე სამართლის თეორიაში არსებობს არაერთი მეთოდი, რის მიხედვითაც უნდა მოხდეს ნორმის განმარტება, თუმცა, რადგან კონკრეტულ შემთხვევაში საქმე ეხება გაეროს წესდების ნორმების ინტერპრეტაციას, გამოყენებულ უნდა იქნას „საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ ვენის კონვენციით დადგენილი წესები. აღნიშნული კონვენცია არამხოლოდ განსაზღვრავს საერთაშორისო აქტების ინტერპრეტაციის წესებს, არამედ თავადვე აკონკრეტებს, როგორ უნდა მოხდეს ამ განსხვავებული მეთოდების ურთიერთკავშირი ნორმის განმარტების დროს. ერთი მხრივ, საკმაოდ მკაფიო წესების არსებობის მიუხედავად, ნორმის ინტერპრეტაცია მაინც კომპლექსური საკითხია და ის ხელოვნებად უფრო აღიქმება, ვიდრე ზუსტ მეცნიერებად,³⁴ მაგრამ, მეორე მხრივ, საერთაშორისო აქტის განმარტებისთვის ვენის კონვენციაზე უკეთესი წყარო არ არსებობს, რამდენადაც ის სპეციალურად შემუშავდა საერთაშორისო აქტებთან დაკავშირებული საკითხების რეგულირების მიზნით.

ვენის კონვენციით განსაზღვრული ნორმის ინტერპრეტაციის წესების მიმოხილვამდე აუცილებლად უნდა ითქვას, რომ კონვენციის მე-4 მუხლი კრძალავს კონვენციის რეტროაქტიულ გამოყენებას და ერთი შეხედვით, 1980 წელს ამოქმედებული ვენის კონვენციით დადგენილი წესების გამოყენება გაუმართლებელი უნდა იყოს 1945 წელს მიღებული გაეროს წესდების ინტერპრეტაციისთვის. თუმცა, ამ არგუმენტის საპასუხოდ უნდა აღინიშნოს, რომ საერთაშორისო აქტების ინტერპრეტაციისთვის ვენის კონვენციით დადგენილი წესები მიიჩნევა ჩვეულებითი სამართლის ნაწილად³⁵ და შესაბამისად, მათი გამოყენება შესაძლებელია ნებისმიერ საერთაშორისო აქტთან მიმართებით, მათი ძალაში შესვლის თარიღის მიუხედავად. ეს პოზიცია აღიარებულია ისეთი ავტორიტეტული ორგანოების მიერ, როგორცაა, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლო³⁶ და მსოფლიო სავაჭრო ორგანიზაცია.³⁷ აღნიშნულიდან გამომდინარე, გაეროს წესდების 51-ე მუხლის განმარტებისას ვენის კონვენციის 31-ე და 32-ე მუხლებით განსაზღვრული წესები უმთავრეს სახელმძღვანელოს წარმოადგენს.

1.1.3.2. გაეროს წესდების 51-ე მუხლის ინტერპრეტაცია მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენების კანონიერების ჭრილში

„საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ ვენის კონვენციის 31-ე და 32-ე მუხლების შესაბამისად, იმისათვის, რომ გაეროს წესდების 51-ე მუხლით განსაზღვრული თავდაცვის უფლების სათანადო

³³ Gray C, *International Law and the Use of Force*, 3rd edition, Oxford 2008, 157.

³⁴ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966) 218.

³⁵ ZhangNai-gen, *On International Law of Treaty Interpretation*, Canadian Social Science, 6(6), (2010), 2.

³⁶ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Palestinian Territories*, Advisory Opinion of ICJ, 2004, para. 94.

³⁷ Cameron J and Gray K R, *Principles of International law in the WTO Dispute Settlement Body*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 50(2), 2001, 252-256.

ინტერპრეტაცია მოხდეს, უნდა გაანალიზდეს: 1. ორდინალური მნიშვნელობა; 2. კონტექსტუალური მნიშვნელობა; 3. დატვირთვა გაეროს წესდების მიზნებისა და ამოცანების ჭრილში; 4. სახელმწიფოთა შემდგომი პრაქტიკა ამ საკითხთან მიმართებით; 5. რელევანტური საერთაშორისო სამართალი; 6. ნორმის მიღების მოსამზადებელი სამუშაოები.³⁸ რეალურად, განმარტების თითოეული წესი ინდივიდუალური მნიშვნელობის მქონეა, შესაბამისად, 51-ე მუხლი უნდა განიმარტოს თითოეული მათგანის მიხედვით და ამის შემდეგ მოხდეს მიღებული შედეგების ურთიერთშეჯერება.

51-ე მუხლის მიხედვით, თავდაცვის უფლება არსებობს გაეროს წევრზე განხორციელებული თავდასხმის საპასუხოდ. გაეროს წევრი, ბუნებრივია, ცალკეული სახელმწიფო შეიძლება იყოს და არა მისი მოქალაქე, ამიტომ უნდა დადგინდეს სახელმწიფოს ორდინალური მნიშვნელობა და განისაზღვროს, რამდენად შეიძლება ცალკეულ მოქალაქეზე თავდასხმა გაუტოლდეს სახელმწიფოზე თავდასხმას. საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, სახელმწიფოს ელემენტებია: 1. მუდმივი მოსახლეობა; 2. განსაზღვრული ტერიტორია; 3. მთავრობა; 4. სხვა სახელმწიფოებთან ურთიერთობის დამყარების უნარი.³⁹ როგორც ჩანს, მოსახლეობა სახელმწიფოს ერთ-ერთი ელემენტია და ერთი შეხედვით, მოქალაქეებზე თავდასხმა შესაძლოა სახელმწიფოზე თავდასხმად იქნას აღქმული. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, რომ ეს ელემენტები, ერთად აღებული, ქმნიან წინაპირობას, რომ რაღაც ერთობა სახელმწიფოდ იქნას აღიარებული, შესაბამისად, არასწორი იქნება ცალკეული ელემენტის სახელმწიფოს იდენტურ სუბიექტად მიჩნევა. რეალურად, მოქალაქეობა არის პიროვნებასა და სახელმწიფოს შორის სამართლებრივი კავშირის განმსაზღვრელი ფიქცია, რომლის შედეგადაც ინდივიდსა და სახელმწიფოს უფლება-მოვალეობები წარმოეშობა ერთმანეთის მიმართ. შესაბამისად, შეუძლებელია მოქალაქეზე თავდასხმა ნიშნავდეს სახელმწიფოზე თავდასხმას. ამ შემთხვევაში, დასადგენია, მოქალაქეობის სამართლებრივი ბუნებიდან გამომდინარე, რა ვალდებულება აკისრია სახელმწიფოს სხვა ქვეყნის ტერიტორიაზე მოქალაქეების დასაცავად.⁴⁰ ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით, შეიძლება ითქვას, რომ ორდინალური განმარტებიდან გამომდინარე, ცალკეულ მოქალაქეზე თავდასხმა არ ნიშნავს მთლიანად სახელმწიფოზე თავდასხმას.

51-ე მუხლის კონტექსტუალური ანალიზი მოითხოვს მის განხილვას მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტთან კავშირში, რამდენადაც ეს უკანასკნელი წარმოადგენს ძალის გამოყენების ზოგად აკრძალვას და მხოლოდ ამ ზოგადი წესიდან გამონაკლისს წარმოადგენს თავდაცვის უფლება. აღნიშნული ზოგადი ნორმის მიხედვით, აკრძალულია ძალის გამოყენება: 1. სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის; 2. პოლიტიკური დამოუკიდებლობის ან 3. გაეროს მიზნებთან შეუსაბამო ნებისმიერი სხვა ფორმით. იქიდან გამომდინარე, რომ 51-ე მუხლი ამ აკრძალვიდან გამონაკლისს წარმოადგენს, უნდა ითქვას, რომ თავდაცვის უფლება წარმოიშობა მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის დარღვევით ძალის გამოყენების შემთხვევაში. გაეროს მიზნებზე საუბარი ქვევით იქნება. ამ ეტაპზე კი უნდა ითქვას, რომ სისტემური ანალიზის საფუძველზე, თავდაცვის უფლება არსებობს ტერიტორიული მთლიანობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის დარღვევის საპასუხოდ. ამ მოცემულობაში კი მოქალაქეთა წინააღმდეგ სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე განხორციელებული თავდასხმა ნამდვილად არ ჯდება. პირიქით, თუ სახელმწიფო ერთპიროვნულად გამოიყენებს ძალას სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, ეს ქმედება ჩაითვლება ტერიტორიული მთლიანობის დარღვევად.⁴¹

რაც შეეხება ინტერპრეტაციის სხვა მეთოდებს, მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების კანონიერების შესახებ სახელმწიფოთა პრაქტიკა წინა თავში იქნა გაანალიზებული. წესდების შემუშავების ეტაპზე მოქალაქეთა დაცვის საკითხი არ წამოწეულა, ამიტომ მოსამზადებელი სამუშაოები ამ შემთხვევაში ინტერპრეტაციის დამხმარე საშუალებად არ გამოდგება. აგრეთვე, მოცემულ შემთხვევაში მიზანშეწონილი

³⁸ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966) 220.

³⁹ <http://www.grazian-archive.com/politics/PolOrganization/PO_C01.htm> (01.01.2013).

⁴⁰ ეს საკითხი განხილული იქნება ქვევით.

⁴¹ Green L, Rescue at Entebbe-Legal Aspects, Israel Yearbook of Human Rights, 6, 1976, 318.

არ არის საერთაშორისო სამართლის სხვა აქტების გამოყენება, რადგან ძალის გამოყენებასთან მიმართებით გაეროს წესდება არის ძირითადი და უმაღლესი იურიდიული ძალის მქონე აქტი.⁴² შესაბამისად, აუცილებელია აღნიშნული საკითხის ანალიზი მოხდეს მთლიანად გაეროს წესდებით განსაზღვრული მიზნებისა და ამოცანების გათვალისწინებით.

გაეროს, როგორც კოლექტიური უსაფრთხოების ორგანოს, არსი მდგომარეობს იმაში, რომ აიკრძალოს ცალკეული სახელმწიფოების მხრიდან ერთპიროვნულად ძალის გამოყენება და მოხდეს მისი ცენტრალიზაცია.⁴³ რაც შეეხება მის მიზნებს, გენოციდის კონვენციაზე დათქმების საქმეზე მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ განმარტა, რომ საერთაშორისო აქტის მიზნები დადგენილ უნდა იქნას დოკუმენტის პრეამბულიდან.⁴⁴ იგივე პოზიცია დააფიქსირა საერთაშორისო სამართლის კომისიამ „საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ კონვენციის პროექტის კომენტარებისას.⁴⁵ აღნიშნულიდან გამომდინარე, გაეროს წესდების მიზნები მისი პრეამბულის შესაბამისად უნდა დადგინდეს. პრეამბულის მიხედვით, საერთაშორისო საზოგადოება აფუძნებს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციას იმისათვის, რომ თავიდან იქნას აცილებული ომის საშინელი შედეგები, რისთვისაც სახელმწიფოები ერთიანდებიან ძალებს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დასამყარებლად და სამხედრო ძალის გამოყენებლობის უზრუნველსაყოფად. პრეამბულის გარდა, გაეროს ამოცანებსა და პრინციპებზე საუბრობს წესდების პირველი თავი, რომლის მიხედვითაც, ორგანიზაციის მთავარი ამოცანა საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფაა, რისთვისაც აუცილებელია მშვიდობისთვის შექმნილი ნებისმიერი საფრთხე აღმოიფხვრას მშვიდობიანად ან კოლექტიური ზომების მიღებით. წესდების მე-2 მუხლის თანახმად, დასახული ამოცანის მისაღწევად ყველა სახელმწიფომ საერთაშორისო კონფლიქტები მშვიდობიანად უნდა მოაგვარონ და ამგვარი კონფლიქტების არსებობის დროს თავი შეიკავონ სხვა სახელმწიფოების წინააღმდეგ ძალის გამოყენებისგან.

აღნიშნული მიზნებისა და ამოცანებიდან გამომდინარე, წესდების VII თავი ძალის გამოყენების უფლებას მხოლოდ უშიშროების საბჭოს აძლევს. ამავე თავის ბოლო ნორმა არის 51-ე მუხლი, რომელიც აწესებს ერთადერთ გამონაკლის შემთხვევას, როდესაც ცალკეულ სახელმწიფოს შეუძლია ძალა გამოიყენოს. ეს გამონაკლისი შემთხვევა დაკავშირებულია იმ ექსტრემალურ სიტუაციასთან, როდესაც უშიშროების საბჭოს მიერ ზომების მიღებამდე სახელმწიფოს თავდასაცავად ეძლევა ძალის გამოყენების უფლება.

ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, გაეროს წესდების მთავარი დანიშნულებაა. მაქსიმალურად შეზღუდოს ცალკეული სახელმწიფოების მხრიდან ძალის გამოყენება და საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფა კოლექტიურ ორგანოს – გაეროს უშიშროების საბჭოს დაუქვემდებაროს. შესაბამისად, თუ ყოველ სახელმწიფოს შეეძლება საკუთარი მოქალაქის დასაცავად სხვა ქვეყნის ტერიტორიაზე ძალის გამოყენება ეს ძალიან დიდი საფრთხის ქვეშ დააყენებს საერთაშორისო მშვიდობასა და მთლიანად გაეროს სისტემას. ამიტომ მოქალაქეების დასაცავად ძალის გამოყენება ვერ იქნება შესაბამისი გაეროს მიზნებთან და პრინციპებთან.

1.1.4. მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენება ჩვეულებითი სამართლის ჭრილში

ზემოთ როგორც აღინიშნა, ავტორთა გარკვეული ნაწილი მიიჩნევს, რომ მოქალაქეთა დასაცავად ძალის გამოყენება დასაშვებია ჩვეულებითი სამართლიდან გამომდინარე. იმისათვის, რომ საერთაშორისო სამართალში ჩვეულება ჩამოყალიბდეს უნდა არსებობდეს სახელმწიფოთა ფართოდ გავრცელებული და

⁴² იხ., გაეროს წესდების 103-ე მუხლი.

⁴³ Gordon E, Article 2(4) in Historical Context, Yale Journal of International Law, 10, 1985, 273.

⁴⁴ Schlutter B, Aspects of human rights interpretation by the UN Treaty Bodies, in Keller H and Ulfstein G (eds), Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, Cambridge, 2012, 8.

⁴⁵ Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries (adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966) 221.

თანმიმდევრული პრაქტიკა და განცდა იმისა, რომ ეს პრაქტიკა გამომდინარეობს სამართლებრივი ვალდებულებიდან (*opinio juris*). მოქალაქეების დაცვასთან მიმართებით ძალიან რთულია ვინმე დაასაბუთოს, რომ არსებობს სახელმწიფოთა ფართოდ გავრცელებული პრაქტიკა და ეს პრაქტიკა რომც არსებობდეს, ნამდვილად არ არის *opinio juris*. პირიქით, როგორც უკვე აღინიშნა, მოქალაქეთა დაცვის მოტივით ძალის გამოყენების ყველა შემთხვევა მწვავე კრიტიკის საგანი გახდა სახელმწიფოთა უმეტესობის მხრიდან. შესაბამისად, საფუძველს მოკლებულია საუბარი იმაზე, რომ მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების უფლება არსებობს ჩვეულებით სამართალში. აღნიშნული პოზიცია დაფიქსირებულ იქნა ტალიავინის კომისიის დასკვნაშიც, რომლის მიხედვითაც, უარყოფილ იქნა ამგვარი ჩვეულებითი სამართლის არსებობის ფაქტი.⁴⁶

1.1.5. მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულება საერთაშორისო სამართლის მიხედვით

წინა ქვეთავების მიხედვით, შეიძლება ითქვას, რომ მოქალაქეთა დაცვის მიზნით სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენება არ შეესაბამება გაეროს წესდების მოთხოვნებს. თუმცა, მეორე მხრივ, საერთაშორისო სამართალი სახელმწიფოს აკისრებს საკუთარი მოქალაქეების დაცვის ვალდებულებას. ამიტომ, აუცილებელია, განვიხილოთ ადამიანის უფლებების საერთაშორისო სამართალსა და ძალის გამოყენების აკრძალვის სამართალში არსებული დოქტრინები მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულებასთან მიმართებით.

1.1.5.1. ადამიანის უფლებების საერთაშორისო სამართლით გათვალისწინებული მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულება

ადამიანის უფლებათა თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი სახელმწიფოს სამი სახის ვალდებულებას აკისრებს: 1. თავად არ დაარღვიოს ადამიანის უფლებები (*duty to respect*); 2. დაიცვას ადამიანის უფლებები მესამე პირების მხრიდან დარღვევისგან (*duty to protect*); 3. განახორციელოს პოზიტიური მოქმედებები ადამიანის უფლებების უზრუნველსაყოფად (*duty to fulfil*).⁴⁷ აღნიშნული ვალდებულებიდან გამომდინარე, ცხადია, თუ მოქალაქეების წინააღმდეგ თავდასხმა განხორციელდება *duty to protect* ავალდებულებს სახელმწიფოს, საკუთარი მოქალაქეების დასაცავად მიიღოს აუცილებელი ზომები.⁴⁸ თუმცა ამ შემთხვევაში ხაზი უნდა გაესვას იმ გარემოებას, რომ ადამიანის უფლებების სამართლიდან გამომდინარე, სახელმწიფოზე დაკისრებული ვალდებულებები ვრცელდება კონკრეტული სახელმწიფოს იურისდიქციის ფარგლებში.⁴⁹ შესაბამისად, სამართლის ეს დარგი სახელმწიფოს ვერ დააკისრებს სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მოქალაქეების დარღვეული უფლებების აღდგენის ვალდებულებას. რა თქმა უნდა, სახელმწიფომ, შესაძლებლობის ფარგლებში, მაქსიმუმი უნდა გააკეთოს თუნდაც საზღვარგარეთ მყოფი მოქალაქეების უფლებების დასაცავად, მაგრამ ის უშუალოდ ვერ შეძლებს უფლებების აღსადგენად ძალის გამოყენებას.

1.1.5.2. მოქალაქეთა დაცვის მოვალეობა ძალის გამოყენების აკრძალვის სამართლის მიხედვით

ძალის გამოყენების სამართალში სამართლიანი ომის დოქტრინის ფარგლებში გამართლებული იყო ადამიანის უფლებების დასაცავად სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენება. გაეროს სისტემაში სამართლიანი ომის დოქტრინის გამოვლინებად მიიჩნეოდა ჰუმანიტარული ინტერვენცია, რაც

⁴⁶ Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume II, September 2009), 286.

⁴⁷ <<http://www.unhcr.org/refugees/2012/01/01.01.2012.html>> (01.01.2012).

⁴⁸ იქვე.

⁴⁹ იხ., სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-2 მუხლის პირველი პუნქტი, აგრეთვე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი მუხლი.

გულისხმობდა უშიშროების საბჭოს ნებართვის გარეშე სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენებას ჰუმანიტარული კატასტროფის თავიდან აცილების მიზნით.⁵⁰ იქიდან გამომდინარე, რომ ამგვარი თვითნებური ქმედება ეწინააღმდეგება გაეროს წესდებას და არღვევს სუვერენიტეტს, ჰუმანიტარული ინტერვენცია უკანონდ იქნა მიჩნეული საერთაშორისო სამართლის მიხედვით. ჰუმანიტარული ინტერვენციის ნაკლოვანი მხარეების აღმოფხვრის მიზნით შემუშავდა ახალი დოქტრინა, რომელიც ცნობილია, როგორც Responsibility to Protect. აღნიშნული დოქტრინა სახელმწიფოს აკისრებს მოსახლეობის დაცვის ვალდებულებას და შეზღუდული არ არის ცაკელული სახელმწიფოს იურისდიქციით.⁵¹ შესაბამისად, შესაძლოა, ამ ვალდებულებიდან გამომდინარე, გამართლებული იყოს მოქალაქეთა დასაცავად სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენება. თუმცა ასეთი დასკვნის გაკეთებამდე, აუცილებელია, გაანალიზდეს ვალდებულების არსი.

როგორც უკვე აღინიშნა, მოქალაქეთა დაცვის მოვალეობის დოქტრინა ჩამოყალიბდა ჰუმანიტარული ინტერვენციის საწყისებზე ისე, რომ არ დარღვეულიყო სხვა სახელმწიფოთა სუვერენიტეტი.⁵² შესაბამისად, ეს თეორია ჰუმანიტარულ ინტერვენციასთან უფრო მეტად არის კავშირში, ვიდრე თავდაცვის უფლებასთან. ზოგიერთი ავტორი საერთოდ ჰუმანიტარული ინტერვენციისგან განსხვავებასაც ვერ ხედავს და აღნიშნავს, რომ Responsibility to Protect არის „ძველი ღვინო ახალ ბოთლში“.⁵³ ანუ ავტორთა ეს კატეგორია მიიჩნევს, რომ მოქალაქეთა დაცვის მოვალეობა არსობრივად იგივე მოვლენაა, რაც ჰუმანიტარული ინტერვენცია, ოღონდ ახლებური ფორმით ჩამოყალიბებული. იქიდან გამომდინარე, რომ ეს დოქტრინა ძალიან ახალია, მიზანშეწონილია, მოხდეს უშუალოდ იმ საერთაშორისო აქტების ანალიზი, რომლებიც საუბრობენ მოქალაქეთა დაცვის მოვალეობის შესახებ.

ინტერვენციის შესახებ საერთაშორისო კომისიის 2001 წლის მოხსენების მიხედვით, ყველა სუვერენული სახელმწიფოს უფლება და მოვალეობაა, დაიცვას საკუთარი მოქალაქეები ისეთი უკიდურესი დარღვევებისგან, როგორცაა, მასობრივი ჟლეტა, გაუპატიურება და შიმშილი. იმ შემთხვევაში, თუ სახელმწიფოს თავად არ სურს ან არ შეუძლია ადამიანის უფლებათა მასობრივი დარღვევის აღმოფხვრა, მაშინ საერთაშორისო საზოგადოება უნდა ჩაერიოს საქმეში იმ პირობით, რომ უშიშროების საბჭო იქნება ინფორმირებული.⁵⁴

განსახილველ საკითხთან მიმართებით, გაეროს გენერალური მდივნის მიერ დანიშნული უმაღლესი რანგის ექსპერტების 2004 წლის დასკვნის მიხედვით, Responsibility to Protect არის მოქალაქეთა დაცვის კოლექტიური მოვალეობის გამოხატულება საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან და თუ აღნიშნული მიზნის მისაღწევად საჭირო გახდება ძალის გამოყენება, ეს მხოლოდ უშიშროების საბჭოს ნებართვით უნდა მოხდეს.⁵⁵

დაახლოებით ანალოგიური პოზიცია დააფიქსირა გენერალურმა მდივანმა 2005 წლის მოხსენებაში, რომლის მიხედვითაც, მოქალაქეთა დაცვის მოვალეობის რეალიზება უნდა მოხდეს მშვიდობიანი საშუალებებით. განსაკუთრებულ შემთხვევებში, თუ აუცილებელი გახდება ძალის გამოყენება, ეს არ უნდა მოხდეს უშიშროების საბჭოს გვერდის ავლით.⁵⁶

მოქალაქეთა დაცვის დოქტრინამ, ერთგვარად, ჩამოყალიბებული სახე მიიღო 2005 წლის მსოფლიო სამიტზე გაეროს გენერალური ასამბლეის მიერ შემუშავებულ დოკუმენტში, რომლის მიხედვითაც, მიჩნეულ იქნა, რომ მოქალაქეების დაცვა ისეთი მასობრივი დარღვევებისგან, როგორცაა, გენოციდი, ეთნიკური წმენდა, ომის დანაშაული და კაცობრიობის წინააღმდეგ ჩადენილი დანაშაული, პირველ ყოვლისა, იმ სახელმწიფოს მოვალეობაა, სადაც დარღვევას აქვს ადგილი, თუმცა დარღვევის ვერ ან არ

⁵⁰ Dinstein Y, War, Aggression, and Self-Defence, 4th edition, Cambridge, 2005, 70.

⁵¹ Gray C, International Law and the Use of Force, Oxford, 2008, 51-53.

⁵² Stahn C, Responsibility to Protect: Political Rhetoric or Emerging Legal Norm?, American Journal of International Law, 101, 2007, 99.

⁵³ იქვე, 102.

⁵⁴ იქვე, 99.

⁵⁵ იქვე, 100.

⁵⁶ Gray, International Law and the Use of Force, Oxford, 2008, 52.

აღმოფხვრის შემთხვევაში კოლექტიური მოვალეობა ეკისრება საერთაშორისო საზოგადოებას. აღნიშნული კოლექტიური ვალდებულების ბუნება განმარტა გენერალურმა მდივანმა 2009 წლის მოხსენებაში, რომლის მიხედვითაც, ნებისმიერი ძალისმიერი ღონისძიება უშიშროების საბჭოს ნებართვას საჭიროებს.⁵⁷

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ Responsibility to Protect სახელმწიფოს არ აძლევს უფლებას, საკუთარი მოქალაქეების დასაცავად გამოიყენოს ძალა სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე. აშკარაა, რომ ეს თეორია ეხება მხოლოდ ადამიანის უფლებების მასობრივ დარღვევებს და მისი მთელი არსი მდგომარეობს იმაში, რომ ნებისმიერი ამგვარი საფრთხე უნდა აღმოფხვრას კოლექტიური ზომების მიღებით, რაც უშიშროების საბჭოს გავლით უნდა განხორციელდეს და არა ერთპიროვნულად, ცალკეული სახელმწიფოს მიერ.

1.1.6. შუალედური დასკვნა

იურიდიული დოქტრინის, სახელმწიფოთა პრაქტიკის, სამართლებრივი ნორმებისა და თეორიების განხილვის შედეგად შეიძლება დასკვნის გაკეთება, რომ სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენება დაუშვებელია თანამედროვე საერთაშორისო სამართლის მიხედვით. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, რომ სახელმწიფო არ თავისუფლდება მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულებისაგან, მათ შორის, სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე. მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულება სახელმწიფომ ისე უნდა განახორციელოს, რომ არ დაარღვიოს გაეროს წესდებით დადგენილი აკრძალვები ძალის გამოყენებასთან მიმართებით, რაც იმას ნიშნავს, რომ სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მოქალაქეთა დასაცავად ერთპიროვნულად შესაძლებელია მხოლოდ მშვიდობიანი ღონისძიებების განხორციელება. აუცილებლობის შემთხვევაში კი, თუ საჭირო გახდება ძალის გამოყენება, ეს მხოლოდ უშიშროების საბჭოს ავტორიზაციით უნდა მოხდეს.

1.2. სამხრეთ ოსეთში მცხოვრები რუსეთის მოქალაქეების დასაცავად ძალის გამოყენების დაუშვებლობა

ზემოთ გაკეთებული დასკვნის შესაბამისად, რუსეთს არ ჰქონდა უფლება საკუთარი მოქალაქეების დაცვის მოტივით მოეხდინა საქართველოში ინტერვენცია. თუმცა, უნდა ითქვას, რომ ამ კონკრეტულ შემთხვევაში რუსეთის ქმედებას დამატებით უკანონოს ხდის ის გარემოება, რომ სამხრეთ ოსეთში მცხოვრები რუსეთის მოქალაქეთა 90% „საყოველთაო პასპორტიზაციის“ შედეგად გახდნენ რუსეთის მოქალაქეები.⁵⁸ 1991 წლიდან მოყოლებული სამხრეთ ოსეთის მოსახლეობაზე რუსეთის მოქალაქეობის მინიჭება ხდებოდა რუსეთის ფედერაციასთან ყოველგვარი რეალური კავშირის გარეშე, თითქმის მხოლოდ რუსული ენის ცოდნის საფუძველზე.⁵⁹ აღნიშნული პოლიტიკის საფუძველზე, რუსეთმა მოახდინა სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე მცხოვრები მოსახლეობის შემადგენლობის ხელოვნური შეცვლა, რითაც დაარღვია მეგობრული და კეთილმეზობლური ურთიერთობების პრინციპი, რომლის მიხედვითაც, დაუშვებელია სხვა სახელმწიფოს მოქალაქეებისათვის მასობრივად მოქალაქეობის მინიჭება ამ სახელმწიფოს აშკარა თანხმობის გარეშე. კონკრეტულ შემთხვევაში არათუ არ არსებობდა ამგვარი თანხმობა ქართული მხარის მხრიდან, არამედ, პირიქით, ყოველთვის ხდებოდა მასობრივი პასპორტიზაციის პროცესის აშკარა პროტესტი.⁶⁰

ზემოთ აღნიშნულის გათვალისწინებით, საინტერესოა, რა სამართლებრივ შედეგებთანაა დაკავშირებული მასობრივი „პასპორტიზაციის“ შედეგად მოსახლეობის შემადგენლობის ხელოვნური შეცვლა. ნოტებომის

⁵⁷ Implementing the Responsibility to Protect: The Report of the Secretary General A/63/677 12 January 2009, para. 49.

⁵⁸ Natoli K, Weaponizing Nationality: An Analysis of Russia's Passport Policy in Georgia, Boston University International Law Journal, 28, 2010, 28, 396.

⁵⁹ Okowa P, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, The Hague Justice Portal, 2009, 4.

⁶⁰ აბრამიშვილი ნ, რუსეთ-საქართველოს შეიარაღებული კონფლიქტი და ძალის გამოყენების აკრძალვა საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში, საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი, №2, 2008, 39, 46.

საქმეზე მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ განმარტა, რომ სახელმწიფოსთან ჭეშმარიტი კავშირის არსებობის გარეშე მოქალაქეობის მინიჭება საერთაშორისოსამართლებრივ შედეგებს არ წარმოშობს სხვა სახელმწიფოების წინაშე, რომლებიც ვალდებული არ არიან, აღიარონ ამგვარი მოქალაქეობა.⁶¹ შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე მცხოვრები მოსახლეობის ის ნაწილი, რომლებსაც ხელოვნურად მიენიჭათ რუსეთის მოქალაქეობა, საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, არ მიიჩნევიან რუსეთის მოქალაქეებად და აქედან გამომდინარე, მათ დასაცავად განხორციელებული ინტერვენცია არ შეიძლება კანონიერი იყოს. იდენტურ დასკვნამდე მივიდა ტალიავინის კომისიაც, რომელმაც განმარტა, რომ საქართველოს თანხმობის გარეშე, რუსეთის მოქალაქეობის მასობრივი მინიჭება სახელმწიფოსთან არსებითი კავშირის არარსებობის პირობებში იყო უკანონო და 2008 წლის აგვისტოში, საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, აღნიშნული პირები კვლავ საქართველოს მოქალაქეებად მიიჩნეოდნენ.⁶² ამ მოცემულობის საფუძველზე კომისია ასკვნის, რომ რუსეთის მხრიდან მოქალაქეთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენება იყო უკანონო.⁶³

1.3. სამხრეთ ოსეთში მყოფი რუსი სამშვიდობოების დასაცავად ძალის გამოყენების კანონიერება

1992 წელს საქართველოს, რუსეთისა და სამხრეთ ოსეთის ლიდერების მიერ სოჭში გაფორმდა „ცეცხლის შეწყვეტის შესახებ“ ხელშეკრულება,⁶⁴ რომლის საფუძველზეც შეიქმნა ერთობლივი სამშვიდობო ძალა სამივე მხარის მხრიდან თანაბარი რაოდენობის მშვიდობისმყოფელების შემადგენლობით.⁶⁵ მიუხედავად იმისა, რომ მისიის ნეიტრალიტეტი კითხვის ნიშნის ქვეშ იდგა, ქართული მხარის მხრიდან 2008 წლის აგვისტომდე ვერ მოხერხდა ხელშეკრულების შეწყვეტა, რადგან არ არსებობდა შეთანხმების მატერიალური დარღვევის ფაქტი.⁶⁶ სწორედ ამ მისიის ფარგლებში არსებული მშვიდობისმყოფელების დაცვის მოტივით განხორციელდა რუსეთის ინტერვენცია საქართველოში 2008 წლის აგვისტოს. ამ შემთხვევაში, მნიშვნელოვანია, დადგინდეს რუსი სამშვიდობოების სამართლებრივი სტატუსი და განისაზღვროს, რამდენად კანონიერია სამშვიდობო ძალებში მყოფი პირების დასაცავად სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენება.

1.3.1. წარმოშობს თუ არა თავდაცვის უფლებას სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მყოფ სამშვიდობო ძალებზე განხორციელებული თავდასხმა?

რუსული მხარის არგუმენტაციით, საქართველოს მხრიდან რუს სამშვიდობოებზე განხორციელებული თავდასხმა წარმოადგენდა რუსეთის წინააღმდეგ განხორციელებულ აგრესიას, რომლის საპასუხოდაც რუსეთმა გამოიყენა თავდაცვის უფლება. რუსეთის საგარეო საქმეთა მინისტრის, სერგეი ლავროვის განცხადებით, სამშვიდობო ძალებში მყოფი მშვიდობისმყოფელები წარმოადგენდნენ რუსეთის შეიარაღებულ ძალებს და შეიარაღებულ ძალებზე განხორციელებული თავდასხმა უდრის სახელმწიფოზე განხორციელებულ თავდასხმას.⁶⁷ აღნიშნული პოზიციის გასამყარებლად მოხმობილ იქნა გაეროს გენერალური ასამბლეის 3314-ე რეზოლუციით დამტკიცებული „აგრესიის განმარტების“ მე-3 მუხლის

⁶¹ Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), ICJ, Second Phase (1955), 23.

⁶² Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume I, September 2009), 18.

⁶³ Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume II, September 2009), 180.

⁶⁴ Lott A, The Tagliavini Report Revisited: Jus ad Bellum and the Legality of the Russian Intervention in Georgia, *Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law*, 28(74), 2012, 6.

⁶⁵ Toomey M, The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?, *Temple International and Comparative Law Journal*, 23(2), 2009, 447.

⁶⁶ Lott A, The Tagliavini Report Revisited: Jus ad Bellum and the Legality of the Russian Intervention in Georgia, *Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law*, 28(74), 2012, 6.

⁶⁷ Toomey M, The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?, *Temple International and Comparative Law Journal*, 23(2), 2009, 464.

„დ“ ქვეპუნქტი,⁶⁸ რომლის მიხედვითაც, სხვა სახელმწიფოს სახმელეთო, საზღვაო თუ საჰაერო ძალებზე განხორციელებული თავდასხმა წარმოადგენს ამ სახელმწიფოს წინააღმდეგ განხორციელებულ აგრესიას.

აღნიშნულ საკითხთან მიმართებით, რონალდ ალისონი აღნიშნავს, რომ ხშირად მომხდარა სამშვიდობო ძალებში მყოფი პირების დაღუპვა, თუმცა ამის საპასუხოდ სახელმწიფოს წინააღმდეგ ინტერვენციას ადგილი არ ჰქონია.⁶⁹ მეორე მხრივ, ტალიავინის კომისია საკუთარ დასკვნაში პირდაპირ აცხადებს, რომ სამხრეთ ოსეთში განთავსებული რუსი მშვიდობისმყოფელების წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმა უდრიდა რუსეთის წინააღმდეგ თავდასხმას.⁷⁰ აღნიშნულიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილია, გაანალიზებულ იქნას ტალიავინის კომისიის არგუმენტაცია, რომელიც საფუძველად დაედო აღნიშნულ დასკვნას.

ტალიავინის კომისია აგრესიის განმარტების მე-3 მუხლის „დ“ ქვეპუნქტთან მიმართებით აღნიშნავს, რომ დოკუმენტი არ აკონკრეტებს აგრესიად კვალიფიცირებისთვის სამხედრო ძალის წინააღმდეგ თავდასხმა შეიძლება განხორციელდეს თუ არა მისი ტერიტორიის მიღმა. თუმცა კომისია საკუთარ პოზიციას აფიქსირებს და აღნიშნავს, რადგან სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიის წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმა ცალკე ნორმით არის აკრძალული, არ შეიძლება მე-3 მუხლის „დ“ ქვეპუნქტის ვიწრო განმარტება და აქ უნდა მოიაზრებოდეს სამხედრო ძალის წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმა, თუნდაც სხვა ქვეყნის ტერიტორიაზე.⁷¹ აღნიშნულის საფუძველზე, კომისია ასკვნის, რომ რუსი სამშვიდობოების წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმა უდრის რუსეთის ტერიტორიაზე განხორციელებულ თავდასხმას.⁷² ერთი შეხედვით, ლოგიკურია განსახილველი ნორმის ტალიავინის კომისიისეული ინტერპრეტაცია, თუმცა ერთი დეტალი საჭიროებს დაზუსტებას. აგრესიის დეფინიციის მე-3 მუხლის „ა“ და „დ“ ქვეპუნქტების სისტემური ანალიზის შედეგად, სრულიად ლოგიკურია, რომ აგრესიად უნდა ჩაითვალოს სახელმწიფოს შეიარაღებულ ძალებზე განხორციელებული თავდასხმა სახელმწიფოს ფარგლებს გარეთაც, მაგრამ კონკრეტულ შემთხვევაში ყურადსაღებია ის გარემოება, რომ რუსი სამხედროები სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე განთავსებულნი იყვნენ არა რუსეთის ფედერაციის სახელით, არამედ საერთაშორისო სამშვიდობო ძალის ეგიდით.

აღსანიშნავია, რომ კომისიას ეს საკითხი უყურადღებოდ არ დაუტოვებია და განმარტა, რომ საერთაშორისო სამშვიდობო ძალაში მყოფი რუსული სამხედროები მაინც რუსეთის სახელმწიფოს წარმოადგენდნენ. კომისია მშვიდობისმყოფელებს წარმგზავნი სახელმწიფოს შემაღველ ნაწილად განიხილავს და ამიტომ ასკვნის, რომ მშვიდობისმყოფელებზე თავდასხმის საპასუხოდ არსებობდა თავდაცვის უფლება.⁷³ თუმცა, უნდა ითქვას, რომ კომისიის დასკვნაზე მეტად სამართლებრივად მნიშვნელოვანია ის არგუმენტაცია, რომელზე დაყრდნობითაც აღინიშნა, რომ რუსეთს შეეძლო სამშვიდობოების დაცვის მოტივით თავდაცვის უფლების გამოყენება. კომისიის ლოგიკით, სამშვიდობო ძალა არ იყო გაეროს მიერ შექმნილი მისია და არ ექვემდებარებოდა გაეროს მხრიდან ეფექტურ კონტროლს, არამედ სამშვიდობო მისიაზე კონტროლს ახორციელებდა სოჭის ხელშეკრულების საფუძველზე შექმნილი ერთობლივი კონტროლის კომისია. ვინაიდან ამ კომისიის ხელმძღვანელი ყოველთვის რუსეთის მიერ ინიშნებოდა, ამიტომ სამშვიდობო ძალაზე კონტროლს ახორციელებდა რუსეთი⁷⁴ და შესაბამისად, სამშვიდობოს ქმედებაზე პასუხისმგებლობა მიეწერებოდა რუსეთის ფედერაციას. მეორე მხრივ კი, სამშვიდობოს წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმა უნდა მიჩნეულიყო რუსეთის წინააღმდეგ განხორციელებულ თავდასხმად.⁷⁵

⁶⁸ Petro N, The Legal Case for Russian Intervention in Georgia, Fordham International Law Journal, 32, 2009, 1526-1527.

⁶⁹ Allison R, The Russian case for military intervention in Georgia: international law norms and political calculation, European Security, 18(2), 2009, 178.

⁷⁰ Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume II, September 2009), 269.

⁷¹ იქვე, 264.

⁷² იქვე, 265.

⁷³ იქვე, 266-267.

⁷⁴ იქვე, 267.

⁷⁵ იქვე, 268.

უნდა ითქვას, რომ ტალიავინის კომისიის აღნიშნული დასკვნა არასწორი და შეცდომაში შემყვანია შემდეგი გარემოებების გამო: 1. იმისათვის, რომ სამშვიდობო მისიას საერთაშორისო სტატუსი ჰქონდეს, არ არის აუცილებელი ის უშუალოდ გაეროს კონტროლის ქვეშ მოქმედებდეს. მრავალმხრივი ხელშეკრულების საფუძველზე შექმნილი სამშვიდობო ძალა უკვე საერთაშორისოა თავისი არსით; 2. როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმარტა ბანკოვიჩის საქმეზე, გაერთიანებული სამხედრო ძალის ქმედება მიეწერება თავად გაერთიანებას და არა მის წევრ ცალკეულ სახელმწიფოს, თუ ეს უკანასკნელი არ ახორციელებს ეფექტურ კონტროლს მთლიანად გაერთიანებაზე.⁷⁶ კონკრეტულ შემთხვევაში, სამშვიდობო ძალაზე კონტროლს არ ახორციელებდა რუსეთის ფედერაცია. როგორც ალექსანდერ ლოთი და გრეგორი ჰაფკინი აღნიშნავენ, სამხრეთ ოსეთში მყოფი სამშვიდობო ძალა წარმოადგენდა რუსების, ქართველებისა და ოსების თანაბარი მონაწილეობით შექმნილ ერთობლივ კონტიგენტს, რომელიც ინსტრუქციებსა და დირექტივებს იღებდნენ ერთობლივი კონტროლის კომისიისგან. შესაბამისად, მშვიდობისმყოფელებზე ეფექტურ კონტროლს ახორციელებდა ერთობლივი კონტროლის კომისია, რომელიც წარმოადგენდა საერთაშორისო ორგანოს.⁷⁷ აღნიშნულიდან გამომდინარე, სამშვიდობო ძალის ქმედება მიეწერება ერთობლივი კონტროლის კომისიას და არა რუსეთს. შესაბამისად, ვერც თავდაცვის უფლება წარმოეშობა რუსეთს ამ სამშვიდობო ძალაზე განხორციელებული თავდასხმის საპასუხოდ. საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, თავდასხმის შემთხვევაში თავის დასაცავად ძალის გამოყენება შეუძლია უშუალოდ სამშვიდობო მისიას და არა მასში შემავალ რომელიმე ცალკეულ სახელმწიფოს.⁷⁸ ეს მიდგომა აბსოლუტურად ლოგიკურია, რადგან სამშვიდობო მისია ყოველთვის წარმოადგენდა დამოუკიდებელ სუბიექტს და მისი მთავარი მახასიათებელი ყოველთვის იყო ნეიტრალიტეტი. შესაბამისად, ალოგიკურია და პირდაპირ ეწინააღმდეგება სამშვიდობო მისიის არსს მისი გაიგივება რომელიმე ცალკეულ სახელმწიფოსთან.⁷⁹

ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მყოფ სამშვიდობო მისიაზე თავდასხმა თავდაცვის უფლებას არ წარმოშობს ამ მისიაში შემავალი სახელმწიფოებისთვის. შესაბამისად, რუსული მხარის არგუმენტი სამხრეთ ოსეთში მყოფი რუსი სამშვიდობოების დაცვის მიზნით თავდაცვის უფლების გამოყენების თაობაზე, გაუმართლებელია.

1.3.2. სამხრეთ ოსეთში მყოფი რუსი სამშვიდობოების დასაცავად ძალის გამოყენების დაუშვებლობა

ზემოთ როგორც აღინიშნა, სამხრეთ ოსეთში განთავსებულ სამშვიდობოებზე ქართული მხარის მხრიდან თავდასხმა რომ განხორციელებულიყო, რუსეთის ფედერაციას არ ჰქონდა უფლება ამ ქმედების საპასუხოდ თავდაცვის უფლების რეალიზება მოეხდინა. თუმცა, უნდა ითქვას, რომ კონკრეტულ შემთხვევაში რუსეთის მიერ ძალის გამოყენებას, დამატებით, უკანონს ხდის ის გარემოება, რომ არ არსებობს იმის უტყუარი მტკიცებულება, რომ საქართველომ მშვიდობისმყოფელებზე მიიტანა იერიში, რამაც რუსი სამშვიდობოების სიცოცხლის მოსპობა გამოიწვია. ტალიავინის კომისიის ზემოთ განხილული დასკვნა მთლიანად ვარაუდზეა დამყარებული. კომისიამ აღიარა, რომ არ არსებობს დამოუკიდებელი წყაროდან მოპოვებული ინფორმაცია, რომელიც დაადასტურებს რუსული მხარის ბრალდებას, რომ საქართველოს იერიშის შედეგად დაიღუპა ორი რუსი ჯარისკაცი და ხუთი დაიჭრა, თუმცა იქვე დასძენს, რომ შექმნილი სახიფათო სიტუაციიდან გამომდინარე ეს დანაკარგი სავარაუდოა.⁸⁰ უფრო მეტიც, მოხსენების მეორე ტომში მისია იმასაც ვერ ადასტურებს, საერთოდ დაესხა თუ არა საქართველო თავს რუს

⁷⁶ Bankovic and others v Belgium and others, [ECtHR, Grand Chamber], App. no. 52207/99, 19 December 2001, para. 46.

⁷⁷ Lott A, The Tagliavini Report Revisited: Jus ad Bellum and the Legality of the Russian Intervention in Georgia, *Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law*, 28(74), 2012, 19; Hafkin G, The Russo-Georgian War of 2008: Developing the Law of Unauthorized Humanitarian Intervention After Kosovo, *Boston University International Law Journal*, 29, 2010, 223.

⁷⁸ Gray C, *International Law and the Use of Force*, Oxford, 2008, 302–303.

⁷⁹ იქვე, 262.

⁸⁰ Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume I, September 2009), 21.

სამშვიდობობებს.⁸¹ ამ მოცემულობის საფუძველზე, კომისიამ საკუთარ დასკვნაში აღნიშნა, რომ რუსეთს მხოლოდ იმ შემთხვევაში ჰქონდა თავდაცვის უფლება, თუ მისი ბრალდება მშვიდობისმყოფელების დალუპვის შესახებ იყო მართალი.⁸²

რეალურად, ამგვარი დასკვნის გაკეთება ტალივანის კომისიის მხრიდან გაუმართლებელია, რადგან კომისიის მთავარი დანიშნულება იყო ფაქტების დადგენა და არა ვარაუდებზე დაყრდნობით სამართლებრივი შეფასებების გაკეთება.⁸³ ამ მოცემულობაზე დაყრდნობით, როდესაც შეუძლებელია საქართველოს მხრიდან რუს სამშვიდობობებზე განხორციელებული თავდასხმის დადასტურება, ყოველგვარ საფუძველს მოკლებულია რუსული მხარის მტკიცება, რომ ის ახორციელებდა თავდაცვის უფლებას, რადგან ნავთობის პლათფორმების საქმეზე მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ განმარტა, რომ თავდაცვის უფლების რეალიზება მხოლოდ მაშინ შეუძლია სახელმწიფოს, თუ მას აქვს უტყუარი მტკიცებულება, რომ ის გამიზნული თავდასხმის მსხვერპლი გახდა კონკრეტული სახელმწიფოს მხრიდან.⁸⁴

1.4. რუსეთის მხრიდან თავდაცვის უფლების განხორციელება აუცილებლობისა და პროპორციულობის პრინციპის ჭრილში

საქართველოში ინტერვენციასთან დაკავშირებით რუსეთის არგუმენტების მიმოხილვამ ცხადყო – რეალურად, არ არსებობდა იმის საფუძველი, რომ რუსეთს თავდაცვის უფლების რეალიზება მოეხდინა 2008 წლის აგვისტოში საქართველოს წინააღმდეგ. თუმცა ამგვარი წინაპირობა რომც ყოფილიყო, მაინც უკანონო იყო რუსეთის მიერ გამოყენებული ძალა, რადგან არ არსებობდა ძალის გამოყენების აუცილებლობა და უფრო მეტიც, გამოყენებული ძალა იყო აშკარად არაპროპორციული.

აუცილებლობა სახეზეა მაშინ, თუ ძალის გამოყენებაზე ნაკლებად რადიკალური საშუალება არ არსებობს. კონკრეტულ შემთხვევაში, როგორც რობერტ ჩეთჰემი აღნიშნავს, რუსეთს საკუთარი მოქალაქეებისა და სამშვიდობობების დაცვის მიზნით შეეძლო უბრალოდ მათი გაყვანა სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიიდან.⁸⁵ რაც შეეხება უშუალოდ განხორციელებული ოპერაციის მასშტაბებს, სიღრმისეული კვლევა არ სჭირდება იმას, რომ რუსეთის ქმედება განდა არაპროპორციული, როგორც კი ის გასცდა კონფლიქტის ზონას და მოახდინა თითქმის მთელი საქართველოს ოკუპაცია.⁸⁶ შესაბამისად, რუსეთის არგუმენტაცია თავდაცვის უფლების განხორციელების მიზნით საქართველოში ინტერვენციის თაობაზე, უსაფუძვლოა, რადგან თავდაცვის უფლების არც საფუძველი არსებობდა და არც მისი განხორციელების პრინციპები იყო დაცული.

2. ინტერვენციის გამართლების მცდელობა თავდაცვის უფლების მიღმა

შესავალში როგორც აღინიშნა, რუსული მხარის მთავარი არგუმენტი 2008 წლის აგვისტოში საქართველოში განხორციელებული ინტერვენციის გასამართლებლად იყო თავდაცვის უფლების განხორციელება. რეალურად, გაეროს წესდებიდან გამომდინარე, თავდაცვა არის ერთადერთი გამონაკლისი, როდესაც სახელმწიფოს შეუძლია ძალის გამოყენება უშიშორების საბჭოს ავტორიზაციის გარეშე და აქედან გამომდინარე, ლოგიკურია, რომ რუსეთის ფედერაცია თავდაცვაზე ახდენდა აპელირებას. თუმცა, უნდა ითქვას, რომ რუსული მხარის მიერ დასახელებულ იქნა სხვა დამატებითი არგუმენტებიც საკუთარი

⁸¹Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume II, September 2009), 268.

⁸²იქვე, 269.

⁸³ ალექსიძე ლ, საქართველოში კონფლიქტთან დაკავშირებული ფაქტების დამდგენი საერთაშორისო დამოუკიდებელი მისიის მოხსენების საერთაშორისოსამართლებრივი ასპექტები, საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი, №1, 2010, 5-6.

⁸⁴Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), (ICJ, 6 November 2003), para. 64.

⁸⁵ Chatham R, Defense of Nationals Abroad: The Legitimacy of Russia's Invasion of Georgia, Florida Journal of International Law, 23, 2011, 99.

⁸⁶ Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume II, September 2009), 275.

პოზიციის გასამყარებლად და აუცილებელია კვლევის ფარგლებში ამ საკითხების მიმოხილვაც. კერძოდ, უნდა გაანალიზდეს, რამდენად ჰქონდა რუსეთს საქართველოში ძალის გამოყენების უფლება შემდეგ თეორიებზე დაყრდნობით: 1. ჰუმანიტარული ინტერვენცია; 2. მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულება; 3. პრივილეგირებული ინტერესის განხორციელება; 4. დაზარალებულისთვის დახმარების აღმოჩენა.

2.1. ძალის გამოყენება ჰუმანიტარული ინტერვენციის მოტივით

აღსანიშნავია, რომ რუსეთის მხრიდან ჰუმანიტარული ინტერვენცია ოფიციალურ არგუმენტად არ დასახელებულა საქართველოში ძალის გამოყენების გასამართლებლად, თუმცა ეს საკითხი განხილულ იქნა ტალიავინის კომისიის მიერ, რადგან რუსეთის ხელისუფლების წარმომადგენლები საკუთარ გამოსვლებში არაერთხელ აღნიშნავდნენ, რომ სამხრეთ ოსეთის მოსახლეობას ესაჭიროებოდა დაცვა საქართველოს აგრესიისგან და კავკასიელი ხალხის უსაფრთხოების გარანტი რუსეთი იყო.⁸⁷

თანამედროვე საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, ჰუმანიტარული ინტერვენციის მოტივით ძალის გამოყენება დაუშვებლად მიიჩნევა. 1965 წლიდან მოყოლებული, გაეროს გენერალურმა ასამბლეამ არაერთი რეზოლუცია მიიღო ჰუმანიტარული ინტერვენციის გაკრიტიკების თაობაზე, სადაც სახელმწიფოთა უმეტესობამ დააფიქსირა საკუთარი პოზიცია ამ თეორიის საწინააღმდეგოდ.⁸⁸ იქიდან გამომდინარე, რომ ჰუმანიტარული მიზნებით ძალის გამოყენება დასაშვები არ არის გაეროს წესდების მიხედვით, ყოველი ასეთი ინტერვენცია არღვევს სახელმწიფოს სუვერენიტეტს.⁸⁹ შესაბამისად, ჰუმანიტარული ინტერვენცია არ არის ძალის გამოყენების ლეგიტიმური საფუძველი. კონკრეტულ შემთხვევასთან მიმართებით, განსაკუთრებით აღნიშვნის ღირსია ის გარემოება, რომ რუსეთის ფედერაცია მუდმივად აკრიტიკებდა სხვა სახელმწიფოებს ჰუმანიტარული ინტერვენციის გამო და ყოველგვარ ლოგიკას მოკლებულია, თავად სცადოს ინტერვენციის გამართლება ჰუმანიტარული მიზნით.⁹⁰

2.2. ჰუმანიტარული კატასტროფებისგან მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულება

რუსეთის საგარეო საქმეთა მინისტრის, სერგეი ლავროვის განცხადებით, რუსეთის მიერ ძალის გამოყენება იყო მოქალაქეთა დაცვის ვალდებულების (ე.წ. Responsibility to Protect) რეალიზება.⁹¹ როგორც წინა თავში აღინიშნა, ეს დოქტრინა ჩამოყალიბდა ჰუმანიტარული ინტერვენციის საფუძველზე, რომლისგან განსხვავებითაც, ახალი დოქტრინის საფუძველზე ძალის გამოყენება კანონიერ ქმედებად ითვლება.⁹² თუმცა, უნდა ითქვას, რომ მოცემულ შემთხვევაში რუსეთის მხრიდან ძალის გამოყენება გამართლებული ვერ იქნება აღნიშნული დოქტრინით, რადგან სახეზე არ ყოფილა Responsibility to Protect-ის წინაპირობები. კერძოდ, სამხრეთ ოსეთში არ ყოფილა ისეთი კრიტიკული მდგომარეობა, რომ მოსახლეობა ჰუმანიტარული კატასტროფის წინაშე დამდგარიყო⁹³ და ასეთი გარემოების არსებობის შემთხვევაშიც, ძალის გამოყენება კანონიერი იქნებოდა მხოლოდ უშიშროების საბჭოს ნებართვით.⁹⁴

⁸⁷ იქვე, 283.

⁸⁸ იხ., UN GA Resolutions: 2131 (1965), 2625(1970), 3314 (1974).

⁸⁹ Gray C, *International Law and the Use of Force*, Oxford, 2008, 48.

⁹⁰ Gazzini T, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester, 2006, 176.

⁹¹ Evans G, *Russia, Georgia and the Responsibility to Protect*, *Amsterdam Law Forum*, 1(2), 2009, 25.

⁹² Gray C, *International Law and the Use of Force*, Oxford, 2008, 52.

⁹³ Evans G, *Russia, Georgia and the Responsibility to Protect*, *Amsterdam Law Forum*, 1(2), 2009, 26.

⁹⁴ *Implementing the Responsibility to Protect: The Report of the Secretary General A/63/677* 12 January 2009, para. 49.

2.3. რუსეთის მხრიდან სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე პრივილეგირებული ინტერესის განხორციელება

2008 წლის აგვისტოში საქართველოში ინტერვენციის კიდევ ერთ საფუძვლად რუსული მხარის მხრიდან დასახელდა მოცემულ რეგიონში რუსეთის პრივილეგირებული ინტერესის განხორციელება.⁹⁵ რეალურად, აღნიშნული განცხადება შესაძლოა მხოლოდ პოლიტიკური დატვირთვის ატარება და ნაკლებად იყო ნაგულისხმევი სამართლებრივ საფუძვლად, თუმცა მაიქლ თომი პრივილეგირებულ ინტერესს განიხილავს, როგორც ახალ სამართლებრივ დოქტრინას.⁹⁶ შესაბამისად, მიზანშეწონილია, მოხდეს ამ თეორიის ანალიზიც. ავტორი თავადვე აღნიშნავს, რომ საერთაშორისო სამართალში ამგვარი დოქტრინა არ არსებობს და ეს რუსეთის ინოვაციას წარმოადგენს. შესაბამისად, ბუნდოვანია მისი მნიშვნელობაც და გამოყენების ფარგლებიც.⁹⁷ თავად რუსული მხარის განმარტებით, პრივილეგირებული ინტერესი ნიშნავს ორმხრივი, მეგობრული და ურთიერთსასარგებლო ურთიერთობების განვითარებას იმ სახელმწიფოებთან, რომელთანაც რუსეთს ჰქონდა და აქვს კავშირები. ამგვარ სახელმწიფოებად მოიაზრება ის ქვეყნები, სადაც რუსი ემიგრანტები ცხოვრობენ, რუსი ბიზნესმენები საქმიანობენ ან სახელმწიფოები, რომელთა მოქალაქეებაც განათლებას იღებენ რუსეთში.⁹⁸ უმეტეს წილად ამ კატეგორიაში იგულისხმება ყოფილი საბჭოთა კავშირის წევრი სახელმწიფოები.⁹⁹

ბუნებრივია, რუსეთს შესაძლოა ჰქონდეს საკუთარი ინტერესები ცალკეულ სახელმწიფოებში, თუმცა ამ ინტერესების განსახორციელებლად სამხედრო ძალის გამოყენება, ცხადია, კანონიერ ჩარჩოებში ვერ ჩაჯდება. სწორედ ამიტომ საკუთარ სტატიაში მაიქლ თომი ასკვნის, რომ პრივილეგირებული ინტერესის განსახორციელებლად რუსეთის მხრიდან ძალის გამოყენება განხილულ უნდა იქნას მოქალაქეთა დაცვის ან ჰუმანიტარული ინტერვენციის ფარგლებში.¹⁰⁰ ეს ორი დოქტრინა ზემოთ უკვე განხილულ იქნა. შესაბამისად, პრივილეგირებული ინტერესის განსახორციელებლად ძალის გამოყენება არ წარმოადგენს რაიმე სიახლეს და ის არ შეიძლება განხილულ იქნას ძალის გამოყენების გასამართლებელ ახალ დოქტრინად.

2.4. რუსეთის საქართველოში ინტერვენცია სამხრეთ ოსეთის დახმარების მოტივით

რუსეთმა სამხრეთ ოსეთში საკუთარი სამხედრო ძალის შეყვანის საფუძვლად, აგრეთვე, დასახელა სამხრეთ ოსეთის ხელისუფლებისგან დახმარების თხოვნა.¹⁰¹ უნდა ითქვას, რომ რუსეთის ეს არგუმენტიც სამართლებრივად დაუსაბუთებელია. ზოგადად, საერთაშორისო სამართალი დასაშვებად მიიჩნევს კოლექტიურ თავდაცვას და ამ მიზნით, ნებადართულია დაზარალებული სახელმწიფოს დახმარება მისი მხრიდან დახმარების თხოვნის შემთხვევაში,¹⁰² თუმცა კონკრეტულ შემთხვევაში ყურადსაღებია ის გარემოება, რომ სამხრეთ ოსეთი არ წარმოადგენდა სახელმწიფოს. 2008 წლის აგვისტოში თავად რუსეთის მხრიდანაც კი არ იყო დე ფაქტო რეჟიმი დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ აღიარებული, შესაბამისად, სამხრეთ ოსეთს არ ჰქონდა დახმარების თხოვნის, ხოლო რუსეთს – დახმარების უფლება.¹⁰³

⁹⁵ Toomey M, The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?, Temple International and Comparative Law Journal, 23(2), 2009, 444.

⁹⁶ იქვე, 464.

⁹⁷ იქვე, 444.

⁹⁸ იქვე, 465.

⁹⁹ <<http://www.globalsecurity.org/military/world/russia/privileged-interests.htm>> (15.01.2013).

¹⁰⁰ Toomey M, The August 2008 Battle of South Ossetia: Does Russia Have a Legal Argument for Intervention?, Temple International and Comparative Law Journal, 23(2), 2009, 474-475.

¹⁰¹ Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, (Volume II, September 2009), 276.

¹⁰² Case Concerning Military and paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), (ICJ, Merits, 27 June 1986), paras.195, 199.

¹⁰³ Lott A, The Tagliavini Report Revisited: Jus ad Bellum and the Legality of the Russian Intervention in Georgia, Merkourios - Utrecht Journal of International and European Law, 28(74), 2012, 13.

დასკვნა

2008 წლის აგვისტოში საქართველოში ინტერვენციის გასამართლებლად რუსული მხარის მიერ დასახელებული ყველა არგუმენტის განხილვის შემდეგ შეიძლება ითქვას, რომ რუსეთის ინტერვენცია საერთაშორისო სამართლის ნორმების უხეში დარღვევით განხორციელდა. როგორც განხილვამ აჩვენა, რუსული მხარის არცერთი არგუმენტი არ არის სამართლებრივად სწორი და მათზე დაყრდნობით რუსეთის ფედერაციას არ ჰქონდა საქართველოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენების უფლება.

განხილვამ წარმოაჩინა, რომ სამხრეთ ოსეთში მყოფი რუსეთის მოქალაქეებისა და რუსი მშვიდობისმყოფელების დაცვის მიზნით დაუშვებელი იყო რუსეთის მხრიდან თავდაცვის უფლების განხორციელება და ძალის გამოყენება, რადგან საერთაშორისო სამართალი არ უშვებს სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მყოფი მოქალაქეების ან საერთაშორისო სამშვიდობო მისიაში მყოფი სამხედროების დასაცავად ძალის გამოყენებას. ამასთან, სამხრეთ ოსეთში მცხოვრები რუსეთის მოქალაქეთა უმეტესობას მოქალაქეობა მასობრივი პასპორტიზაციის შედეგად მიენიჭა საქართველოს თანხმობის გარეშე და ისინი, საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, 2008 წლის აგვისტოში კვლავ საქართველოს მოქალაქეებად ითვლებოდნენ, ხოლო მშვიდობისმყოფელების წინააღმდეგ საქართველოს მიერ განხორციელებული თავდასხმის დადასტურება ვერც რუსულმა მხარემ და ვერც ტალიავინის კომისიამ ვერ შეძლო. უფრო მეტიც, მოქალაქეებისა და სამშვიდობოების დასაცავად ძალის გამოყენება დასაშვები რომც ყოფილიყო, რუსეთის ფედერაციის მხრიდან დაირღვა აუცილებლობისა და პროპორციულობის პრინციპები.

რუსეთის ინტერვენციის გამართლება, აგრეთვე, დაუშვებელია სხვა საფუძვლებითაც. კერძოდ, ჰუმანიტარული ინტერვენცია საერთაშორისო სამართალში უკანონო ქმედებად მიიჩნევა. მისი მსგავსი დოქტრინა მასობრივი კატასტროფების თავიდან ასაცილებლად, რომელიც ცნობილია, როგორც Responsibility to Protect, ძალის გამოყენებას დასაშვებად მიიჩნევს მხოლოდ უშიშროების საბჭოს ავტორიზაციის შემთხვევაში, რასაც ადგილი არ ჰქონია. როგორც განხილვამ აჩვენა, სამართლებრივ კატეგორიას არ განეკუთვნება პრივილეგირებული ინტერესის დოქტრინა და მის განსახორციელებლად ძალის გამოყენება დაუშვებელია. აგრეთვე, რუსეთს არ ჰქონდა ძალის გამოყენების უფლება სამხრეთ ოსეთის დე ფაქტო ხელისუფლების მხრიდან დახმარების თხოვნის საფუძველზე, რადგან სამხრეთ ოსეთი საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან და თავად რუსეთის ფედერაციის მიერაც კი არ იყო აღიარებული დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ და კონფლიქტის დროს მიიჩნეოდა საქართველოს შემადგენელ ნაწილად.

ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება დასკვნის გაკეთება, რომ 2008 წლის აგვისტოში რუსეთმა საქართველოში უკანონო ინტერვენცია განახორციელა და არ არსებობს სამართლებრივად ღირებული არგუმენტი, რომელიც ამ ინტერვენციას გაამართლებს.

Legality of Russian intervention into Georgia in 2008 in the light of *jus ad bellum*

Beka Dzamashvili*

Legal assessment of 2008 Russian-Georgian war is definitely stressing issue for Georgian readers, but it should be noted that significance of this war goes beyond the interest of only conflicting parties because several doctrines have been invoked for justification of their actions by the parties and they truly worth exploring.

Despite obvious support of western world towards Georgia and direct condemnations of Russian intervention by prominent writers this conflict retains importance since there is no legal assessment by the authoritative international body regarding this issue. In accordance with the Charter of the UN legally binding decision concerning use of force may be adopted by the Security Council or International Court of Justice. Certainly, it is pointless for Georgian side to achieve any tangible outcome through SC as long as the conflicting party is permanent member empowered with veto. When it comes to ICJ, Georgia has lodged application against Russia on the 12th of August, 2008, but paradoxically the claim did not touch on the violations under *jus ad bellum*. In fact, it was because of technical obstacles that made impossible to raise a case against Russia for illegal use of force because it has not recognized the jurisdiction of the court in this regard. Consequently, there is no legal analysis of this conflict by the court as well.

According to above mentioned, it is crucial to analyze legality of Russian intervention in the light of existing regulations of international law. As it was stated above, Russian-Georgian war raises serious questions regarding various legal issues, but this article will explore the intervention only under *jus ad bellum* because the fact of intervention became the precursor of other violations.

To achieve the aim pursued, this article discusses all arguments stated by the Russian side for justification of intervention. In particular, it is analyzed whether Russia could intervene into Georgia or not based on any following reason: 1) Protection of Russian citizens living in South Ossetia, 2) Protection of Russian peace-keepers dislocated in South Ossetia, 3) Humanitarian intervention, 4) Responsibility to protect, 5) Other.

Related to the problematic issues this article explores the views of prominent writers, relevant judgments of international courts and existing legal norms. In addition, Report of Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia will be one of the major sources of the research.

* Master of Law, LL.M.