

№ 24 2022 დეკემბერი  
DECEMBER

## სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის  
სამართლის ინსტიტუტის  
საერთაშორისო სამეცნიერო  
რეფერირებადი ჟურნალი

## LAW AND WORLD

INTERNATIONAL SCIENTIFIC  
PEER-REVIEWED JOURNAL  
OF THE EUROPEAN UNIVERSITY  
INSTITUTE OF LAW

სამართალი და მსოფლიო – თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND WORLD – Your Guide in Legal World

თბილისი  
Tbilisi  
[www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)



ჟურნალის საერთაშორისო აღიარება  
International Recognition of Journal



გამოქვეყნებული სტატიის სიზუსტეზე პასუხისმგებელია ავტორი. მისი პოზიცია შეიძლება არ ემთხვეოდეს ჟურნალის სარედაქციო კოლეგიის შეხედულებებს.

ჟურნალი ფლობს საერთაშორისო ლიცენზიას CC BY-SA.

The authors of the articles published in this journal are each solely responsible for the accuracy of their respective articles. Their respective views do not necessarily coincide with the views of the Editorial Board.

The journal holds International license: CC BY-SA.

მთავარი რედაქტორი:  
ტექნიკური რედაქტორი:  
ინგლისური ტექსტის კორექტორი:  
დაკაბადონება:

იოსებ კელენჯერიძე  
ანა ილურიძე  
მარიამ ბობოხიძე  
თამარ ქავჭარაძე

Chief Editor:  
Technical Editor:  
Proof-reader of English text:  
Imposer:

IOSEB KELENJERIDZE  
ANA ILURIDZE  
MARIAM BOBOKHIDZE  
TAMAR QAVZHARADZE

გამომცემლობა „დანი“  
Publishing „Dani“  
ISSN 2346-7916

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე:  
The online version of the journal is available on the website:



www.lawandworld.ge  
E-mail: info@lawandworld.ge

## მთავარი ხელაქცილი

### იოსებ კალენჯარიძე

საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

### წევრები:

#### მერაბ ტურაბაძე

სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე

#### ლევან ზაყალი

საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

#### თამარ ლალიაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

#### ალექსანდრე ლონტი

ფრაიბურგის ალბერტ ლუდვიგის სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის მეცნიერებათა დოქტორის კანდიდატი. საერთაშორისო კიბერუსაფრთხოების კვლევითი ცენტრის დამფუძნებელი

#### ევა გოცირიძე

სამართლის დოქტორი, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე, წმიდა ანდრია პირველწოდებულის სახელობის ქართული უნივერსიტეტის პროფესორი

#### ანა ჭილიტაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

#### ლევან მისხორაძე

ევროკავშირის პროექტის ხელმძღვანელი, ევროკავშირის, ევროპის საბჭოს, ამერიკის იურისტთა ასოციაციის ეროვნული/საერთაშორისო ექსპერტი

#### ბაკურ ლილუაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

#### თათული დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

#### როინ მიგრიაული

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის წევრი, ადვოკატი

#### ეკატერინე ლაფარი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

#### გიორგი ხაბიძე

საქართველოს საზოგადოებრივ საქმეთა ინსტიტუტის (GIIPA) სამართლის და პოლიტიკის სკოლის ასოცირებული პროფესორი

#### პაბა გომბაძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

#### მამუკა შინგელია

სამართლის აკადემიური დოქტორი, აკაკი წერეთლის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ბიზნესის, სამართლის და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის სამართლის დეპარტამენტის ხელმძღვანელი, პროფესორი

#### გიორგი ამირანაშვილი

სამართლის დოქტორი, გურამ თავართქილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი და ღია სასწავლო უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი

## უცხოელი წევრები

#### ჰანს იურგენ ზახორაკი

ევროპული ინსტიტუტის ლიბერტას დირექტორი, ყოფილი ევროპარლამენტარი, ევროკავშირის საგარეო საქმეთა შურნალის მთავარი რედაქტორი, ადვოკატი (გერმანია)

#### პატრიკ ტერი

კენტის უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი (ინგლისი), კელის საჯარო ადმინისტრაციის უნივერსიტეტის პროფესორი (გერმანია)

#### დემიდ კოლბე

ვალპარაისოს უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი, ინდიანას შტატის ადვოკატთა ასოციაციის წევრი (აშშ)

#### მარკ სპიციერი

ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (აშშ)

#### უილიამ ბილ ვოტკინსი

სამხრეთ კაროლინას მოქმედი პროკურორი. ოუკლენდის დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი (აშშ)

#### მარტინ კოლე

Panthéon-Assas-ის (Paris II) უნივერსიტეტის პროფესორი (საფრანგეთი)

#### მათიუ მერკოლი

საფრანგეთის ლილის კათოლიკური უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი საჯარო სამართალში (საფრანგეთი)

#### ფრანჩესკო

#### ლონგობუკო

კერძო სამართლის ასოცირებული პროფესორი — MIUR სრული პროფესორის კვალიფიკაცია, იურისტი უმაღლესი მაგისტრატურის

ევროპის დეპარტამენტში, Roma Tre University Erasmus-ის აკადემიური კოორდინატორი (იტალია)

#### გერჰარდ ლინგელბახი

პროფესორი, სამართლის დოქტორი, ფრიდრიხ შილერის სახელობის იენის უნივერსიტეტი (გერმანია).

#### პაროლ პარსკი

სამართლის დოქტორი, ვარშავის უნივერსიტეტის პროფესორი და სამართლისა და ადმინისტრაციის ფაკულტეტზე საერთაშორისო საჯარო სამართლის დეპარტამენტის უფროსი, ევროპის უნივერსიტეტის საპატიო დოქტორი, თბილისი, ევროპარლამენტის წევრი (პოლონეთი)

#### ამირ ალიმვი

ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტის UNESCO-ს ადამიანის უფლებათა

და საინფორმაციო სამართლის იურიდიული ფაკულტეტის კათედრის გამგე, სამართლის დოქტორი, პროფესორი (აზერბაიჯანი)

#### როსტან მემლი

ექს-მარსელის უნივერსიტეტის იურიდიული და პოლიტიკური მეცნიერებების ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი, ინსტიტუტ Sciences Po Aix-ის დირექტორი (საფრანგეთი)

#### რობერტ თრემმენი

პროფესორი, სამართლის დოქტორი, ადვოკატი (აშშ)

#### პატრიცია მ. ბენაში-დეს ვალესკო

კომერციული სამართლის ასოცირებული პროფესორი, მალაგას უნივერსიტეტი (ესპანეთი)

#### ანა ჰამონიძე

რენის უნივერსიტეტის (1) პროფესორი (საფრანგეთი)

## EDITORIAL BOARD

### Editor-in-Chief

**IOSEB KELENJERIDZE**  
Doctor of  
International Law,  
Affiliated professor of  
European University

### Members:

**MERAB TURAVA**  
Doctor of Law, Profes-  
sor of Grigol Robakidze  
University.  
President of the Constitu-  
tional Court of Georgia

**LEVAN JAKELI**  
Doctor of International  
Law, Associate Professor  
of Batumi Shota Rustaveli  
State University

**TAMAR LALIASHVILI**  
Doctor of Law, Professor of  
The European University

**ALEKSANDRE GLONTI**  
J.D. Candidate at Freiburg  
University. Founder of an  
International Cybersecu-  
rity Company The Pro-  
ject Andromeda

**EVA GOTSIRIDZE**  
Doctor of Law, Judge of  
the Constitutional Court of  
Georgia, Professor at St.  
Andrew the First-Called  
Georgian University

**ANNA CHIGITASHVILI**  
Doctor of Law, Professor of  
European University

**LEVAN MESKHORADZE**  
Head of the European Un-  
ion projects, international/  
national consultant of the  
Council of Europe/Amer-  
ican Bar Association Rule  
of Law Initiative (ABA  
ROLI)/Promoting Rule  
of Law in Georgia (PRO-

LoG)/Georgia Bar Associ-  
ation (GBA)

**BAKUR LILUASHVILI**  
Doctor of Law, Affiliated  
professor of European  
University

**TATULI DOLIDZE**  
Doctor of Law, Affiliated  
professor of European  
University

**ROIN MIGRIAULI**  
Associate Professor of Iv.  
Javakhishvili Tbilisi State  
University, Member of  
LEPL Georgian Bar Asso-  
ciation, Advocate

**EKATERINE LAPHACHI**  
Doctor of Law,  
Affiliated professor  
at the European University

**GEORGE KHATIDZE**  
Associate Professor  
at the Georgian Institute

of Public Affairs, School of  
Law and Politics (GIPA)

**KAKHA GOSHADZE**  
Doctor of Law, Affiliated  
professor of European  
University

**MAMUKA SHENGELIA**  
Academic Doctor of Law,  
Head of the Department of  
Law, Faculty of  
Business, Law and Social  
Sciences, Akaki Tsereteli  
State University, Professor

**GIORGI  
AMIRANASHVILI**  
Doctor of Law, Associate  
Professor at Guram Tav-  
artkiladze Tbilisi Teaching  
University and Assistant  
Professor at Tbilisi Open  
University

## FOREIGNER MEMBERS

**HANS-ÜRGEN  
ZAHORKA**  
The director of European Insti-  
tute „Liberta”, Former member  
of European Parliament, Chief  
Editor of European Union For-  
eign Affairs Journal (EUF AJ),  
Advocate (Germany)

**PATRICK C. R. TERRY**  
Doctor of Law at Kent Uni-  
versity (England), Professor of  
University of Kelly Public  
Administration (Germany)

**DAVID C. KOLBE**  
Doctor of Law at Valparaiso  
University, Lawyer of Indiana  
State Bar  
Association (USA)

**MARK A. SPEISER**  
Judge of circuit court of  
Florida (USA)

**WILLIAM J. WATKINS**  
Acting prosecutor of South  
Carolina, (representative at the  
Appeal Court). Researcher of  
the independent Institute of  
Oakland (USA)

**MARTIN COLLET**  
Professor of Law at Université  
Panthéon-Assas  
(Paris II), (France)

**MATTHIEU MEERPOEL**  
Associate Professor in public  
Law at the Law Faculty of  
the Catholic University of  
Lille (France)

**FRANCESCO  
LONGOBUCCO**  
Associate Professor of Private  
Law – MIUR qualification  
as Full Professor, Lawyer  
at the Higher Magistrates  
Department of Economics,

Roma Tre University Erasmus  
Academic Coordinator (Italy)

**GERHARD LINGELBACH**  
Professor, Doctor of Laws at  
Friedrich Schiller University  
Jena - (Germany)

**KAROL KARSKI**  
Ph.D. (Law), Dr. Hab. Iur.,  
Professor of the University of  
Warsaw and the Head of the  
Department of Public Inter-  
national Law at the Faculty  
of Law and Administration,  
Doctor honoris causa of the  
European University in Tbili-  
si, Member of the European  
Parliament (Poland)

**AMIR ALIYEV**  
Head of UNESCO Chair of  
Human Rights and Infor-  
mation Law of Law Faculty  
at Baku State University,

Doctor of Laws, Professor  
(Azerbaijan)

**ROSTANE MEHDI**  
Professor at the Faculty of  
Law and Political Science of  
the University of Aix-Mar-  
seille, Director of Sciences Po  
Aix (France)

**ROBERT TRACHMAN**  
Professor, Doctor of Law,  
Attorney (USA)

**PATRICIA G.  
BENAVIDES VELASCO**  
Associate Professor of com-  
mercial Law at the University  
of Malaga (Spain)

**ANNE HAMONIC**  
Professor of the University  
of Rennes (1) (France)

- 8 JUDICIAL REVIEW OF ARBITRAL AWARD: A POLICY REVIEW ON  
DELIMITATION OF PATENT ILLEGALITY IN INDIA  
Kanya Saluja, Amit Kumar Kashyap
- 16 A SCRUTINY OF THE DEMAND DEPOSIT (CURRENT ACCOUNT)  
THROUGH THE LENSES OF LAW AND ISLAMIC JURISPRUDENCE  
Mejd Aures Benlala
- 34 A CRITICAL ANALYSIS OF PERSONAL DATA PROTECTION BILL 2018  
WITH REFERENCE TO DATA PROTECTION AND  
THE RIGHT TO PRIVACY IN INDIA  
Sharad Kumar Pandey, Dr. Pradeep Kumar
- 41 AMERICAN FEDERALISM – THE PROBLEM OF THE DISTRIBUTION  
OF POWERS BETWEEN THE FEDERATION  
AND THE INDIVIDUAL STATES  
Kalenike Uridia
- 51 წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ტიპოლოგიური  
დახასიათება  
ირაკლი ლეონიძე, მარიამ რუბაშვილი  
TYPOLOGICAL CHARACTERISTIC OF REPRESENTATION  
Irakli Leonidze, Mariam Rubashvili
- 75 ქართული კერძო საგარეო ურთიერთობების რამდენიმე  
თავისებურება 90-იანი წლებიდან დღემდე  
მიხეილ ბიჭია

SOME FEATURES OF THE DEVELOPMENT OF GEORGIAN  
PRIVATE LAW FROM THE 90S TO THE PRESENT DAY

Mikheil Bichia

- 105** აგრესიის საპასუხოდ ინდივიდუალური კარტონირება აუცილებელი მოგერიებით ძალადობის კრიმინალიზაცია.  
ცუდი კანონი თუ მანკიერი სისხლის სამართლის პრაქტიკა?  
თამარ გეგელია  
CRIMINALIZATION OF DEFENSIVE VIOLENCE IN RESPONSE TO INTIMATE PARTNER'S AGGRESSION.  
BAD LAW OR VICIOUS CRIMINAL PRACTICE?  
Tamar Gegelia

- 116** დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით დანაშაულის ჩადენისთვის პირის პასუხისმგებებაში მიცემისთვის საკმარისი მძკიცებულებათა ერთობლიობა და ამ მოტივის მნიშვნელობა სასჯელის განსაზღვრის დროს  
ნატი გელოვანი  
THE SUFFICIENCY OF EVIDENCE TO CONVICT THE PERSON FOR COMMITTING A CRIME OF INTOLERANCE BASED ON DISCRIMINATORY GROUNDS AND ITS IMPORTANCE IN DETERMINING THE SENTENCE  
Nati Gelovani

- 136** ასაკი, როგორც მინიმალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი (საერთაშორისო და ეროვნული კანონმდებლობის ანალიზი)  
სალომე გულიაშვილი

AGE – AS THE BASIS OF MINIMUM AGE OF CRIMINAL  
RESPONSIBILITY (ANALYSIS OF INTERNATIONAL AND  
NATIONAL LEGISLATION)

Salome Guliashvili

154

პირთა ნების თავისუფლების შეზღუდვა

მორალური ნორმებით

გიორგი ყველიაშვილი

RESTRICTION OF THE FREEDOM OF WILL OF INDIVIDUALS  
BY MORAL NORMS

Giorgi Kveliashvili

172

მოვალე საზოგადოების მართვასა და წარმომადგენლობაზე  
უფლებამოსილი პირი რეაბილიტაციის რეჟიმში

მერი კეთილაძე

A PERSON AUTHORIZED TO MANAGE AND REPRESENT  
A DEBTOR COMMUNITY IN THE REGIME OF REHABILITATION

Meri Ketiladze

# JUDICIAL REVIEW OF ARBITRAL AWARD: A POLICY REVIEW ON DELIMITATION OF PATENT ILLEGALITY IN INDIA

**Kanya Saluja**

*IV Year B. Com LL. B (Hons.), Institute of law, Nirma University, Ahmedabad*

**Amit Kumar Kashyap**

*Asst. Prof of Law, Institute of Law, Head Centre for Corporate Law Studies,  
Nirma University, Ahmedabad, India*

## ABSTRACT

In the legal interpretation of the grounds for setting aside arbitral awards, the ambiguity in the recourse against an arbitral award is an issue of genuine concern and relevance. The various amendments and judicial precedents made under Section 34 in the Arbitration and Conciliation Act 1996 have provided a near end to the definition of Public Policy. However, it is still an area that requires various changes to make the practice of setting aside Arbitral awards an exception rather than a regular exercise. One of the reasons for annulling or refusing to implement an arbitral judgment is “patent illegality,” which has generated intense debate among practitioners both in India and abroad. This research article discusses the nuances in highlighting the flaws and loopholes contributing to the execution and non-execution of arbitral awards. This research article discusses the jurisprudence and various precedents in the context of Patent Illegality under the Public Policy of India and how the Supreme Court of India, in multiple instances, contradicted its judgments and provided a vagueness in interpreting the setting aside of Arbitral Award in different scenarios.

**KEYWORDS:** Judicial Review, Patent Illegality, Arbitration



## INTRODUCTION

An act by the name of 'The Arbitration and Conciliation Act, 1996' ("Principal Act" or "the Act") was enforced in India w.e.f. The 19<sup>th</sup> of August 1996. The Act provided the settlement of disputes by the most common form of alternate dispute resolution mechanism, i.e., Arbitration. To ensure justice, it was necessary that recourse against a decision passed through the process of Arbitration – called the Arbitral Award – exist. This was facilitated through Chapter VII of the Act. The sole section of this chapter – Section 34, has been revamped by the Arbitration and Conciliation Act (Amendment) Act, 2015 of the AC Act ("Amending Act"). This amendment was based on the recommendations given by the Law Commission in its 246<sup>th</sup> Report<sup>1</sup> as a result of three landmark judgments, namely – *ONGC vs. Saw Pipes* (2003) 5 SCC 705, *ONGC Ltd. v. Western Geco International Ltd.* (2014) 9 SCC 263, and *Associated Builders vs. DDA* (2015) 3 SCC 49. However, the amendment seems to house multiple widely debated and conflicting points in the courts.

## PATENT ILLEGALITY AND MEANING OF PUBLIC POLICY IN INDIA

The ground of 'Patent Illegality', amongst other groups, has been debated in the Court of India. In *ONGC Vs. SAW Pipes*<sup>2</sup>, the Apex Court defined "patent illegality" in detail and brought it within the realm of Indian public policy for the first time. Before this interpretation, the un-amended Act did not include the ground of 'Patent Illegality' to set aside an Arbitral Award. This was done by broadening the only existing foundation of 'Public Policy and by interpreting the ground from a post-amendment perspective.

Before the amendment, Section 34 of the

Act provided grounds for setting aside an arbitral award under clause (2)(v)(ii). The Court could mention that such award conflicted with the Public Policy of India. However, what constitutes this Act or any enactment did not define this. The phrase was open to interpretation in an extensive sense, giving it the capacity to develop and evolve along with the dynamic law. Such evolution is visible upon reading the judgments pronounced in this regard.

In the case of *Renusagar Power Co. Ltd vs. General Electric Co.* 1994 SCC Supp (1) 644, in paragraphs 67 and 76, a Three-Judge Bench of the Apex Court interpreted the meaning of Public Policy of India about the Foreign Exchange and Regulation Act and the illegality of a foreign award under section 7(1)(b)(ii) of Foreign Awards Act. After examining the two regulations relating to Foreign Awards, it held that the purpose of the Acts was to protect the country's economic interests, and hence any violation of such legislation would be against public policy.

In *ONGC Vs. Saw Pipes*<sup>3</sup>, a Two-Judge Bench of the Apex Court, considered the opinion as mentioned earlier but opined that interpretation of the expression "public policy of India" must be done in the context of the jurisdiction of Courts where the validity of an Award is challenged, unlike in a proceeding for the enforcement of a foreign award as done in *Renusagar* case. Under Paras 15, 20, 22, 28, and 31, it was held that, on the principle that no narrow meaning should be given to the expression "public policy of India" in the case where an award that is challenged as materially different from a proceeding where a foreign recognition is sought to be enforced. It was concluded that a domestic arbitral award could be set aside as "patently illegal" if it violates substantive provisions of an Indian Law, the Principal Act (AC Act), or the contract terms between the parties.

Again, in the case of *McDermott International Inc. v. Burn Standard Co. Ltd.*<sup>4</sup>, a slight change in the notion of what would be "public policy" was noticed in the previous two cases. In ad-

1 GOVERNMENT OF INDIA LAW COMMISSION OF INDIA. (n.d.). <https://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report246.pdf> [Last seen: 06.10.2022].

2 (2003) 5 SCC 705.

3 (2003) 5 SCC 705.

4 (2006) 11 SCC 181.

dition, the Court held that the scope of the expression would change based on the case and the nature of the transaction in such case but also held their ground in being bound by the decision in the case of ONGC<sup>5</sup>.

Similarly, the Court, in the case of Centrotrade Minerals & Metals Inc. v. Hindustan Copper Ltd.<sup>6</sup>, followed its precedents and held that violation of “public policy” should be considered as a valid ground to set the arbitral award aside. However, it also pointed out that such patent illegality must be found at the core of the matter and should be, without doubt, not fair or reasonable. Thus, if the Arbitrator has not protected such ground, it would be liable to be challenged under Section 34.

Further, a three-judge bench in ONGC Ltd. v. Western Geco International Ltd.<sup>7</sup> in Paras 34, 35, 38 and 39 not only acknowledged the validity of the dicta in Saw Pipes but also further held that the expression of the fundamental policy of Indian law is a comprehensive concept with multiple aspects included such as the judicial approach that the Arbitrator must be following, the Principles of Natural Justice the fundamental Wednesbury Principles that are perversity and irrationality. These aspects are to be kept in mind when it comes to adjudicating the validity of an arbitral award.

A two-judge bench in Associate Builders Vs. Delhi Development Authority<sup>8</sup> further added to the existing interpretation that a disregard of a decision of a Superior Court is violative of the fundamental policy of Indian law in Para 18 to 26. Thus, the heading of “patent illegality” was divided into three subheads through this judgment as follows-

- Contravention of the substantive law of India referable to section 28(1)(a) of the Principal Act.
- Contravention of the Arbitration Act.
- Contravention of Section 28(3) of the Arbitration Act, i.e., adherence to terms of the contract.

5 Supra 4.

6 (2006) 11 SCC 245.

7 (2014) 9 SCC 263.

8 (2015) 3 SCC 49.

## NEW DEVELOPMENTS: ANALYSIS

Newer judgments have also identified multiple factors that would be considered ‘Patent Illegality’, thus becoming a valid ground to set aside an arbitral award. However, there still seems to be an ambiguity<sup>9</sup> in what exactly would be reasonable to be construed as ‘Patent Illegality’. In the recent judgment of I-Pay Clearing Services Private Limited v. ICICI Bank Limited<sup>10</sup>, the Supreme Court stated that there must be a finding on the issue under contention, not mere reasoning. The rationale was that, without any finding, reasoning alone could not cure a defect in the award. The Court would then be unable to exercise its power under Section 34(4) as the record seems prima facie patently illegal.<sup>11</sup>

In another recent judgment, while setting aside the award in the case of World Sport Group (India), Private Ltd v Board of Control for Cricket in India, Justice BP Colabawalla<sup>12</sup> noted that challenging an arbitral award was not the same as filing an appeal, one of the grounds for challenging a domestic arbitral award, even after the Act’s amendment in 2015, was that it had patent illegality.<sup>13</sup>

Also, from another point of view, the recent

9 Prakash, A., & Dr Rajesh Bahuguna. (2020, March 11). Setting Aside of Arbitral Awards under section-34 of Indian Arbitration and Conciliation Act, 1996: An... ResearchGate; unknown. [https://www.researchgate.net/publication/339842452\\_Setting\\_Aside\\_of\\_Arbitral\\_Awards\\_under\\_section-34\\_of\\_Indian\\_Arbitration\\_and\\_Conciliation\\_Act\\_1996\\_An\\_Ambiguity\\_of\\_Legal\\_Interpretation](https://www.researchgate.net/publication/339842452_Setting_Aside_of_Arbitral_Awards_under_section-34_of_Indian_Arbitration_and_Conciliation_Act_1996_An_Ambiguity_of_Legal_Interpretation) [Last seen: 06.10.2022].

10 2022 LiveLaw (SC) 2.

11 MISHRA, S. (2022, February 26). I-Pay Clearing Services: Shedding Light On The Scope Of Section 34(4) Of The Arbitration Act. Livelaw.in; Live Law. <https://www.livelaw.in/law-firms/deals/i-pay-arbitration-act-uncitral-model-law-arbitral-tribunal-192880> [Last seen: 06.10.2022].

12 Hakim, S. (2022, March 19). Patent Illegality: Bombay High Court Sets Aside Arbitral Award Which Favoured BCCI in IPL Telecast... Livelaw.in; Live Law. <https://www.livelaw.in/news-updates/bombay-high-court-patent-illegality-set-side-arbitral-award-bcci-ipl-telecast-rights-194476> [Last seen: 06.10.2022].

13 Supra note.

judgment restores the limited extent of involvement that courts have under Section 34 of the Act. The Division Bench's observations mirrored its approach to adjudicating an appeal, similar to that of a civil court. Moreover, The Supreme Court also reaffirmed the limited elements of patent illegality and Indian public policy, demonstrating the counter posture maintained to support the arbitral process rather than undermine faith in it. Significantly, an arbitral award arising from a construction dispute is often hindered by the debtor's propensity to file a motion to set aside the award. During this time, the genuine award-holder may face cash flow problems, which could have a cascading effect on its participation in additional projects. As a result, courts must consider these variables and make every effort to resolve such conflicts quickly.

The Court in *Patel Engineering*<sup>14</sup> noted that the amended section 34 provided an additional, albeit narrowly defined, ground of patent illegality for setting aside a domestic arbitration award. However, this ground did not apply to awards arising from international commercial arbitrations under Part-I of the 1996 Act. The Court cited *Associated Builders*, saying that drafting a contract's provisions is essentially the Arbitrator's responsibility. Furthermore, it was recognized that 'patent illegality could not be asserted to fight enforcement in foreign awards under the New York Convention because it is not an eligible ground under section 48 therein.' Only when the Arbitrator construes the contract in a way that no fair-minded or reasonable person would be considered patently illegal. The latter is covered under the ground of 'patent illegality in amended section 34.

Furthermore, the Supreme Court in *PSA SICAL Terminals Ltd. v. V.O. Chidambrananar Port Trust*<sup>15</sup> ruled that the arbitral tribunal's change of law decision was based on "no evidence" and "ignorance of key evidence," rendering it irrational and subject to review.

14 *Patel Engineering Ltd. v. North Eastern Electric Power Corporation Ltd.*, 2020 SCC OnLine SC 466.

15 *PSA SICAL Terminals (P) Ltd. v. V.O. Chidambrananar Port Trust*, 2021 SCC OnLine SC 508.

## ANOMALIES UNDER THE AC (AMENDMENT) ACT, 2015 – PROSPECTIVE OR RETROSPECTIVE

Section 26 of the Amending Act states that the Amending Act shall not apply retrospectively to any arbitral proceeding unless the parties agree to the contrary, i.e., it shall not use proceedings commenced before the commencement of the Amending Act. However, in its second part, it makes itself applicable to any proceeding concerning the arbitral proceeding commenced on or after the date of its commencement. Nevertheless, the proceedings would mean any such proceeding commenced under Section 21 of the Act. The question of the retrospective and prospective effect has often been a matter of debate, even amongst the judgments that have been pronounced in the matter.

In the case of *BCCI vs. Kochi*<sup>16</sup>, such prospective and retrospective application was interpreted in Para 5, 39, and 75. The Court observed that the section clearly distinguished between arbitral and related court proceedings. In its interpretation of the language of the Amending Act, it presented its opinion that in the first part, the arbitral proceedings are provided for; thus, the second part only refers to court proceedings that relate to the arbitral proceedings. Therefore, they have held that the scheme of the section is clear enough to indicate the prospective nature of the application. Through this judgment, the Apex Court made it clear that such 'Retrospective effect' will be only about the amended Section 36, which talks about the stay of the Arbitral Award and not the other amended provisions, including Section 34.

However, in the case of *Ssangyong Engg. vs. Construction Co. Ltd.*<sup>17</sup>, a Two-Judge bench gave an opposing observation on this point in Para 19. They noticed that through prior judgments, there was a change of ideology and that the courts sought to do away with the expansion

16 (2018) 6 SCC 287.

17 (2019) 15 SCC 131/AIR 2019 SC 5041.

of “public policy” and introduce the concept of “patent illegality”, which has certain inherent exceptions. Thus, they held that the amended Section 34 would apply to any application in relation to the award made post the amendment regardless of the date of commencement of the proceeding. So say, even if the proceeding had commenced and the award had been given on a date before the amending Act’s inception, the amendment would still apply as long the application seeking the setting aside of the award was filed post the amending Act commencing.

Such opposing views as presented in the Kochi Cricket Club Case and the Ssangyong Engg. The case upon the point of Section 34 and its applicability has presented an incoherent front and no clarity upon the section’s retrospective nature or lack thereof. This also makes matters of scope and jurisdiction a problem given the polar opposite nature of the pre and post-amendment grounds of challenge available against an arbitral award.

To provide context, the judicial interpretation of Section 34, before the amendment was given through multiple judgments such as *ONGC Vs. Saw Pipes* (2003) 5 SCC 705; *McDermott International Inc. v. Burn Standard Co. Ltd.*, (2006) 11 SCC 181; *DDA v. R.S. Sharma and Co.*, (2008) 13 SCC 80; *ONGC Ltd. v. Western Geco International Ltd.* (2014) 9 SCC 263; *Associate Builders Vs. Delhi Development Authority* (2015) 3 SCC 49; and *Centrotrade Minerals & Metal Inc. v. Hindustan Copper Ltd.* (2017) 2 SCC 228.

Through these, the courts have consistently held that if a domestic arbitral award is contrary to either the substantive provision of substantive law or to conditions of the Arbitration Act or terms of the Act between the parties, then it is patently illegal and can be set aside. This view in the above cases was consistent through the levels of the Court with a minor addition that the binding effect of the judgment of a Superior Court being disregarded is also violative of the fundamental policy of Indian Law.<sup>18</sup>

18 Shetty, R. (2020, April 15). “Fundamental Policy of Indian Law” As Ground of Challenge to an Arbitral Award and The Requireme. Mondaq.

The clear distinction restricted by Section 26 of the Amending Act was made incomprehensible and unclear by the contradictions that arose in the views of the Apex Court in the two cases, i.e., the Kochi Cricket Club case and the Ssangyong Engg. Case.

In a prior Judgement, it was implied that the laws would act only prospectively when it came to a matter of the appeal. In the case of *Gari-kapatti Veeraya vs. N. Subbiah Choudhury*<sup>19</sup>, the apex court held in para 23 that the appeals arising out of a suit instituted would form part of one legal proceeding and since the right to appeal was a substantive right. Such freedom is to be governed by laws existing at the time the suit was instituted rather than the time the appeal was filed. It also held that such a right could be taken away only by a subsequent enactment that, intending to take it away, expressly provides for such removal of the request. Thus, yet another contradiction arises as the second part of Section 26 of the Amending Act was held to imply retrospective application of the amendment. However, this judgment supports the principle that only procedural provisions can be given a retrospective effect, such as Section 36 of the principal Act.

Finally, another amendment in 2019, Section 87 of the principal Act, was amended to clarify the confusion regarding Section 34. The amended Section 87 provides that the Amending Act of 2015 will only have a future effect. That is to say; the amendment would apply to proceedings commenced after the amendment. It would not apply to the judicial proceedings commenced after the amendment if such proceeding is with respect to a suit commenced before the amendment of 2015.

com; ArgusPartners. <https://www.mondaq.com/india/arbitration-dispute-resolution/917196/fundamental-policy-of-indian-law39-as-ground-of-challenge-to-an-arbitral-award-and-the-requirement-to-prove-loss-in-a-claim-for-damages---a-perspective-through-development-of-legal-principles#:~:text=In%20the%20same%20judgment%2C%20the,fundamental%20policy%20of%20Indian%20law> [Last seen: 06.10.2022].

19 AIR 1957 SC 540.

## POST AMENDMENT – ANOMALIES, INCONSISTENCIES, AND TINKERING WITH PRINCIPLES SET OUT IN EARLIER JUDGEMENTS

The decision in the *Ssanyong Engg. Vs. Construction Co. Ltd.* case did create multiple contradictions in the position of the law. However, it is pertinent to note that the unamended Act, including section 34, did apply in the case. Further, it is an established principle that the correctness of an Apex Court interpretation of the law would not be questioned. Thus, the dicta of the *Associate Builders* case was upheld in the *Ssanyong* case. It was held that the law violations or disregard for a binding judgment would be valid grounds to appeal against an award under Section 34. But there were also inherent inconsistencies in the opinion. In the same case of *Ssanyong Engg.*, the Court held that specific observations of *Associate Builders* are no longer suitable in the eyes of the law.

More contradiction arose when the Court in *Ssanyong Engg.* Held that violation of substantive law would not be a ground for challenging the award post the amendment as it was devoid of consideration for the provision made by Section 28(1)(a) of the Principal Act, which requires the Arbitral Tribunal to abide by the substantive law of India while deciding a dispute referred to it. Thus the idea that the Arbitrator had to follow the substantive law but any error or non-compliance would not be a valid ground to seek for such an award to be set aside.

The legislature did not intend to include “error of law” as a separate reason for setting aside domestic awards under Section 34(2)(b) (ii) of the Act.<sup>20</sup> In reality, the Court’s view of public policy is so broad that it could lead to an avalanche of arbitral decisions being challenged in Indian courts. Section 34 of the Act and the associated UNCITRAL Model Law rules were arguably meant to restrict this judicial review of the merits of the case to ensure the finality of arbitral rulings on the merits. The ratio

<sup>20</sup> (1999) 9 SCC 283.

of the verdict does not correspond to the Act’s goal. Some authors advocate for a middle path. According to them, the so-called “mistake obvious on the face of record” test should be used as an “all-weather” solution.<sup>21</sup> However, given the thorough scope of the justifications listed in Section 34, such a solution is redundant.<sup>22</sup>

The contradictions continued to be a problem for the parties opting for Arbitration even in the post-amendment context. The Apex Court in *DAME vs. DMRC*<sup>23</sup>, in paras 26 and 27 held the illegality must be in the core issue and not every error of law<sup>24</sup> or the erroneous application thereof would constitute a ‘patent illegality. It further went on to say that such infringement should be against public policy or interest. It held, therefore, that unless the decision reached by the Arbitrator is so flawed, it cannot be made possible or is unreasonable, or there is an error of jurisdiction by the Arbitrator due to overstepping of the contract, there would be no ground to re-try the matter for the award. However, they also held that any decision for the arbitral award must be elucidated and should be based on consideration of all available evidence. In conclusion, they held that the award must be erroneous to the effect of “shocking the conscience of the court” or should be inherently immoral to be liable to be set aside.

The judgment in *DAME* upheld the *Ssanyong Engg.* Decision without thought denoted a very narrow meaning to the concept of “public policy of India”, which was again adopted by *Renusagar* with no consideration being given to the other

<sup>21</sup> A. Kurup, “Reposing faith in the arbitral process: A restrained exercise of judicial discretion when construing the ‘public policy of India’”, 4(3) *Company Law Journal* (2003), at 147.

<sup>22</sup> Padmanabhan, A. (n.d.). Analysis of Section 34 of the Arbitration and Conciliation Act – Setting Aside of Arbitral Award and Courts’ Interference: An Evaluation with Case Laws. <http://www.manupatra.com/roundup/326/Articles/Arbitration.pdf> [Last seen: 06.10.2022].

<sup>23</sup> 2021 SCC Online SC 695.

<sup>24</sup> Malhotra, O., 2022. The Scope of Public Policy under the Arbitration and Conciliation Act, 1996. [online] Docs.manupatra.in. <http://docs.manupatra.in/newsline/articles/Upload/BBDF2776-0E16-457D-9337-F46D4F0FD303.pdf> [Last seen: 06.10.2022].

judgments passed. Such a narrowed perspective that limited the grounds for appeal against the arbitral award was further continued as the settled proposition with no consideration given to the previous interpretations and ratios.

## CONCLUSION

In light of the anomalies mentioned earlier, the judgment in Kochi Cricket Club interpreting section 26 of the amending Act in Para 5, 39 and 75 and a contrary opinion in Ssangyong Engg. (supra) in Para 19, which renders the first part of section 26 of the Amending Act otiose and redundant.

The opinion in Ssangyong Engg. (supra) interpreting amended section 34 while tinkering with judicial opinion in a series of judgments *ONGC Vs. Saw Pipes* (2003) 5 SCC 705; *McDermott International Inc. v. Burn Standard Co. Ltd.*, (2006) 11 SCC 181; *Centrotrade Minerals & Metals Inc. v. Hindustan Copper Ltd.-I* (DB) (2006) 11 SCC 245; *DDA v. R.S. Sharma and Co.*, (2008) 13 SCC 80; *ONGC Ltd. v. Western Geco International Ltd.* (2014) 9 SCC 263; *Associate Builders Vs. Delhi Development Authority* (2015) 3 SCC 49; and *Centrotrade Minerals & Metal Inc. v. Hindustan Copper Ltd.-II* (FB) (2017) 2 SCC 228 interpreting unamended section 34 requires clarification by reconsideration by a Larger Bench.

The judgment in *DAME* (supra) follows *Ssangyong Engg.* (supra) blindfolded, resurrecting the narrow meaning of the expression of “public policy of India” rendered in *Renusagar* (supra) completely ignoring the dicta of unamended section 34 from *Saw Pipes* (supra) to *Centrotrade* (supra) requires immediate clarification and consideration.

The judgment in *Patel Engineering* continues the emerging judicial trend of establishing a pro-enforcement Indian arbitration regime, which commenced with the decisions in *Associated Builders and Ssangyong Engineering*. Interestingly, while section 34 of the Act has been recently amended by the 2019 amendment, the legislature has not modified the sub-section(2A).<sup>25</sup> It shows their intent to

limit judicial intervention on the ground of ‘patent illegality, in cases of awards rendered in purely domestic arbitrations as 2015 amendments, along with the judicial precedents of *Associated Builders and Ssangyong Engineering*.

Furthermore, the Supreme Court in *Delhi Airport Metro Express Private Limited vs. Delhi Metro Rail Corporation Limited*<sup>26</sup> upheld the arbitral tribunal’s findings, stating, “As the arbitrator is the sole judge of the quality as well as quantity of the evidence, the task of being a judge on the evidence before the Tribunal does not fall upon the court in the exercise of its jurisdiction under Section 34.” As a result, public authorities must now exercise caution. They should not hide behind the private partner’s mistakes, mutual waivers, or the signing of additional agreements. The tremendous legal and financial ramifications of public authority’s actions of omission and commission should be anticipated and envisioned from the start.

Moreover, from the case of *PSA Sical and SEAMAN*<sup>27</sup>, it can be interpreted that the courts will be able to protect the principles of inherent equity constructively and sensibly, also in quasi-judicial actions such as arbitration law, with this extended purview. The insertion of the phrase “patent illegality” was, without a doubt, a significant step forward by the lawmakers. However, it’s worth noting that the reasoning doesn’t say whether a limited or broad interpretation would prompt the Court to intervene and overturn the arbitral verdict. Furthermore, regardless matter how little or comprehensive the contract’s understanding is, it will not result in a breach of public policy or perversity of the award. It is also important to note that the Court did not categorically specify which ground of Section 34 of the Act the impugned award is set aside on, as the Court set aside an award upon that pretense of a broad interpretation of clause 23, which is not possible, resulting in a legal infirmity in the judgment.

<https://indiacorplaw.in/2020/09/scope-of-patent-illegality-in-refusing-enforcement-of-arbitral-awards.html> [Last seen: 06.10.2022].

26 Civil Appeal No.5627/2021 (arising out of SLP (C) No. 4115/2019).

27 2020 SCC OnLine SC 451.

25 IndiaCorpLaw. (2020, September 30). IndiaCorpLaw.

Now, recently in Haryana Urban Development Authority, Karnal v. M/s. Mehta Construction Company and Another<sup>28</sup>, the SC held that aside from the grounds listed in Section 34(2) (b) of the Arbitration and Conciliation Act, 2013 (the “Act”), an arbitral award can only be overturned if it is vitiated by patent illegality, not by the erroneous application of law or misappreciation of facts.

The legislation states that the courts may only intervene with an arbitral award on the grounds outlined in Section 34 of the Arbitration Act. Furthermore, if two opposing viewpoints are available on a subject, the courts may not

overturn the arbitral ruling simply because the opposite view appears to be more reasonable. To bring India’s arbitral regime up to par with other modern jurisdictions, Indian courts must understand the goals of Arbitration and display restraint in examining arbitral verdicts.

The courts have gone back and forth in their interpretation of this provision. A single “correct” interpretation is yet to emerge or be established from the plethora of judgments passed in this regard. There is much of a need to streamline the scope and meaning of patent illegality amidst the inconsistencies resulting from the interpretations’ multiple deviations.

28 Haryana Urban Development Authority, Karnal v. M/s. Mehta Construction Company and Anr. (2022 LiveLaw (SC) 348).

#### BIBLIOGRAPHY:

1. Arya, G. B., & Sebastian, T. (2012). Critical appraisal of ‘patent illegality’ as a ground for setting aside an arbitral award in India. *BOND LAW REVIEW*, 24(2), 157-177.
2. Garg, D., & Srivastava, U. (2017). The Unruly Horse Goes Further Astray: Defining ‘Fundamental Policy of Indian Law’ in Arbitral Jurisprudence. *Statute Law Review*, 38(1), 69-78.
3. Garg, D., & Srivastava, U. (2017). The Unruly Horse Goes Further Astray: Defining ‘Fundamental Policy of Indian Law’ in Arbitral Jurisprudence. *Statute Law Review*, 38(1), 69-78.
4. Kurlekar, A., & Pillai, G. (2016). To be or not to be: the oscillating support of Indian courts to arbitration awards challenged under the public policy exception. *Arbitration International*, 32(1), 179-198.
5. Lal, A. A., & Banerjee, S. (2019). The Public Policy Doctrine in Arbitration: A Primer on Its Effect on Challenges and Enforcement of Awards. *Ind. Arb. L. Rev.*, 1, 60.
6. Malhotra, O. P. (2007). The Scope of Public Policy under the Arbitration and Conciliation Act, 1996. *Student B. Rev.*, 19, 23.
7. Oswal, A., & Krishnan, B. S. (2016). Public policy as a ground to set aside an arbitral award in India. *Arbitration International*, 32(4), 651-658.
8. Sharma, S. (2009). Public Policy Under the Indian Arbitration Act in Defense of the Indian Supreme Court’s Judgment in ONGC v. Saw Pipes. *Journal of International Arbitration*, 26(1).
9. Sharma, S. (2009). Public Policy Under the Indian Arbitration Act in Defense of the Indian Supreme Court’s Judgment in ONGC v. Saw Pipes. *Journal of International Arbitration*, 26(1).
10. Sindhu, J. (2017). Public Policy and Indian Arbitration: Can the Judiciary and the Legislature Rein in the “Unruly Horse”? *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 83(2).
11. Tiwari, V., & Dubey, P. (2019). The Debate around Applicability: An Analysis of the Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2015. *Ind. Arb. L. Rev.*, 1, 25.
12. van Eupen, F., & Ahuja, S. (2013). Indian Supreme Court Declares a Narrow Application of the Public Policy Defense to Enforcement of Foreign Arbitral Awards in India. *Asian Dispute Review*, 15(4).

# A SCRUTINY OF THE DEMAND DEPOSIT (CURRENT ACCOUNT) THROUGH THE LENSES OF LAW AND ISLAMIC JURISPRUDENCE

**Mejd Aures Benlala**

*Faculty of Economics, Business and Management,  
University of Batna – 1 – ‘Hadj Lakhdar’, Allées 19 Mai,  
Route de Biskra, Batna, 05000, Algeria*

## ABSTRACT

Demand deposits (current accounts) are crucial to banks activity, particularly with regards to granting loans. For commercial banks, the primary source of funds is bank deposits. This article attempts to analyze and discuss the legal nature of the demand deposit contract, with a particular focus on the widely agreed upon characterization of this contract as a loan contract in all today's legal systems (Common law, Civil law, Islamic law and hybrid legal systems). After discussing the arguments and building blocks of the loan theory and examining the essence of both contracts through the lenses of economics, law and Islamic jurisprudence, this paper concludes that the demand deposit contract cannot be considered a loan contract, with supporting arguments from economic, legal and Islamic jurisprudential perspectives.

**KEYWORDS:** Demand deposit contract, Loan contract, Civil law, Common law, Islamic law and jurisprudence



## INTRODUCTION

Money deposit operations are legal actions between the bank and the customer, and not just a physical procedure that is limited to the customer handing over the money to the bank employee (or transfer funds), and then recovering it whenever he wants, or as agreed upon.

Given that the bank deposit is distinguished by a set of characteristics; the jurisprudence differed about its legal nature. There are those who consider it a complete deposit to which the general rules stipulated in the Civil Code are applied, while another part of the jurisprudence considers it an abnormal or irregular deposit, because the bank is not obligated to return the same deposit, but rather to return a similar or an equal to it. As for the third opinion, which is the overwhelmingly accepted and adopted one, they consider it a loan because of the financial conduct of the bank regarding the use of the deposited money as its own implying and assuming a transfer of ownership of the deposited amounts from the customer to the bank upon deposit.

By adopting a descriptive analytical approach, the article explores the roots and background of the widely established characterization of the demand deposit as a loan contract in all today's legal systems (Common Law, Civil Law, Islamic Law and hybrid legal systems). The paper looks into the economic and legal elements of the demand deposit with the aim to detect its characteristic distinctive features in comparison with the loan contract. This paper makes a unique contribution by examining the demand deposit contract from economic, legal and Islamic jurisprudential perspectives. It discusses the arguments put forward in support of the characterization of the demand deposit as a loan contract, provides compelling arguments to refute this characterization and concludes that the demand deposit cannot be a loan contract.

Prior research on the subject of Huerta de

Soto<sup>1</sup> (2006) and Bagus & Howden (2009<sup>2</sup>, 2013<sup>3</sup>) mostly revolved around the fractional reserve banking system and whether it should be considered fraudulent or illegal, with the proposition of a full (100%) reserve system as a solution to remedy that. Huerta de Soto provided compelling arguments to support the characterization of the demand deposit as an irregular deposit contract, and this article expands on his work by delving deeper into the loan theory in order to expose its inherent flaws and loopholes from the perspectives of economics, law and Islamic jurisprudence. Even argumentative papers of Rozeff<sup>4</sup>(2010) and Huber<sup>5</sup>(2013) in response to the full reserve banking proponents focused merely on putting forward arguments against the full reserve system from an economic perspective, largely ignoring the legal perspective (and in the case of my article the Islamic jurisprudential perspective). These discussions did not address some major economic, legal and Islamic jurisprudential issues related to the characterization of the demand deposit as a loan contract (which is essentially known to be the main driver of the fractional reserve banking system).

Since the core element of this article is to discuss the characterization of the demand deposit account as a loan contract, the first section describes the basic economic concept of

- 1 J. Huerta de Soto, *Money, Bank Credit, and Economic Cycles*. Ludwig Von Mises Institute, Auburn, AL., 2006.
- 2 P. Bagus & D. Howden, 'The Legitimacy of Loan Maturity Mismatching: A Risky, but not Fraudulent, Undertaking'. *Journal of Business Ethics*, vol. 90 no. 3, 2009, pp. 399-406, <http://dx.doi.org/10.1007/s10551-009-0050-z>
- 3 P. Bagus & D. Howden, 'Deposits, Loans and Banking: Clarifying the Debate', *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 72, no. 3, 2013, pp. 627-644, <http://dx.doi.org/10.1111/ajes.12023>
- 4 M. Rozeff, 'Rothbard on Fractional Reserve Banking: A Critique', *The Independent Review*, vol. 14, no. 4, 2010, pp. 497-512, [https://www.independent.org/pdf/tir/tir\\_14\\_04\\_02\\_rozeff.pdf](https://www.independent.org/pdf/tir/tir_14_04_02_rozeff.pdf) [Last seen: 18 April 2022].
- 5 J. Huber, 'Notes on the occasion of reading Jesús Huerta de Soto'. *Sovereignmoney*, 2013, <https://sovereignmoney.site/notes-on-huerta-de-soto-and-neo-austrian-school/> [Last seen: 15 August 2022].

a demand deposit. Section two presents an overview of the stance of all different legal systems on the classification of this contract. The final part of this article tackles the subject matter with a thorough and detailed discussion of the characterization of the demand deposit as a loan contract from these three different (yet interlocked) perspectives: economics, law and Islamic jurisprudence.

## 2. THE ECONOMIC CONCEPT OF THE DEMAND DEPOSIT

Deposit (the noun) in English language is defined in the Merriam Webster dictionary as 'the state of being deposited, something placed for safekeeping: such as money deposited in a bank'. The Britannica dictionary defines it as 'an amount of money that is put in a bank account', so the deposit is what is deposited – i.e. left – whether it is money or other things with the one who keeps it, in order to return it to the one who deposited it whenever he asks for it.

In Islamic Jurisprudence '*Fiqh*' Deposit is called *Wadiyah*, which is defined as money entrusted to others for safekeeping; That is, money that a person 'the owner' took and handed over to someone else to keep it safe and return it to him when called upon. In other words, it is simply transferring the preservation (safe keeping) of the owned thing that can be transferred, such as animals, house furniture, gold and silver, to be entrusted to the depository. In this covenant or contract depositing does not involve the transfer of ownership itself as in selling and buying, gift, charity, mortgage and other contracts in which the property (title) is transferred from one person to another.

In short, *wadiyah* according to the *Hanafi* school is to delegate and entrust someone else to protect and safe keep his money, for the *Malikis* it is to authorize and entrust the safe keeping and preservation of money, and according to the *Shafi'is* it is the contract that requires safe keeping. Similarly, the *Hanbalis* define it as an authorization – procuration – to preserve

and safe keep, benevolently.<sup>6</sup>

In economics, deposit can be defined as everything that individuals or organizations put in banks temporarily, short or long, for the purpose of safekeeping. These deposits are often embodied in the form of legal money, although they can sometimes take other forms. The demand deposit, which is also called the current deposit or the current account (even checking account and transaction account in some countries), is considered one of the most common bank deposits, as it represents the largest part of the bank's resources. It is an agreement between the bank and the customer according to which the latter deposits a sum of money with the bank, provided that he has the right to withdraw it upon request. Demand deposits have characteristics that distinguish them from other deposits, and as its name indicates, these deposits are always at the disposal of their owners, who can resort to withdrawing them in whole or in part whenever they want, and without prior notice – this is true for almost all forms of current accounts –<sup>7</sup>.

The deposit, even if it is in the possession of the bank, is at the absolute disposal of its owner. The bank is not entitled to impose restrictions or conditions on its owner during the withdrawal, and it may not use any argument that would constitute an obstacle for depositors to use these deposits. In return for this feature, the owners of this type of deposit cannot benefit from interests. They cannot impose this on banks due to the nature of this type of deposit, even though the bank can use these deposits to make loans, and nothing prevents it from doing so. This banking practice enables banks to exploit and use inexpensive financial resources allowing for expansion of loans at a relatively very low cost. This underlines the im-

6 A, Al-Jaziri, *Kitab al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'a*, vol, 3, 2nd edn, Dar Al-Kotob Al-ilmiya, Beirut, Lebanon, 2003, pp. 219-220, <https://waqfeya.net/book.php?bid=5423> [Last seen: 21 October 2022].

7 J. Woerner, 'Demand deposit account in banking', Study [website], <https://study.com/learn/lesson/what-is-a-demand-deposit.html> [Last seen: 21 February 2022].

portance of this type of deposit, as it constitute the main source of money and loan expansion in banking activity, making the bulk of its external resources.<sup>8</sup>

Demand deposits make up most of a particular measure of the money supply—M1<sup>9</sup>. As of October 2022, the total amount of demand deposit accounts in the U.S. was \$5.26 trillion. This compares to \$1.4 trillion five years ago and \$733 billion 10 years ago.<sup>10</sup>

### 3. THE LEGAL CHARACTERIZATION OF THE DEMAND DEPOSIT

This section portrays the current legally accepted characterization of the demand deposit account in different legal systems and jurisprudences.

Before going through the modern era's legal characterization of the demand deposit, it has to be noted that Roman legal tradition described in detail the covenant of monetary 'demand' deposit and the principles that govern it, along with the crucial differences between this contract and other legal contracts, such as the loan. Roman bankers' operations included two different types of contract. The first one was in the form of a deposit, which involved no right to interest and obliged the depositary to maintain the full, continuous availability of the money in favor of the depositor, who had absolute privilege in the case of bankruptcy. And, the second form of operation they carried out was receiving loans, which obligated the banker to pay interest to lenders, who lacked all privileges in

the case of bankruptcy. This offers an unequivocal clarity in the distinction between the two contracts.<sup>11</sup>

#### 3.1. Common law – English Law

Acting as a depository for the money of members of the public is essentially the most basic service a bank can provide. Commercial banking is based on this service; as it provides a legal definition for banking. The public generally holds its deposits with banks in the form of accounts. As a matter of English law current account holders are entitled by contract to demand cash over the bank's counter and to have checks (cheques) honored and collected.<sup>12</sup>

The characterization of the demand deposit account as a loan comes from the identification of the relationship between customer and bank in relation to the current account as basically that of creditor and debtor. That is why banks can be served (third party debt/garnishee orders) by the judgment creditors of its customers. This means that a third party debt/garnishee order obliges the bank to pay the judgment creditor rather than its customer what is owed.<sup>13</sup>

In common law, other important obligations associated with the current account are contained in the classic statement in the judgment of Atkin LJ in *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, (1921):

*"The bank undertakes to receive money and to collect bills for its customer's account. The proceeds so received are not to be held in trust for the customer, but the bank borrows the proceeds and undertakes to repay them. The promise to repay is to repay at the branch of the bank where the account is kept, and during banking hours. It includes a promise to repay any part of the amount due against the written order of the customer addressed to the bank at the branch, and as such written orders may be outstanding in*

8 Corporate finance institute team, 'Demand deposit', Corporatefinanceinstitute [website], <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/wealth-management/demand-deposit/> [Last seen: 11 May 2022].

9 Federal Reserve, Money Stock Measures – H.6 Release, Federal Reserve [website], <https://www.federalreserve.gov/releases/h6/current/default.htm> [Last seen: 25 October 2022].

10 Federal Reserve Economic Data, Demand deposits (WDNNS), FRED [website], <https://fred.stlouisfed.org/series/WDDNS> [Last seen: 25 October 2022].

11 Huerta de Soto, pp. 34-35.

12 R. Cranston, *Principles of Banking Law*, 2nd edn, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 159.

13 *Ibid*, p. 160.

*the ordinary course of business for two or three days, it is a term of the contract that the bank will not cease to do business with the customer except upon reasonable notice. The customer on his part undertakes to exercise reasonable care in executing his written orders so as not to mislead the bank or facilitate forgery”.*<sup>14</sup>

The legal position in relation to the banker-customer is largely expressed as being constituted by implied terms.<sup>15</sup>

Going back in the common law precedents’ history, *Foley v. Hill* was a historical development when, in 1848, the House of Lords characterized the banker-customer relationship as fundamentally a debtor-creditor relationship. This enabled banks to treat money deposited with them as their own. Consequently, the only obligation they had was to return an equivalent amount. This brushed aside all rival characterizations—bailment, trust, or agency— on the grounds of limitations on how the moneys could be employed which was essentially incompatible with the envisaged ownership of the deposited money by the bank. As Lord Cottenham LC noted, the characterization of the bank as debtor meant the money placed in the custody of a banker is, to all intents and purposes, the money of the banker, to do with it as he pleases; he is guilty of no breach of trust in employing it.<sup>16</sup>

Lord Cottenham LC said:

*“Money, when paid into a bank, ceases altogether to be the money of the principal; it is by then the money of the banker, who is bound to return an equivalent by paying a similar sum to that deposited with him when he is asked for it. The money paid into a banker’s is money known by the principal to be placed there for the purpose of being under the control of the banker; it is then the banker’s money; he is known to deal with it as his own; he makes what profit of it he can, which profit he retains to himself, paying back only the principal, according to the custom*

*of bankers in some places, or the principal and a small rate of interest, according to the custom of bankers in other places. The money placed in custody of a banker is, to all intents and purposes, the money of the banker, to do with it as he pleases; he is guilty of no breach of trust in employing it; he is not answerable to the principal if he puts it into jeopardy, if he engages in a hazardous speculation; he is not bound to keep it or deal with it as the property of his principal; but he is, of course, answerable for the amount, because he has contracted, having received that money, to repay to the principal, when demanded, a sum equivalent to that paid into his hands. That has been the subject of discussion in various cases, and that has been established to be the relative situation of banker and customer. That being established to be the relative situations of banker and customer, the banker is not an agent or factor, but he is a debtor”.*<sup>17</sup>

### 3.2. Civil law – French Law and Spanish Law

In French law, when explaining deposits received by banks Article 02 of the Law n° 84-46 of January 24, 1984 relating to the activity and control of credit institutions stipulates ‘Funds received from the public are considered to be funds that a person collects from a third party, in particular in the form of deposits, with the right to use them for their own account, but on condition that they be returned.’<sup>18</sup>

Similarly, in Spanish law we find that the Law 10/2014 of 26 June 2014 on the regulation, supervision and solvency of credit institutions defines credit institutions by mentioning their exclusive job of collecting funds from the public to be used in granting loans, Article 01 stipulates ‘Credit institutions are authorized companies whose activity consists of receiving depos-

14 *Joachimson v Swiss Bank Corporation* [1921] 3 KB 110, p. 127.

15 E.P. Ellinger, E. Lomnicka & C. Hare, *Ellinger's Modern Banking Law*, 5th edn, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 121-122.

16 *Cranston*, p. 131.

17 *Foley v. Hill*. (1848) 2 HLC 28. 9 ER 1002, p. 36.

18 Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, Article 2, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000504724/> [Last seen: 13 January 2022].

its or other reimbursable funds from the public and of granting loans on their own account<sup>19</sup>. Moreover, Article 309 of the Spanish Commercial Code stipulates that:

*“Provided, with the consent of the depositor, the depository of the goods subject to deposit disposes of these, either for himself or his business, or for the operations he is entrusted, the rights and obligations inherent to depositor and depository shall cease, and the rules and provisions applicable to business loans or agencies or the contract in substitution of the deposit into which they may have entered, shall apply.”<sup>20</sup>*

### 3.3. Arab hybrid legal systems – a mixture of civil law and Islamic ‘sharia law’

Many Arab legislations defined the cash bank deposit in its commercial law, or in a law specific to banking – bank operations –, as in Article 301 of the Egyptian Trade Law which stipulates that ‘a cash deposit is a contract that authorizes the bank to own the deposited money and use of it in accordance with its activity, with an obligation to return the same amount to the depositor in accordance with the terms of the contract.’<sup>21</sup>

Article 339 of the Omani Commercial Law defines a cash bank deposit as ‘a cash deposit, a contract that authorizes the bank to own the money deposited with it and to deploy and use it in accordance with its professional activity with an obligation to return the same amount to the

depositor and the refund shall be in the same type of currency.’<sup>22</sup> And that is exactly what Article 115 of the Jordanian Commercial Law stipulates in its first paragraph; stating that, ‘The bank that receives as a deposit a sum of money becomes its property, and it must return it with an equivalent value in one payment or in installments at the depositor’s first request, or according to the conditions, dates or prior notification specified in the contract,’<sup>23</sup> and this is similar to what is stipulated in Article 307 of the Lebanese Commercial Code as well.<sup>24</sup> Articles 414 and 416 of the Qatar Commercial Law<sup>25</sup> provide similar concepts and rules stating that the ownership of the deposited money shifts from the hands of the current account holder to the bank. Article 992 of the UAE civil code stipulates that ‘If the property bailed (deposited) is a sum of money or a thing which can be destroyed by use and the depositor permits the depository to use it, it shall be regarded as a contract of loan.’<sup>26</sup> And similar conceptualization can be found in the Syrian Law in Article 402, and the Libyan Law in Article 232.

The Algerian legislator set a definition of the deposit in the Civil Code (1975), similar to other Arab legislations, Article 590 stipulates that ‘a deposit is a contract whereby the depositor delivers something transferred to the depositor, provided that he maintains and safe keeps

19 Law No. 10/2014 of 26 June 2014 on the regulation, supervision and solvency of credit institutions (Boletín Oficial del Estado 27 June 2014), Article 1, [https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/eng/ficheros/Ley\\_10\\_2014\\_LOSSEC.PDF](https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/eng/ficheros/Ley_10_2014_LOSSEC.PDF) [Last seen: 13 January 2022].

20 Royal decree of 22 August 1885, issuing Spanish code of commerce, English translation, 2012, Article 309, available at: [https://www.mjusticia.gob.es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Code\\_of\\_Commerce\\_\(Codigo\\_de\\_Comercio\).PDF](https://www.mjusticia.gob.es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Code_of_Commerce_(Codigo_de_Comercio).PDF) [Last seen: 15 February 2022].

21 Law No. 17 of 1999 issuing the Egyptian Trade Law, Article 301, [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_isn=54063&p\\_lang=en](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=54063&p_lang=en) [Last seen: 15 March 2022].

22 Oman Royal decree No. 55/90 of 1990 issuing the Commercial Law, Article 339, <https://omanportal.gov.om/wps/wcm/connect/7b72e2d8-ba8e-48d4-b44e-c7c3570b639b/OMAN+I+COMMERCIAL+law1.pdf?MOD=AJPERES> [Last seen: 16 March 2022].

23 Jordan Commercial Law No. 12 of 1966, Article 115, <https://maqam.najah.edu/legislation/16/> [Last seen: 16 March 2022].

24 Lebanese Code of Commerce legislative-decree No. 304 of 24/12/1942, Article 307, <http://www.lawyerassistance.com/LegislationsPDF/lebanon/commercialcodeAr.pdf> [Last seen: 16 March 2022].

25 Qatar Commercial Law No. 27 of 2006, Articles 414-416, <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10390> [Last seen: 16 March 2022].

26 Federal Law No. 5 of 1985 on the Civil Transactions Law of the United Arab Emirates, Article 992, <https://legaladviceme.com/legislation/126/uae-federal-law-5-of-1985-on-civil-transactions-law-of-united-arab-emirates> [Last seen: 17 March 2022].

it for a period of time.<sup>27</sup> However, Article 598 of the Algerian Civil Code, which explores types of deposits, states that ‘if the deposit is a sum of money, or something else that is consumed and the depositor is authorized to use it, the contract is considered a loan.’<sup>28</sup> Now the Algerian Money and Credit Law of 2003, defines banking operations according to Article 66 as following ‘Banking operations include receiving money from the public and loan operations, as well as providing and managing means of payment.’<sup>29</sup> Furthermore, Article 67 states ‘Money received from the public is considered money received from others, especially in the form of deposits with the right to use them for the account of the recipient, provided they are returned.’<sup>30</sup> Unsurprisingly, the Algerian legislator’s definition of money deposits is largely similar to the aforementioned French law.

### 3.4. Contemporary Islamic financial jurisprudence opinion

The overwhelming majority of modern jurists and scholars identify the demand deposit as a loan contract,<sup>31</sup> which was approved by the Council of the International Islamic Fiqh (jurisprudence). The council declared in its 9th session in Abu Dhabi, United Arab Emirates, that:

*“Demand deposits (current accounts) whether at Islamic banks or conventional (usury-based) banks, are considered as loans in the Sharia perspective, since the bank receiving*

*these deposits is answerable for their safety and is Sharia bound to returning them on call. The ruling applicable to the loan is not affected by the bank’s (borrower) solvency or otherwise”.*<sup>32</sup>

Proponents of this characterization put forward two main arguments:

1. The current account, even if it is called a deposit, is in fact a loan. Because the meaning of the loan is verified in it: as the bank owns the money deposited in the current account, and has the right to use it, with the obligation of returning a similar amount upon demand, and this is the meaning of the loan, this is in contrast to the deposit in the fiqh terminology, which is money that is placed with a person for the purpose of preservation, with no right to use it, and an obligation to return it ‘the particular deposited good’ to its owner. And the jurisprudence ‘*fiqh*’ rule says “The essence of the contract is based on the purposes and meanings, not the words and premises.”
2. The bank is a guarantor ‘responsible’ of the amounts deposited in current accounts if they are damaged or lost, whether that was due to negligence or not, which is in accordance with the loan contract. This is unlike the deposit from the jurisprudential point of view, as it is a trusteeship or custody, the depository does not guarantee it except in case of infringement or negligence.<sup>33</sup>

## 4. DISCUSSION OF THE CHARACTERIZATION OF THE DEMAND DEPOSIT ACCOUNT

I must draw the attention to the fact that this discussion (and the article in its entirety) deals with the demand deposit (current account) and

27 Algerian Civil Code, order No. 75-58 of September the 26th 1975, Article 590, [https://www.trans-lex.org/603300/\\_/algerian-civil-code-order-no-75-58-of-september-the-26th-1975/](https://www.trans-lex.org/603300/_/algerian-civil-code-order-no-75-58-of-september-the-26th-1975/) [Last seen: 17 March 2022].

28 Ibid, Article 598.

29 Algerian Order 03-11 of August 26th, 2003, relating to Money and Credit, Article 66, <https://www.commerce.gov.dz/ar/reglementation/ordonnance-n-deg-03-11>

30 Ibid, Article 67.

31 A.S. Abu Sarhan, ‘Al-takyif al-fiqhi lil hissab al-jari wa atharihi’, Majalat dirassat, ouloum al-sharia wal qanoun, vol. 45, no. 4:4, 2018, <https://eservices.ju.edu.jo/SLS/Article/FullText/14575?volume=45&issue=4> [Last seen: 20 March 2022].

32 The Council of the International Islamic Fiqh, Bank Deposits (Bank Accounts), 1995, April 6, para. 1, iifa-aifi [website], <https://iifa-aifi.org/en/32511.html> [Last seen: 21 March 2022].

33 Abu Sarhan, p. 177.

not the other types of deposit contracts (time deposit and all its subtypes). In addition to that, keep in mind that both conventional and Islamic banks operate under the fractional reserve system (they do not keep 100% reserves), which is relevant to the ensuing discussion.

All today's legal systems and the majority of jurists consider the current account (demand deposit) as a loan contract, as displayed in the previous part of this article, and in an effort to challenge this characterization, this part of the research paper will discuss this conceptualization by providing solid arguments from economic and legal perspectives, as well as the Islamic jurisprudence viewpoint.

First, we can all agree that there is an objective nature of legal concepts such as "deposit", "loan" and "property." Hence the essence of loan and deposit exists independently of subjective interpretations.

It is very important to draw the attention to the fact that the debtor-creditor characterization adopted by all legislations and legal systems contradicts many aspects of the debtor-creditor covenant. Evidently, the bank cannot be obliged to seek out its creditor, or to repay the loan it was due as soon as the customer had had the money paid into its account. On the contrary, unlike any ordinary creditor, the customer have no right to demand repayment of the deposit at any time and place. Rather, it was blatantly established that the bank's obligation was not a debt pure and simple, in a way that would permit the customer to sue for it without warning, but rather a debt for which demand had to be made, and at the branch linked with the account (where it was opened and held). Under the umbrella of practical business necessity, the leading legal authority resorted to customs of bankers and the course of business to explain the discrepancies with ordinary debtor-creditor law.<sup>34</sup> But this raises an intriguing question, shouldn't the leading authority take into account the interests and vulnerabilities of the customer? Basing a jurisprudence on the course of business and custom of bankers is

34 Cranston, p. 132.

sound and understandable, only when dealing with business law matters, in which both parties are conducting a commercial and business activity. That is why, even proponents of the characterization of the demand deposit as a loan contract admit that bending the ordinary law of debtor-creditor to shelter and take in the bank-customer relationship might engender confusion and ambiguity around this relationship and the nature of the deposit-taking activity of the bank.

Commenting on *Foley v. Hill*, Lord Chorley concisely noted that the lack of development of modern contract law in 1848 led the judges to accept and endorse the long-established cause of action in debt as an explanation of the bank-customer relationship.<sup>35</sup>

Furthermore, it appears that the basis for this jurisprudence is in contract. In fact, they established that contract dominates the law relating to the customer's money deposit with the bank. In *Bank of Marin v. England* (1966), the US Supreme Court declared that the relationship of bank and depositor is that of debtor and creditor, founded upon contract.<sup>36</sup>

So the other line of argument here is; contract is pervasive. Since these demand deposit (current account) contracts are standard-form contracts, known as contracts of adhesion (in both legislations: Civil law – French Civil Code, 2018, Art. 1110<sup>37</sup> – and Common law – *Steven v. Fidelity & Casualty Co.*, 1962<sup>38</sup>-), they put the customer in a weaker position due to the unequal power relations inherent in this type of contracts. Which adds another compelling reason for the leading authority to take into account the interests and vulnerabilities of the customer, when striving to explain the deviations of the debtor-creditor relationship (in a demand

35 L. Chorley, The law of Contract in Relation to the Law of Banking, Gilbert Lectures on Banking, London, 1964, pp. 6-7.

36 *Bank of Marin v. England* (1966) 385 U.S. 99.

37 French Civil Code Loi No. 1999-5 of 6 January 1999, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000036829815](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000036829815) [Last seen: 7 June 2022].

38 *Steven v. Fidelity Casualty Co.* (1962) 58 Cal.2d 862, 27 Cal.Rptr. 172, 377 P.2d 284.

deposit contract) from ordinary debtor-creditor law. So when judges and legislators invoke the implied terms rule in their attempt to explain the ambiguity embedded in the demand deposit contract (I used the word 'embedded' because this is a contract of adhesion drafted by the bank and the customer has no bargaining power), common legal sense would dictate that if the terms of a contract are ambiguous, the bank 'the party responsible for drafting the contract' should not benefit from the ambiguity caused by it. The ambiguity in this case is even suspicious and unacceptable since the bank could 'and should' have simply drafted the contract as a loan covenant with a clear and straightforward language (legal nature and clauses). When banks grant loans they use standard-form contracts drafted as loan covenants, there is no ambiguity concerning the legal essence and characterization of these loan contracts, unlike the demand deposit contracts.

What is more, under the *contra proferentem* rule, where there is doubt about the meaning of the contract or a dispute involving the ambiguity of a term in a written contract the courts interpret standard form contracts against the party that drafted the contract for their benefit, because only that party (the bank in this case) had the ability to draft the contract to remove ambiguity.<sup>39</sup>

Now the leading legal authority (in both Civil law and Common law jurisprudences) intervened to elucidate the ambiguity surrounding the demand deposit covenant, however they did not explain it under the rule of *contra proferentem* nor did they protect the weaker party (the customer/depositor) of the adhesion contract. The standard-form contract of the current account (demand deposit) does not clearly state that it is a loan contract, nor does it inform of a debtor-creditor relationship between the customer and the bank. Furthermore, from a social

and economic perspective, the bank is the service provider (granting loans) not the customer, as when the customer deposits his money with the bank in the form of a time deposit or investment deposit, he obviously knows without a shadow of doubt that he is loaning the bank in return for an interest or a profit, so the bank is still the service provider. This conceptualization does not accord with the demand deposit where under the debtor-creditor legislation the customer becomes a service provider without any profit or interest in return.

Another line of argument revolves around the fact that the demand deposit contract is a standard-form contract which involves putting the burden on the drafting party to show that the provisions included in the contract were "worth judicial enforcement" over the applicable default rules "the rules that govern a deposit contract". This would also involve deeming the customer's reasonable expectations of the transaction to be the contract, and that if the standardized form granted the drafter "contractual discretionary power," that power's exercise "cannot nullify or contradict the contract." similarly, based on the concept of reasonable expectations, The Restatement Second of Contracts stated that if the dominant party had reason to know that the weaker assenting party "would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement."<sup>40</sup>

Now let us look into the conversion of the current account from a demand deposit into a loan, the discussion tackles the economic and legal problems and questions stemming from this characterization. By examining the purpose or cause of each respective contract, we can deduce a radical distinction between them. In a demand deposit contract, the depositor wishes to safe-keep and maintain the availability of his deposited money at all times. Depositors do not

39 S. Wright, Contract law: the contra proferentem rule, Gibbs Wright litigation lawyers [website], <https://gibbswrightlawyers.com.au/publications/contract-law-the-contra-proferentem-rule> [Last seen: 28 October 2022].

40 P. Linzer, 'Implied, Inferred, and Imposed: Default Rules and Adhesion Contracts – the Need for Radical Surgery', Pace Law Review, vol. 28:195, 2008, p. 12, <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol28/iss2/3> [Last seen: 13 September 2022].



give up the availability of their money but retain the right to withdraw them on demand. This essential purpose of the deposit contract is valid regardless of the type or particular characteristics of the deposited good (fungible or non-fungible). By comparison, a loan contract involves the loss of the availability of the money (or other goods) for an agreed upon time. The lender is willingly giving up availability out of generosity or for an agreed upon interest. Therefore, the borrower gains the availability and utilization of the money for a fixed and determined term, while the lender relinquishes the availability and sacrifices the utilization. In sharp contrast, in a demand deposit only the depositor retains the complete and continuous availability of the money and its utilization. This is attractive to depositors because they regard the money safer under the custody of the depositary and they can benefit from the offered convenience services such as ATMs, debit cards, etc.

More importantly, the distinct economic foundation on which each contract is based lays down the basis for the essential difference between the two contracts. Ludwig Von Mises argues that if the loan *“in the economic sense means the exchange of a present good or a present service against a future good or a future service, then it is hardly possible to include the transactions in question [irregular deposits or demand deposits] under the conception of credit. A depositor of a sum of money who acquires in exchange for it a claim convertible into money at any time which will perform exactly the same service for him as the sum it refers to, has exchanged no present good for a future good. The claim that he has acquired by his deposit is also a present good for him. The depositing of the money in no way means that he has renounced immediate disposal over the utility that it commands”*.<sup>41</sup>

Notice that ‘a claim convertible into money’ in today’s forms includes cheques, debit cards, smart phone paying apps and ATM’s services (available balance and cash withdrawals). Von

Mises rejects the characterization of the demand deposit as a credit transaction, because of the absence of the essential element, namely the exchange of present goods for future goods.

Hence, from an economic point of view the difference between the two contracts is quite clear: the loan entails the exchange of present goods for future goods, unlike the demand deposit. As a result, in the demand deposit the availability of the deposited goods is not transferred, it remains continuously available to the depositor, whereas in the loan contract the availability of the goods is always transferred from the lender to the borrower.

In addition, in economics the loan contract involves an interest payment closely related to the exchange of present goods for future goods, although interest payment may be waived out of generosity by the lender. However, only the lender can willingly forgo his right to an interest payment and that should not be forced upon him in a contract of adhesion drafted by the bank. On the other hand, as there is no exchange of present goods for future goods in the demand deposit contract there is no such interest payment. The fact that the depositor holds the right to withdraw his deposit at any time along with the depositary’s corresponding obligation to maintain continuous availability of the same amount of the deposited money impose an absolute impossibility of including an interest agreement in the demand deposit contract.<sup>42</sup>

To sum up, the incompatibility with an interest agreement, the uninterrupted and continuous availability of the deposited money and the absence of the exchange of present goods for future goods are economic foundational differences that arise from the distinctive legal nature and essence of the ‘irregular’ demand deposit contract, which contrasts deeply with the loan contract’s legal essence.

This brings us to the fundamental legal differences between the two contracts. First and foremost, we have two radically distinct and different causes or purposes of the contract. While

41 L. Von Mises, *The Theory of Money and Credit*, Liberty Classics, Indianapolis, Ind, 1980, pp. 300-301.

42 Huerta de Soto, p. 16.

the essential purpose of the loan contract is to transfer of the availability of the loaned good or money to the borrower granting him the use of it for a period of time, the essential purpose or cause for the depositor in a demand deposit contract is the custody or safekeeping of the money, which is closely connected with the continuous availability of the deposited money to the depositor. Moreover, a maximum or determinable term is an essential element identifying a loan contract. But the deposit contract lacks a term for returning the money because it is “on demand,” and the depositor retains full availability and the right to withdraw his money at any time. Civil law experts unanimously agree that a term is essential to a loan contract, which excludes the irregular deposit contract since it has no term.<sup>43</sup>

The other essential legal difference pertains to the obligations of the two parties: in the irregular deposit contract the legal obligation consists of the custody or safekeeping of the deposited money (the same amount), which must be kept continually available to the depositor. In contrast, this obligation does not exist in the loan contract, and the borrower have the right to use the loaned money with total freedom. This helps immensely when we speak of the legal “transfer of ownership” in the two contracts, as they are very dissimilar concepts. Complete transfer of ownership and availability from lender to borrower is only found in the loan contract. Here the loaner transfers the full property title ‘ownership’ of the money to the borrower, however in a demand deposit he just transfers the physical possession not the full ownership, as he retains the right to claim it at any time. Essentially, he does not transfer the full availability to the depositary, as he maintains the full availability of the money. This is why demand deposits are problematic because the depositary uses and lends part of the deposit acting as the owner. This creates duplicate property titles, which violates natural law and all subsequent laws. Complete transfer of ownership and availability from lender to bor-

rower is only found in the loan contract. Here the loaner transfers the full property title of the money to the borrower, however in a demand deposit he just transfers the physical possession not the full ownership, as he retains the right to claim it at any time. Essentially, he does not transfer the full availability to the depositary, as he maintains the full availability of the money. This is why demand deposits are problematic because the depositary uses and lends part of the deposit acting as the owner. So under title transfer theory of contracts, this creates duplicate property titles, which violates natural law and all subsequent laws.<sup>44</sup>

Since all banks today operate under the fractional reserve system (they don’t keep 100 percent reserves) we can further assess the demand deposit from a legal point of view in several ways.

I will start with a concise portrayal, if the aim of the depositor is to have full availability of the deposited money while the bank receives the money with the purpose of taking full ownership to grant loans to third parties, we end up with conflicting purposes of the contract, which makes it voidable as this commercial interaction lacks a real “meeting of the minds or intentions”.

Therefore, it seems obvious that each of the parties to the demand deposit contract thinks it is taking part into a different contract. If depositors hand over money thinking they are making a deposit, while the bank receives it as thinking it is a loan, what kind of contract that contains two disparate legal causes do we have here? How can both parties simultaneously retain the availability of the same amount of deposited/loaned money? Because banks don’t keep 100 percent of the same amount of deposited money in their possession at all times, but rather use most of what they receive to make personal loans and investments, and because the depositor is illogically promised full availability of

43 Ibid, p. 18.

44 E. Medina & P. Bagus, ‘A Critique of the Pure Natural Law Approach to Loan Maturity Mismatching and Fractional Reserve Banking’. *Dialogi Polityczne*, 2018, p. 13, <http://dx.doi.org/10.12775/DP.2018.001>

the money he deposited, we end up with “dual availability” which is very disquieting and confusing from a legal perspective, how can the deposited money be simultaneously available to both the bank and the customer.<sup>45</sup> Therefore, rather than to say it is difficult to come up with a legal description of this contract, it would be more accurate and honest to say such contract is legally impossible.

The reality is that a contract with all its underlying rights and obligations should be legally clarified and determined before the execution of the contract. Because the demand deposit is a standard-form contract drafted by the bank, the burden of clarifying the essence and legal nature of this contract falls upon the bank's shoulders. The bank should state in the demand deposit ‘current account’ contract that it is a loan, just like it does when granting loans to other borrowers (it lends money through standard-form loan contracts). It is unacceptable to expect an ordinary customer/depositor (the weaker party) to enter into a contract that lacks a clear legal characterization, which is to be explained and decided by the stronger party that drafted the standard-form contract and its advocates and defenders. If the depositor was informed that the contract he is entering into is a loan contract by which he will grant a loan to the bank, making him relinquish availability, utilization and ownership of his money, he would certainly not think of the contract as if it were a deposit, and he might well decide to keep the money out of the bank.

So with this type of contract, either the depositor finds himself deceived if he believes that full availability of the money deposited exists or he is party of an unenforceable contract with contradictory purposes.

Evidently, the bank cannot use the deposited money (loan it to a third party) while that same money is still owned by the depositor and available to him at all times, to withdraw it or use it by other means of payment, such as cheques and debit cards. If his bank statement states: available balance, available means he is

still the owner of the deposited money, So how can it be at the same time ‘simultaneously’ used by the bank in granting loans to a third party?

Since no depositor intends to grant loans to banks, advocates of this economic and legal conundrum know that when banks treat demand deposits as loans they are failing their customers and acting against their intentions and trust, so they resort to looking at this legal issue from the bank's perspective, ignoring the interests of the customer and the society at large, in their endeavor to defend the bank's position and interests. The depositor in a demand deposit covenant is seeking a service from the bank, which is the safekeeping of his money with continuous availability for him to use it at all times. He has no intention to grant the bank a loan with no profit or interest in return. He is not the service provider. Granting loans is a service exclusively provided by the bank, which is just like time deposits, where depositors know they are relinquishing the ownership and use of their money to the bank because they will benefit from a profit or an interest payment at maturity.

What is the purpose here, is it to serve banks or the individual and the society at large?

To conclude this part of the discussion, I would like to address some misconceptions found in the research of those responding to arguments against the loan theory. Rozeff (2010) argues that depositors relinquish their money property rights in exchange for an account with certain predefined rights.<sup>46</sup> However, since those account rights (such as cash withdrawals and debit card purchases) are inherently related to the money deposited, it becomes unimaginable to enjoy the benefits of the account rights without having (keeping) the property rights to the money deposited and connected to this account. He then says that when banks grant loans they create new money in the form of a purchase of the borrower's IOU in exchange

45 Huerta de Soto, pp. 136-138.

46 M. Rozeff, ‘Rothbard on Fractional Reserve Banking: A Critique’, *The Independent Review*, vol. 14, no. 4, 2010, p. 500, [https://www.independent.org/pdf/tir/tir\\_14\\_04\\_02\\_rozeff.pdf](https://www.independent.org/pdf/tir/tir_14_04_02_rozeff.pdf) [Last seen: 20 September 2022].

of the bank's IOUs (banknotes). The question is: where did they get those banknotes (money)? It must be the money deposited in the demand deposit account of the depositor, which exposes the duplicate property title and dual availability conundrums again. And if they say no this is new money and has nothing to do with the money deposited by the depositor into his demand deposit account, then we say, why do you need to characterize the demand deposit as a loan (why do you need to borrow from depositors of the current account) and why don't you keep full reserves for demand deposits since you don't need or use their money?

Now, I would like to discuss the contemporary Islamic jurisprudence view on the matter. Keep in mind that Islamic banks operate under the fractional reserve system (they do not keep 100 percent reserves) as well.

First, the arguments provided by the proponents of the loan contract characterization of the demand deposit (current account) can be responded to as follows:

They claim the bank owns the deposited money and has the right to use it. However this raises some questions that beg to be answered. How did the ownership 'title of property', with the inherent full availability of the money at all times, transfer from the customer 'depositor' to the bank?

From the depositor's viewpoint, he has no intention to relinquish the availability and use of the money he deposited. He still owns the deposited money, hence his bank statement informs him of the available balance in his current account. Available means it exists, at hand, accessible and usable through withdrawals and various means of payment (i.e. debit cards). So how can the bank own that same deposited money which is still owned by the current account holder? Bearing in mind that they do not keep 100% reserves. Duplicate property titles or ownership is problematic in the eyes of the 'fiqh' and leads us to a dispute over the ownership of the money, as they cannot be both owners of the same deposited amount of money. If the depositor still owns it (as clearly explained

above), then the bank cannot own it, use it nor lend it to a third party. The jurisprudence 'fiqh' rule says "No one may benefit or use the property of others without their permission." Which brings us to the delicate issue of permission. Why do banks and their advocates assume that they have a permission from depositors to use their deposited money? Logically, if depositors gave banks permission to use their money, they would not have expected the same amount to be fully available to them at all times (withdrawals and means of payment). So the reality is that depositors do not intended to grant loans to banks nor do they permit them to use their deposited money. By the way, even if we assume (for the sake of the argument) that banks do have permission, the jurisprudential conundrums of duplicate property titles along with duplicate full availability would still exist, especially under the fractional reserve system. Therefore, after establishing that banks have no permission to use the deposited money in the current account, the Islamic jurisprudence 'fiqh' explains such act as follows "if the depository uses the deposit without the permission of the depositor, then the Muslim jurists and scholars have agreed that his act is an infringement that requires his guarantee."<sup>47</sup>

You will notice here that when banks claim they own the money, it doesn't have to necessarily mean they own it through a loan. They can still own the deposited money through a deposit contract, albeit through infringement. Evidently, modern Islamic banks and their advocates would rather force a loan contract conceptualization on us than admit their infringement and breach of the deposit contract.

From the bank's viewpoint, they argue that depositors are aware of the use of their deposits by the bank. They claim that it is well known that the bank does not treat the money of current accounts as deposit that it safe keeps in order to return it to its owner on demand, but

47 Al-Maoussoua Al-Fiqheya, vol. 43, 2nd edn, The Ministry of Awqaf and Islamic Affairs in Kuwait, 1983, p. 56, <https://waqfeya.net/book.php?bid=878> [Last seen: 3 July 2022].

rather uses it and invests it in its business. If they mean time deposits or investment deposits (*mudharaba* and *musharakah*), then that is correct, because those depositors relinquish both the ownership and full availability of their deposited money in return for a profit at maturity. Conversely, demand deposit depositors are not aware of such activity regarding their current accounts.

And since the current account contract is a standard-form contract drafted by both conventional and Islamic banks, it is their utmost responsibility to clarify the 'Islamic' legal essence of this contract. If they wish to formulate the contract as loan, they can easily do that just like they do when they grant loans to other parties. These contracts of adhesion grant full power to the drafter (the bank) over the weaker party (the current account holder) in terms of formulating clauses and the drafting of the contract. The customer is helpless, so how can the powerful drafting party be granted the luxury of explaining the voluntarily produced ambiguity surrounding a contract it drafted in the first place? It is completely unethical and unacceptable to defend their position basing the argument on implied acquiescence. As response to their claim of implied permission to use and borrow a money deposit Ibn Taymiya states "If the depository knows, in a way that his heart is reassured, that the depositor is satisfied and pleased with that (the loan taken by the depository), then there is nothing wrong with it. However, this is only known from a man with whom you have had complete and close experience (meaning you know him very well), and you know your status with him (he holds you in high regard), but when there is any doubt about that, it is not permissible to take out a loan."<sup>48</sup>

So can banks and their advocates claim that they have no doubt about this? Based on that, it is evident that even if they can establish that the current account holder is aware (which he is not) of the use of his money by the bank, it does not necessarily mean that he has permitted it nor that he is satisfied (pleased) with it. Which

makes this alleged loan prohibited by Islamic jurisprudence.

Therefore, this is still a deposit contract from an Islamic jurisprudence viewpoint.

Secondly, they rely on the jurisprudence '*fiqh*' rule that says "The essence of the contract is based on the purposes and meanings, not the words and premises." Again, I cannot grasp how the drafting party of a standard-form contract can use this rule to justify the exploitation of a legal loophole (caused by him) concerning the Islamic jurisprudential essence of this contract of adhesion. Since banks (conventional and Islamic) have full power and exclusive responsibility to draft the contract, why do they resort to this rule to define the legal characterization of the current account? When banks grant loans they make it blatantly clear that it is a loan contract (a standard-format contract as well).

Islamic law includes the strong basis for the judge's intervention in the field of contract and its amendment in case of acquiescence, therefore Islamic jurisprudence takes the lead in combating submission and abuse and working to find a just balance between both contract's parties.<sup>49</sup>

Moreover, these banks and their advocates are claiming that they know the intentions and purposes of depositors better than the latter themselves. Holders of current accounts can tell the difference between a deposit and a loan, as they seek the safekeeping of their money with full and continuous availability at all times. It is just unimaginable to find a current account holder who thinks that the purpose of making deposits in his current account is to grant loans to the bank.

Finally, they state that the current account is a loan because the bank is a guarantor 'responsible' of the amounts deposited in current accounts if they are damaged or lost, and whether that was due to negligence or not, which is unlike the deposit from the jurisprudential point of view, where the depository does not guarantee it except in case of infringement or negligence.

48 Ibid, p. 55.

49 F. Meawad, *Daour Al-qadhi fi taadil Al-aqd*, Dar Al-jamia Al-jadida, Egypt, 2004, p. 275.

First, we must acknowledge that in all cases banks are responsible for protecting and taking care of the deposited money (custodians), they must protect it as if it was theirs (concept of *amanah* 'trust' in Islam).

All banks and jurists, who insist on adopting the loan covenant concept regarding the current account, admit that these conventional and Islamic banks mix the deposited money in current accounts with their own money (including other customers' money). In Islamic jurisprudence '*fiqh*', when the depository mixes the deposited money with his own money or/and other depositors money, he becomes a guarantor, because the deposited money became indistinguishable (i.e. Dollars with Dollars or Dinars with Dinars). The overwhelming majority of Islamic jurists and scholars '*foqaha*' (The *Hanafis*, *Shafi'is* and *Hanbalis*) are of the view that if the depository mixes the deposited money with his own money or others, in a way that makes it difficult to distinguish one from another, then he must guarantee it. Furthermore, Abu Hanifa and Al-Kassany state that even if the depository does this with the permission of the depositor, he is a guarantor.<sup>50</sup>

And in a narration on the authority of Ahmad that the depository is a guarantor if the deposit is damaged after being mixed with his money, based on what was narrated on the authority of Omar Ibn Al-Khattab, that he held Anas Ibn Malik a guarantor of a deposit that was lost after being mixed with his money.<sup>51</sup>

And again, it is evident that even if they can establish that the current account holder is aware of the mixing of his money by the bank, it does not necessarily mean that he has permitted it nor that he is satisfied (pleased) with it. So 'Knowing' does not entail 'permitting' in Islamic jurisprudence, he might know that the bank is mixing his money out of infringement and against his will (since he did not give his permission).

Let us look at this from a different angle, I have already mentioned the unanimous agree-

ment between all Muslim jurists '*Ijmaa Al-foqaha*' in regards to classifying the depository's use of the deposited good (including money deposits) without the permission of the depositor as an infringement that makes him a guarantor 'responsible' of the damage or loss of the deposited good, regardless of whether it was due to negligence or not. Therefore, the fact that the bank acts as a guarantor in this contract does not necessarily entail that this contract is a loan, since a depository in a deposit contract can be a guarantor in case of infringement '*taadi*'.

This is another telltale sign of the relentless attempts to vindicate banks by their advocates. Which in reality reveals an implied admission of breach of the deposit contract in my opinion.

To conclude my discussion, it was narrated in Sahih Al-Bukhari in hadith 3129 that "...if somebody brought some money to deposit with him. Az-Zubair would say, "No, (I won't keep it as a trust – deposit), but I take it as a debt, for I am afraid it might be lost."

Commenting on this narration Ibn Hajar said: "*His saying "No, but I take it as a debt." Tells us that he did not accept deposits from others unless the owner agreed to put it in his guarantee (transfer its ownership through debt), and the reason was that he was afraid for the money to be lost, which might make them think that he had failed to preserve it out of negligence, so he thought that it should be guaranteed. As this would be more reliable and guarantying for the owner of the money and would preserve his reputation as a matter of honor. And this shows Al-Zubayr's exaggeration in his kindness towards his friends, because he was pleased to preserve their deposits for them in their absence, and to execute their wills for their children after their death. That is why, out of caution and concern, he was not satisfied with accepting their deposits or wills until he was able to turn them into his guarantee (as debt), even though he was not in a need of a loan, he was just being extra-careful*".<sup>52</sup>

50 Al-Maoussoua Al-Fiqheya, p. 46.

51 Ibid., p. 23.

52 A. Ibn Hajar, Fath Al-Bari bi shareh sahih Al-Bukhari, vol. 6, Al-maktaba Al-salafiya, Cairo, Egypt, 1960, pp. 230,234-235, <https://waqfeya.net/book.php?bid=10573> [Last seen: 30 June 2022].

So he did it out of kindness, caution and concern, exaggerating in taking care of the money by taking permission from the depositor to entrust the money with him as a debt. Notice that Al-Zubayr insisted and made it clear beyond any doubt that he was asking for permission so that the depositor agrees to hand him the money only in the form of a debt (a loan). Moreover, his purpose was not to use the money in trade and business, as it was declared by Ibn Hajar when responding to someone implying that Al-Zubayr might have done that. Unlike banks that characterize the demand deposit as a loan, Al-Zubayr made it starkly obvious that the covenant is a loan by saying that in a clear manner and asking for permission and agreement from the owner of the money. There is no implied consent here, no is there a contract of adhesion. Al-Zubayr's action was not driven by a wish to use the money for himself or to lend it to others, but rather by kindness, caution and care. He did not want to find himself in a position of negligence or infringement, which would make him a guarantor under dishonorable circumstances. So he asked to be a guarantor under honorable circumstances. Islamic economics prioritize the welfare and interests of the individual and the society as whole not the corporations and banks, whose main and ultimate goal is profit.

## CONCLUSION

In all today's legal systems, demand deposits (current accounts) are considered as loan contracts. This characterization allows banks to procure very low cost funds. Under fractional reserve system, in which banks do not keep 100 percent reserves, reserves coming essentially from depositors of demand deposit accounts are used by banks to grant loans to third parties. Until recently (around 200 years ago), monetary demand deposits had been considered as deposit (or irregular deposit) contracts. However, since then the theory of the loan contract gained traction until it became the standard le-

gal characterization of the demand deposit. By examining the essence of this contract in comparison with the loan contract from economic, legal and Islamic jurisprudential perspectives, this paper offers arguments, which cannot be ignored, to argue that the demand deposit cannot be a loan contract. Issues pertaining to the debtor-creditor relationship, the standard-form contract and the contractual discretionary power, the duplicate property titles, the distinguishable economic and legal purposes of the two contracts and the evidence found in the Islamic jurisprudence all point to the refutation of the loan theory with regards to the demand deposit contract. Law, including Islamic law, is not an entirely subjective discipline. Objective legal concepts and foundational principles have long been established and evolved within a reliable referential framework.

## BIBLIOGRAPHY:

1. Abu Sarhan, A. S., 'Al-takyif al-fiqhi lil hissab al-jari wa atharihi', *Majalat dirassat, ouloum al-sharia wal qanoun*, vol. 45, no. 4:4, 2018. <https://eservices.ju.edu.jo/SLS/Article/FullText/14575?volume=45&issue=4>
2. Al-Bukhari, A., *Sahih Al-Bukhari*, Dar Ibn Kathir, Damscus, Beirut, 2002. <https://sunnah.com/bukhari:3129>
3. Algerian Civil Code, order No. 75-58 of September the 26th 1975. [https://www.trans-lex.org/603300/\\_algerian-civil-code-order-no-75-58-of-september-the-26th-1975/](https://www.trans-lex.org/603300/_algerian-civil-code-order-no-75-58-of-september-the-26th-1975/)
4. Algerian Order 03-11 of August 26th, 2003, relating to Money and Credit. <https://www.commerce.gov.dz/ar/reglementation/ordonnance-n-deg-03-11>
5. Al-Jaziri, A., *Kitab al-Fiqh 'ala al-Madhahib al-Arba'a*, vol. 3, 2<sup>nd</sup> edn, Dar Al-Kotob Al-Ilmiya, Beirut, Lebanon, 2002. <https://waqfeya.net/book.php?bid=5423>
6. Al-Maoussoua Al-Fiqheya, vol. 43, 2<sup>nd</sup> edn, The Ministry of Awqaf and Islamic Affairs in Kuwait, 1983. <https://waqfeya.net/book.php?bid=878>
7. Bagus, P., 'Austrian Economics and New Currency Theory on 100% banking: A response to Huber', *Revista Europea de Economía Política*, vol. XI, no. 1, 2014, pp. 105-136. <http://dx.doi.org/10.52195/pm.v11i1.176>
8. Bagus, P. and Howden, D., 'The Legitimacy of Loan Maturity Mismatching: A Risky, but not Fraudulent, Undertaking', *Journal of Business Ethics*, vol. 90, no. 3, 2009, pp. 399-406. <http://dx.doi.org/10.1007/s10551-009-0050-z>
9. Bagus, P. and Howden, D., 'Deposits, Loans and Banking: Clarifying the Debate', *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 72, no. 3, 2013, pp. 627-644. <http://dx.doi.org/10.1111/ajes.12023>
10. *Bank of Marin v. England* (1966) 385 U.S. 99
11. Chorley, L., *The law of Contract in Relation to the Law of Banking*, Gilbert Lectures on Banking, London, 1964.
12. Corporate finance institute team, 'Demand deposit', *Corporatefinanceinstitute* [website], <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/wealth-management/demand-deposit/> [Last seen: 11 May 2022].
13. Cranston, R., *Principles of Banking Law*, 2<sup>nd</sup> edn, Oxford University Press, Oxford, 2002.
14. Ellinger E, P, Lomnicka, E and Hare, C., *Ellinger's Modern Banking Law*, 5th edn, Oxford University Press, Oxford, 2011.
15. Federal Law No. 5 of 1985 on the Civil Transactions Law of the United Arab Emirates. <https://legaladviceme.com/legislation/126/uae-federal-law-5-of-1985-on-civil-transactions-law-of-united-arab-emirates>
16. Federal Reserve Economic Data, Demand deposits (WDNNS), FRED [website], <https://fred.stlouisfed.org/series/WDDNS> [Last seen: 25 October 2022].
17. Federal Reserve, Money Stock Measures – H.6 Release, *Federal Reserve* [website], <https://www.federalreserve.gov/releases/h6/current/default.htm> [Last seen: 25 October 2022].
18. *Foley v. Hill*. (1848) 2 HLC 28. 9 ER 1002
19. French Civil Code Loi No. 1999-5 of 6 January 1999. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000036829815](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000036829815)
20. Huber, J., *Notes on the occasion of reading Jesús Huerta de Soto. Sovereignmoney*, 2013. <https://sovereignmoney.site/notes-on-huerta-de-soto-and-neo-austrian-school/>
21. Huerta de Soto, J., *Money, Bank Credit, and Economic Cycles*, Ludwig Von Mises Institute, Auburn, AL., 2006.



22. Ibn Hajar A., *Fath Al-Bari bi shareh sahih Al-Bukhari*, vol. 6, Al-maktaba Al-salafiya, Cairo, Egypt, 1960. <https://waqfeya.net/book.php?bid=10573>
23. *Joachimson v Swiss Bank Corporation* [1921] 3 KB 110
24. Jordan Commercial Law No. 12 of 1966. <https://maqam.najah.edu/legislation/16/>
25. Law No. 10/2014 of 26 June 2014 on the regulation, supervision and solvency of credit institutions (Boletín Oficial del Estado 27 June 2014). [https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/eng/ficheros/Ley\\_10\\_2014\\_LOSSEC.PDF](https://www.bde.es/f/webbde/INF/MenuHorizontal/Normativa/eng/ficheros/Ley_10_2014_LOSSEC.PDF)
26. Law No. 17 of 1999 issuing the Egyptian Trade Law. [https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_isn=54063&p\\_lang=en](https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=54063&p_lang=en)
27. Lebanese Code of Commerce legislative-decree No. 304 of 24/12/1942. <http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/lebanon/commercialcodeAr.pdf>
28. Linzer, P., 'Implied, Inferred, and Imposed: Default Rules and Adhesion Contracts – the Need for Radical Surgery', *Pace Law Review*, vol. 28:195, 2008. <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol28/iss2/3>
29. Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000504724/>
30. Meawad, F., *Daour Al-qadhi fi taadil Al-aqd*, Dar Al-jamia Al-jadida. Egypt, 2004.
31. Medina, E. and Bagus, P., 'A Critique of the Pure Natural Law Approach to Loan Maturity Mismatching and Fractional Reserve Banking', *Dialogi Polityczne journal*, 2018. <http://dx.doi.org/10.12775/DP.2018.001>
32. Oman Royal decree No. 55/90 of 1990 issuing the Commercial Law. <https://omanportal.gov.om/wps/wcm/connect/7b72e2d8-ba8e-48d4-b44e-c7c3570b639b/OMAN+I+COMMERCIAL+law1.pdf?MOD=AJPERES>
33. Qatar Commercial Law No. 27 of 2006. <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/10390>
34. Royal decree of 22 August 1885, issuing Spanish code of commerce. English translation 2012. [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Code\\_of\\_Commerce\\_\(Codigo\\_de\\_Comercio\).PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Code_of_Commerce_(Codigo_de_Comercio).PDF)
35. Rozeff, M., 'Rothbard on Fractional Reserve Banking: A Critique', *The Independent Review*, vol. 14, no. 4, 2010, pp. 497-512. [https://www.independent.org/pdf/tir/tir\\_14\\_04\\_02\\_rozeff.pdf](https://www.independent.org/pdf/tir/tir_14_04_02_rozeff.pdf)
36. *Steven v. Fidelity Casualty Co.* (1962) 58 Cal.2d 862, 27 Cal.Rptr. 172, 377 P.2d 284
37. The Council of the International Islamic Fiqh, Bank Deposits (Bank Accounts), 1995, April 6, para. 1, *iifa-aifi* [website], <https://iifa-aifi.org/en/32511.html> [Last seen: 21 March 2022].
38. Von Mises, L., *The Theory of Money and Credit*, Liberty Classics, Indianapolis, Ind., 1980.
39. Woerner, J., 'Demand deposit account in banking', *Study* [website], <https://study.com/learn/lesson/what-is-a-demand-deposit.html> [Last seen: 21 February 2022].
40. Wright, S., Contract law: the contra proferentem rule, *Gibbs Wright litigation lawyers* [website], <https://gibbswrightlawyers.com.au/publications/contract-law-the-contra-proferentem-rule> [Last seen: 28 October 2022].

# A CRITICAL ANALYSIS OF PERSONAL DATA PROTECTION BILL 2018 WITH REFERENCE TO DATA PROTECTION AND THE RIGHT TO PRIVACY IN INDIA

**Sharad Kumar Pandey**

*Research Scholar, Department of Law, School of Legal Studies, Babasaheb Bhimrao Ambedkar University, Raebareli Road, Lucknow, India*

**Dr. Pradeep Kumar**

*Assistant Professor, Department of Law, School of Legal Studies, Babasaheb Bhimrao Ambedkar University, Raebareli Road, Lucknow, India*

## ABSTRACT

**Purpose:** The purpose of writing this research is to find an analysis of the Data Protection bill with reference to the parameters of data protection and the right to privacy attached to it. The bill contains lot many aspects of creating privacy standards and the legislation related to data protection is much needed for an hour.

**Aim:** The aim of the study specifically covers the aspects of digital data and its protection related to it. The study covers aspects related to bill wherein the individual data protection considers to be an important part that creates trust between the person and entity/ organization handling data.

**Methodology:** This study is based on a doctrinal approach and analyzes the recent bill and existing laws for the data protection bill. The study specifically represents the recent bill of data protection and existing laws related to data protection and how the statistics

show that there is an increase in digital transactions required to share data.

**Outcome:** The outcome of this paper suggests that the data protection bill incorporates various in the form policies and mechanisms to drive out the personal and individual protection of data. The graphical representation in this study shows that there is a rapid change in technology wherein digitalization is required to keep the legislation related to data protection. Across the world, there are many countries that have a comprehensive regulatory framework wherein the expert committee was set under the Chairmanship of Justice B N Srikrishna to examine to requirements and issues of data protection and its probable solutions.

**KEYWORDS: Data Protection Bill, Right to Privacy, Constitutionality, Regulatory Framework**

## INTRODUCTION

A new regulatory framework to control the protection of personal data is now being adopted in India. The Committee of Experts, under the direction of Justice B.N. Srikrishna, drafted the draught Personal Data Protection Bill, 2018. We observe that, notably in relation to processing by private entities, the draught Bill provides data subjects with a sizable number of data protection principles and rights. But there are a few crucial areas where the stances taken by the Bill need to be reviewed. This comprises rules governing the composition and layout of the Data Protection Authority, the function of adjudication officers, the flow of data across international borders, and the range of legal exceptions, particularly as they apply to government organizations. In Article 21 of the constitution, the right to privacy is recognized as a derived or implied fundamental right. The court stressed the necessity of enacting strict rules regarding data protection and privacy when it announced its decision on the Privacy Judgement. Indeed,

there was a pressing need for such a law to protect the personal information of Indian data subjects because their privacy was in danger due to the crucial role that data played in the development of the digital economy.

## KEY SUGGESTIVE AREAS OF THE BILL FOR REVISITING

Firstly, reviewing the regulations controlling cross-border data transfer is necessary, especially in light of their overbroad nature, the minimal privacy improvements it would provide, and the potential repercussions on freedom of speech and other rights. Second, the scope of exemptions granted to government agencies for security and law enforcement purposes needs to be reviewed in order to bring the provisions into compliance with the Supreme Court's decisions in *Puttaswamy v. Union of India* and ensure an adequate balance between the rights to individual privacy and the needs of state security. Thirdly, it has analyzed the jurisprudential development and current status of the law of privacy in India as well as the numerous model privacy laws that have been created over time. The State was primarily the source of privacy worries in the beginning. Fourthly, aside from the exemptions listed in Chapter IX of the Bill, a number of points need to be reviewed. A more acceptable balancing of privacy with competing rights, such as the freedom of expression and the right to employment, will be achieved through introducing categories like academic and creative activity and nuanced changes to the scope of current exemptions.

## MULTI DIMENSIONALITY OF RIGHT TO PRIVACY VIS-À-VIS DATA PROTECTION BILL, 2018

The concept of a person's right to privacy is complex. An individual's special right to manage the gathering, use, and disclosure of his personal information is referred to in the

context of personal data. Personal information includes things like a person's name, address, phone number, email address, likes and dislikes, daily routine, family history, education, communication, health, and finances, among other things. We now live in a time where individuals' personal information can be creatively exploited for a variety of reasons, such as government surveillance and commercial revenue generation. The fact that certain methods, such as clustering, geotagging, and geocoding, allow for the unauthorized use of a person's personal data is noteworthy. Other companies may be able to contact the person who shared the photo and give him unwanted adverts, leading to a possible sale. This should highlight the fact that 'data' has the capacity to both empower and hurt, as well as to reveal its salient implications. Innovations in technology have made it possible to communicate and access.

The fact that "data" may empower people as well as cause them damage. Innovative technologies undoubtedly make personal data more accessible and transferable. As a result, it is crucial to create a strong and efficient data protection policy that will strike a balance between innovation and privacy protection. Therefore, resolving all the competing interests in information should be the main goal of a successful data protection law.

## PROMINENT FEATURES OF THE BILL

It is better to evaluate the proposed Bill in the context of the European Union General Data Protection Law since the latter has emerged as the initiative leading data protection efforts while the former is still in the executive branch. The research will include two distinct narratives: the anatomical, or exclusive rights, examination of fundamental label and provision; and the skimming orientation of the ruling class. The Committee stressed the importance of striking a balance between privacy and speech when determining whether the right to be forgotten

is appropriate. Instead of the right to be forgotten, this matter should have been addressed under "the lawfulness of the processing." When it is determined that the data principal's disclosure of the information is solely personal in nature and unrelated to the public interest, there is a greater balance of expediency for the data theme than for the fiduciary.

## CONSTITUTIONALITY ON RIGHT TO PRIVACY IN INDIA VIS-À-VIS SHORTCOMING OF DATA PROTECTION BILL, 2018

The right to privacy is not stated expressly in the Indian Constitution. While taking into account various cases of government interference with personal privacy, Indian courts had taken the argument that the right to privacy is a basic right into consideration. The Personal Data Protection Bill, 2019, is the latest in a long line of privacy laws in India that have been impacted by both national and international trends. A right to privacy exists even though it is not expressly stated in the constitution, according to Indian courts, because Article 21's guarantee of the right to life also includes a right to privacy.<sup>1</sup>

In *Kharak Singh v. State of Uttar Pradesh*<sup>2</sup>, K. Subbarao and K.C. Shah, JJ., delivered a minority/dissenting judgement of the Supreme Court and recognised the right to privacy as a fundamental right protected by Articles 21 and 19(1)(d) of the Indian Constitution. This is another significant ruling worth mentioning. The U.P. Police Regulations' daily surveillance rules were being examined by the Court in this case. Following a dacoity accusation, the petitioner was found not guilty. According to the majority decision in the case, there is no constitutionally protected right to privacy. Two causes that grew more important made it necessary to clarify this

1 Govind v. State of Madhya Pradesh AIR 1975 SC 1378; R. Rajagopal v. State of Tamil Nadu AIR 1995 SC 264; PUCL v. Union of India AIR 1991 SC 207. State of Maharashtra v. Madhukar Narayan Mardikar AIR 1999 SC 495

2 1964 SCR (1) 332.

ambiguity: (1) vociferous complaints of loss of privacy following the government's adoption of its initiative for unique biometric identity; and (2) concurrent worldwide developments.

Another judgment where the right to privacy will bring out an edging outcome is that in this case<sup>3</sup>, CBI requested access to the Unique Identity Authority of India's database in this instance in order to look into a criminal offense. According to a temporary ruling from the Supreme Court, the Unique Identity Authority of India is not allowed to give any other agency any biometric data about a person who has been given an Aadhaar number without that person's express written permission.

The K.S. Puttaswamy v. Union of India<sup>4</sup> case, where the Unique Identity Scheme was considered in relation to the privacy problem, was decided, was significant. Given that there is no explicit privacy provision in the Indian Constitution, the Court was asked if the right to privacy is guaranteed by the Constitution and, if so, what constitutes the source of such right. Privacy is not a fundamental right, according to India's attorney general. In the end, the Court deferred to a bigger Constitutional Bench to consider the issue because past rulings that rejected the right to privacy were rendered by benches larger than those that determined instances where the right was acknowledged as a fundamental right.

A number of challenges challenging the legality of the legislation enabling the system, the Aadhaar (Targeted Delivery of Financial and Other Subsidies, Benefits and Services) Act of 2016, were filed before the Supreme Court as a result of privacy concerns regarding Aadhaar. The five-judge bench of the Supreme Court that examined the petitions stated that it was crucial to first establish if the right to privacy was recognised by the constitution because the petitions alleged infringement of that right. It sent this matter to a bench of nine Supreme Court justices, who then determined that privacy was a part of this right to privacy under Article 21

and that the Supreme Court had erred in its Kharak Singh decision.

## CHALLENGES OF DATA PROTECTION IN AN EPOCH OF BIG DATA

Big data and data are now a new source of enormous economic and social values as well as the basic building blocks of manufacturing. Businesses, governments, and individuals now have access to a much wider range of information thanks to developments in data mining and analytics as well as a dramatic rise in processing power and data storage capacity. Scientists have had to coin new terminology, such as zettabyte and yottabyte, to depict the flood of data due to the rapid growth of the amount of data being generated and stored worldwide. According to Anderson and Raini, when determining whether the right to be forgotten was appropriate, the Committee placed a strong emphasis on striking a balance between the right to privacy and the freedom of speech.

A number of fundamental principles serve as the foundation for international data protection measures like the OECD Guidelines, European Directive, APEC Privacy Framework, and national data protection laws around the world. Restrictions on further use include (i) ensuring that personal data isn't processed excessively or for purposes other than those for which it was originally collected (generally, personal data cannot be used for other purposes without the consent of the individuals), (ii) providing individuals with information about any personal data processing, and (iii) ensuring that personal data is only used for legitimate purposes.

## WHETHER GDPR-STYLE DATA PROTECTION LAW WORK FOR INDIA?

India currently lacks a cross-sectoral data protection law, despite the EU having recog-

3 Unique Identification Authority of India v. Central Bureau of Investigation (2017) 7 SCC 157

4 (2017) 10 SCC 1)

Sharad Kumar Pandey, Dr. Pradeep Kumar

nised a right to the protection of personal data for some time (under the Treaty on the Functioning of the European Union). Although it has some rules regarding the protection of personal data, the Information Technology Act of 2000 largely regulates matters like cybercrime and the accountability of internet intermediaries, such as social media platforms. For instance, the act's section 43A offers compensation for harms brought on by a failure to uphold appropriate security procedures to safeguard sensitive personal data. But only a hodgepodge of sector-specific legislative standards governs the requirements for data protection and confidentiality.

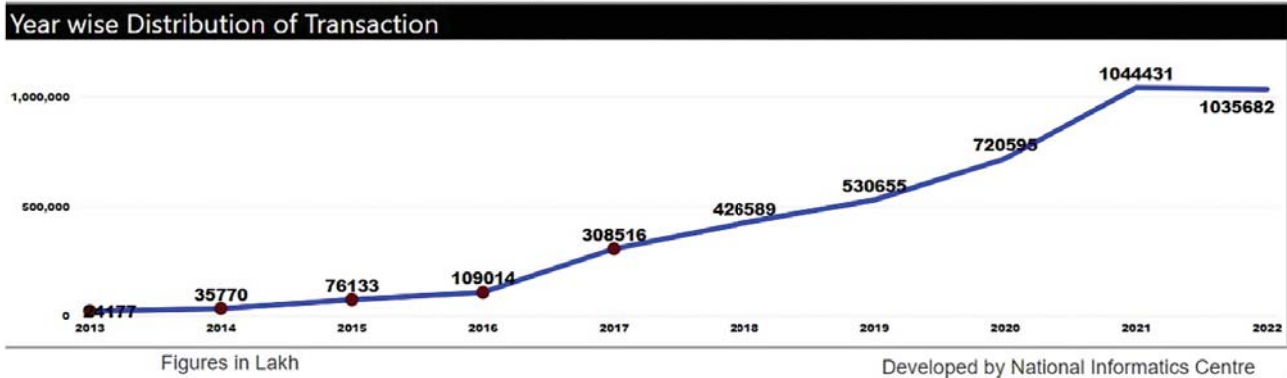
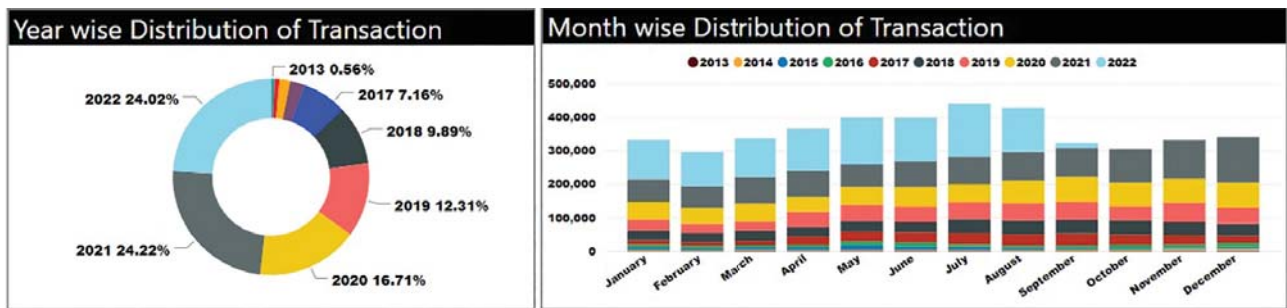
The EU IA stated that harmonising privacy standards would be one of the primary economic benefits of implementing the GDPR in the EU. It is important to consider what economic advantages the proposed bill would bring to India given that it does not have the issues associated with an outdated, disjointed legislative structure for data protection. The patchwork of existing privacy-related central regulations in India was passed by the federal parliament and is consequently uniform throughout the country. As a result, if one were to analyse the

GDPR's three key advantages for the EU in reference to India, at least one of them would not be immediately applicable.

### DEVELOPMENT OF PERSONAL DATA PROTECTION IN INDIA

Data can be used for good, but the arbitrary and unchecked use of data, particularly personal data, has sparked worries about an individual's liberty and privacy. This was also the topic of the Supreme Court's historic decision, which recognised the right to privacy as a basic human right. A Committee of Experts has been formed by the Indian government to examine various data protection-related concerns and make recommendations for a draught data protection law. The purpose is to "promote the expansion of the digital economy while maintaining citizen privacy and personal data security and protection.

The distribution of online transactions clearly shows that it is increasing every year and to make it secure a data protection bill is required. The distribution curve clearly shows that the digital transaction significantly increases with time due to which there is a requirement of



Source: Representation developed by National Informatics Centre

creating a comprehensive framework. The imminent data protection rule will broaden the scope by providing a thorough data protection outline that shall apply to the dispensation of personal data by any method and to processing activities carried out by both the government and the sequestered entities—not just body corporate—instead of just body corporate.

## IMPLICATION OF DATA PROTECTION LAW IN INDIA

Information has become the only resource people rely on in the modern world. With the help of social internet platforms like Facebook, Skype, Whatsapp, and others, society is now interconnected through a single informational thread. These social media platforms have become so important to people nowadays that they are used as a conduit for sharing every last detail of their lives. People from all over the world now communicate with one another on these social media platforms, creating a new dimension of the world. Therefore, through developing effective legislation, it is crucial to secure data from being misused by people or the government.

Social media is a form of Internet-based communication. In addition, there are numerous additional forms of social media, such as blogs, microblogs, wikis, webpages, widgets, and virtual worlds. The popularity of social networking services like Facebook, Twitter, WhatsApp, and others has increased significantly in recent years. To use a social media site, however, and to find other accounts, the person needs first to create a database.

Digitization is a term used to describe the process of creating a numerical sequence that describes a distinct set of an item, image, sound, document, or signal points. The third industrial revolution, known as the digital economy, is a new productivity platform that has emerged globally. It is also known as The Internet Economy or The Internet of Everything (IoE), and it is predicted to create new job prospects, market

growth opportunities, and the largest commercial opportunity in human history. It is interesting how quickly our technological advancement has accelerated thanks to Digital India. The goal of the Digital India Program is to make India a hub of global connectivity.

## CONCLUSIONS & SUGGESTION

A person's or group's right to privacy refers to their capacity to conceal or separate information about themselves in particular. Although the definition of what is personal and its content differ between cultures and people, they all have some common ground. Privacy is occasionally associated with namelessness, the desire to go unnoticed or anonymous in the public sphere. When something is personal to a person, it typically means that they perceive it as exceptional or delicate in some way. The extent to which private information is revealed in this way will vary depending on how it is gathered in the open, contrasting between locations, and over time.

A protected modification is needed whereby privacy rights can be explicitly guaranteed by adding another agreement, therefore the necessity for a constitutional amendment. A change like that is necessary to provide protection by offering side recognition. In this sense, the law would impose limitations on how individual data customers might gather and utilize personal information. Clients for personal data would be expected to clearly inform the public about the purpose of collecting and using personal data. It is essential to have a thorough confidentiality agreement in place to protect each person's right to exercise resistor over the collection and transmission of their own personal data.

**BIBLIOGRAPHY:**

1. Kumar, A. (2019). The Right To Be Forgotten in Digital Age: A Comparative Study of the Indian Personal Data Protection Bill, 2018 & the GDPR. *Shimla Law Review*, 2.
2. Chowdhury, G. R. (2021). Right to Privacy and Data Protection in India. *Issue 4 Int'l JL Mgmt. & Human.*, 4, 2602.
3. Singh, S. S. (2011). Privacy And Data Protection In India: A Critical Assessment. *Journal of the Indian Law Institute*, 663-677.
4. Patel, N., & Conners, S. E. (2008). Outsourcing: data security and privacy issues in India. *Issues in Info. Sys. J*, 9, 14-20.
5. Prasad M, D., & Menon C, S. (2020). The Personal Data Protection Bill, 2018: India's regulatory journey towards a comprehensive data protection law. *International Journal of Law and Information Technology*, 28(1), 1-19.
6. Purtova, N. (2018). The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, 10(1), 40-81.
7. Doneda, D., & Zanatta, R. A. (2022). Personality rights in Brazilian data protection law: a historical perspective. In *Personality and Data Protection Rights on the Internet* (pp. 35-53). Springer, Cham.
8. Determann, L., & Gupta, C. (2019). India's Personal Data Protection Act, 2018: Comparison with the General Data Protection Regulation and the California Consumer Privacy Act of 2018. *Berkeley J. Int'l L.*, 37, 481.
9. Riyadi, G. (2021). *Data Privacy in the Indonesian Personal Data Protection Legislation* (No. 7). Policy Brief.
10. Bailey, R., Bhandari, V., Parsheera, S., & Rahman, F. (2018). Comments on the (Draft) Personal Data Protection Bill, 2018. Available at SSRN 3269735.
11. Coleman, D. (2018). Digital colonialism: The 21st century scramble for Africa through the extraction and control of user data and the limitations of data protection laws. *Mich. J. Race & L.*, 24, 417.
12. Wachter, S., & Mittelstadt, B. (2019). A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI. *Colum. Bus. L. Rev.*, 494.
13. Hoel, T., & Chen, W. (2018). Privacy and data protection in learning analytics should be motivated by an educational maxim—towards a proposal. *Research and Practice in Technology Enhanced Learning*, 13(1), 1-14.
14. Oganessian, T. D. (2020). The right to privacy and data protection in the information age.
15. Bailey, R., Bhandari, V., Parsheera, S., & Rahman, F. (2018). Comments on the (Draft) Personal Data Protection Bill, 2018. Available at SSRN 3269735.
16. Paterson, M., & McDonagh, M. (2018). Data Protection in an era of Big Data: The challenges posed by big personal data. *Monash University Law Review*, 44(1), 1-31.
17. Park, G. (2019). The changing wind of data privacy law: A comparative study of the European Union's General Data Protection Regulation and the 2018 California Consumer Privacy Act. *UC Irvine L. Rev.*, 10, 1455.



# AMERICAN FEDERALISM – THE PROBLEM OF THE DISTRIBUTION OF POWERS BETWEEN THE FEDERATION AND THE INDIVIDUAL STATES

**Kalenike Uridia**

*Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, 4<sup>th</sup>-year undergraduate student; Erasmus exchange student at University of Limerick (Ireland) and University of Münster (Germany); Lawyer, International Relations Manager of the NGO "Young Barristers"; Strategic and international litigation lawyer of the law firm "Kaikatsishvili and Barristers"*

## ABSTRACT

There are more than 200 sovereign states on the globe, and they all have unique characteristics. On the globe, no two states are the same. The idea of territoriality, which divides states into federal and unitary states, is one of the most significant characteristics that set them apart.

One of the most powerful nations in the world, the United States of America continues to work hard to protect all that is important to its citizens while maintaining strong democratic principles. American history includes the creation of a federal system. Due to these factors, America is fascinating and challenging to comprehend and evaluate. The link between the core and the periphery is quite unclear. This article's goal is to argue these ambiguous policies by bringing them to light.

The federal and state powers are specifically listed in the United States Constitution. However, certain ambiguities make it hard to determine where the boundary between federal and state authorities

resides. The topic of discussion in this essay is this troubling predicament. In the framework of the paper's theme, the Supreme Court of America's expertise, and its authority in the process of the separation of powers will be examined. Here, it should be highlighted that everything is up to interpretation, which will rely on the Supreme Court judge. A conclusion will be offered based on the work's argument, outlining the author's perspective.

**KEYWORDS:** The US, Constitution, Federation, State

## INTRODUCTION

Territorial organizations may take many various, unique shapes around the world. Each state determines the necessary and historically appropriate geographical arrangements. The choice of territorial organization models is thought to play a role in the success of nations. The federal structure is the most intriguing of the several territorial arrangements. This kind of geographical organization obviously tries to decentralize authority and reinforce current local administrations. Federalism has a long history as a type of territorial organization. Its significance to the globe is immense and unmatched.

American federalism has the longest history, and its fundamentals, benefits, and drawbacks have been widely explored by science. It should be mentioned that the particulars chosen for the paper's topic are less established in the academic world. The paper's objective is challenging yet intriguing. It is important to examine the complex and contentious problems of American federalism, both then and now. As you are aware, when we discuss the power of the federation and the different states in the United States of America, the issue of the separation of powers has always been and continues to exist. Certain questions have remained unanswered for 200 years. The article will concentrate on

these difficulties as a result. The nine Supreme Court justices give the reader the sense that they are the primary controllers of the allocation of power in this context, which highlights the significance of the Federal Supreme Court of the United States of America's competency and precedent judicial practice.

Federalism is one of the most sophisticated and intriguing systems of territorial arrangement that the US Constitution initially established. This article addresses the legislative powers of the United States' federation and states. The article will focus on the nature and relevance of federalism, analyze the history of federalism in America, and discuss the actions of Presidents Roosevelt, Reagan, and Clinton in the context of the transfer of legal power from the federation to the states. The focus will be on the United States Constitution and the provisions in the Constitution that directly relate to the legislative powers delegated between the states and the Federation.

Based on the developed reasoning, it can be said that even 200 years after the founding of the United States, fundamental questions implicating federalism remain unsettled. Legislative powers that are redistributed between the states and the federation are still the subject of interpretation.

## FEDERALISM'S SIGNIFICANCE AND ITS HISTORICAL ORIGINS

Federalism is a complicated and multifaceted phenomenon that affects many facets of public life, including political, legal, economic, cultural, and foreign affairs.<sup>1</sup> There are several definitions of the term "federalism," which is taken from Latin and used in legal, political, and scientific literature.<sup>2</sup>

Federal states are those that have legally autonomous state formations and whose inde-

- 1 Kveselava I., Federalism, unitarism, self-government (history and practice), Tb., 2014. [in Georgian]
- 2 Gogiashvili G., Comparative Federalism, Tb., 2000, p. 21-23. [in Georgian]

pendence is only constrained by the rights of the entire federation, according to the scientific definition of federalism.<sup>3</sup>

In a federal system, there are greater options for disagreements to be settled legally, consistently, and through compromises. Many autonomous components of such a system tend to control their interconnectedness independently of any outside authority. As a result, the federal system starts to operate independently. The fundamental tenet of federalism is that it provides citizens with a genuine opportunity to manage their affairs, join forces with others in accordance with their beliefs, and participate in the powers of the administrative, legislative, and judicial branches of government.

Power is spread vertically as well as horizontally under the federal territorial organization, and it is maximally decentralized and increasingly susceptible to civil authority. It should be mentioned that in the framework of republican governance, the federal model is more frequent. However, there are exceptions in Belgium<sup>4</sup> and Malaysia,<sup>5</sup> where federalism exists under a monarchical style of governance.

The local constitution and legal system coexist alongside the federal constitution and legislation in most federal states. The United States of America,<sup>6</sup> Germany,<sup>7</sup> Austria,<sup>8</sup> and Switzerland<sup>9</sup> are examples of these types of federations. However, not all federal states provide for the right of an entity to have its own constitution. Such countries are India,<sup>10</sup> Pakistan,<sup>11</sup> Nigeria,<sup>12</sup> etc.

One of the most pressing challenges in the Federal Territorial Organization is the matter of legislative competence separation between the Federal Center and the states.<sup>13</sup> Many at-

tempts in the literature and legislative practice to define broad criteria for allocating legislative powers have failed.<sup>14</sup>

In terms of politics, the United States of America was founded as the first federal state in 1787. The United States of America's geographic location, awareness of cultural unity, and foreign security interests were undoubtedly the cornerstones of the union built on federal principles, which were based on the Constitution and had to guarantee the realization of the idea of freedom and unlimited popular sovereignty, political order, protection of property, and the continuation of the nation.

## THE HISTORICAL STAGES OF AMERICAN FEDERALISM'S FORMATION

The thirteen colonies declared their independence and freedom prior to the Revolutionary War. The newly established states understood that collaboration was necessary to operate well on the new national stage and enter the global arena both during hostilities and after the war.

The Articles of Confederation, America's first attempt to formalize federalism, were a failure. Since it was replaced by the Constitution of 1787, this durable document, and the system of government it established have withstood the shaky beginnings of the Republic, a Civil War, severe economic downturns, America's involvement in two World Wars, and 227 years of countless internal and external challenges.

The centralist concept of federalism was established in accordance with the Constitution of the USA. Alexis de Tocqueville commented, "in America, it may be said that the township was organized before the county, the county before the state, the state before the union."<sup>15</sup> The Framers split the atom of sovereignty. The genius of their

3 Constitutional law. manual. Ed. Avtandil Demetrashvili. Tb., 2005. p. 160. [in Georgian]

4 The Constitution of Belgium.

5 The Constitution of Malaysia.

6 The Constitution of the United States.

7 The Constitution of the Federal Republic of Germany.

8 The Constitution of Austria.

9 The constitution of Switzerland.

10 The Constitution of India.

11 The Constitution of Pakistan.

12 The Constitution of Nigeria.

13 Musgrave, R., Musgrave, P., Public Finance in Theory

and Practice, New York, 1976, S. 6.

14 Breton, A., Scott, A., The economic constitution of federal states, Toronto, 1978, S. 12, cit:

Frenkel, M., Föderalismus und Bundesstaat, S. 95.

15 Alexis de Tocqueville, Democracy in America ch. II (Henry Reeve trans., Bantam Classics 2004) (1835).

idea was that American citizens would have two political capacities, one state and one federal, each protected from incursion by the other.<sup>16</sup>

The events of 1862-1865 in the US resulted in an expansion of the federal government's legislative authority.<sup>17</sup> Under President Roosevelt, a major reorganization of the US federal system took place:<sup>18</sup> The federal financing program<sup>19</sup>, which was largely focused on developing a new legal framework in the social sector, increased the central government's influence.<sup>20</sup>

Reagan's approach was to increase the lobbying power of states and local governments. During Reagan's presidency, several federal initiatives relating to legislation implementation and development were moved to state legislatures.<sup>21</sup> Reagan's reforms were a failure. The defeat of the reform was further supported by the US Congress's refusal to decentralize the federal government.<sup>22</sup>

Between 1980 to 1990, the federation limited the states' legislative authority.<sup>23</sup> In 1994, a new majority in Congress assured its voters that the unfunded mandates would be phased out. In 1995, President Clinton signed the Unfunded Mandate Reform Act, which he regarded as a historic step in restoring people's control at the municipal and state levels.<sup>24</sup>

Despite several attempts today, during both the Trump and Biden administrations, the leg-

islative powers that states may have over the federation remain ambiguous, with the US Federal Supreme Court playing a significant part in this process.<sup>25</sup>

## THE UNITED STATES OF AMERICA'S CONSTITUTION AND FEDERALISM

The Constitutional Convention met in Philadelphia between May and September of 1787 to discuss and attempt to solve the shortcomings of the Articles of Confederation.

Only the United States Congress is permitted under the United States Constitution to organize and maintain an army, form and maintain a navy, and adopt regulations for the management and organization of the land and naval forces.<sup>26</sup> Even if the conduct is strictly intra-state, the Commerce Clause can and has been interpreted to empower Congress to control any actions that together have an impact on a national market. The US Congress has the authority to enact a rule of conscription for police duty to maintain US law and prevent uprisings.<sup>27</sup>

The entry specified in Article 1 (8) of the Constitution is controversial since functions that can freely be part of the powers of the States are included in the list, which comes under the jurisdiction of Congress. Such controversies about the legislature's separation of powers can benefit the federal government and Congress.

The commerce clause, which grants Congress the authority to regulate interstate trade, is also contentious.<sup>28</sup> The term "commerce" can be interpreted narrowly to refer to a group of

16 U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 838 (1995) (Kennedy, J., concurring).

17 Schultze, R.-o., *Föderalismus*, in: D. Nohlen, *Pipers Wörterbuch zur Politik*, Bd. 2, S. 94.

18 Bothe, M., *Die Entwicklung des Föderalismus in den angelsächsischen Staaten*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1982, S. 113.

19 Health care, vocational education, social protection of the unemployed, provision of pensions and protection of mothers.

20 Hesse, J/Benz, A., *New Federalism unter Präsident Reagan*, Speyer, 1987, S. 3.

21 These programs focused on family support, traffic, urban development, upbringing and social policy.

22 Annaheim, J., *Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat*, Berlin, 1992, S. 51.

23 Zimmermann, J. F., *Federal Preemption. The Silent Revolution*, Ames (Iowa), 1991.

24 Bothe, M., *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in Rechtsvergleichenden Sicht*, S. 52.

25 Timothy J. Conlan/ James D. Riggle/ Donna E. Schwartz, *Deregulating Federalism? The Politics of Mandate reform in the 104th Congress*, in: *Publius* 25 (3), 1995, S. 23-40.

26 The United States Constitution clearly lists the legislative functions of the federal government. Powers not listed here's are the powers of the state legislature.

27 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 3.

28 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 3.

activities different from manufacturing, farming, or mining, for example, barring the federal government from regulating these and other related activities under the Commerce Clause. This limited view is in line with the Supreme Court's understanding during the first century following ratification as well as the most recent research on the Clause's original meaning.<sup>29</sup> This record might be viewed as forbidding states from developing and adopting manufacturing, farming, and mining legislation.<sup>30</sup>

The Constitution's Taxation Clause, which provides Congress with the power to tax and spend to "provide for the . . . general Welfare of the United States,"<sup>31</sup> similarly has been "controversial since it first saw the light of day."<sup>32</sup> Does it provide Congress the ability to control through spending? Does this term imply that Congress may only use funds for purposes that are in line with other authorities that have been granted to it, or for any worthwhile cause? The responses to these questions have significantly affected the balance of federal and state authority, and they have been the topic of acrimonious disputes.

It should also be emphasized that the Necessary and Proper Clause, which empowers Congress to "make all laws necessary and appropriate for carrying out the execution," is ambiguous.<sup>33</sup> Such an understanding of Congress's jurisdiction grants the federal legislature broad flexibility.<sup>34</sup>

The Constitution of the United States of America prohibits states from using their constitutional powers. Without the consent of Congress, no state can join a union or confederation, tax the export or import of products, retain soldiers or warships during peacetime,

enter into any treaty or agreement with another state or foreign state, or wage war. Without a doubt, such a constitutional restriction is a crucial guarantee of the federal state's geographical unity.<sup>35</sup>

The most important safeguard of a federal state's territorial integrity is the general principle that federal law takes precedence over state law. According to the United States Constitution, the federal constitution and laws, as well as all treaties entered or to be entered into by the United States, are the supreme laws of the country, and every state judge is bound by them, even if state constitution and laws are found to be in opposition to these activities.<sup>36</sup>

After the Civil War, "Reconstruction" began across the nation. There was a great deal of disagreement in the nation regarding how to handle the former Confederate states, including whether the fundamental relationship between the federal and state governments that predated the War should be restored or whether fundamental changes to that relationship were required to stop the recurrence of the causes of the conflict.

In the late nineteenth and early twentieth centuries, rapid industrialization caused several economic and social challenges, which in turn led to a number of governmental reforms. An "increasing sense that government at all levels needed to intervene in the socioeconomic order to implement antitrust and regulatory laws, labor and welfare measures, and tax reform" has been said to define this period.<sup>37</sup> Several constitutional amendments were ratified by the country, including the Sixteenth, which authorized the imposition of direct federal income taxes, and the Seventeenth, which allowed for the direct election of senators by the people of each state, as opposed to through their state legislatures. Federal authority kept growing and solidifying.

29 United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 553–54 (1995); Randy E. Barnett, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, 68 U. Chi. L. Rev. 101 (2001).

30 United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 553–54 (1995); Randy E. Barnett, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, 68 U. Chi. L. Rev. 101 (2001).

31 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 1.

32 Robert G. Natelson, *The General Welfare Clause and the Public Trust: An Essay in Original Understanding*, 52 U. Kan. L. Rev. 1, 3 (2003).

33 U.S. Const. art. I, § 8, cl. 18.

34 It all depends on the Supreme Court of the United States' interpretation of the word "necessary."

35 U.S. Const. art. I, § 10.

36 Frenkel, M., *Föderalismus und Bundestaar*, II Band, Bundesstaat, S. 120.

37 John D. Bunker, *The Ratification of the Federal Income Tax Amendment*, 1 Cato J. 183, 184 (1981).

The first constitutional amendment of the Progressive Era is regarded as the Sixteenth Amendment, which was ratified on February 3, 1913. The Supreme Court overturned a federal income tax in *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company* in 1895 as an unconstitutional direct tax because it was not distributed to the states based on their different populations. This decision was reversed by the Sixteenth Amendment.<sup>38</sup> Some opponents viewed this as a “power grab” by the federal government aimed at further weakening the states: The 1921 Sheppard Towner Act, which approved funding for child and maternity care and is referred to as the “first venture of the federal government into social security legislation,” was one of the first pieces of legislation the federal government used its newfound power to pass after the Sixteenth Amendment.<sup>39</sup>

On May 31, 1913, the Seventeenth Amendment was ratified, allowing for the direct election of senators by state citizens as opposed to state legislatures. Allowing direct state control over federal government activities, nullified one of the states' basic, essential structural safeguards.

## THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES' PRECEDENT-SETTING PRACTICE

The federal courts swiftly assumed the role of establishing the division of powers between the federal and state governments. The court stated in the case of *Fletcher v. Peck*<sup>40</sup> that Georgia's legislation could not invalidate a contract since the federal constitution did not allow bills of attainder or ex post facto statutes. Chief Justice John Marshall stated that the court had no intention of “disrespecting Georgia legislation or deeds.” Regardless of this rationale, it was established that

the Supreme Court has the authority to overturn an unlawful state statute.<sup>41</sup>

In *Martin v. Hunter's Lessee*, the Supreme Court decided that it might also supersede state courts. In *Fairfax's Devisee v. Hunter's Lessee*, the Supreme Court had determined four years prior that Virginia was prohibited from seizing a loyalist's property by the Jay Treaty between the United States and Great Britain. By declaring: “The court is united in view, that the appellate jurisdiction of the highest court of the United States does not extend to this court,” the Virginia Supreme Court declared that it was not bound by the Supreme Court's decision. In *Martin*, the Supreme Court stressed once more that it “walked cautiously” while examining decisions made by state courts. The high regard in which the court whose decisions we are asked to evaluate is held, as well as the respect we have for its knowledge and skill, significantly increase the difficulties of the work that has uninvitedly been placed upon us. The Supreme Court once more struck a balance between this reverence and deference and the acknowledgment that “the United States Constitution was ordained and established, not by the states in their sovereign capacities, but emphatically, as the preamble of the constitution declares, by ‘the people of the United States.’” According to the Supreme Court's ruling, it has appellate authority over constitutional issues in state courts. The Supreme Court had ruled that it might overturn state courts and declare state statutes that violate the Constitution unlawful.<sup>42</sup>

The United States was the first country to establish a constitutional monitoring institute in the federal state.<sup>43</sup> The United States Supreme Court declared the first state law unlawful in 1796.<sup>44</sup> The following actions have been found

38 Bunker, *supra* note 78, at 185.

39 J. Stanley Lemons, *The Sheppard-Towner Act: Progressivism in the 1920s*, 55 *J. Am. Hist.* 776, 776 (1969).

40 *Fletcher v. Peck* (1810)

41 Roy G. Blakey & Gladys C. Blakey, *The Federal Income Tax 70* (The Lawbook Exchange Ltd., 2006) (quoting *Richmond Times-Dispatch*, Mar. 3, 1910).

42 *Martin*, 14 U.S. at 323.

43 Rice, W. G., *A Tale of Two Courts*, Madison, 1967, S. 63. cit: Frenkel, M., *Föderalismus und Bundesstaat*, II Band, Bundesstaat, S. 210.

44 Haller, W., *Supreme Court und Politik in den USA*, Bern, 1972, S. 133.

illegal: a statute that requires teachers to swear an oath;<sup>45</sup> A law prohibiting public demonstrations near foreign embassies;<sup>46</sup> A law banning the burning of the American flag.<sup>47</sup> The most contentious judgment of the United States Supreme Court was the revocation of a state statute that prohibited abortion.<sup>48</sup>

In relation to secession, an intriguing case has been recorded in the United States. The United States Supreme Court clarified in the decision “Texas v. White”<sup>49</sup> that states have an obligation to obey all federal laws until the Federal Supreme Court verifies a breach of the federal government’s authority. The secession of the southern states is declared null and void from the beginning.<sup>50</sup>

One of the most important decisions involving congressional authority was heard by the Supreme Court in 1824. Competing steamboat ferry operators with boats that sailed in the seas between New York and New Jersey were involved in the *Gibbons v. Ogden* case. Ogden requested an injunction to prevent Gibbons from using the same route, and the State of New York granted him an exclusive license allowing him to operate there. In retaliation, Gibbons claimed that a 1793 Congress legislation governing coastal commerce gave him the right to compete with Ogden. He was unsuccessful in New York’s trial and appellate courts, but the Supreme Court ruled in his favor. The Trade Clause, which states that “Congress shall have the power to regulate commerce among the several States,” was the foundation of the Court’s ruling in favor of Gibbons. The Court determined that the term “commerce” included navigation between the states and that the preposition “among” following the phrase “the several States” indicated that Congress’s power to regulate commerce “did not stop at the

external boundary line of each State but may be introduced into the interior.” Due to the contradictory act of Congress and the Supremacy Clause of the Constitution, the New York legislation granting Ogden an exclusive license constituted a “nullity.” By acknowledging Congress’s extensive jurisdiction to control business conduct, Gibbons dramatically increased the federal government’s scope of authority.<sup>51</sup>

Years after the Civil War, the Supreme Court declared that the First Amendment right to free assembly and the Second Amendment right to keep and bear weapons did not apply to states.<sup>52</sup> The Supreme Court acknowledged in 2010 that the Second Amendment applies to states via the Fourteenth Amendment, limiting governments’ authority to prohibit gun ownership.<sup>53</sup>

In one case<sup>54</sup> the Court explained that congress might control isolated economic activity since there is a “close and vital link” between states for commerce.<sup>55</sup> It should be emphasized that, according to the court’s explanation, Congress was granted the ability to penetrate the state’s legislative power and regulate the areas on which the state has the power to adopt a law.

The separation of legislative powers between the states and the federal government remains an issue, as the *Obergefell v. Hodges* decision on same-sex marriage demonstrates.<sup>57</sup> It is apparent that rules governing domestic ties between husband and wife, parent and child, and other topics fall under the jurisdiction of individual states.<sup>58</sup> Nevertheless, the decisions of the Supreme Court reduce the powers of the state legislature. *Loving v. Virginia*<sup>59</sup> is another good example of this, in which the Supreme Court used the Fourteenth Amendment to remove a Virginia law on interracial marriage. The

45 *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943).

46 *Boos v. Barry* (1988).

47 *Texas v. Johnson* (1989).

48 *Roe v. Wade* (1973).

49 *Texas v. White* (1869)

50 *Tekülve, E., Probleme der Gebietsveränderungen im Bundesstaat*, S. 137.

51 *Gibbons*, 22 U.S. at 194.

52 *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1875).

53 *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

54 *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (1937)

55 *United States v. Darby* (1941) is a case on the same theme.

56 *Wickard v. Filburn* (1942) is a case on the same theme.

57 *Obergefell v. Hodges* (2015)

58 *In re Burrus*, 136 U.S. 586, 593–94 (1890).

59 *Loving v. Virginia* (1967)

Court used the Fourteenth Amendment in *Kirchberg v. Feenstra*<sup>60</sup> to overturn state legislation that made the husband “head and master” of the family.

The Supremacy Clause’s most recent interpretation demonstrates how hazy the line between state and federal legislative authority is to this day. In recent decades state laws have been held preempted under the preemption doctrine in such divergent areas as regulation of emissions,<sup>61</sup> trucking<sup>62</sup> and locomotive equipment,<sup>63</sup> immigration,<sup>64</sup> food and drug regulation,<sup>65</sup> aviation,<sup>66</sup> state age-verification requirements for the shipment and delivery of tobacco,<sup>67</sup> the treatment and processing non-ambulatory animals in a slaughterhouse,<sup>68</sup> and arbitration agreements.<sup>69</sup>

## CONCLUSION

Federalism has a lengthy history in America, yet the legislative powers of the states and the federation are not clearly separated to this day. The powers of Congress are defined in the US Constitution, which, as analysis has shown, are vague and allow for unjustified limitations on the legislative powers of the states. As the analysis has shown, with the change of presidents, the approach to delegating legislative powers to the states changed, though this process did not achieve absolute perfection. The Federal Supreme Court’s approach also sheds light on the ambiguity in this clause; The Supreme Court

continues to turn to the Framers for direction when deciding significant cases that involve federalism or raise federalism-related problems. Judges may be thought of as limiting and encroaching on state legislative authority.

The only sure thing regarding the future of American federalism, as this discussion implies, is that no predictions can be made. Federalism is still a fundamental idea that defines America and a key instrument used to create its government, even though how it is understood now differs from how it was understood in the colonial era.

Both federal and state power have expanded and solidified along with the country. That course has not been easy or straight. Warfare, even military conflict, has paved the path. But the Constitution has always been the basis for the powers and restrictions imposed on the federal and state governments. The battle to define both continues to be decided first, and frequently last, by the courts. That has so far worked, but not always successfully or particularly well. However, no one has come up with a superior or another strategy.

Clearly, the United States’ shift to centralism is dictated by historical experience, but states must be given the legislative power necessary to function efficiently at the local level, or federalism as an idea will lose its sense of territorial arrangement.

60 *Kirchberg v. Feenstra* (1981)  
 61 *Am. Elec. Power Co. v. Connecticut*, 131 S. Ct. 2527 (2011).  
 62 *Am. Trucking Ass’ns, Inc. v. City of Los Angeles*, 133 S. Ct. 2096 (2013).  
 63 *Kurns v. R.R. Friction Prods. Corp.*, 132 S. Ct. 1261 (2012).  
 64 *Arizona v. United States*, 132 S. Ct. 2492 (2012).  
 65 *PLIVA, Inc. v. Mensing*, 131 S. Ct. 2567 (2011).  
 66 *Northwest, Inc. v. Ginsberg*, 134 S. Ct. 1422 (2014).  
 67 *Rowe v. N.H. Motor Transport Ass’n.*, 552 U.S. 364 (2012).  
 68 *Nat’l Meat Ass’n v. Harris*, 132 S. Ct. 965 (2012).  
 69 *Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown*, 132 S. Ct. 1201 (2012).



**BIBLIOGRAPHY:**

1. Kveselava I., Federalism, unitarism, self-government (history and practice), Tb., 2014.
2. Gogiashvili G., Comparative Federalism, Tb., 2000.
3. Constitutional law. Manual. Ed. Avtandil Demetrashvili. Tb., 2005.
4. Musgrave, R., Musgrave, P., Public Finance in Theory and Practice, New York, 1976, S. 6.
5. Breton, A., Scott, A., The economic constitution of federal states, Toronto, 1978, S. 12, cit:
6. Frenkel, M., Föderalismus und Bundesstaat, S. 95.
7. Khubua G., Federalism as a normative principle and political order. Tbilisi, 2000.
8. A. e. Dick Howard, The Road to Constitutionalism. Republic: parliamentary or presidential. World Parliamentarism Research Center. Vol., 1996.
9. Alexis de Tocqueville, Democracy in America ch. II (Henry Reeve trans., Bantam Classics 2004) (1835).
10. Schultze, R.-o., Föderalismus, in: D. Nohlen, Pipers Wörterbuch zur Politik, Bd. 2, S. 94.
11. Bothe, M., Die Entwicklung des Föderalismus in den angelsächsischen Staaten, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1982, S. 113.
12. Hesse, J/Benz, A., New Federalism unter Präsident Reagan, Speyer, 1987, S. 3.
13. Annaheim, J., Die Gliedstaaten im amerikanischen Bundesstaat, Berlin, 1992, S. 51.
14. Zimmermann, J. F., Federal Preemption. The Silent Revolution, Ames (Iowa), 1991.
15. Bothe, M., Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in Rechtsvergleichenden Sicht, S. 52.
16. Timothy J. Conlan/ James D. Riggle/ Donna E. Schwartz, Deregulating Federalism? The Politics of Mandate reform in the 104th Congress, in: Publius 25 (3), 1995, S. 23-40.
17. Robert G. Natelson, The General Welfare Clause and the Public Trust: An Essay in Original Understanding, 52 U. Kan. L. Rev. 1, 3 (2003).
18. Frenkel, M., Föderalismus und Bundestaat, II Band, Bundesstaat, S. 120.
19. John D. Buenker, The Ratification of the Federal Income Tax Amendment, 1 Cato J. 183, 184 (1981). 57 U.S. 429 (1895).
20. J. Stanley Lemons, The Sheppard-Towner Act: Progress-ivism in the 1920s, 55 J. Am. Hist. 776, 776 (1969).
21. Roy G. Blakey & Gladys C. Blakey, The Federal Income Tax 70 (The Lawbook Exchange Ltd., 2006) (quoting Richmond Times-Dispatch, Mar. 3, 1910).
22. Rice, W. G., A Tale of Two Courts, Madison, 1967, S. 63. cit: Frenkel, M., Föderalismus und Bundesstaat, II Band, Bundesstaat, S. 210.
23. Haller, W., Supreme Court und Politik in den USA, Bern, 1972, S. 133.
24. Benjamin Kaplan, A Prefatory Note, 10 B.C. Indus. & Com. L. Rev. 497, 500 (1969).
25. The Constitution of Belgium.
26. The Constitution of Malaysia.
27. The Constitution of the United States.
28. The Constitution of the Federal Republic of Germany.
29. The Constitution of Austria.

30. The constitution of Switzerland.
31. The Constitution of India.
32. The Constitution of Pakistan.
33. The Constitution of Nigeria.
34. U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 838 (1995) (Kennedy, J., concurring).
35. Fletcher v. Peck (1810)
36. Martin, 14 U.S. at 323.
37. West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943).
38. Boos v. Barry (1988).
39. Texas v. Johnson (1989).
40. Roe v. Wade (1973).
41. Texas v. White (1869)
42. United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1875).
43. McDonald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010).
44. NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp. (1937)
45. United States v. Darby (1941) is a case on the same theme.
46. Wickard v. Filburn (1942) is a case on the same theme.
47. Obergefell v. Hodges (2015)
48. Loving v. Virginia (1967)
49. Kirchberg v. Feenstra (1981)
50. Am. Elec. Power Co. v. Connecticut, 131 S. Ct. 2527 (2011).
51. Am. Trucking Ass'ns, Inc. v. City of Los Angeles, 133 S. Ct. 2096 (2013).
52. Kurns v. R.R. Friction Prods. Corp., 132 S. Ct. 1261 (2012).
53. Arizona v. United States, 132 S. Ct. 2492 (2012).
54. PLIVA, Inc. v. Mensing, 131 S. Ct. 2567 (2011).
55. Northwest, Inc. v. Ginsberg, 134 S. Ct. 1422 (2014).
56. Rowe v. N.H. Motor Transport Ass'n., 552 U.S. 364 (2012).
57. Nat'l Meat Ass'n v. Harris, 132 S. Ct. 965 (2012).
58. Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown, 132 S. Ct. 1201 (2012).

# წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ტიპოლოგიური დახასიათება

## ირაკლი ლეონიძე

*სამართლის მაგისტრი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის  
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი*

## მარიამ რუბაშვილი

*სამართლის საბაკალავრო საგანმანათლებლო პროგრამის  
მე-4 კურსის სტუდენტი,  
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო  
უნივერსიტეტი*

## აბსტრაქტი

სამოქალაქო სამართალში მოქმედი კერძო ავტონომიის პრინციპის გამოხატვის ერთ-ერთი თვალსაჩინო სახეა რწმუნებულებითი ურთიერთობები. თანამედროვე სამართალში წარმომადგენლობის ინსტიტუტი არის ის ძირითადი ქვაკუთხედი, რაზედაც დაშენებულია მრავალი სამართლებრივი ურთიერთობის განხორციელების შესაძლებლობები. ინსტიტუტის მნიშვნელობა იზრდება, როდესაც პიროვნება ან ორგანიზაცია, რომელიც სამართლებრივ ურთიერთობებში განსხვავებული მიზეზების გამო ვერ ახერხებს საკუთარი ინტერესების თავად წარმოდგენას, მოქმედებს წარმომადგენლის მეშვეობით. აღსანიშნავია, რომ მიზეზი ბევრია, თუმცა საკანონმდებლო ჩარჩო ერთი, რომლის მიმართაც დღემდე ჩნდება გარკვეული კითხვის ნიშნები, თუ რამდენად ამომწურავ განმარტებებს იძლევა კანონმდებლობა წარმომადგენლობის ინსტიტუტზე და რა არის ის ძირითადი ჩარჩო, რომელიც შეიძლება გამოყენებულ იქნას წარმომადგენლობის ფორმების გასამიჯნად.

კერძოსამართლებრივი დოქტრინის განვითარებისთვის დიდი მნიშვნელობა აქვს წინა ხაზზე წამოიწიოს წარმომადგენ-

ლობის ინსტიტუტის აქტუალობა. ამისთვის კი მიზანშეწონილია ამ ინსტიტუტის თეორიული საკითხების კვლევა – გზა ისტორიული საწყისიდან თანამედროვეობამდე. შერჩეული თემის ტიპოლოგიური დახასიათება შესაძლებელს ხდის, დაფიქსირდეს მოსაზრება ისეთ მნიშვნელოვან პრობლემურ საკითხებზე, როგორებიცაა: წარმომადგენლობის ფუნქცია, არსი, მისი თავისებურებები და ძირითადი ნიშნები, თუ რამდენად ჰარმონიულად ესადაგება ეროვნული საკანონმდებლო ჩარჩო საერთაშორისო სტანდარტებს.

**საკვანძო სიტყვები:** წარმომადგენლობა, ტიპოლოგია, პრობლემა

## შესავალი

წარმომადგენლობა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით რეგულირებული სამართლებრივი ინსტიტუტია, რომლის თეორიული მნიშვნელობა მისი პრაქტიკული განხორციელებისას სახასიათო იურიდიულ ბუნებას იძენს. კვლევაში ყურადღება გამახვილდება წარმომადგენლობის ტიპოლოგიური დახასიათების რამდენიმე სამართლებრივ ასპექტზე.

წარმომადგენლობის: ქართული, გერმანული, რომანული და ინგლისურ-ამერიკული სამართლებრივი სისტემების სახასიათო თავისებურებების გარკვევის საკითხი ამ ინსტიტუტის არსისა და ფუნქციონირების შეფასების კრიტერიუმს წარმოადგენს. სწორედ ამითაა საინტერესო სისტემშედარებითი კონტექსტი, რომელიც ქართული კერძო სამართლის გამოწვევებთან ერთად, წარმომადგენლობის ინსტიტუტის კოდექსისმიერი რეგულირების საკითხსაც მოიცავს, რაც ძირითად წარმოდგენებს საკითხის ტიპოლოგიური დახასიათების შესაძლებლობაში ავლენს.<sup>1</sup> ასევე, წარმომადგენლობის

ტიპოლოგიური დახასიათება გულისხმობს სამართლის რეცეფციისა და იურიდიული ტრანსპლანტის მნიშვნელობის გარკვევას კერძო სამართალში. კვლევის მიზანია: წარმომადგენლობის არსისა და ნიშნების გამოკვეთა; მისი, როგორც ქართული კერძო სამართლის ინსტიტუტის წარმოშობისა და საკანონმდებლო რეგულირების მიმართების ჩვენება დღეს არსებულ გამოწვევათა საპასუხოდ; გარკვევა იმისა, არის თუ არა დასაშვები წარმომადგენლობა ყველა სახის სამართლებრივ ურთიერთობებში შესაძარბელი სამართლებრივი სისტემების მიხედვით. კვლევაში გამოყენებულია ნორმატიული, დოგმატური, შედარების, სინთეზისა და ანალიზის მეთოდები.

## 1. წარმომადგენლობის ისტორიული ასპექტები

წარმომადგენლობა, როგორც ქართული კერძო სამართლის ინსტიტუტი, ჩვეულებისა და ტრადიციების ფორმით ჯერ კიდევ კოდიფიცირებული სისტემის ჩამოყალიბებამდე არსებობდა.<sup>2</sup> სხვადასხვა სოციალურ გარემოში წარმომადგენლობა იძენდა როგორც უფლების დაცვის, ასევე ტრადიციის ფორმას, რაც აყალიბებდა წარმომადგენელი და წარმოდგენილი პირის მორალურ, ეთიკურ და სამართლებრივ პასუხისმგებლობას.<sup>3</sup> ალექსანდრე ყაზბეგის ნაწარმოებში „ხევისბერი გოჩა“, საგულისხმოა ონისესა და გუგუას ეპიზოდური საკითხი, სადაც წარმოდგენილი პირის ქმედების კონტროლს მორალური მართლმსაჯულების ფენომენი უზრუნველყოფდა.<sup>4</sup> ვაჟა ფშაველას

როლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №2, 7.

1 ქიუზი, ტ., (2019). შედარებითი სამართლის მნიშვნელობა საქართველოსთვის. შედარებითი სამა-

2 ჯორბენაძე, ს. (2017). 103-ე მუხლის კომენტარი წიგნში: ჭანტურია, ლ. (რედაქტორი), საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, გვ. 590. მითითებულია: „ყოველდღიურ ცხოვრებაში არაერთი გარიგება იდება წარმომადგენლის მეშვეობით“.

3 შუად. ცვაიგერტი, კ., კოტცი, ჰ. (2001). შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში. თბილისი: „ჯისიი“, გვ. 10.

4 ალექსანდრე ყაზბეგი, „ხევისბერი გოჩა“, „იყოს თავდებად ზეცით ღმერთი და ქვეშ დედამიწა,

პოემა „ბახტრიონი“ სანათას სახით ასახავს გარდაცვლილი ოჯახის წევრებისა და მამაკაცების საქმის წარმომადგენლობას იმ ადგილას, სადაც, როგორც წესი, ქალი არ დაიშვება.<sup>5</sup> სვანეთში მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობა მიღებული იყო როგორც სისხლის, ისე სამოქალაქო საქმის განხილვის შემთხვევებში.<sup>6</sup> საინტერესოა თემის წარმომადგენლობა და ცალკეული პირის წარმომადგენლობა. ასე მაგალითად, მედიატორის, როგორც მართლმსაჯულების წარმომადგენლის და ნეიტრალური პირის დასახელება შემდეგი სახით გვხვდება: მსახული, რჯულის კაცი, მახვში, ბჭე-მედიატორი, ხევსბერი. ცალკეული პირის წარმომადგენელი კი შეიძლება ყოფილიყო ოჯახის წევრი ან სხვა პირი. აჭარაში „წინაით დასაძახი კაცები“ თემის აზრს წარმოადგენდნენ. სოციალურ-პოლიტიკურ ურთიერთობებში წარმომადგენლობა, თავდებობის ფუნქციასაც ითავსებდა.<sup>7</sup>

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის რეგულირებამ წარმომადგენლობის ინსტიტუტს ფიზიკური თუ იურიდიული პირების სამართლებრივი პასუხისმგებლობის და კერძოსამართლებრივი ურთიერთობებისთვის დამახასიათებელი (რეცეფცირებული) ფორმა, მათ შორის, დროისა და სივრცის სიცხადე შესძინა.<sup>8</sup> კერძო სამართალში სამა-

რთლებრივ ურთიერთობათა ხასიათიდან გამომდინარე, ყალიბდება იმის საჭიროება, რომ პიროვნება ან იურიდიული პირის სამართლებრივი ფორმით არსებული ორგანიზაცია, რომელიც, ცალკეულ მიზეზთა გამო, უშუალოდ ვერ ახორციელებს თავის ინტერესებს, უფლებებსა და მოვალეობებს, წარმოდგენილი იყოს მესამე პირის მიერ.<sup>9</sup>

ეს საკითხი არა მხოლოდ კერძო სამართალში, არამედ საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობებშიც იჩენს თავს.<sup>10</sup> შესაბამისად, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პირველი წიგნის მეორე კარის მე-7 თავში, 103-114 მუხლების რეგულირება წარმომადგენლობის ქართული კერძო სამართლის თვითმყოფად ინსტიტუტად დახასიათების საკანონმდებლო საფუძველს ქმნის. დასახელებული ნორმატიული ბაზისი, წარმომადგენლობის ინსტიტუტის კერძოსამართლებრივ და საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობებში დარგობრივი ასახვისა და ტიპოლოგიური დახასიათების საკითხსაც აყენებს დღის წესრიგში.<sup>11</sup>

წარმომადგენლობა, როგორც ქართული კერძო სამართლის ინსტიტუტი, ამავე დარგის შემსწავლელი სასწავლო დისციპლინებისთვის ტიპოლოგიური დახასიათების არაერთგვაროვანი გამოვლინებით ხასიათდება. მაგალითად, სამოქალაქო სამართალში კაზუსის ამოხსნის მეთოდისთვის, იგი თავისი არსით არის ნების გამოვლენის პრობლემატიკა,<sup>12</sup> უფრო კონკრეტულად: გარიგების დადების მომენტში წარმოშობილი რაიმე პრობლემა, რომელიც მოიცავს შემთხვევებს, როდესაც შესაძლებელია გარიგება იდებოდეს, თუმცა ის პირი, რომელიც

რომ ძიძია დასავით მეყვარება, გავუწევ ძმობას, მაგისტრის ძმაზედ უფრო მეტი ვიქნები!“.

5 ვაჟა ფშაველა, „ბახტრიონი“, „ღიაც ვინ მოგცა ის ნება, საქმე აკეთო მამრისა? ვფიქრობ, დროება დამდგარა იმ მეორ-მოსვლის წამისა.“.

6 ყანდაშვილი, ი. (2018). საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები. თბილისი: თსუ-ის გამომცემლობა, გვ. 223.

7 1905 წელს გურიის გამოსვლების პერიოდში, ქართული ინტელიგენცია წარმომადგენლად და თავდებად დაუდგა ამბოხებულებს, რათა ეშუამდგომლათ რუსეთის იმპერიასთან მათი გასახლებისა თუ სხვა სახის რეპრესიულ ღონისძიებებზე ხელის აღების მიზნით. იხ. ლორთქიფანიძე, მ., ჯაფარიძე, თ., მუსხელიშვილი, დ., მეტრეველი, რ. (2012). საქართველოს ისტორია ოთხ ტომად (საქართველო XIX-XX საუკუნეებში), თბილისი: „პალიტრა L“, გვ. 114-115.

8 შუად. პაპიძე, ხ., (2021). წარმომადგენლობის ნამდვილობის წინაპირობები. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №7, გვ. 16.

9 შუად. ცხადაძე, ქ., (2012). წარმომადგენლობის ინსტიტუტის საჭიროება ადმინისტრაციულ სამართალში. სამართლის ჟურნალი, №1, 294.

10 იქვე.

11 იხ. ჯორბენაძე, ს. (2017). 103-ე მუხლის კომენტარი წიგნში: ჭანტურია, ლ. (რედაქტორი), საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, გვ. 590-591.

12 მაისურაძე, დ., დარჯანია, თ., პაპუაშვილი, შ. (2017). სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი (კაზუსების კრებული), თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 83-84.

გარიგების უშუალო მხარე უნდა გახდეს, არ მონაწილეობს გარიგების დადებაში ან ეს პირი ავლენს ოფერტს, თუმცა არა აქცეპტს.<sup>13</sup> დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ფორმების შემსწავლელ მეცნიერებებში წარმომადგენლობა მედიაციასა და სანოტარო მედიაციაში ადვოკატ-წარმომადგენლის მონაწილეობის ეთიკურ და პროცესუალურ საკითხებს უკავშირდება.<sup>14</sup> აგრეთვე, ევროკავშირთან ასოცირების შეთანხმება წარმოადგენს უმნიშვნელოვანეს ეტაპს ქართული კერძო სამართლის ევროპეიზაციის გზაზე, მათ შორის წარმომადგენლობის დარგისთვის.<sup>15</sup>

საქართველო ნაბიჯ-ნაბიჯ უახლოვდება ევროპულ სამართალს.<sup>16</sup> ქართული კერძო სამართლის განვითარების პროცესი, სამართლის განვითარების საყოველთაო იდეასთან ერთად, მოიცავს ცალკეულ სამართლებრივ ინსტიტუტთა და საკანონმდებლო ნორმათა განვითარებას. შესაბამისად, ევროკავშირთან ასოცირების შეთანხმება ევროპულ კანონმდებლობასთან დაახლოებასთან ერთად, ქართული კერძო სამართლის განვითარების მიზნის მატარებელია. თუ ციცერონს მიაჩნდა, რომ „ყველა სხვა სამართალი ... რომის სამართალთან შედარებით იყო ბუნდოვანი და სასაცილო“, განსხვავებით ამ კონცეფციისგან, დღესდღეობით სხვადასხვა სამართლისა და ცალკეული სამართლებრივი ინსტიტუტების განვითარება თანაბარმნიშვნელოვან აუცილებლობას წარმოადგენს.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიღება ქართული სახელმწიფოებრიობის

სამართლებრივი გვირგვინია.<sup>17</sup> სამოქალაქო კოდექსის 103-114 მუხლების სახით წარმომადგენლობის, როგორც ქართული კერძო სამართლის ინსტიტუტის, რეგულირება, თავის მხრივ, მისი ტიპოლოგიური დახასიათების შესაძლებლობასაც მოიცავს.<sup>18</sup> გასათვალისწინებელია ის ფაქტი, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პროექტზე მუშაობისას შესწავლილ იქნა ევროპული ქვეყნების, ევროკავშირისა და ევროპის საბჭოს სამართლებრივი აქტები, რაც სამართლის ნორმის რეცეპციისა თუ იურიდიული ტრანსპლანტის მნიშვნელობას ცალკეული ინსტიტუტის პრაქტიკული განხორციელების მაგალითზე ავლენს.<sup>19</sup> ბუნებრივია, რომ წარმომადგენლობის ინსტიტუტი, ქართული თავისებურებებისა და სხვადასხვა სახელმწიფოს სამართლის ნორმათა და სისტემების შედარებათა საფუძველზე ჩამოყალიბდა.<sup>20</sup> ისტორიული თვალსაზრისით თუ შევადარებთ, მაგალითად, რომაელთა ათკაციანი კომისია (დეცემვირატი)<sup>21</sup> პასუხისმგებელი იყო რომის პირველ მრავლისმომცველ კანონზე (XII ტაბულის კანონი),<sup>22</sup> რომელშიც წარმომადგენლობის, როგორც რომის სამართლის ინსტიტუტის იურიდიული ნორმების შემუშავება არ მომხდარა, საკითხი რეგულირდებოდა რომის ჩვეულებითი და ყოფით-სოციალუ-

13 იქვე, 89.

14 შუად. ყანდაშვილი, ი. (2020). მედიაცია (დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული გადაწყვეტა), თბილისი, გვ. 188-189.

15 იხ. ოპერმანი, თ., კლასენი კ. დ., ნეთესჰაიმი მ., (2021). ევროპული სამართალი (სასწავლო სახელმძღვანელო), თარგმანი, თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 712-713.

16 ზოიძე, ბ., (2019). ევროკავშირთან ასოცირების შეთანხმების ძირითადი გამოწვევები ქართული კერძო სამართლისათვის. კერძო სამართლის მიმოხილვა, №2, 12.

17 იქვე, 13.

18 შუად. კერესელიძე, დ., (2009). კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ. 401-403.

19 იხ. რუსიაშვილი, გ., (2021). კოლუზია და წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №6, გვ. 1-2.

20 შუად. ზოიძე, ბ. (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში. თბილისი: საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი, გვ. 184 მითითებულია: „სამართალთა ჰარმონიზაციის დროს ყველაზე უპირანი უნდა იყოს მისი შედეგების კოდექსებში ასახვა.“

21 იხ. მეტრეველი, ვ. (2013). რომის სამართალი (საფუძვლები), თბილისი, გვ. 9-10.

22 ქიუზი, ტ., (2019). შედარებითი სამართლის მნიშვნელობა საქართველოსთვის. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №2, 2.

რი სამართლის მარეგულირებელი სხვა ნორმებით, ამავე დროს უკავშირდებოდა პირთა სტატუსს,<sup>23</sup> ანუ უფლებამოსილებას. შემდგომში რომაული სამართლის ტერმინოლოგიით მარწმუნებელი პირი ინოდე-ბოდა,<sup>24</sup> როგორც mandans, ხოლო რწმუნე-ბული – procurator.<sup>25</sup> აღსანიშნავია სავინის მოსაზრება, რომ „კანონი იზიჯება ხაღხთან ეხთად, ეფუძნება ხაღხს და ქიება, ხოგოხც კი ხაღხი კაჩავს საკუთაი ინდივიდუაღუხო-ბას“.<sup>26</sup> შესაბამისად, წარმომადგენლობის, როგორც ქართული კერძო სამართლის ინ-სტიტუტის ტიპოლოგიური დახასიათება მოქმედი საკანონმდებლო რეგულირების იურიდიული შედეგის მქონე განსაზღვრე-ბაა, რომელიც გარკვეულ ისტორიას ეფუძ-ნება წარმოშობის, ცნებისა თუ შინაარსის გაგებით. წარმომადგენლობა, როგორც ქართული კერძო სამართლის ინსტიტუ-ტი და მისი ტიპოლოგიური დახასიათება მხოლოდ ქართული კერძო სამართლის კვლევის საგანს და გამოწვევას არ წარმო-ადგენს და ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულე-ბის ფარგლებში,<sup>27</sup> შესაძლებელია აქტუ-ალური საკითხების ფართო განხილვის კონცეფციის შემუშავება.

23 მეტრეველი, ვ. (2013). რომის სამართალი (საფუძ-ვლები), თბილისი, გვ. 50.  
 24 ამირანაშვილი, გ. (2018). გარიგების ფორმის იძულება, როგორც ფორმის თავისუფლების შე-ზღუდვა. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ. 14.  
 25 იხ. გარიშვილი, მ., ხოფერია, მ. (2010). რომის სა-მართლის საფუძვლები, თბილისი, გვ. 215. ასევე, შეად. ბიჭია, მ. (2016). კანონისმიერი ვალდებუ-ლებითი ურთიერთობები. თბილისი: „ბონა კაუ-ზა“, გვ. 72.  
 26 შეად. სურგულაძე, ნ. (2002) იუსტინიანეს ინსტი-ტუციები (ლათინურიდან თარგმანი, წინასიტყვა-ობა, შენიშვნები და საძიებელი). თბილისი, გვ. 193 მითითებულია: ტიტული XXVI: დავალების ხელშეკრულების შესახებ.  
 27 იხ. მაისურაძე, დ., სულხანიშვილი, ე., ვაშაკიძე, გ., (2018). ევროკავშირის კერძო სამართალი – გადა-წყვეტილებები და მასალები, მომხმარებელთა დაცვის სამართალი, შრომის სამართალი, კორ-პორაციული სამართალი, კონკურენციის სამა-რთალი. ნაწილი პირველი, თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოე-ბა, გვ. 26-28.

## 2. ტიპოლოგიური დახასიათება

### 2.1. ქართული სამართლებრივი სისტემა

წარმომადგენლობის, როგორც ქართუ-ლი კერძო სამართლის ინსტიტუტის ტი-პოლოგიური დახასიათება ქართულ სამა-რთალში საკანონმდებლო რეალობისა და სასამართლო პრაქტიკის გამოწვევაა. დოგ-მატური თვალსაზრისით, ჩამოყალიბებული დარგობრივი კლასიფიკაცია,<sup>28</sup> პრაქტიკული ასახვის ცალკეულ შემთხვევებში კერძო და საჯარო სამართლის ინსტიტუციურ მიჯნა-ზე იმყოფება, სადაც სამართლის ოჯახების კლასიფიკაცია საკითხის განხილვის თვალ-საზრისით დიდ მნიშვნელობას ასრულებს, ხოლო წარმომადგენლობის დარგობრივი ფორმების ტიპოლოგიური დახასიათება სა-სწავლო დისციპლინებისთვის მისი აღქმის სხვადასხვაობის საფუძველია. საინტერე-სოა, რომ წარმომადგენლობის ინსტიტუ-ტის სისტემურობასა და ინსტიტუციურობას გერმანული, რომანული და ინგლისურ-ა-მერიკული სამართლებრივი სისტემების ფარგლებში ინსტიტუტის ისტორიული ჩა-მოყალიბებისა და საკანონმდებლო რეგუ-ლირების მოქმედი ნორმატიული სინამ-დვილე განაპირობებს.

საქართველოს დემოკრატიული რეს-პუბლიკის პირველი კონსტიტუციის სუ-ლისკვეთებით აღტკინებულმა ქართულმა სამართლებრივმა სისტემამ, (შემდგომში – კანონმდებელმა) დამოუკიდებლობის მო-პოვების შემდეგ უარყო საბჭოთა სოცია-ლისტური რესპუბლიკის კონსტიტუციების, საკანონმდებლო აქტებისა და ნორმების კვლავინდებური ფორმით მოქმედება, რი-თაც სახელმწიფო მართლწესრიგისა და სამართლის განვითარების საკითხი რე-ცეფციისა და იურიდიული ტრანსპლანტის ფორმის შემუშავების აუცილებლობას დაუ-

28 შეად. თუმანიშვილი, გ. გ. (2012). შესავალი საქა-რთველოს კერძო სამართალში, თბილისი: ილი-ას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 177.

კავშირა.<sup>29</sup> საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 103-ე მუხლის პირველი ნაწილის პირველი წინადადების თანახმად, გარიგება შეიძლება დაიდოს წარმომადგენლის მეშვეობითაც.<sup>30</sup> დასახელებული დათქმა ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს (შემდგომში – წარმომადგენლებს) კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში წარმომადგენლის (ქმედუნარიანი პირის) საშუალებით მონაწილეობის უფლებას ანიჭებს. ამავე მუხლის პირველი ნაწილის მეორე წინადადების მიხედვით, წარმომადგენლის უფლებამოსილება ან კანონიდან გამომდინარეობს, ანდა წარმოიშობა დავალების (მინდობილობის) საფუძველზე.<sup>31</sup> ამ ფორმით კანონმდებელმა დაადგინა წარმომადგენლობის ინსტიტუტის საფუძველზე ქმედების განხორციელების სახეობრიობა: რეგულირების კოდექსისმიერი ფორმა და ნებაყოფლობითი რეცეფციის შედეგობრივი ხასიათი.<sup>32</sup>

წარმომადგენლობის ინსტიტუტის მოქმედი საკანონმდებლო რედაქცია სამოქალაქო კოდექსის ჩამოყალიბების სათავეებთან და შემდგომ, ამ ინსტიტუტის თანამედროვე გერმანული სამართლებრივი სისტემის მსგავსებასთან ერთად, ცალკეულ თავისებურებებსაც აყალიბებს:

ა) კანონისმიერი წარმომადგენლობის მოწესრიგება გარიგებების მოწესრიგებელ თავში, როგორც საკანონმდებლო ტექნიკის დახვეწის აუცილებლობა;<sup>33</sup>

ბ) საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 103-ე მუხლის მეორე ნაწილით განსაზღვრული წესი და კანონმდებლის სულის-

კვეთება ანდერძის, ქორწინების, ამავე დროს იმ სხვა გარიგებების დადების ფორმის შემოსაზღვრასთან დაკავშირებით, რომლებიც უშუალოდ უნდა დაიდოს;

გ) დავალება (მინდობილობა) და რწმუნებულება, როგორც წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების წარმოშობის ერთი და იგივე საფუძველი, როგორც საერთო შინაარსის და სხვადასხვა ტერმინოლოგიური დასახელების შემთხვევები.<sup>34</sup>

გერმანულ სამართლებრივ მოდელთან მსგავსება ქართულ სამართლებრივ სისტემას რომანული და ინგლისურ-ამერიკული სამართლებრივი სისტემისგან განასხვავებს. შესაძლებელია გამოვყოთ შემდეგი:

ა) წარმომადგენლობის, როგორც კერძო სამართლის ინსტიტუტის კოდექსისმიერი რეგულირების საკითხი. ასევე, ნებაყოფლობითი რეცეფციისა და იურიდიული ტრანსპლანტის მნიშვნელობა წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ჩამოყალიბებასთან დაკავშირებით;

ბ) წარმომადგენლობის მხარეთა (სუბიექტთა) ტერმინოლოგიური დასახელებისა და ურთიერთგამიჯვნის საკითხები; გ) წარმომადგენლობის, როგორც ინსტიტუტის სუბიექტთა უფლება-მოვალეობების რეგულირების საკითხები;

დ) წარმომადგენლობის ინსტიტუტის სახეებისა და დარგობრივი ფორმების დაყოფადობის საკითხი.

ქართული მოდელის ერთ-ერთ თავისებურებას წარმოადგენს მინდობილობასა და დავალებას შორის მკაფიო სამართლებრივი ზღვრის არარსებობა. ტერმინოლოგიური შესაბამისობის საკითხი პრობლემური ხასიათით სანოტარო სამართლის მარეგულირებელი კანონმდებლობის მაგალითზე შეგვიძლია წარმოვადგინოთ. „სანოტარო მოქმედებათა შესრულების წესის შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის №71-ე ბრძანების 28-ე მუხლის დასახელებაა: სანოტარო მოქმედების შესრულება მინდობილობის (რწმუნებულების, დავალების

29 ცვაიგერტი, ვ., კოტცი, ვ. (2001). შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში. მე-2 ტომი, თბილისი: „ჯისიაი“, გვ. 8-9.

30 დამატებით იხ. თუმანიშვილი, გ. გ. (2012). გარიგებები (სამართლებრივი ბუნება და ნორმატიული რეგულირება), თბილისი: ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 86.

31 შუად. კერესელიძე, დ. (2009). კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ. 401-402.

32 ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი: „სამართალი“, გვ. 424-425.

33 იქვე.

34 პაპიძე, ნ., (2021). წარმომადგენლობის ნამდვილობის წინაპირობები. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №7, გვ. 24-25.



ხელშეკრულების) საფუძველზე.<sup>35</sup> დავაკვირდეთ დასახელებას და მივუბრუნდეთ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 103-ე მუხლის პირველი ნაწილის მეორე წინადადებას: წარმომადგენლის უფლებამოსილება ან კანონიდან გამომდინარეობს, ანდა წარმოიშობა დავალების (მინდობილობის) საფუძველზე. საინტერესოა, თუ რატომ მოიაზრებს მინდობილობა რწმუნებულებისა და დავალების ხელშეკრულების საკითხს სანოტარო კანონმდებლობაში, როდესაც საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში კანონმდებელი დავალების ხელშეკრულებას ანიჭებს მითითების უპირატესობას, ხოლო ფრჩხილებში უთითებს მინდობილობის საფუძველს.<sup>36</sup> საინტერესოა, ეს თავისებურებაა თუ საკანონმდებლო ხარვეზი? №71-ე ბრძანების 28-ე მუხლის რეგულირებითი ხასიათი მინდობილობისა და დავალების ურთიერთმიმართების საკითხს კონკრეტულ მნიშვნელობას არ ანიჭებს და აღნიშნულ საკითხს მხოლოდ საჯარო<sup>37</sup> და კერძო სანოტარო აქტის<sup>38</sup> შედგენის თავისებურებით მიჯნავს.<sup>39</sup> განსხვავებით დასახელებული ბრძანებისგან, „ნოტარიატის შესახებ“ საქართველოს კანონი საერთოდ არ უთი-

თებს დავალებისა და მინდობილობის საკითხს, არამედ მოიაზრებს ამ უკანასკნელს ზოგადი ანდა სხვა სახის სანოტარო მოქმედების ფარგლებში.<sup>40</sup>

შესაფასებელია, აღნიშნულ კომპლექსურ საკითხთან დაკავშირებით რა ძირითადი მიდგომებია ჩამოყალიბებული სამოსამართლო პრაქტიკაში. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების მინიჭება და დავალების ხელშეკრულების დადება – ეს ორი ერთმანეთისგან დამოუკიდებელი სამართალურთიერთობაა.<sup>41</sup> სასამართლო აღნიშნავს, რომ მინდობილობა, რომლითაც დასტურდება წარმომადგენლობა, მეტად განსხვავდება დავალების ხელშეკრულებისგან, ვინაიდან, პრაქტიკული თვალსაზრისით, ეს უკანასკნელი არეგულირებს წარმომადგენელსა და წარმოდგენილს შორის ურთიერთობას, მაშინ, როდესაც მინდობილობა მიმართულია სამართლებრივი ურთიერთობის უზრუნველყოფად წარმოდგენილსა და მესამე პირს შორის.<sup>42</sup> ე.ი. მინდობილობის ადრესატია მესამე პირი და ემსახურება მის წინაშე წარმომადგენლის უფლებამოსილების დადასტურებას. სასამართლო მკაფიო ზღვარს ავლებს ამ ორ ინსტიტუტს შორის და წინა პლანზე გამოაქვს ის მთავარი განმასხვავებელი ნიშნები, რომლითაც დგება საბოლოო საკანონმდებლო ჩარჩო ამ ორი სამართლებრივი ფორმის გასამიჯნად, კერძოდ, აღნიშნული განმარტებით, დავალების ხელშეკრულება მიეკუთვნება იმ ხელშეკრულებათა ტიპს, სადაც მხარეებად წარმოდგენილნი არიან: ერთი მხრივ, მარწმუნებელი (დავალების მიმცემი), იგივე კრედიტორი, ხოლო მეორე მხრივ, რწმუნებული, რომელიც კისრულობს დავალებული ქმედების განხორციელებას და მოვალის

35 სანოტარო წესთან დაკავშირებით შეად. ტეტლოშვილი, ბ., (2022). სამისდღეშიო რჩენის ხელშეკრულება – წარმოშობის საფუძვლები და მხარეთა უფლება-მოვალეობანი (საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიმართება მისი მოწესრიგების თანამედროვე ტენდენციებთან). თბილისი: „გეორგია“, გვ. 210-211.

36 იხ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (1997). ცნება. მუხლი 103. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=118>> [ბოლო წვდომა: 25.11.2022].

37 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის №71-ე ბრძანება „სანოტარო მოქმედებათა შესრულების წესის შესახებ“ ინსტრუქციის დამტკიცების თაობაზე (2010). 28-ე მუხლის პირველი პუნქტი. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე.

38 იქვე, მე-3 პუნქტი.

39 იხ. ლეონიძე, ი., (2021). მედიატორი ნოტარიუსის სამოქალაქო პასუხისმგებლობა სანოტარო სამართალში (საკანონმდებლო რეგულირება და ინსტიტუციური გამოწვევები). საქართველოს ეროვნული უნივერსიტეტის საერთაშორისო სტუდენტური სამეცნიერო კონფერენციის მოხსენებათა ჟურნალი „სუ და მეცნიერება“, გვ. 279-283.

40 საქართველოს კანონი „ნოტარიატის შესახებ“ (2009). 38-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ა“ პუნქტი და მუხლის მე-2 ნაწილი. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე.

41 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2006 წლის 8 სექტემბერის გადაწყვეტილება №ას-39-486-06.

42 იქვე.

როლში გვევლინება. ასეთი ურთიერთობის საგანი კი შესაძლებელია როგორც იურიდიული, ისე ფაქტობრივი ქმედებების განხორციელებაც იყოს, რაზედაც შეიძლება გაიცეს მინდობილობა, ან საერთოდ არ გაიცეს. ამ შემთხვევაში, ცხადია, რომ მინდობილობა შეიძლება მხოლოდ საფუძველი იყოს დავალების ხელშეკრულებით წარმოშობილი ურთიერთობის არსებობისა, მაგრამ არ გაუტოლდება თავად ამ ურთიერთობას. სწორედ ამიტომაც, რომ დოქტრინალურადაც დავალების ხელშეკრულებისა (სკ-ის 720-721) და უფლებამოსილების (სკ-ის 109) შეწყვეტის საფუძვლები კოდექსის სხვადასხვა ნორმით რეგულირდება, რამაც, წესით, თავიდან უნდა აგვარიდოს პრაქტიკაში მსგავსი ბუნდოვანებებისა და გაურკვევლობის არსებობა. უფრო კონკრეტულად ამ და სხვა საკითხებს ნაშრომის მესამე თავში შევხებით.

წარმომადგენლობა ქართულ სამართლებრივ სისტემაში ინსტიტუტის შემადგენელი ცალკეული ნაწილის თვალსაზრისით ეხმიანება ბროკერის, შუამავლის, კომისიონერისა და ნების გადამტანი მოქმედებების შემცველ სხვა პირებს/ინსტიტუტებს, თუმცა მსგავსების მიუხედავად, მათი იურიდიული ბუნება და სამართლებრივი შედეგები განსხვავებულია. კანონიერ წარმომადგენლობას შესაძლოა ვუწოდოთ სავალდებულო წარმომადგენლობა, ხოლო სახელშეკრულებო წარმომადგენლობას – ნებაყოფლობითი,<sup>43</sup> საგულისხმოა, რომ ინგლისურ-ამერიკული სამართლის სისტემა კანონისმიერ წარმომადგენლობას იმ ფორმით, რა ფორმითაც კონტინენტური სამართლის სახელმწიფოები აღიარებენ, დოგმატური თვალსაზრისით არ ადგენს. სავალდებულო და ნებაყოფლობითი ფორმის მქონე დაყოფა, როგორც დაყოფის კრიტერიუმი საკანონმდებლო რეგულირების ხასიათიდან გამომდინარეობს. მაგალითად,

ქართულ სამართალში სანოტარო მედიაციის სავალდებულო და ნებაყოფლობით სახეობად დაყოფას ასევე, მარეგულირებელი ნორმის ფორმა და ხასიათი განაპირობებს. წარმომადგენლობის ინსტიტუტს კანონმდებელი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში შემდეგი ნუმერაციითა და დასახელებით ადგენს:

- მუხლი 103. ცნება;
- მუხლი 104. გარიგების შედეგების ადრესატი წარმომადგენლობისას;
- მუხლი 105. წარმომადგენლის შეზღუდული ქმედუნარიანობა;
- მუხლი 106. ნების გამოვლენის ნაკლი წარმომადგენლობისას
- მუხლი 107. წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება;
- მუხლი 108. შეტყობინების ვალდებულება უფლებამოსილების შეცვლისას;
- მუხლი 109. წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების შეწყვეტის საფუძვლები;
- მუხლი 110. წარმომადგენლის ვალდებულება უფლებამოსილების გაქარწყლებისას;
- მუხლი 111. გარიგების დადება წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების გარეშე;
- მუხლი 112. ხელშეკრულებაზე უარის უფლება
- მუხლი 113. წარმომადგენლის ვალდებულება წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ნაკლის არსებობისას;
- მუხლი 114. საკუთარ თავთან გარიგების დადების დაუშვებლობა.

## 2.2. გერმანული სამართლებრივი სისტემა

გერმანული სამართლებრივი სისტემა ჩამოყალიბებისა და განვითარების ისტორიით, ერთი მხრივ, დაშლილი სახელმწიფოებრივი წარმონაქმნიდან გერმანიის იმპერიამდე, იმპერიიდან ვაიმარის რეს-

43 შუად. ერქვანია, თ., (2012). მესამე პირთა ინტერესების დაცვა წარმომადგენლობაში (საქართველოსა და გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით). მართლმსაჯულება და კანონი, №3(34), 38-39.

პუბლიკამდე, ვაიმარის რესპუბლიკიდან ნაციონალ-სოციალისტურ გერმანიამდე და მის შემდგომ, დღემდე, ხოლო მეორე მხრივ, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სახელმწიფოებრივი მართლწესრიგის პირობებში, აყალიბებს წარმომადგენლობის ინსტიტუტის მრავალსაუკუნოვან ისტორიას.<sup>44</sup> გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის პირველი წიგნის მე-3 ნაწილის მე-5 კარი არეგულირებს წარმომადგენლობისა და მინდობილობის საკითხს.<sup>45</sup> დასაშვებად მივიჩნევთ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში<sup>46</sup> წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ნუმერაციისა და დასახელების მითითებას:

- **პარაგრაფი 164.** წარმომადგენლის მიერ გაკეთებული განცხადების სამართლებრივი ძალა;
- **პარაგრაფი 165.** შეზღუდული ქმედუნარიანობის მქონე წარმომადგენელი;
- **პარაგრაფი 166.** ნების ნაკლი; სავარაუდო ცოდნა;
- **პარაგრაფი 167.** მინდობილობის გაცემა;
- **პარაგრაფი 168.** მინდობილობის გაუქმება;
- **პარაგრაფი 169.** რწმუნებულისა და მმართველი პარტნიორის მინდობილობა;
- **პარაგრაფი 170.** მინდობილობის მოქმედების ვადა;
- **პარაგრაფი 171.** მოქმედების ვადა საჯაროდ გამოცხადების შემთხვევაში;
- **პარაგრაფი 172.** მინდობილობის დოკუმენტი;
- **პარაგრაფი 173.** მოქმედების ვადა, როდესაც პირმა იცოდა ან უნდა სცოდნოდა მინდობილობის გაუქმების შესახებ;
- **პარაგრაფი 174.** უფლებამოსილი პირის ცალმხრივი გარიგება;

- **პარაგრაფი 175.** მინდობილობის დოკუმენტის დაბრუნება;
- **პარაგრაფი 176.** მინდობილობის დოკუმენტის ძალადაკარგულად გამოცხადება;
- **პარაგრაფი 177.** ხელშეკრულების დადება არაუფლებამოსილი წარმომადგენლის მეშვეობით;
- **პარაგრაფი 178.** მეორე მხარის მიერ ხელშეკრულებაზე უარის უფლება;
- **პარაგრაფი 179.** წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების არმქონე წარმომადგენლის პასუხისმგებლობა;
- **პარაგრაფი 180.** ცალმხრივი გარიგება
- **პარაგრაფი 181.** თავის თავთან დადებული გარიგება.

ნორმათა მოცულობისა და განსახილველი საკითხის მნიშვნელობის თვალსაზრისით გერმანული სამართლებრივი სისტემა წარმომადგენლობის ინსტიტუტს მკაფიოდ, ფართოდ და საკითხის შინაარსობრივი ასპექტების განუყოფლად მიუთითებს.<sup>47</sup> ეს საკითხი ზუსტი და სრულყოფილი საკანონმდებლო მოწესრიგებით ხასიათდება, რაც გულისხმობს, რომ გერმანულ სამართლებრივ სისტემაში წარმომადგენლობა, უპირველესად, დასაშვები უნდა იყოს იმ სამართლებრივ ურთიერთობაში,<sup>48</sup> რომელშიც ვლინდება წარმომადგენლის ნება სხვა პირის სახელით და წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ფარგლებში.<sup>49</sup>

განვიხილოთ პრაქტიკული მაგალითი. გერმანიის ფედერალური სასამართლოს ერთ-ერთ საქმეში სხვა პირის eBay ანგარიშის გამოყენებით, ხელშეკრულების დადებისკენ მიმართული თანხმობისას, ონლაინ

44 Pieck, M., (1996). A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. *Journal of Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 3, Issue 1, 115-116.

45 Markesinis, B. S., Unberath, H., Johnston, A. (2006). *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, 2nd ed., Oxford/Portland, Oregon, 65, 412-413.

46 German Civil Code [BGB].

47 იხ. კროპჰოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, დარჯანია თ., ჭეჭელაშვილი ზ. (მთარგმ.), ჩაჩანიძე ე., დარჯანია თ., თოთლაძე ლ. (რედ.), მე-13 გამოც., თბ., 2014, გვ. 90.

48 იხ. ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი: „სამართალი“, გვ. 421-422.

49 იხ.: პაპიძე, ხ., (2021). წარმომადგენლობის ნამდვილობის წინაპირობები. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №7, გვ. 16; ცხადაძე, ქ., (2016). წარმომადგენლობის ინსტიტუტი ადმინისტრაციულ სამართალში. თბილისი: თსუ-ის გამომცემლობა, გვ. 21-22.

ფორმით გამართულ აუქციონთან დაკავშირებით დადგინდა, რომ სახეზეა სხვისი სახელით მოქმედება, რომელზეც გავრცელდება წარმომადგენლობის წესები.<sup>50</sup>

სხვა საქმეში გაკეთდა დათქმა, რომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, თუ გამყიდველი თავს შეიკავებს მყიდველთან ნებისმიერი კონტაქტისგან და ბოლო ეტაპამდე სახელშეკრულებო მოლაპარაკებებს შუამავალს მიანდობს, მყიდველს გონივრული შეფასებით შეუძლია ივარაუდოს, რომ შუამავალი მოლაპარაკების პროცესში გამყიდველის სახელითა და წარმომადგებლობითი უფლებამოსილებით სარგებლობს.<sup>51</sup> კიდევ ერთ საქმეში აღინიშნა, რომ დამკვიდრებული პრაქტიკის თანახმად, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 164-ე<sup>52</sup> და შემდგომი პარაგრაფების გამოყენება გამოირიცხება წმინდა რეალაქტებთან მიმართებით, მაგალითად, როგორცაა პირდაპირი მფლობელობის შექენა<sup>53</sup> (გარკვეული გამონაკლისის გათვალისწინებით<sup>54</sup>).

### 2.3. რომანული სამართლებრივი სისტემა

საფრანგეთის რევოლუციური ისტორია და შემდგომ, საფრანგეთის იმპერიის ძლევამოსილება არ ყოფილა მხოლოდ პოლიტიკური თვალსაზრისით გამორჩეული,<sup>55</sup> საგულისხმოა საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის შემუშავებისა და როგორც ეროვნული, ისე საზოგადო გავრცელების სულისკვეთება, როგორც სოციალური და სამართლებრივი ურთიერთობების გადანაცვების უნიფიცირებული მოდელი,<sup>56</sup> ახალი წესრიგის დასადგენად. მოქმედებს კოდექ-

სი, რომელიც ადგენს წარმომადგენლობის ინსტიტუტის დამფუძნებელ და უზრუნველყოფ სამართლის ნორმებს.<sup>57</sup>

საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით წარმომადგენლობის ინსტიტუტი გათვალისწინებულია კოდექსისეული რეგულირების ფორმით, 1145-1161-ე მუხლების სახით,<sup>58</sup> სადაც ერთმანეთისგან ინსტიტუციურად არ იმიჯნება ურთიერთობის სამი სუბიექტი, რომელსაც ეწოდება დავალების ურთიერთობა.<sup>59</sup> ორი მხარე და სამი სუბიექტი ინსტიტუციური გააზრებით ერთმანეთისგან გაიმიჯნა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში. ერთი მხრივ, ჩამოყალიბდა წარმოდგენილსა და წარმომადგენელს შორის კონკრეტული შიდა ურთიერთობა, რომელიც აგებულია წარმოდგენილი პირის მიერ წარმომადგენლისათვის მინდობილობის/ უფლებამოსილების მინიჭებაზე, მეორე მხრივ, საგულისხმოა წარმოდგენილსა და მესამე პირს შორის ურთიერთობის სხვა თავისებურებები.

უფლებამოსილების მინიჭება წარმომადგენს აბსტრაქტულ გარიგებას, ხოლო კაუზალური ურთიერთობა არსებობს დავალების ხელშეკრულების ფორმით, როგორც ორმხრივი ხელშეკრულება. კაუზალური ურთიერთობის ბათილობა გავლენას არ ახდენს აბსტრაქტული გარიგების ნამდვილობაზე, რაც აისახა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში, ხოლო საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსში წარმომადგენლობის ინსტიტუტი დავალების ხელშეკრულების ფარგლებში დარეგულირდა, სადაც საკუთარი და სხვისი სახელით დადებულ ხელშეკრულებას კანონმდებელი ერთმანეთისგან განასხვავებს. სხვისი სახელით დადებული – ეს არის წარმომადგენლობა, საკუთარი სა-

50 BGH 11.05.2011 – VIII ZR 289/09.

51 BGH 19.12.2014 – V ZR 194/13.

52 იხ. § 164. წარმომადგენლის მიერ გაკეთებული განცხადების სამართლებრივი ძალა.

53 იხ. BGHZ 8, 132; 16, 263 და § 950 BGB.

54 გამონაკლისია § 854 II BGB.

55 Brown, H., (2007). Napoleon Bonaparte, Political Prodigy, Journal of History Compass. Blackwell Publishing House, №5/4, 1387-1388.

56 Charles Sumner Lobingier, (1918). Napoleon and His Code. Harvard Law Review, Vol. 32, №2, 123-124.

57 Léon Julliot de La Morandière, (1948). The Reform of the French Civil Code. The University of Pennsylvania Law Review, Vol. 97, №1, 1-2.

58 იხ. ინფორმაცია ვებგვერდზე <[https://www.translex.org/601101/\\_/french-civil-code-2016/](https://www.translex.org/601101/_/french-civil-code-2016/)> [ბოლო წვდომა: 25 სექტემბერი, 2022]; ასევე, Code Napoleon of The French Civil Code, William Benning Law Bookseller, 1827.

59 იხ. Fauvarque-Cosson, B., (2014). The French Contract Law Reform in a European Context. Elte Law Journal, №1, გვ. 67.

ხელით დადებული – არა. შედეგად, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით, მინდობილობა მოქცეულია დავალების შინაარსში და არ იმიჯნება ამ უკანასკნელისგან. საფრანგეთის სასამართლოებისთვის მნიშვნელოვან გამოწვევად გადაიქცა 2016 წელს განხორციელებული რეფორმა, რომლის მიზანია 1145-1161 მუხლების შინაარსის გარკვეული ასპექტის ცვლილება.

### 2.4. ინგლისურ-ამერიკული სამართლებრივი სისტემა

ინგლისურ-ამერიკული სამართლებრივი სისტემა წარმომადგენლობის ინსტიტუტის სახესხვაობას ინგლისურ-ამერიკული სამართლის ოჯახის ბუნებისა და ისტორიის საფუძვლებიდან ავითარებს. სწორედ ამიტომ, ამ სისტემის სპეციფიკურობას კონტინენტური სამართლის სისტემისგან განსხვავებული ხასიათი განსაზღვრავს.<sup>60</sup> რომანული სამართლის გავლენა (ცალკეულ სამართლებრივ მექანიზმთან მიმართებით) ინგლისურ საერთო სამართალზე მისი განვითარების ისტორიის განმავლობაში მეტად უმნიშვნელო იყო და არ შეხებია საფუძვლებს.<sup>61</sup>

წარმომადგენლობის ინსტიტუტის სისტემში შედარების თვალსაზრისით ტიპოლოგიური დახასიათებისას ინგლისურ-ამერიკული სამართლებრივი სისტემა კოდიფიცირებულ ნორმებთან ერთად აბსტრაქტულ ცნებებზე ინსტიტუტის დაყრდნობასაც მოერიდა. შესაბამისად, განავითარა წარმომადგენლობის პრაქტიკულ-სამართლებრივი პრეცედენტები და თეზისები,<sup>62</sup> სადაც წარმომადგენლო-

ბა, როგორც კერძო სამართლის ინსტიტუტი, თვითმყოფადი, თვითრეგულირებადი და ჩვეულებითი სამართლის ინსტიტუტია, რომელიც ყველაზე მეტად იზიარებს სამართლის ოჯახების სხვადასხვაობის მკვეთრ ხასიათს. ინგლისურ-ამერიკული სამართლებრივი სისტემის სისტემურობას წარმომადგენლობის პრაქტიკულ-სამართლებრივი გააზრება განაპირობებს. გასათვალისწინებელია ლიბერალურ-კონსტიტუციური სახელმწიფოს სტრუქტურა და ეკონომიკის განვითარება და ურთიერთობათა სამართლებრივი უზრუნველყოფა, მათ შორის, პრაქტიკული მიზნებისთვის. სისტემში შედარებით კონტექსტში საგულისხმოა, თუ რამდენად განიცადა წარმომადგენლობის ინსტიტუტმა ინგლისურ-ამერიკულ სამართლებრივ სისტემაში რეცეფციის პროცესის გავლენა და აისახა თუ არა მასში მისი შედეგები. ერთი მხრივ, ნებაყოფლობითი რეცეფციის პროცესი, რომლის მიხედვით რეცეფცია შესაძლოა სხვადასხვა საერთაშორისო ორგანიზაციის, შეგნებული ან შეუგნებელი დახმარების ნაბიჯი იყოს, დადებითად შესაძლოა შეფასდეს. გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება თავს მოხვეულ პარადიგმას, რომელიც შეიძლება დადებითი შედეგის მომტანი იყოს ან უარყოფითის – ითვლება თავს მოხვეული იმ ქვეყნის მხრიდან, საიდანაც უნდა გადმოვიდეს სამართალი.<sup>63</sup> იძულებითი განხორციელების მაგალითად შეგვიძლია განვიხილოთ იმპერიალისტური სახელმწიფოს პოლიტიკა მისსავე კოლონიაში. მათ შორის კოლონიის ბაზრის გახსნა ცენტრის ნაწარმისთვის, სადაც აისახება ეკონომიკური და სამართლებრივი პარადიგმების თანაფარდობა. აშშ-ში იძულებითი რეცეფციის წინააღმდეგ საერთო აღშფოთება, არა მხოლოდ საკანონმდებლო, არამედ პოლიტიკურ პროცესებში გამოვლინდა. ამერიკულმა სამართალმა შეძლო წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ჩამოყალიბება, ნაწილობრივ ისტორიულ საწყისზე დაფუძნებულ სულისკვეთებაზე. სხვისი და საკუთარი სახელით

60 იხ. ზოიძე, ბ., (2018). ძირითადი უფლებების გავლენა კერძო ავტონომიაზე: კერძო ავტონომიის გაფართოება თუ შეზღუდვა (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიმოხილვა) კრებულში: კერძო ავტონომია, როგორც კერძო სამართლის ფუძემდებლური პრინციპი, ზარანდია, თ., კურზინსკი-სინგერ, ე., თბილისი: თსუ-ის გამომცემლობა, გვ. 93-95.

61 ცვაიგერტი, კ., კოტცი, ჰ. (2001). შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში. თბილისი: „ჯისიაი“, გვ. 200.

62 შეად. MüKo/Schubert, BGB, 7. Aufl., 2015, § 164, Rn. 1.

63 შეად. კროპპოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, დარჯანია თ., ქუჭელაშვილი ზ. (მთარგმ.), ჩაჩანიძე ე., დარჯანია თ., თოთლაძე ლ. (რედ.), მე-13 გამოც., თბ., 2014, § 164, აბზ. 1.

ირაკლი ლეონიძე, მარიამ რუბაშვილი

ირაკლი ლეონიძე, მარიამ რუბაშვილი

წარმომადგენლობა როგორც	ქართული სამართლებრივი სისტემა	გერმანული სამართლებრივი სისტემა	რომანული სამართლებრივი სისტემა	ინგლისურ-ამერიკული სამართლებრივი სისტემა
კერძო სამართლის დამოუკიდებელი ინსტიტუტი	დიახ	დიახ	დიახ	დიახ
რეგულირების კოდექსისმიერი ფორმა	დიახ	დიახ	დიახ	არა
რეცეფციისა და იურიდიული ტრანსპლანტის გავლენა	დიახ	არა / ნაწილობრივ	არა / ნაწილობრივ	დიახ
ორი მხარის (სამი სუბიექტის) გამიჯვნის შესაძლებლობა	დიახ	დიახ	არა	დიახ
კაუზალური და აბსტრაქტული გარიგების ფორმის სხვადასხვაობა	დიახ	დიახ	დიახ	დიახ
ხელშეკრულების ნამდვილობის საფუძველი: პირობა / შემხვედრი დაკმაყოფილება	არა	არა	არა	დიახ
კანონისმიერი წარმომადგენლობის ინსტიტუტი	დიახ	დიახ	დიახ	არა
მინდობილობისა და დავალების ინსტიტუციური განსხვავება	არა	დიახ	არა	დიახ

წარმომადგენლობის დაყოფა ამ სისტემაში არ ჩამოყალიბებულა. არსებობს პრინციპალი ანუ დამკვეთი და აგენტი – პირი, რომელიც დავალებას იღებს, რომ დადოს ხელშეკრულება მესამე პირთან საკუთარი სახელით, თუმცა ანგარიშვალდებულია პრინციპალის წინაშე, სამართლებრივი ურთიერთობა იწოდება, როგორც აგენტირება.

იხ. შემაჯამებელი თეორიული ცხრილი.

### საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებების ანალიზი

თავდაპირველად, განვიხილოთ წარმომადგენლობის ინსტიტუტის მიმართ არსებული სამოსამართლო წარმოდგენები. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში გაზიარებულია წარმომადგენლობის ინსტიტუტის მატერიალური და პროცესუალური

ბუნება. მატერიალური თვალსაზრისით, სასამართლო განმარტავს, რომ „წარმომადგენლობის ინსტიტუტს საფუძველად უდევს კონკრეტული პიხის (ან პიხთა) უფლება სამაჩთღებხივ უხითიეხთობებში წარმომადგინოს სხვა პიხი (ან პიხები) – წარმომადგენლობის უფლებამოსილება.“<sup>64</sup> სასამართლო მიუთითებს, თუ რამდენად მნიშვნელოვანია წარმომადგენლობის ინსტიტუტის საპროცესო მოწესრიგების სისტემური ანალიზი უშუალოდ საქმის მსვლელობისას,<sup>65</sup> ყოველი კონკრეტული პროცესუალური პერსპექტივის გამოსაკვეთად, დაეფუძნოს მატერიალური საფუძვლის არსებითად სწორ განმარტება-მისადაგე-

64 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 27 მარტის №ას-1281-2018 გადაწყვეტილება.

65 შუად. ძლიერიშვილი, ზ., ცერცვაძე, გ., რობაქიძე, ი., სვანაძე, გ., ცერცვაძე, ლ., ჯანაშია, ლ., (2014). სახელშეკრულებო სამართალი (სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისთვის). თბილისი: „მერიდიანი“, გვ. 35.

ბას.<sup>66</sup> ამ გაგებით, მატერიალური საფუძვლის საპროცესო ბუნების გარკვევა მიზნად უნდა ისახავდეს მისი შინაარსის სწორ ინტერპრეტაციას.<sup>67</sup> პროცესუალური თვალსაზრისით, უზენაესი სასამართლო ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში აღნიშნავს, რომ საპროცესო წარმომადგენლობის შემთხვევაში, თუ მხარე საპატიო მიზეზით ვერ ახერხებს სხდომაზე დასწრებას, ეს არ ათავისუფლებს მის წარმომადგენელს იმისგან, რომ ასევე არ დაესწროს სხდომას, თუ მას არ გააჩნია სხდომაზე გამოუცხადებლობის საპატიო მიზეზი.<sup>68</sup> კერძოდ, „ამ საკითხის სხვაგვარად გადაწყვეტა აზრს დაუკარგავდა საპროცესო წარმომადგენლობის ინსტიტუტის არსებობას“.<sup>69</sup> ეს საკითხი ერთგვაროვანი პრაქტიკის დონეზეა გაზიარებული. მეორე მხრივ, სხვა გადაწყვეტილებაში, სასამართლო, წარმომადგენლობის ინსტიტუტის არსებობას იყენებს, როგორც კონკრეტული საკითხის გამორიცხვის საშუალებას პროცესუალური მიზნებისთვის.<sup>70</sup> შესაბამისად, პრაქტიკაში აღიარებულია მოსაზრება იმის შესახებ, რომ ინსტიტუტის მატერიალური საფუძველი და მისი პრაქტიკული გამოვლენა ლოგიკურ თანხვედრაში უნდა იყოს ერთმანეთთან.<sup>71</sup>

66 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 26 მარტის №ას-1178-1098-2017 გადაწყვეტილება.  
 67 შუად. თუმანიშვილი, გ. გ. (2012). გარიგებები (სამართლებრივი ბუნება და ნორმატიული რეგულირება), თბილისი: ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 90-91.  
 68 ეს საკითხი ერთგვაროვანი პრაქტიკის დონეზეა გაზიარებული. იხ. ამ პრაქტიკის შემადგენელი საქმეები: საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 16 დეკემბრის №ას-678-649-2016 გადაწყვეტილება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 25 სექტემბრის №ას-847-847-2018 გადაწყვეტილება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 7 ივნისის №ას-1555-2018 გადაწყვეტილება.  
 69 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 12 ნოემბრის №ას-800-2020 გადაწყვეტილება.  
 70 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 16 მარტის №ას-235-222-2015 გადაწყვეტილება.  
 71 დამატებით იხ. ჭანტურია, ლ., სამოქალაქო სამართალი. ზოგადი ნაწილი კრებულში: ზარა-

სასამართლო, წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ამოქმედებას უკავშირებს კონკრეტულ ურთიერთობას, სადაც ამ ინსტიტუტის დამფუძნებელი ნორმა მხარეთა შორის არსებული ურთიერთობის შესაფასებლად გამოსადეგი სხვა ნორმითაა გამყარებული. ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში მესაკუთრის მიერ საცხოვრებელი ბინის გაყიდვის სურვილის გამოვლენა წარმომადგენლის მეშვეობით, გამყარდა სამოქალაქო კოდექსის 183-ე მუხლის მეორე ნაწილის მეორე წინადადებით,<sup>72</sup> თუმცა სხვა შემთხვევაში, სასამართლო კონკრეტული სამართლებრივი ურთიერთობის მნიშვნელობაზე მიუთითებს,<sup>73</sup> თუ რამდენად მნიშვნელოვანია შესწავლილ იქნას ურთიერთობის ხასიათი და წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ადგილი ამ ურთიერთობაში.<sup>74</sup>

იურიდიული პირის წარმომადგენლობის საკითხისთვის სასამართლო თეორიულად განსაზღვრავს წარმომადგენლის მეშვეობით წარმოების არჩევის მიზნის სამართლებრივ ასპექტებს და ასახელებს შემდეგს: ტექნიკური, ფსიქოლოგიური, ჰუმანიტარული და სტრუქტურული ასპექტები. ჩამოთვლილი ასპექტების შინაარსობრივი განმარტების შემდეგ აღნიშნულია, რომ „სწორედ [იუხიდიური] პიხის ინგეხესების უკეთ დაცვასა და ზემოაღნიშნული მიზნების მიღწევას ემსახურება წარმომადგენლობის ინსტიტუტი“.<sup>75</sup> სხვა გადაწყვეტილებაში აღნიშნა „წარმომადგენლობის პრობლემის“

ნდია, თ. (რედ.), საქართველოს სამოქალაქო სამართლის საფუძვლები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში. თბილისი: თსუ იურიდიული ფაკულტეტი, გვ. 6-7.  
 72 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2005 წლის 23 ივნისის №ას-836-1078-04 გადაწყვეტილება.  
 73 შუად. ოყრეშიძე, გ., (2020). სუბწარმომადგენლობა (სასამართლო პრაქტიკა). შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №10, გვ. 64.  
 74 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2011 წლის 10 ნოემბრის №ას-951-989-2011 გადაწყვეტილება.  
 75 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2019 წლის 19 ივლისის №ბს-917-909(კ-16) გადაწყვეტილება.

შეფასების თავისებურება ერთგულების მოვალეობის ქრილში,<sup>76</sup> რაც გამომდინარეობს „წახმომადგენლობის ახსიდან, ხომედიც წახმომადგენელს ავადღებულებს წახმომადგენელი პიხის ინგეხესებით და ახა პიხადი ინგეხესებით იხედმძღვანედოს“.<sup>77</sup> ე.ი. ფორმალურ დონეზე, წარმომადგენლობის ინსტიტუტის მატერიალური და საპროცესო ბუნება დადებითადაა დახასიათებული სასამართლო პრაქტიკაში, თუმცა სასამართლო განსხვავებულ მსჯელობას ავითარებს წარმომადგენლობის შინაარსთან დაკავშირებით.

შევაფასოთ წარმომადგენლობის ინსტიტუტის რამდენიმე შინაარსობრივი ასპექტი. აღქმადია ის, თუ რამდენად მნიშვნელოვანია უკვე არსებული ნორმა ფაქტობრივი გარემოებების შესაფასებლად, თუნდაც ეს ნორმა იყოს ხარვეზის მქონე. შინაარსობრივი ასპექტის პრობლემათა სიმრავლეს განაპირობებს დავის თავისებურება.<sup>78</sup> სასამართლო ერთ-ერთ საქმეში განმარტავს, რომ კასატორის პრეტენზია, რომლის თანახმად, წარმოდგენილი მინდობილობით ნასყიდობის თანხის აღების უფლებამოსილება არ დასტურდება მისი შინაარსის გათვალისწინებით, არის დაუსაბუთებელი, რადგან ნება გარიგებისმიერი წარმომადგენლობის შესახებ „შეიძლება გაიცეს ჰოგოხც ზეპიხად, ისე წეხიდობით“.<sup>79</sup> ფორმისა და შინაარსის მიმართების საკითხი პრობლემური და აქტუალურია. საკითხავია რა უფრო მნიშვნელოვანია ფორმაში მოქცეული შინაარსი, თუ შინაარსით ნასაზრდოები ფორმა. ამ საკითხს სასამართლო ეხმიანება შემდეგი მსჯელობით: „წახმომადგენლობის თავისებურება იმაში გამოიხატება, რომ

წახმომადგენლის მიეხ თავისი უფლებამოსილების ფაჩღებში დაღებუდი გაჩიგებით უფლებები და მოვადგობები წახმოეშობა მხოლოდ წახმოდგენილ პიხს. ეს განპიხობებუდია იმით, რომ წახმომადგენელი მოქმედებს სხვისი სახელითა და სხვისი ინგეხესებისათვის. წახმომადგენლის გაჩიგება ეს ნების იმგვაჩი გამოვღენაა, ხომდის შედეგადაც წახმოშობიდი უხთიეხთობების სუბიექტები ხდებიან წახმოდგენილი და მესამე პიხი“.<sup>80</sup>

ამდენად, წარმომადგენლობის ინსტიტუტის განმარტების შესახებ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის შეფასებისას აღქმადია, რომ სასამართლოსთვის აქტუალური არ არის წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ტიპოლოგიური დახასიათება, არამედ მნიშვნელობას იძენს ფორმალური, კაზუისტური და კაუზალური დახასიათება,<sup>81</sup> რომელიც ეფუძნება საკითხის შეფასების ფაქტობრივ შემთხვევითობას და სამართლებრივი მსჯელობა, როგორც წესი, არასაყოველთაო ხასიათისაა თეორიაში არსებულ ძირითად პრობლემასთან მიმართებით. შესაბამისად, გადაწყვეტილებათა სიმრავლე, სადაც წარმომადგენლობის საკითხის ცნებისმიერი თუ შინაარსობრივი განხილვაა მოცემული, არ განაპირობებს წარმომადგენლობის ინსტიტუტის შესახებ საერთო ხედვას.

აღნიშნული მსჯელობის საპირწონედ, განვიხილოთ რამდენიმე გადაწყვეტილება ინგლისის სასამართლო პრაქტიკიდან. გაერთიანებული სამეფოს უზენაესი სასამართლოს საქმეში *Lloyd (Respondent) v Google LLC (Appellant)* აღინიშნა პირთა წა-

76 შუად. ოყრეშიძე, გ., (2020). აშკარა წარმომადგენლობა გარიგებაში (სასამართლო პრაქტიკა). შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №10, გვ. 63.

77 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 10 ივნისის №ას-766-766-2018 გადაწყვეტილება.

78 შუად. Ahlgren, C., (2021). Access to Publicly Funded Legal Aid in England & Wales and Sweden – a Comparative Study. Örebro: Örebro Universitet, გვ. 26.

79 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 29 აპრილის №ას-191-2021 გადაწყვეტილება.

80 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 23 ივლისის №ას-124-116-2017 გადაწყვეტილება, ციტირებულია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 5 სექტემბრის №ას-127-124-2011 გადაწყვეტილება.

81 მაგ., იხ. ქავშაია, ნ., (2020). საკუთარი თავისთვის მარწმუნებელი მეგვიდრის სახელით ნივთზე საკუთრების გადაცემის ბათილობა (სასამართლო პრაქტიკა). შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №7, გვ. 71. მითითებულია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2013 წლის 8 ივლისის №ას-543-516-2013 გადაწყვეტილება.



რმომადგენლობის განსაკუთრებული მნიშვნელობა მაშინ, როდესაც პირი ან პირთა ჯგუფი ვერ ახერხებს პროცესზე დასწრებას.<sup>82</sup> სხვა საქმეში, *Cramaso LLP (Appellant) v Ogilvie-Grant, Earl of Seafield and Others (Respondents)* განიმარტა წარმომადგენლობის სამართლებრივი შედეგის სხვადასხვაობა არსებული სადავო ურთიერთობის გათვალისწინებით. შეიძლება ითქვას, რომ ფორმალური წინაპირობა წარმომადგენლობის ინსტიტუტის დასაშვებობის შესახებ დაკმაყოფილებულია, თუმცა შინაარსობრივი ასპექტები განსხვავებულია საქმის განმხილველი სასამართლოს სამართლებრივი შეფასებების მიხედვით, მიუხედავად იმისა, არის თუ არა რაიმე საერთო დავების შინაარსს შორის.

## დასკვნა

კვლევის მიზანი იყო წარმომადგენლობის ტიპოლოგიური დახასიათების ჩამოყალიბება; წარმომადგენლობის, როგორც ქართული კერძო სამართლის ინსტიტუტის სამართლებრივი ბუნებისა და მისი იურიდიული შედეგის მქონე განსაზღვრებების დადგენა. კვლევამ აჩვენა, რომ წარმომადგენლობის ინსტიტუტის საკანონმდებლო რეგულირების თავისებურება, თვისებრიობისა და ბუნებრივობის საკითხიდან გამომდინარე, არის კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების ჰარმონიზაციისა<sup>83</sup> და პრობლემათა გადაწყვეტის ეფექტური მეთოდების შემუშავების ერთ-ერთი მოტივი.

საბოლოოდ, კვლევის საფუძველზე ჩამოყალიბდა შემდეგი დასკვნები:

1. წარმომადგენლობის არსისა და მნიშვნელობის სპეციფიკური თავისებურებების შესახებ რეგულირების

მიმოხილვისას დადგინდა ის სამართლებრივი ჩარჩო, რომელიც გამოიყენება წარმომადგენლობის ფორმების გასამიჯნად.

2. ზოგადსახელშეკრულებო განსხვავებებთან ერთად, განსხვავება გამოიხატა ცალკეული ფორმის ფუნქციონირების საკითხში, როდესაც მხარეთა სოციალური საწყისი იურიდიული შედეგის მქონე ურთიერთობად ყალიბდება.
3. წარმომადგენლობის ინსტიტუტის არსისა და მიზნის გასარკვევად ტიპოლოგიური დახასიათება არის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი სამართლებრივი ასპექტი, რის საფუძველზეც შესაძლოა, დადგინდეს ინსტიტუტის მიზნობრიობა და მისი მოწესრიგების ფორმა.
4. ქართული სამართლისთვის სხვა სამართლებრივი სისტემები გარკვეულწილად წარმომადგენლობის ინსტიტუტის სისტემშედარებითი კონტექსტის დახასიათების საშუალებაა, რომელიც წარმოშობს იურიდიულ შედეგებს სასამართლო პრაქტიკაში ეროვნული კანონმდებლობის, ასევე, ევროკავშირის კანონმდებლობასთან ჰარმონიზაციის ასპექტის გათვალისწინებით.
5. წარმომადგენლობის ინსტიტუტის ტიპოლოგიურმა დახასიათებამ და მისი სამართლებრივი ხასიათის შესწავლამ წარმოაჩინა ამ მიმართულებით დარგობრივი ფორმებისა და სახეების განვითარების აუცილებლობა.

82 The Supreme Court of the United Kingdom, *Lloyd (Respondent) v Google LLC (Appellant)*, გვ. 13.

83 შეად. ქარდავა, ე. (2019). ასოცირების შეთანხმება – სპეციფიკური ნიშან-თვისებების მქონე განსაკუთრებული საერთაშორისო ხელშეკრულება წიგნში: *ჯორბენაძე, ს. (რედაქტორი), სერგო ჯორბენაძე 90, თბილისი: სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის გამომცემლობა*, გვ. 169.

# TYOLOGICAL CHARACTERISTIC OF REPRESENTATION

**Irakli Leonidze**

*Master of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State  
University*

**Mariam Rubashvili**

*4<sup>nd</sup> Year Student of the Bachelor's Program in Law at the Faculty  
of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University*

**KEYWORDS:** Representation, Typology, Problem

## ABSTRACT

One of the forms of realization of the principle of private autonomy in civil law is fiduciary relations. In general, in contemporary law, the institution of representation is the basic cornerstone upon which many legal relationships are built. The importance of the institution increases one or two times in private law, when a person or an organization that, due to the various reasons in legal relations, is unable to represent its interests, starts to act and conduct legal actions through a representative. There are many reasons, however, the legislative is one, about which there are still some question marks, how comprehensive the Georgian legislation provides for the institution of representation, and what is the basic legislative framework, can be used to distinguish between forms of representation. For the development of the doctrine of private law, it is of great importance to bring to the fore the relevance and importance of the institution of representation. And for this, it is appropriate to conduct a study of the theoretical issues of the institute - the way from its historical beginnings to modern times.

The typological characterization of the issue allows identifying problems on such important issues as the function of representation, its essence, its specific features, and signs, and how harmoniously the Georgian legislative framework is compatible with the standards established at the international level. And for this, it is appropriate to conduct a study of the theoretical issues of the institute - the way from its historical beginnings to modern times. The typological

characterization of the issue allows identifying problems on such important issues as the function of representation, its essence, its specific features, and signs, and how harmoniously the Georgian legislative framework is compatible with the standards established at the international level. And for this, it is appropriate to conduct a study of the theoretical issues of the

institute - the way from its historical beginnings to modern times. The typological characterization of the issue allows identifying problems on such important issues as the function of representation, its essence, its specific features, and signs, and how harmoniously the Georgian legislative framework is compatible with the standards established at the international level.

## ბიბლიოგრაფია:

### სამართლებრივი აქტები:

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 1997.
2. საქართველოს კანონი „ნოტარიატის შესახებ“, 2009.
3. საქართველოს იუსტიციის მინისტრის №71-ე ბრძანება „სანოტარო მოქმედებათა შესრულების წესის შესახებ“ ინსტრუქციის დამტკიცების თაობაზე, 2010.

### სამეცნიერო ლიტერატურა:

1. ამირანაშვილი, გ. (2018). გარიგების ფორმის იძულება, როგორც ფორმის თავისუფლების შეზღუდვა. თბილისი: „მერიდიანი“, გვ. 14.
2. ბიჭია, მ. (2016). კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები. თბილისი: „ბონა კაუზა“, გვ. 72.
3. გარიშვილი, მ., ხოფერია, მ. (2010). რომის სამართლის საფუძვლები, თბილისი, გვ. 215.
4. ერქვანია, თ., (2012). მესამე პირთა ინტერესების დაცვა წარმომადგენლობაში (საქართველოსა და გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით). მართლმსაჯულება და კანონი, №3(34), 38-39.
5. ზოიძე, ბ. (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში. თბილისი: საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი, გვ. 184.
6. ზოიძე, ბ., (2019). ევროკავშირთან ასოცირების შეთანხმების ძირითადი გამოწვევები ქართული კერძო სამართლისათვის. კერძო სამართლის მიმოხილვა, №2, გვ. 12-13.
7. თუმანიშვილი, გ. გ. (2012). შესავალი საქართველოს კერძო სამართალში, თბილისი: ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 177.
8. თუმანიშვილი, გ. გ. (2012). გარიგებები (სამართლებრივი ბუნება და ნორმატიული

## BIBLIOGRAPHY:

### Normative Materials:

1. Civil Code of Georgia, 1997.
2. Law of Georgia on Notaries, 2009.
3. Minister of Justice of Georgia Order No71 “On Approval of Instructions for Notarial Act Performance Procedure”, 2010.

### Scientific Literature:

1. Amiranashvili, G. (2018). Compulsion to Form of Transaction as a Limitation of Freedom of Form. Tbilisi: “Meridiani”, p. 14. (In Georgian)
2. Bichia, M. (2016). Legal Obligational Relations. Tbilisi: “Bona Causa”, p. 72. (In Georgian)
3. Garishvili, M., Khoperia, M. (2010). Characteristics of Ancient Rome Law, Tbilisi, p. 215. (In Georgian)
4. Erkvania, T., (2012). Protection of Third Persons’ Interests in Representation (According to the Civil Codes of Georgia and Germany). Justice and Law, №3 (34), pp. 38-39. (In Georgian)
5. Zoidze, B. (2005). Reception of German Property Law in Georgia. Tbilisi: Training Center for Publishing, p. 184. (In Georgian)
6. Zoidze, B., (2019). The Main Challenges of the Association on Agreement with the European Union for Georgian Private Law. Private Law Review, №2, pp. 12-13. (In Georgian)
7. Tumanishvili, G. G. (2012). Introduction to Private Law of Georgia, Tbilisi: Ilia State University Press, p. 177. (In Georgian)
8. Tumanishvili, G. G. (2012). Deals (Legal Nature and Normative Regulation), Tbilisi: Ilia State University Press, pp. 86, 90-91. (In Georgian)
9. Kereselidze, D. (2009). General Concepts of

- რეგულირება), თბილისი: ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 86, 90-91.
9. კერესელიძე, დ. (2009). კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები. თბილისი: ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, გვ. 401-402.
  10. კროპჰოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, დარჯანია თ., ქეჭელაშვილი ზ. (მთარგმ.), ჩაჩანიძე ე., დარჯანია თ., თოთლაძე ლ. (რედ.), მე-13 გამოც., თბ., 2014, § 164, აბზ. 1.
  11. მაისურაძე, დ., დარჯანია, თ., პაპუაშვილი, შ. (2017). სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი ნაწილი (კაზუსების კრებული), თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 83-84, 89.
  12. მეტრეველი, ვ. (2013). რომის სამართალი (საფუძვლები), თბილისი, გვ. 9-10, 50.
  13. ოპერმანი, თ., კლასენი კ. დ., ნეთესჰაიმი მ., (2021). ევროპული სამართალი (სასწავლო სახელმძღვანელო), თარგმანი, თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 712-713.
  14. პაპიძე, ხ., (2021). წარმომადგენლობის ნამდვილობის წინაპირობები. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №7, გვ. 16, 24-25.
  15. რუსიაშვილი, გ., (2021). კოლუზია და წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, №6, გვ. 1-2.
  16. სურგულაძე, ნ. (2002) იუსტინიანეს ინსტიტუციები (ლათინურიდან თარგმანი, წინასიტყვაობა, შენიშვნები და საძიებელი). თბილისი, გვ. 193.
  17. ტეტელოშვილი, ბ., (2022). სამისდღეშიორჩენის ხელშეკრულება - წარმოშობის საფუძვლები და მხარეთა უფლება-მოვალეობანი (საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიმართება მისი მოწესრიგების თანამედროვე ტენდენციებთან). თბილისი: „გეორგიკა“, გვ. 210-211.
  18. ქარდავა, ე. (2019). ასოცირების შეთანხმება - სპეციფიკური ნიშან-თვისებების მქონე განსაკუთრებული საერთაშორისო ხელშეკრულება წიგნში: ჯორბენაძე, ს. (რედაქტორი), სერგო ჯორბენაძე 90, თბილისი: სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 169.
  19. ქიუზი, ტ., (2019). შედარებითი სამართლის მნიშვნელობა საქართველოსთვის. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული Private Law. Tbilisi: Institute of European and Comparative Law Press, pp. 401-402. (In Georgian)
  10. Kropholler. I. (2014). The German Civil Code, Teaching Commentary, Chachanidze E., Darjania T., Totladze L. (eds.), 13rd ed., Tbilisi: GIZ, § 164, 1. (In Georgian)
  11. Maisuradze, D., Darjania, T., Papuashvili, Sh. (2017). Case Book Civil Code General Part. Tbilisi: GIZ, pp. 83-84, 89. (In Georgian)
  12. Metreveli, V. (2013). Roman Law (Fundamentals), Tbilisi, pp. 9-10, 50. (In Georgian)
  13. Oppermann, Th., Classen C. D., Nettesheim M., (2021). Europarecht Ein Studienbuch, Tbilisi: GIZ, pp. 712-713. (In Georgian)
  14. Papidze, Kh., (2021). Legal Fundamentals of the Representation. Georgian-German Journal of Comparative Law, №7, pp. 16, 24-25. (In Georgian)
  15. Rusiashvili, G., (2021). Collusion and Abuse of Representative Authority. Georgian-German Journal of Comparative Law, №6, pp. 1-2. (In Georgian)
  16. Surguladze, N. (2002) Corpus Iuris Civilis. Tbilisi, p. 193. (In Georgian)
  17. Teteloshvili, B., (2022). The Lifetime Annuity Contract - Its Basics of Origin and the Rights and Obligations of the Parties (The Attitude of the Civil Code of Georgia to the Modern Trends in its Regulation). Tbilisi: „Georgika“, pp. 210-211. (In Georgian)
  18. Kardava, E. (2019). Association Agreement - a Special International Agreement with Specific Characteristics in the Book: Jorbenadze, S. (ed.), Sergo Jorbenadze 90, Tbilisi: Sulxan-Saba Orbeliani University Press, p. 169. (In Georgian)
  19. Qiuzi, T., (2019). Importance of Comparative Law for Georgia. Georgian-German Journal of Comparative Law, №2, pp. 2, 7. (In Georgian)
  20. Kandashvili, I. (2018). Judicial and Non-judicial Forms of Alternative Dispute Resolution on the Example of Mediation in Georgia. Tbilisi: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, p. 223. (In Georgian)
  21. Kandashvili, I. (2020). Mediation (Effective Alternative Dispute Resolution), Tbilisi, pp. 188-189. (In Georgian)
  22. Zweigert, K., Kitz, H. (2001). An Introduction to Comparative Law in the Private Law. 1st ed., Tbilisi: "GCI", pp. 10, 200. (In Georgian)
  23. Zweigert, K., Kitz, H. (2001). An Introduction

- ჟურნალი, №2, 2, 7.
20. ყანდაშვილი, ი. (2018). საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები. თბილისი: თსუ-ის გამომცემლობა, გვ. 223.
  21. ყანდაშვილი, ი. (2020). მედიაცია (დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული გადაწყვეტა), თბილისი, გვ. 188-189.
  22. ცვაიგერტი, კ., კოტცი, ჰ. (2001). შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში. თბილისი: „ჯისიანი“, გვ. 10, 200.
  23. ცვაიგერტი, კ., კოტცი, ჰ. (2001). შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში. მე-2 ტომი, თბილისი: „ჯისიანი“, გვ. 8-9.
  24. ცხადაძე, ქ., (2012). წარმომადგენლობის ინსტიტუტის საჭიროება ადმინისტრაციულ სამართალში. სამართლის ჟურნალი, №1, 294.
  25. ცხადაძე, ქ., (2016). წარმომადგენლობის ინსტიტუტი ადმინისტრაციულ სამართალში. თბილისი: თსუ-ის გამომცემლობა, გვ. 21-22.
  26. ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი. თბილისი: „სამართალი“, გვ. 421-422, 424-425.
  27. ჯორბენაძე, ს. (2017). 103-ე მუხლის კომენტარი წიგნში: ჭანტურია, ლ. (რედაქტორი), საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, გვ. 590-591.
  28. Brown, H., (2007). Napoleon Bonaparte, Political Prodigy, Journal of History Compass. Blackwell Publishing House, №5/4, 1387-1388.
  29. Charles Sumner Lobingier, (1918). Napoleon and His Code. Harvard Law Review, Vol. 32, №2, 123-124.
  30. Fauvarque-Cosson, B., (2014). The French Contract Law Reform in a European Context. Elte Law Journal, №1, გვ. 67.
  31. Léon Julliot de La Morandière, (1948). The Reform of the French Civil Code. The University of Pennsylvania Law Review, Vol. 97, №1, 1-2.
  32. Markesinis, B. S., Unberath, H., Johnston, A. (2006). The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 2nd ed., Oxford/Portland, Oregon, pp. 65, 412-413.
  33. MüKo/Schubert, BGB, 7. Aufl., 2015, § 164, Rn. 1 (in German).
  34. Pieck, M., (1996). A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. Journal of Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 3, Issue 1, pp. 115-116.
  24. Tskhadadze, K., (2012). The Need for the Institution of Representation in Administrative Law. "Journal of Law", №1, p. 294. (In Georgian)
  25. Tskhadadze, K., (2016). Institute of Representation in Administrative Law. Tbilisi: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, pp. 21-22. (In Georgian)
  26. Chanturia, L., (2011). General Part of Civil Law. Tbilisi: "Law", pp. 421-422, 424-425. (In Georgian)
  27. Jorbenadze, S. (2017). Commentary on Article 103 in the Book: Chanturia, L. (ed.), Commentary on the Civil Code of Georgia, Book I, Tbilisi, pp. 590-591. (In Georgian)
  28. Brown, H., (2007). Napoleon Bonaparte, Political Prodigy, Journal of History Compass. Blackwell Publishing House, №5/4, pp. 1387-1388.
  29. Charles Sumner Lobingier, (1918). Napoleon and His Code. Harvard Law Review, Vol. 32, №2, pp. 123-124.
  30. Fauvarque-Cosson, B., (2014). The French Contract Law Reform in a European Context. Elte Law Journal, №1, p. 67.
  31. Léon Julliot de La Morandière, (1948). The Reform of the French Civil Code. The University of Pennsylvania Law Review, Vol. 97, №1, pp. 1-2.
  32. Markesinis, B. S., Unberath, H., Johnston, A. (2006). The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 2nd ed., Oxford/Portland, Oregon, pp. 65, 412-413.
  33. MüKo/Schubert, BGB, 7. Aufl., 2015, § 164, Rn. 1 (in German).
  34. Pieck, M., (1996). A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. Journal of Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 3, Issue 1, pp. 115-116.

**სასამართლო გადაწყვეტილებები:**

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 23 ივლისის №ას-124-116-2017 გადაწყვეტილება.
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 12 ნოემბრის №ას-800-2020 გადაწყვეტილება.
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 27 მარტის №ას-1281-2018 გადაწყვეტილება.
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 26 მარტის №ას-1178-1098-2017 გადაწყვეტილება.
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 7 ივნისის №ას-1555-2018 გადაწყვეტილება.
6. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 10 ივნისის №ას-766-766-2018 გადაწყვეტილება.
7. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2019 წლის 19 ივლისის №ბს-917-909(კ-16) გადაწყვეტილება.
8. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 25 სექტემბრის №ას-847-847-2018 გადაწყვეტილება.
9. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 16 დეკემბრის №ას-678-649-2016 გადაწყვეტილება.
10. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 16 მარტის №ას-235-222-2015 გადაწყვეტილება.
11. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2011 წლის 10 ნოემბრის №ას-951-989-2011 გადაწყვეტილება.
12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკორტრების საქმეთა პალატის 2005 წლის 23 ივნისის №ას-836-1078-04 გადაწყვეტილება.
13. BGH 11.05.2011 - VIII ZR 289/09.
14. BGH 19.12.2014 - V ZR 194/13.
15. The Supreme Court of the United Kingdom, Cramaso LLP (Appellant) v Ogilvie-Grant, Earl of Seafield and Others (Respondents).
16. The Supreme Court of the United Kingdom, Lloyd (Respondent) v Google LLC (Appellant).

**Court Decisions:**

1. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-124-116-2017, Dated 23 July 2020. (In Georgian)
2. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-800-2020, Dated 12 November 2020. (In Georgian)
3. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1281-2018, Dated 27 March 2019. (In Georgian)
4. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1178-1098-2017, Dated 26 March 2019. (In Georgian)
5. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1555-2018, Dated 7 June 2019. (In Georgian)
6. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-766-766-2018, Dated 10 June 2019. (In Georgian)
7. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-917-909(k-16), Dated 19 July 2019. (In Georgian)
8. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-847-847-2018, Dated 25 September 2018. (In Georgian)
9. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-678-649-2016, Dated 16 December 2016. (In Georgian)
10. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-235-222-2015, Dated 16 March 2015. (In Georgian)
11. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-951-989-2011, Dated 10 November 2011. (In Georgian)
12. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-836-1078-04, Dated 23 June 2005. (In Georgian)
13. BGH 11.05.2011 - VIII ZR 289/09.
14. BGH 19.12.2014 - V ZR 194/13.
15. The Supreme Court of the United Kingdom, Cramaso LLP (Appellant) v Ogilvie-Grant, Earl of Seafield and Others (Respondents).
16. The Supreme Court of the United Kingdom, Lloyd (Respondent) v Google LLC (Appellant).

**NOTES:**

1. Qiuzi, T., (2019). Importance of Comparative Law for Georgia. *Georgian-German Journal of Comparative Law*, №2, p. 7. (In Georgian)
2. Jorbenadze, S. (2017). Commentary on Article 103 in the Book: Chanturia, L. (ed.), *Commentary on the Civil Code of Georgia*, Book I, Tbilisi, p. 590. (In Georgian)
3. Zweigert, K., Kitz, H. (2001). *An Introduction to Comparative Law in the Private Law*. 1st ed., Tbilisi: "GCI", p. 10. (In Georgian)
4. Aleksandre Kazbegi, "Khevisberi Gotcha". (In Georgian)
5. Vazha Pshavela, "Bakhrioni". (In Georgian)
6. Kandashvili, I. (2018). *Judicial and Non-judicial Forms of Alternative Dispute Resolution on the Example of Mediation in Georgia*. Tbilisi: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, p. 223. (In Georgian)
7. During the period of Guria's speeches in 1905, the Georgian intelligentsia stood as a representative and guarantor of the rebels in order to intercede with the Russian Empire in order to deport them or take other repressive measures. See Lortkifanidze, M., et al. (2012). *History of Georgia in Four Volumes (Georgia in the 19th - 20th Centuries)*, Tbilisi: "Palitra L", pp. 114-115. (In Georgian)
8. Papidze, Kh., (2021). *Legal Fundamentals of the Representation*. *Georgian-German Journal of Comparative Law*, №7, pp. 16. (In Georgian)
9. Tskhadadze, K., (2012). The Need for the Institution of Representation in Administrative Law. "Journal of Law", №1, p. 294. (In Georgian)
10. Ibid.
11. Jorbenadze, S. (2017). Commentary on Article 103 in the Book: Chanturia, L. (ed.), *Commentary on the Civil Code of Georgia*, Book I, Tbilisi, pp. 590-591. (In Georgian)
12. Maisuradze, D., Darjania, T., Papuashvili, Sh. (2017). *Case Book Civil Code General Part*. Tbilisi: GIZ, pp. 83-84. (In Georgian)
13. Ibid, p. 89.
14. Kandashvili, I. (2020). *Mediation (Effective Alternative Dispute Resolution)*, Tbilisi, pp. 188-189. (In Georgian)
15. Oppermann, Th., Classen C. D., Nettesheim M., (2021). *Europarecht Ein Studienbuch*, Tbilisi: GIZ, pp. 712-713. (In Georgian)
16. Zoidze, B., (2019). The Main Challenges of the Association on Agreement with the European Union for Georgian Private Law. *Private Law Review*, №2, p. 12. (In Georgian)
17. Ibid, p. 13.
18. Comp. Kereselidze, D. (2009). *General Concepts of Private Law*. Tbilisi: Institute of European and Comparative Law Press, pp. 401-402. (In Georgian)
19. Rusiashvili, G., (2021). Collusion and Abuse of Representative Authority. *Georgian-German Journal of Comparative Law*, №6, pp. 1-2. (In Georgian)
20. Zoidze, B. (2005). *Reception of German Property Law in Georgia*. Tbilisi: Training Center for Publishing, p. 184. (In Georgian)
21. Metreveli, V. (2013). *Roman Law (Fundamentals)*, Tbilisi, pp. 9-10. (In Georgian)
22. Qiuzi, T., (2019). Importance of Comparative Law for Georgia. *Georgian-German Journal of Comparative Law*, №2, p. 2. (In Georgian)
23. Metreveli, V. (2013). *Roman Law (Fundamentals)*, Tbilisi, p. 50. (In Georgian)

24. Amiranashvili, G. (2018). Compulsion to Form of Transaction as a Limitation of Freedom of Form. Tbilisi: "Meridiani", p. 14. (In Georgian)
25. Garishvili, M., Khoperia, M. (2010). Characteristics of Ancient Rome Law, Tbilisi, p. 215. (In Georgian) Also, Comp. Bichia, M. (2016). Legal Obligational Relations. Tbilisi: "Bona Causa", p. 72. (In Georgian)
26. Surguladze, N. (2002) Corpus Iuris Civilis. Tbilisi, p. 193. (In Georgian)
27. See. Maisuradze, D., Sulkhanishvili, E., Vashakidze, G. (2018). EU Private Law - Decisions and Materials, Consumer Protection law, Labor Law, Corporate Law, Competition Law. Part One, Tbilisi: Society for International Cooperation of Germany, pp. 26-28.
28. Tumanishvili, G. G. (2012). Introduction to Private Law of Georgia, Tbilisi: Ilia State University Press, p. 177. (In Georgian)
29. Zweigert, K., Kötz, H. (2001). An Introduction to Comparative Law in the Private Law. 2nd ed., Tbilisi: "GCI", pp. 8-9. (In Georgian)
30. Tumanishvili, G. G. (2012). Deals (Legal Nature and Normative Regulation), Tbilisi: Ilia State University Press, pp. 86, 90-91. (In Georgian)
31. Comp. Kereselidze, D. (2009). General Concepts of Private Law. Tbilisi: Institute of European and Comparative Law Press, pp. 401-402. (In Georgian)
32. Chanturia, L., (2011). General Part of Civil Law. Tbilisi: "Law", pp. 424-425. (In Georgian)
33. Ibid.
34. Papidze, Kh., (2021). Legal Fundamentals of the Representation. Georgian-German Journal of Comparative Law, №7, pp. 24-25. (In Georgian)
35. Comp. Teteloshvili, B., (2022). The Lifetime Annuity Contract - Its Basics of Origin and the Rights and Obligations of the Parties (The Attitude of the Civil Code of Georgia to the Modern Trends in its Regulation). Tbilisi: „Georgika“, pp. 210-211. (In Georgian)
36. Civil Code of Georgia, 1997, Article 103. (In Georgian)
37. Minister of Justice of Georgia Order №71 "On Approval of Instructions for Notarial Act Performannce Procedure", 2010, Article 28, Part 2. (In Georgian)
38. Ibid, Part 3. (In Georgian)
39. See. Leonidze, I., (2021). Civil Liability of the Notary Mediator in Notarial Law (Legal Regulations and Institutional Challenges). Journal of Georgian National University SEU International Student Scientific Conference Papers: "Seu & Science", pp. 279-283. (In Georgian)
40. Law of Georgia on Notaries, 2009, Article 38, Part 1 "a". (In Georgian)
41. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-39-486-06, Dated 8 September 2006. (In Georgian)
42. Ibid.
43. See. Erkvania, T., (2012). Protection of Third Persons' Interests in Representation (According to the Civil Codes of Georgia and Germany). "Justice and Law", №3 (34), pp. 38-39. (In Georgian)
44. Pieck, M., (1996). A Study of the Significant Aspects of German Contract Law. Journal of Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 3, Issue 1, pp. 115-116.
45. Markesinis, B. S., Unberath, H., Johnston, A. (2006). The German Law of Contract, A Comparative Treatise, 2nd ed., Oxford/Portland, Oregon, pp. 65, 412-413.
46. German Civil Code [BGB].
47. Kropholler. I. (2014). The German Civil Code, Teaching Commentary,



- Chachanidze E., Darjania T., Totladze L. (eds.), 13rd ed., Tbilisi: GIZ, p. 90, § 164, 1. (In Georgian)
48. Chanturia, L., (2011). General Part of Civil Law. Tbilisi: "Law", pp. 421-422. (In Georgian)
49. See: Papidze, Kh., (2021). Legal Fundamentals of the Representation. Georgian-German Journal of Comparative Law, №7, p. 16 (in Georgian); Tskhadadze, K., (2016). Institute of Representation in Administrative Law. Tbilisi: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, pp. 21-22. (In Georgian)
50. BGH 11.05.2011 - VIII ZR 289/09.
51. BGH 19.12.2014 - V ZR 194/13.
52. See. § 164.
53. See. BGHZ 8, 132; 16, 263 and § 950 BGB.
54. Except of § 854 II BGB.
55. Brown, H., (2007). Napoleon Bonaparte, Political Prodigy, Journal of History Compass. Blackwell Publishing House, №5/4, pp. 1387-1388.
56. Charles Sumner Lobingier, (1918). Napoleon and His Code. Harvard Law Review, Vol. 32, №2, pp. 123-124.
57. Léon Julliot de La Morandière, (1948). The Reform of the French Civil Code. The University of Pennsylvania Law Review, Vol. 97, №1, pp. 1-2.
58. See: <[https://www.trans-lex.org/601101/\\_/french-civil-code-2016/](https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/)> [Last Seen 25 September 2022]; Also, Code Napoleon of The French Civil Code, William Benning Law Bookseller, 1827.
59. See. Fauvarque-Cosson, B., (2014). The French Contract Law Reform in a European Context. Elte Law Journal, №1, p. 67.
60. Zoidze, B. (2018). The Impact of Basic Rights on Private Autonomy: Expansion or Limitation of Private Autonomy (Review of the Practice of the Constitutional Court of Georgia) in: Private Autonomy as a Fundamental Principle of Civil Law, Zarandia, T., Kurzynsky-Singer, E., Tbilisi: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, pp. 93-95.
61. Zweigert, K., Kitz, H. (2001). An Introduction to Comparative Law in the Private Law. 1st ed., Tbilisi: "GCI", p. 200. (In Georgian)
62. Comp. MüKo/Schubert, BGB, 7. Aufl., 2015, § 164, Rn. 1.
63. Comp. Kropholler. I. (2014). The German Civil Code, Teaching Commentary, Chachanidze E., Darjania T., Totladze L. (eds.), 13rd ed., Tbilisi: GIZ, § 164, 1. (In Georgian)
64. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1281-2018, Dated 27 March 2019. (In Georgian)
65. Comp. Dzlierishvili, Z., Tsertsvadze, G., Robakidze, I., Svanadze, G., Tsertsvadze, L., Janashia, L., (2014). Contract Law. Tbilisi: "Meridiani", p. 35. (In Georgian)
66. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1178-1098-2017, Dated 26 March 2019. (In Georgian)
67. Tumanishvili, G. G. (2012). Deals (Legal Nature and Normative Regulation), Tbilisi: Ilia State University Press, pp. 90-91. (In Georgian)
68. See: Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-678-649-2016, Dated 16 December 2016 (in Georgian); Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-847-847-2018, Dated 25 September 2018 (in Georgian); Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-1555-2018, Dated 7 June 2019. (In Georgian)
69. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-800-2020, Dated 12 November 2020. (In Georgian)
70. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-235-222-2015, Dated 16 March 2015. (In Georgian)

71. See. Chanturia, L., Civil Law. General Part in the Collection: Zarandia, T. (ed.), Fundamentals of Georgian Civil Law in Georgian Judicial Practice. Tbilisi: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, pp. 6-7.
72. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-836-1078-04, Dated 23 June 2005. (In Georgian)
73. Comp. Okreshidze, G., (2020). Sub-representation (Judicial Practice). Georgian-German Journal of Comparative Law, №10, p. 64.
74. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-951-989-2011, Dated 10 November 2011. (In Georgian)
75. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-917-909(k-16), Dated 19 July 2019. (In Georgian)
76. Comp. Okreshidze, G., (2020). Direct Representation in the Transaction (Judicial Practice). Georgian-German Journal of Comparative Law, №10, p. 63.
77. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-766-766-2018, Dated 10 June 2019. (In Georgian)
78. Comp. Ahlgren, C., (2021). Access to Publicly Funded Legal Aid in England & Wales and Sweden – a Comparative Study. Örebro: Örebro Universitet, p. 26.
79. See. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-191-2021, Dated 29 April 2022. (In Georgian)
80. See. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-124-116-2017, Dated 23 July 2020 (in Georgian) in Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-127-124-2011, Dated 5 September 2012. (In Georgian)
81. See. Kavshbaia, N., (2020). Invalidity of the Transfer of Ownership of an Item on Behalf of a Self-guaranteed Heir (Judicial Practice). Georgian-German Journal of Comparative Law, №7, p. 71. Ruling of the Supreme Court of Georgia in the Case №as-543-516-2013, Dated 8 July 2013. (In Georgian)
82. The Supreme Court of the United Kingdom, Lloyd (Respondent) v Google LLC (Appellant), p. 13.
83. Comp. Kardava, E. (2019). Association Agreement - a Special International Agreement with Specific Characteristics in the Book: Jorbenadze, S. (ed.), Sergo Jorbenadze 90, Tbilisi: Sulokhan-Saba Orbeliani University Press, p. 169. (In Georgian)

# ქართული კერძო სამართლის განვითარების რამდენიმე თავისებურება 90-იანი წლებიდან დღემდე

## მიხეილ ბიჭია

*სამართლის დოქტორი, თსუ-ის მოწვეული ლექტორი,  
ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი*

**საკვანძო სიტყვები:** კერძო სამართალი, განვითარება,  
საკანონმდებლო ცვლილებები, ევროპული სამართალი

## აბსტრაქტი

წარმოდგენილი სტატია ეძღვნება ქართული კერძო სამართლის განვითარების ტენდენციებს 90-იანი წლებიდან დღემდე. სამეცნიერო ნაშრომში განხილულია რამდენიმე ძირითადი სამართლებრივი რეფორმა როგორც ზოგადი კერძო სამართლის, ისე კერძო სამართლის სპეციალური დარგების (შრომითი სამართალი, საკორპორაციო სამართალი) მიმართულებით. შესაბამისად, სტატიაში გამოკვლეულია საკანონმდებლო ცვლილებების საფუძვლები და მათი უარყოფითი თუ დადებითი მხარეები.

კვლევის მიზანია, პირველ რიგში, დადგინდეს, როგორია საერთო სამართლისა და კონტინენტური ევროპის სამართლის თავისებურებები, შემდეგ განისაზღვროს, მათგან რომელი ნიშნები აისახა ქართულ კერძო სამართალში გატარებული საკანონმდებლო ცვლილებების მიხედვით და რა სპეციფიკით. შესაბამისად, სტატიაში გაანალიზებულია ქართული კერძო სამართლის განვითარების ტენდენციები, გატარებული სამართლებრივი რეფორმების გათვალისწინებით. კვლევა ადასტურებს, რომ საკანონმდებლო ცვლილებების უმეტესობა ემსახურებოდა საბჭოური წესებისგან თავის დაღწევას, რაც რთულ ამოცანად განიხილებოდა. ამასთან, რეფორმები მიმართული

იყო ევროპულ სტანდარტებთან დაახლოებისა და ეროვნული კანონმდებლობის დახვეწისკენ, თუმცა ნათელი გახდა, რომ ცალკეული ცვლილებების გატარებას ამერიკული სამართლის გავლენაც ედო საფუძვლად.

## შესავალი

ქართული კერძო სამართალი 90-იან წლებში დადგა არჩევანის წინაშე – ყოფილიყო ძველი წესების ერთგული თუ ევროპული განვითარების გზა გაეზიარებინა. ცხადია, ეს საფუძვლად დაედო ქართული კერძო სამართლის სფეროში გასატარებელ რეფორმებს. ამ კონტექსტში კვლევის მიზანია 1997 წლის საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში – სსკ-ის) მიღებისთვის გადადგმული ნაბიჯების მოკლედ განხილვა და საკანონმდებლო სიახლეების ანალიზი, შეფასება. აქვე დასადგენია, რა გავლენა იქონია რეცეფციის პროცესმა და ევროპულმა სამართალმა ქართულ კერძო სამართალზე, როგორია საერთო და კონტინენტური ევროპის სამართლისთვის დამახასიათებელი ნიშნები, აქედან რომელია ასახული ქართულ კერძო სამართალში – ევროპული სამართლის თუ საერთო სამართლის თავისებურებები.

მაშასადამე, ეს სტატია ეხება არა მხოლოდ ძირითად საკანონმდებლო ცვლილებებს კერძო სამართლის სფეროში, არამედ იმას, თუ რა ედო საფუძვლად ამა თუ იმ საკანონმდებლო ცვლილებას, იყო თუ არა პროგრესული ეს ცვლილებები. ამ გზით გამოიკვეთება, როგორ იცვლებოდა ქართული კერძო სამართალი. ეს საკითხი მნიშვნელოვანია არა მხოლოდ თეორიული, არამედ პრაქტიკული თვალსაზრისითაც, ვინაიდან განსაზღვრავს, თუ რა იყო სხვადასხვა საკანონმდებლო ცვლილებების შეტანის საფუძველი და რა იძლევა მოქმედი რედაქციის სათანადოდ განმარტების საშუალებას, რაც პრაქტიკაში მის სწორად გამოყენების წინაპირობაცაა.

ამდენად, კვლევაში ისტორიული, ნორმატიულ-დოგმატური, სინთეზისა და ანალი-

ზის მეთოდების დახმარებით განხილულია 90-იანი წლებიდან დღემდე კერძო სამართალში განხორციელებული ძირითადი რეფორმები, რომლებიც ეხება დარგის განვითარების სხვადასხვა ასპექტს.

## ეროვნული სამართალი და კონტინენტური ევროპის სამართალი

ზოგადად, სამართლის ევროპეიზაცია მრავალ ასპექტს უკავშირდება, რომელთა შორის უმნიშვნელოვანესია ევროპული ოჯახის წევრობის შესახებ სახელმწიფოსა და ხალხის აშკარად გამოხატული ნება. ასევე, უმთავრესია ევროპული ღირებულებების დანერგვა ქვეყანაში.

სამართალი (განიხილება რა კულტურის შემადგენელ ნაწილად), მისი რეცეფცია მოიწოდებს როგორც კულტურული, ისე ტექნიკური ფაქტორის გათვალისწინებას.<sup>1</sup> შესაბამისად, კონტინენტური ევროპის სამართლებრივი კულტურის ნაწილად საქართველოს აღიარება გულისხმობს საქართველოში ახალი სამართლებრივი კულტურის ჩამოყალიბებას. ქართული სამართლის ევროპეიზაციაც კულტურულ-ისტორიული პროცესია, რომელშიც განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მჭიდრო თანამშრომლობა ევროპულ უნივერსიტეტებსა თუ მეცნიერ-იურისტებთან.<sup>2</sup>

დასაწყისში კერძო სამართლის ევროპეიზაციას, როგორც აკადემიურ ამოცანას, პროპაგანდას უწევდნენ და ახორციელებდნენ გერმანელები. შემდეგ ეს იდეა გაიზიარეს ევროპის სხვა ქვეყნებმაც, როგორებიცაა: იტალია, ესპანეთი (განსაკუთრებით, კატალონია), შოტლანდია და ნიდერლანდები. ამის საპირისპიროდ, კერძო სამართლის ევროპეიზაციის კვლევის მიმართ სხვა ქვე-

1 Kennedy, D., (2002). The Politics and Methods of Comparative Law, The Common Core of European Private Law, Essays on the Project, Mattei U., Bussani M. (eds.), Hague, p. 143.

2 დაწვრ. იხ. Chanturia, L., (2010). Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? In Rabels Zeitschrift, Band 74, Heft 1, S. 154-181.

ყნებში, განსაკუთრებით საფრანგეთში, უკიდურესად ფრთხილად რეაგირებდნენ. თავისთავად, ევროპეიზაციის იდეას ძლიერ ხელი შეუწყო ევროკავშირის დირექტივებმა.<sup>3</sup>

ამასთან, ევროპეიზაციის პროცესში უმნიშვნელოვანესია იურიდიული განათლების ევროპულ სტანდარტებზე მორგება, ევროპულ უნივერსიტეტებში განათლების მიღება.<sup>4</sup> თუ სტუდენტები გააგრძელებენ ეროვნული სამართლებრივი სისტემების საფუძვლების შესწავლას ისე, რომ არ გაერკვევიან მათ ისტორიულ განვითარებაში და არ აჩვენებენ ამა თუ იმ პრობლემის გადაწყვეტის სხვა გზებს, მაშინ დიდია იურისპრუდენციის ნაციონალური პარტიკულარიზაციის რისკი. ამან შეიძლება განაპირობოს სხვადასხვა გარემოების აღრევა, გაუმართლებელი მოქმედება და მათ შესაბამისად შემდგომი იურისტთა თაობის ჩამოყალიბება. ამიტომ იურიდიული განათლების ევროპეიზაცია საჭიროებს ისეთი საგნების გაძლიერებას, რომლებიც გამოირჩევა არა მხოლოდ თავიანთი ძირითადი სპეციფიკით, არამედ თანდაყოლილი ინტერნაციონალურობით.<sup>5</sup>

აქვე აღსანიშნავია, რომ ეროვნული კანონმდებლობის მისადაგება ევროპულ მოთხოვნებთან ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ამოცანაა როგორც სამართლებრივი ბაზის განვითარების, ისე ევროპასთან დაახლოების თვალსაზრისით.

საინტერესოა სამართლებრივ სისტემებს შორის განსხვავების მოკლედ წარმოჩენა, რათა განისაზღვროს, რომელი სამართლებრივი ოჯახისთვის დამახასიათებელი ნიშნები გვხვდება საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობაში ამჟამინდელი მდგომარეობის მიხედვით.

3 Zimmermann, R., (2006). Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 179, Berlin, S. 47.  
4 Kötz, H., (1993). Europäische Juristenausbildung, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1, 1993, 268 ff.  
5 Zimmermann, R., (2006). Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 179, Berlin, S. 19.

საერთოდ, კონტინენტური ევროპის სამართალი აღიარებს ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს, საიდანაც გამომდინარეობს, რომ სასამართლო ხელისუფლებას არ აქვს კანონშემოქმედებითი საქმიანობის უფლებამოსილება. თუმცა, ინგლისურ-ამერიკული სამართალი მიიჩნევს, რომ სამართალი ისაა, რასაც ასეთად მოსამართლე ჩათვლის.<sup>6</sup>

კონტინენტური ევროპის სამართლის ქვეყნებში სამართლის უმთავრეს წყაროდ განიხილება კანონმდებლობა. დიდი სფეროები სისტემატურად კოდიფიცირდება და გარკვეულ სისტემას ეფუძნება. კოდექსი არაა კონკრეტული ურთიერთობების მომწესრიგებელი სპეციალური ნორმების ერთობლიობა; ის არეგულირებს პირებს შორის ურთიერთობებს ზოგადი დათქმებისა და პრინციპების დახმარებით, რათა იყოს ყოვლისმომცველი და გავრცელდეს ყველა საგანზე. რაც შეეხება საერთო სამართალს, ამ შემთხვევაში მოსამართლე ორიენტირებულია ცალკეულ შემთხვევებზე და მისთვის სახელმძღვანელოა პრეცედენტები. საერთო სამართალი ამ გადაწყვეტილებებს განიხილავს სამართლის წყაროდ. საერთო სამართლის ქვეყნებში მიღებული გადაწყვეტილება შესასრულებლად სავალდებულოა არა მხოლოდ ამ ურთიერთობის მხარეებისთვის, არამედ უნდა იყოს დაცული მომავალში წარმოშობილ ანალოგიურ საქმეებში. ფაქტობრივად, საერთო სამართალი მოიცავს ყველა იმ წესს, რომელიც შეიძლება განზოგადდეს სასამართლო გადაწყვეტილებებიდან.<sup>7</sup> შესაბამისად, კონტინენტური ევროპის სამართალს ახასიათებს დედუქციური აზროვნების წესი: სამართლებრივი დავები გადაწყდება სისტემატიზებული კოდექსიდან შესაბამისი წეს(ებ)ის გამოყენებით. საერთო სამართლისთვის იმანენტურია ინდუქციური აზროვნების სტილი: დავები წყდება ისეთი საქმეების მოძიებით, რომლებიც ეფუძნება ანალოგიურ ფაქტებს.<sup>8</sup>

6 ხუბუა, გ. (2004). სამართლის თეორია, თბ., 132.  
7 Dainow, J. (1966). The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15 (3), 424-425.  
8 Brouwer, R., (2018). On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches

მართალია, ქართული სამართალი კონტინენტური ევროპის სამართლის ოჯახის წევრია, მაგრამ აშკარაა საერთო სამართლის ტენდენციების აღიარებაც. მაგალითად, სულ უფრო და უფრო მეტი მნიშვნელობა ენიჭება სასამართლო პრეცედენტებს, ასევე, შემოდის კაზუსტიკური აზროვნების წესიც. კერძო სამართლის კანონმდებლობის განვითარების ეტაპების შეფასება 90-იანი წლებიდან დღემდე მოგვცემს შედარებით ზუსტ სურათს იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად და რამიმართლებით ვითარდებოდა ის; რომელი სამართლის გამოცდილების გაზიარება ედო საფუძვლად სხვადასხვა საკანონმდებლო ცვლილებას.

ამდენად, ევროპეიზაციის პროცესში არსებითია ევროპული დირექტივების, ღირებულებების, იურიდიული განათლებისა და სხვა გარემოებების გათვალისწინება. თუმცა ჩნდება კითხვა: როგორია ევროპული სამართლის გამოყენების ფარგლები – საჭიროა მისი გამოყენების შეზღუდვა, თუ ვერტიკალურად და უპირობოდ უნდა იყოს გათვალისწინებული?

ამაზე იმსჯელა გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ და განმარტა, რომ ევროპული სამართლის გამოყენება მნიშვნელოვანია ეროვნული სამართლის განვითარებისთვის, თუმცა აუცილებელია გარკვეული ფარგლების დაცვა. საქმე ისაა, რომ ევროპულ კავშირში გაერთიანებულია დამოუკიდებელი სახელმწიფოები და სწორედ ეროვნულ საკანონმდებლო ხელისუფლებას აკისრია პასუხისმგებლობა – ევროპული კანონმდებლობის გამოყენებისას არ შელახოს სახელმწიფოს სუვერენიტეტი. აქედან გამომდინარე, სასამართლომ განმარტა, რომ ამ პროცესში აუცილებელია ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს დარჩეთ თავისუფალი სივრცე ეკონომიკური, კულტურული და სოციალური პოლიტიკის განსაზღვრისთვის.<sup>9</sup>

to Legal Unity, Utrecht Journal of International and European Law, 34(1), p. 53.

9 BVerfGE 123, 267 ff.; ყალიჩავა, კ., (2017). ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია ევროინტეგრაციის ქრილში – წარსულის გამოცდილება და მომავლის პერსპექტივები, „სა-

## ქართული კერძო სამართლის სათავეებთან

მე-20 საუკუნის 90-იან წლებში საქართველო იდგა არჩევანის წინაშე – მონაწილეობა მიეღო დსთ-ის მოდელური კოდექსის შემმუშავებელ ჯგუფში ან გერმანელებთან ეთანამშრომლა. საბოლოო არჩევანი შეჩერდა ევროპელებზე. სამოქალაქო კოდექსის დახმარებით, საქართველო ეზიარებოდა დასავლეთის კულტურულ სამყაროს და განვითარებულ სამართლებრივ კულტურას.<sup>10</sup> 1991 წელს შეიქმნა სამოქალაქო კოდექსის შემმუშავებელი სამთავრობო კომისია პროფესორ სერგო ჯორბენაძის ხელმძღვანელობით, რომელმაც შემოკრიბა, ძირითადად, თავისი მოწაფე პროფესორები: ლადო ქანტურია, ზურაბ ახვლედიანი, რომან შენგელია, ბესარიონ ზოიძე. კოდექსის შემმუშავებელმა კომისიამ სრული შემადგენლობით თითქმის სამი წელი იმუშავა.<sup>11</sup> მიუხედავად 1992-1994 წლების სამოქალაქო ომისა, კომისიას მუშაობა არ შეუწყვეტია.<sup>12</sup> 1993 წლიდან დაიწყო ინტენსიური კონსულტაციები გერმანულ კოლეგებთან, ბრემენის უნივერსიტეტის პროფესორ როლფ კნიპერის ხელმძღვანელობით. საქართველოს პრეზიდენტი საკანონმდებლო ინიციატივით შევიდა პარლამენტში, რომელმაც 1997 წლის 26 ივნისს ერთხმად მიიღო სამოქალაქო კოდექსი – პირველი სამოქალაქო კოდექსი დამოუკიდებელი საქართველოს ისტორიაში.<sup>13</sup>

საბოლოოდ, გერმანული კერძო სამართლის მსგავსად, ქართულ კერძო სამართალში გაერთიანდა ზოგადი კერძო სამართალი (სამოქალაქო სამართალი) და

მართლის ჟურნალი“, N2, 289.

10 ქანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., 20-21.

11 ზოიძე, ბ., (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 15-18.

12 ჯორბენაძე, ს., (1994). საქართველოს რესპუბლიკის მომავალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი პრობლემები, სამართლის რეფორმა საქართველოში, თბ., 139.

13 ქანტურია, ლ., (2000). შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბ., 33-34.

კერძო სამართლის სპეციალური დარგები, რომლებიც კონკრეტული ურთიერთობების მოწესრიგების განსაკუთრებულ წესებს მოიცავს.<sup>14</sup> ეს იდეა გაზიარებულია ქართულ სამართალში. აღნიშნულის სამართლებრივ საფუძველს იძლევა სამოქალაქო კოდექსი და კერძო სამართლის სხვა კანონები.<sup>15</sup>

საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაც აღიარებს ამ კონცეფციას. მაგალითად, საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე აღნიშნა, რომ ქართული სამოქალაქო სამართალი ზოგადი კერძო სამართალია. სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული ინსტიტუტების მოქმედება არ შემოიფარგლება მხოლოდ სამოქალაქო სამართლით და ვრცელდება კერძო სამართლის სხვა დარგების მიმართაც.<sup>16</sup> განსაკუთრებით ეს ეხება სამოქალაქო სამართლის შესავალ ნაწილს, რადგან აწესრიგებს კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის ისეთ ინსტიტუტებს, როგორცაა პირები, გარიგებები, ვადები და სხვა. მაშასადამე, შრომითი ურთიერთობების იმ საკითხების მიმართ, რომლებსაც შრომის კოდექსი არ არეგულირებს, გამოიყენება სამოქალაქო სამართლის ზოგადი დებულებები.<sup>17</sup>

### სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი დაეფუძნა პანდექტური სამართლის სისტემას, რადგან ცალკე გამოიყო სამოქალაქო

ქო სამართლის ზოგადი ნაწილი და ცალკე – სამოქალაქო სამართლის სპეციალური ნიგნები. ამ გზით სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილის დებულებები ვრცელდება სამოქალაქო სამართლის სპეციალური დარგების მიმართაც,<sup>18</sup> თუ სპეციალური ნორმა არ ადგენს განსხვავებულ მოწესრიგებას.

პირების სამართლებრივ მდგომარეობასთან დაკავშირებით საქართველომ გაატარა მნიშვნელოვანი რეფორმა და ეროვნული კანონმდებლობა დააახლოვა შებლუდული შესაძლებლობების მქონე პირთა უფლებების გაეროს კონვენციას, რომლის რატიფიკაციაც 2013 წლის 26 დეკემბერს მოახდინა. შედეგად, სსკ-ში 2015 წელს შევიდა საკანონმდებლო ცვლილება,<sup>19</sup> რომლითაც, ნაცვლად ტერმინისა „გონებასუსტი“, გაჩნდა ტერმინი „ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირი“ (მხარდაჭერის მიმღები); დადგინდა, რომ მხარდაჭერის მიმღებად ჩაითვალოს პირი, რომელიც, ფსიქიკური, გონებრივი ან/და ინტელექტუალური დარღვევების მიუხედავად, ითვლება ქმედუნარიანად. შესაბამისად, მას მიენიჭა საკუთარი სამოქალაქო უფლება-მოვალეობების განხორციელების შესაძლებლობა. თუმცა, თუ მხარდაჭერის მიმღებს თავისი ნებისა და მოქმედების განსახორციელებლად ამა თუ იმ ურთიერთობაში დასჭირდა დახმარება (მხარდაჭერა), მას ენიშნება მხარდამჭერი დახმარების მიზნით.<sup>20</sup>

ამასთან, სსკ-ში გვხვდება ტერმინი „პირადი ურთიერთობები“. ძველი რეჟიმის (საქართველოს სსრ) სამოქალაქო კანონმდებლობა იყენებდა შინაარსობრივად მსგავს ტერმინს „პირადი არაქონებრივი ურთიერთობები“. ამ კონტექსტში სამოქალაქო კანონმდებლობით დაცულია პირადი უფლებები, რომელთა ობიექტები ადამიანისგან გაუყოფადია, ხოლო პირადი უფლე-

14 Perner, St., Spitzer, M., Kodek, G., (2014). Bürgerliches Recht, Lernen, Üben, Wissen, 4.Auflage, Wien, 4.  
15 Rütters, B., Stadler, A., (2009). Allgemeiner Teil des BGB, 16.Auflage, Beck, München, Rn.2 ff.; ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 14-15.  
16 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაცოტრების საქმეთა პალატის 2001 წლის 20 ივნისის N33/461-01 გადაწყვეტილება.  
17 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაცოტრების საქმეთა პალატის 2007 წლის 26 ივნისის Nას-132-475-07 გადაწყვეტილება.

18 ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., 43.  
19 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საკანონმდებლო ცვლილება, 2015 წლის 20 მარტის კანონი, N3339.  
20 ბიჭია, მ., (2018). კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, მე-2 გამოცემა, თბ., 2018, 351-352.

ბები, რომელთა ობიექტები სუბიექტისგან განცალკევებადია (სახელი, გამოსახულება, პერსონალური მონაცემები და სხვა), დარეგულირებულია. მიუხედავად ამისა, სსკ-ის 1-ელ მუხლში დაცულ და რეგულირებულ ურთიერთობებზე კერძოსამართლებრივი ზემოქმედება გადმოცემულია ერთი ტერმინით – „მოწესრიგება“.<sup>21</sup> ამასთან, თუ დასავლეთის ქვეყნებმა (გერმანია, საფრანგეთი) მხოლოდ სამოსამართლო სამართლის შედეგად შექმნეს პირადი არაქონებრივი უფლებების ინსტიტუტი, საქართველომ იგი საკანონმდებლო წესით განამტკიცა. საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში პირადი არაქონებრივი უფლებების წრე განისაზღვრა სინგულარული პრინციპის საფუძველზე, პიროვნული უფლებების დაცვა კი დაეფუძნა პიროვნების განზოგადების საწყისს. შესაბამისად, ის პიროვნული უფლებები, რომლებიც სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილიდან მე-18 მუხლში არაა ჩამოთვლილი, შეიძლება შეივსოს და დაცულ იქნას დელიქტური სამართლის უზოგადესი ნორმით – სსკ-ის 992-ე მუხლით. ამასთან, გერმანიაში მოქმედებს „არაქონებრივი ზიანის კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში ანაზღაურების“ წესი, რაც გაზიარებულია საქართველოში, თუმცა გერმანია საკანონმდებლო ცვლილებისა და გსკ-ის 823-ე მუხლის ფარგლებში „ზოგადი პიროვნული უფლების“ აღიარების საფუძველზე ადგას არამატერიალური ზიანის ანაზღაურების გაფართოების გზას. ქართული ცივილისტიკა ძნელად ეგუება ასეთ სიახლეებს. შესაბამისად, მიზანშეწონილია, საქართველოშიც გაფართოვდეს არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების შემთხვევები მეცნიერული ცოდნისა და გერმანიის გამოცდილების გათვალისწინებით.<sup>22</sup>

21 ნინიძე, თ., (2013). სამოქალაქო კოდექსის პირველი მუხლის სტრუქტურა, აკაკი ლაბარტყავას 80 წლისადმი მიძღვნილ საიუბილეო კრებულში (რედ. ჭანტურია ლ.), თბ., 167-169.

22 იხ. ბიჭია, მ., (2017). პირადი უფლებების ხელყოფისთვის არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების ქართული მოდელის შესაბამისობა ევროპულ სტანდარტებთან, „სამართლის ჟურნალი“, N1, 23-25; ბიჭია, მ., (2012). პირადი ცხოვრების დაცვა

სსკ-ის მე-18 მუხლის მე-2 ნაწილში შევიდა ისეთი ცვლილება, რომელმაც კოდექსის ეს ნაწილი უფრო მეტად დააახლოვა ამერიკულ სამართალს. მაგალითად, ზოგიერთ ქვეყანაში, მათ შორის აშშ-ში, ცილისწამება არ იწვევს სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას. საქართველომაც გაიზიარა ეს მიდგომა. მიღებულ იქნა კანონი „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“, რომელმაც მტკიცების ტვირთის შეტრუნებით მოსარჩელეს დააკისრა მოვალეობა, ამტკიცოს მის მიმართ გავრცელებული ცნობების სინამდვილესთან შეუსაბამობა. ეს აშშ-ის სამართლის გავლენაზე უნდა მიუთითებდეს. ამ კანონმა შემოიღო საჯარო პირის ცნება, გამოკვეთა ფაქტისა და აზრის გამიჯვნის აუცილებლობა და სხვა. შესაბამისად, კანონმა გაითვალისწინა გამოხატვის თავისუფლების ისეთი სტანდარტები, რომლებიც ევროპულ და ამერიკულ სამართალში აღიარებულ ნორმებს უახლოვდება.<sup>23</sup> ამდენად, კანონით „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“ უფრო მეტად ამერიკული სამართლის ტენდენციები აისახა და გამოხატვის თავისუფლება ძალიან გაფართოვდა. თუმცა საყურადღებოა ის, რომ საქართველო კონტინენტური ევროპის სამართლის ოჯახის წევრია და საქართველოს კონსტიტუციით ღირსების დაცვის უფრო მაღალი სტანდარტია აღიარებული.<sup>24</sup> შესაბამისად, მიმდინარე კანონმა პირიქით, უნდა გაამყაროს კონსტიტუციური ნორმა და ურთიერთობები უნდა მოაწესრიგოს, ეროვნული სამართლის თავისებურებების გათვალისწინებით.

საერთაშორისო ვალდებულებების გათვალისწინებით, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს დაემატა მე-18<sup>1</sup> მუხლი (პერსონალური მონაცემების მიღების უფლება) და პერსონალური მონაცემებიც მოექცა კერ-

საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბ., 330.

23 კინწურაშვილი, თ., რამიშვილი, ლ., კოტეტიშვილი, ი., (2005). გამოხატვის თავისუფლება, მე-2 ტომი, თბ., 20.

24 იხ. ბიჭია, მ., (2012). პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბ., 180-181.



ძოსამართლებრივი დაცვის ფარგლებში.<sup>25</sup> თუმცა ეს მუხლი არ შეიცავს ინფორმაციას იმის შესახებ, თუ უფლების შელახვისას რომელი მოთხოვნების წარდგენა შეუძლია დაზარალებულს. შესაბამისად, მართალია, სსკ-ში აისახა პერსონალური მონაცემების მიღება, მაგრამ რადგან კანონი, გარდა იმისა, რომ უნდა იყოს ნათელი და ზუსტი, ასევე, უნდა შეიცავდეს ქმედით სანქციებს, საკანონმდებლო ცვლილებით ევროპული სტანდარტები ნაწილობრივ იქნა გათვალისწინებული.<sup>26</sup>

შემდეგ სამოქალაქო კოდექსში მოდის იურიდიული პირების შესახებ თავი. დსთის მოდელური სამოქალაქო კოდექსისგან განსხვავებით, საქართველომ სამოქალაქო კოდექსში სრულყოფილად მოაწესრიგა იურიდიული პირების სამართლებრივი სტატუსი. იგულისხმება იურიდიული პირების კლასიფიკაცია კერძო სამართლისა და საჯარო სამართლის იურიდიულ პირებად, რაც სიახლეა პოსტსაბჭოთა სივრცისთვის. ამასთან, განისაზღვრა, რომ საჯარო სამართლის ყველა იურიდიული პირი, უპირველესად კი სახელმწიფო, კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობს სხვების თანაწნორად. ამ გზით ქართულმა სამოქალაქო კოდექსმა უარი თქვა საბჭოთა და პოსტსაბჭოთა სივრცეში გაბატონებულ მოსაზრებაზე, რომ სახელმწიფო სამოქალაქო სამართლის განსაკუთრებული სუბიექტია. თუ სახელმწიფო ახორციელებს ისეთ განსაკუთრებულ უფლებამოსილებებს, როგორცაა კანონშემოქმედება ან საკუთრების ექსპროპრიაცია, მოცემულ შემთხვევაში ის ურთიერთობაში მონაწილეობს, როგორც საჯარო სამართლის იურიდიული პირი. შესაბამისად, ამ პირობებში მისი მოქმედებაც საჯაროსამართლებრივი ხასიათისაა (და

არა სამოქალაქოსამართლებრივი).<sup>27</sup> 2006 წლის 25 მაისს სსკ-ში შევიდა ცვლილება – არაკომერციული იურიდიული პირების (კავშირებისა და ფონდების) რეგისტრაცია სასამართლოსა და იუსტიციის სამინისტროდან მთლიანად გადავიდა საგადასახადო ორგანოში. ამ გზით იურიდიული პირების სახელმწიფო და საგადასახადო რეგისტრაცია გაიგივდა ერთმანეთთან, რითაც რეგისტრაციამ უფრო საგადასახადო კონტროლის ფუნქცია შეიძინა, ვიდრე კერძოსამართლებრივი მნიშვნელობა.<sup>28</sup>

ცვლილება შეეხო უშუალოდ იურიდიულ პირებსაც. 2007 წლამდე სამოქალაქო კოდექსში იყო გათვალისწინებული კავშირისა და ფონდის, როგორც არაკომერციული იურიდიული პირების, შესახებ ნორმები, მაგრამ, 2006 წლის დეკემბრის საკანონმდებლო ცვლილებების მიხედვით, ეს დებულებები მთლიანად ამოღებულ იქნა კოდექსიდან. საქმე ისაა, რომ ცვლილებებამდე კანონმდებელი კავშირსა და ფონდს განსხვავებულ მოთხოვნებს უყენებდა. მაგალითად, თუ კავშირის დაფუძნება მოითხოვდა მინიმუმ ხუთი პირის არსებობას, ფონდი იყო ისეთი იურიდიული პირი, რომელსაც წევრები არ ჰყავდა. ამასთან, ფონდის დაფუძნებისთვის დამფუძნებელს ევალეობდა ფონდში ქონების იმ ოდენობით შეტანა, რაც აუცილებელი იყო ფონდის მიზნის მისაღწევად და სხვა. ვინაიდან ამ საკანონმდებლო ცვლილებით ეს შეზღუდვები არასამენარმეო იურიდიული პირების მიმართ გაუქმდა, აზრი დაეკარგა არასამენარმეო იურიდიული პირების ორი ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ფორმის – კავშირისა და ფონდის არსებობას. შესაბამისად, არასამენარმეო იურიდიული პირების კავშირად და ფონდად დაყოფის საჭიროებაც მოიხსნა.<sup>29</sup> მათ შესახებ ნორმების ამოღებით კანონმდებელმა გაითვალისწინა არასამენარმეო იურიდიული პირის ერთიანი

25 „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2008 წლის 14 მარტის N5919 კანონზე (განმარტებითი ბარათი).

26 European Union Agency for fundamental Rights, Handbook on European data protection, Belgium, 2014, 118-119; ბიჭია, მ., (2020). საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-181 მუხლის სტრუქტურული ანალიზი, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, N1, 65-66.

27 ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 30-31.

28 იქვე, 36.

29 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2006 წლის 14 დეკემბრის №3967 კანონზე.

და ძალიან აბსტრაქტული „არასამეწარმეო (არაკომერციული) იურიდიული პირების“ ცნება. ეს, სავარაუდოდ, ამერიკული სამართლის გავლენით განხორციელდა.<sup>30</sup> შედეგად, სსკ-მ არ მოაწესრიგა ხელმძღვანელი ორგანოების სტრუქტურა და უფლებამოსილება, წევრთა უფლებები, ამ საკითხების დარეგულირება კი წესდებას მიანდო თავისუფალი შეხედულებისამებრ. სადავოა არაკომერციული იურიდიული პირების მოწესრიგების ასეთი ლიბერალური მიდგომა იქ, სადაც სამოქალაქო საზოგადოების ტრადიცია არ არსებობს და სამართლებრივი კულტურა დაბალია. ამ პირობებში კანონმდებელი უნდა ცდილობდეს სწორედ დეტალურ სამართლებრივ რეგულირებას, რათა ნათელი და ამომწურავი იყოს თამაშის წესების შესახებ წარმოდგენა. ამიტომ იურიდიულ ლიტერატურაში სამართლიანად აღინიშნა, რომ სამოქალაქო კოდექსის ეს ნაწილი კვლავ უნდა გადაიხედოს.<sup>31</sup>

ამასთან, 2009 წელს ისევ შევიდა სსკ-ში ცვლილება, რის შემდეგაც იურიდიული პირების რეგისტრაცია საგადასახადო ორგანოდან გადავიდა იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში.<sup>32</sup>

აქვე ვინაიდან საინვესტიციო კანონმდებლობა არ პასუხობდა საერთაშორისო პრაქტიკასა და ევროკავშირის ასოცირების ხელშეკრულების მოთხოვნებს, დაისვა საკითხი საინვესტიციო კანონმდებლობის ფუნდამენტური ცვლილების შესახებ. ამ ცვლილების მიზანი იყო კაპიტალის ბაზრის განვითარება და ეროვნული სამართლებრივი ჩარჩოს დაახლოება როგორც საერთაშორისო პრაქტიკასთან, ისე ევროპულ სტანდარტებთან.<sup>33</sup> „საინვესტიციო ფონდების

შესახებ“ კანონის პროექტის მომზადებამ და ამ კანონპროექტით გათვალისწინებული ფონდების მარეგულირებელი ჩარჩოს იმპლემენტაციის ხელშეწყობამ განაპირობა სსკ-ში ცვლილება. 2020 წლის 14 ივლისს სსკ-ს დაემატა 49<sup>1</sup>-ე და 49<sup>2</sup>-ე მუხლები,<sup>34</sup> რომლებიც ეხება ერთობლივ საინვესტიციო ფონდსა და საინვესტიციო ფონდის ქვეფონდს. ერთობლივი საინვესტიციო ფონდი არის ორგანიზაციული წარმონაქმნი, რომელიც იურიდიული პირი არაა. საინვესტიციო ფონდის ქვეფონდი ერთობლივი საინვესტიციო ფონდის ნაწილია.

სსკ-ში სტრუქტურულად შემდეგ გათვალისწინებულია გარიგების ცნება და ფორმა, საცილო და ბათილი გარიგებები, თანხმობა და წარმომადგენლობა გარიგებებში. ამას მოსდევს უფლების განხორციელების ფარგლები და წინაპირობები, ვადები და ხანდაზმულობა. საკანონმდებლო ცვლილებები შეეხო გარიგებებსაც. მაგალითად, 2012 წლის 8 მაისამდე 55-ე მუხლში შედიოდა ორი ნაწილი: პირველი ეხებოდა გარიგების ბათილობას, თუ ამ გარიგებით დგინდებოდა აშკარა შეუსაბამობა გარკვეულ შესრულებასა და ამ შესრულებისათვის განსაზღვრულ ანაზღაურებას შორის, გარიგება კი იმიტომ დაიდო, რომ ერთ-ერთმა მხარემ გამოიყენა საბაზრო ძალაუფლება ან ხელშეკრულების მეორე მხარის მძიმე მდგომარეობა, ან გამოუცდელია (გულბრყვილობა). 2012 წლის 8 მაისის საკანონმდებლო ცვლილების შედეგად 55-ე მუხლის პირველი ნაწილი გაუქმდა. ამის მიზეზი იყო ის, რომ მიიღეს „თავისუფალი ვაჭრობისა და კონკურენციის შესახებ“ ახალი კანონი, რომელმაც გაითვალისწინა ასეთი გარიგებები. მართალია, ამ კანონის მე-6 მუხლი არეგულირებს დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების შემთხვევებს, მაგრამ, როგორც იურიდიულ ლიტერატურაში აღინიშნა, ეს სსკ-ის 55-ე მუხლის პირველი ნაწილის გაუქმებას არ ამართლებს.<sup>35</sup>

აქვე საყურადღებოა ხანდაზმულობის

30 Hopt, K. J., Reuter, D., (2001). Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, Heymanns, 2-4.

31 ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 37.

32 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში შესული ცვლილება, 2009 წლის 3 ნოემბრის კანონი N1964.

33 „საინვესტიციო ფონდების შესახებ“ კანონი (რეგისტრაციის №07-2/453/9, ინიცირებული ვარიანტი, განმარტებითი ბარათი).

34 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2020 წ. 14 ივლისის №6814 კანონზე.

35 ჭანტურია, ლ., (2017). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, მუხლი 55, წიგნი I, თბ., 324-325.

ვადის დენის შეჩერებასთან დაკავშირებული ცვლილება. საქმე ისაა, რომ სსკ-ის 132-ე მუხლში მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადის შეჩერება შესაძლებელი გახდა კიდევ ერთი საფუძვლით, კერძოდ, კერძო მედიაციის დაწყებით, რასაც ითვალისწინებს „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი.<sup>36</sup>

### სანივთო სამართალი

ტრადიციული სისტემის გათვალისწინებით, სსკ-ში მეორე წიგნი მიეძღვნა სანივთო სამართალს, მესამე წიგნი კი – ვალდებულებით სამართალს. ლოგიკურად ჩაითვალა, პირველ რიგში, ქონებრივ სიკეთეთა სტატიკური ყოფიერების დარეგულირება სანივთო სამართალში, ხოლო შემდგომ – მათი შემეცნება დინამიკაში ვალდებულებითი სამართლის ნორმებით.<sup>37</sup>

ქართული სანივთო სამართალი იწყება ქონების ცნებით. ასევე, ცალკე კარი ეთმობა მფლობელობას, რომელიც „წარმოიშობა ნივთზე ფაქტობრივი ბატონობის ნებითი მოპოვებით“ (სსკ-ის 155-ე მუხლის პირველი ნაწილი).

შემდეგი კარი ეძღვნება საკუთრების უფლებას. ქართული სანივთო სამართალი გაემიჯნა საბჭოურ სამართალს და პოსტ-საბჭოთა სივრცეში უმტკივნეულოდ მოახერხა მისი გავლენის დაძლევა. ყველაზე მნიშვნელოვანი აღმოჩნდა კერძო საკუთრების აღიარება. საქართველო იყო ერთ-ერთი პირველი ქვეყანა, რომელმაც უარი თქვა საკუთრების ფორმებზე და კონსტიტუციაში განამტკიცა საკუთრების ერთიანობის ნორმატიული ფორმულა, რაც გახდა არადისკრიმინაციული საკუთრებითი

წესრიგის ჩამოყალიბების საფუძველი.<sup>38</sup> ეს უდავოდ ქართული კერძო სამართლის დიდ მიღწევად უნდა ჩაითვალოს.

ქართული სანივთო სამართლის ნაწილად ჩაითვალა სამეზობლო სამართალი, რომლის მიზანია სამეზობლო დავების გადაწყვეტა და მშვიდობიანი თანაცხოვრების უზრუნველყოფა. სსკ-ის ღირსებაა ის, რომ სამეზობლო სამართლის თავი შეიცავს სამეზობლო ურთიერთობების მომწესრიგებელ ნორმებს და ისინი არაა ფრაგმენტულად მიმოფანტული. ნორმების ასეთი სისტემატიზაცია უცხო იყო საბჭოთა პერიოდის სამართლისთვის.<sup>39</sup>

2015 წლის დეკემბრამდე მესაკუთრეს შეეძლო, კანონით გათვალისწინებული საკუთრების დამადასტურებელი დოკუმენტი წარედგინა და ამ გზით აღეკვეთა უძრავ ნივთზე საკუთრების შელახვა, ამისთვის კი არ იყო აუცილებელი სასამართლო გადაწყვეტილება. თუმცა აქედან კანონი უშვებდა გამონაკლისს, როცა სავარაუდო ხელმოწერილი წარადგენდა უძრავ ნივთზე საკუთრების, მართლზომიერი მფლობელობის ან/და სარგებლობის დამადასტურებელ წერილობით დოკუმენტს. 2015 წლის 11 დეკემბერს განხორციელდა საკანონმდებლო ცვლილება, რომლითაც აღდგა ნორმის თავდაპირველი ვერსია და ამოღებულ იქნა ნორმის მესამე ნაწილი (ე.წ. „საპოლიციო გამოსახლება“, 2006 წლის 8 დეკემბრის ცვლილება). ეს აიხსნება იმით, რომ საპოლიციო გამოსახლების ინსტიტუტი ეწინააღმდეგებოდა საქართველოს კონსტიტუციას, რომლითაც დაუშვებელია სხვის საცხოვრებელ ბინასა და სხვა მფლობელობაში მფლობელ პირთა ნების საწინააღმდეგოდ შესვლა, ასევე, ჩხრეკა, თუ ამაზე არაა სასამართლოს

36 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2019 წლის 18 სექტემბრის №4956 კანონზე.

37 Книпер, Р., (2005). Закон и история, перевод с немецкого З. М. Ногайбай, Баден-Баден/Алматы, 205; ზოიძე, ბ., (2016). საკუთრების უფლების ევოლუცია ქართულ სამართალში, 2015 წლის 5-6 ნოემბრის საერთაშორისო კონფერენციის მოხსენებების კრებული: „საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა: საკუთრების ცნების ტრანსფორმაცია“, თბ., 107.

38 იხ. ზოიძე, ბ., (2016). საკუთრების უფლების ევოლუცია ქართულ სამართალში, 2015 წლის 5-6 ნოემბრის საერთაშორისო კონფერენციის მოხსენებების კრებული: „საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა: საკუთრების ცნების ტრანსფორმაცია“, თბ., 107-120; ზარანდია, თ., (2016). სანივთო სამართლის საფუძვლები, თბ., 207-217.

39 ზარანდია, თ., (2018). სამეზობლო სამართალი და კერძო სამართლებრივი თემის ვალდებულების შინაარსი ქართულ სამართალში, „სამართლის ჟურნალი“, N2, 6, 17.

გადაწყვეტილება ან ეს არ იყო კანონით დადგენილი გადაუდებელი აუცილებლობა. ამდენად, 2015 წლის 11 დეკემბრის აღნიშნული საკანონმდებლო ცვლილება მისასაღებელია.<sup>40</sup>

სსკ-ში ცალ-ცალკე გათვალისწინებულია მოძრავ და უძრავ ნივთებზე საკუთრების უფლების შექმნის სხვადასხვა წესი. 2019 წლის საკანონმდებლო ცვლილების<sup>41</sup> თანახმად, ბავშვის საკუთრებაში შემავალი უძრავი ნივთის განკარგვა შეუძლია მის მშობელს ან სხვა კანონიერ წარმომადგენელს ბავშვის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით, სასამართლოს თანხმობის საფუძველზე. იგივე წესი გამოიყენება ბავშვის საკუთრებაში არსებული მოძრავი ნივთის დროსაც, თუ ეს მოძრავი ნივთი 1000 ლარზე მეტი ღირებულებისაა. საქმე ისაა, რომ ამ ცვლილებამდე არ იყო გათვალისწინებული არასრულწლოვნის საკუთრების უფლების გასხვისებაზე სასამართლო კონტროლის მექანიზმი. ეს, თავის მხრივ, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვას სათანადოდ ვერ უზრუნველყოფდა. შესაბამისად, ამ ცვლილებით სამოქალაქო კოდექსი ეს დებულება შესაბამისობაში მოვიდა ბავშვის უფლებათა კოდექსთან.<sup>42</sup>

საკანონმდებლო ცვლილება შეეხო უძრავი ნივთის შექმნას. საქმე ისაა, რომ 2006 წლის 29 დეკემბრის ცვლილებამდე უძრავი ნივთის შექმნისას უნდა დამოწმებულიყო გარიგება სანოტარო წესით და შემდენი აღრიცხულიყო საჯარო რეესტრში. 2006 წლის 8 დეკემბრის ცვლილების მიხედვით, უძრავი ქონების შექმნა მოითხოვს მხარეებს შორის წერილობითი შეთანხმებასა და შემდენის საკუთრების უფლების რეგისტრაციას საჯარო რეესტრში (სსკ-ის 183-ე მუხლის პირველი ნაწილი). ეს ცვლილება მიზნად ისახავდა ნაკლები დანახარჯებით სანოტარო მოქმედების განხორციელების გარეშე, საჯარო რეესტრში უძრავი ნივთის რეგისტრაციის პროცესის გამარტივებას – „ერთი სარკმლის“ პრინციპის დანერგვას. ნოტარიუსის მიერ სანოტარო მოქმედების განხორციელება მხოლოდ ფორმალურ ხასიათს ატარებდა და მას იმითომ მიმართავდნენ, რომ კანონი ასეთ მოვალეობას აკისრებდა. ნოტარიუსიც ამ ფორმალობას ასრულებდა მომსახურების საფასურის მიღების მოტივაციით, რაც პირთა გულისწყრომას იწვევდა. ამასთან, დოკუმენტაციის მოძიებიდან გარიგების სანოტარო დადასტურებამდე პროცესი საკმაოდ დიდ დროს საჭიროებდა. შესაბამისად, ამ შემთხვევაში გამოირიცხებოდა სავალდებულო წესით სანოტარო მოქმედების შესრულება (გარიგების დადასტურება) და ის ნებაყოფლობით ხასიათს შეიძენდა, ანუ სურვილისამებრ ნოტარიუსს მიმართავდნენ მის მიერ დადებულ გარიგებაზე ხელმოწერის დასადასტურებლად. ამდენად, ამ ცვლილების ძირითად პრინციპთაგან აღსანიშნავია: ა. მხარეები შეთანხმებას ხელს მოაწერენ უშუალოდ მარეგისტრირებელ ორგანოში, სადაც დოკუმენტაციის მიმღები დაადგენს მხარეთა ვინაობას და ხელს მოაწერენ მისი თანდასწრებით. მხარეთა მიერ გარიგებაზე ხელმოწერის მომენტიდან წარმოიშობა უძრავ ნივთზე რეგისტრაციის მოთხოვნის უფლება; ბ. მხარეებს არ მოუწევთ უძრავ ნივთზე საჯარო რეესტრიდან ამონაწერისა და ყადაღის ცნობის აღება, რადგან ეს ინფორმაცია ადგილზევე იქნება ელექტრონულ ბაზაში, რომელსაც დოკუმენტაციის მიღებამდე გადაამოწმებს მარეგისტრირებელი ორგანოს უფლებამოსილი პირი; გ. სარეგისტრაციო სამსახურის უფლებამოსილ პირს ევალება, მხოლოდ განსაზღვროს, განკარგავს თუ არა ნივთს მისი მესაკუთრე და დადასტუროს გარიგებაზე ხელმოწერის ფაქტი. ამ შემთხვევაში დადასტურებას გულისხმობს სარეგისტრაციოდ დოკუმენტის მიღება (და არა სპეციალური აქტის შედგენა). ამ გზით კანონმდებელმა გარიგების შინაარსზე პასუხისმგებლობა მთლიანად გარიგების მხარეებს დააკისრა.<sup>43</sup> იურიდი-

40 თოთლაძე, ლ., (2018). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, მუხლი 172, წიგნი მე-2, თბ., 80.

41 სამოქალაქო კოდექსი, საკანონმდებლო ცვლილება, 2019 წ. 20 სექტემბრის კანონი №5013-ის.

42 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2019 წლის 13 თებერვლის №5013-ის კანონზე.

განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2006 წლის 8 დეკემბრის №3879-

43 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2006 წლის 8 დეკემბრის №3879-

ულ ლიტერატურაში არის მოსაზრება, რომ ამ ცვლილებით საფრთხე დაემუქრა სამართლებრივ უსაფრთხოებასა და სტაბილურობას. ამიტომ პირები სიფრთხილეს იჩენენ და უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ გარიგებებს კვლავ ნოტარიუსებთან ამოწმებენ. რეგისტრირებულ გირავნობასა და იპოთეკასთან დაკავშირებით გაუქმდა ხელშეკრულების სანოტარო წესით დამოწმების წესიც, რაც მრავალი პრობლემის მიზეზი შეიძლება გახდეს.<sup>44</sup>

ამასთან, სსკ-ში არ იყო დადგენილი ბინათმესაკუთრეთა ამხანაგობის ცნება და ფორმები. ასევე, არაეფექტურად განიხილებოდა ბინათმესაკუთრეთა ამხანაგობის ინსტიტუტი, საქმიანობის წარმართვის წესის გათვალისწინებით. ამიტომ 2007 წლის 11 ივლისს მიიღეს კანონი „ბინათმესაკუთრეთა ამხანაგობის შესახებ“, რისი მიზანიც იყო ბინათმესაკუთრეთა ამხანაგობის მიერ საკუთარი ქონების ექსპლუატაციისა და განვითარებისთვის ეფექტური სამართლებრივი პირობების უზრუნველყოფა. ამან ლოგიკურად განაპირობა სამოქალაქო კოდექსში მრავალბინიან სახლში ბინის საკუთრების მომწესრიგებელი ნორმების (210-232-ე მუხლები) გაუქმება.<sup>45</sup>

შემდეგ სსკ-ში გვხვდება სხვისი საკუთრებით შეზღუდული სარგებლობის საშუალებები: აღნაგობა, სერვიტუტი და უზუფრუქტი. 2010 წლამდე აღნაგობის ვადა მხარეთა შეთანხმებით არ უნდა ყოფილიყო 59 წელზე მეტი. თუმცა 2010 წლის 27 აპრილს სსკ-ში შევიდა საკანონმდებლო ცვლილება<sup>46</sup> და გაიზარდა ეს ვადა, კერძოდ, განისაზღვრა, რომ აღნაგობის ვადა არ უნდა აღემატებოდეს 99 წელს (სსკ-ის 233-ე მუხლის მე-3 ნაწილი).

2005 წლის 30 ივნისს ცვლილება შეეხო გირავნობას. მანამდე რედაქცია შეიცავდა მხოლოდ „მოთხოვნაზე“ მითითებას და არ

კონკრეტდებოდა, იყო ეს მოთხოვნა ფულადი თუ არაფულადი (254-ე მუხლის პირველი ნაწილი). საკანონმდებლო ცვლილებით დაბუსტდა, რომ მოძრავი ნივთის ან არამატერიალური ქონებრივი სიკეთის გამოყენება შესაძლებელია როგორც ფულადი, ისე არაფულადი მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალებად. ამასთან, კანონმდებელი ძველ რედაქციაში არ გამოყოფდა მფლობელობით და რეგისტრირებულ გირავნობას, მაგრამ საკანონმდებლო ცვლილების საფუძველზე, კოდექსში უშუალოდ აისახა გირავნობის ეს სახეები.<sup>47</sup> ასევე, 2006 წლის 29 დეკემბერს სსკ-ში შევიდა ცვლილება, რომელიც შეეხო სატრანსპორტო საშუალების გირავნობას. საქმე ისაა, რომ მანამდე მოძრავ ნივთს, მათ შორის მექანიკურ სატრანსპორტო საშუალებას, არეგისტრირებდა საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო, თუმცა ამ ქონებაზე უფლებრივი შეზღუდვა შეიძლება იმავდროულად დაერეგისტრირებინა საქართველოს შინაგან საქმეთა ორგანოებს. შესაბამისად, აშკარად იკვეთებოდა სახელმწიფო ორგანოების ფუნქციების პარალელიზმი და დუბლირება. ამიტომ საკანონმდებლო ცვლილებით მექანიკურ სატრანსპორტო საშუალებებზე გირავნობის მარეგისტრირებელ ორგანოდ (საჯარო რეესტრის ნაცვლად) იქცა შინაგან საქმეთა სამინისტროს შესაბამისი სტრუქტურული ერთეული.<sup>48</sup> ამდენად, ავტომანქანებსა და სხვა სატრანსპორტო საშუალებებზე გირავნობის წარმოშობისთვის დადგინდა სანოტარო წესით დამოწმებული საბუთისა და მისი რეგისტრაციის აუცილებლობა სსიპ – საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს მომსახურების სააგენტოში (სსკ-ის 258-ე მუხლის მე-4 ნაწილი).

ამავე დროს, კანონმდებელმა სსკ-ის 254-ე მუხლს დაამატა მე-4 ნაწილი იმის შესახებ, რომ გირავნობა, რომელიც არაფულად მოთხოვნას უზრუნველყოფს, მხოლოდ მაშინ განიხილება ნამდვილად, თუ ის

11ს კანონზე.  
 44 ქანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 38.  
 45 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2007 წლის 11 ივლისის N5278-რს კანონზე.  
 46 „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2010 წლის 27 აპრილის კანონი N2978-ს.

47 ქანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., 34-35.  
 48 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2006 წლის 29 დეკემბრის N4310-რს კანონზე.

შეიძლება ფულადი ფორმით გამოიხატოს.

თუ სსკ-ით განისაზღვრებოდა იპოთეკის წარმოშობა მხოლოდ ვალდებულების უძრავი ნივთის უზრუნველყოფისას, 2008 წლის 30 დეკემბრის „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონით შესაძლებელი გახდა აღნაგობის უფლების იპოთეკით დატვირთვა („საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონის მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტი).<sup>49</sup>

გარდა ამისა, 2007 წლამდე სსკ-ის მე-300 მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, იპოთეკით დატვირთული უძრავი ნივთი შეიძლება გადასულიყო კანონით დადგენილ საფუძველზე კრედიტორის (იპოთეკარის) საკუთრებაში, თუ ეს პირდაპირ გათვალისწინებული იქნებოდა იპოთეკის ხელშეკრულებით. 2013 წლის 25 დეკემბრის ცვლილებით, ამ ნორმით განისაზღვრა, რომ თუ იპოთეკით დატვირთული უძრავი ნივთის მესაკუთრემ გააჩიანურა იპოთეკით უზრუნველყოფილი მოთხოვნის დაკმაყოფილება, იპოთეკით დატვირთული უძრავი ნივთი გადავა კრედიტორის (იპოთეკარის) საკუთრებაში იმ შემთხვევაში, როდესაც კრედიტორი (იპოთეკარი) და იპოთეკით დატვირთული უძრავი ნივთის მესაკუთრე ამაზე ერთობლივ განცხადებას წარადგენენ მარეგისტრირებელ ორგანოში.<sup>50</sup>

სსკ-ში 2010 წლის 1 აპრილიდან ძალაში შევიდა სსკ-ის 302-ე მუხლის მე-3<sup>1</sup> ნაწილი, რომლის თანახმად, კრედიტორისა და მესაკუთრის წერილობითი გარიგებით მხარეებს შეუძლიათ განსაზღვრონ, რომ იპოთეკით დატვირთული უძრავი ნივთის კრედიტორისათვის გადაცემა და რეალიზაცია შეიძლება დაეფუძნოს ნოტარიუსის მიერ გაცემულ სააღსრულებო ფურცელს. ამ დროს მხარეთა შეთანხმება სავალდებულო ფორმით ნოტარიულად დადასტურებას მოითხოვს.

49 „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონი, 2008 წ. 19 დეკემბერი, N820-III.

50 „სსკ-ში ცვლილების შეტანის“ შესახებ, 2013 წლის 25 დეკემბერი, N1864-რს; შოთაძე, თ., (2011). იპოთეკა, როგორც საბანკო კრედიტის უზრუნველყოფის საშუალება, სადოქტორო დისერტაცია, თბ., 2011, 178-179.

## ვალდებულებითი სამართალი

სსკ-ში შემდეგი წიგნი ეძღვნება ვალდებულებით სამართალს, რომელსაც აქვს ზოგადი და კერძო ნაწილი. ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი ეხება ვალდებულების ცნებას, ვალდებულების შესრულების, დარღვევის, შეწყვეტის საფუძველს და სხვა.

ქართველმა კანონმდებელმა ვალდებულებითი სამართლის წიგნი დაიწყო ვალდებულების ცნებით. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში – გსკ-ის) გამოცდილების გათვალისწინებით, ანალოგიური იდეა აისახა სსკ-ის 316-ე პირველ ნაწილში, რომლის მიხედვით, „ვადებულების ძალით კხედიტორი უფლებამოსილია, მოსთხოვოს მოვადეს ხაიმე მოქმედების შესრულება. შესრულება შეიძლება გამოიხატოს მოქმედებისგან თავის შეკავებაშიც“.<sup>51</sup>

კანონმდებელმა გაითვალისწინა ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი, რომელიც, ძირითადად, ხელშეკრულების დადებისა და შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებების ფორმით გვხვდება. თუმცა, ამავე დროს, ხელშეკრულების თავისუფლებაში შეიძლება მოიაზრებოდეს ხელშეკრულების ტიპისა და ფორმის თავისუფლებებიც. მიუხედავად ამ თავისუფლების ფართო არეალისა, ის იზღუდება ხელშეკრულების დადების იძულების წესით, ანუ „კონტრაქტების იძულებით“. ასევე, ხელშეკრულების თავისუფლება შეზღუდულია ხელშეკრულების დადების აკრძალვით. მაგალითად, შრომის კოდექსის მიხედვით, იკრძალება არასრულწლოვანთან შრომითი ხელშეკრულების დადება ისეთი სამუშაოების განსახორციელებლად, რომლებიც სათამაშო ბიზნესს, ღამის გასართობ დაწესებულებებს, ეროტიკული და პორნოგრაფიული პროდუქციის, ფარმაცევტული და ტოქსიკური ნივთიების დამზადებას, გადაზიდვასა და რეალიზაციას უკავშირდება (შრომის კოდექსის მე-10 მუხლის მე-4 ნაწილი).

51 ზოიძე, ბ., (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბილისი, 276.

ამასთან, ხელშეკრულების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლება იზღუდება იმპერატიული ნორმებით. საქმე ისაა, რომ ამ ნორმების საფუძველზე, მხარეთა მიერ განსაზღვრულ პირობებს შეიძლება არ ჰქონდეთ იურიდიული ძალა, თუ მათი შინაარსი დაუნერვლ ან დაუნერილ სამართლებრივ წესრიგს ეწინააღმდეგება; ამასთან, იმპერატიული ნორმები აწესებს გარკვეულ შეზღუდვებს და უზრუნველყოფს, რომ ხელშეკრულების დადების პროცესი კანონის მოთხოვნებს პასუხობდეს.<sup>52</sup>

2006 წლის 8 დეკემბრის საკანონმდებლო ცვლილებით<sup>53</sup> სსკ-ის 323-ე მუხლი შეიცვალა და დადგინდა, რომ „ხელშეკრულება, რომლითაც ერთი მხარე იღებს მოვალეობას, უძრავი ნივთზე საკუთრება გადასცეს სხვას ან შეიძინოს იგი, უნდა დაიდოს წერილობით.“ ამ ცვლილებამდე სავალდებულო იყო ასეთი ხელშეკრულების სანოტარო წესით დამოწმება.

ვალდებულებითი სამართლის კერძო ნაწილში შედის სამი კარი: სახელშეკრულებო სამართალი, კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები და დელიქტური ვალდებულებები.

სახელშეკრულებო სამართალში გათვალისწინებულია ნასყიდობის, გაცვლის, ჩუქების, თხოვების, სესხისა და სხვა ხელშეკრულებები. მათ, ძირითადად, არ შეეხება ცვლილებები, თუმცა იყო რამდენიმე ხელშეკრულება, რომელთა მომწესრიგებელმა ნორმებმა მოდიფიცირება განიცადა. მაგალითად, 2011 წლამდელი რედაქციით, ლიზინგის ხელშეკრულებით ლიზინგის გამცემს ევალებოდა, ლიზინგის მიმღებისთვის გადაეცა გარკვეული ქონება სარგებლობის მიზნით შეთანხმებით დათქმული ვადით, ლიზინგის მიმღები მოვალე იყო, საზღაური გადაეხადა დადგენილი პერიოდულობით. ლიზინგის გამცემის მოვალეობა იყო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული

ქონების დამზადება ან შეძენა. ლიზინგის ხელშეკრულებით ლიზინგის მიმღებს შეიძლება დაეკისროს მოვალეობა ან მიენიჭოს უფლება, ხელშეკრულების ვადის გასვლის შემდეგ შეიძინოს ან დაიქირავოს ლიზინგის საგანი, თუ ხელშეკრულება საგნის სრული ამორტიზაციით არ მთავრდება. 2011 წლის 19 აგვისტოს კანონპროექტის მიხედვით, ცვლილებას განიცდის „ლიზინგის“ ცნება და ზუსტდება, რომ ლიზინგის მიმღებს ქონება გადაეცემა ამ ქონების შესყიდვის უფლებით ან ასეთი უფლების გარეშე. ამასთან, ყალიბდება სპეციალური პირობები, რომელთა დაცვითაც ხდება ლიზინგის მიმღების მიერ საზღაურის გადახდა შესაბამისი პერიოდულობით. ლიზინგის საგანს არ შეიძლება წარმოადგენდეს ფული, ფასიანი ქაღალდი, წილი ან პაი სამეწარმეო საზოგადოებაში (სსკ-ის 576-ე მუხლი). კანონპროექტით დაწვრილებით რეგულირდება ლიზინგის მიმღების უფლებები, განისაზღვრება ქონების მიღების პროცედურებიც.<sup>54</sup> ამდენად, ამ გზით დაიხვეწა ლიზინგთან დაკავშირებული კერძოსამართლებრივი რეგულაციები და ისინი უფრო სრულყოფილად ჩამოყალიბდა.

ასევე, 2018 წელს სესხს შეეხო საკანონმდებლო ცვლილება, რომლითაც მხარეებს მიენიჭათ შესაძლებლობა, სესხისთვის შეთანხმებით გაითვალისწინონ პროცენტი. იპოთეკით უზრუნველყოფილ სესხის ხელშეკრულებაში აუცილებელია მხარეთა შეთანხმებით განსაზღვრული ყოველთვიური საპროცენტო განაკვეთი. ამასთან, კანონმდებელმა დაადგინა ზღვარი, რომ 50%-ს არ უნდა აღემატებოდეს შეთანხმებით სესხისთვის პროცენტის განსაზღვრისას სესხის წლიური ეფექტური საპროცენტო განაკვეთი. იპოთეკით უზრუნველყოფილ სესხის ხელშეკრულებაში მხარეთა შეთანხმებით ასახული ყოველთვიური საპროცენტო განაკვეთი, სესხით სარგებლობასთან დაკავშირებული ხარჯების (სანოტარო წესით იპოთეკის დამოწმებისა და იპოთეკის რე-

52 სვანაძე, გ., (2014). ხელშეკრულების თავისუფლება, წიგნში: „სახელშეკრულებო სამართალი“, რედ. გ. ჯუღელი, თბ., 102-105.  
 53 „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2006 წლის 8 დეკემბრის N3879-III კანონი.

54 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2011 წლის 13 ოქტომბრის №5119 კანონზე.

გისტრაციის ხარჯების გამოკლებით) ჩათვლით, არ უნდა იყოს საქართველოს ეროვნული ბანკის ოფიციალურ ვებგვერდზე ყოველთვიურად გამოქვეყნებული კომერციული ბანკების მიერ გაცემული სესხების საბაზრო საპროცენტო განაკვეთების წინა კალენდარული წლის საშუალო არითმეტიკულის 2.5-მაგი ოდენობის 1/12-ზე მეტი. ამავე მუხლის მე-2 ნაწილით განსაზღვრული მოთხოვნა მოქმედებს ყველა სახის სესხზე, მე-3 ნაწილის მიხედვით, კი – მხარეთა შეთანხმებით დადგენილი ყოველთვიური საპროცენტო განაკვეთის წლიური ოდენობის მიმართ.<sup>55</sup>

სსკ-ში ფაქტობრივად კანონმდებელმა ცალ-ცალკე კარებში მოათავსა კანონისმიერი ვალდებულებები და დელიქტური ვალდებულებები, ამით კი კანონისმიერ ვალდებულებათა წრეში არ გააერთიანა დელიქტური ვალდებულებები. თუმცა დელიქტურ ვალდებულებებსაც არასახელშეკრულებო ხასიათი აქვს. ამიტომ შეიძლება ითქვას, რომ არასახელშეკრულებო ვალდებულებებში შედის კანონისმიერი და დელიქტური ვალდებულებები. კანონმდებელი კანონისმიერ ვალდებულებებში აერთიანებს საზიარო უფლებებს, დავალების გარეშე სხვისი საქმეების შესრულებასა და კონდიციციებს. კანონისმიერი ვალდებულებებიდან საზიარო უფლებების ერთ-ერთ მუხლს შეეხო საკანონმდებლო ცვლილება, რომლის თანახმად, თუ კანონით უშუალოდ არაა დადგენილი, წილის გაყიდვისას მხარეთა შეთანხმებით შეიძლება დანარჩენი მოწილეების უფლება განისაზღვროს უპირატეს შესყიდვაზე (სსკ-ის 959-ე მუხლი).

რაც შეეხება დელიქტურ ვალდებულებებს, ის მოიცავს ორ თავს: პირველი თავი ეხება დელიქტური ვალდებულებების ზოგად დებულებებს (სსკ-ის 992-მუხლიდან 1008-ე მუხლის ჩათვლით), ხოლო მეორე – ნუნდებული პროდუქტიდან გამომდინარე დელიქტურ ვალდებულებებს (სსკ-ის 1009-ე მუხლიდან 1016-ე მუხლის ჩათვლით). დე-

ლიქტური ვალდებულებების ზოგად დებულებებში ჯერ წარმოდგენილია გენერალური დელიქტი (სსკ-ის 992-ე მუხლი), შემდეგ – სპეციალური დელიქტები.

ბრალეული პასუხისმგებლობის გენერალური წესი (სსკ-ის 992-ე მუხლი), ძირითადად, გერმანული მონესრიგებისგან განსხვავდება. გსკ-ის 823-ე მუხლი ჩამოთვლის რამდენიმე პირად სიკეთეს და შემდეგ მიუთითებს „სხვა სიკეთეების“ შელახვისას ზიანის ანაზღაურების წესის გამოყენებაზე. ფრანგული მიდგომის მსგავსად, ქართველი კანონმდებელიც სსკ-ის 992-ე მუხლში არ ჩამოთვლის კონკრეტულ უფლებებსა თუ სიკეთეებს. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1382-ე და 1383-ე მუხლების მიხედვით, ხელმყოფმა უნდა აუნაზღაუროს დაზარალებულს მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედებით მიყენებული ზიანი.<sup>56</sup> გენერალურ დელიქტთან შედარებით, განსხვავებულ თავისებურებებს ითვალისწინებს სპეციალური დელიქტები. ამასთან, სსკ-ში გვხვდება ბრალის გარეშე დელიქტური პასუხისმგებლობის შემთხვევები, როდესაც მომეტებული საფრთხის წყაროს გამოყენებით დადგება ზიანი. ესაა, მაგალითად, ავტოსატრანსპორტო საშუალების ექსპლუატაციის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურება (სსკ-ის 999-ე მუხლი), ნაგებობიდან გამომდინარე დელიქტური პასუხისმგებლობა (სსკ-ის მე-1000 მუხლი), ასევე, შენობის ჩამოქცევით დამდგარი ზიანის ანაზღაურება (სსკ-ის 1004-ე მუხლი).

ამავე დროს, საკანონმდებლო ცვლილებით შეიცვალა სსკ-ის 1009-ე მუხლიდან 1016-ე მუხლის ჩათვლით ნორმები. თუ ძველი რედაქციით იყო უხარისხო პროდუქტით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურება, ამჯერად „უხარისხო პროდუქტი“ ჩანაცვლდა ტერმინით „ნუნდებული პროდუქტი“. ამით ქართველმა კანონმდებელმა გაიზიარა ევროკავშირის დირექტივა და ამერიკული ტერმინოლოგიის გავლენით პრო-

55 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2018 წლის 21 ივლისის №3315 კანონზე.

56 შუად. ბათლიძე, გ. (2015), ბრალეული ქმედებით გამოწვეული პასუხისმგებლობა დელიქტურ სამართალში, IV, ჟურნალი „ქართული ბიზნეს სამართლის მიმოხილვა“, 24-25.



დუქტის ნუნში გამოკვეთა ისეთი საფრთხე, რომელსაც გონივრული თვალსაზრისით არ მოელოს დაზარალებული და რომელიც ემუქრება მომხმარებლის სიცოცხლეს, ჯანმრთელობას ან ქონებას.<sup>57</sup> ქართულ კანონმდებლობაში ტერმინ „ნუნდებული პროდუქტის“ შემოღება გამართლებულია წუნის შინაარსის გათვალისწინებით.

### ინტელექტუალური საკუთრების სამართალი

სამოქალაქო კოდექსში მე-4 წიგნი არის „ინტელექტუალური საკუთრების სამართალი“, რომელიც მოიცავს საავტორო სამართლისა და სამრეწველო საკუთრების სამართალს.

1999 წელს მიღებულ იქნა კანონი „საავტორო და მომიჯნავე უფლებების შესახებ“, რამაც განაპირობა სსკ-ში ცვლილების შეტანის აუცილებლობა. კერძოდ, პარალელური ნორმების არსებობა რომ გამორიცხულიყო, 1999 წელს სამოქალაქო კოდექსიდან ამოღებულ იქნა საავტორო ქონებრივი და პირადი არაქონებრივი უფლებების, ასევე, მათი მომიჯნავე უფლებების მომწესრიგებელი ნორმები მთლიანად. დღესდღეობით სსკ-ში დარჩენილია მე-5 წიგნი „ინტელექტუალური საკუთრების სამართლის“ სახელწოდებით, მაგრამ ის შეიცავს საავტორო სამართლისა და სამრეწველო საკუთრების მომწესრიგებელი კანონის შესახებ მხოლოდ მითითებით ნორმებს.<sup>58</sup> მაგალითად, სსკ-ის 1017-ე მუხლით დადგენილია, რომ „საავტორო და მომიჯნავე უფლებების შესახებ“ კანონი იცავს საავტორო ქონებრივ თუ პირად არაქონებრივ უფლებებსა და მათ მომიჯნავე უფლებებს. დაახლოებით ანალოგიურ მითითებებს შეიცავს სამრეწველო საკუთრების ნორმები (1000-1005-ე მუხლები). შესაბამისად, ამ საკითხებთან დაკავშირებით აუცილებელია სპეციალური ნორმების გამოყენება.

57 იხ. ბიჭია, მ. (2020), კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, მე-3 გამოცემა, თბ., 515-517.  
58 ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 33-34.

როგორც ჩანს, საქართველომ გაიზიარა ევროპული ქვეყნების გამოცდილება. სახელდობრ, გერმანია და საფრანგეთი სამოქალაქო კოდექსში არ ითვალისწინებს ინტელექტუალური საკუთრების მომწესრიგებელ წიგნს. თავიდანვე ეს დარგი ჩამოყალიბდა სპეციალური ნორმატიული აქტების სახით. ანალოგიურადაა მოწესრიგებული ეს საკითხი შვეიცარიაში. მიუხედავად ამისა, სამოქალაქო კოდექსი ვრცელდება ცალკეულ ურთიერთობებზეც. მაგალითად, ზოგიერთი საავტორო ხელშეკრულება გერმანიაში რეგულირდება სახელშეკრულებო სამართლის ზოგადი ნორმებითა და სასამართლო პრაქტიკით.<sup>59</sup>

### საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის პირველი მუხლის მიხედვით, კანონმდებელმა საოჯახო სამართალი მოაქცია სამოქალაქო სამართლის სისტემაში, როცა მისი მოწესრიგების საგნად გამოაცხადა პირთა თანასწორობაზე დამყარებული კერძო ხასიათის საოჯახო ურთიერთობებიც. მათი თავისებურებები არაა საკმარისი ცალკე კოდექსის შესაქმნელად.<sup>60</sup> ამ გზით საქართველომ ფაქტობრივად დაარღვია საოჯახო სამართლის ცალკე საკანონმდებლო რეგულირების 70-წლიანი საბჭოთა ტრადიცია და იგი დააბრუნა სამოქალაქო კოდექსში.<sup>61</sup>

ცალკე განხილვის საგნად იქცა ადრეულ ასაკში ქორწინება, ასევე, იძულებითი ქორწინებაც. ბავშვის უფლებათა დაცვის კომიტეტის (CRC) მოწოდებით, ქორწინების მინიმალური ასაკი უნდა გაზრდილიყო 18 წლამდე. შესაბამისად, შევიდა სამოქალაქო კოდექსში ცვლილება და განისაზღვრა, რომ გარდამავალ პერიოდში 17 წელს მიღწეული არასრულწლოვნის ქორწინება და-

59 ზოიძე, ბ., (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 183-184.  
60 ზოიძე, ბ., (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 182.  
61 ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., 6.

საშვები იყო მისი ნებით და მხოლოდ სასამართლოს თანხმობით, ისეთი პატივსაცემი მიზეზის არსებობის შემთხვევაში, როგორცაა ბავშვის დაბადება. თუმცა ამ დებულებამ ძალა დაკარგა 2017 წლის 1 იანვრიდან.<sup>62</sup> ამის შემდეგ სამოქალაქო კოდექსის საოჯახო სამართლის ნორმებში შევიდა ცვლილება, რომლის თანახმად, ქორწინება დაიშვა 18 წლის ასაკიდან, მაგრამ სამოქალაქო კოდექსის ზოგად ნაწილში მაინც გვხვდება 18 წლამდე ქორწინების შესაძლებლობის შესახებ წესი. სავარაუდოდ, ამ შემთხვევაში უნდა იყოს გამოსაყენებელი როგორც უახლესი წესი, ისე სპეციალური ნორმა და მხოლოდ 18 წლიდან უნდა იყოს დასაშვები ქორწინება.<sup>63</sup>

ამასთან, 1998 წლიდან საქართველოში საფუძველი ჩაეყარა შვილობილობის ინსტიტუტს, როცა პრეზიდენტმა მიიღო ბრძანებულება უდემამო ბავშვთა მიმართ სახელმწიფოებრივი მხარდაჭერის ღონისძიებების შესახებ. ბრძანებულებით მოწესრიგდა ხელშეკრულების საფუძველზე აღმზრდელებისთვის ბავშვების გადაცემის საკითხი. 1999 წელს მიღებულ იქნა კანონი „ობოლ და მზრუნველობამოკლებულ ბავშვთა შვილობილად აყვანის შესახებ“, რომელმაც საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად რვა წელი იარსება. საბოლოოდ ამას მოჰყვა 2007 წლის 18 დეკემბერს კანონის „მინდობით აღზრდის შესახებ“ მიღება, 2009 წლის 18 დეკემბერს კი „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ ცალ-ცალკე არსებული კანონების გაერთიანება ერთ აქტში.<sup>64</sup> თუმცა ეს კანონი გაუქმდა 2017 წლის 4 მაისს, მაშინ, როცა მიღებულ იქნა კანონი „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“,<sup>65</sup> რომლითაც

უფრო დეტალურად მოწესრიგდა შვილება-სა და შვილობილობასთან დაკავშირებული ურთიერთობები.

სამოქალაქო კოდექსში მეექვსე წიგნი მიეძღვნა მემკვიდრეობის სამართალს. მან დაარეგულირა კანონისმიერ და ანდერძისმიერი მემკვიდრეობის თავისებურებები. მემკვიდრეობის სამართალი ითვალისწინებს ხუთი რიგის კანონით მემკვიდრეთა წრეს:

პირველ რიგს განეკუთვნება გარდაცვლილის შვილები, ასევე, გარდაცვლილის შვილი, რომელიც მისი სიკვდილის შემდეგ დაიბადა, მეუღლე, მშობლები (მშვილებლები). კანონმდებელი ნაშვილებსა და მის შთამომავლებს, როგორც მშვილებლის ან მისი ნათესავების მემკვიდრეებს ათანაბრებს მშვილებლის შვილებსა და მათ შთამომავლებთან; მეორე რიგის მემკვიდრეები არიან გარდაცვლილის დები და ძმები; მესამე რიგის კანონით მემკვიდრეებად მოიაზრებენ ბებიასა და პაპას, ბებიის დედ-მამასა და პაპის დედ-მამას, როგორც დედის, ისე მამის მხრიდან; მეოთხე რიგში აერთიანებენ ბიძებს (დედის ძმა და მამის ძმა), დეიდებსა და მამიდებს; მეხუთე რიგის მემკვიდრეები არიან ბიძაშვილები, დეიდაშვილები და მამიდაშვილები, ხოლო როცა ისინი არ არიან ცოცხალი, მაშინ მათი შვილები (სსკ-ის 1336-ე მუხლი).<sup>66</sup> ასევე, მნიშვნელოვანია, რომ თუ წინა რიგის ერთ-ერთი მემკვიდრე მაინც ცოცხალია, შემდეგი რიგის მემკვიდრეებზე არ გადადის გარდაცვლილის ქონება (სსკ-ის 1337-ე მუხლი).

სამოქალაქო კოდექსი იცნობს ანდერძით მემკვიდრეობასაც. ფიზიკურ პირს აქვს უფლება, გარდაცვალების დროისთვის თავისი ქონება მთლიანად ან მისი ნაწილი დაუტოვოს ერთ ან რამდენიმე პირს. ამ შემთხვევაში ანდერძის თავისუფლება არაა შეზღუდული ანდერძით მემკვიდრეთა სუბიექტური შემადგენლობით და მოანდერძეს შეუძლია ანდერძით მემკვიდრედ დაასახელოს როგორც მემკვიდრე, ისე გარეშე პირის (სსკ-ის 1344-ე მუხლი). რაც შეეხება მოანდერძეს, ის უნდა აკმაყოფილებდეს კა-

62 განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2015 წლის 15 დეკემბრის №4649-რს კანონზე.

63 იხ. ბიჭია, მ., (2018). კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, მეორე გამოცემა, თბ., 345-346.

64 შენგელია, რ., შენგელია, ე., (2011). საოჯახო სამართალი: თეორია და პრაქტიკა, მე-2 გამოც., თბ., 395-397.

65 „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ კანონი, 2017 წ. 14 მაისი, N746-III.

66 „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ საქართველოს 2007 წლის 18 დეკემბრის კანონი, № 5624.

ნონისმიერ მოთხოვნებს: მოანდერძე უნდა იყოს სრულწლოვანი, ქმედუნარიანი პირი, რომელსაც ანდერძის შედგენისას შეუძლია გონივრულად განსაჯოს საკუთარი ქმედება და ნათლას გამოავლინოს თავისი ნება (სსკ-ის 1345-ე მუხლი).

სსკ-ის 1357-ე მუხლის მე-2 ნაწილით განსაზღვრული იყო, რომ სანოტარო ფორმის დროს ანდერძი უნდა შეედგინა და ხელი მოეწერა მოანდერძეს და ანდერძი დაედასტურებინა ნოტარიუსს, ხოლო იქ, სადაც ნოტარიუსი არაა, ანდერძის დადასტურება ევალებოდა თვითმმართველოს ადგილობრივ ორგანოს. 2020 წელს ეს წესი შეიცვალა და 1357-ე მუხლის მე-2 ნაწილიდან ამოღებულ იქნა ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოს მიერ დოკუმენტის სანოტარო დამოწმების შესაძლებლობა, რადგან კოდექსი აღნიშნულს არ ითვალისწინებს. ამასთან, კოდექსის მიღების თანადროულად, შესაბამისი ცვლილება შევიდა „ნოტარიატის შესახებ“ საქართველოს კანონში, რომელშიც არაა ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოს მიერ სანოტარო დოკუმენტის დამოწმების შესაძლებლობა განსაზღვრული.<sup>67</sup>

### კერძო სამართლის სხვა დარგები

კერძო სამართლის სპეციალური დარგების ფარგლებში საინტერესოა როგორც შრომის სამართლის, ისე საკორპორაციო სამართლის რამდენიმე ასპექტი.

საბჭოური რეჟიმის დაშლამ განაპირობა თავისუფლების წინა პლანზე წამოწევა, რის შედეგადაც საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციამ აღიარა შრომის თავისუფლება, 1997 წელს კი შრომის კანონთა კოდექსს შეეხო საკანონმდებლო ცვლილებები და უარყოფილ იქნა იძულებითი შრომა. ამასთან, მიიღეს სპეციალური კანონები „პროფესი-

ული კავშირების შესახებ“, „კოლექტიური ხელშეკრულებისა და შეთანხმების შესახებ“ და „კოლექტიური შრომითი დავის მონესრიგების წესის შესახებ“.<sup>68</sup> შესაბამისად, მათი დახმარებით შეიქმნა შრომითი უფლებების დაცვის დამატებითი მექანიზმები.

თუმცა 2006 წელს მიღებულ იქნა ახალი შრომის კოდექსი, რომლითაც ძალადაკარგულად გამოცხადდა ყველა ზემოთ დასახელებული ნორმატიული აქტი, გარდა „პროფესიული კავშირების შესახებ“ კანონისა. თუ შრომითი ხელშეკრულება შეიცავდა ისეთ პირობას, რომელიც კოდექსთან შედარებით დამსაქმებლის უფლებრივი მდგომარეობის გაუარესებას გამოიწვევდა, ის 2006 წლამდე მოქმედი შრომის კანონთა კოდექსის ძალით, განიხილებოდა ბათილად. 2006 წლის შრომის კოდექსში უხვად იყო დისპოზიციური ნორმები, რომლებიც შრომითი ურთიერთობის სუბიექტებს აძლევდათ ფართო უფლებამოსილებას, განესაზღვრათ შრომის კოდექსისგან განსხვავებული შრომითი პირობა, თუნდაც დასაქმებულის მდგომარეობა გაუარესებინა. თუმცა ეს საერთაშორისო შრომის სტანდარტებს არ შეესაბამებოდა. ამიტომ საჭირო იყო უფრო მეტი საკანონმდებლო ცვლილება შრომის კოდექსში. 2010 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის საფუძველზე შრომის კოდექსის სტატუსს ცვლილება შეეხო და ორგანული კანონი გახდა. ასევე, 2013 წელს შრომის კოდექსში შევიდა ძირეული ცვლილებები, შედეგად შრომითი ურთიერთობები ახლებურად მოწესრიგდა. ამით ქართული შრომის სამართალი გადავიდა ისტორიული განვითარების სრულიად ახალ საფეხურზე.<sup>69</sup> მაგალითად, შეიზღუდა განსაზღვრული ვადით შრომითი ხელშეკრულების მაქსიმალური ვადაც. კერძოდ, თუ შრომითი ხელშეკრულება 30 თვეზე მეტი ვადითაა დადებული, მიიჩნევა, რომ დადებულია უვადო შრომითი ხელშეკრულებ-

67 საქართველოს 2020 წლის 15 ივლისის კანონი N6989; „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ (რეგისტრაციის № 07-2/447/9, ინიცირებული ვარიანტი, განმარტებითი ბარათი).

68 შველიძე, ზ., (2018). თავი პირველი, წიგნი: „საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები“, თბ., 22.

69 შველიძე, ზ., (2018). თავი პირველი, წიგნი: „საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები“, თბ., 22-23.

ბა. ასევე, როცა შრომითი ხელშეკრულება დადებულია რამდენჯერმე, ჯამში 30 თვეზე მეტი ვადით და აღნიშნულ ხელშეკრულებებს შორის 60 დღეზე ნაკლები წყვეტაა, მიიჩნევა, რომ დადებულია უვადო შრომითი ხელშეკრულება<sup>70</sup> (საქართველოს შრომის კოდექსის მოქმედი რედაქციის მე-12 მუხლის მე-4 ნაწილი).

შრომითი ხელშეკრულებების მიმდევრობით დადება გულისხმობს იმას, რომ არსებული შრომითი ხელშეკრულება გაგრძელდა მისი ვადის ამოწურვისთანავე ან შემდეგი ვადიანი ხელშეკრულება გაფორმდა პირველი შრომითი ხელშეკრულების ვადის გასვლიდან სამოცი დღის განმავლობაში. ამდენად, შრომითი ხელშეკრულება რომ უვადოდ ჩაითვალოს, ამის ერთადერთი საფუძველი ვერ იქნება შეთანხმებაში მისი განუსაზღვრელი ვადით მოქმედების განსაზღვრა. ამ შემთხვევაში გასათვალისწინებელია მხარეთა შორის არსებული ურთიერთობების საერთო ხანგრძლივობა და ხელშეკრულებების დადების თარიღებს შორის პერიოდებიც. შესაბამისად, როცა გაფორმებული ხელშეკრულებების ვადები ზემოთ დასახელებული ნორმით დადგენილ ხანგრძლივობას შეესაბამება, მაშინ ასეთი შრომითი ხელშეკრულება უნდა ჩაითვალოს უვადოდ.<sup>71</sup> სასამართლო პრაქტიკაც ამას ადასტურებს, რომ დღესდღეობით ეს ნორმა წარმოადგენს დასაქმებულისთვის საკუთარი ინტერესების დაცვის ძალიან კარგ საშუალებას. ეს წინგადადგმული ნაბიჯი იყო დასაქმებულის ინტერესების სასარგებლოდ.

ვადიანი სამუშაოს შესახებ ევროპის სოციალური პარტნიორობის თაობაზე ჩარჩოშეთანხმება – ევროდირექტივა 1999.70/EC ევროკავშირის ქვეყნების კანონმდე-

ბელობას მკაცრ საზღვრებს უდგენს.<sup>72</sup> განუსაზღვრელი ვადით დადებული ხელშეკრულებები არის და იქნება შრომითი ურთიერთობების ძირითადი ფორმა, თუმცა გარკვეული გარემოებები და ურთიერთობები ითხოვს ვადიანი შრომითი ხელშეკრულებების დადებას, რაც საჭიროებს დამსაქმებლისა და დასაქმებულის ინტერესების გათვალისწინებას. შესაბამისად, უვადო შრომითი ურთიერთობების მაკვალიფიცირებელი კრიტერიუმია ვადიანი ხელშეკრულებების მრავალჯერადობა და განგრძობადობა. ამით შრომის კოდექსი დაუახლოვდა ევროკავშირის მოთხოვნებს დასაქმებისა და სოციალური პოლიტიკის სფეროში, შეიქმნა ვადიანი ხელშეკრულებების ბოროტად გამოყენების თავიდან აცილებისა და კონტროლის კარგი მექანიზმი.<sup>73</sup>

რაც შეეხება საკორპორაციო სამართალს, საყურადღებოა, რომ გრძელვადიანი განხილვების შედეგად საქართველომ გაითვალისწინა ევროპული გამოცდილება და 70-წლიანი საბჭოთა პრაქტიკის შემდგომ, 1994 წელს მიიღო კანონი „მენარმეთა შესახებ“.<sup>74</sup> თუმცა კანონში რამდენიმეჯერ შევიდა მნიშვნელოვანი ცვლილება. ქართული საკორპორაციო სამართლის გამიჯვნის ტენდენცია ცხადი იყო 1999 წელს და 2005 წელს. მაგალითად, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრს შეეძლო ხელმეორედ არჩეულიყო მომავალში. ზოგიერთი ავტორის აზრით, ქართული კანონმდებლობა ამ ნიშნით იზიარებდა აშშ-ის „კორპორაციების შესახებ კანონის“ მოწესრიგებას. 2008 წელს გატარდა მნიშვნელოვანი საკანონმდებლო ცვლილებები, კერძოდ, საკორპორაციო სამართლის სისტემა იყო ორსაფეხურიანი და ის შეიცვალა შერეული, ორსაფეხურიანი

70 ორგანული კანონი „საქართველოს შრომის კოდექსი“, მუხლი მე-12, პუნქტი 3-4, 17/12/2010, №4113-რს.

71 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 24 თებერვლის №ას-1237-2021 გადაწყვეტილება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 12 ნოემბრის №ას-785-2021 გადაწყვეტილება.

72 Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, Official Journal L 175, 10/7/1999.

73 ქარდავა, ე., (2018). საქართველოს შრომის სამართლის რეფორმა ევროპული ინტეგრაციისა და ასოცირების შეთანხმების მოთხოვნათა ჩრდილში, სალოქტორო დისერტაცია, თბილისი, გვ. 103, 106.

74 ჭანტურია, ლ., ნინიძე, თ., (2002), „მენარმეთა შესახებ“ კანონის კომენტარი, მე-3 გამოცემა, თბილისი, 3.

და ერთსაფეხურიანი კორპორაციული მართვის ელემენტებით.<sup>75</sup>

2008 წლის 14 მარტს „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონში შეტანილი ცვლილების მიხედვით, ძირეულად შეიცვალა ქართული კორპორაციების რეგულირების რეჟიმი. ცვლილებამდელი რედაქციით სავალდებულო იყო სააქციო საზოგადოებაში სამეთვალყურეო საბჭოს არსებობა, შპს-ის დროს კი ამ ორგანოს არსებობა ფაკულტატურ ხასიათს ატარებდა. ცვლილებებით მკვეთრად შემცირდა შპს-ის მომწესრიგებელი ნორმები. კანონმდებელმა მენარმე სუბიექტებს მისცა ფართო უფლებამოსილება, მნიშვნელოვანი საკითხები დაერეგულირებინათ წესებით. ამის შემდეგ სამეთვალყურეო საბჭოზე მითითება შპს-ში საერთოდ გაქრა.<sup>76</sup>

ფაქტობრივად შიდაკორპორაციული ურთიერთობების სხვადასხვა ასპექტზე წინა რედაქციის საკანონმდებლო ვაკუუმსა და პარტნიორთა ინტერესების დაცვის გამომიგნულ საშუალებებს ხშირად ჩიხამდე მიჰყავდა შიდაორგანიზაციული საკითხები, ასევე, რთულდებოდა სამართალშეფასების პროცესი საქართველოში. ეს თავისთავად ქმნიდა ინვესტორთა ნიჰილისტურ განწყობას, რაც ქვეყნის ეკონომიკურ მდგომარეობაზეც არასახარბიელოდ აისახებოდა. ცხადი გახდა, რომ აუცილებელი იყო ქართული სამართალი მიახლოებოდა ევროკავშირის სუპრაციონალურ საკორპორაციო სამართალს. შესაბამისად, 2017 წელს შეიქმნა სამუშაო ჯგუფი, რომელმაც შრომატევადი სამუშაოს შემდგომ 2020 წელს წარმოადგინა „მენარმეთა შესახებ“ კანონის ახალი რედაქცია.<sup>77</sup> საქმე ისაა, რომ ახალი კანონის მიღებამდე მენარმეები სერიო-

ზულ პრობლემებს აწყდებოდნენ ხოლმე, რადგან ხშირად პარტნიორები ვეღარ იყენებდნენ კანონით მათთვის მინიჭებულ შესაძლებლობას; წესდებები ზოგადი ხასიათის იყო და არ აწესრიგებდა მთელ რიგ მნიშვნელოვან საკითხებს, კანონი კი არ ითვალისწინებდა მათ შესახებ რეგულაციებს. ამან განაპირობა „მენარმეთა შესახებ“ საქართველოს ახალი კანონის პროექტის მომზადება, რომლის მიზანი იყო სამენარმეო ურთიერთობებში კანონის როლის გაძლიერება, შიდაკორპორაციული ურთიერთობების უფრო დეტალური მოწესრიგება და, სამენარმეო თავისუფლების ხელშეწყობასთან ერთად, ამ სფეროში გამჭვირვალობის ზრდა. კანონპროექტმა დაარეგულირა ინტერესთა კონფლიქტის, კეთილსინდისიერების მოვალეობის, სამენარმეო საზოგადოებიდან პარტნიორის გარიცხვის/გასვლის, საზოგადოების რეორგანიზაციისა და ლიკვიდაციის შესახებ საკითხები და სხვა მნიშვნელოვანი ცვლილებები. კანონპროექტის მიხედვით, შემოღებულ იქნა დისპოზიციური ნორმები, რომლებიც მხარეებს მისცემს კორპორაციული ურთიერთობების უკეთესად დარეგულირების შესაძლებლობას, ხოლო ცალკეული საკითხების წესდებით მოუწესრიგებლობისას იარსებებს შესაბამისი ნორმა, რაც თავიდან აგვაცილებს საკანონმდებლო ვაკუუმს. შესაბამისად, ეს მიდგომა ითვალისწინებს თანამედროვე სტანდარტებს, ასევე, ევროკავშირსა და საქართველოს შორის დადებული ასოცირების შეთანხმების მოთხოვნებს.<sup>78</sup> ამასთან, ჩანს, რომ კანონი „მენარმეთა შესახებ“ აშშ-ის საკორპორაციო სამართალს დაუახლოვდა დისპოზიციური ნორმების დანერგვით, რის შესაძლებლობასაც გერმანია არ იძლევა.<sup>79</sup>

75 ბაქაქური, ნ., გელტერი, მ., ცერცვაძე, ლ., ჯუღელი, გ., (2019). საკორპორაციო სამართალი, თბ., 19; გერმანიაში კორპორაციული მართვის სისტემაზე იხ. Bichia, M., (2022). Several Legal Peculiarities of the Regulation of Business Environment in Germany, Journal "Law and World", Vol. 8, Issue 1, 56.

76 ბაქაქური, ნ., გელტერი, მ., ცერცვაძე, ლ., ჯუღელი, გ., (2019). საკორპორაციო სამართალი, თბ., 73.

77 ბურდული, ი., მახარობლიშვილი, გ. და სხვები, (2021). საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 46-47.

78 „მენარმეთა შესახებ“ კანონპროექტი (რეგისტრაციის №07-3/29/10, ინიცირებული ვარიანტი, განმარტებითი ბარათი).

79 ბურდული, ი., (2012). თანამედროვე ქართული საკორპორაციო სამართალი (მოკლე მიმოხილვა), წიგნში: რომან შენგელიას საიუბილეო კრებული: სამართლის პრობლემები, თბ., 227.

## დასკვნა

როგორც კვლევამ ცხადყო, ქართულ კერძო სამართალში განხორციელებული ძირეული რეფორმები შეეხო როგორც სამოქალაქო სამართალს, ისე კერძო სამართლის სხვა სპეციალურ დარგებს. მათი ძირითადი მიზანი იყო საბჭოური წესებისგან განთავისუფლება, ევროპულ სტანდარტებთან მიახლოება და ეროვნული კანონმდებლობის დახვეწა. დღეს მოქმედ სამოქალაქო კანონმდებლობას თუ შევუდარებთ 90-იან წლებამდელ ან თუნდაც 1997 წლის რედაქციით არსებულ მოცემულობას, ფაქტობრივად, საკანონმდებლო ცვლილებებით დღევანდელი ქართული კერძო სამართალი ძალიან განსხვავდება 25-30 წლის წინანდელი ქართული კერძო სამართლისაგან.

დადგინდა, რომ ქართული კერძო სამართალი დაეფუძნა გერმანულ კონცეფციას, რომლის თანახმად, არსებობს ზოგადი კერძო სამართალი (სამოქალაქო სამართალი) და კერძო სამართლის სპეციალური დარგები. სამოქალაქო სამართალი მოიცავს ექვს წიგნს: ზოგად დებულებებს, სანივთო სამართალს, ვალდებულებით სამართალს, ინტელექტუალური საკუთრების სამართალს, საოჯახო სამართალსა და მემკვიდრეობის სამართალს. სამართლებრივი რეფორმების შედეგად სამოქალაქო სამართლის ზოგადი დებულებები უფრო მეტად დაუახლოვდა ევროპულს, თუმცა აქა-იქ ჩანს ამერიკული სამართლის გავლენაც. მაგალითად, ეს შეიძლება ითქვას გამოხატვის თავისუფლების ნაწილში განხორციელებულ საკანონმდებლო ცვლილებაზე.

სანივთო სამართლიდან ცვლილებები შეეხო უძრავი ნივთის შეძენის წესს, რის შედეგადაც ნასყიდობის ხელშეკრულების წერილობით დადება და საკუთრების უფლების რეგისტრაცია საჯარო რეესტრში საკმარისად ჩაითვალა. ამ საკანონმდებლო ცვლილების დეტერმინანტი, ძირითადად, იყო უძრავი ნივთის შეძენის გამარტივება, ხარჯებისა და ბიუროკრატიული მექანიზმების შემცირება. თუმცა შედეგად პრაქტიკამ აჩვენა სამართლებრივი უსაფრთხოების

დაცვის საჭიროება. ამდენად, მიზანშეწონილია უძრავი ნივთის შეძენის ფორმასთან დაკავშირებული წესის გადახედვა.

ასევე, შეიცვალა გირავნობისა და იპოთეკის მომწესრიგებელი ნორმები. ცვლილებები შეეხო როგორც ვალდებულებით სამართალს, ისე საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალს. ცხადი გახდა, რომ საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობა ცდილობდა გერმანული მიდგომების გაზიარებას. თუმცა ზოგიერთ წესსთან დაკავშირებით სხვა გამოცდილება იყო გათვალისწინებული. მაგალითად, სსკ-ის 992-ე მუხლის სტრუქტურა ჩამოყალიბდა ისევე, როგორც ეს საფრანგეთშია. ამასთან, საკორპორაციო სამართალში დაინერგა დისპოზიციური ნორმები და ამით აშშ-ის მიდგომას დაუახლოვდა. მიუხედავად ამისა, ფაქტია, რომ საქართველოს კანონმდებლობის ევროპეიზაცია დაეფუძნა, ძირითადად, გერმანიის გამოცდილების გაზიარებას. საბოლოო ჯამში, შეიძლება ითქვას, რომ ცვლილებების დიდი უმეტესობა პროგრესულია და კანონმდებლობის დახვეწას ისახავდა მიზნად.

საყურადღებოა ქართული შრომისა და სამეწარმეო სამართლის მოდიფიცირებაც. ამ სფეროებშიც განსაკუთრებული ყურადღება მიექცა თავისუფლების პრინციპის დაცვას. ფაქტობრივად, განხორციელებული სამართლებრივი რეფორმებით, ქართულ კერძო სამართალში გათვალისწინებულია ევროპული გამოცდილება, რამაც ქართული კერძო სამართალი დაახლოვა ევროპულ სამართალს. ამდენად, ქართული კერძო სამართლის განვითარების პროცესში განსაკუთრებულია გერმანული კოლეგების როლიც როგორც კონსულტაციების, ისე მნიშვნელოვანი სახელმძღვანელოების შექმნის კუთხით. ამან დიდწილად სასამართლო პრაქტიკის განვითარებასაც შეუწყო ხელი.

აქვე საყურადღებოა, რომ ბოლო ათწლეულებში ინტენსიურ ხასიათს იძენს კანონმდებლობის უნიფიცირების ტენდენცია, რის შედეგადაც შესაძლებელი გახდა კონტინენტური ევროპის ერთიან

კერძოსამართლებრივ სივრცედ განხილვა საერთოევროპულ თუ ევროკავშირის, ისევე როგორც საერთაშორისო დონეზე.<sup>80</sup> მართალია, ქართულმა კერძო სამართალმა დიდი და საინტერესო გზა განვლო, ეცადა, ევროპულ სტანდარტებს დაახლოებოდა, მაგრამ სამართლის უნიფიკაციის პრო-

80 იხ. კერესელიძე, დ., (2007). ევროპული კოდიფიკაციებისა და კანონმდებლობის უნიფიკაციის საერთაშორისო ინსტრუმენტების გავლენა საქართველოს კერძო სამართლის განვითარებაზე, ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, 8.

ცესმა საქართველოზეც იქონია გავლენა. საქართველო მიიჩნევა კონტინენტური ევროპის სამართლის ოჯახის წევრად და ბუნებრივიცაა, რომ ევროპისკენ აქვს გეზი აღებული. ბოლო რამდენიმე წლის საკანონმდებლო ცვლილება თუ მიდგომები ადასტურებს, რომ ნელ-ნელა შემოდის ევროპული თუ საერთაშორისო სამართლის ესა თუ ის ელემენტი ქართულ კერძო სამართალში. ამ გზით საქართველოც ჩაება სამართლის უნიფიკაციის პროცესში.

Mikheil Bichia

## SOME FEATURES OF THE DEVELOPMENT OF GEORGIAN PRIVATE LAW FROM THE 90S TO THE PRESENT DAY

**Mikheil Bichia**

*Doctor of Law, visiting lecturer at TSU, professor of European University*

**KEYWORDS: Private Law, Development, Legislative Changes, European Law**

### ABSTRACT

The presented article is dedicated to the trends of development of Georgian private law from the 90s to our days. In the scientific work are considered several essential legal reforms in the direction of both general private law and special branches of private law (labor law, corporate law). Accordingly, the article explores the grounds for legislative changes, their negative and positive sides.

The purpose of the research is, first of all, to determine what are the features of common law and the law of continental Europe, then to determine which of them were reflected in the legislative chang-

es implemented in Georgian private law, and with what specificity. Accordingly, the article analyzes the tendencies of private law development in Georgia with regard to legal reforms. The research confirms that most of the legislative changes served as a departure from Soviet rules, which was considered as a difficult

task. At the same time, the reforms were aimed at bringing them closer to European standards and improving national legislation, although it became clear that the implementation of separate changes was based on the influence of American law too.

## ბიბლიოგრაფია:

### ნორმატიული მასალა:

1. Association agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member states, of on the one part, and Georgia, 27 June 2014 (In English)
2. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2020 წ. 14 ივლისის №6814 კანონზე.
3. საქართველოს 2020 წლის 15 ივლისის კანონი N6989; განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ (რეგისტრაციის № 07-2/447/9, ინიცირებული ვარიანტი, განმარტებითი ბარათი)
4. სამოქალაქო კოდექსი, საკანონმდებლო ცვლილება, 2019 წ. 20 სექტემბრის კანონი N5013-ის.
5. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2019 წლის 18 სექტემბრის N4956 კანონზე.
6. ორგანული კანონი „საქართველოს შრომის კოდექსი“, მუხლი მე-12, პუნქტი 3-4, 17/12/2010, №4113-რს.
7. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2018 წლის 21 ივლისის კანონი №3315.
8. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2015 წლის 15 დეკემბრის №4649-რს კანონზე.
9. „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ კანონი, 2017 წ. 14 მაისი, N746-III.
10. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2015 წლის 20 მარტის კანონი, N3339.
11. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“, 2013 წლის 25 დეკემბერი, კანონი N1864-რს;
12. „მენარმეთა შესახებ“ კანონპროექტი (რეგისტრაციის №07-3/29/10, ინიცირებული ვარიანტი, განმარტებითი ბარათი).
13. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“, 2010 წლის 27 აპრილის კანონი N2978-ის.

## BIBLIOGRAPHY:

### Normative material and explanatory cards:

1. Association agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member states, on the one hand, and Georgia, 27 June 2014 (In English)
2. Explanatory card “On making changes to the CCG”, 2020 On July 14 Law No. 6814. (In Georgian)
3. Law of Georgia of July 15, 2020 N6989; Explanatory card “On making changes to the CCG” (registration No. 07-2/447/9, initiated option, explanatory card) (In Georgian)
4. Civil Code, legislative amendment, 2019 Law of September 20 N5013-I. (In Georgian)
5. Explanatory card on the Law N4956 of September 18, 2019 “On Changes in the Civil Code”. (In Georgian)
6. Organic Law “Labor Code of Georgia”, Article 12, Clause 3-4, 17/12/2010, No. 4113-rs. (In Georgian)
7. Explanatory card “On Amendments to the Civil Code” Law No. 3315 of July 21, 2018. (In Georgian)
8. Explanatory card on Law No. 4649 of December 15, 2015 “On Changes in the Civil Code”. (In Georgian)
9. “On Adoption and Foster Care” Law, 2017 May 14, N746-II. (In Georgian)
10. Explanatory card “On Amendments to the Civil Code”, Law of March 20, 2015, N3339. (In Georgian)
11. Explanatory card “On the change in the Civil Code”, December 25, 2013, Law N1864. (In Georgian)
12. Draft Law “On Entrepreneurs” (Registration No. 07-3/29/10, initiated option, explanatory card). (In Georgian)
13. Explanatory card “On changes in the Civil Code”, Law N2978-I of April 27, 2010. (In Georgian)



14. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“, 2009 წლის 3 ნოემბრის კანონი N1964.
15. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში დამატების შეტანის შესახებ“ 2008 წლის 14 მარტის N5919 კანონზე.
16. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“ 2007 წლის 11 ივლისის N5278-რს კანონზე;
17. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში ცვლილებების შეტანის შესახებ, №07-2/248/6, 10.07.2006, განმარტებითი ბარათი.
18. საქართველოს 2007 წლის 18 დეკემბრის კანონი, სამოქალაქო კოდექსში ცვლილების შესახებ, № 5624.
19. „საინვესტიციო ფონდების შესახებ“ კანონი (რეგისტრაციის №07-2/453/9, ინიცირებული ვარიანტი, განმარტებითი ბარათი)
20. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“, 2006 წლის 8 დეკემბრის N3879-III კანონზე.
21. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“, 2006 წლის 14 დეკემბრის №3967 კანონზე.
22. სსკ., 2006 წლის 8 დეკემბრის საკანონმდებლო ცვლილება, N3879-III.
23. „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონი, 2008 წ. 19 დეკემბერი, N820-III.
24. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შესახებ“, 2006 წლის 29 დეკემბრის N4310-რს კანონზე.
25. განმარტებითი ბარათი „სსკ-ში ცვლილების შეტანის შესახებ“ (№ 07-2/343/7, ინიცირებული ვარიანტი, განმარტებითი ბარათი).
14. Explanatory card “On Amendments to the Civil Code”, Law N1964 of November 3, 2009. (In Georgian)
15. Explanatory card on the Law N5919 of March 14, 2008 “On making additions to the CCG”. (In Georgian)
16. Explanatory card on the Law N5278 of July 11, 2007 “On Changes in the Civil Code”. (In Georgian)
17. On amendments to the Civil Code of Georgia, No. 07-2/248/6, 10.07.2006, explanatory card. (In Georgian)
18. The Law of December 18, 2007 on Amendments to the Civil Code of Georgia, No. 5624. (In Georgian)
19. “On Investment Funds” Law (Registration No. 07-2/453/9, initiated option, explanatory card). (In Georgian)
20. Explanatory card on the Law N3879-II of December 8, 2006 “On changes in the Civil Code”. (In Georgian)
21. Explanatory card on the Law No. 3967 of December 14, 2006 “On Changes in the Civil Code”. (In Georgian)
22. SSC, legislative amendment of December 8, 2006, N3879-II. (In Georgian)
23. “On Public Registry” Law, 2008 December 19, N820-II. (In Georgian)
24. Explanatory card on the Law N4310 dated December 29, 2006 “On changes in the Civil Code”. (In Georgian)
25. Explanatory card “On making changes to the CCG” (No. 07-2/343/7, initiated option, explanatory card). (In Georgian)

**სასამართლო გადაწყვეტილებები:**

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2001 წლის 20 ივნისის N3კ/461-01 გადაწყვეტილება.
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2007 წლის 26 ივნისის Nას-132-475-07 გადაწყვეტილება.
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 24 თებერვლის Nას-1237-2021 გადაწყვეტილება;
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 12 ნოემბრის Nას-785-2021 გადაწყვეტილება.

**Court decisions:**

1. Decision N3k/461-01 of June 20, 2001 of the Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Chamber of the Supreme Court of Georgia. (In Georgian)
2. Decision No. 132-475-07 of the Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Chamber of the Supreme Court of Georgia dated June 26, 2007. (In Georgian)
3. Decision No. As-1237-2021 of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated February 24, 2022. (In Georgian)
4. Decision No. As-785-2021 of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated November 12, 2021. (In Georgian)

**სამეცნიერო ლიტერატურა:**

1. Bichia, M., (2022). Several Legal Peculiarities of the Regulation of Business Environment in Germany, Journal "Law and World", Vol. 8, Issue 1, p. 56. (In English)
2. Brouwer R., (2018). On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches to Legal Unity, 34(1), Utrecht Journal of International and European Law, p. 53. (In English)
3. Chanturia, L., (2010). Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? In Rabels Zeitschrift, Band 74, Heft 1, S. 154-181. (In German)
4. Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, Official Journal L 175, 10/7/1999. (In English)
5. Dainow, J. (1966). The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15 (3), pp. 424-425. (In English)
6. European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European data protection, Belgium, 2014, pp. 118-119. (In English)
7. Kennedy, D. (2002). The Politics and Methods of Comparative Law, The Common Core of European Private Law, Essays on the Project, Mattei U., Bussani M. (eds.), Hague, p. 143. (In English)
8. Hopt K. J., Reuter D. (2001). Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, Heymanns, S. 2-4. (In German)
9. Kötz, H. (1993). Europäische Juristenausbildung, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1, S. 268 ff. (In German)
10. Perner St., Spitzer, M., Kodek, G. (2014). Bürgerliches Recht, Lernen, Üben, Wissen, 4. Auflage, Wien, S. 4. (In German)
11. Rüthers B., Stadler, A. (2009). Allgemeiner Teil des BGB, 16. Auflage, Beck, München, Rn.2 ff. (In German)
12. Zimmermann, R. (2006). Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 179, Berlin, 2006, S. 19, 47. (In German)
13. BVerfGE 123, 267 ff. (In German)
14. Кнйпер Р. (2005), Закон и история, перевод с немецкого З. М. Ногайбай, Издательское объединение „Номос“, Баден-Баден/

**Scientific literature:**

1. Bichia, M., (2022). Several Legal Peculiarities of the Regulation of Business Environment in Germany, Journal "Law and World", Vol. 8, Issue 1, p. 56. (In English)
2. Brouwer R., (2018). On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches to Legal Unity, 34(1), Utrecht Journal of International and European Law, p. 53. (In English)
3. Chanturia, L., (2010). Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? In Rabels Zeitschrift, Band 74, Heft 1, S. 154-181. (In German)
4. Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, Official Journal L 175, 10/7/1999. (In English)
5. Dainow, J. (1966). The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15 (3), pp. 424-425. (In English)
6. European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European data protection, Belgium, 2014, pp. 118-119. (In English)
7. Kennedy, D. (2002). The Politics and Methods of Comparative Law, The Common Core of European Private Law, Essays on the Project, Mattei U., Bussani M. (eds.), Hague, p. 143. (In English)
8. Hopt K. J., Reuter D. (2001). Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Member States der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, Heymanns, S. 2-4. (In German)
9. Kötz, H. (1993). Europäische Juristenausbildung, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1, S. 268 ff. (In German)
10. Perner St., Spitzer, M., Kodek, G. (2014). Bürgerliches Recht, Lernen, Üben, Wissen, 4. Auflage, Wien, S. 4. (In German)
11. Rüthers B., Stadler, A. (2009). Allgemeiner Teil des BGB, 16. Auflage, Beck, München, Rn.2 ff. (In German)
12. Zimmermann, R. (2006). Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 179, Berlin, 2006, S. 19, 47. (In German)
13. BVerfGE 123, 267 ff. (In German)
14. Kniper, P., (2005), Law and history, translation from German Z. M. Nogaibai, Publishing

- Алматы, 205. (in Russian).
15. ბათლიძე, გ., (2015), ბრალეული ქმედებით გამოწვეული პასუხისმგებლობა დელიქტურ სამართალში, IV, ჟურნალი „ქართული ბიზნეს სამართლის მიმოხილვა“, 24-25.
  16. ბაქაქური, ნ., გელტერი, მ., ცერცვაძე გ., ჯულელი, გ. (2019). საკორპორაციო სამართალი, თბ., 19, 73.
  17. ბიჭია, მ. (2020). კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, მე-3 გამოცემა, თბ., 515-517.
  18. ბიჭია, მ., (2020). საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-181 მუხლის სტრუქტურული ანალიზი, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, N1, pp. 65-66.
  19. ბიჭია, მ. (2018). კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები, მეორე გამოცემა, თბ., 345-346, 351-352.
  20. ბიჭია, მ., (2017). პირადი უფლებების ხელყოფისთვის არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების ქართული მოდელის შესაბამისობა ევროპულ სტანდარტებთან, „სამართლის ჟურნალი“, N1, pp. 23-25;
  21. ბიჭია, მ. (2012). პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბ., 180-181, 330.
  22. ბურდული, ი., მახარობლიშვილი გ. და სხვები (2021). საკორპორაციო სამართლის სახელმძღვანელო, თბ., 46-47.
  23. ბურდული, ი., (2012). თანამედროვე ქართული საკორპორაციო სამართალი (მოკლე მიმოხილვა), წიგნში: რომან შენგელიას საიუბილეო კრებული: სამართლის პრობლემები, თბ., 227.
  24. კერესელიძე დ., (2007). ევროპული კოდიფიკაციებისა და კანონმდებლობის უნიფიკაციის საერთაშორისო ინსტრუმენტების გავლენა საქართველოს კერძო სამართლის განვითარებაზე, ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, 8.
  25. კინწურაშვილი, თ., რამიშვილი, ლ., კოტეტიშვილი, (2005). გამოხატვის თავისუფლება, მე-2 ტომი, თბ., 20.
  26. ყალიჩავა, კ., (2017). ქართული ადმინისტრაციული სამართლის ევროპეიზაცია ევროინტეგრაციის ქრილში – წარსულის გამოცდილება და მომავლის პერსპექტივები, „სამართლის ჟურნალი“, N2, 289.
  27. ხუბუა, გ. (2004). სამართლის თეორია, თბ., 132.
  28. ჯორბენაძე, ს. (1994). საქართველოს რესპუბლიკის მომავალი სამოქალაქო კოდექსის ძირითადი პრობლემები, სამართლის რეფორმა საქართველოში, თბ., 139.
  - Association “Nomos”, Baden-Baden/Almaty, 205. (in Russian).
  15. Batlidze, G., (2015), Liability caused by a guilty act in tort law, IV, Journal of “Georgian Business Law Review”, pp. 24-25. (In Georgian)
  16. Bakakuri, N., Gelteri, M., Tsertsvadze G., Jugheli, G. (2019). Corporate Law, Tbilisi, p. 19, 73. (In Georgian)
  17. Bichia, M., (2020). Legal Obligation- al Relations, 3-nd ed., Tbilisi, pp. 515-517. (In Georgian)
  18. Bichia, M., (2020). Structural Analysis of Article 181 of Civil Code of Georgia, “Justice and Law”, N1, pp. 65-66. (In Georgian)
  19. Bichia, M., (2018). Legal Obligational Relations (Handbook), 2-nd ed., Tbilisi, pp. 345-346, 351-352. (In Georgian)
  20. Bichia, M., (2017). The Georgian Model of Compensation of Non-property damage for Violating Personal Rights in Line with European standards, “Journal of Law”, №1, pp. 23-25. (In Georgian)
  21. Bichia, M., (2012). Protection of personal life according to civil law of Georgia, Tbilisi, pp. 180-181, 330. (In Georgian)
  22. Burduli, I., Makharoblishvili, G. and others, (2021). Handbook of corporate law, Tbilisi, pp. 46-47. (In Georgian)
  23. Burduli, I., (2012). Modern Georgian corporate law (brief review), in the book: Roman Shengelia’s Jubilee Collection: Problems of Law, Tbilisi, p. 227. (In Georgian)
  24. Kereselidze D., (2007). Influence of European Codifications and International Instruments of Unification of Legislation on the Development of Georgian Private Law, Georgian Law Review, Special Edition, p. 8. (In Georgian)
  25. Kintsurashvili, T., Ramishvili, L., Kotetishvili, I., (2005). Freedom of Expression, Volume 2, Tbilisi, p. 20. (In Georgian)
  26. Kalichava, K., (2017). Europeanization of Georgian administrative law in terms of European integration - past experience and future perspectives, “Journal of Law”, N2, 289. (In Georgian)
  27. Khubua, G. (2004). Theory of Law, Tbilisi, p. 132. (In Georgian)
  28. Jorbenadze, S. (1994). The main problems of the future civil code of the Republic of Georgia, law reform in Georgia, Tbilisi, p. 139. (In Georgian)
  29. Chanturia, L. (2017). Commentary on the Civil Code, Article 55, B. I, Tbilisi, pp. 324-325. (In Georgian)

29. ჭანტურია, ლ. (2017). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, მუხლი 55, წიგნი I, თბ., 324-325.
30. ჭანტურია, ლ. (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 14-15.
31. ჭანტურია, ლ., ნინიძე, თ. (2002). „მეწარმეთა შესახებ“ კანონის კომენტარი, მე-3 გამოცემა, თბილისი, 3.
32. ნინიძე, თ. (2013). სამოქალაქო კოდექსის პირველი მუხლის სტრუქტურა, აკაკი ლაბარტყავას 80 წლისადმი მიძღვნილ საიუბილეო კრებულში (რედ. ჭანტურია ლ.), თბ., 167-169.
33. ზარანდია, თ. (2016). სანივთო სამართლის საფუძვლები, თბ., 207-217.
34. ზარანდია, თ. (2018). სამეზობლო სამართალი და კერძო სამართლებრივი თემის ვალდებულების შინაარსი ქართულ სამართალში, „სამართლის ჟურნალი“, N2, 6, 17.
35. ზოიძე, ბ. (2016) საკუთრების უფლების ევოლუცია ქართულ სამართალში, 2015 წლის 5-6 ნოემბრის საერთაშორისო კონფერენციის მოხსენებების კრებული: „საკუთრება და სამართლებრივი სტაბილურობა: საკუთრების ცნების ტრანსფორმაცია“, თბ., 107-120.
36. ზოიძე, ბ. (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში, თბ., 15, 18, 182, 276.
37. თოთლაძე, ლ. (2018). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, მუხლი 172, წიგნი მე-2, თბ., 80.
38. შოთაძე, თ. (2011). იპოთეკა, როგორც საბანკო კრედიტის უზრუნველყოფის საშუალება, სადოქტორო დისერტაცია, თბ., 178-179.
39. სვანაძე, გ. (2014). ხელშეკრულების თავისუფლება, წიგნში: „სახელშეკრულებო სამართალი“, რედ. გ. ჭუღელი, თბ., 102-105.
40. ჭანტურია, ლ. (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., 6, 20-21, 30-31, 33-38, 43.
41. შენგელია, რ., შენგელია, ე. (2011). საოჯახო სამართალი: თეორია და პრაქტიკა, მე-2 გამოცემა, თბ., 395-397.
42. შველიძე, ზ. (2018), თავი პირველი, წიგნი: „საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, თბ., 22-23.
43. ქარდავა, ე. (2018). საქართველოს შრომის სამართლის რეფორმა ევროპული ინტეგრაციისა და ასოცირების შეთანხმების მოთხოვნათა ქრილში, სადოქტორო დისერტაცია, თბილისი, გვ. 103, 106.
30. Chanturia, L. (2011). General part of civil law, Tbilisi, pp. 14-15. (In Georgian)
31. Chanturia, L., Ninidze, T. (2002). Commentary on the Law “On Entrepreneurs”, 3rd edition, Tbilisi, p. 3. (In Georgian)
32. Ninidze, T. (2013). The structure of the first article of the Civil Code, in the collection of articles dedicated to the 80th anniversary of Akaki Labartkava (ed. Chanturia L.), Tbilisi, pp. 167-169. (In Georgian)
33. Zarandia, T. (2016). Fundamentals of property law, Tbilisi, pp. 207-217. (In Georgian)
34. Zarandia, T. (2018). Neighborhood law and the content of civil tolerance obligation in Georgian law, “Journal of Law”, N2, p. 6, 17. (In Georgian)
35. Zoidze, B. (2016) Evolution of the right to property in Georgian law, a collection of reports of the international conference of November 5-6, 2015: “Property and legal stability: transformation of the concept of property”, Tbilisi, p. 107. (In Georgian)
36. Zoidze, B. (2005). Reception of European private law in Georgia, Tbilisi, pp. 15, 18, 182, 276. (In Georgian)
37. Totladze, L. (2018). Commentary on the Civil Code, Article 172, B. 2, Tbilisi, p. 80. (In Georgian)
38. Shotadze, T. (2011). Mortgage as a means of securing bank credit, doctoral dissertation, Tbilisi, pp. 178-179. (In Georgian)
39. Svanadze, G. (2014). Freedom of contract, in the book: “Contract Law”, ed. Jugel G., Tbilisi, pp. 102-105. (In Georgian)
40. Chanturia, L. (2011). General part of civil law, chapter, Tbilisi, pp. 6, 20-21, 30-31, 33-38, 43. (In Georgian)
41. Shengelia, R., Shengelia, E. (2011). Family Law: Theory and Practice, 2nd Edition, Tbilisi, pp. 395-397. (In Georgian)
42. Shvelidze, Z. (2018), Chapter one, In: “Georgian labor law and international labor standards, ed. Bakakuri N., Tordia T., Shvelidze Z., Tbilisi, 2018, pp. 22-23. (In Georgian)
43. Kardava, E. (2018). Reform of the Georgian labor law in terms of the requirements of the European integration and association agreement, doctoral dissertation, Tbilisi, p. 103, 106. (In Georgian)

## NOTES:

1. Kennedy, D., (2002). The Politics and Methods of Comparative Law, The Common Core of European Private Law, Essays on the Project, Mattei U., Bussani M. (eds.), Hague, p. 143. (In English)
2. in detail see Chanturia, L., (2010). Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? In Rabels Zeitschrift, Band 74, Heft 1, S. 154-181. (In German)
3. Zimmermann, R., (2006). Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 179, Berlin, S. 47. (In German)
4. Kötz, H., (1993). Europäische Juristenausbildung, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1, 1993, 268 ff. (In German)
5. Zimmermann, R., (2006). Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 179, Berlin, S. 19. (In German)
6. Khubua, G. (2004). Theory of Law, Tbilisi, p. 132. (In Georgian)
7. Dainow, J., (1966). The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison, The American Journal of Comparative Law, Vol. 15 (3), p. 424-425. (In English)
8. Brouwer, R., (2018). On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches to Legal Unity, Utrecht Journal of International and European Law, 34(1), p. 53. (In English)
9. BVerfGE 123, 267 ff.; Kalichava, K., (2017). Europeanization of Georgian administrative law in terms of European integration - past experience and future perspectives, "Journal of Law", N2, 289. (In Georgian)
10. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, pp. 20-21. (In Georgian)
11. Zoidze, B., (2005). Reception of European private law in Georgia, Tbilisi, p. 15-18. (In Georgian)
12. Jorbenadze, S., (1994). The main problems of the future civil code of the Republic of Georgia, law reform in Georgia, Tbilisi, p. 139. (In Georgian)
13. Chanturia, L., (2000). Introduction to the general part of civil law of Georgia, Tbilisi, pp. 33-34. (In Georgian)
14. Perner, St., Spitzer, M., Kodek, G., (2014). Bürgerliches Recht, Lernen, Üben, Wissen, 4. Auflage, Wien, 4. (In German)
15. Rütters, B., Stadler, A., (2009). Allgemeiner Teil des BGB, 16. Auflage, Beck, München, Rn.2 ff. (in German); Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, pp. 14-15. (In German)
16. Decision N3k/461-01 of June 20, 2001 of the Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Chamber of the Supreme Court of Georgia. (In Georgian)
17. Decision No. 132-475-07 of the Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Chamber of the Supreme Court of Georgia dated June 26, 2007. (In Georgian)
18. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, p. 43. (In Georgian)
19. Civil Code of Georgia, Legislative Amendment, Law of March 20, 2015, N3339. (In Georgian)
20. Bichia, M., (2018). Legal Obligational Relations (Handbook), 2nd ed., Tbilisi, p. 351-352. (In Georgian)
21. Ninidze, T., (2013). The structure of the first article of the Civil Code, in the collection of articles dedicated to the 80th anniversary of Akaki Labartkava (ed. Chanturia L.), Tbilisi, pp. 167-169. (In Georgian)

22. see Bichia, M., (2017). The Georgian Model of Compensation of Non-property Damage for Violating Personal Rights in Line with European standards, "Journal of Law", №1, pp. 23-25; Bichia, M., (2012). Protection of Personal Life according to Georgian Civil Law, Tbilisi, p. 330. (In Georgian)
23. Kintsurashvili, T., Ramishvili, L., Kotetishvili, I., (2005). Freedom of Expression, Volume 2, Tbilisi, p. 20. (In Georgian)
24. see Bichia, M., (2012). Protection of Personal Life, Accordance with the Civil Law of Georgia, Tbilisi, pp. 180-181. (In Georgian)
25. On the Law N5919 of March 14, 2008 "On Amendments to the Civil Code" (explanatory card). (In Georgian)
26. European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European data protection, Belgium, 2014, 118-119; Bichia, M., (2020). Structural Analysis of Article 181 of Civil Code of Georgia, "Justice and Law", N1, pp. 65-66. (In Georgian)
27. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, pp. 30-31. (In Georgian)
28. Ibid., 36.
29. Explanatory card "On Amendments to the Civil Code", Law No. 3967 of December 14, 2006 (In Georgian)
30. Hopt, K. J., Reuter, D., (2001). Stiftungsrecht in Europa: Eine Einführung, Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Geschäfts der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA, Heymanns, S. 2-4. (In German)
31. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, p. 37. (In Georgian)
32. Amendments to the Civil Code of Georgia, Law N1964 of November 3, 2009. (In Georgian)
33. Law "On Investment Funds" (registration No. 07-2/453/9, initiated option, explanatory card). (In Georgian)
34. Explanatory card "On making changes to the CCG" 2020 On July 14 Law No. 6814. (In Georgian)
35. Chanturia, L., (2017). Commentary on the Civil Code, Article 55, Book I, Tbilisi, pp. 324-325. (In Georgian)
36. Explanatory card on Law No. 4956 of September 18, 2019 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
37. Kniper, R., (2005). Law and History, translated from German Z. M. Nogatbay, Baden-Baden/Almaty, p. 105 (in Russian); Zoidze, B., (2016). Evolution of the right to property in Georgian law, a collection of reports of the international conference of November 5-6, 2015: "Property and legal stability: transformation of the concept of property", Tbilisi, p. 107. (In Georgian)
38. see Zoidze, B., (2016). Evolution of the right to property in Georgian law, a collection of reports of the international conference of November 5-6, 2015: "Property and legal stability: transformation of the concept of property", Tbilisi, pp. 107-120; Zarandia, T., (2016). Fundamentals of commercial law, Tbilisi, pp. 207-217. (In Georgian)
39. Zarandia, T., (2018). Neighborhood law and the content of civil tolerance obligation in Georgian law, "Journal of Law", N2, p. 6, 17. (In Georgian)
40. Totladze, L., (2018). Commentary on the Civil Code, Article 172, Book 2, Tbilisi, p. 80. (In Georgian)
41. Civil Code, legislative amendment, 2019 Law of September 20 N5013-I. (In Georgian)
42. Explanatory card on the Law No. 5013-I of February 13, 2019 "On

- Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
43. Explanatory card on the Law No. 3879-II of December 8, 2006 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  44. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, p. 38. (In Georgian)
  45. Explanatory card on the Law N5278 of July 11, 2007 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  46. Law N2978-I of April 27, 2010 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  47. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, pp. 34-35. (In Georgian)
  48. Explanatory card on the Law N4310 of December 29, 2006 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  49. Law "On Public Registry", 2008 December 19, N820-II. (In Georgian)
  50. On "Amendment to the Civil Code", December 25, 2013, N1864; Shotadze, T., (2011). Mortgage as a means of securing bank credit, doctoral dissertation, Tbilisi, 2011, pp. 178-179. (In Georgian)
  51. Zoidze, B., (2005). Reception of European private law in Georgia, Tbilisi, p. 276. (In Georgian)
  52. Svanadze, G., (2014). Freedom of contract, in: "Contract Law", ed. Jugel G., Tbilisi, pp. 102-105. (In Georgian)
  53. Law N3879-II of December 8, 2006 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  54. Explanatory card on the Law No. 5119 of October 13, 2011 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  55. Explanatory card on the Law No. 3315 of July 21, 2018 "On Changes in the Civil Code". (In Georgian)
  56. Compare Batlidze, G. (2015), Liability caused by a guilty act in tort law, IV, Journal of "Georgian Business Law Review", pp. 24-25. (In Georgian)
  57. See Bichia, M., (2020). Legal Obligational Relations, 3-nd ed., Tbilisi, pp., 515-517. (In Georgian)
  58. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, pp. 33-34. (In Georgian)
  59. Zoidze, B., (2005). Reception of European private law in Georgia, Tbilisi, pp. 183-184. (In Georgian)
  60. Zoidze, B., (2005). Reception of European private law in Georgia, Tbilisi, p. 182. (In Georgian)
  61. Chanturia, L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, p. 6. (In Georgian)
  62. Explanatory card on the Law No. 4649 of December 15, 2015 "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  63. see Bichia, M., (2018). Legal Obligational Relations, 2-nd ed., Tbilisi, pp. 345-346. (In Georgian)
  64. Shengelia, R., Shengelia, E., (2011). Family law: theory and practice, 2nd ed., Tb., pp. 395-397. (In Georgian)
  65. Law "On Adoption and Foster Care", 2017 May 14, N746-II. (In Georgian)
  66. Law of Georgia of December 18, 2007, No. 5624, "On Amendments to the Civil Code". (In Georgian)
  67. Law of Georgia of July 15, 2020 N6989; "On making changes to the CCG" (registration No. 07-2/447/9, initiated option, explanatory card) (In Georgian)
  68. Shvelidze Z., chapter one, In: "Georgian labor law and international labor standards, ed. Bakakuri N., Tordia T., Shvelidze Z., Tbilisi, 2018, p. 22. (In Georgian)
  69. Shvelidze Z., chapter one, book: "Georgian labor law and international labor standards, ed. Bakakuri N., Tordia T., Shvelidze Z., Tbilisi, 2018, pp. 22-23. (In Georgian)

70. Organic Law “Labor Code of Georgia”, Art. 12, Paragraphs 3-4, 17/12/2010, No. 4113-RS. (In Georgian)
71. Decision No. As-1237-2021 of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia of February 24, 2022; Decision No. As-785-2021 of the Civil Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia dated November 12, 2021. (In Georgian)
72. Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP, Official Journal L 175, 10/7/1999.
73. Kardava, E., (2018). Reform of the Georgian labor law in terms of the requirements of the European integration and association agreement, doctoral dissertation, Tbilisi, p. 103, 106. (In Georgian)
74. Chanturia, L., Ninidze, T., (2002), Commentary on the Law “On Entrepreneurs”, 3rd edition, Tbilisi, p. 3. (In Georgian)
75. Bakakuri, N., Gelteri, M., Tsertsvadze, L., Jugheli, G., (2019). Corporate Law, Tbilisi, p. 19. (in Georgian); About corporate system of management in Germany See Bichia, M., (2022). Several Legal Peculiarities of the Regulation of Business Environment in Germany, Journal “Law and World”, Vol. 8, Issue 1, p. 56. (In English)
76. Bakakuri, N., Gelteri, M., Tsertsvadze, L., Jugheli, G., (2019). Corporate Law, Tbilisi, p. 73. (In Georgian)
77. Burduli, I., Makharoblishvili, G. and others, (2021). Handbook of corporate law, Tbilisi, pp. 46-47. (In Georgian)
78. “On entrepreneurs” draft law (Registration No. 07-3/29/10, initiated option, explanatory card). (In Georgian)
79. Burduli, I., (2012). Modern Georgian corporate law (brief review), in the book: Roman Shengelia’s Jubilee Collection: Problems of Law, Tbilisi, p. 227. (In Georgian)
80. Kereselidze, D., (2007). Influence of European Codifications and International Instruments of Unification of Legislation on the Development of Georgian Private Law, Georgian Law Review, Special Edition, p. 8. (In Georgian)



# აგრესიის საკასუხოდ ინტიმურ პარტნიორზე აუცილებელი მოგერიებით ძალადობის კრიმინალიზება. ცუდი კანონი თუ მანკიერი სისხლის სამართლის პრაქტიკა?

## თამარ გეგელია

*სამართლის დოქტორი, კავკასიის უნივერსიტეტის აფილირებული ასოცირებული პროფესორი*

### აბსტრაქტი

წინამდებარე სტატიაში განხილულია აუცილებელი მოგერიება ოჯახური ძალადობის კონტექსტში. ზოგადად ქართულ რეალობაში, მოგერიების საზღვრები ვიწროდ განიმარტება, თუმცა როდესაც თავდაცვითი ძალადობა ოჯახში ხდება, როდესაც აგრესორი ინტიმური პარტნიორია, ხოლო მომგერიებელი – ქალი, ბრალდებული კიდევ უფრო მეტ ბარიერს აწყდება მართლმსაჯულებისას, რასაც გენდერული სტერეოტიპები და ოჯახური ძალადობის მიმართ ტრადიციული ხედვები განაპირობებს. საქართველოში ფემიციდის კუთხით მძიმე მდგომარეობაა: 2021 წელს 22 ქალი მოკლეს, ხოლო 31 ქალის მიმართ მკვლელობა სცადეს.

ქალებს კლავენ ინტიმური პარტნიორები. მკვლელობის წინარე ისტორიები ერთმანეთის მსგავსია. ქალები მიმართავენ პოლიციას ძალადობისგან დაცვის მოთხოვნით, მაგრამ უშედეგოდ. ასეთ შემზარავ რეალობაში, სადაც ქალს მოძალადე პარტნიორისგან არ იცავს სახელმწიფო, ვისი ვალდებულებაცაა ეს, მოგერიების უფლების შეზღუდვა სახელმწიფოს მხრიდან სიცოცხლის და ფიზიკური ხელშეუხებლობის დაცვის ვალდებულების კიდევ ერთი დარღვევაა. ამ რეალობაში, სასამართლოს მხრიდან

მოგერიების უფლების სწორი და თამამი განმარტება აუცილებელია, ერთი მხრივ, მოძალადის დასასუსტებლად და მეორე მხრივ, მომგერიებლის გასაძლიერებლად.

ქართულ რეალობაში ოჯახური ძალადობის გატრივიალურებით და მისი პირად სივრცეში დატოვებით, ქალებს (ტირანი ქმრის/პარტნიორის აგრესიის თმენის დავალდებულებით) მეტი ბარიერები ექმნებათ, რათა სამართალს მიაღწიონ.

სტატიაში ავტორი ცდილობს, სასამართლო პრაქტიკაზე დაკვირვებით აჩვენოს, რომ ინტიმური პარტნიორის აგრესიისგან თავდაცვის უფლება შეზღუდულია ხელოვნური ბარიერებით, ქალი ისჯება აგრესორის დაზიანებისთვის მაშინ, როცა კანონით ის უნდა მართლდებოდეს. ერთეული გამამართლებელი განაჩენები სისტემურ უსამართლობას ვერ ცვლის, თუმცა ავტორის მიზანია ასეთი საგულისხმო განაჩენების ჩვენებაც და ანალიზი, რათა მეტად ადამიანმა გაიგოს სწორი სამოსამართლო განმარტებების შესახებ. ავტორის აზრით, გენდერული ნიშნით დისკრიმინაცია დამახასიათებელია ქართული მართლმსაჯულებისთვის. ავტორი, პრობლემის იდენტიფიცირებითა და სასამართლო გადაწყვეტილებების კრიტიკული ანალიზით, ცდილობს პრობლემის სამართლებრივი გზებით მოწესრიგების ჩვენებას.

**საკვანძო სიტყვები:** აუცილებელი მოგერიება, ნაცემი ქალი, დისკრიმინაცია

## შესავალი

აუცილებელი მოგერიების გამართლება მრავალი მიდგომითაა ახსნილი ფილოსოფიასა თუ სამართლის თეორიაში, მათ შორისაა: კონსეკვენციალიზმი, ორმაგი ეფექტისა და სხვა დოქტრინები.<sup>1</sup> წინამდე-

ბარე სტატიაში მხარდაჭერილია მოგერიების გამართლება ადამიანის უფლებების დაცვის არგუმენტით. ადამიანს აქვს სიცოცხლის, თავისუფლების, ღირსების და სხვა ფუნდამენტური უფლებები, შესაბამისად, აქვს უფლება – დაიცვას ის აგრესიისგან. ეს უფლება აქვს იმიტომ, რომ ადამიანია და ამ უფლებას მას ვერავინ წაართმევს. აგრესიისგან თავდასაცავად ადამიანისთვის აუცილებელი თავდაცვის წართმევა იგივეა, რომ ადამიანი ისჯებოდეს წყლიდან ამოყვინთვისა და ჰაერის ჩასუნთქვის გამო. სწორედ ასეთი მძლავრი ინსტინქტივითაა ნაკარნახევი ადამიანის ძალისხმევა დაიცვას თავი აგრესიისგან, რომელიც მისი დასახიჩრებისკენ, განადგურებისკენ ან დამცირებისკენაა მიმართული. აუცილებელი მოგერიების საზღვრების სწორი და თანმიმდევრული განმარტება მნიშვნელოვანია სამართლებრივი უსაფრთხოებისთვის, ნორმის ზუსტი ცოდნა აბსოლუტურად აუცილებელია როგორც მომგერიებლისთვის, ასევე, ძალადობის ინიციატორისთვის. პირველმა უნდა იცოდეს – რა ძალით და ინტენსივობით აქვს აგრესორის წინააღმდეგ მოქმედების უფლება, იცოდეს – რისთვის დაისჯება და რისთვის არა, რათა თავდაცვის დროს იყოს გაბედული და თავდაჯერებული; ხოლო მეორესთვის მნიშვნელოვანია, რადგან მან უნდა იცოდეს, რომ მისგან გამოწვეული აგრესია მასვე ავნებს, შესაძლოა მისი სიკვდილითაც დასრულდეს და ამისთვის არავინ დაისჯება. სამართალი აგრესორს ეუბნება, რომ არ გაბედო მასიური ანდა ინტენსიური ძალის გამოყენება, რადგან შეიძლება უკან დაგიბრუნდეს. კანონი ასევე აფრთხილებს აგრესორს, რომ მომგერიებლის გვერდში დგას სამართალი, მას აძლიერებს და თავს არ უხრის აგრესიას და უწესრიგობას.

წინამდებარე სტატიაში განხილულია აუცილებელი მოგერიება ოჯახური ძალადობის კონტექსტში. ზოგადად ქართულ რეალობაში, მოგერიების საზღვრები ვიწროდ განიმარტება, თუმცა როდესაც თავდაცვითი ძალადობა ოჯახში ხდება, როდესაც აგრესორი ინტიმური პარტნიორია, ხოლო მომგე-

1 აუცილებელი მოგერიების გამართლების თეორიებისთვის იხ. Leverick, F. (2006). killing In Self Defence, 43-68.

რიებელი – ქალი, უკანასკნელი კიდევ უფრო მეტ ბარიერს აწყდება მართლმსაჯულები-სას, რასაც გენდერული სტერეოტიპები და ოჯახური ძალადობის მიმართ ტრადიციული ხედვები განაპირობებს. საქართველოში ფემიციდის კუთხით მძიმე მდგომარეობაა,<sup>2</sup> ქალებს კლავენ ინტიმური პარტნიორები, მკვლელობის წინარე ისტორიები ერთმანეთის მსგავსია. ქალები მიმართავენ პოლიციას ძალადობისგან დაცვის მოთხოვნით, მაგრამ – უშედეგოდ. ასევე, ბევრია ისეთი შემთხვევა, როდესაც ქალი კვდება პარტნიორის საშტატო იარაღით ანუ აგრესორი პოლიციის თანამშრომელია, რამაც განაპირობა სისტემის არაეფექტიანობა – დაეცვა ქალი მოძალადისგან.<sup>3</sup> ასეთ შემზარავ რეალობაში, სადაც ქალს მოძალადე პარტნიორისგან არ იცავს სახელმწიფო, ვისი ვალდებულებაა ეს, მოგერიების უფლების შეზღუდვა სახელმწიფოს მხრიდან სიცოცხლის და ფიზიკური ხელშეუხებლობის დაცვის ვალდებულების კიდევ ერთი დარღვევაა. ამ რეალობაში სასამართლოს მხრიდან მოგერიების უფლების სწორი და თამამი განმარტება აუცილებელია, ერთი მხრივ, მოძალადის დასასუსტებლად და მეორე მხრივ, მომგერიებლის გასაძლიერებლად.

ქართულ რეალობაში ოჯახური ძალადობის გატრივიალურებით და მისი პირად სივრცეში დატოვებით, ქალებს (ტირანი ქმრის/პარტნიორის აგრესიის თემის დავალდებულებით) მეტი ბარიერები ექმნებათ, რათა სამართალს მიაღწიონ. ყოველივეს აკადემიური ტექსტებიც უმაგრებდა ფესვებს. ძველი გერმანული დოქტრინის მიხედვით, ქალს მოგერიების უფლება ეზღუდებოდა ე.წ. სოციალურ-ეთიკური ნორმებით, თუკი აგრესორი ოჯახის წევრი იყო. ამ მიდგომით, ქალს

ძალადობა უნდა ეთმინა ან სახლიდან წასულიყო.<sup>4</sup> დღეს ეს პოზიცია გერმანულ დოქტრინაშიც გაკრიტიკებულია, ისევე, როგორც ქართულ დოქტრინაში,<sup>5</sup> მაგრამ, როგორც ჩანს, ქართულ ცნობიერებაში, პრაქტიკოს იურისტებში ის კვლავ იჩენს თავს.

ამ სტატიაში განხილული საქმეები იმ რეალობას აღწერს, რომ ქართული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება აუცილებელი მოგერიების ვიწრო განმარტებით ძალადობის ინიციატორებს/აგრესორებს აძლიერებს. სტატიაში განხილულია ოჯახური ძალადობის კონტექსტში ჩადენილი აგრესიის საპასუხოდ ქალი პარტნიორის თავდაცვითი შემთხვევები. საქმე, სადაც ქალი, მართალია, გამართლდა პარტნიორისთვის ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანების მიყენებისთვის, თუმცა პროკურორმა საკასაციო ინსტანციამდე იჩივლა, რომ ის დასჯილიყო. სხვა საქმეში, ქალი, რომელმაც მოკლა პარტნიორი ნაჯახის ჩარტყმით, მანამდე, როცა მის გაუპატიურებას ცდილობდა, დაისაჯა. საქმის ანალიზით ისე ჩანს, თითქოს სასამართლოსთვის სქესობრივი ხასიათის ძალადობა უმნიშვნელო ქმედებაა, მის მიმართ მასობრივი ძალის გამოყენებას სამართალი არ ამართლებს, რაც სწორი არაა. სტატიაში მოცემული იქნება საქმეების ანალიზი და კრიტიკა აუცილებელი მოგერიების საზღვრების ხელახლა გასააზრებლად, რაც თითოეული მოქალაქის ინტერესშია.

## 1. აგრესორის გურბიდან დაჭრა ერთმნიშვნელოვნად შურისძიებით ჩადენილი ძალადობაა თუ კონტექსტს გააჩნია?

ამ კითხვაზე საერთო სასამართლომ კონტექსტის ანალიზით უპასუხა და გაამართლა ქალი ბრალდებულის ქმედება, რო-

2 იხ. ფემიციდზე ომბუდსმენის მონიტორინგის ანგარიშები წლების მიხედვით <https://ombudsman.ge/geo/201117012751angarishebi> [ბოლო წვდომა: 01.09.2022]

3 აღნიშნულთან დაკავშირებით ყველაზე განმარტებული საქმეებია სალომე ჯორბენაძისა და მაკა წივწივაძის ფემიციდის საქმეები. TKHELIDZE v. GEORGIA (Application no. 33056/17), 08.10.2021; საქმე „A და B საქართველოს წინააღმდეგ“ (საჩივარი №73975/16), 10.05.2022.

4 ისტორიული ანალიზისთვის იხ. Dubber, M., Hörnle, T. (2014). A Comparative Approach, Oxford University Press, 418-419.

5 ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი, 366-367.

მელმაც უკანა მხრიდან ბეჭის არეში დაჭრა აგრესორი პარტნიორი. წინამდებარე თავი შეეხება მანკიერ პრაქტიკას, თუ როგორ ამრუდებს პროკურატურა მოგერიების უფლების საზღვრებს. საქმე კარგი პრეცედენტის სასამართლოს მნიშვნელოვანი განმარტების თვალსაზრისითაც, რაც დაცვის მხარეს სხვა საქმეებში გამოადგება, მით უმეტეს, რომ ეს საქმე საქართველოს უზენაესმა სასამართლომაც განიხილა.

### 1.1. ფაქტობრივი გარემოებები

ნ.გ. (მომგერიებული) ცხოვრობდა ნაქირავებში პარტნიორ კაცთან (კ.შ) და შვილებთან ერთად, რომელთაც სხვა მამა ჰყავდათ. ახალიწლის დღეს ბავშვებს მამასთან დალაპარაკება მოუნდათ, ნ.გ.-მ შეასრულა მათი თხოვნა და ყოფილ ქმარს დაურეკა. ამით გაღიზიანდა კ.შ. მან, დასჯის მიზნით, ყელში წაუჭირა ხელები ნ.გ.-ს და ახრჩობდა. ქალი ხროტიანობდა და ისე ცუდად იყო, გული მისდიოდა. მან მოახერხა და სახე ჩამოკანრა მოძალადეს და ასე გაითავისუფლა თავი პირველ ეპიზოდში, მაგრამ ის კვლავ დაიჭირა აგრესორმა, ოთახიდან გაქცევის საშუალება არ მისცა, ლოგინზე დააგდო და მეტი სისასტიკით დაუწყო მოხრჩობა. ამ დროს ქალმა ძალა მოიკრიბა და ბავშვებს სთხოვა, მეზობლისთვის დაეძახათ საშველად. მეზობელი იმავე სახლში, სხვა ოთახში ცხოვრობდა. იგი შემოვარდა ოთახში და აგრესორი ქალს მოარიდა. ამ პერიოდში ქალმა „112“-ზე დარეკა, თუმცა პოლიცია იგვიანებდა. მალე მეზობელი თავის ოთახში დასაძინებლად გავიდა. მას შემდეგ, რაც კ.შ-მ სამზარეულოში ნ.გ. მარტო დაიგულა, ისევ შევიდა მასთან მუქარითა და ლანძღვა-გინებით, ხელები ყელისკენ ჰქონდა მომართული, რომ კვლავ მოეხრჩო, იმუქრებოდა, რომ მოკლავდა. ქალმა უბიძგა მას, რის შედეგადაც აგრესორი ნაბორძიკდა და ნახევრად შებრუნდა მისგან. სწორედ ამ დროს, ქალმა დასტაცა ხელი დანას და დაარტყა აგრესორს, იმის შიშით, რომ როცა იგი წონასწორობას აღიდგენდა, მეტი

აგრესიით შეუტევდა და თავს ველარ დაიცავდა, რადგან სულ მარტო იყო.

პროკურორმა ნ.გ.-ს ბრალი წაუყენა 11<sup>1</sup>, 117 მუხლით (ჯანმრთელობის განზრახ მძიმე დაზიანება ჩადენილი ოჯახის წევრის მიმართ) და საკასაციო ინსტანციამდე იბრძოლა ბრალდების მხარდასაჭერად,<sup>6</sup> მისთვის არ იყო დამაკმაყოფილებელი სასამართლოს არგუმენტები ქმედების აუცილებელი მოგერიებით გამართლებასთან დაკავშირებით.

არადა, დადასტურებული ფაქტები იმდენად აშკარად მიუთითებს აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობაზე და მომგერიებლის მიერ თანაზომიერი ძალის გამოყენებაზე, სივრცე როგორ რჩება განსხვავებული შეფასებისთვის, ესაა გასაკვირი. ნ.გ.-ს ქმედებას, ბეჭში ზურგის მხრიდან დაჭრას, კ.შ-ს სიკვდილი რომც გამოეწვია, მაინც უნდა გამართლებლიყო, რადგან სიცოცხლისთვის და ჯანმრთელობისთვის მზარდი საშიშროების აგრესიის შესაჩერებლად მკვლელობაც მართლდება. პირველ ეპიზოდშივე რომ დაეჭრა ნ.გ.-ს აგრესორი, ასევე გამართლებული იქნებოდა. სამართალი არ ითხოვს მართალი ადამიანისგან გაქცევას, თავდაცვისთვის სარისკო მსუბუქი საშუალების გამოყენებას. ამდენად, სასამართლომ სწორად შეაფასა ვითარება, მან ხაზი გაუსვა საფრთხის იმწუთიერებას, რომ მართალია, აგრესორს მომგერიებლისგან შემობრუნებულ პოზაში მოხვდა დანა, მაგრამ შემობრუნება სულაც არ ნიშნავდა საფრთხის განეიტრალებას, ის მხოლოდ ნაბორძიკდა, რამაც დროებით შეუშალა ხელი აგრესიას. მოსამართლემ, ასევე, ხაზი გაუსვა გარემოებას, რომ ნ.გ., ფიზიკური შესაძლებლობიდან გამომდინარე, დანის გარეშე თავს ვერ დაიცავდა და თავდაცვითი ძალაც თანაზომიერად შეაფასა. ქმედება, ასევე, თავდაცვით იყო მოტივირებული და არა შურისძიებით.

ამ საქმესთან დაკავშირებით კიდევ ერთ გარემოებაზე უნდა გამახვილდეს ყურადღება. კ.შ. ახრჩობდა ნ.გ.-ს, დახრჩობა პარტნი-

6 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 23-877 აპ.-20 განაჩენი, 29 მარტი 2021.

ორი ქალის დასჯისა და კონტროლის სასტიკი ფორმაა, რომელსაც ხშირად მიმართავენ ოჯახში მოძალადე კაცები.<sup>7</sup> ამ და სხვა საქმის პროკურორები დახრჩობას შეუსაბამოდ მსუბუქი ნორმით აფასებენ, სსკ-ის 126<sup>1</sup> ან 126 მუხლით, ანუ ძალადობად<sup>8</sup>, მაშინ როცა დახრჩობა სიცოცხლისთვის საფრთხის შემქმნელი ქმედებაა და ის ან 117-ე მუხლით (ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება) ან, როდესაც დასჯის მოტივით ხდება, როგორც ეს განხილულ საქმეში იყო, წამებად (მუხ. 144<sup>1</sup>) უნდა შეფასდეს. განზრახვის დადგენის შემთხვევაში შესაძლებელია მკვლელობის მცდელობად შეფასებაც (მუხ. 19, 109). ინტიმური პარტნიორის ზეაგრესიული და საშიში ქმედება შეუსაბამოდ მსუბუქად ფასდება, ხოლო ამ ძალადობის მსხვერპლი ქალის თავდაცვითი ძალადობა აგრესორის წინააღმდეგ, შეუსაბამოდ მკაცრად, როცა აშკარაა, რომ ის გამართლების საზღვრებს არ გასცდენია. ყოველივე აღნიშნული მიუთითებს დისკრიმინაციულ მართლმსაჯულებაზე და იგი შესაცვლელია.

## 2. არის თუ არა გამართლებული მკვლელობა აუცილებელი მოგერიებით გაუპატიურებისგან თავდასაცავად?

წინამდებარე თავი შეეხება მეორე საქმეს სასამართლო პრაქტიკიდან, სადაც მომგერიებელი დაისაჯა ინტიმური პარტნიორის მკვლელობისთვის, რომელიც ჩაიდინა გაუპატიურებისგან თავის დასაცავად. კრიტიკული ანალიზი სწორედ აუცილებელი მოგერიების ვიწრო სამოსამართლო განმარტებას მიემართება.

## 2.1. ფაქტობრივი გარემოებები

რუსთავის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილებაში ვკითხულობთ: „[აგხესოხი] სისტემატურად, მათ შოხის ადვოკატური თხოობისას, სიგყვიეხ და ფიზიკუხ შეუხაცხყოფას აყენებდა მეულდეს. ემუქხებოდა ხოგოხც მისი, ასევე შვიდების მოკვდით. ახოხციეებდა [ცოდის] მიმახთ სხვადასხვა სქესობიხვ ძადაგობიხვ ქმედებებს (აიძულებდა დემყახებიხა მასთან სქესობიხვი კავშიხი [...]) მათ შოხის მციხეწდოვანი შვიდების თანდასწხებით); 2016 წელს [...] დეკემბიხის ღამეს, მოხიხვი მსგავსი ქმედებების განხოხციეებების მცდეობისას, ძდიეხი სუდიეხი აღედვების – ფიზიოლოგიუხი აფექტის მდგომაიეობაში მყოფმა [მომგეხიებელი] ნაჯახით სახის ახეში ხამდენჯეხმე დახცყმით განხახას მოკდა მეულდე [აგხესოხი]“.<sup>9</sup>

სასამართლომ ამ ქმედებისთვის ბრალდებული დასაჯა ძლიერი სულიერი აღელვების მდგომარეობაში ჩადენილი მკვლელობისთვის (მუხ. 111). აუცილებელ მოგერიებაზე ან მოგერიების ფარგლების გადაცილებით მკვლელობაზე არც კი უმსჯელია.

აღწერილი ფაქტების მიხედვით, ქმარი სისტემატურად ძალადობდა ცოლზე და შვილებზე. ცოლის მიმართ ჩადიოდა სქესობრივი სახის ძალადობას, მისი თანხმობის გარეშე, ამასთან, მუქარის და ძალადობის გამოყენებით ამყარებდა სქესობრივ კავშირს და ეს ხდებოდა გამუდმებით. სასამართლოს თქმით, ერთ-ერთი მორიგი ძალადობრივი ეპიზოდის დროს, ე.ი. როდესაც აგრესორი ისევ ცდილობდა ცოლის გაუპატიურებას, უკანასკნელმა ნაჯახი რამდენჯერმე ჩაარტყა სახეში მოძალადე ქმარს და მოკლა იგი. გადაწყვეტილებაში არაფერი წერია ნაჯახის მოქნევის სიმძლავრეზე, არც იმაზე, რომელი დარტყმა იყო სასიკვდილო. სასამართლოს არ უმსჯელია, ერთი დარტყმა იყო თუ არა საკმარისი მოძალადის გასანეიტრალებლად, ასევე, არ განუმარტავს „რამდენჯერმე“ რამდენი და-

7 გეგელია, თ. (2021). არა-ფაქტალური დახრჩობა ოჯახური ძალადობის კონტექსტში, კავკასიის უნივერსიტეტის პერიოდული გამოცემა, სტატიების კრებული, N2.

8 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება 2კ-640აპ.-21, 09.09.2021.

9 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2017 წლის აპრილის განაჩენი. (საჯარო ინფორმაციის გამოთხოვის განცხადება # 303, 9 მარტი 2020).

რტყმა – ორი, სამი თუ უფრო მეტი? ამ კითხვებზე პასუხის არარსებობის პირობებში ეჭვი ბრალდებულის სასარგებლოდ უნდა გადაწყდეს. გამოდის, მომგერიებელს აგრესორის გასანეიტრალებლად დასჭირდა ნაჯახის რამდენჯერმე მოქნევა, ძლიერად ვერ ურტყამდა ფიზიკური მონაცემების გამო, აგრესორი ნაჯახის პირველივე მოქნევით არ გაჩერებულა, დრო კი არ იცდიდა მომგერიებლის სასარგებლოდ.

საქმეში დამტკიცებულად მიჩნეული ფაქტობრივი გარემოებები მიუთითებს, რომ ცოლი იყო სისტემატური ძალადობის მსხვერპლი და უშუალოდ აგრესორის მკვლელობის დროსაც, იმყოფებოდა აუცილებელი მოგერიების მდგომარეობაში, რა დროსაც მოკლა მოძალადე. მკვლელობის გამართლებისთვის ყველა აუცილებელი ობიექტური და სუბიექტური ნიშანი სახეზეა, მიუხედავად ამისა, მომგერიებელი დაისაჯა მოძალადე ქმრის მკვლელობისთვის. თუ კითხვები მოგერიების ფარგლებთან დაკავშირებით არსებობდა, აუცილებელი იყო მისი განხილვა და ქმედების სსკ-ის 113-ე მუხლით შეფასება, თუმცა სასამართლოს მოგერიების მდგომარეობა საერთოდ არ დაუშვია. პროცედურული ბარიერი იმისთვის, რომ მას მოგერიებით ქმედების გამართლებაზე ემსჯელა, არ არსებობდა, რადგან ეს შეფასება ბრალდებულის მდგომარეობას არ ამძიმებდა. საქმეში აშკარაა, რომ ქალს მოგერიების ფარგლებისთვის არ გადაუცილებია. ის მოძალადეზე ფიზიკურად სუსტი იყო, ყოველთვის მარცხდებოდა მასთან ორთაბრძოლაში და მუდმივად ემორჩილებოდა ძალადობას. ასეთ პირობებში მას რა გარანტია უნდა ჰქონოდა, რომ ნაჯახის ერთი ჩართყმა, თან არა სახეში, არამედ სხეულის სხვა ნაწილში, საკმარისი იქნებოდა საფრთხის გასანეიტრალებლად? კანონი მოძალადის დასაბრუნებლად ჩვენგან არ მოითხოვს არაგონივრული რისკების განევას. ასევე, არ ვიცით, აგრესორი და მომგერიებელი რა პოზიციებში იყვნენ, იქნებ სულაც მოუწია სახეში ჩართყმა, რადგან მხოლოდ ეს იყო შესაძლებელი მისთვის. ამასთან აღსანიშნავია, რომ თავდაპირველად საქმე დაკვალიფიცირდა სსკ-ის 108-ე მუხლით და

იგი მხოლოდ იმიტომ შეცვალა პროკურორმა, რომ საქმეს დაემატა სასამართლოს ფსიქიატრიულ-ფსიქოლოგიური ექსპერტიზის დასკვნა, რაც ადასტურებდა, რომ ქმედების ჩადენის დროს ბრალდებული იმყოფებოდა ფიზიოლოგიური აფექტის მდგომარეობაში, „რა დროსაც სრულად ვერ აკონტროლებდა საკუთარ ქმედებას“. გამოდის, ასეთი დასკვნის არარსებობის პირობებში, მომგერიებელი უმკაცრესად დაისჯებოდა ქმედებისთვის, რომელიც მისი უფლებით იყო მოცული. შემთხვევა რომ გადავაკეთოთ, სადაც ცოლმა ქმარი მოკლა ძალადობის შემდეგ, თუმცა მალევე, ასეთ ვითარებაში იქნებოდა სწორი სსკ-ის 111-ე მუხლის გამოყენება, მაგრამ ამ საქმეში საფრთხე, რის გასანეიტრალებლადაც მომგერიებელმა ძალა გამოიყენა, მიმდინარე იყო.

სსკ-ის 28-ე მუხლი აუცილებელი მოგერიების არსს განსაზღვრავს, იგი სახელდებით არ ჩამოთვლის, თუ რა სამართლებრივი ინტერესის დაცვაა შესაძლებელი თავდაცვითი მოქმედებებით, თუმცა საკუთრების უფლებაზე რომ ვრცელდება, ამაზე წერია კანონში, საიდანაც ლოგიკურად გამომდინარეობს სხვა, მასზე უფრო მნიშვნელოვანი სიკეთეთა მოაზრება, მისი ქოლგის ქვეშ. 28-ე მუხლის განმარტების მიხედვით, სიკეთეთა თანაფარდობა, ისევე როგორც დაზიანებათა თანაფარდობა, არაა აუცილებელი მოგერიების გამართლებისთვის,<sup>10</sup> კანონმდებელი ასეთ შემთხვევაში მითითებას გამოიყენებდა, როგორც ეს სხვა მსგავს ნორმებში აქვს დაცული, მაგ. უკიდურესი აუცილებლობა (მუხ. 30).

საკამათოა, თუ რომელი ინტერესის დაცვის მოტივით იქნება შემოსაზღვრული აგრესორის მკვლელობა. საკუთრების დაცვასთან დაკავშირებით, მკვლელობის გამართლება საკამათოა, თუმცა ქართულ აკადემიურ ტექსტებში, მისი გამართლება მიღებულია გარკვეული დათქმებით, მაგ. ქონების სასიცოცხლო მნიშვნელობაზე

10 გამყრელიძე, ო. (2002). სსკ-ის 113-ე მუხლის კომენტარი. წიგნში: დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, 75; ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი, 344.

მითითებით და სხვა.<sup>11</sup> რაც შეეხება თავისუფლების (მაგ. თავისუფლების უკანონო აღკვეთის დროს),<sup>12</sup> სქესობრივი ავტონომიის (გაუპატიურების დროს),<sup>13</sup> სიცოცხლის, ჯანმრთელობის, ღირსების (მაგ. წამების დროს) დასაცავად აგრესორის მკვლელობა (თუ მოგერიების გამართლების სხვა პირობები დაცულია) გამართლებულია. აუცილებელი მოგერიებით ვერ გამართლდება ქმედება, თუკი სამართლებრივი სიკეთის დასაცავად იმაზე გაცილებით დიდი სიკეთე ხელყო მომგერიებელმა, ვიდრე დაიცვა. აქ ხაზგასასმელია, რომ რის დაზიანებასაც ხელმყოფი ცდილობდა, უმნიშვნელო უნდა იყოს. ამის მაგალითად ვაშლის ქურდობისთვის ადამიანის მკვლელობა მოკვავთ ხოლმე აკადემიურ ტექსტებში, ასეთი მკვლელობა არ არის გამართლებული.

გაუპატიურებისგან თავდაცვის მიზნით აგრესორის მკვლელობა გამართლებულია ქართულ აკადემიურ ტექსტებში, განსხვავებული აზრი ამ თვალსაზრისით არ მოიძებნა. გაუპატიურება ხელყოფს ადამიანის სქესობრივ თავისუფლებას და მის ღირსებას. გაუპატიურება მძიმე დანაშაულია, ის ადამიანის დამცირების, მისი გასაგნების ყველაზე სასტიკი ფორმაა, ამიტომ ლოგიკურია და ძალიან მართებული, მსხვერპლს ჰქონდეს უფლება, თავდაცვის მიზნით, აგრესორი მოკლას კიდევ, თუ სხვა უფრო მსუბუქი საშუალებით გაუპატიურების თავიდან აცილება ვერ მოხდებოდა ან სარისკო იყო. გაუპატიურებისგან თავის დასაცავად მკვლელობის გამართლება, ასევე, მხარდაჭერილია უცხოენო-

ვან აკადემიურ ტექსტებშიც და სასამართლო პრაქტიკაშიც.<sup>14</sup>

ქართული სისხლის სამართლის მართლმსაჯულება კი, როგორც ჩანს, ამ მოსაზრებას არ იზიარებს. რატომ? ქალის სქესობრივი თავისუფლება უმნიშვნელო სამართლებრივ ინტერესად მიაჩნია? თუ გაუპატიურებას აფასებს უმნიშვნელო ქმედებად? იქნებ იმიტომ, რომ მართლმსაჯულება ქმარს ანიჭებს შეფარულ იმუნიტეტს ცოლის გაუპატიურებისთვის? ასეთი მიდგომები მიუღებელი უნდა იყოს იურისტისთვის.

ამ სტატიის მიზნებისთვის მნიშვნელოვანია აღინიშნოს მკვლელობის ერთი საქმე, სადაც დაზარალებული ტრანსგენდერი ქალი იყო, მოძალადის ქმედება პირველმა და მეორე ინსტანციის სასამართლოებმა გამართლეს აუცილებელი მოგერიებით, მიუხედავად იმისა, რომ დაზარალებულის სხეულზე არსებული მრავლობითი ჭრილობები, სიტუაციის კონტექსტის ანალიზი და მოწმეთა ჩვენებები, ბრალდებულის ჩვენების საპირისპიროზე მიუთითებდა და არანაირი ეჭვი არ არსებობდა ბრალდებულის ვერსიის გასაზიარებლად.<sup>15</sup> საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ, საბოლოოდ, შეცვალა კვალიფიკაცია სწორედ იმ დამაჯერებელ მტკიცებულებებზე მითითებით, რატომაც არ იყო გასაზიარებელი აუცილებელი მოგერიების ვერსია.<sup>16</sup> ქვედა ინსტანციის სასამართლოების მხრიდან მითითებულ საქმეში, მოგერიების უფლების შეუსაბამოდ ფართო და მოგერების არსის სანინალმდეგო განმარტება, როცა სხვა საქმეებში, სადაც თავდაცვა აშკა-

11 ჯიშკარიანი, ბ. (2016). დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, 70-71; გამყრელიძე, ო. (2002). სსკ-ის 113-ე მუხლის კომენტარი. წიგნში: დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, 75.

12 ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი, 344; გამყრელიძე, ო. (2002). სსკ-ის 113-ე მუხლის კომენტარი. წიგნში: დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, 76.

13 თოდუა, ნ. (2019). სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, თბილისი: მერიდიანი, 92-93; ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი, 344.

14 იხ. Leverick, F. (2006). killing In Self Defence, pp. 143-158; Fabricant, J.(1981). Homicide in Response to A Threat of Rape: A Theoretical Examination of the Rule of Justification, 11 Golden Gate U. L. Review, vol. 11/ iss.3/7, pp. 945-980; Kadish, H. S. (1976). Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law, California Law Review, vol.64/4, p. 888.

15 საქმის ანალიზისთვის იხ. საბი ბერიანის საქმის სამართლებრივი შეფასება. (2017). სოციალური სამართლიანობის ცენტრი. <https://socialjustice.org.ge/ka/products/sabi-berianis-sakmis-samartlebrivi-shefaseba> [ბოლო წვდომა: 20.09.2022].

16 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება 2კ-424აპ.-16, 30.12.2016.

რად არის, მაგრამ ვინ როდ განმარტავენ და სჯიან ბრალდებულს,<sup>17</sup> გენდერული დისკრიმინაციით უნდა აიხსნას.

## დასკვნა

ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში შესამჩნევია აუცილებელი მოგერიების საზღვრების დავინროვების ტენდენცია, ეს ან მოგერიებით დაცული სამართლებრივი სიკეთის არასერიოზულობაზე მინიშნებით ან გამოყენებული ძალის გადაჭარბებაზე მითითებით ხდება. არც სსკ-ის 28-ე მუხლის წაკითხვით და არც დოქტრინალური განმარტებიდან არ გამომდინარეობს აუცილებელი მოგერიების საზღვრების ამნიშნით დავინროვების მოთხოვნა. აუცილებელი მოგერიება შესაძლოა გამოირიცხოს მაშინ, თუკი დაცული სიკეთე უმნიშვნელო იყო დაზიანებულთან შედარებით, როგორც ეს ვაშლის ქურდობის და მკვლელობის ურთიერთმიმართების დროსაა. წინამდებარე სტატიაში განხილული იყო გაუპატიურებისგან დაცვის დროს, აგრესორის მკვლელობის შემთხვევა. გაუპატიურებისგან დაცულია ადამიანის სქესობრივი თავისუფლება და ღირსება, ამ ღირებულებთა გატრივიალურება დაუშვებელია, მათი დაცვა, თუნდაც აგრესორის მკვლელობით, ნებადართულია.

სტატიაში ასევე განხილულ იქნა სხვა საქმეც, სადაც მომგერიებელი გამართლდა, მაგრამ არგუმენტები, რაც ბრალდების მხარეს ჰქონდა და რაზე დაყრდნობითაც მკვლელობისთვის გასამართლებას უჭერდა მხარს, მნიშვნელოვანი იყო მისი კრიტიკული ანალიზიც. მოგერიების დროს, არ არის გამორიცხული, აგრესორს თავდაცვითი ძალა ზურგიდან მოხვდეს, რაც, აპრიორი, არ გამორიცხავს მოგერიების მდგომარეობას. მნიშვნელოვანია კონტექსტის ანალიზი და იმის ჩვენება, რომ აგრესია ჯერ არ იყო დასრულებული, რაც

სტატიაში განხილულ საქმეში აშკარად სახეზე იყო. სასამართლომ ეს დაინახა და ბრალდებული გაამართლა. პროკურატურის თუ სასამართლოს მიდგომებში, აუცილებელი მოგერიების ნორმის ვინ როდ განმარტების ტენდენციები, მაშინ როდესაც ის ოჯახური ძალადობის ფონზე ხდება, დისკრიმინაციულ მიდგომებზე მიანიშნებს, რაზეც მხოლოდ ეს ორი საქმე არ მითითებს, არამედ ბევრი სხვა კვლევა. ფრაგმენტული გამონათება, როგორც თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება იყო, რითაც ქალი გამართლდა, საკმარისი არაა მანკიერი რეალობის შესაცვლელად. მნიშვნელოვანია მეტი ძალისხმევა მოსამართლეების მხრიდან.

17 გეგელია, თ. (2022). აუცილებელი მოგერიების შეზღუდულად განმარტების გამო სასამართლო გადაწყვეტილების კრიტიკა, სამართალი და მსოფლიო 8 (3), 140-152.



# CRIMINALIZATION OF DEFENSIVE VIOLENCE IN RESPONSE TO INTIMATE PARTNER'S AGGRESSION.

## Bad Law or Vicious Criminal Practice?

**Tamar Gegelia**

*Juris Doctor, Affiliate Associate Professor at the Caucasus University*

**KEYWORDS: Self-defense, Battered Woman, Discrimination**

### ABSTRACT

This article discusses self-defense in the context of domestic violence. In Georgian reality, the boundaries of self-defense are generally narrowly defined; however, when self-defensive violence occurs in the family when the aggressor is an intimate partner and the defender is a woman, the accused faces even more barriers to justice, which is determined by gender stereotypes and traditional views on domestic violence. There is a difficult situation regarding femicide in Georgia; in 2021, 22 women were killed just because they were women. Women are killed by their intimate partners, and the antecedents of the murder are similar. Women turn to the police for protection from violence, but to no avail. In such a horrifying reality, where the state, whose obligation it is, does not protect a woman from a violent partner, limiting the right to self-defense is another violation of the state's obligation to protect life and physical integrity. A correct and bold interpretation of the right to self-defense by the court is necessary to weaken the aggressor on the one hand and to strengthen the defender on the other hand.

In the Georgian reality, by trivializing domestic violence and leaving it in the personal space, more barriers are created for women to reach justice by being obliged to endure the aggression of a tyrant husband/partner.

In the article, the author tries to show by observing a judicial practice that artificial barriers limit the right to defend oneself against the aggression of an intimate partner; a woman is punished for injuring the aggressor, while the law should justify her. Single acquittals cannot change systemic injustice, but the author's goal is to show and analyze such significant

decisions so that more people can learn about correct judicial interpretations. According to the author, discrimination based on gender is characteristic of Georgian justice; by identifying problems and critically analyzing court decisions, she tries to show the ways of legal regulation of the problem. **KEYWORDS:** Self-defense, Battered Woman, Discrimination

### ბიბლიოგრაფია:

1. Dubber, M., Hörnle, T. (2014). A Comparative Approach, Oxford University Press.
2. Fabricant, J. (1981). Homicide in Response to A Threat of Rape: A Theoretical Examination of the Rule of Justification, 11 Golden Gate U. L. Review, vol. 11/iss.3/7.
3. Kadish, H. S. (1976). Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law, California Law Review, vol.64/4.
4. Leverick, F. (2006). Killing In Self Defence, Oxford : Oxford University Press.
5. გამყრელიძე, ო. (2002). დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი;
6. გეგელია, თ. (2021). არა ფატალური დახრჩობა ოჯახური ძალადობის კონტექსტში, კავკასიის უნივერსიტეტის პერიოდული გამოცემა, სტატიების კრებული 2.
7. გეგელია, თ. (2022). აუცილებელი მოგერიების შეზღუდულად განმარტების გამო სასამართლო გადაწყვეტილების კრიტიკა 23/8(3).
8. ლეკვეიშვილი, მ., თოდუა, ნ., და მამულაშვილი, გ. (2019). სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი 1, თბილისი: მერიდიანი.
9. ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი;
10. ჯიშკარიანი, ბ. (2016). დანაშაულის ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: იურისტების სამყარო.
11. TKHELIDZE v. GEORGIA (Application no. 33056/17), 08.10.2021.
12. A AND B v. GEORGIA (Application no. 73975/16), 10.05.2022.
13. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2კ-877აპ.-20 განაჩენი, 29 მარტი 2021.
14. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს

### BIBLIOGRAPHY:

1. Dubber, M., Hörnle, T. (2014). A Comparative Approach, Oxford University Press. (In English)
2. Fabricant, J. (1981). Homicide in Response to A Threat of Rape: A Theoretical Examination of the Rule of Justification, 11 Golden Gate U. L. Review, vol. 11/iss.3/7. (In English)
3. Kadish, H. S. (1976). Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law, California Law Review, vol.64/4. (In English)
4. Leverick, F. (2006). Killing In Self Defence, Oxford : Oxford University Press. (In English)
5. Gamkrelidze, O. (2002). Offence Against the Person, Tbilisi: Institute of State and Law of the Georgian Academy of Sciences,
6. Gegelia, T. (2021). Non-Fatal Strangulation in the Context of Family Violence, Caucasus University Periodical Edition, Collection of Articles, vol. 2. (In Georgian)
7. Gegelia, T. (2022). Criticism of the Judicial Decision due to the Limited Definition of Self-Defense 23/8 (3). (In Georgian)
8. Lekveishvili, M., Mamulashvili, G., Todua, N. (2019). Particular Part of Criminal Law, Book 1, Tbilisi: Meridiani. (In Georgian)
9. Turava, M. (2011). The Doctrine of Crime, Tbilisi: Meridiani;
10. Jishkariani, B. (2016). Offence Against the Person, Tbilisi: The World of Lawyers. (In Georgian)
11. TKHELIDZE v. GEORGIA (Application no. 33056/17). (In English)
12. A and B v. Georgia, (Application no. 73975/16). (In English)
13. The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2K-877ap.-20, March 29, 2021. (In Georgian)
14. The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2K-640ap.-21, 09.09.2021. (In Georgian)

- განჩინება 2კ-640აპ.-21, 09.09.2021.
15. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება 2კ-424აპ.-16, 30.12.2016.
16. რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2017 წლის აპრილის განაჩენი.
15. The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2k-424ap.-16, 30.12.2016. (In Georgian)
16. The Decision of Rustavi city court, 2017 April. (In Georgian)

**NOTES:**

1. For the analysis of the theories of justification of self-defense see: Leverick, F. (2006). *killing In Self Defence*, Oxford : Oxford University Press, 43-68.
2. See: Monitoring reports of Public Defender of Georgia on femicide by year. <https://ombudsman.ge/geo/201117012751angarishebi> [Last seen: 01.09.2022]
3. The most famous cases in this regard are: TKHELIDZE v. GEORGIA (Application no. 33056/17), 08.10.2021; საქმე „A and B v. Georgia (Application no. 73975/16), 10.05.2022.
4. For the historical analysis, see: Dubber, M., Hörnle, T. (2014). *A Comparative Approach*, Oxford University Press, 418-419.
5. Turava, M. (2011). *The Doctrine of Crime*, Tbilisi: Meridiani. 366-367.
6. The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2K-877ap.-20, March 29, 2021.
7. Gegelia, T. (2021). *Non-Fatal Strangulation in the Context of Family Violence*, Caucasus University Periodical Edition, Collection of Articles, vol. 2.
8. See: The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2K-640ap.-21, 09.09.2021
9. The decision of Rustavi city court, 2017 April (Public Information Request # 303, March 9, 2020)
10. Gamkrelidze, O. (2002). Commentary on article 13 of the Criminal code of Georgia, in the book: *Offence Against the Person*, Tbilisi: Institute of State and Law of the Georgian Academy of Sciences, 75; Turava, M. (2011). *The Doctrine of Crime*, Tbilisi: Meridiani, 344.
11. Jishkariani, B. (2016). *Offense Against the Person*, Tbilisi: The World of Lawyers, 70-71; Gamkrelidze, O. (2002). Commentary on article 13 of the Criminal code of Georgia, in the book: *Offence Against the Person*, Tbilisi: Institute of State and Law of the Georgian Academy of Sciences, 75;
12. Turava, M. (2011). *The Doctrine of Crime*, Tbilisi: Meridiani, 344; Gamkrelidze, O. (2002). Commentary on article 13 of the Criminal code of Georgia, in the book: *Offence Against the Person*, Tbilisi: Institute of State and Law of the Georgian Academy of Sciences, 76.
13. Todua, N. (2019). *Particular Part of Criminal Law, Book 1*, Tbilisi: Meridiani: 92-93; Turava, M. (2011). *The Doctrine of Crime*, Tbilisi: Meridiani, 344.
14. See: Leverick, F. (2006). *killing In Self Defence*, pp. 143-158; Fabricant, J.(1981). *Homicide in Response to A Threat of Rape: A Theoretical Examination of the Rule of Justification*, 11 *Golden Gate U. L. Review*, vol. 11/iss.3/7, pp. 945-980; Kadish, H. S. (1976). *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, *California Law Review*, vol.64/4, p. 888.
15. For the analysis of the case, see: Legal analysis of Sabi Beriani case. (2017). Social Justice Center <https://socialjustice.org.ge/ka/products/sabi-berianis-sakmis-samartlebrivi-shefaseba> [Last seen: 20.09.2022]
16. The Decision of the Great Chamber of the Supreme Court of Georgia 2k-424ap.-16, 30.12.2016.
17. Gegelia, T. (2022). *Criticism of the Judicial Decision due to the Limited Definition of Self-Defense* 23/8 (3), 140-152.

# დისკრიმინაციის წიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით დანაშაულის ჩადენისთვის პირის პასუხისმგებაში მიცემისთვის საკმარისი მტკიცებულება ერთობლიობა და ამ მოტივის მნიშვნელობა სასჯელის განსაზღვრის დროს

## ნატი გელოვანი

*აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის იურიდიულ და  
სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის დოქტორანტი*

### აბსტრაქტი

ყველა ადამიანი იბადება თავისუფალი და თანასწორი, თავისი ღირსებითა და უფლებებით. დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლა აღიარებულია საქართველოს კონსტიტუციით – „ყველა ადამიანი სამართლის წინაშე თანასწორია“, ნებისმიერი სახის დისკრიმინაცია დაუშვებელია. აღნიშნული ხაზგასმულია საერთაშორისო კონვენციებსა და დეკლარაციებში მითითებულ პრინციპებსა და ნორმებში.

დისკრიმინაციული მოტივის შესწავლის ვალდებულება საპროცესო კანონმდებლობით გათვალისწინებული სრული, ყოველმხრივი და ობიექტური გამოძიების ფარგლებში სამართალდამცავებს ეკისრება, სასამართლო კი ვალდებულია განახორციელოს მართლმსაჯულება, შემაჯამებელი გადაწყვეტილება მტკიცებულებებზე დაყრდნობით მიიღოს. ამასთან, აუცილებლად უნდა დაასაბუთოს.

საქართველოს კანონმდებლობის თანახმად პირის მსჯავრდებისთვის აუცილებელია ისეთი მტკიცებულებების ერთობლიობა, რომელიც ობიექტურ პირს დაარწმუნებდა პირის ბრალეულობაში. სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულის შემთხვევაში კი დამატებით აუცილებელია ისეთი ინდიკატორების – მტკიცებულებების არსებობა, რაც მოტივის არსებობის დადასტურებისთვის არის აუცილებელი.

ეროვნული კანონმდებლობა, რომელიც სრულ შესაბამისობაშია საერთაშორისო კანონმდებლობასთან, მოითხოვს, რომ სასამართლოს მიერ მიღებული შემაჯამებელი გადაწყვეტილება და გამოყენებული სასჯელის სახე და ზომა იყოს დასაბუთებული. სასამართლოს განაჩენი ნებისმიერ პირს უნდა აძლევდეს იმის შესაძლებლობას, რომ მიიღოს ინფორმაცია – რა მტკიცებულებებზე დაყრდნობით და რატომ მიიღო სასამართლომ ეს კონკრეტული გადაწყვეტილება.

მოცემულ ნაშრომში განხილულია დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულის ინდიკატორები და მათ საფუძველზე მოსაპოვებელი მტკიცებულებების სახეები, ასევე, შესწავლილია ეროვნული სასამართლოს გადაწყვეტილებები და ამ გადაწყვეტილებების დასაბუთების სტანდარტები – რა მტკიცებულებებზე დაყრდნობით ხდება შემაჯამებელი გადაწყვეტილების მიღება და რამდენად ახდენს სიძულვილის მოტივი გავლენას შეფარდებული სასჯელის სახესა და ზომაზე.

**საკვანძო სიტყვები:** დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაული, პირის მსჯავრდებისთვის საკმარისი მტკიცებულებები, მოტივის მნიშვნელობა სასჯელის განსაზღვრის დროს

## შესავალი

საქართველოს კონსტიტუციის თანახმად ყველა ადამიანი სამართლის წინაშე თანასწორია და ნებისმიერი ნიშნით დისკრიმინაცია აკრძალულია. 2012 და 2017 წლებში საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში (შემდგომში სსკ) განხორციელდა ცვლილებები, რომელთა მეშვეობით ეროვნულმა კანონმდებლობამ დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივი დანაშაულის დამამძიმებელ გარემოებად აღიარა. ცვლილებების განხორციელებას ბევრი გარემოება დაედო საფუძვლად, მათ შორის ევროსასამართლოს პრაქტიკით დამკვიდრებული სტანდარტი, რომელიც ავალდებულებს სახელმწიფოს დროულად, სათანადოდ და ქმედითად მოახდინოს სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულზე რეაგირება.

სიძულვილის მოტივის შესწავლის ვალდებულება სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობით (შემდგომში სსსკ) გათვალისწინებული სრული, ყოველმხრივი და ობიექტური გამოძიების ფარგლებში სამართალდამცავ ორგანოს ეკისრება, სასამართლო კი ვალდებულია განახორციელოს მართლმსაჯულება და გამოიტანოს კანონიერი, დასაბუთებული და სამართლიანი განაჩენი.

საქართველოს სსსკ, საქმის სასამართლოში არსებითი განხილვის ეტაპზე, პროკურორს და მოსამართლეს უფლებას არ აძლევს დაუმძიმოს პირს ბრალი. კანონის თანახმად, პროკურორს მხოლოდ საქმის სასამართლოში გაგზავნამდე აქვს უფლება დანაშაულის ჩადენის მოტივი, როგორც დანაშაულის ჩადენის დამამძიმებელი გარემოება ასახოს ბრალდების შესახებ დადგენილებაში. მოსამართლე ხელმძღვანელობს საქმეში არსებული მტკიცებულებებით და პირის ბრალდების შესახებ დადგენილებით, შესაბამისად, ბრალდების შესახებ დადგენილებაში მითითებული შესაძლო დანაშაული არის ყველაზე მძიმე, რომლის ჩადენისთვისაც შეიძლება მოხდეს პირის მსჯავრდება.

პირის მსჯავრდებისთვის აუცილებელია მტკიცებულებების ერთობლიობა, რომელიც ობიექტურ პირს დაარწმუნებდა მის ბრალეულობაში. მტკიცებულებების მოპოვება გამოძიების ვალდებულებაა, მოტივის ბრალდების შესახებ დადგენილებაში ასახვა პროკურატურის, აღნიშნულ მოტივზე მსჯელობა და მის საფუძველზე სასჯელის დამძიმება კი – სასამართლოს. საქართველოს სსკ-ის 53<sup>1</sup>-ე მუხლი, რომელიც გამოიყენება სასამართლო განხილვის დროს, იმპერატიულად აკისრებს მოსამართლეს ვალდებულებას, რომ დამამძიმებელი გარემოების არსებობისას, დანაშაულის ჩადენის დროს ვადიანი თავისუფლების აღკვეთის დანიშვნისას მოსახდელი სასჯელის ვადა სულ მცირე 1 წლით უნდა აღემატებოდეს ჩადენილი დანაშაულისათვის ამ კოდექსის შესაბამისი მუხლით ან მუხლის ნაწილით გათვალისწინებული სასჯელის მინიმალურ ვადას.

სამწუხაროდ, სასამართლოს მიერ მიღებული განაჩენების დიდი ნაწილი არ იძლევა შესაძლებლობას დასკვნისთვის, რომ სსკ-ით გათვალისწინებული იმპერატიული დანაწესი ყოველთვის სრულდება. ხშირ შემთხვევაში, სასჯელის დასაბუთების ნაწილი იმდენად ბუნდოვანი, ზოგ შემთხვევაში აბსტრაქტულიც კი არის, რომ შეუძლებელია იმის იდენტიფიცირება, სასამართლომ დამამძიმებელ გარემოებაზე საერთოდ გაამახვილა თუ არა ყურადღება. ასევე, რთულია მსჯელობა იმაზე, თუ რა გარემოებებს, რა მტკიცებულებებს დააფუძნა დანაშაულის ჩადენის დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივის არსებობა ან არარსებობა.

საერთაშორისო სასამართლოს გადაწყვეტილებები ერთხმად უსვამენ ხაზს დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულების წინააღმდეგ ბრძოლის პროცესში სახელმწიფოს ვალდებულებებს, მათ შორის, ისეთ მნიშვნელოვან ვალდებულებას, როგორცაა – დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული არ იქნეს განხილული ჩვეულებრივი – მსგავსი

მოტივის არ მქონე დანაშაულის მსგავს დანაშაულად.<sup>1</sup> ამ ვალდებულების შესრულება არ გულისხმობს მხოლოდ გამოძიების ჩატარებას და მოტივის იდენტიფიცირებას, აუცილებელია სახელმწიფომ უზრუნველყოს შესაბამისი პასუხისმგებლობის დაკისრება. ჩადენილი დანაშაულისთვის განსაზღვრული სასჯელი უნდა იყოს სამართლიანი, არ უნდა ახდენდეს დამნაშავის წახალისებას და უნდა უზრუნველყოფდეს სასჯელის მიზნების მიღწევას. სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს, რომ განაჩენის გამოტანის მომენტში ყურადღება მიექცეს იმ დამატებით ზიანს, რომელსაც სიძულვილის მოტივი იწვევს, შესაბამისად სასჯელის დაკისრების დროს მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ამგვარი მოტივით გამომწვეული ზიანი.

სათანადო სასჯელის გამოყენების და ამ გზით სამართლიანობის აღდგენის მექანიზმზე არაერთ საერთაშორისო დოკუმენტში<sup>2</sup> თუ ევროსასამართლოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებში არის ხაზი გასმული.<sup>3</sup>

კანონმდებლობის ანალიზისა და სასამართლოს მიერ მიღებული განაჩენების შესწავლის საფუძველზე, მოცემული ნაშრომი შეეცდება, შეაფასოს დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილ დანაშაულებზე მართლმსაჯულების განხორციელებასთან დაკავშირებული პრობლემური ასპექტები, კერძოდ: სასამართლო პრაქტიკით დადგენილი მტკიცებულებითი სტანდარტები ამ კატეგორიის დანაშაულებზე, დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივის გავლენა სასჯელზე და სხვა მნიშვნელოვანი საკითხები.

1 ECtHR, Case of Begheluri and Others v. Georgia, no. 28490/02, 07/10/2014, §173, 179; Case of Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia, no. 7224/11, 22/03/2021, §44; Case of Identoba and Others v. Georgia, no.73235/12, 12/05/2015, § 77.

2 Crown Prosecution Service, (2022, 3 March), “Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime – Prosecution Guidance” <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/homophobic-biphobic-and-transphobic-hate-crime-prosecution-guidance>> [Last Seen: 23.11.2022].

3 ECtHR, Case of Angelova and Iliev v. Bulgaria, no. 55523/00, 26/07/2007, §104.

ამასთან, მოცემული ნაშრომი შეეცდება შეაფასოს არსებული ტენდენციები და გამოწვევები და დასახოს იდენტიფიცირებული პრობლემების გადაჭრის საშუალებები.

### დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულები

დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილ დანაშაულებზე მსჯელობამდე უნდა განიმარტოს ამ ტერმინის მნიშვნელობა – „თეოხიასა და პხაქგიკაში დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილ დანაშაულს ჩამდენიმე სახედწოდება აქვს – დისკრიმინაციული დანაშაული, სიძუღვირით მოტივირებული დანაშაული, სიძუღვირის დანაშაული, შეუწყნარებლობით მოტივირებული დანაშაული და სხვა. ახსებითად, თითოეული ცნება ერთი შინააჩის მაგაჩებელია, კეჩოდ: დანაშაულის ჩადენის მოტივი აჩის სიძუღვირი, შიში, ზიზლი თუ სგეჩეოგეპუდი, მიკეჩოდებული დამოკიებულია“.<sup>4</sup>

ერთმანეთისგან განასხვავებენ სიძულვილით მოტივირებულ ინციდენტს და სიძულვილით მოტივირებულ დანაშაულს, „დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული სიძუღვირის ენისგან განსხვავდება ისეთი ეღემენტის აჩსებობით, ხოგოჩიკ აჩის დანაშაული. მხოლოდ სგეჩეოგეპით თუ სიძუღვირით მოტივირებული დამოკიებულია ვეჩ გახდება სისხლის სამაჩიდის წესით პასუხისმგებლობის დაკისხების საფუძვედი, თუ ის აჩ შეიცავს დანაშაულის ნიშნებს“.<sup>5</sup> შესაბამისად, დისკრიმინაციის

ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული ეს არის საქართველოს სსკ-ით გათვალისწინებული განზრახი დანაშაული, რომლის მოტივსაც კონკრეტული ნიშნისადმი შეუწყნარებლობა, სიძულვილი თუ ზიზლი წარმოადგენს.

აღსანიშნავია, რომ ამ კატეგორიის ქმედებებთან დაკავშირებულ რეგულირებებზე მითითებულია ფაქტობრივად ყველა საერთაშორისო ხასიათის ხელშეკრულებასა<sup>6</sup> თუ დოკუმენტში.<sup>7</sup> ეუთოს დემოკრატიული ინსტიტუტებისა და ადამიანის უფლებათა ოფისი სიძულვილის დანაშაულებს განმარტავს, როგორც სისხლის სამართლის დანაშაულებს, რომლებიც მოტივირებულია მიკერძობით. პირველი ეღემენტი ამ ქმედების არის მისი დასჯადობა სისხლის სამართლის წესით, თუ არ არსებობს სსკ-ით გათვალისწინებული დანაშაული, არ არსებობს სიძულვილით მოტივირებული დანაშაული. მეორე მნიშვნელოვანი ეღემენტი არის მიკერძობული დამოკიდებულება, სწორედ ეს უკანასკნელი არის ის, რაც ამ დანაშაულს განასხვავებს სხვა დანაშაულებისაგან.<sup>8</sup>

საერთაშორისო სტანდარტებთან საკმაოდ ახლოს დგას ქართული კანონმდებლობა. გარდა იმისა, რომ 2014 წელს მიღებული იქნა საქართველოს კანონი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ, საქართველოს სსკ-ში დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივი გათვალისწინებულია, როგორც ზოგად დებულებებში (სსკ-ის 53<sup>1</sup> მუხლი), ისე ქმედების შემადგენლობის (მაგ. სსკ-ის 156-ე მუხლი) თუ ქმედების მაკვალიფიცირებელი ეღე-

4 გელოვანი, ნ., (2022). დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულის სტატისტიკის ერთიანი, 2020 (ოქტომბერ-დეკემბერი) წლის ანგარიშის ანალიზი. სამართალი და მსოფლიო, 8(2), გვ. 37, <[https://lawandworld.ge/PDF/printversionPDF/LawandWorld\\_N22\\_Print\\_Version.pdf](https://lawandworld.ge/PDF/printversionPDF/LawandWorld_N22_Print_Version.pdf)> [ბოლო წვდომა: 23.11.2022].

5 გელოვანი, ნ., (2022). დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული ქართულ სისხლის სამართალში. მართლმსაჯულება და კანონი, 14(3). გვ. 116, <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/>

<martlmsajuleba-da-kanoni-2022w-n3.pdf>> [ბოლო წვდომა: 23.11.2022].

6 ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია(1948), ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია (1950), და სხვა.

7 OSCE Ministerial Council (2010). Decision No. 9/09 on Combating Hate Crimes, OSCE Ministerial Council, Athens, 2009, p. 1, <<https://www.osce.org/cio/40695>> [Last Seen: 23.11.2022].

8 OSCE/ODIHR (2022) Gender-Based Hate Crime, Hate Crime Reporting, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, <<https://www.osce.org/files/f/documents/f/1/480847.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

მენტის სახით (მაგ. სსკ-ის 109-ე მუხლი).<sup>9</sup> შეიძლება ითქვას, რომ ქართული კანონმდებლობა, ძირითად შემთხვევებში, იძლევა სწორი სამართლებრივი კვალიფიკაციის განსაზღვრის შესაძლებლობას.

### პირის მსჯავრდებისთვის საკმარისი მტკიცებულებათა ერთობლიობა

პირის მსჯავრდებისთვის აუცილებელია მტკიცებულებების არსებობა, რომლის მოპოვების უფლებამოსილება გააჩნია საგამომიებო უწყებას, შეფასების კი – სასამართლოს. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (შემდგომში ევროსასამართლო) მიერ ბაჩბეჩას და სხვათა საქმეზე განმარტებულია, რომ მტკიცებულებათა შეფასება, მათ შორის მათი რელევანტურობის განსაზღვრა არის ეროვნული სასამართლოების პრეროგატივა.<sup>10</sup>

საქართველოს კონსტიტუციის თანახმად – დადგენილება ბრალდებულის სახით პირის პასუხისგებაში მიცემის შესახებ უნდა ემყარებოდეს დასაბუთებულ ვარაუდს, ხოლო გამამტყუნებელი განაჩენი – უტყუარ მტკიცებულებებს. ყოველგვარი ეჭვი, რომელიც ვერ დადასტურდება კანონით დადგენილი წესით, უნდა გადაწყდეს ბრალდებულის სასარგებლოდ. „აღნიშნული კონსტიტუციური ებუღება წახმოადგენს სამაჩთლებივი სახედმწიფოს ეხთ-ეხთ საფუძველს, განამტკიცებს უდანაშაურო პიხის მსჯავხდების თავიდან აცილების მნიშვნელოვან, საყოვედთაოდ აღიახებუდ პიხინციპს – „in dubio pro reo“, ხომლის თანახმად, დაუშვებელია პიხის მსჯავხდება საეჭვო ხასიათის ბხადებების საფუძვედზე და, ამდენად, სისხლის-

სამაჩთლებივი დევნის პიოცესში ადამიანის უფლებების დაცვის მნიშვნელოვან გახანტიას ქმნის. მხოლოდ უტყუარი მტკიცებულებების საფუძვედზე პასუხისმგებლობის დაციხების პიხინციპი წახმოადგენს იმის გახანტიას, ხომ სახედმწიფო მოხედეთა თვითნებობისა თუ შეცდომების შედეგად ახ მოხდეს უდანაშაურო პიხის მსჯავხდება“.<sup>11</sup>

საქართველოს სსსკ-ის 82-ე მუხლის 1-ელი ნაწილის თანახმად, „მტკიცებულება უნდა შეფასდეს სისხლის სამაჩთლის საქმესთან მისი ხედევანტუიობის, დასაშვებობისა და უტყუარიობის თვადსახიხით“. ამავე მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად – „გამამტყუნებელი განაჩენით პიხის დამნაშავედ ცნობისათვის საჭიხოა გონივხუდ ეჭვს მიღმა ახსებუდ შეთანხმებუდ მტკიცებულებათა ეხთობრიობა“. საქართველოს სსსკ-ის მე-3 მუხლის მე-13 ნაწილით განსაზღვრული „გონივრულ ეჭვს მიღმა“ სტანდარტი განიმარტება, როგორც სასამართლოს მიერ გამამტყუნებელი განაჩენის გამოტანისათვის საჭირო მტკიცებულებათა ერთობლიობა, რომელიც ობიექტურ პირს დაარწმუნებდა პირის ბრალეულობაში. „მოცემული მტკიცებულებითი სტანდარტი ნიშნავს იმას, ხომ ობიექტუხად დამკვიხვებუდ პიხის (ამ შემთხვევაში მოსამაჩთლეს ან ნაფიც მსაჯულს) სასამაჩთლოში გამოკვედური მტკიცებულებების შედეგად ცადკეუდი ფაქტების ახსებობაში, ბხადებუდისთვის წახდგენიდი ბხადების ქეშმაჩიგებაში და ამ უკანასკნელის ბხადეუდობაში გონივხუდი ეჭვის საფუძვედიც ახ უნდა გააჩნდეს. წინააღმდეგ შემთხვევაში ნებისმიეხი ეჭვი უნდა გადაწყდეს ბხადებუდის სასახებდოდ (ე.წ. in dubio pro reo-ს პიხინციპი)“.<sup>12</sup>

თუ მტკიცებულების სანდობობაზე ჩნდება

9 გელოვანი, ნ., (2022). დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული ქართულ სისხლის სამართალში. მართლმსაჯულება და კანონი, 14(3). გვ. 114-131, <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/martlmsajuleba-da-kanoni-2022w-n3.pdf>> [ბოლო წვდომა: 23.11.2022].

10 ECtHR, Case of Barberà, Messegué, Jabardo v. Spain, no. 10590/83, 06/12/1988, §68.

11 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, I კოლეგიის გადაწყვეტილება, N1/1/548 საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე ზურაბ მიქაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-2, 22/01/2015, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2714193?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 23.11.2022].

12 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მთავარი რედაქტორი: გორგაძე გ., თბ., (2015), 33.



ეჭვი, ის უნდა გადაწყდეს ბრალდებულის სასარგებლოდ. საქართველოს სასამართლო პრაქტიკის თანახმად: „მტკიცებულებათა უტყუაობა უნდა შეფასდეს ხამდენიმე კრიტერიუმის მიხედვით:

1. თითოეული მტკიცებულება, მათ შორის მოწმის ჩვენება, შინააზრობივად ხომ ახ შეიცავს უხითიეთსაწინააღმდეგო და უხითიეთთგამომჩივხვავ ინფოხმაციას;

2. თითოეული მტკიცებულება ამყაიხებს სხვა მტკიცებულებებს, თუ მათ შორის აიის სხვადასხვა წინააღმდეგობა, ხომეღთა ხა-იისხის შეფასება ყვეღა ინდივიდუაღუი შემთხვევაში სასამაიხთროს კომპეგენციაა;

3. ხამდენად გუღწიფეღი და მიუკეიხძოებეღია მოწმე, ხომ აი აქვს ფიზიკუი ნაკიღი, ხომეღიღ ნეგაგიუი გავღენას ახდენს მოვღენეღის აღეკვაგუი აღქმაზე;

4. ხოგოი პიიოებში მოხდა მტკიცებულებეღის ფოიმიიება, მაგ: გაიემო პიიოებეი – ცუღი ხიღვადობა, ხაღხმაზაღი აღეღიღი, მანძიღი მოწმესა და შემთხვევის აღეღის შოიის და სხვა.

მტკიცებულებეღის ამ კრიტერიუმეიით შეფასებეისა და მათზე განაჩენში სათანადო მსჯეღობის გაიეშე მტკიცებულებათა უტყუა-იობის სიღიმიისეუღი შეფასება ფაქტობიივად შეუღღებეღია“<sup>13</sup>

გამოღიების ფარგლებში მოპოვებუღი თითოეუღი მტკიცებულება ფასდება, როგორც ინდივიდუაღურად, ისე სხვა მტკიცებულებეღებთან ერთობლიობაში.

კანონმდებლობასა და პრაქტიკაში სახელდებეით არ არის მიითეებუღი, თუ რა მტკიცებულებეი უნდა არსებობდეს პირის მსჯავრდებეისთვის, მიითეებუღია მხოლოდ სტანდარტზე – ერთმანეთთან შეთანხმებულ, აშკარა და დამაჯერებელ მტკიცებულებათა ერთობლიობაზე. ამ დროს შეფასებეის საგანი არის არა მტკიცებულებათა რაობა, არამედ მათი ერთობლიობეით შექმნიღი სტანდარტი, რომეღიღ არწმუნებს ობეექტური პირს, პირის დამნაშავეობაში.

### დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივის დამდგენი შესაძლო მძკიცებულებეი

პირის მსჯავრდებეისთვის აუცილებეღია მტკიცებულებათა არსებობა, სიძულვიღი მოტივირებუღი დანაშაუღის შემთხვევაში კი, ასევე, უნდა არსებობდეს მიკერძოებუღი მოტივის დამადასტურებეღი მტკიცებულებეი. დანაშაუღის ხასიათი, ბუნება, ჩატარებუღი გამოღიების ხარისხი და სხვა გარემოებეი გავღენას ახდენს საბოლოო გადაწყვეტილებაზე.<sup>14</sup>

დემოკრატიული ინსტიტუტეისა და ადამიანის უფლებათა ოფისი (ოდირი) განმარტავს, რომ მოტივის ერთ-ერთი მტკიცებულება შეიღღება იყოს ჩადენიღი დანაშაუღის ბუნება, მაგალითად, შეურაცხმყოფეღი წარწერეი ისლამთან დაკავშირებეით, ანდა ღორის თავის ჩამოკიღება სასაფლაოზე, სიძულვიღის შინაარსის შემცვეღი კომენტარეის გაკეთება თავდასხმამდე, თავდასხმის დროს ან შემდეგ, შეიღღება იყოს რთულად იდენტიფიცირებადი მტკიცებულებეი, მაგალითად, დამნაშავის მიერ სიძულვიღის შემცვეღი ლიტერატურის ქონა და სხვა.<sup>15</sup>

აღსანიშნავია, რომ ზოგიერთი ქვეყნის კანონმდებლობა ითვალისწინებს იმ მტკიცებულებეების ჩამონათვალს, რომეღიღ შეიღღება გამოყენებულ იქნას მოტივის დასადგენად, მაგალითად, საფრანგეთის სსკ-ის თანახმად „თუ დანაშაუღს წინ უსწიებს, თან ახღავს ან მოჰყვება წიღიღობეითი ან ვეიბაღუი სიგყვეი, გამოსახუღებეი, საგნეი ან ნებეისმიეი ბუნებეის ქმეღებეი, ხომეღიღ აზიანებს მსხვეიჰღის პაგისს ან ჰეპუტაციას, ან პიიოთა ჯგუფს, ხომეღესაც მსხვეიჰღი

13 საქართველოს სისწლის სამართლის საპროცესო კოღექსის კომენტარი, მთავარი რეღაქტორი: გიორგაღე გ., თბ., (2015), 292.

14 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 51, <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf> > [Last Seen: 23.11.2022].

15 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 52, <https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf> > [Last Seen: 23.11.2022].

მიეკუთვნება“.<sup>16</sup> გაერთიანებული სამეფოს კანონმდებლობის მიხედვით ასეთი მტკიცებულება შეიძლება იყოს: „დანაშაულის ჩადენის დროს ან ჩადენამდე ან მის შემდეგ დამნაშავის მიერ მსხვერპლის მიმართ მტკიცების გამოვლენა, ხომელიც ეფუძნება მსხვერპლის წევრობას (ან სავაჩაურო წევრობას) ხასობივი ან ხელიგვიჩი ჯგუფისადმი...“ – აღნიშნული შეიძლება გახდეს დასკვნის საფუძველი, რომ დანაშაული ჩადენილია რელიგიური ან რასობრივი მტრობის, სიძულვილის საფუძველზე.<sup>17</sup>

ცოტა უფრო რთულადაა საქმე, როდესაც სახეზეა შერეული მოტივით ჩადენილი დანაშაულები, როდესაც დამნაშავეს შეიძლება ამოძრავებდა რამდენიმე მოტივი. ამ დროს შეიძლება დამნაშავის ქმედებებზე უფრო დიდ გავლენა მოეხდინა სიტუაციური ფაქტორებს (მაგალითად სოციალური ფაქტორი), ვიდრე პირად ინდივიდუალურ შეხედულებებს.<sup>18</sup> მაგალითად, შეიძლება ტრანსგენდერი პირი გახდეს ძარცვის მსხვერპლი შერეული მოტივის საფუძველზე: პირველი რომ დამნაშავეს სურს ქონებრივი სარგებლის მიღება და მეორე, დამნაშავეს სძულს განსხვავებული გენდერული იდენტობის მქონე პირები და ამ ქმედებით, გარდა ქონებრივი სარგებლის მიღებისა, ახდენს მათზე შურისძიებას.

შერეული მოტივის არსებობას აღიარებს ზოგიერთი ქვეყნის კანონმდებლობა, მაგალითად ბელგიის სსკ-ში პირდაპირ წერია, რომ პირის მიმართ დაცული მახასიათებლის გამო მტრობა, სიძულვილი და ზიზღი შეიძლება იყოს „დანაშაულის ერთ-ერთი მოტივი.“<sup>19</sup> მოთხოვნა იმისა, რომ მიკერძო-

ება იყოს ერთადერთი მოტივი, მნიშვნელოვნად შეზღუდავდა ამ დანაშაულების იდენტიფიცირების შემთხვევებს.

რაც შეეხება დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულის დამდგენ მტკიცებულებებს – აღნიშნულზე მსჯელობის დროს ამოსავალი წერტილი უნდა იყოს მიკერძოებულ დამოკიდებულებაზე მიმთითებელი გარემოებები, ინდიკატორები. ინდიკატორი არის ობიექტური კრიტერიუმი, რომლითაც შეიძლება სიძულვილის მოტივზე მსჯელობა, თუმცა მხოლოდ ინდიკატორები არ არის საკმარისი პირის მსჯავრდებისთვის, აუცილებელია შესაბამისი მტკიცებულებების წარდგენა სასამართლოზე.<sup>20</sup>

დემოკრატიული ინსტიტუტებისა და ადამიანის უფლებათა ოფისი (ოდირი), რომელიც საკმაოდ მნიშვნელოვან განმარტებებს იძლევა დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილ დანაშაულებთან დაკავშირებით, თავის დოკუმენტებში განმარტავს, რომ სისხლის სამართლის საქმეში შეიძლება არსებობდეს რამდენიმე ინდიკატორი:<sup>21</sup>

- **მსხვერპლის/მონძის აღქმა** – მიიჩნევა თუ არა ის, რომ დანაშაული სიძულვილის მოტივით იქნა ჩადენილი;
- **კომენტარები, წერილობითი განცხადებები, შესტები ან გრაფიტი** – გააკეთა თუ არა შესაძლო დამნაშავემ დისკრიმინაციული კომენტარები, წერილობითი განცხადებები, ან გამოხატა თუ არა შესტიკულაციით მსგავსი დამოკიდებულება, ან ხომ არ დატოვა შემთხვევის ადგილზე წარწერები, ნახატები ან სიმბოლოები, რომელიც მიუთითებენ დანაშაულის ჩადენის მოტივზე;

16 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 52, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

17 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 52, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

18 See Lu-in Wang, “The Complexities of Hate”, Ohio State Law Journal, Vol. 60, 1999, at p. 807

19 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 55, <<https://www.osce.org/files/f/>

<[documents/3/e/36426.pdf](https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf)> [Last Seen: 23.11.2022].

20 OSCE/ODIHR (2015) Understanding Hate Crimes A Handbook for Ukraine, Warsaw, Poland, 2015, p. 9, <<https://www.osce.org/files/f/documents/4/9/208176.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

21 OSCE/ODIHR (2015) Understanding Hate Crimes A Handbook for Ukraine, Warsaw, Poland, 2015, p. 9-10, <<https://www.osce.org/files/f/documents/4/9/208176.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

- **რასობრივი, ეთნიკური, გენდერული და კულტურული განსხვავებები** – განსხვავებებიან თუ არა შესაძლო დამნაშავე და მსხვერპლი რასობრივი, რელიგიური ან ეთნიკური/ეროვნული წარმომავლობის ან სექსუალური ორიენტაციის მიხედვით? არსებობს თუ არა მტრობის ისტორია მსხვერპლის ჯგუფსა და შესაძლო დამნაშავეს შორის? არის თუ არა მსხვერპლი იმ ჯგუფის წევრი, რომელიც უმეტესად ქარბობს სხვა ჯგუფის წევრებთან შედარებით, იმ ტერიტორიაზე, სადაც ინციდენტი მოხდა? იყო თუ არა მსხვერპლი ინციდენტამდე დაკავებული მისი ჯგუფის ხელშემწყობი საქმიანობით?
- **ქმედება** ორგანიზებულია სიძულვილით მოტივირებული ჯგუფების მიერ – იყო თუ არა შემთხვევის ადგილზე დატოვებული საგნები ან ნივთები, რომლებიც მიუთითებს იმაზე, რომ დანაშაული იყო ორგანიზებული ნაციონალისტური ორგანიზაციის თუ სიძულვილით მოტივირებული ჯგუფის მიერ? არის თუ არა მტკიცებულება, რომ ასეთი ჯგუფი აქტიურია სამეზობლოში (მაგ. პლაკატები, გრაფიტი თუ ბროშურები)?
- **შემთხვევამდე მომხდარი მიკერძობული დანაშაულები/ინციდენტები** – ყოფილა თუ არა მსგავსი ინციდენტები იმავე ტერიტორიაზე? ვინ იყვნენ მსხვერპლები? მიიღო თუ არა მსხვერპლმა შეურაცხმყოფელი შინაარსის ფოსტა, სატელეფონო ზარები ან იყო თუ არა სიტყვიერი შეურაცხყოფის მსხვერპლი მისი კუთვნილების ან მიზნობრივი ჯგუფის წევრობის საფუძველზე?
- **ქმედების ჩადენის მდებარეობა და დრო** – იყო თუ არა მსხვერპლი იმ ტერიტორიაზე ან მის მახლობლად, რომელიც ჩვეულებრივ ასოცირდება კონკრეტულ ჯგუფთან (მაგ. თემის ცენტრი, მეჩეთი, ეკლესია ან სხვა სალოცავი სივრცე)? თუ ქონება იყო მიზნობრივი,

იყო თუ არა ეს რელიგიური ან კულტურული მნიშვნელობის მქონე ობიექტი ან ადგილი, როგორცაა ისტორიული ძეგლი ან სასაფლაო? ინციდენტი ხომ არ მოხდა განსაკუთრებული მნიშვნელობის დღეს (მაგ. რელიგიურ დღესასწაულზე)?

უნდა აღინიშნოს, რომ ინდიკატორების მოცემული ჩამონათვალი არის პირობითი და არ არის ამომწურავი, რაც გულისხმობს იმას, რომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში შეიძლება გამოვლინდეს ისეთი გარემოება, ინდიკატორი, რომელიც არ ფიგურირებს ამ ჩამონათვალში, თუმცა მიუთითებს მიკერძობულ დამოკიდებულებაზე და შეიძლება გახდეს სიძულვილის მოტივის დამადასტურებელი მტკიცებულების წყარო. ქართული საკანონმდებლო ბაზა არ იცნობს ამგვარი შინაარსის რეგულირებას. სამწუხაროდ, არც აკადემიური ნაშრომები არსებობს, რომლებიც სიღრმისეულად და ქართულ კანონმდებლობასა და პრაქტიკაზე დაყრდნობით განმარტავდნენ საკითხს.

### დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივის გავლენა სასჯელზე

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ განმარტებულია, რომ „სასამართლო საქმეს განიხილავს წარდგენილი ბრალდების ფარგლებში. საქართველოს სსსკ-ის მე-17 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, პირის ბრალდება მხოლოდ პროკურორის უფლებამოსილებაა. ამავე კოდექსის 169-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტის თანახმად, ბრალდების შესახებ დადგენილებაში უნდა აღინიშნოს: ბრალდების ფორმულირება – „ინკ-ჰიმინიხებული ქმედების აღწეხა, მისი ჩადენის ადგილის, დროის, ხეხის, საშუალების, იახალის, აგხეთვე ამ ქმედებით გამოწვეული შედეგის მითითებით. ამდენად, წახდგენილი ბრალდების ფაჩგდებში მოიაზხება სწოხედ პიოკუჰოხის მიეხ ბრალდების შესახებ დადგენილებაში ჩამოყადიბებული ბრალდების ფოხმუდიხება, ხომედ-შიც მკაფიოდ უნდა იყოს ჩამოყადიბებული იმ

მახტელაწინააღმდეგო და ბიადეუდი ქმედების აღწეხა (ხოგოხ გამოიხაგა), ხომელსაც ბიადეუბის მხაჲე ედავება ბიადეუბდს, მისი ჩადენის ადგილის, დიოის, ხეხის, საშუადების, იახალის, აგჲეთვე ამ ქმედებით გამოწვეუდი შედეგის მითითებით“;<sup>22</sup> რაც ნიშნავს იმას, რომ სასამართლო პირის დამნაშავეობა-უდანაშაულობის საკითხზე მსჯელობის დროს ვერ გაცდება ბრალდების შესახებ დადგენილებაში მითითებულ ფორმულირებას, შესაბამისად, თუ ბრალმდებელს, პროკურორს გამორჩება ან ყურადღების მიღმა დარჩება ქმედების მაკვალიფიცირებელი გარემოება, სასამართლო განხილვის ეტაპზე, მოსამართლე ასობით მტკიცებულების არსებობის პირობებშიც კი, ვერ შეძლებს პირისთვის ბრალის დამძიმებას.

დემოკრატიული ინსტიტუტებისა და ადამიანის უფლებათა ოფისი (ოდირი) დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულისთვის სასჯელის გამოყენებასთან დაკავშირებით, აღნიშნავს, რომ არსებობს სამი ძირითადი არგუმენტი ამ კატეგორიის დანაშაულისთვის უფრო მკაცრი სასჯელის გამოყენების: **პირველი** ეს არის სიმბოლური ღირებულება, დატვირთვა, რომ სახელმწიფო განსაკუთრებულად გმობს ამ კატეგორიის დანაშაულს; **მეორე** არის მიყენებული ზიანისთვის დასჯა – დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული უფრო დიდ ზიანს აყენებს მსხვერპლს, ვიდრე სხვა დანაშაული, ამასთან, ის გავლენას ახდენს დაცული ჯგუფის სხვა წევრებზე და შესაბამისად, სასჯელი განისაზღვრება, როგორც ინდივიდისთვის, ისე საზოგადოებისთვის მიყენებული ზიანის შესაბამისად; **მესამე** არგუმენტი არის ის, რომ ამ დროს ისჯება უფრო დიდი დანაშაული, უფრო სერიოზული დანაშაული, რაც აუცილებელს ხდის პროპორციული სასჯელის გამოყენებას.<sup>23</sup>

22 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის №230აპ-13 განაჩენი, <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCrime.aspx>> [ბოლო წვდომა: 23.11.2022].

23 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caus a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 22-23,

დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულისთვის უფრო მკაცრი სასჯელის გამოყენებასთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანია შეფასდეს უცხო ქვეყნის გამოცდილება, რომელზე დაყრდნობითაც ორგვარი მიდგომა შეიძლება ჩამოყალიბდეს: ერთი, როდესაც ზოგადად ხდება სასჯელის დამძიმება ნებისმიერი დანაშაულისთვის, რომელიც ჩადენილია მიკერძოების მოტივით და მეორე, სასჯელის დამძიმება კონკრეტული დანაშაულების მიკერძოების მოტივით ჩადენის შემთხვევაში. მაგალითად, გაერთიანებული სამეფოს სსკ-ის თანახმად, თუ დანაშაული რასობრივად გამწვავებულია, სასამართლომ ეს უნდა გაითვალისწინოს როგორც დამამძიმებელი ფაქტორი.<sup>24</sup> დაახლოებით იმავეს ამბობს უკრაინის სსკ-ის 67-ე მუხლი.<sup>25</sup> თუმცა, მაგალითად, ბელგიის კანონმდებლობის თანახმად, დანაშაულის ჩადენა სიძულვილის მოტივით არის დამამძიმებელი გარემოება, რომელმაც შეიძლება გააორმაგოს სასჯელი ისეთი დანაშაულებისთვის, როგორებიცაა: გაუპატიურება, თავდასხმა, განზრახ მკვლელობა და ამავე მუხლში მითითებული სხვა დანაშაულები.<sup>26</sup>

ამ კუთხით საქართველოს კანონმდებლობა შერეულ მოდელს შეიძლება მივაკუთვნოთ, ვინაიდან, სსკ იცნობს როგორც ზოგად დანაწესს – სსკ-ის 53<sup>1</sup>-ე მუხლის სახით (რომელიც ამძიმებს პასუხისმგებლობას ნებისმიერი დანაშაულისთვის, რომლის მოტივსაც დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობა წარმოადგენს) და ასევე, იცნობს სპეციალურ, დისკრიმინაციის ნიშ-

<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf> > [Last Seen: 23.11.2022].

24 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caus a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 33-34, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

25 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caus a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 47, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

26 OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caus a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 35, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].

ნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილ დანაშაულებს, რომელთათვის უფრო მკაცრი სასჯელის გამოყენება იმავე მუხლში მითითებულ სანქციაში არის ასახული, მაგალითად საქართველოს სსკ-ის 109-ე მუხლის „თ“ ქვეპუნქტი – განზრახ მკვლელობა, ჩადენილი გენდერის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით.

სასჯელის სახის და ზომის განსაზღვრის დროს სასამართლო ხელმძღვანელობს საქართველოს სსკ-ის 53-ე (სასჯელის დანიშვნის ზოგადი საწყისები) და 53<sup>1</sup>-ე (სასჯელის დამამძიმებელი გარემოებები) მუხლებით. სსკ-ის 53-ე მუხლი არის ზოგადი შინაარსის მუხლი, რომელიც ამბობს, რომ სასჯელის განსაზღვრის დროს სხვა გარემოებებთან ერთად ყურადღება ენიჭება „დანაშაულის მოტივს“, მაშინ როდესაც 53<sup>1</sup>-ე მუხლი არის სპეციალური მუხლი და საუბრობს სასჯელის კონკრეტულ დამამძიმებელ გარემოებაზე. ზოგადი და სპეციალური მუხლების კონკურენციის დროს კი უპირატესობა ენიჭება სპეციალურ მუხლს. შესაბამისად, სასამართლომ დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილ დანაშაულზე მიღებულ განაჩენში, სასჯელზე მსჯელობის ეტაპზე, სწორედ ამ მუხლის რეგულაციით უნდა იხელმძღვანელოს და სასჯელის დამძიმების დასაბუთებაშიც ის უნდა ასახოს. სსკ-ის 53-ე მუხლზე მითითებაც არ იქნება შეცდომა, თუმცა, როგორც სასჯელის ზოგადი საწყისების შემცველ მუხლზე და ძირითადი დასაბუთება მაინც უნდა მოახდინოს სსკ-ის 53<sup>1</sup>-ე მუხლიდან, როგორც სპეციალური და კონკრეტული მუხლიდან.

### სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი

საკითხის უკეთ შესაფასებლად მნიშვნელოვანია არსებული პრაქტიკის შესწავლა და ანალიზი. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 5 თებერვლის განაჩენში, რომელიც შეეხებოდა ოჯახის წევრის მიმართ განხორციელებულ მუქარას (სსკ-ის 11<sup>1</sup>, 151-ე მუხლის მეორე ნაწილის

დ<sup>1</sup> ქვეპუნქტი) და ოჯახის წევრის მიმართ შემაკავებელი ორდერით გათვალისწინებული მოთხოვნებისა და ვალდებულებების შეუსრულებლობას (სსკ-ის 11<sup>1</sup>, 381<sup>1</sup> მუხლის პირველი ნაწილი), სასამართლომ გენდერული დისკრიმინაციის მოტივის დამადასტურებელ მტკიცებულებად მიიჩნია დაზარალებულის ჩვენება, სადაც ის აღწერდა, თუ როგორ აკონტროლებდა ყოფილი მეუღლე მას, მოითხოვდა ყველა დეტალის მასთან შეთანხმებას, ამცირებდა და აყენებდა შეურაცხყოფას. აღსანიშნავია, რომ სისხლის სამართლის საქმეში არ მოიპოვებოდა შეუწყნარებლობის მოტივის დამადასტურებელი სხვა მტკიცებულებები, გარდა დაზარალებულის ჩვენებისა და ბრალდებულის აღიარებისა. სასამართლომ სასჯელის დასაბუთების ნაწილში მიუთითა სსკ-ის 53<sup>1</sup>-ე მუხლზე და მის საფუძველზე მსჯავრდებულს შეუფარდა თავისუფლების აღკვეთა 1 წლისა და 6 თვის ვადით.<sup>27</sup> ასევე, თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 9 მარტის განაჩენით, რომლითაც სასამართლომ პირი დამნაშავედ ცნო სსკ-ის 11<sup>1</sup>, 151-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის გენდერის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენაში, სასჯელის დასაბუთების ნაწილში მიუთითა, რომ დამამძიმებელი გარემოების – გენდერის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივის არსებობიდან გამომდინარე და სსკ-ის 53<sup>1</sup>-ე მუხლით გათვალისწინებული მოთხოვნების საფუძველზე, სასჯელის სახედ და ზომად განისაზღვრა თავისუფლების აღკვეთა 1 წლისა და 6 თვის ვადით.<sup>28</sup>

ზემოაღნიშნული პრაქტიკისგან განსხვავებით, თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 15 თებერვლის განაჩენში, რომელიც შეეხებოდა საქართველოს სსკ-ის 11<sup>1</sup>, 381<sup>1</sup> მუხლის 1-ელი ნაწილით (სამი ეპიზოდი), სსკ-ის 11<sup>1</sup>, 151-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტით და სსკ-ის 11<sup>1</sup>, 151<sup>1</sup>-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინ-

27 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 5 თებერვლის განაჩენი.  
28 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 9 მარტის განაჩენი.

ნებული დანაშაულების გენდერის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენას, ვკითხულობთ, რომ სასამართლომ იმსჯელა პასუხისმგებლობის დამამძიმებელი გარემოებაზე, თუმცა არ განმარტა, რა გავლენა ჰქონდა ამ გარემოებას სასჯელის განსაზღვრის საკითხზე მსჯელობის ეტაპზე.<sup>29</sup> იგივე ტენდენცია გამოიკვეთა თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2022 წლის 6 აპრილის განაჩენით.<sup>30</sup>

თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 01 აპრილის განაჩენში, რომელიც შეეხებოდა საქართველოს სსკ-ის 156-ე მუხლის მეორე ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენას, მხარეებმა უდავოდ გახადეს ფაქტობრივი გარემოებები და მტკიცებულებები, კერძოდ: მოწმეთა ჩვენებები, შემთხვევის ადგილის დათვალიერების ოქმი და ამოღებული ნივთიერი მტკიცებულებები (რელიგიური ლიტერატურა), ამასთან, ბრალდებული აღიარებდა წარდგენილ ბრალს. სასჯელის დასაბუთების ნაწილში მოსამართლემ ყურადღება გაამახვილა სსკ-ის 53-ე მუხლზე, მართალია არ უხსენებია სსკ-ის 53<sup>1</sup> მუხლი, თუმცა მიუთითა, რომ დამამძიმებელი გარემოება არსებობს რელიგიური შეუწყნარებლობის სახით და განუსაზღვრა თავისუფლების აღკვეთა 1 წლისა და 6 თვის ვადით, რაც ჩაუთვალა პირობითად, 2 წლის გამოსაცდელი ვადით.<sup>31</sup>

თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 25 აგვისტოს განაჩენით, რომელიც შეეხებოდა დისკრიმინაციის შემცველი სხვა ნიშნით საქართველოს სსკ-ის 156-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით, საქართველოს სსკ-ის 126-ე მუხლის პირველი ნაწილით და საქართველოს სსკ-ის 151-ე მუხლის 1-ელი ნაწილით დანაშაულების ჩადენას, სასამართლომ მოტივის იდენტიფიცირებისას მხედველობაში მიიღო ბრალდების მხარის მიერ წარმოდგენილი შემდეგი

მტკიცებულებები: მოწმეთა ჩვენებები, ექსპერტიზის დასკვნა, შემთხვევის ადგილის დათვალიერების ოქმი, ფოტოსურათები და ვიდეო ჩანაწერები, რომლებიც ადასტურებდნენ მომხდარ ფაქტობრივ გარემოებას და დანაშაულის ჩადენის მოტივის. სასჯელის სახედ და ზომად განუსაზღვრა თავისუფლების აღკვეთა 6 თვის ვადით და ჯარიმა 2500 ლარის ოდენობით. სასჯელზე მსჯელობის დროს სასამართლომ მიუთითა სსკ-ის 53<sup>1</sup> მუხლის მესამე და მეოთხე ნაწილებით გათვალისწინებულ რეგულირებაზე.<sup>32</sup>

თბილისის საქალაქო სასამართლოს განაჩენში, რომელიც შეეხებოდა სსკ-ის 155-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენას, მოსამართლე საერთოდ არ მსჯელობს იმ მტკიცებულებებზე, რაზე დაყრდნობითაც მოხდა პირის მსჯავრდება (განაჩენი სულ სამ გვერდს მოიცავს), განმარტებულია მხოლოდ ის გარემოება, რომ მხარეები სადავოდ არ ხდიან საქმის ფაქტობრივ გარემოებებს და წარმოდგენილ მტკიცებულებებს – „მოწმეთა გამოკითხვის ოქმებს, პიჩის დაკვეთისა და პიჩადი ჩხეკის ოქმს და საქმეში ახსებულ სხვა უცყუაჩ მტკიცებულებებს“, შესაბამისად, შეუძლებელია იმის შეფასება თუ რა მტკიცებულებები არსებობდა საქმეში, რომელიც მიკერძოების მოტივს დაადასტურებდა.<sup>33</sup>

შესწავლილი პრაქტიკის ანალიზი იძლევა შესაძლებლობას იდენტიფიცირდეს დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივის დამადასტურებელი ის მტკიცებულებები, რომლებსაც ქართული სასამართლო პრაქტიკა იცნობს, კერძოდ:

- პირველი და ყველაზე მეტად გამოკვეთილი: **მოწმეთა ჩვენებები**, სადაც მოწმე/დაზარალებული უთითებდა დისკრიმინაციის შემცველი წინადადებების, ფრაზების შესახებ, რომლებსაც დამნაშავე დაზარალებულის მიმართ იყენებდა – მაგალითად ჰომოფობიური, ტრანსფობიური თუ

29 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 15 თებერვლის განაჩენი.

30 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2022 წლის 6 აპრილის განაჩენი.

31 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 01 აპრილის განაჩენი.

32 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 25 აგვისტოს განაჩენი.

33 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 05 სექტემბრის N1/3828-19 განაჩენი.

ქსენოფობიური კომენტარები, გენდერული სტერეოტიპების შემცველი ფრაზები თუ დამოკიდებულებები და სხვა.

- მიმონერის ამსახველი ინფორმაციის დათვალისწინების ოქმები და თავად ეს მიმონერები, სადაც იკვეთებოდა დამნაშავეს სტერეოტიპული, მიკერძოებული თუ დისკრიმინაციული დამოკიდებულება და ამ დამოკიდებულების საფუძველზე დანაშაულის ჩადენა.
- თავად ბრალდებულის აღიარება, რომ მის მიერ კონკრეტული ქმედება განპირობებული იყო ამა თუ იმ მიკერძოებული შეხედულებით (განქორწინების მიუხედავად ცოლის უფლება არ აქვს სხვა მამაკაცს შეხედოს, ყველაფერი უნდა შეუთანხმოს მის ყოფილ ქმარს, ე.წ. „ღირსების სახელით“ ჩადენილი დანაშაულები, ან ბრალდებულის ჩვენება, სადაც ის უთითებს, რომ კონკრეტული პირის პროფესიული მოღვაწეობა მისთვის იყო მიუღებელი და სწორედ ამ მოღვაწეობასთან დაკავშირებით ჰქონდა მის მიმართ უარყოფითი დამოკიდებულება, რაც ძალადობრივ ქმედებაში გადაიზარდა).
- დანაშაულის ჩადენის ადგილი – მაგალითად, რელიგიური ღვთისმსახურების ჩატარების ადგილი.
- დანაშაულის ჩადენის ხერხი – რელიგიური ინფორმაციის შემცველი ლიტერატურის დახვევა, განადგურება.

სხვა სახის მტკიცებულებების არსებობა, მაგალითად: ბრალდებულის წარსული ნასამართლობა მსგავსი კატეგორიის დანაშაულის ჩადენისთვის, მის მიერ სოციალურ ქსელში გაკეთებული დისკრიმინაციის შემცველი განცხადებები, სიძულვილის შემცველი ნახატების თუ მინაწერების გაკეთება შემთხვევის ადგილზე, დანაშაულის ჩადენის სპეციალური ხერხი – დამამცირებელი, დამასახიჩრებელი და სხვა, შესწავლილ განაჩენებში არ ვლინდება.

მიკერძოების მოტივის შესაძლო დამ-

დგენ მტკიცებულებებზე და სათანადო სასჯელის გამოყენებაზე მსჯელობის დროს, აუცილებელია ყურადღება გამახვილდეს საერთაშორისო სტანდარტებზე. მაგალითად, ევროსასამართლოს მიერ განხილულ საქმეში „იდენტობა და სხვები საქართველოს წინააღმდეგ“, სასამართლომ ორი პირი მიმართ გამოყენებულ ადმინისტრაციულ სანქციასთან (100 ლარით დაჯარიმება) დაკავშირებით განმარტა, რომ „მომჩივნების მიმახთ განხორციელებული გაუმართლებელი ძალადობის დონისა და აგხესიის გათვალისწინებით, სასამართლო ახ მიიჩნევს, რომ ასეთი მსუბუქი ადმინისტრაციული სანქცია საკმაოა, ხათა სახედმწიფომ მოიხადოს თავისი პხოცედუხური ვადებულება კონვენციის მე-3 მუხდთან შესაბამისობაში“.<sup>34</sup>

დანაშაულის ჩადენის შეუწყნარებლობის მოტივის დამდგენ მტკიცებულებებთან დაკავშირებით ევროსასამართლოს არაერთ ინდიკატორზე აქვს ყურადღება გამახვილებული, მათ შორის: დანაშაულის ჩადენის დრო,<sup>35</sup> ადგილი,<sup>36</sup> შემთხვევის ადგილზე გაკეთებული კომენტარები,<sup>37</sup> დამნაშავეს მიკერძოებული და სტერეოტიპული დამოკიდებულება მსხვერპლის მიმართ<sup>38</sup> და სხვა. ევროსასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებები იძლევა შესაძლებლობას, რომ ჩამოყალიბდეს ის სახელმძღვანელო დებულებები, რომლითაც იხელმძღვანელებენ ეროვნული ორგანოები და ჩამოყალიბებენ შეუწყნარებლობის მოტივზე მიმთითებელი მტკიცებულების (ინდიკატორების) არაამომწურავ ჩამონათვალს.

34 ECtHR, Case of Identoba and Others v. Georgia, no.73235/12, 12/05/2015, §75.  
 35 ECtHR, Case of Identoba and Others v. Georgia, no.73235/12, 12/05/2015.  
 36 ECtHR, Case of 97 Members of the Gldani Congregation of Jehovah’s Witnesses and 4 Others v. Georgia, no. 71156/01, 03/05/2007.  
 37 ECtHR, Case of Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia, no. 7224/11, 22/03/2021. Case of Begheluri and Others v. Georgia, no. 28490/02, 07/10/2014.  
 38 ECtHR, Case of Tkheldize v. Georgia, no. 33056/17, 08/07/2021, Case A and B v. Georgia, no. 73975/16, 10/02/2022.

## დასკვნა

დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით დანაშაულის ჩადენისთვის პირის პასუხისგებაში მისაცემად აუცილებელია შეუწყნარებლობის მოტივის დამადასტურებელი მტკიცებულებების არსებობა. დანაშაულის ჩადენის აღნიშნული მოტივი არის პასუხისმგებლობის დამამძიმებელი გარემოება და სასამართლომ ის მხედველობაში უნდა მიიღოს სასჯელის განსაზღვრის ეტაპზე.

გამოთხოვილი განაჩენების ანალიზის საფუძველზე შეიძლება რამდენიმე მნიშვნელოვანი შეფასების გაკეთება:

- შესწავლილი განაჩენების უმრავლესობა გენდერის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილ დანაშაულებს შეეხებოდა, რაც შეესაბამება არსებულ სტატისტიკურ მონაცემებს, რომელთა თანახმად სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების უმეტესობის ჩადენა სწორედ გენდერის ნიშნით ხდება.<sup>39</sup> თუმცა, გენდერის ნიშანს თავისი სპეციფიკა აქვს, შესაბამისად, მხოლოდ მასზე დაყრდნობით ვერ ვიმსჯელებთ ზოგადად სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების ყველა მახასიათებელზე და იმ შესაძლო მტკიცებულებების ამომწურავ ჩამონათვალზე, რომლებიც შეიძლება არსებობდეს ამ კატეგორიის დანაშაულებში;
- განაჩენების შესწავლის საფუძველზე დადგინდა რამდენიმე ინდიკატორი, რომელიც შეუწყნარებლობის მოტივის დამადასტურებელი მტკიცებულების წყარო შეიძლება იყოს: დაზარალებულის/მონმის აღქმა, ბრალდებულის აღქმა და მის მიერ გაკეთებული კომენტარები, სიძულ-

ვილის, სტერეოტიპული შინაარსის მატარებელი მიმოწერის არსებობა, დანაშაულის ჩადენის ადგილი, დანაშაულის ჩადენის ხერხი. თუმცა, აუცილებლად უნდა გაეხვას ხაზი, რომ აღნიშნული ინდიკატორების სია არ არის ამომწურავი;

- აღნიშნული განაჩენების შესწავლის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლო მოტივის იდენტიფიცირების საკითხზე, დამატებით მსჯელობას ქმედების შემადგენლობის იქით, იშვიათად ავითარებს. სასამართლოს რა მტკიცებულებებიც საკმარისად მიაჩნია ქმედების სამართლებრივი შეფასებისთვის, იგივე მტკიცებულებებზე დაყრდნობით ახდენს მოტივის არსებობა-არარსებობის შეფასებასაც;
- შესწავლილ განაჩენებში იკვეთება სსკ-ის 53<sup>1</sup>-ე მუხლზე მხოლოდ ფორმალური მითითება, ზოგიერთ შემთხვევაში კი ამ მუხლზე აქცენტი საერთოდ არც არის გაკეთებული, რაც რა თქმა უნდა არღვევს კანონით მოთხოვნილ ვალდებულებას. ამასთან, შეუძლებელია იმის შეფასება თუ რა გავლენა მოახდინა მოტივმა სასჯელის სახის და ზომის განსაზღვრაში.

აღსანიშნავია, რომ აუცილებელია უწყებებმა მოახინონ ამ კატეგორიის დანაშაულებზე მიღებული განაჩენების და სისხლის სამართლის საქმეების დეტალური შესწავლა და მის საფუძველზე გამოვლენილი ინდიკატორებისთვის ერთიანი სახის მიცემა და პრაქტიკაში გამოყენება. ამასთან, სასამართლომ ზუსტად უნდა განმარტოს – რა გარემოებებზე, მტკიცებულებებზე თუ ინდიკატორებზე დაყრდნობით მიიჩნია დადასტურებულად შეუწყნარებლობის მოტივის არსებობა/არ არსებობა და განაჩენში დეტალურად მიუთითოს აღნიშნულზე. გარდა აღნიშნულისა, სასამართლომ უნდა დაასაბუთოს – რატომ იყენებს კონკრეტული სასჯელის სახეს და მის კონკრეტულ ზომას. სასამართლომ მკაფიოდ უნდა მიუთითოს – რამ განაპირობა კონკრეტული სასჯელის

39 საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახური (2022, 1 მარტი). დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულის სტატისტიკის ერთიანი ანგარიში, 2022, <[https://www.geostat.ge/media/43558/diskriminacii-niSniT\\_2021.pdf](https://www.geostat.ge/media/43558/diskriminacii-niSniT_2021.pdf)> [ბოლო წვდომა: 23.11.2022].



გამოყენება და რომ სწორედ შეუწყნარებლობის მოტივი გახდა პასუხისმგებლობის დამძიმების საფუძველი. აღნიშნული დასაბუთების დროს აქცენტი უნდა გააკეთოს იმაზე, თუ რატომ არ უფარდება უფრო მსუბუქ სასჯელს, რითაც გამოყენებულ სასჯელს მიანიჭებს, როგორც სპეციალურ პრევენციას (მსჯავრდებულისთვის გასაგები იქნება, რომ მის მიერ სიძულვილის მოტივით ჩადენილმა დანაშაულმა გამოიწვია უფრო მკაცრი და მძიმე სასჯელის გამოყენება), ისე ზოგად პრევენციას (სხვა პირთათვისაც ცხადი იქნება სახელმწიფოს ნება, რომ მსგავსი ქმედების ჩადენის შემთხვევაში, კანონი მკაცრი მის მიმართაც იქნება და რომ დანაშაულის შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენა ამძიმებს პასუხისმგებლობას).

დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლის პროცესის გაუმჯობესებისთვის სასურველია რამდენიმე აქტივობის განხორციელება:

- ინდიკატორების, როგორც მოტივის შესაძლო მტკიცებულებების, რომელიმე საკანონმდებლო აქტში ან შიდაუნებრივ დოკუმენტებში ინტეგრირება. საუკეთესო შემთხვევაში, ცვლილების განხორციელება საპროცესო კოდექსში და იმ ინდიკატორების მითითება, რომელთა საფუძველზეც შესაძლებელია მოპოვებულ იქნეს შეუწყნარებლობის მოტივის დამდგენი, დამადასტურებელი მტკიცებულებები. შესაძლებელია ასევე, ამგვარ ინფორმაციაზე დაფუძნებული შიდაუნებრივი დოკუმენტის, რეკომენდაციის ან გაიდლაინის შექმნა სახელმწიფო უწყებებისთვის, რომლებიც ამ კატეგორიის დანაშაულზე მუშაობენ. თავის მხრივ, აღნიშნული დოკუმენტი უნდა იყოს საჯარო და ხელმისაწვდომი ყველა დაინტერესებული პირისთვის.
- ასევე, აუცილებელია ამ კატეგორიის საქმეებთან შემხებლობაში მყოფი პირების – გამომძიებლების, პროკურორების, ადვოკატების და მოსა-

მართლების გადამზადება და მათი სპეციალური ცოდნით აღჭურვა, რათა იცოდნენ როგორც ეროვნული კანონმდებლობის მოთხოვნები, ისე საერთაშორისო რეგულაციები და ამ მიმართულებით სახელმწიფოთათვის დაკისრებული ვალდებულებები;

- გადამზადებების პარალელურად, სასურველია საერთაშორისო საუკეთესო პრაქტიკის შესწავლა, გაიდლაინების შედგენა და შესაბამისი სპეციალისტებისთვის მათი ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფა.

ზემოაღნიშნული გარემოებების მხედველობაში მიღება და გათვალისწინება ხელს შეუწყობს, როგორც სწორი სამართლებრივი კვალიფიკაციის მინიჭებას, ისე ერთიანი სასამართლო პრაქტიკის ჩამოყალიბებას.

# THE SUFFICIENCY OF EVIDENCE TO CONVICT THE PERSON FOR COMMITTING A CRIME OF INTOLERANCE BASED ON DISCRIMINATORY GROUNDS AND ITS IMPORTANCE IN DETERMINING THE SENTENCE

**Nati Gelovani**

*Ph.D. student at the Faculty of Law and Social Sciences of East European University*

**KEYWORDS:** Crimes motivated by intolerance committed on the grounds of discrimination, Hate Crime, Evidence sufficient to convict a person, Importance of motive in sentencing

## ABSTRACT

All human beings are born free and equal in dignity and rights. The fight against discrimination is recognized by the Constitution of Georgia – “All persons are equal before the law”, any kind of discrimination is not allowed. This is emphasized in the principles and norms specified in international conventions and declarations.

The obligation to study the discriminatory motive within the framework of the full, comprehensive and objective investigation stipulated by the procedural legislation rests with the law enforcement officers, and the court is obliged to administer justice, to make a summary decision based on the evidence. In addition, it must be substantiated.

According to the legislation of Georgia, to convict a person is necessary to have a set of evidences that would convince an objective person of the person's guilt. In the case of a crime motivated by hate, it is additionally necessary to have such indicators – evidence, which is necessary to confirm the existence of the motive.

National law, which is in full compliance with international law, requires that the summary judgment passed by the court and the type and extent of the sentence applied must be justified. The court's

verdict should give any person the opportunity to get information on what evidence and why the court made this particular decision.

In this paper are discussed the indicators of crimes committed with the motive of intolerance based on discrimination and the types of evidence to be obtained based on them, as well

as the decisions of the national court and the standards of substantiation of these decisions are studied – on what evidence is the summary decision made and to what extent does the motive of hatred influence the type and size of the relative punishment.

## ბიბლიოგრაფია:

### ქართული ლიტერატურა:

1. საქართველოს კონსტიტუცია.
2. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი;
3. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი.
4. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია(1948).
5. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია (1950).
6. გელოვანი ნ., (2022). დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულის სტატისტიკის ერთიანი, 2020 (ოქტომბერ-დეკემბერი) წლის ანგარიშის ანალიზი. სამართალი და მსოფლიო, 8(2);
7. გელოვანი, ნ., (2022). დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული ქართულ სისხლის სამართალში. მართლმსაჯულება და კანონი, 14(3).
8. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მთავარი რედაქტორი: გიორგაძე გ., თბ., (2015).
9. საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახური (2022, 1 მარტი). დისკრიმინაციის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაულის სტატისტიკის ერთიანი ანგარიში, 2022.

### უცხო-ენოვანი ლიტერატურა:

1. ეუთოს მინისტრთა საბჭოს გადაწყვეტილება N9/09, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ, ეუთოს მინისტრთა საბჭო, ათენი, 2009.
2. ეუთო, სიძულვილით მოტივირებული დანაშაულების პრაქტიკული გზამკვლევი, ეუთოს გამოცემა, ვარშავა, პოლონეთი, 2009.

## BIBLIOGRAPHY:

### Georgian Literature:

1. Constitution of Georgia.
2. Criminal Code of Georgia.
3. Criminal Procedure Code of Georgia.
4. Universal Declaration of Human Rights (1948).
5. European Convention on Human Rights (1950).
6. Gelovani, N., (2022). Analysis of the Report of Data (October-December 2020) on crime of intolerance committed on the grounds of discrimination, Law and World, 8(2).
7. Gelovani, N., (2022), Crimes Committed on Grounds of Intolerance in Georgian Criminal Law. Justice and Law, 14(3).
8. Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia, chief editor: G. Giorgadze, Tb. (2015).
9. National Statistics Office of Georgia, (2022, March). Joint Report of Data on Crimes Committed on Grounds of Intolerance With Discrimination Basis, 2022.

### Foreign Literature:

1. OSCE Ministerial Council, Decision No. 9/09 on Combating Hate Crimes, OSCE Ministerial Council, Athens, 2009.
2. OSCE/ODIHR, Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009.
3. OSCE/ODIHR (2022) Gender-Based Hate Crime, Hate Crime Reporting, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland.
4. OSCE/ODIHR (2015) Understanding Hate Crimes A Handbook for Ukraine, Warsaw, Poland, 2015.
5. Lu-in Wang, "The Complexities of Hate", Ohio State Law Journal, Vol. 60, 1999.
6. Crown Prosecution Service, (2022, 3 March),

3. ეუთო, გენდერის ნიშნით შეუწყნარებლობის მოტივით ჩადენილი დანაშაული, სიძულვილის დანაშაულის შესახებ ინფორმაცია, ოდირის გამოცემა, ვარშავა, პოლონეთი.
4. ეუთო, სიძულვილის დანაშაულის გაგება, სახელმძღვანელო უკრაინისთვის, ვარშავა, პოლონეთი, 2015.
5. ლუ-ინ ვანგი, სიძულვილის სირთულეები, ოჰაიოს სახელმწიფო სამართლის ჟურნალი, ტომი. 60, 1999.
6. სამეფო პროკურატურის სამსახური, (2022, 3 მარტი), "ჰომოფობიური, ბიფობიური და ტრანსფობიური სიძულვილის დანაშაული – პროკურატურის სახელმძღვანელო".

### საერთაშორისო სასამართლოს გადაწყვეტილებები:

1. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, ბელელური და სხვები საქართველოს წინააღმდეგ, N28490/02, 07/10/2014.
2. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, აღდგომელაშვილი და სხვები საქართველოს წინააღმდეგ, N7224/11, 22/03/2021.
3. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, იდენტობა და სხვები საქართველოს წინააღმდეგ, N73235/12, 12/05/2015.
4. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, ანგელოვა და ილიევი ბულგარეთის წინააღმდეგ, N55523/00, 26/07/2007.
5. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, ბარბერა, მასეგუ, ჯაბარდო ესპანეთის წინააღმდეგ, N10590/83, 06/12/1988.
6. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, „გლდანის კონგრეგაციის 97 წევრი და ოთხი სხვა პირი საქართველოს წინააღმდეგ, N71156/01, 03/05/2017.
7. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, თხელიძე საქართველოს წინააღმდეგ, N33056/17, 08/07/2021.
8. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, ა და ბ საქართველოს წინააღმდეგ, N73975/16, 10/02/2022.

“Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime – Prosecution Guidance“.

### International Court Decision:

1. ECtHR, Case of Begheluri and Others v. Georgia, no. 28490/02, 07/10/2014.
2. ECtHR, Case of Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia, no. 7224/11, 22/03/2021.
3. ECtHR, Case of Identoba and Others v. Georgia, no.73235/12, 12/05/2015.
4. ECtHR, Case of Angelova and Iliev v. Bulgaria, no. 55523/00, 26/07/2007.
5. ECtHR, Case of Barberà, Messegué, Jabardo v. Spain, no. 10590/83, 06/12/1988.
6. ECtHR, Case of 97 Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia, no. 71156/01, 03/05/2017.
7. ECtHR, Case of Tkheidze v. Georgia, no. 33056/17, 08/07/2021.
8. ECtHR, Case A and B v. Georgia, no. 73975/16, 10/02/2022.

### National Court Decision:

1. Decision Constitutional Court of Georgia, Panel I, II-2, N1/1/548 on the case "Georgian citizen Zurab Mikadze against the Parliament of Georgia", 22/01/2015.
2. Decision of the Supreme Court of Georgia of June 24, 2014, №230AP-13.
3. Judgment of Tbilisi City Court of February 5, 2021.
4. Judgment of Tbilisi City Court of March 9, 2021.
5. Judgment of Tbilisi City Court of February 15, 2021.
6. Judgment of Tbilisi City Court of April 6, 2022.
7. Judgment of Tbilisi City Court of April 1, 2021.
8. Judgment of Tbilisi City Court on August 25, 2021.
9. Verdict N1/3828-19 of Tbilisi City Court of September 5, 2019.

## ეროვნული სასამართლოს გადანყვეტილებები:

1. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, I კოლეგია, გადაწყვეტილება, II-2, N1/1/548 საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე ზურაბ მიქაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 22/01/2015.
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის N2230აპ-13 განაჩენი.
3. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 5 თებერვლის განაჩენი.
4. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 9 მარტის განაჩენი.
5. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 15 თებერვლის განაჩენი.
6. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2022 წლის 6 აპრილის განაჩენი.
7. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 01 აპრილის განაჩენი.
8. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 25 აგვისტოს განაჩენი.
9. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 05 სექტემბრის N1/3828-19 განაჩენი.

## NOTES:

1. ECtHR, Case of Begheluri and Others v. Georgia, no. 28490/02, 07/10/2014, §173, 179; Case of Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia, no. 7224/11, 22/03/2021, §44; Case of Identoba and Others v. Georgia, no.73235/12, 12/05/2015, § 77.
2. Crown Prosecution Service, (2022, 3 March). “Homophobic, Biphobic and Transphobic Hate Crime – Prosecution Guidance”, <<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/homophobic-biphobic-and-transphobic-hate-crime-prosecution-guidance>> [Last Seen: 23.11.2022].
3. ECtHR, Case of Angelova and Iliev v. Bulgaria, no. 55523/00, 26/07/2007, §104.
4. Gelovani, N., (2022). Analysis of the Report of Data (October-December 2020) on crime of intolerance committed on the grounds of discrimination, Law and World, 8(2), p.37 <[https://lawandworld.ge/PDF/printversionPDF/LawandWorld\\_N22\\_Print\\_Version.pdf](https://lawandworld.ge/PDF/printversionPDF/LawandWorld_N22_Print_Version.pdf)> [Last Seen: 23.11.2022].
5. Gelovani, N., (2022), Crimes Committed on Grounds of Intolerance in Georgian Criminal Law. Justic and Law, 14(3), p. 116, <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/martlmsajuleba-da-kanoni-2022w-n3.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
6. Universal Declaration of Human Rights (1948), European Convention on Human Rights (1950) and etc.
7. OSCE Ministerial Council (2010). Decision No. 9/09 on Combating Hate Crimes, OSCE Ministerial Council, Athens, 2009, p. 1, <<https://www.osce.org/cio/40695>>[ Last Seen: 23.11.2022].
8. OSCE/ODIHR (2022) Gender-Based Hate Crime, Hate Crime Reporting, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, <<https://www.osce.org/files/f/>

- [documents/f/1/480847.pdf](#) > [ Last Seen: 23.11.2022].
9. Gelovani, N., (2022), Crimes Committed on Grounds of Intolerance in Georgian Criminal Law. *Justice and Law*, 14(3), p. 114-131, <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/martlmsajuleba-da-kanoni-2022w-n3.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  10. ECtHR, Case of Barberà, Messegué, Jabardo v. Spain, no. 10590/83, 06/12/1988, §68.
  11. Decision Constitutional Court of Georgia, Panel I, II-2, N1/1/548 on the case "Georgian citizen Zurab Mikadze against the Parliament of Georgia", 22/01/2015, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2714193?publication=0>> [Last Seen: 23.11.2022].
  12. Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia, chief editor: G. Giorgadze, Tb. (2015), 33.
  13. Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia, chief editor: G. Giorgadze, Tb. (2015), 292.
  14. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 51, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  15. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 52, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  16. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 52, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  17. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 52, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  18. See Lu-in Wang, "The Complexities of Hate", *Ohio State Law Journal*, Vol. 60, 1999, at p. 807
  19. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 55, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  20. OSCE/ODIHR (2015) Understanding Hate Crimes A Handbook for Ukraine, Warsaw, Poland, 2015, p. 9, <<https://www.osce.org/files/f/documents/4/9/208176.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  21. OSCE/ODIHR (2015) Understanding Hate Crimes A Handbook for Ukraine, Warsaw, Poland, 2015, p. 9-10, <<https://www.osce.org/files/f/documents/4/9/208176.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  22. Decision of the Supreme Court of Georgia of June 24, 2014, №230AP-13, <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCrime.aspx>> [Last Seen: 23.11.2022].
  23. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 22-23, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  24. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 33-34, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  25. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 47, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  26. OSCE/ODIHR (2010) Hate Crime Caws a Practical Guide, ODIHR Publishing, Warsaw, Poland, 2009, p. 35, <<https://www.osce.org/files/f/documents/3/e/36426.pdf>> [Last Seen: 23.11.2022].
  27. Judgment of Tbilisi City Court of February 5, 2021.

28. Judgment of Tbilisi City Court of March 9, 2021.
29. Judgment of Tbilisi City Court of February 15, 2021.
30. Judgment of Tbilisi City Court of April 6, 2022.
31. Judgment of Tbilisi City Court of April 1, 2021.
32. Judgment of Tbilisi City Court on August 25, 2021.
33. Verdict N1/3828-19 of Tbilisi City Court of September 5, 2019.
34. ECtHR, Case of Identoba and Others v. Georgia, no.73235/12, 12/05/2015, §75.
35. ECtHR, Case of Identoba and Others v. Georgia, no.73235/12, 12/05/2015.
36. ECtHR, Case of 97 Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses and 4 Others v. Georgia, no. 71156/01, 03/05/2007.
37. ECtHR, Case of Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia, no. 7224/11, 22/03/2021. Case of Begheluri and Others v. Georgia, no. 28490/02, 07/10/2014.
38. ECtHR, Case of Tkhelidze v. Georgia, no. 33056/17, 08/07/2021, Case A and B v. Georgia, no. 73975/16, 10/02/2022.
39. National Statistics Office of Georgia, (2022, March). Joint Report of Data on Crimes Committed on Grounds of Intolerance With Discrimination Basis, 2022, <[https://www.geostat.ge/media/43558/diskrimi-naciis-niSniT\\_2021.pdf](https://www.geostat.ge/media/43558/diskrimi-naciis-niSniT_2021.pdf)> [Last Seen: 23.11.2022].

# ასაკი, როგორც მინიმალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი (საერთაშორისო და ეროვნული კანონმდებლობის ანალიზი)

## სალომე გულიაშვილი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის  
სადოქტორო პროგრამის სტუდენტი

### აბსტრაქტი

სამეცნიერო ნაშრომის თემატიკა აქტუალურია, როგორც საერთაშორისო, ისე ეროვნულ კანონმდებლობაში. სისხლის-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკი, ესაა ის ზღვარი, რომლიდანაც არასრულწლოვანთა მიმართ სახელმწიფო იწყებს თავისი რეპრესიული ღონისძიებების ამოქმედებას. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია იმგვარად იყოს დარეგულირებული მინიმალური ასაკი, რომ თანხვედრაში იყოს არასრულწლოვნის ბიო-ფსიქო-სოციალურ მდგომარეობასთან და მიღწეულ იქნეს სისხლის სამართლის მიზნები, ჩადენილი დანაშაულის გაანალიზების კუთხით და ამასთან, იუვენალურ იუსტიციაში სასჯელის მთავარი მიზანი, როგორცაა, რესოციალიზაცია-რებილიტაცია – მიღწევადი იყოს. სტატიაში გაანალიზებულია, თუ რომელი ასაკიდან ხდება ადამიანის პიროვნებაში ჩადენილი ქმედებების გაანალიზება, რაც პირდაპირ კავშირში უნდა იყოს მინიმალური ასაკობრივი ზღვარის დანესებასთან. ამასთან, შედარებულია საერთაშორისო მიდგომები ეროვნულ კანონმდებლობასთან. ყურადსაღებია, რომ საქართველოს რეალობაში დანერგილია ისეთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტი, როგორცაა რეფერირება, რომელიც რეაგირების გარეშე



არ ტოვებს მინიმალურ ასაკზე ქვემოთ არსებულ არასრულწლოვნებს, რომელთა მიერ დევიაციური ქმედებებია ჩადენილი. ნაშრომში ერთმანეთთან ლოგიკურადაა დაკავშირებული არასრულწლოვნის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის განმსაზღვრელი საკითხები, რის შემდეგაც განხილულია ეროვნული კანონმდებლობა და საერთაშორისო მიდგომები. ნაჩვენებია, თუ რაოდენ მნიშვნელოვანია იუვენალური იუსტიციის განვითარებისთვის აღნიშნული საკითხის სწორად აღქმა/ გაანალიზება და დასკვნის სახით, წარმოჩენილია ეროვნული მიდგომების საერთაშორისოდ საუკეთესოდ მიჩნეულ პრაქტიკასთან შესაბამისობა, მით უფრო, ისეთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტის არსებობით, როგორცაა – რეფერირება, რითაც, ერთი მხრივ, სახელმწიფო რეაგირების გარეშე არ ტოვებს დევიაციურ ქცევას, მეორე მხრივ კი, სამომავლოდ პრევენციულად ახდენს არასრულწლოვნის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას.

**საკვანძო სიტყვები: ასაკი, იუვენალური, პასუხისმგებლობა, რესოციალიზაცია**

**შესავალი**

იუვენალური იუსტიცია (Juvenile Justice) არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებას გულისხმობს. სიტყვა „იუსტიცია“ უმეტესად განიმარტება, როგორც მართლმსაჯულება. შესაბამისად, იუვენალური მართლმსაჯულება ითარგმნება, როგორც არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება.<sup>1</sup> იუვენალური იუსტიცია ჩამოყალიბდა ამერიკის შეერთებულ შტატებში და მისი მიზანი იყო მართლმსაჯულების ორბიტაზე მოხვედრილი არასრულწლოვნების დაცვა;<sup>2</sup> მიზნად ისახავდა არასრულწლოვანთათვის ინდივი-

დუალურ საჭიროებებზე მორგებული მართლმსაჯულების შეთავაზებას. მთავარი ამოცანა იყო სრულწლოვანთაგან განსხვავებული სტანდარტებით ეხელმძღვანელათ არასრულწლოვანთა მიმართ.<sup>3</sup>

საერთაშორისო ლექსიკონებში „იუვენალური იუსტიცია“ განმარტებულია, როგორც კანონთა ერთობლიობა, პოლიტიკა და პროცედურები, რომელიც დაკავშირებულია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკს მიღწეულ პირებთან, რომელთა მიმართაც მიმდინარეობს სისხლის სამართალით დარეგულირებული საკითხები, კანონმდებლობა, რომელიც იცავს მათ ინტერესებს და კანონით მინიჭებულ უფლებებს.<sup>4</sup>

არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში უმნიშვნელოვანესი საკითხია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკი (MACR), რომლიდანაც იწყება პირის მიმართ სახელმწიფოს რეპრესიული ზომების ამოქმედება. გაეროს გენერალური ასეამბლეს მიერ მიღებული ბავშვთა უფლებათა კონვენცია ხაზს უსვამს ბავშვებისთვის სპეციალური გარანტიების არსებობას, რომელთა შორისაცაა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკი, რაც იმგვარად უნდა განისაზღვროს, რომ იგი ითვალისწინებდეს მოზარდთა ემოციურ, მენტალურ და ინტელექტუალურ მოუმწიფებლობას.<sup>5</sup> სახელმწიფოებმა უნდა გაითვალისწინონ არასრულწლოვნებასა და სრულწლოვნებს შორის განსხვავებები, რომ იუვენალური იუსტიცია ორიენტირებულია ბავშვთა რესოციალიზაციაზე და არა მათ დასჯაზე და მათ მიმართ შურისძიებაზე, ვინაიდან არასრულწლოვნები მოწყვლადი კატეგორიაა მათი ფიზიკური და ფსიქოლო-

1 ბონაშვილი, ი., & ბერიძე, მ. (2009). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკითხები. სამართლის ჟურნალი. 2, 35.  
 2 იქვე. 35.

3 მანარობლიძე, თ., (2020). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების წარმოშობისა და განვითარების ისტორიულ-სამართლებრივი ასპექტები (შედარებითი ანალიზი). სამართლის ჟურნალი. 1, 256.  
 4 Britannica, Juvenile Justice meaning. <<https://www.britannica.com/topic/juvenile-justice>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].  
 5 Convention on the Rights of the Child, article 40 (3). <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

გიური, ემოციური და გონებრივი განვითარებიდან გამომდინარე.<sup>6</sup>

სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკი დებატების საგანია, ვინაიდან იგი კომბინირებულად არის როგორც სენსიტიური, ასევე არასწორი ინტერპრეტაციის, გამარტივებისკენ მიდრეკილი და მითებთან დაკავშირებული. კერძოდ, სენსიტიურობის განმარტებისას უთითებენ მცირე ასაკის ბავშვების მიერ ჩადენილი დანაშაულების სტატისტიკაზე, რაც ადეკვატურ პასუხს იძლევა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალურ ასაკთან დაკავშირებით. არასწორი ინტერპრეტაცია გაგებულია იმგვარად, რომ იუვენალური იუსტიციის არსის სწორად გააზრება მნიშვნელოვანია, რომ ეს არაა დასჯაზე ორიენტირებული და მასში პრიორიტეტულ როლს თამაშობს განრიდების ღონისძიებები; გამარტივების საკითხი გაგებულია, როგორც ასაკთან დაკავშირებული პასუხისმგებლობის ზომა, რომლის მიხედვითაც მაღალი ან დაბალი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკი განსაზღვრავს, თუ პასუხისმგებლობის რა სახე დაეკისროს არასრულწლოვანს. მითი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალურ ასაკთან დაკავშირებით ნიშნავს, რომ ესაა საზოგადოებაში არსებული ასაკობრივი ზღვარი, როდესაც არასრულწლოვანებმა უნდა იცოდნენ განსხვავება სწორსა და არასწორ ქმედებებს შორის.<sup>7</sup>

არასრულწლოვანის პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკის დაწესება დაკავშირებულია ისტორიულ და კულტურულ კონტექსტთან. მთავარია, ბავშვის განვი-

თარების დონე იძლევა თუ არა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გააზრების საშუალებას მისი ანტისოციალური ქცევის მიმართ.<sup>8</sup> ბავშვები და მოზარდები, მათი ასაკიდან გამომდინარე, განვითარებით განსხვავდებიან უფროსებისაგან, შესაბამისად, მათ მიმართ არსებული მართლმსაჯულება მორგებული უნდა იყოს რეაბილიტაცია-რესოციალიზაციაზე.<sup>9</sup> დიდი ხანია აღიარებულია, რომ მცირეწლოვანმა ბავშვებმა არ უნდა აგონ პასუხი თავიანთი ქმედებების გამო კანონის წინაშე.<sup>10</sup> ბავშვებზე მორგებული მართლმსაჯულება სრულწლოვანთაგან განსხვავებულ მიდგომებზეა დაფუძნებული, რადგანაც ბავშვი, მისი ფიზიკური და გონებრივი სიმწიფის გამო, საჭიროებს განსაკუთრებულ დაცვას და ზრუნვას.<sup>11</sup>

სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკის დაწესებისას გათვალისწინებულ უნდა იქნას ბავშვთა უფლებათა კომიტეტის მიერ დადგენილი ყველა ფუნდამენტური საკითხი, როგორცაა, პირველ რიგში, ბავშვის საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპი, რომლის თანხამადაც ტრადიციული რეპრესიული ღონისძიებები ჩანაცვლებული უნდა იქნეს აღდგენითი მართლმსაჯულე-

6 Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 2, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

7 Cipriani, D. (2009). Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective, Ashcroft, 11 <<https://www.taylorfrancis.com/books/mono/10.4324/9781315571584/children-rights-minimum-age-criminal-responsibility-cipriani>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

8 United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"), Rule 4, <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

9 მახარობლიძე, თ., (2020). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების წარმოშობისა და განვითარების ისტორიულ-სამართლებრივი ასპექტები (შედარებითი ანალიზი). სამართლის ჟურნალი. 1, 255.

10 Penelope F. Brown, (2018). Age of criminal responsibility, 2 <[https://www.researchgate.net/publication/326066014\\_Age\\_of\\_Criminal\\_Responsibility?enrichId=rgreq-e09ee4d4f7a717932c6cdcbcc7367c49-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdIOzMyNjA2NjAxNDtBUzo2NDI4NjY5Njc3NjkWOTZAMTUzMDI4MjgzNzc2Mg%3D%3D&el=1\\_x\\_2&esc=publicationCoverPdf](https://www.researchgate.net/publication/326066014_Age_of_Criminal_Responsibility?enrichId=rgreq-e09ee4d4f7a717932c6cdcbcc7367c49-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdIOzMyNjA2NjAxNDtBUzo2NDI4NjY5Njc3NjkWOTZAMTUzMDI4MjgzNzc2Mg%3D%3D&el=1_x_2&esc=publicationCoverPdf)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

11 კილაძე, ს., ტურავა, პ., (2021). ბავშვის უფლებათა კოდექსის სახელმძღვანელო კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, 19.

ბისა და რეაბილიტაციის მიზნებით.<sup>12</sup> ბავშვებზე კეთილდღეობის მიზნები ყველაზე მეტად მიღწევადია მაშინ, თუ მათი სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკი შეჯერებული იქნება თერაპიული და პრაქტიკული სერვისების გამაუმჯობესებელ გზებთან.<sup>13</sup>

ნაშრომის მიზანია, აჩვენოს – თუ რაოდენ დიდი მნიშვნელობა აქვს არასრულწლოვანთა მინიმალური ასაკის დანესებას, საიდანაც სახელმწიფო იწყებს რეპრესიული ღონისძიებების გატარებას – სისხლის სამართალში არსებული ინსტიტუტების სახით. პირველ რიგში, გასარკვევია საკითხი, თუ რასთან არის დაკავშირებული მინიმალური ასაკი, რაზე დაყრდნობით განისაზღვრება იგი. აღნიშნული საკითხის გაანალიზების შემდგომ, განხილულ იქნება საქართველოს კანონმდებლობა და წარმოჩინდება მისი შესაბამისობა საერთაშორისოდ მიღებულ პრაქტიკასთან. უფრო მეტიც, გაანალიზდება იმგვარი ინოვაციური საკითხი, როგორცაა რეფერირება, რაც ძალიან მნიშვნელოვანი საკითხია, ბავშვთა დევნიაციური ქცევების რეაგირების მიღმა დაუტოვებლობის საჩვენებლად. ყოველივე აღნიშნული საკითხების შესწავლა-გაანალიზების მიზნით გამოყენებული იქნება ანალიზისა და შედარების მეთოდი, ლოგიკური მსჯელობისა და აზროვნების მეთოდი.

### ასაკი, როგორც ფიზიოლოგიურ-ფსიქოლოგიური საკითხი – სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ბანძსაზღვრელი

„ადამიანის მაჩგო ადამიანად ე.ი. ანთიპოდოგეუხ-ბიოდოგეუხ მოვდენად ახსებობა სხუდებთაც ახ ახის საკმახისი, ხომ მას საკუთაი ქცევისათვის პასუხისმგებლობა დავაკისხოთ. ამისათვის აუცილებელია, ადამიანი ამალდეეს პიხოვნებადდე, ხაც წმინდა ნებისყოფასა და აზხოვნების „მეს“ გუდისხმობს. ეს ფაქტოხები ადამიანის გახემომცვედ სამყახოთან უხთიეხთობის ძიხითადი მომენგებია, ხათა მას მოვთხოვოთ, პასუხი აგოს თავის ქცევაზე“.<sup>14</sup> სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა გაცილებით მეტია, ვიდრე განსხვავება კარგსა და ცუდს შორის. ის მოიცავს ურთიერთდამოკიდებული გონებრივი შესაძლებლობების ერთიანობას; მრავალ კომპლექსურ, ერთიანობაში გააზრებულ საკითხებს.<sup>15</sup>

ასაკსა და დანაშაულს შორის ურთიერთობის დადგენა ყველაზე მნიშვნელოვანი ურთიერთობაა კრიმინოლოგიაში.<sup>16</sup> კრიმინოლოგიაში დანაშაულისა და ასაკის კავშირი აღინიშნება „ასაკის – დანაშაულის მრუდის“ სახელით, რომლის თანახმადაც, კრიმინალი იზრდება ადრეულ მოზარდობაში, დაახლოებით 14 წლის ასაკში, ხოლო პიკს აღწევს 20-იან წლებამდე, შემდეგ კი მცირდება.<sup>17</sup> მოზარდისათვის სისხლისსა-

12 Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 3, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].  
13 Brien, W., & Fitz-Gibbon, K., (2017). The Minimum Age of Criminal Responsibility in Victoria (Australia): Examining Stakeholders’ Views and the Need for Principled Reform. Youth Justice 134, 17 (2), 10 <[https://www.academia.edu/36811184/The\\_Minimum\\_Age\\_of\\_Criminal\\_Responsibility\\_in\\_Victoria\\_Australia\\_Examining\\_Stakeholders\\_Views\\_and\\_the\\_Need\\_for\\_Principled\\_Reform](https://www.academia.edu/36811184/The_Minimum_Age_of_Criminal_Responsibility_in_Victoria_Australia_Examining_Stakeholders_Views_and_the_Need_for_Principled_Reform)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

14 ხუჭუა, ნ., (2012). ასაკი, როგორც ბრალის გამომრიცხველი გარემოება. აღმანახი. 8, 12.  
15 Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 3, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].  
16 Loeber, R., & Farrington, D., (2014). Age-crime curve. In: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. New York: Springer, 1 <[https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570\\_Age\\_and\\_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570_Age_and_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].  
17 Loeber, R., & Farrington, D., (2014). Age-crime curve.

მართლებრივი პასუხისმგებლობის დასაკისრებლად აუცილებელია სათანადოდ იყოს განვითარებული მისი ნევროლოგიური, ქცევითი, ემოციური და მორალური საკითხები.<sup>18</sup>

მეცნიერულად დადასტურებულია, რომ ტვინი ის უბნები, რომლებიც გადაწყვეტილების მიღებაზე პასუხისმგებელი, ბოლომდე არ ფორმირდება სრულწლოვანების მიღწევამდე; გადაწყვეტილების მიღება, დაგეგმვა, სოციალური ურთიერთობები და სარისკო ქცევების დათრგუნვაზე პასუხისმგებელი ტვინის უბნები არის ის უბნები, რომელიც ყველაზე ბოლოს აღწევს მომწინფებას.<sup>19</sup> მოზარდების ნეიროგანვითარების მოუმწინფებლობა იწვევს მათ მიდრეკილებას ანტისოციალური ქცევების ჩადენისაკენ, მით უფრო, თუ თანატოლები დანაშაულებისკენ მიდრეკილები არიან, ვინაიდან ამ დროს მოზარდები თანატოლებისთვის „მოსაწონი“ საქციელების ჩადენას ცდილობენ.<sup>20</sup> სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკის განსაზღვრისას მიიჩნევენ, რომ ამ დროს გათვალისწინებული უნდა იქნას მოზარდის ფსიქოლოგიური და მორალური განვითარება.<sup>21</sup>

მოზარდობის ასაკი ადამიანებში განისაზღვრება, როგორც ფსიქოლოგიურად და სოციალურად გარდამავალი პერიოდი ბა-

ვშვობასა და ზრდასრულობას შორის, ვინაიდან ამ დროს, სქესობრივი მომწინფების დაწყებისას, დრამატული ცვლილებებით ხასიათდება მოზარდის ორგანიზმი.<sup>22</sup>

ადამიანის ტვინის ის უბნები, რომლებიც კოგნიტურ ნაწილზე აგებენ პასუხს, 18 წლის ასაკშიც ვითარდებიან. მეცნიერება ადასტურებს, რომ ნერვული განვითარება დაუსრულებელი რჩება ადრეულ სრულწლოვანებამდე. განვითარების მოუმწინფებლობა გავლენას ახდენს კოგნიტური აზროვნების მთელ რიგ საკითხებზე და ხასიათდება იმპულსურობით, გონივრულად საკითხების გაანალიზების გარეშე ქმედებებით.<sup>23</sup>

ბავშვების ქცევაზე განვითარებას ახდენს ტვინის ანატომია და ბიოქიმია, რომელიც გავლენას ახდენს ადამიანის რისკების აღქმის უნარზე, იმპულსების კონტროლზე, ქმედების გამომწვევი შედეგების გაანალიზებაზე და ემოციების კონტროლზე. ტვინის ნაწილები, რომელიც ქმედების გაანალიზებას ეხება, იმპულსური ქცევის კონტროლი და შორსმჭვრეტელობა ადამიანის ტვინში 20 წლიდან ვითარდება და არა მოზარდობის პერიოდში, რაც არის იმის გამომწვევი, რომ მოზარდები არიან ზედმეტად ემოციურები, მიდრეკილნი რისკის შემცველი ქცევებისადმი და მომავლის განჭვრეტის უნარის დაქვეითებით. ადამიანის ტვინიდან გამომდინარე, მოზარდობისას მიღებული გადაწყვეტილებები დაკავშირებულია იმპულსურობასთან, ემოციებსა და აგრესიასთან.<sup>24</sup>

In: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. New York: Springer, 1 <[https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570\\_Age\\_and\\_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570_Age_and_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

18 Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General—Age of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group, 11 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

19 Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 2, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

20 იქვე, 2.

21 იქვე, 2.

22 Blakemore, S., & Choudhury, S. (2006). Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition. *Journal of Child Psychiatry and Psychology*, 47-51 <[https://www.researchgate.net/publication/26650410\\_The\\_Development\\_of\\_Adolescent\\_Social\\_Cognition](https://www.researchgate.net/publication/26650410_The_Development_of_Adolescent_Social_Cognition)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

23 Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General—Age of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group, 11 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

24 Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General—Age of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group,

კვლევებმა აჩვენა, რომ „სამართლისა და წესრიგის“ მორალის გაგება თინეიჯერობის შუა პერიოდამდე არ ხდება, 11-იდან 15 წლამდე პერიოდში ინტენსიურად ვითარდება ლოგიკური აზროვნება და პრობლემის გადაჭრის უნარი, ამასთან, 10-დან 13 წლამდე ასაკის ბავშვები განსაკუთრებულად დაუცველები არიან თანატოლთა ზეწოლის მიმართ.<sup>25</sup>

„აჩასხუდწროვანთა მიეხ ქმედებების დოკიკუხად გაანადიზების უნაიხი, ავგონომიუხოზა, სხვების მხიდან განხოხციელებუდ ზეწორაზე წინააღმდეგობა, დანაშაუდისა და ანგისოციადუხი ქმედებების შედეგების აღქმისა და განცდის უნაიხი განუვითაჰებელია, ჰაც ხედს უწყობს საკუთაიხი თავისა და სხვებისათვის საზიანო გადაწყვეტილებების მიღების გენდენციას“.<sup>26</sup>

საერთაშორისო სტანდარტებიდან გამომდინარე, მინიმალური ასაკის დაკისრებისთვის განმსაზღვრელია ემოციური, გონებრივი და ინტელექტუალური სიმწიფე, რომლის თანახმადაც მნიშვნელოვანია სამედიცინო დასკვნები და ფსიქო-სოციალური მდგომარეობის გაანალიზება და არა საზოგადოების შეფასებები და ტრადიცია.<sup>27</sup>

**ეროვნული კანონმდებლობით განსაზღვრული არასრულწლოვანთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისთვის რელევანტური ასაკი**

საქართველოს კანონმდებლობის თანახმად, არასრულწლოვანთა პასუხისმგებლობის განმსაზღვრელი ასაკი რამდენიმე

მიმართულებით უნდა განვიხილოთ. კერძოდ, ინდივიდუალურად უნდა იქნეს განხილული არასრულწლოვანთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკი და ის ასაკი, რომლიდანაც, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გარეშე, რეფერირების გზით – სახელმწიფო რეაგირების გარეშე არ ტოვებს რთული ქცევის მქონე მოზარდებს, რაც მათ სამომავლო რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას ისახავს მიზნად. ასაკის დიფერენცირების შეფასება გარკვეულწილად მოიცავს სუბიექტურობის საფრთხეს, თუმცაღა იგი მნიშვნელოვანია მხედველობაში იქნეს მიღებული, რათა მაქსიმალურად იყოს მორგებული ბავშვთა ინდივიდუალურ საჭიროებებზე.<sup>28</sup>

საქართველოს კანონის „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის“ მნიშვნელობით, იუვენალურ (არასრულწლოვანთა) მართლმსაჯულებაში თუ რა ასაკობრივი კატეგორიის ბავშვები მოიაზრებიან, განსაზღვრულია ამავე კოდექსის მე-2 მუხლის პირველი ნაწილში, რომლის თანახმადაც: „ეს კოდექსი გამოიყენება კანონთან კონფლიქტში მყოფი აჩასხუდწროვნის, აჩასხუდწროვანი დაზაჰადებუდისა და აჩასხუდწროვანი გამოსაკითხი პიხის/მოწმის აჩასხუდწროვანთა მახთდმსაჯულების პიხოცესში მონაწიდეობისას. ამ კოდექსის 38-ე-48-ე მუხლებით (გაჰდა 42-ე მუხდის პიხვედი ნაწიდის „ბ“ ქვეპუნქცისა და 46-ე მუხდისა) დადგენიდი ნოხმები ვიხცედება აგჰეთვე 18 წლიდან 21 წლამდე პიხზე, თუ აიხებობს დასაბუთებუდი ვაჰაუდი, ჰომ მან ჩაიდინა საქაიხთვედოს სისხდის სამაიხთდის კოდექსით გათვადისწინებუდი ნაკდებად მძიმე დანაშაუდი ან მძიმე დანაშაუდი“.<sup>29</sup> ამავე კანონის მე-3 მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად: „აჩა-

12 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].  
25 იქვე.  
26 იქვე.  
27 Unicef, Juvenile Justice, Innocenti digest, 4 <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest3e.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

28 კილაძე, ს., ტურავა, პ., (2021). ბავშვის უფლებათა კოდექსის სახელმძღვანელო კომენტარი. თბილისი: გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, 50  
29 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი (2016). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მოქმედების სფერო და გამოყენების წესი, კანონის ანალოგია. მუხლი 2. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

სხუდწროვანი – 18 წლამდე ასაკის ახასხუდწროვანი დაზარალებული, ახასხუდწროვანი მოწმე, კანონთან კონფლიქტში მყოფი ახასხუდწროვანი. ადმინისტრაციული პასუხისმგებლობის მიზნებისათვის ახასხუდწროვანად ითვლება პიჩი, რომელსაც ადმინისტრაციული სამაჩთადღაჲლვევის ჩაღენის მომენცისათვის შეუსხუდღა 16 წელი, მაგჲამ ახ შესხუდებია 18 წელი, ხორო სისხლისსამაჩთღებხივი პასუხისმგებლობის მიზნებისათვის – პიჩი, რომელსაც დანაშაულის ჩაღენის მომენცისათვის შეუსხუდღა 14 წელი, მაგჲამ ახ შესხუდებია 18 წელი“.<sup>30</sup> რაც შეეხება, კანონთან კონფლიქტში მყოფ არასრულწლოვანს, იგი გულისხმობს: „18 წლამდე ასაკის პიჩი, რომლის მიმაჩთაც: ა) ახსებობს დასაბუთებული ვაჩაუდი, რომ მან ჩაიღინა საქაჩთვედოს სისხლის სამაჩთღის კოდექსით გათვადისწინებული დანაშაუდი; ბ) შედგენიღია ადმინისტრაციული სამაჩთადღაჲლვევის ოქმი, რომლის თანახმად, მან ჩაიღინა საქაჩთვედოს ადმინისტრაციულ სამაჩთადღაჲლვევათა კოდექსის 45-ე, 45<sup>1</sup> და 100<sup>2</sup> მუხდებით, 116-ე მუხდის მე-3, მე-5, მე-6, მე-8 და მე-9 ნაწიღებით, 121-ე მუხდის მე-4 ნაწიღით, 123-ე მუხდის მე-4 ნაწიღით, 150-ე მუხდის 2<sup>2</sup> ნაწიღით, 153<sup>3</sup> მუხდის მე-2 ნაწიღით, 153<sup>6</sup> მუხდის მე-2 ნაწიღით, 155<sup>2</sup>, 157-ე და 166-ე მუხდებით, 171-ე მუხდის მე-3 ნაწიღით, 173-ე მუხდით, 174<sup>1</sup> მუხდის მე-3 და მე-4 ნაწიღებით, 174<sup>15</sup> მუხდის მე-4 ნაწიღით, 175<sup>2</sup>, 177<sup>1</sup> და 178-ე მუხდებითა და 181<sup>1</sup> მუხდის მე-2 ნაწიღით გათვადისწინებული ადმინისტრაციული სამაჩთადღაჲლვევა; გ) გამოგანიღია გამამცყუნებული განაჩენი ან ამ ნაწიღის „ბ“ ქვეპუნქტით გათვადისწინებული ადმინისტრაციული სამაჩთადღაჲლვევისათვის ადმინისტრაციული სახდღის დაკისხების შესახებ გადაწყვეტიღება“.<sup>31</sup> საქა-

30 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლსაძულების კოდექსი (2016). ძირითად ტერმინთა განმარტება ამ კოდექსის მიზნებისათვის. მუხლი 3. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

31 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლსაძულების კოდექსი (2016). ძირითად ტერმინთა განმარტება ამ კოდექსის მიზნებისათვის. მუხლი 3. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/>

რთველოს კანონი „ბავშვთა უფლებათა კოდექსი“ ერთმანეთისგან ანსხვავებს ბავშვს და მოზარდს, კერძოდ: „ბავშვი – 18 წლამდე ახასხუდწროვანი; მოზარდი – 10-იდან 18 წლის მიღწევამდე“.<sup>32</sup>

დღევანდელი მოცემულობისგან განსხვავებულად წესრიგდებოდა არასრულწლოვანის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკი საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით, კერძოდ, ერთმანეთისგან ანსხვავებდა არასრულწლოვანისა და მცირეწლოვანის ასაკს, არასრულწლოვანი იყო პირი, რომელსაც 18 წელი არ შესრულებია, ხოლო მცირეწლოვანი პირი, რომელსაც 14 წელი არ შესრულებია.<sup>33</sup> 2007 წლის 23 მაისს განხორციელდა ცვლიღება საქართველოს სისხლის სამართლის პროცესში და პასუხისმგებლობის ასაკი რიგ საკითხებთან მიმართებით 12 წლიდან განისაზღვრა.<sup>34</sup> ამრიგად, ქართულ რეალობაში არასრულწლოვანის პასუხისმგებლობის ასაკი რიგ მუხლებთან მიმართებით 12 წლიდან იწყებოდა, თუმცა უმეტესად 14 წლიდან. ამგვარი პრაქტიკა, დაუშვებელია ზემოთ განვითარებული მსჯელობიდან გამომდინარე, ვინაიდან 12 წლის ბავშვისთვის სისხლის-

[view/2877281?publication=21](https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21) [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

32 საქართველოს კანონი, ბავშვის უფლებათა კოდექსი (2019). კოდექსში გამოყენებულ ტერმინთა განმარტება. მუხლი 3. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=2>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

33 მეიშვილი, ზ. & ჯორბენაძე, ო. (2006). საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი, 2006 წლის 31 დეკემბრის მდგომარეობით, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 44-ე მუხლის 37-ე და 38 ნაწიღების თანახმად, 126 <[http://www.library.court.ge/upload/criminal\\_procedure.pdf](http://www.library.court.ge/upload/criminal_procedure.pdf)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

34 ბოხაშვილი, ი., & ბერიძე, მ., (2009). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკითხები, სამართლის ჟურნალი, 2, 35; საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 108-ე, 109-ე, 117-ე, 137-ე, 178-ე (გარდა პირველი ნაწიღისა), 179-ე და 238 1 მუხლებით გათვალისწინებული რომელიმე დანაშაულის ჩამდენი პირი (სსსკ-ის 44-ე მუხლის 38-ე ნაწიღი).

სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება არარელევანტურია სისხლის სამართლის მიზნებთან. საბედნიეროდ, დღეს არსებული ეროვნული ეროვნული კანონმდებლობის თანახმად, არასრულწლოვნის მინიმალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დასაწყისია 14 წელი, რაც ზემოთ განვითარებული მსჯელობიდან გამომდინარე, კერძოდ, მოზარდის ტვინის განვითარების კუთხით, თუ როგორ აღიქვამს მის მიერ ჩადენილ ქცევებს, მის მიერ ჩადენილი ქმედების გაანალიზების კუთხით სრულ თანხვედრაშია მის ფსიქოლოგიურ-ფიზიოლოგიურ განვითარებასთან.

**ასაკი, რომორც არასრულწლოვანთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გამომრიცხველი და რეფერირებისთვის მიზანშეწონილი მოცემულობა**

საქართველოში არასრულწლოვანთა მინიმალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკის გარდა, არსებობს არასრულწლოვანთა რეფერირების წესი, რაც ინოვაციური საკითხია და მნიშვნელოვანია იმ კუთხით, რომ სახელმწიფო რეაგირების გარეშე არ ტოვებს მოზარდთა იმ ასაკობრივ კატეგორიას, რომელნიც 14 წლის არ არიან, თუმცა რთული ქცევით გამოირჩევიან. აღნიშნული საკითხი დარეგულირდა საქართველოს მთავრობის 2019 წლის 31 დეკემბრის №681 დადგენილებით, რითაც დამტკიცდა არასრულწლოვანთა რეფერირების წესი, რომლის მიზანია ინსტიტუციური და კომპლექსური მიდგომის გზით რთული ქცევის მქონე არასრულწლოვნების სოციალიზაცია, რესოციალიზაცია, რეაბილიტაცია, დანაშაულის პრევენცია.<sup>35</sup>

35 საქართველოს მთავრობის დადგენილება №681 2019 წლის 31 დეკემბერი, არასრულწლოვანთა რეფერირების წესის დამტკიცების შესახებ, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/>

რეფერირების მექანიზმი შესაძლებლობას იძლევა დანაშაულის პრევენციის, არასაპატიმრო სასჯელთა აღსრულების წესისა და პრობაციის სააგენტოს რეფერირების ცენტრში პროკურატურის მიერ გადამისამართდეს: „ა) 7-დან 14 წლამდე *ხუდი ქცევის მქონე ახასხუდწლოვანი, ხომლის მიმახთაც დასაბუთებული ვაჩაუდის სტანდატით დასტუხდება საქათვედოს სისდხის სამათიდის კოდექსის კეხდო ნაწილით გათვადისწინებული ქმედების ჩადენა*; ბ) 14-დან 18 წლამდე *ხუდი ქცევის მქონე ახასხუდწლოვანი, ხომლის მიმახთაც დასაბუთებული ვაჩაუდის სტანდატით დასტუხდება დანაშაუდის ჩადენა, მაგათმ ახ მოხდა მისის განხიდება ან ბათდება*; გ) 14-დან 18 წლამდე *ახასხუდწლოვანი, ხომლის მიეი დანაშაუდის ჩადენა ახ დადასტუხდა, მაგათმ მის ქმედებაში იკვეთება ხუდი ქცევა*“.<sup>36</sup> „*ეფე-ხიხების ცენტში გადამისამათებას ახ ექვემდებათება 14-დან 18 წლამდე ახასხუდწლოვანი, ხომლის მიმახთაც დაიწყო განხიდებას პხოცედუხები ან გამოგანიდია დადგენიდება პიხის ბათდებას შესახებ*“.<sup>37</sup> რეფერირების ცენტრი 2020 წლის პირველი იანვრიდან ამოქმედდა,<sup>38</sup> რომელიც აქტიურად ახორცი-

<view/4765155?publication=0> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

36 საქართველოს გენერალური პროკურორის 2020 წლის 06 მაისის №52-გ ბრძანება „რთული ქცევის მქონე არასრულწლოვანთა რეფერირების პროცედურებში საქართველოს პროკურატურის სამოქმედო ინსტრუქციის დამტკიცების შესახებ“, რთულიქცევის მქონე არასრულწლოვანთა რეფერირების პროცედურებში საქართველოს პროკურატურის სამოქმედო ინსტრუქცია, ზოგადი დებულებები, მუხლი 1, ნაწილი პირველი

37 საქართველოს გენერალური პროკურორის 2020 წლის 06 მაისის №52-გ ბრძანება „რთული ქცევის მქონე არასრულწლოვანთა რეფერირების პროცედურებში საქართველოს პროკურატურის სამოქმედო ინსტრუქციის დამტკიცების შესახებ“, რთულიქცევის მქონე არასრულწლოვანთა რეფერირების პროცედურებში საქართველოს პროკურატურის სამოქმედო ინსტრუქცია, ზოგადი დებულებები, მუხლი 1, ნაწილი მეორე.

38 საქართველოს გენერალური პროკურატურა, (2021). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება – წლიური ანგარიში – 2021, 35 <<https://pog.gov.ge/uploads/cc0023c6-2021-wlis-angarishi-arasrulwlovanTa-marTlmsajuleba.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

ელებს მასზე დაკისრებულ მოვალეობებს.<sup>39</sup> არასრულწლოვანთა რეფერირებისათვის არასრულწლოვანად მიჩნეულია 7-იდან 18 წლამდე ასაკის მოზარდი.<sup>40</sup> სისხლის-სამართლებრივად პასუხისმგებლობა ვერ დაეკისრება, თუმცაღა, რეაგირება იწყება 7 წლიდან, კერძოდ: „7-იდან 14 წლამდე ასაკის იმ ახასხუდწლოვნებზე, რომლებთან მიმახიებაშიც კომპეგენგუხი უწყებების მიეხ დასაბუთებული ვახაუდის სტანდახგით დადასტუდება საქახთვედოს სისხლის სამახთდის კოდექსის კეხძო ნაწილით გათვადისწინებული ქმედების ჩადენა“.<sup>41</sup>

### საზღვარგარეთის ქვეყნების გამოსცდილება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკის განსაზღვრის საკითხში

საერთაშორისო დოკუმენტების თანახმად: „კონვენციის მიზნებისათვის ბავშვად ითვლება ყოველი ადამიანი, სანამ 18 წლის ასაკს მიაღწევდეს, თუ კანონით, ხომედიც ამ ბავშვისადმი გამოიყენება, ის უფხო ადხე ახ

აღწევს სხუდწლოვანებას“.<sup>42</sup> რეკომენდაციაში აღნიშნულია, რომ 12 წელს ქვემოთ პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკის დაწესება არის საერთაშორისოდ მიუღებელი და სახელმწიფოებმა უნდა განაგრძონ მინიმალური ასაკის გაზრდა უფრო მაღალ ასაკობრივ დონემდე.<sup>43</sup>

ბავშვის უფლებათა კონვენცია მინიმალურ ასაკს არ აწესებს, თუმცაღა, მე-40-ე მუხლის მე-3 ნაწილის იმას სთხოვს სახელმწიფოებს დააწესონ მინიმალური ასაკი და იქვე განმარტავს, თუ რა იგულისხმება მინიმალურ ასაკში: „ხომდის ქვემოთაც მიჩნეულია, ხომ ბავშვებს ახ შეუძლიათ სისხლის სამახთდის კანონმდებლობის დახღვევა“.<sup>44</sup> აღნიშნული საკითხი უფრო მეტად კონკრეტიზებულია გაეროს მინიმალურ სტანდარტულ წესებში არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების განხორციელების შესახებ ე.წ. „პეკინურ წესებში“, რომლის მეოთხე მუხლის თანახმად: „იმ სამახთდებხივ სისტემებში, ხომდებშიც მიღებულია ახასხუდწლოვანთათვის სისხლისსამახთდებხივი პასუხისმგებლობის ასაკის ცნება, ქვედა ზღვახი ამ ასაკისა ახ უნდა იქნეს დადგენილი ძაღზე ადხეუდ ასაკში, ემოციუხი, სუდიეხი და ინტედექტუადუხი განვითახების ასპექტებიდან გამომდინახე“.<sup>45</sup>

სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალურ ასაკთან დაკავშირებით ბევრი კამათი არსებობს თუ რომელი უნდა იყოს საერთაშორისოდ მიღებული და

39 2021 წლის 31 დეკემბრის მდგომარეობით, პრევენციის ცენტრის, არასაპატიმრო სასჯელთა აღსრულებისა და პრობაციის ეროვნული სააგენტოს რეფერირების ცენტრში პროკურატურის მიერ კანონთან კონფლიქტში მყოფი, 14 წლამდე ასაკის 34 არასრულწლოვანი იქნა გადამისამართებული – იხ. საქართველოს გენერალური პროკურატურა, (2021). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება – წლიური ანგარიში – 2021, 35 <<https://pog.gov.ge/uploads/cc0023c6-2021-wlis-angarishi-arasrulwlovanTa-marTImajuleba.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

40 საქართველოს მთავრობის დადგენილება №681 2019 წლის 31 დეკემბერი, არასრულწლოვანთა რეფერირების წესის დამტკიცების შესახებ, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4765155?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

41 საქართველოს მთავრობის დადგენილება №681 2019 წლის 31 დეკემბერი, არასრულწლოვანთა რეფერირების წესის დამტკიცების შესახებ, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4765155?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

42 გაეროს გენერალური ასამბლეის მიერ 1989 წლის 20 ნოემბრის კონვენცია „ბავშვის უფლებების შესახებ“, მუხლის პირველი <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

43 United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10. 2007, para 32. <<https://www.refworld.org/docid/4670fca12.html>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

44 1989 წლის 20 ნოემბრის კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

45 გაეროს მინიმალური სტანდარტული წესები არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების განხორციელების შესახებ („პეკინური წესები“) <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/arasrw.martl4.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].



რომელია ყველაზე შესაფერისი პერიოდი არასრულწლოვნისათვის პასუხისმგებლობის გააზრების კუთხით, თუმცაღა, ერთიანი აზრი ამ კუთხით არ არსებობს, მაგრამ არსებობს ბავშვის უფლებათა კომიტეტის №10 რეკომენდაცია, რომლის თანახმადაც „12 წლამდე ასაკის ახასხუდწლოვნის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა საეხთა-შოხისოდ მიუღებელი უნდა იყოს“.<sup>46</sup>

საერთაშორისო გამოცდილების გაანალიზებისას, გვერდს ვერ ავუვლით ისეთ საინტერესო საკითხს, როგორცაა რიგ სახელმწიფოთა მიდგომა, რომელიც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკს ბავშვის სიმწიფიდან გამომდინარე ადგენს. აღნიშნული მიდგომა აღინიშნება, როგორც „doli incapax“ (უუნარო, ჩაიდინოს დანაშაული), ასევე, როგორც გათვითცნობიერებაზე დამყარებული მიდგომა.<sup>47</sup> „სისხლისსამართლებრივი დევნა ბავშვის წინააღმდეგ დაიშვება, მაგამ ბავშვის დამნაშავედ ცნობა შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ბრალდების მხარე შეძლებს „უახყოს პეხეუმფცია“, ხომ ბავშვს ახ ჰქონდა გათვითცნობიერებელი, ხომ მისი ქმედებები სეხიოზუდ სამახთადეხლვევას წაჰმოადგენდა“.<sup>48</sup> მთავარია, დადგინდეს, რომ ბავშვი აღიქვამს მის მიერ ჩადენილ ქმედებას, იგი არ არის უბრალოდ ცელქობა და მავნებლობა, არამედ სერიოზული სამართალდარღვევაა.<sup>49</sup> აღნიშნული მიდგომა ჰქონდა და აქვს ბრიტანული თანამეგობრობის ქვეყნებს.<sup>50</sup> შემაშფოთებელია იმ ქვეყანათა პრაქტიკა, რომლებიც სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის მინიმალური ასაკის გარდა ე.წ. „სიმწიფით“ წყვეტენ ზღვრულ ასაკზე

ქვემოთ მყოფი პირის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას მძიმე დანაშაულის ჩადენისათვის, რაც დაუშვებელია, ვინაიდან ამგვარი არაგანჭვრეტადი პრაქტიკა დისკრიმინაციულ პრაქტიკას აყალიბებს.<sup>51</sup>

ბავშვის უფლებათა კომიტეტმა ამგვარ ბავშვის გათვითცნობიერებაზე დამოკიდებულ მიდგომებზე შეშფოთება გამოხატა და იგი არასაიმედოდ და არაპროგნოზირებადად შეაფასა. ამგვარი მიდგომა განაპირობებს მცირე ასაკის ბავშვებისათვის მძიმე დანაშაულებისათვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებას და ეს ბავშვებს „დამცავი მოსასხამის“ გარეშე ტოვებს.<sup>52</sup>

დიდ ბრიტანეთში პასუხისმგებლობის ასაკი არის 10 წელი, რაც შემაშფოთებლად დაბალი ასაკია, ვინაიდან ამ დროს ბავშვის ტვინი არ არის იმგვარად განვითარებული, რომ სისხლისსამართლებრივად დასჯადი ქმედების მიმართ პასუხისმგებლობა გააჩნდეს.<sup>53</sup>

საინტერესოა ავსტრალიის კანონმდებლობა არასრულწლოვნის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკთან დაკავშირებით. ერთი მხრივ, არსებობს მინიმალური ასაკი, კერძოდ, 10 წელზე ქვემოთ ბავშვისათვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრება დაუშვებელია და, მეორე მხრივ, მოქმედებს „doli incapax-ის“ დოქტრინა, რომლის თანახმადაც, არასრულწლოვნის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა 10-დან 14 წლამდე მხოლოდ მაშინ დადგება, თუ პროკურატურა დაამტკიცებს, რომ ამ ასაკის

46 Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 1, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

47 ჰამილტონი, ქ. (2011). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკანონმდებლო რეფორმის სახელმძღვანელო მითითებები. ბავშვთა დაცვის განყოფილება, 29.

48 იქვე. 30.

49 იქვე. 29.

50 იქვე. 29.

51 United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10. 2007, para 30. <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

52 ჰამილტონი, ქ. (2011). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკანონმდებლო რეფორმის სახელმძღვანელო მითითებები. ბავშვთა დაცვის განყოფილება, 30.

53 The royal society, December 2011, Brain waves, module 4: Neuroscience and the law, 24 <[https://royalsociety.org/~media/royal\\_society\\_content/policy/projects/brain-waves/brain-waves-4.pdf](https://royalsociety.org/~media/royal_society_content/policy/projects/brain-waves/brain-waves-4.pdf)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

ბავშვი მის მიერ ჩადენილ ქმედებას აცნობიერებდა. რაც შეეხება 10 წლამდე ბავშვის პასუხისმგებლობას – ეს დაუშვებელია,<sup>54</sup> რაც აღნიშნულია კანონმდებლობაში, სადაც მითითებულია იმაზე, რომ 10 წლამდე ასაკის ბავშვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დაუშვებელია.<sup>55</sup> „doli incapax-ის“ დოქტრინა მნიშვნელოვანია იმ კუთხით, რომ პასუხისმგებლობის გარეშე არ დარჩეს ის არასრულწლოვანი, რომლის განვითარების დონე, მისი გონებრივი და ინტელექტუალური დონე იძლევა მისი დანასაულებრივი ქმედების გააზრებას, ამ დროს, სავსებით შესაძლებელია ზოგიერთმა 10 წლის ბავშვმა გაიაზროს ანალოგიური ქმედება, რაც ვერ გაიაზროს 14 წლის არასრულწლოვანმა.<sup>56</sup> არნიშნული დოქტრინის გავრცელება დაახლოებით მეჩვიდმეტე საუკუნის პირველ ნახევარში დაიწყო, როდესაც 14 წლამდე ასაკის ბავშვების სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა იყო გათვალისწინებული და კრიტიკის თვალით შეხედეს 14 წლამდე ასაკის ბავშვის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას.<sup>57</sup> აქტიურად განიხილებოდა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკის გაზრდა 10-იდან 14 წლამდე ასაკამდე, თუმცა კანონპროექტი ვერ მიიღეს.<sup>58</sup> გაეროს

ბავშვის უფლებათა კომიტეტმა სერიოზული შეშფოთება გამოთქვა ავსტრალიაში არსებული ამგვარი ამგვარი შემაშფოთებელი პრაქტიკის გამო.<sup>59</sup> საერთაშორისო მასშტაბით მოხდა მოწოდება 31 სახელმწიფოს მიერ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გაზრდის თაობაზე, თუმცა დღემდე არაფერი შეცვლილა.<sup>60</sup>

## დასკვნა

ამგვარად, სისხლის სამართალში უმნიშვნელოვანესი საკითხია მინიმალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის განმსაზღვრელი ასაკი. ვინაიდან სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა სწორედ ასაკს უკავშირდება. ამიტომაც მნიშვნელოვანია, რომ მინიმალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დანესებამდე მხედველობაში იქნას მიღებული, თუ რომელი ასაკიდან ხდება ბავშვის ცნობიერების იმგვარი ჩამოყალიბება, როდესაც მის მიერ დანაშაულის აღქმა შესაძლებელია, რაც საბოლოოდ სასჯელის მიზნების მიღწევისთვის არის მნიშვნელოვანი. ნაშრომში აღნიშნულია, რომ საერთა-

54 Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

55 Children (Criminal Proceedings) Act 1987 – As at 11 November 2021 – Act 55 of 1987. <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol\\_act/cpa1987261/](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol_act/cpa1987261/)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

56 RP v The Queen [2016] HCA 53 (21 December 2016). 8 <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2016/53.html#fn3>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

57 RP v The Queen [2016] HCA 53 (21 December 2016). 10 <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2016/53.html#fn3>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

58 Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

<responsibility> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

59 United Nations A/HRC/47/8 General Assembly, 21 June–9 July 2021, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Australia <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/070/43/PDF/G2107043.pdf?OpenElement>> Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

60 Australian Human Rights Commission (AHRC), Australia's third UPR | 2021, The Minimum Age of Criminal Responsibility. <[https://humanrights.gov.au/sites/default/files/2020-10/australias\\_minimum\\_age\\_of\\_criminal\\_responsibility\\_-\\_australias\\_third\\_upr\\_2021.pdf](https://humanrights.gov.au/sites/default/files/2020-10/australias_minimum_age_of_criminal_responsibility_-_australias_third_upr_2021.pdf)> Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

შორისოდ მიღებული პრაქტიკით, 12 წელს ქვემოთ არ უნდა არსებობდეს მინიმალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის ასაკი, ვინაიდან მეცნიერებაში აღიარებულია, რომ ამ ასაკიდან ხდება ჩადენილ ქმედებებზე ყველაზე მეტად გამოხატული კონტროლი და მისი აღქმაც ლოგიკურად. საქართველოს კანონმდებლობაში, ამგვარ ასაკად მიჩნეულია 14 წელი. თუმცა, ეს იმას არ ნიშნავს, რომ 7-იდან 14 წლამდე პირის დევიაციური ქცევა რეაგირების მიღმა

დარჩება სახელმწიფოს. ამ მიზნით შექმნილია რეფერირება, რომლის საშუალებითაც ხდება 14 წელს მიუღწეველი პირის გადამისამართება, მისი რთული ქცევის მართვა, რითაც ხდება, ერთი მხრივ, მისი რესოციალიზაცია-რეაბილიტაცია, ხოლო მეორე მხრივ, პრევენცია, რომ მის მიერ სამომავლოდ აღარ განხორციელდეს ქცევა, რომელიც სისხლის სამართლებრივად დანაშაულად იქნება მიჩნეული.

Salome Guliasvili

## AGE – AS THE BASIS OF MINIMUM AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY (Analysis of International and National legislation)

**Salome Guliasvili**

*PhD student of Caucasus International University  
School of Law*

**KEYWORDS:** Age, Juvenile, Responsibility, Resocialization

### ABSTRACT

The topic of the scientific work is relevant both in international and national legislation. The minimum age of criminal liability is the limit from which the state begins to implement its repressive measures against minors. Therefore, it is important to regulate the minimum age in such a way that it is in harmony with the bio-psycho-social condition of the minor and to achieve the goals of criminal law, in terms of analyzing the committed crime, and at the same time, the main goal of punishment in juvenile justice, such as resocialization-

rehabilitation, is achievable. The article analyzes from which age the actions committed in the person of a person are analyzed, which should be directly related to the establishment of the minimum age limit. In addition, international approaches are compared with national legislation. It is worth noting that in the reality of Georgia, such an important institution as referral has been implemented, which does not leave minors under the minimum age, who have committed deviant actions, unresponsive. In the paper, the issues determining the criminal liability of a minor are discussed logically, after

which the national legislation and international approaches are discussed. It is shown how important it is to correctly perceive/analyze the mentioned issue for the development of juvenile justice, and as a conclusion, the conformity of national approaches with internationally recognized best practice is shown, especially with the existence of such an important institution as – referral, thus, on the one hand, the state does not leave deviant cases without a response. The behavior, on the other hand, is prevented in the future by resocialization-rehabilitation of the minor.

### ბიბლიოგრაფია:

#### გამოყენებული ლიტერატურა:

1. მახარობლიძე, თ., (2020). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების წარმოშობისა და განვითარების ისტორიულ-სამართლებრივი ასპექტები (შედარებითი ანალიზი). სამართლის ჟურნალი. 1, 255
2. Loeber, R., & Farrington, D., (2014). Age-crime curve. In: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. New York: Springer, 1 <[https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570\\_Age\\_and\\_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570_Age_and_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf)> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].
3. Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General – Age of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group, 11 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].

#### ნორმატიული მასალა:

1. Convention on the Rights of the Child, article 40 (3). <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].
2. საქართველოს კანონი არასრულწლოვა-

### BIBLIOGRAPHY:

#### Used literature:

1. Makharoblidze, T., (2020). Historical-legal aspects of the origin and development of juvenile justice (comparative analysis). Journal of Law. 1, 255 (In Georgian)
2. Loeber, R., & Farrington, D., (2014). Age-crime curve. In: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. New York: Springer, 1 <[https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570\\_Age\\_and\\_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570_Age_and_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
3. Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General – Age of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group, 11 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)

#### Normative material:

1. Convention on the Rights of the Child, article 40 (3). <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
2. Law of Georgia Juvenile Justice Code (2016). The scope and application of the Code of Juvenile Justice is analogous to the law.

- ნთა მართლსაძულების კოდექსი (2016). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მოქმედების სფერო და გამოყენების წესი, კანონის ანალოგია. მუხლი 2. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].
3. საქართველოს მთავრობის დადგენილება №681 2019 წლის 31 დეკემბერი, არასრულწლოვანთა რეფერირების წესის დამტკიცების შესახებ, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4765155?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2022].
- Article 2. Legislative Gazette of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
3. Resolution of the Government of Georgia No. 681 of December 31, 2019, on the approval of the rule on the referral of minors, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4765155?publication=0>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)

### NOTES:

1. Bokhashvili, I., & Beridze, M. (2009). Juvenile Justice Issues. Journal of Law. 2, 35 (In Georgian)
2. *Ibid.* (In Georgian)
3. Makharoblidze, T., (2020). Historical-legal aspects of the origin and development of juvenile justice (comparative analysis). Journal of Law. 1, 256 (In Georgian)
4. Britannica, Juvenile Justice meaning. <<https://www.britannica.com/topic/juvenile-justice>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
5. Convention on the Rights of the Child, article 40 (3). <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
6. Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 2, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
7. Cipriani, D. (2009). Children's Rights and the Minimum Age of Criminal Responsibility: A Global Perspective, Ashcroft, 11 <<https://www.taylorfrancis.com/books/mono/10.4324/9781315571584/children-rights-minimum-age-criminal-responsibility-cipriani>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
8. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"), Rule 4, <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
9. Makharoblidze, T., (2020). Historical-legal aspects of the origin and development of juvenile justice (comparative analysis). Journal of Law. 1, 255 (In Georgian)
10. Penelope F. Brown, (2018). Age of criminal responsibility, 2 <[https://www.researchgate.net/publication/326066014\\_Age\\_of\\_Criminal\\_Responsibility?enrichId=rgreq-e09ee4d4f7a717932c6cdcbcc7367c49-XXX&enrichSource=Y292ZlJQYWdlOzMyNjA2NjAxNDtBUzo2NDI4NjY5Njc3NjkwOTZAMTUzMDI4MjgzNzc2Mg%3D%3D&el=1\\_x\\_2&esc=publicationCoverPdf](https://www.researchgate.net/publication/326066014_Age_of_Criminal_Responsibility?enrichId=rgreq-e09ee4d4f7a717932c6cdcbcc7367c49-XXX&enrichSource=Y292ZlJQYWdlOzMyNjA2NjAxNDtBUzo2NDI4NjY5Njc3NjkwOTZAMTUzMDI4MjgzNzc2Mg%3D%3D&el=1_x_2&esc=publicationCoverPdf)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)

11. Kiladze, S., Turava, P., (2021). Guidance Commentary on the Code of Child Rights. Tbilisi: "World of Lawyers" publishing house, 50 (In Georgian)
12. Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 3, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
13. Brien, W., & Fitz-Gibbon, K., (2017). The Minimum Age of Criminal Responsibility in Victoria (Australia): Examining Stakeholders' Views and the Need for Principled Reform. Youth Justice 134, 17 (2), 10 <[https://www.academia.edu/36811184/The\\_Minimum\\_Age\\_of\\_Criminal\\_Responsibility\\_in\\_Victoria\\_Australia\\_Examining\\_Stakeholders\\_Views\\_and\\_the\\_Need\\_for\\_Principled\\_Reform](https://www.academia.edu/36811184/The_Minimum_Age_of_Criminal_Responsibility_in_Victoria_Australia_Examining_Stakeholders_Views_and_the_Need_for_Principled_Reform)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
14. Khuchua, N., (2012). Age as an exculpatory circumstance. Almanac. 8, 12 (In Georgian)
15. Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 3, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
16. Loeber, R., & Farrington, D., (2014). Age-crime curve. In: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. New York: Springer, 1 <[https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570\\_Age\\_and\\_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570_Age_and_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
17. Loeber, R., & Farrington, D., (2014). Age-crime curve. In: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. New York: Springer, 1 <[https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570\\_Age\\_and\\_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Michael-Rocque/publication/286259570_Age_and_Crime/links/5a81a056a6fdcc098a188142/Age-and-Crime.pdf)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
18. Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General – Age of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group, 11 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
19. Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 2, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
20. Ibid. (In English)
21. Ibid. (In English)
22. Blakemore, S., & Choudhury, S. (2006). Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition. Journal of Child Psychiatry and Psychology. 47-51 <[https://www.researchgate.net/publication/26650410\\_The\\_Development\\_of\\_Adolescent\\_Social\\_Cognition](https://www.researchgate.net/publication/26650410_The_Development_of_Adolescent_Social_Cognition)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
23. Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General – Age of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group, 11 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
24. Law Council of Australia, (2020). Council of Attorneys General – Age

- of Criminal Responsibility Working Group Review, Age of Criminal Responsibility Working Group, 12 <<https://www.lawcouncil.asn.au/docs/75d8d90e-385c-ea11-9404-005056be13b5/3772%20-%20CAG%20Review%20of%20age%20of%20criminal%20responsibility.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
25. Ibid. (In English)
  26. Ibid. (In English)
  27. Unicef, Juvenile Justice, Innocenti digest, 4 <<https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest3e.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
  28. Kiladze, S., Turava, P., (2021). Guidance Commentary on the Code of Child Rights. Tbilisi: "World of Lawyers" publishing house, 50 (In Georgian)
  29. Law of Georgia Juvenile Justice Code (2016). The scope and application of the Code of Juvenile Justice is analogous to the law. Article 2. Legislative Gazette of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  30. Law of Georgia Juvenile Justice Code (2016). Definition of key terms for the purposes of this Code. Article 3. Legislative Gazette of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  31. Law of Georgia Juvenile Justice Code (2016). Definition of key terms for the purposes of this Code. Article 3. Legislative Gazette of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  32. Law of Georgia, Child Rights Code (2019). Definition of Terms Used in the Code. Article 3. Legislative Gazette of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4613854?publication=2>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  33. Meishvili, Z. & Zorbenadze, O. (2006). Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia, as of December 31, 2006, according to Article 44, Sections 37 and 38 of the Criminal Procedure Code of Georgia, 126 <[http://www.library.court.ge/upload/criminal\\_procedure.pdf](http://www.library.court.ge/upload/criminal_procedure.pdf)> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  34. Bokhashvili, I., & Beridze, M., (2009). Juvenile Justice Issues, Law Journal, 2, 35; A person who has committed any of the crimes provided for in Articles 108, 109, 117, 137, 178 (except the first part), 179 and 238 1 of the Criminal Code of Georgia (Article 44, 38 of the Criminal Code of Georgia part). (In Georgian)
  35. Resolution of the Government of Georgia No. 681 of December 31, 2019, on the approval of the rule on the referral of minors, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4765155?publication=0>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  36. Order No. 52-g of the Prosecutor General of Georgia of May 6, 2020 "On Approval of the Action Instructions of the Prosecutor's Office of Georgia in Referral Procedures for Minors with Difficult Behavior", Action Instructions of the Prosecutor's Office of Georgia in Referral Procedures for Minors with Difficult Behavior, General Provisions, Article 1, Part One (In Georgian)
  37. Order No. 52-g of the Prosecutor General of Georgia of May 6, 2020 "On Approval of the Action Instructions of the Prosecutor's Office of Georgia in Referral Procedures for Minors with Difficult Behavior", Action Instructions of the Prosecutor's Office of Georgia in Referral

- Procedures for Minors with Difficult Behavior, General Provisions, Article 1, Part Two (In Georgian)
38. General Prosecutor's Office of Georgia, (2021). Juvenile Justice – Annual Report – 2021, 35 <<https://pog.gov.ge/uploads/cc0023c6-2021-wlis-angarishi-arasrulwlovanTa-marTlmsajuleba.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  39. As of December 31, 2021, 34 minors under the age of 14 who were in conflict with the law were redirected by the prosecutor's office to the referral center of the Prevention Center, the National Agency for the Execution of Non-custodial Sentences and Probation – see General Prosecutor's Office of Georgia, (2021). Juvenile Justice – Annual Report – 2021, 35 <<https://pog.gov.ge/uploads/cc0023c6-2021-wlis-angarishi-arasrulwlovanTa-marTlmsajuleba.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  40. Resolution of the Government of Georgia No. 681 of December 31, 2019, on the approval of the rule on the referral of minors, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4765155?publication=0>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  41. Resolution of the Government of Georgia No. 681 of December 31, 2019, on the approval of the rule on the referral of minors, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4765155?publication=0>> [Last seen: 7 December 2022]. (In Georgian)
  42. The Convention on the Rights of the Child of November 20, 1989 by the UN General Assembly, Article 1 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
  43. United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10. 2007, para 32. <<https://www.refworld.org/docid/4670fca12.html>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
  44. Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
  45. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("Beijing Rules") <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/arasrw.martl4.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
  46. Justice for Children Briefing No. 4, Penal reform international, The minimum age of criminal responsibility, 1, <<https://www.penalreform.org/resource/justice-children-briefing-no4-minimum-age-criminal-responsibility/>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
  47. Hamilton, K. (2011). Guidelines for Juvenile Justice Law Reform. Department of Child Protection, 29 (In Georgian)
  48. Ibid. 30 (In Georgian)
  49. Ibid. 29 (In Georgian)
  50. Ibid. 29 (In Georgian)
  51. United Nations Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 10. 2007, para 30. <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
  52. Hamilton, K. (2011). Guidelines for Juvenile Justice Law Reform. Department of Child Protection, 30
  53. The royal society, December 2011, Brain waves, module 4: Neuroscience and the law, 24 <[https://royalsociety.org/~media/royal\\_society\\_content/policy/projects/brain-waves/brain-waves-4.pdf](https://royalsociety.org/~media/royal_society_content/policy/projects/brain-waves/brain-waves-4.pdf)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)



54. Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
55. Children (Criminal Proceedings) Act 1987 – As at 11 November 2021 – Act 55 of 1987. <[http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol\\_act/cpa1987261/](http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/nsw/consol_act/cpa1987261/)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
56. RP v The Queen [2016] HCA 53 (21 December 2016). 8 <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2016/53.html#fn3>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
57. RP v The Queen [2016] HCA 53 (21 December 2016). 10 <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/2016/53.html#fn3>> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
58. Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
59. United Nations A/HRC/47/8 General Assembly, 21 June–9 July 2021, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Australia <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/070/43/PDF/G2107043.pdf?OpenElement>> Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)
60. Australian Human Rights Commission (AHRC), Australia's third UPR | 2021, The Minimum Age of Criminal Responsibility. <[https://human-rights.gov.au/sites/default/files/2020-10/australias\\_minimum\\_age\\_of\\_criminal\\_responsibility\\_-\\_australias\\_third\\_upr\\_2021.pdf](https://human-rights.gov.au/sites/default/files/2020-10/australias_minimum_age_of_criminal_responsibility_-_australias_third_upr_2021.pdf)> Davis, C., (2022). Law and Bills Digest. The minimum age of criminal responsibility in Australia: a quick guide <[https://www.aph.gov.au/About\\_Parliament/Parliamentary\\_Departments/Parliamentary\\_Library/pubs/rp/rp2122/Quick\\_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility](https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/rp/rp2122/Quick_Guides/MinimumAgeCriminalResponsibility)> [Last seen: 7 December 2022]. (In English)

## პირთა ნების თავისუფლების შეზღუდვა მორალური ნორმებით

### გიორგი ყველიაშვილი

*სამართლის საბაკალავრო საგანმანათლებლო პროგრამის  
მე-3 კურსის იურიდიული ფაკულტეტის სტუდენტი,  
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო  
უნივერსიტეტი*

### აბსტრაქტი

მორალური ნორმები საუკუნეების ისტორიას ითვლის. კონკრეტულ დროსა და სივრცეში ზნეობას მოწინავე ადგილი ეკავა, ვიდრე კოდიფიცირებულ სამართლის ნორმებს. სამართლის განვითარებამ გამოიწვია ის, რომ დღეს კოდიფიცირებულ აქტებს უპირატესი ადგილი უკავიათ სამართალწარმოებაში, თუმცა საზოგადოებაში მორალური წესების მნიშვნელოვანი ადგილიდან გამომდინარე, არც დღეს უარყო მისი მნიშვნელობა კანონმდებელმა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში.

ერთი მხრივ, საზოგადოებაში ზნეობის როლის გათვალისწინება და მისი მნიშვნელობის სამოქალაქო კოდექსით განმტკიცება არის პოზიტიური ფაქტი, თუმცა, მეორე მხრივ, მნიშვნელოვანია შეფასებულ იქნას – რამდენადაა მისი არსებული სახით განმტკიცება სწორი, ასევე, რამხელა ძალას აძლევს სასამართლოს იმისათვის, რომ შეზღუდოს პირთა ნების ავტონომიის ფარგლებში დადებული გარიგებების ბედი.

მაშინ, როცა მორალური წესების გათვალისწინებამ საზოგადოების მოთხოვნებს უნდა უპასუხოს, მისი აბსტრაქტული და გაურკვეველი შინაარსი ქმნის იმის შესაძლებლობას, რომ ზედმეტად შეიზღუდოს პირთა თავისუფლება ხელშეკრულების დადებისას პირისთვის უცნობი ზნეობის ნორმებით. შერჩეული საკითხის განხილვით შესაძლებელი ხდება ქართულ სამართალწარმოებაში არსებული გამოწვევების, პრობლემების განალიზება და შეფასება. განსახილველი საკითხია: მორალის

განმტკიცება არის დადებითი ფაქტორი თუ მან დადებითზე მეტად, უარყოფითად შეიძლება იმოქმედოს პირთა ნების ავტონომიით დადებული გარიგებების ბედზე და შეზღუდოს მათი თავისუფლება.

**საკვანძო სიტყვები: მორალი, პირთა ნების ავტონომია, პრობლემები**

**შესავალი**

სამართალწარმოების პროცესში შეიმჩნევა გარიგებები, რომელთა დადება დაუშვებელია, შესაბამისად, მათ „დაუშვებელი გარიგებების“ სახელწოდებით ვხვდებით. ასეთი გარიგებების ჩამონათვალში ფიქსირდება ზნეობის წინააღმდეგ დადებული – ამორალური გარიგებები. საინტერესოა, რა მნიშვნელობა გააჩნია თანამედროვე სამართალში ზნეობას? შესაძლოა თუ არა და რა როლი შეიძლება იქონიოს მან პირთა კერძო ავტონომიის შედეგად დადებულ გარიგებებზე? რა დამოკიდებულებებს ვხვდებით ამორალურ გარიგებებთან დაკავშირებით სასამართლო პრაქტიკაში და სხვა.

როდესაც ვსაუბრობთ ზნეობაზე, მნიშვნელოვანია აღინიშნოს მისი არაკონკრეტული მნიშვნელობა და ის, რომ ეს სიტყვა აბსტრაქტულ ცნებას წარმოადგენს. რადგან ზნეობის/მორალის ცნებას კონკრეტული მნიშვნელობა არ აქვს, იგი სამართალში განიმარტება, როგორც „საყოველთაოდ მიღებული ქცევის სტანდარტი“. აღსანიშნავია, რომ თავად ეს განმარტებაც ვერ იძლევა ერთგვაროვანი აღქმის საშუალებას, ამიტომ პრაქტიკოს იურისტებს ხშირად უწევთ სხვადასხვა ფაქტორის გათვალისწინება, იმ თავისებურებებით ხელმძღვანელობა, რომლებითაც ხასიათდება ზნეობა, რათა მიღებული გადაწყვეტილება დავის დროს იყოს სამართლიანობის ექვივალენტი.

ზნეობა/მორალი წარმოადგენს ფენომენს, რომელიც ჯერ კიდევ პირველი პოზიტი-

ური სამართლის შექმნდამდე არსებობდა საზოგადოებაში. აქედან გამომდინარე, კანონმდებელმა ასწლეულების უკან მიაქცია მას ყურადღება, მიუჩინა ადგილი კერძო სამართლის სუბიექტა ურთიერთობებში.

ჯერ კიდევ რომის იმპერიაში ხელშეკრულების ნამდვილობის ერთ-ერთ კრიტერიუმს წარმოადგენდა ზნეობრივი ნორმები, შესაბამისად, ხელშეკრულება ზნეობის საწინააღმდეგო არ უნდა ყოფილიყო.<sup>1</sup> *Pacta contra bonos mores* – რომაელები ასე მოიხსენიებდნენ ზნეობის საწინააღმდეგოდ დადებულ გარიგებებს.<sup>2</sup> საყოველთაოდ ცნობილია, რომ თანამედროვე კოდიფიკაციებიდან ზნეობის საწინააღმდეგო გარიგებების ცნება პირველად საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსმა განმტკიცდა. „კერძოდ, მე-6 და 1133-ე მუხლებში მან ბონნეს მოეურს (კეთილი ზნეობის) გვერდით განამტკიცა საჯარო წესრიგიც (*ordre public*)“.<sup>3</sup>

ეს არ ნიშნავს იმას, რომ იქამდე არ არსებობდა ნორმები, რომელიც ამ უზნეო საქციელს მიიჩნევდნენ კანონის და საზოგადოებაში დამკვიდრებული შეხედულებების საწინააღმდეგოდ. ამ მხრივ, საინტერესოა თუ რა განიხილებოდა ქართული სამართლის ისტორიაში ამორალურალობის კრიტერიუმად? უნდა აღინიშნოს, რომ ძველ ქართულ სამართალში, ამორალურობის კუთხით, არ ფიქსირდება ისეთი აბსტრაქტული ნორმა, როგორც სსკ-ის 54 მუხლია. გვხვდება უფრო მეტად კაზუსტიკური ხასიათის მუხლები სხვადასხვა სამართლის ძეგლში, სადაც კონკრეტული მოქმედება, მორალურ კანონებთან შეუსაბამობიდან გამომდინარე, ამორალურად არის მიჩნეული. მაგალითად, „ქართლისა და აფხაზეთის კათალიკოზთა და ღირსთა ეფისკოპოსთაგან განწესებული სამართლის“ (კათალიკოზთა სამართალი) 1-ელი მუხლი სრულად ამორალურად, რჯულის საწინააღმდეგო, დასაგმობ საქმედ მიიჩნევა ტყვეთა გა-

1 მეტრეველი ვ., (2009). რომის სამართალი (საფუძვლები), თბილისი, გვ. 72.  
2 ჭანტურია ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, გვ. 354.  
3 იქვე, გვ. 354.

ყიდვას. ასევე, ვხვდებით სესხზე ძალიან მაღალი პროცენტის დადგენის ამკრძალავ ნორმებს, რადგან მიიჩნეოდა, როგორც რჯულის საწინააღმდეგო – „ბეჟა-აღბუღას სამართლის“ 92-ე, 93-ე და 94-ე მუხლები, „ვახტანგის სამართლის წიგნის“ 116-ე, 117-ე, 118-ე და 119-ე მუხლები და სხვა. აქედან გამომდინარე, ნათელია, რომ ძველ ქართულ სამართალში მორალისა და სამართლის „თანამშრომლობა“ გაანალიზებული იყო კანონმდებლების მიერ და იგი თანამედროვე ქართულ კერძო სამართალში მხოლოდ ევროპული სამართლის რეცეფციის მონაპოვარს არ წარმოადგენს.

როგორც ცნობილია, სსკ-ის 54-ე მუხლში ზნეობის განმტკიცება საბჭოთა კავშირიდან საქართველოს გამოყოფის შემდეგ მოხდა. აღსანიშნავია, რომ საქართველოს სსრ სამოქალაქო სამართლის კოდექსი არ განამტკიცებდა ზნეობას იმ აბსტრაქტული ხასიათით, როგორც მას აქვს დღევანდელ კოდექსში. საქართველოს სსრ სამოქალაქო სამართლის კოდექსის 48-ე მუხლი მხოლოდ კანონთან ზოგადად შეუსაბამო გარიგებების ბათილობაზე იუწყებოდა და არა საზოგადოებრივ წესრიგსა, თუ მორალის ნორმებზე. შესაბამისად, ზნეობის ნორმებთან შეუსაბამო გარიგების გაბათილება ჯერ კიდევ ახალ მონაპოვარს წარმოადგენს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსისთვის, ამიტომ, აუცილებელია, თითოეული ფიზიკური თუ იურიდიული პირი გაგებით მოეკიდოს იმ, თუნდაც უარყოფით შედეგებს, რაც ამ ნორმას მოჰყვება.

ასე რომ, ნათელია, თუ რამხელა როლი აქვს ზნეობრივ დანაწესებს სხვადასხვა დროსა და სივრცეში. ისტორიიდან გამომდინარე, ამ კუთხით ქართველი ხალხი „მონინავე ადგილს იკავებს“.

ქართულ საზოგადოებაში ზნეობის განსაკუთრებული როლიდან გამომდინარე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში მისი განმტკიცების საჭიროება გაჩნდა, რაც სსკ-ის 54-ე მუხლით უზრუნველყო კანონმდებელმა. ამ ქმედებამ თავისი დადებითი ცვლილებები მოუტანა კერძო სამართლის სუბიექტებს, რომლებსაც თავიდან ააცილა

უზნეო ვალდებულების, უზნეო შინაარსის გარიგებიდან წარმოშობილი მოთხოვნების შესრულება/დაკმაყოფილება. თუმცა აუცილებელია გადაფასებულ იქნეს ის თანმდევი პროცესები, რაც ამ ქმედებას მოჰყვება, საჭიროა გაანალიზდეს უარყოფითი შედეგებიც კარგთან ერთად და მიღებულ იქნეს საბოლოო გადაწყვეტა, წარმოადგენს თუ არა სსკ-ის 54-ე მუხლში ზნეობის წესების აბსტრაქტული განმტკიცება ქართული სამართალგანვითარების სიამაყეს, თუ საჭიროა ამ ნორმის დახვეწა და მისი მეტად მისადაგება იმ პრობლემების საპასუხოდ, რომლებიც კერძო სამართლის სუბიექტებს წარმოეშობათ სამართლებრივ ურთიერთობებში.

## 1. ზნეობისთვის დამახასიათებელი თავისებურებანი

იმისთვის, რომ მოსამართლემ საკითხი სწორად გადაჭრას და რელევანტური გადაწყვეტილება მიიღოს იმის თაობაზე, გარიგება არის თუ არა ზნეობის საწინააღმდეგო, აუცილებელია, რომ მან იცოდეს სხვადასხვა მახასიათებელი/თავისებურება, რომელიც ზნეობის თანმდევაა. ზნეობის/მორალის ჩამოყალიბებაზე გავლენას ახდენს სხვადასხვა ფაქტორი, როგორცაა ჩვეულება, ღირებულება და ტრადიცია. მართლაც, მორალი არ არის ერთჯერადად შექმნილი ფენომენი, რომელიც ჰეტერონომიულად და სამუდამოდ შეიქმნა. იგი დროთა განმავლობაში ყალიბდებოდა. მისი შეცვლა დამოკიდებულია დროზე, რომელთან ერთადაც იცვლება მორალური წარმოდგენებიც – ის რაც ადრე ამორალური იყო, დღეს სრულად არ შეიძლება ჩაითვალოს ასეთად. მაგალითად, ამერიკის შეერთებულ შტატებში ათწლეულების წინ აფროამერიკელს არ შეეძლო ესაუბრა და სხვა ყოველდღიური, ყოფითი საქმიანობა განეხორციელებინა თეთრკანიანთან ერთად, რადგან მისი ეს საქციელი უზნეობად აღიქმებოდა, თუმცა დღეს ასეთი წარმოდგენა აღარ არსებობს.

მორალური წარმოდგენების შეცვლა ერთ-ბაშად ვერ ხერხდება, ამიტომ შესაძლოა ითქვას, რომ ზნეობა/მორალი გარკვეულწილად სტატიკურია.<sup>4</sup> მორალისთვის კიდევ ერთი მახასიათებელია ის, რომ ხშირად ამორალურ ქცევას (ზნეობის საწინააღმდეგო გარიგების შემთხვევის გამოკლებით) სანქცია საზოგადოებისგან და არა შესაბამისი სტრუქტურებისგან მოსდევს. ეს ყოველივე მნიშვნელოვან კავშირშია პრაქტიკოს იურისტთან, რომლის საქმე შესაძლოა ნებისმიერ დროს იქნას დაკავშირებული ზნეობასთან. კერძო სამართლის სფეროში გვხვდება უზნეო საფუძვლის მქონე გარიგებანი, რომელთა მსხვერპლიც ხშირად ხდება ფიზიკური პირი/კონტრაქტენტი, რომელმაც არ იცის, რომ ვალდებულია, რომელიც მას დაეკისრა, არის ამორალური და სამოქალაქო კოდექსი – სსკ-ის 54-ე მუხლით – ასეთი გარიგების გაბათილების საშუალებას იძლევა. ამრიგად, მნიშვნელოვანია მოსამართლეს ისეთ დონეზე ჰქონდეს შესწავლილი ზნეობის ცნება, რომ კონკრეტულ საქმეში გარიგების მხარე დაიხსნას ვალდებულებისგან, რომელიც გადაცილებულია ზნეობის ფარგლებს. მაგალითად, უზენაესმა სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეში ამორალურად/ზნეობის საწინააღმდეგოდ ჩათვალა ხელშეკრულების ერთ-ერთი დებულება, რომელიც ითვალისწინებდა ორსულობის აკრძალვას შრომის ხელშეკრულების მოქმედების პერიოდში.<sup>5</sup> გარდა ამისა, მოსამართლეს სხვადასხვა აქტები, მათ შორის, „ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის“ კონვენციის 21-ე მუხლი, ავალდებულებს, რომ არამართო იცოდეს არსებული მორალური წესები, არამედ, თავადაც იყოს მაღალი ზნეობრივი თვისებების მატარებელი. შესაბამისად, ნათელია, რამდენად მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია მორალს დღევანდელ სამართალწარმოებაში.

4 ხუბუა გ., (2015). სამართლის თეორია, თბილისი, გვ. 79.  
 5 ქანტურია ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, გვ. 356–357.

## 2. სამართალი და ზნეობა

სამართალი და ზნეობა ერთად თანაარსებობს. საზოგადოებაში არსებობს ურთიერთობები, რასაც სამართალი ვერ აწესრიგებს, თუმცა ეს ზნეობის წესებს შეუძლია. მაგალითად, შვილებსა და მშობლებს შორის ოჯახში მოქცევის წესებს ნორმატიული აქტები არ განამტკიცებს და ამას მორალური კანონები არეგულირებს (შვილებსა და მშობლებს შორის პატივისცემა და სხვა). სამართალსა და მორალს შორის არსებობს როგორც განსხვავებები, ისე მსგავსებები. „სამაჩთადის ნოხმა აწესხიგებს ადამიანთა გახეგან ქცევას, მოხადს უფხო მეგად აინგეხესებს პიხის სუბიექტუხი ნება და მისი ქცევის მოგვივი“.<sup>6</sup> სამართლებრივ-ეთიკურმა ღირებულებებმა ადგილი პოვა სამართლებრივ წესწყობილებაში, კონკრეტულად, კონსტიტუციის ღირებულებათა სისტემაში, მაგრამ კერძო სამართალში მან გამოხატულება პოვა იმ ნორმებში, რომლებიც აბათილებს ამორალურ/უზნეო გარიგებებს.<sup>7</sup> ზნეობის განმტკიცება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში მნიშვნელოვანი საკითხია, რადგან მორალი და სამართალი ავსებს იმ სისუსტეებს, რომლებიც მათ გააჩნია. სამოქალაქო სამართლის სუბიექტები გამოუვალ მდგომარეობაში აღმოჩნდებოდნენ, თუ მათ არ ექნებოდათ გზა უზნეო გარიგებებისგან თავის დასაღწევად. „კანონი ანაზღაუხებს მოხადის ფუნქციუხ სისუსტეებს, ხომელიც დამკვიხვებდის თვადსაზხისით ხშიხად აწვდის შემეცნებას განუსაზღვხედ და მოგივაციუხად ახასტაბიდეუხ შედეგებს“.<sup>8</sup> ამრიგად, ნათელია, რომ ზნეობასა და სამართალს შორის კავშირი მნიშვნელოვანია. ეს გახდა მიზეზი იმისა, რომ ზნეობა საქართველოს, გერმანიის და სხვა ქვეყნების სამოქალაქო კოდექსში გა-

6 ხუბუა გ., (2015). სამართლის თეორია, თბილისი, გვ. 79.  
 7 კროპპოლერი ი., (2014). გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თბილისი, გვ. 63.  
 8 Moka-Mubelo W., (2015). Reconciling Law and Horality in human Rights Discourse: Beyond the Habermasian Account of Human Rights, a dissertation, Bosstion College, pg.130.

ნმტკიცდა. იმ ნორმების გარეშე, რომლებიც იცავს ადამიანს კეთილ ზნე-ჩვეულებათა წინააღმდეგ დადებული გარიგებებისგან, სამოქალაქო კოდექსი სრულფასოვნებას, ადამიანურ ურთიერთობებს და თავად ადამიანს მეტად დაშორდებოდა, რადგან ვერ მოაგვარებდა იმ ნეგატიურ სიტუაციას, რომელშიც შესაძლოა აღმოჩნდეს სამოქალაქო სამართლის სუბიექტი, ზნეობის საწინააღმდეგო გარიგების დადების შემთხვევაში. მნიშვნელოვანია სამართალსა და ადამიანს შორის იყოს ძლიერი კავშირი, სამართალი ცდილობდეს თითოეული ყოფითი ურთიერთობის გაანალიზებას და რელევანტურ გადაწყვეტას (განსაკუთრებით კერძო სამართლის შემთხვევაში, რადგან სუბიექტებს გააჩნიათ კერძო ავტონომია, როგორც დამოუკიდებლობის მაღალი ხარისხი). ზნეობის განმტკიცება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში სწორედ იმის მანიშნებელია, რომ ქართული სამართალწარმოება, კერძო სამართალი, ორიენტირებულია ადამიანთან მეტი კავშირის მოძებნასა და დამყარებისკენ, მისთვის სამართლებრივი ურთიერთობების გაადვილებასა და მისი დაცვისკენ.

მორალისა და სამართლის ზოგადი კავშირი მეტად საინტერესო და სადავო საკითხია. ამასთან დაკავშირებით სამი ძირითადი მიდგომა არსებობს – **პირველი**, მორალი და სამართალი ერთ მთლიანობას აყალიბებს; **მეორე**, ისინი არსებითად განსხვავდება ერთმანეთისგან და **მესამე**, სამართალი და მორალი არ არის ერთიანი და არც გამიჯნულია ერთმანეთისგან.<sup>9</sup> ყურადღებას იმსახურებს უკანასკნელი მოსაზრება, რომელიც ზუსტია, რადგან არსებობს ყოფითი ურთიერთობები, რომლებსაც სამართალი და მორალი განსხვავებულად აწესრიგებს, თუმცა საფრანგეთის და შემდგომ სხვა ქვეყნებში სამოქალაქო კოდექსში ზნეობის განმტკიცება მიუთითებს, რომ მორალი და სამართალი ერთმანეთისგან არ არის განცალკევებული, თუმცა არც ერთიანობას ქმნის. იურიდიულ მეცნიერებაში ხშირია აზრი მორალისა და სამართლის არსებითი განსხვავების შესახებ. მაგალითად, რობერტ პოლ ვოლფის აზრით, კანონი, თავისი ხასიათიდან გამომდინარე, მოითხოვს მორჩილებას განურჩევლად ვინმეს გადაწყვეტილებისა მორჩილებიდან გამომდინარე დამსახურების შესახებ, ეს კი არ შეესაბამება ხალხის ზნეობის ავტონომიას, რომელიც მათგან მოითხოვს, რომ მიიღონ პასუხისმგებლობა თავიანთ ქმედებებზე და იმოქმედონ მხოლოდ საკუთარი გადაწყვეტილებით, მათი მოქმედების დამსახურების შესაბამისად.<sup>10</sup> მოსაზრება, რომ მორალი და სამართალი არსებითად განსხვავდება ერთმანეთისგან რაციონალური შემეცნების შედეგს არ წარმოადგენს, რადგან საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში 54-ე მუხლი სახელწოდებით: „მართლსაწინააღმდეგო და ამორალური გარიგებანი“ მეტყველებს, რომ კერძო სამართალი და ზნეობა ერთგვარად „თანამშრომლობენ“. ფილოსოფოსის და იურისტის რონალდ დვორკინის აზრით, მორალი სამართლებრივ აზროვნებაში არსებით როლს თამაშობს.<sup>11</sup> თუმცა არა მარტო მორალი თამაშობს არსებით როლს სამართლებრივ აზროვნებაში, არამედ თავად სამართალიც ერევა მორალურ კანონებში, რის ნათელ მაგალითსაც წარმოადგენს ის, რომ სამართალი გახდა უზნეო ურთიერთობების ზნეობრივად ტრანსფორმაციის საშუალება – ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ერთი სქესის პირთა შორის ქორწინება ნორმალურად მიიჩნია.<sup>12</sup>

საბოლოოდ, სწორია ითქვას, რომ „ზნეობა სამართალშია და სამართალი ზნეობაში“.<sup>13</sup> მათ შორის მნიშვნელოვანი კავშირია და ერთმანეთის სისუსტეების აღმოფხვრა მათვე აქვთ დავალებული. ამ მხრივ, კერძო სამართალს მნიშვნელოვან დახმარებას უწევს მორალი/ზნეობა, რადგან სსკ-ის 54-ე მუხლის დახმარებით სამოქალაქო კოდექსის

საბოლოოდ, სწორია ითქვას, რომ „ზნეობა სამართალშია და სამართალი ზნეობაში“.<sup>13</sup> მათ შორის მნიშვნელოვანი კავშირია და ერთმანეთის სისუსტეების აღმოფხვრა მათვე აქვთ დავალებული. ამ მხრივ, კერძო სამართალს მნიშვნელოვან დახმარებას უწევს მორალი/ზნეობა, რადგან სსკ-ის 54-ე მუხლის დახმარებით სამოქალაქო კოდექსის

9 ხუბუა გ., (2015). სამართლის თეორია, თბილისი, გვ. 78.

10 Raz J., (2003). About Morality and the Nature of Law, The American Journal of Jurisprudence, I, pg. 1.

11 გოგელია გ., (2005). სამართალი, ავტორიტეტი და მორალი თანამედროვე სამართლებრივ პოზიტივიზმში, ადამიანი და კონსტიტუცია, IV, გვ. 89.

12 ზოიძე ბ., (2005). ევროპული კერძო სამართლის რეცეპცია საქართველოში, თბილისი, გვ. 214.

13 იქვე, 215.

სი იმ ნეგატიური (ამორალური) გარიგებების ბათილობის საშუალებას იძლევა, რომელთა თითოეული სახე შეუძლებელია, კანონმდებელმა წინასწარ გაითვალისწინოს.

### 3. ზნეობა/მორალი – შინაგანი თუ გარეგანი ვალდებულება?

მნიშვნელოვანია, გაირკვეს მორალის ვალდებულებითი ხასიათი, ის, თუ ვალდებულება, რომელსაც მორალი/ზნეობა გვაკისრებს და, ზოგ შემთხვევაში, გავლენას ახდენს კერძო ურთიერთობებზე, საიდან მომდინარეობს? ზნეობის საწინააღმდეგოდ გარიგების მიჩნევა საკმაოდ კომპლექსური საკითხია, რადგან, კანონისგან განსხვავებით, მისი მნიშვნელობა არ გვხვდება ცალსახად და იმ საზომის დადგენა, რითაც კონკრეტულ საქმეში მოსამართლემ უნდა იხელმძღვანელოს, რთულია. ვალდებულება, რომელიც თან ახლავს მორალს განიხილება, როგორც „შინაგანი ვალდებულება“, რომლის განმსაზღვრელადაც სინდისი წარმოჩნდება.<sup>14</sup> ამ საკითხზე კანტის მოსაზრების თანახმად, სამართლებრივი ვალდებულება გარეგანია, ხოლო ეთიკური შინაგანი, რაც იმას გულისხმობს, რომ ეთიკა მისი შინაგანი ხმაა.<sup>15</sup> ზნეობის/მორალის გაანალიზების შემდეგ, არსებითია ერთგვაროვანი დასკვნის ჩამოყალიბება მორალურ კანონებზე, როგორც შინაგანზე. „*ხოგოხც ჩანს, ეს კანონი ჩვენი სულის თვისებაა და მახტაც ამიგომ აჩის ის შინაგანი*“.<sup>16</sup> გამოდის, რომ ამორალურობა, რომელიც შეიძლება გახდეს გარიგების ბათილობის საფუძველი, ინდივიდუალური შეცნობის შე-

დეგად ჩამოყალიბებული მორალური/ზნეობრივი წარმოდგენებით ხელმძღვანელობის შედეგია.

ვალდებულებათა უმეტესი ნაწილი მომდინარეობს გარედან (ნორმატიული აქტებისგან, რომლების ქცევის შესასრულებლად სავალდებულო წესებს ადგენენ) მაგრამ შესაძლოა არ არსებობდეს სამართლებრივი ვალდებულება, თუმცა გარკვეული ქცევისკენ სხვა რამ გიბიძგოს. თუ არ არსებობს სამართლებრივი ვალდებულება, რომელიც უკრძალავს სუბიექტს გარკვეულ მოქმედებას, მაშინ რამ შეიძლება მიუთითოს ვალდებულების შესრულებისკენ? ამის პასუხი მორალში/ზნეობაში უნდა იქნეს მოძიებული, რომელიც შიგნიდან და არა გარედან კონტროლს უწევს, ავალდებულებს პირს ქცევის განხორციელების მომენტში. აღსანიშნავია, რომ ზნეობრივ ვალდებულებას ყოველთვის არ შეიძლება მოჰყვეს სანქცია. მაგალითად, თუ ვინმე ხედავს ადამიანი როგორ იხრჩობა ზღვაში და მორალი ავალდებულებს, რომ დაეხმარო ამ ადამიანს, მაგრამ ვერ ეხმარება, მას პასუხს არავინ მოსთხოვს, თუკი იტყვის, რომ ცურვა არ იცის და შიშის გამო ვერ დაეხმარა სხვას. მნიშვნელოვანია, რომ მორალური ვალდებულების შეუსრულებლობა (განსხვავებით სამართლებრივისგან) ადამიანს უკმაყოფილების, არასრულფასოვნების გრძნობას უტოვებს, რაც მეტყველებს ზნეობის, როგორც შინაგანი ფენომენის სასარგებლოდ.

### 4. სსკ-ის 54-ე მუხლის განხილვა ზნეობის/მორალის ჟრილში

სსკ-ის 54-ე მუხლის მიხედვით, მესამე ფასეულობას, რომელიც გარიგების ბათილობას იწვევს, წარმოადგენს ზნეობრივი ნორმები – „ბათილია გაჩივება, *ხომელიც ახლვევს კანონით დადგენილ წესსა და აკხადვებს, ეწინააღმდეგება საჯახო წესჩიგს ან ზნეობის ნოხმებს*“. ხშირად, სირთულეს წარმოადგენს კანონში ხსენებული სამი ფასეულობის – კანონით დადგენილი წესები-

14 ღვინაშვილი გ., (2019). იძულებით დადებული გარიგება სასამართლო პრაქტიკაში და მისი გამოიჯვნა ამორალური გარიგებებისგან, თბილისი, გვ. 56. სამაგისტრო ნაშრომი, ხელმისაწვდომია <<https://openscience.ge/bitstream/1/1028/1/samagistro%20gviniashvili.pdf>>  
15 ზოიძე ბ., (2013). სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემეცნების ცდა უპირატესად ადამიანის უფლებათა ჟრილში, ესსეები, თბილისი, გვ. 23.  
16 იქვე, გვ. 204.

სა და აკრძალვების, საჯარო წესრიგისა და ზნეობრივი ნორმების ერთმანეთისგან გამიჯვნა, „კანონის დახლვევა, ხშირად, ზნეობის საწინააღმდეგო ნების გამოვლენად აღიქმება ხოდმე“.<sup>17</sup> უზნეობის საფუძვლით გარიგების გასაბათილებლად მნიშვნელოვანია, რომ თავად ამ გარიგების დადების ფაქტით ან შინაარსით ხდებოდეს ზნეობის ნორმების დარღვევა,<sup>18</sup> რადგან ხშირია, როცა გარიგება, საჯარო წესრიგთან ერთად, არღვევს ზნეობის ნორმებსაც და გარიგების გასაბათილებლად მათ შორის უპირატესობას საჯარო წესრიგს ანიჭებენ, რადგან ზნეობა მეტად შეფასებითი ცნებაა, განსხვავებით საჯარო წესრიგისაგან.

სსკ-ის 54-ე მუხლის ზოგადი ხასიათიდან გამომდინარე, მთავარ ამოცანას წარმოადგენს იმის დადგენა, თუ რა არის მორალური და რა იგულისხმება ზნეობის საწინააღმდეგო გარიგებაში, ეს კი მოსამართლის პრეროგატივაა და ვინაიდან თითოეული ადამიანის მეტყველება, ცოდნა განსხვავებულია, განმარტებაც სხვადასხვა სახით არის ჩამოყალიბებული სხვადასხვა მოსამართლის მიერ ქართულ კერძო სამართალში.

გარიგების ბათილობა არ არის დამოკიდებული, კონტრაქტების მხრიდან იყო თუ არა შეცნობილი ის, რომ ზნეობის საწინააღმდეგოდ მოქმედებდნენ.<sup>19</sup> ამ ასპექტს სწორად არ აქვს მნიშვნელობა, რადგან როგორც გარიგების მხარეების მიერ გაანალიზებულად ამორალური საფუძვლით გარიგების დადებისას, ისე გაუნალიზებლად, გარიგების შედეგები ერთია და სამართლებრივი ინტერესების დარღვევა ორივე შემთხვევაშია შესაძლებელი. ამასთან, სამოქალაქო სამართლის სუბიექტი წინასწარ ვერ გაითვალისწინებს ყველა იმ მორალურ წესს, რომელსაც მისი სამართლებრივი ურთიერთობის ბედის გადაწყვეტა შეუძლია.

სსკ-ის 54-ე მუხლით მორალის განმტკიცება მისასაღმებელი ფაქტია. მისი არარ-

17 ჯორბენაძე ს., ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., ჭანტურია ლ., (2002). საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, თბილისი, გვ. 177.

18 იქვე, გვ. 181.

19 იქვე, გვ. 322.

სებობის შემთხვევაში, კერძო სამართლი ვერ გადაჭრიდა ისეთ პრობლემებს, რომლებიც სამართლის სუბიექტთა ყოველდღიურ ყოფაში შეიძლება წარმოიშვას. ზნეობის სამოქალაქო კოდექსში განმტკიცებით კერძო სამართალი ადამიანთან მეტ კავშირს ამყარებს, ითვალისწინებს იმ წესებს, რომლებიც საზოგადოებაშია დამკვიდრებული და ამით ანგარიშს უწევს ადამიანს, როგორც უმთავრეს ფასეულობას. ამრიგად, შეიძლება ითქვას, რომ კერძო სამართლის სუბიექტს 54-ე მუხლმა (ზნეობის ქრილში) ბევრი სიკეთე მოუტანა, თუმცა მიუხედავად ამისა, მან სანაცვლოდ გარკვეულ ნეგატიურ დათმობებზე წასვლა მოითხოვა ფიზიკური/ იურიდიული პირისგან, რადგან წინააღმდეგ შემთხვევაში ვერ მოხდებოდა ნორმის რეალიზება სამართალწარმოებაში და მისით დადებითი შედეგების მოტანა. მნიშვნელოვანია, გადაფასებულ იქნას ის უარყოფითი ფაქტორები, რაც სსკ-ის 54-ე მუხლში ზნეობის განმტკიცებამ განაპირობა.

## 5. სსკ-ში ზნეობის წესების განმტკიცებით გამოწვეული ნეგატიური შედეგები

### 6.1. მორალსა და პირთა კერძო ავტონომიას შორის წარმოშობილი კოლიზია

სამოქალაქო სამართლის მნიშვნელოვან ღირებულებას წარმოადგენს კერძო ავტონომია, რომელიც, გარიგების დადებისას, მხარეებს ანიჭებს თავისუფლებას როგორც გარიგების ფორმაში (თუ კანონით სხვა რამ არ არის დადგენილი), ისე მის შინაარსში. იგი აქტიურ ასპექტს წარმოადგენს სამართლის სუბიექტებისთვის, რადგან ისეთი ინსტიტუტის გამოყენების გაადვილებას ემსახურება, როგორცაა გარიგება. მიუხედავად ამისა, სსკ-ის 54-ე მუხლი ემსახურება კერძო ავტონომიის შეზღუდვას,<sup>20</sup> რადგან იგი ერთგვარად ეჭვქვეშ აყენებს

20 ჭანტურია ლ., (2017). სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებები, თბილისი, გვ. 312.



გარიგების ნამდვილობას და შესაბამისი (მათ შორის, ზნეობის სანინააღმდეგო) საფუძვლების არსებობის შემთხვევაში, ინვეზს თავისუფალი ნებით დადებული გარიგების გაბათილება.

როგორც უკვე აღინიშნა, სინდისი მორალური ვალდებულების განმსაზღვრელია. ხოლო თუ ზნეობრივ ნორმებს ინდივიდი იყალიბებს ინდივიდუალურად (თუმცა გარეშე ფაქტორების გავლენით) საინტერესო ხდება ის, თუ ორ მხარეს შორის, რომლებსაც შესაძლოა ჰქონდეთ ინდივიდუალური მორალური ვალდებულებები, საქმის გადაწყვეტის დროს მოსამართლემ, რომელსაც ასევე ჩამოუყალიბდა შინაგანი, ინდივიდუალური ზნეობრივი წესები, ზნეობის/მორალის ცნების რომელი აღქმით უნდა იხელმძღვანელოს? რომელიმე მხარის თუ თავისი? რათა მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება იყოს სამართლიანი და არა მიკერძოებული. თითქოს, გამოუვალი მდგომარეობა იქმნება, თუმცა შემდეგი მიზეზის გამო ადვილია გამოსავლის მოძებნა – „ადამიანური ეთიკა ყალიბდება ისევ ადამიანთა თანაცხოვრებაში“<sup>21</sup> და რადგან ჩვენ ეთიკური (ზნეობრივი/მორალური) ნორმები გვიყალიბდება თანაცხოვრებაში სხვა ადამიანებთან, ე.ი. ამ თანაცხოვრებას გავლენა აქვს თითოეული ინდივიდის მორალური კანონების ჩამოყალიბებაზე, შედეგად კი იქმნება ერთი საერთო საზოგადოებრივი, დროით და სივრცით შემოსაზღვრული/ზღვარდადებული ეთიკა, რომლითაც ხელმძღვანელობს/უნდა იხელმძღვანელოს მოსამართლემ სამართალწარმოებისას. „აღიახებურ იქნა ახა ზოგადი და აბსტრაქტული მოხადი, ახამედ კონკრეტულ საზოგადოებაში „გაბატონებული მოხადი““<sup>22</sup> თუმცა ამ მიდგომიდანაც უნდა იარსებოს გამონაკლისმა და შეჯერებულ უნდა იქნეს შუალედი, რადგან წინააღმდეგ შემთხვევაში სამართალი უსამართლობის დამაკანონებლად წარმოგვიდგება.

ეს შუალედი შემდეგი სახის უნდა იყოს, რადგან სინდისი ინდივიდუალურია თითო-

ეული ადამიანისთვის, კერძო სამართლის სფეროში, მაშინ როცა პირებს ენიჭებათ კერძო ავტონომია, ხშირად გარიგების ორივე მხარისთვის ის, რაც ამორალური სრულად არაა, შეიძლება, ზოგადად, იმ საზოგადოებისთვის იყოს ამორალური, რომელშიც ეს სუბიექტები არსებობენ, ამიტომ გარიგება უზნეობის მიზეზით შეიძლება გაბათილდეს ორივე კონტრაქტის შეხედულების, შეცნობის, ნების თანხვედრის მიუხედავად. კამათს არ უნდა ინვევდეს, რომ კონტრაქტთა ასეთ ვითარებაში ჩაყენება მათი უფლების, კერძოდ, გარიგების შინაარსის, ფორმის თავისუფალი განსაზღვრის, უხეში დარღვევაა. სწორედ ეს წარმოადგენს ერთ-ერთ უარყოფით ეფექტს ზნეობის წესების გამტკიცებისას სსკ-ის 54-ე მუხლში და სწორედ ამ მიმართულებით უნდა გამახვილდეს ყურადღება, შესაბამისად, დაისვას კითხვა – ღირს თუ არა, საზოგადოებაში დამკვიდრებულმა ქცევის ზოგადმა წესმა (ზნეობა) ნეგატიური გავლენა იქონიოს პირთა კერძო ავტონომიაზე დამყარებული გარიგების ბედზე? სამართალწარმოება იმ მიმართულებით უნდა განვითარდეს, რომ თუ გარიგების მხარეებს არ აქვთ პრობლემა მორალური წესების სანინააღმდეგოდ დადებული გარიგების შედეგებთან დაკავშირებით და ეს შეთანხმება ზიანს არ აყენებს სხვა მესამე პირებს, საზოგადოებაში დამკვიდრებულმა შეხედულებამ, რომ ეს ასეა და ისე არა, გავლენა არ იქონიოს კონტრაქტთა შორის არსებულ სამართლებრივ ურთიერთობაზე. „გაჩიგების მოცივის ამოხადულობა შეიძლება გახდეს მთლიანად გაჩიგების ამოხადუხად მიჩნევის საფუძვედი, მაგადითად, საყვარელისთვის ანდუხით ქონების დაგოვება იმ პირობით, რომ ის მოანდუხდეს სიცოცხლის განმავლობაში მაჩგო ახ დაგოვებს“<sup>23</sup> ამ კონკრეტულ შემთხვევაში, რატომ უნდა ერეოდეს სამართალი პირის უფლებაში – თავისუფლად განკარგოს თავისი ქონება? თუ ორივე მხარეს მოანდუხდესა და საყვარელსაც სურთ/აწყობთ იმ უპირატესობების სანაცვლოდ, რომლებიც გარიგებას მოაქვს, დადონ ასეთი შინაარ-

21 იქვე, გვ. 66.

22 ჭანტურია ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, გვ. 354.

23 იქვე, გვ. 321.

სის შეთანხმება, რომელიც არ აყენებს მესამე პირს ზიანს. ამგვარად, სასამართლო პრაქტიკა ამ კუთხით არ უნდა იქნეს გაზიარებული. ზნეობრივ წესებსა და კერძო ავტონომიას შორის არსებული კოლიზიისას ამ უკანასკნელის ბოლომდე უგულებელყოფა რაციონალური შეცნობის შედეგს არ წარმოადგენს და, უბრალოდ, სხვის უფლებებში ბოროტ ჩარევად უნდა იქნეს მიჩნეული.

## 5.2. სსკ-ის 54-ე მუხლში არსებული ზნეობის განმარტებით გამოწვეული პრობლემები

გარკვეული პრობლემების გამომწვევია ის, რომ სიტყვებს – უზნეობა, ამორალურობა – არ გააჩნიათ ერთგვაროვანი მნიშვნელობა, ამიტომ კერძო სამართალში დიდი როლი ენიჭება მოსამართლის მხრიდან ამ ცნებების დეფინიცირებას, რადგან მან შესაძლოა გავლენა იქონიოს სამოქალაქო ბრუნვის სუბიექტთა სამართლებრივ ურთიერთობაზე. მოსამართლის მხრიდან ზნეობის განმარტება მეტად საპასუხისმგებლო და პრობლემური საქმეა, „ზნეობის საწინააღმდეგო დათქმის მქონე ხედვების შესახებ პოზიციის დაფიქსილება ყველაზე ხთურია“.<sup>24</sup> მნიშვნელოვანია, რომ განმარტება ისე მოხდეს და შესაბამისად გადაწყვეტილებაც ისეთი იქნეს მიღებული, რომელიც კერძო სამართლის სუბიექტს, ამ შემთხვევაში გარიგების კონტრაქტს, ობიექტური უსამართლობის შეგრძნების ამარა არ დატოვებს.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, კანონთან ერთად სამართლებრივ სახელმწიფოში მართლწესრიგის არსებობას განაპირობებს მორალური ქცევის სტანდარტიც. შესაბამისად, მიუხე-

დავად კერძო ავტონომიის და თავისუფალი კონტრაქტების პრინციპის არსებობისა კერძო სამართალში, გარიგება, რომელიც ეწინააღმდეგება „საყოველთაოდ მიღებულ ქცევის სტანდარტს“, ამორალურ გარიგებად მიიჩნევა და ბათილობის სამართლებრივ შედეგებს უკავშირდება.<sup>25</sup> ამრიგად, მნიშვნელოვანია, სამართლებრივ ურთიერთობებში, კერძო სამართლის სუბიექტებმა გაითვალისწინონ მორალური/ზნეობრივი ღირებულებები, რათა მათ მიერ დადებული ხელშეკრულება არ გაბათილდეს, თუმცა რამდენად ლოგიკურია ისეთი აბსტრაქტული ნორმის განმტკიცება სსკ-ში, როგორცაა 54-ე მუხლი, რომლიდან გამომდინარეც, კონკრეტული აზრის გამოტანა თავად იურისტსაც არ შეუძლია (სხვა პროფესიის პირზე რომ არაფერი ითქვას). ეს განპირობებულია ნორმის განმარტების საჭიროებით და იმით, რომ ამ საკითხში მოსამართლეთა როლი მეტად არსებითია. თავად მოსამართლე კი მრავალია, ამიტომ რთულია განისაზღვროს – რომელი მათგანის ინტერპრეტაციაა გასათვალისწინებელი, მაშინ, როცა ხშირია სხვადასხვა ინსტანციის მოსამართლეთა განსხვავებული განმარტებები.

გერმანული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, გარიგება ზნეობრივ ნორმებს მაშინ არღვევს, როცა იგი „ზოგადი სამართლიანი და მართებული წარმოდგენების სტანდარტს“ უგულებელყოფს.<sup>26</sup> მოცემულ განმარტებაში მნიშვნელოვან დატვირთვას ასრულებს სიტყვა სამართლიანი. აღსანიშნავია, რომ როდესაც საუბარია „საყოველთაოდ მიღებულ ქცევის სტანდარტზე“, მოცემული დეფინიცია საშუალებას იძლევა მოაზრებულ იქნეს ისეთი რამ, რაც არის საყოველთაოდ აღიარებული, როგორც ქცევის სტანდარტი, თუმცა არ არის სამართლიანი. ეს განმარტებები კერძო სამართლის სუბიექტებს ერთგვარ დაუცველ და გაურკვეველ მდგომარეობაშიც აყენებს,

24 ჯორბენაძე ს., (2016). ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, თბილისი, გვ. 96. სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ხელმისაწვდომია <[http://press.tsu.ge/data/image\\_db\\_innova/disertaciebi\\_samartali/sergi\\_jorbenadze.pdf](http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/sergi_jorbenadze.pdf)>

25 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 01 მარტის № ას-15-15-2016 განჩინება.

26 კროპოლერი ი., (2014). გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, დარჯანია თ., ქუჭელაშვილი ზ. (მთარგმ.), ჩაჩანიძე ე., თოთლაძე ლ. (რედ.), მე-13 გამოცემა, თბილისი, გვ. 63.

რადგან, პირველ რიგში, გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში არსებული განმარტება მოიაზრებს ზოგად სამართლიანობას, რაც, ასევე, არ წარმოადგენს კონკრეტული მნიშვნელობის მქონე ცნებას, ამიტომ მოსამართლეს, საქმის გადაწყვეტისას, ეს „ზოგადი სამართლიანობა“ აძლევს მეტ თავისუფლებასა და სამართლიანობის მისეული აღქმის გამოყენების საშუალებას (მით უმეტეს, რომ სამართლიანობის დამცველებად გვევლინებიან მოსამართლეები). შედეგად, შესაძლებელია, რომ კერძო სამართლის ფარგლებში არსებული ურთიერთობათა სუბიექტი გახდეს მოსამართლის სუბიექტური განმარტების მსხვერპლი. ამ ნეგატიური სიტუაციიდან დაცვის გარანტია არ არსებობს. ასევე, ამგვარ შედეგებს მოიაზრებს განმარტება – „საყოველთაოდ მიღებული ქცევის სტანდარტი“, რომელიც მოსამართლეს აძლევს საშუალებას, მიიღოს თვითნებური გადაწყვეტილება, რადგან მოცემული განმარტება თავად განმარტებას საჭიროებს. ეს ყოველივე მით უმეტეს სიმწვავეს იძენს მაშინ, როცა მოსამართლე, რომელიც წყვეტს სამოქალაქო ბრუნვის სუბიექტების მიერ დადებული გარიგების ბედს (ამორალურობის კრიტერიუმით) შესაძლოა მოექცეს სხვადასხვა პოლიტიკური ძალის გავლენის ქვეშ, რასაც შეუძლია კონკრეტული პიროვნების სამართლებრივი ურთიერთობის (გარიგების) ბედი არასამართლიანად გადაწყვიტოს. გარიგების ბედი რომ მართლაც მოსამართლეზეა დამოკიდებული, ამაზე სასამართლოთა განსხვავებული განმარტებებიც მიუთითებს. თბილისის საქალაქო სასამართლოთა განმარტებით, „გაჩივება ეწინააღმდეგება ზნეობის ნოქმებს, ხოდესაც იგი ახსებითად ახლევს ეხთ–ეხთი მხახის ინგეხესებს და ახათანაბახ პიხოებში აყენებს მას... ეხთმანეთისგან უნდა გაიმიჯნოს სახგებდის ამოხადუხი ხასიათი და კხედიგოხის სუხვიდი მიიღოს მაქსიმადუხი სახგებედი დაეებუდი ხედშეკხულებიდან“<sup>27</sup> ხოლო თბილისის სააპელაციო სასამართლოს განმარტებით, ამორალური გარიგება „ეწი-

ნააღმდეგება სოციალუხი სამახთდიანობის პიხინციპს, ხედშეკხულები მხახეს აყენებს შეუსაბამოდ ხთუდ მდგომარეობაში“<sup>28</sup> ზემოთ ჩამოყალიბებული მსჯელობა კიდევ ერთი დასტურია იმისა, თუ რა პრობლემების მატარებელია ზნეობის არაკონკრეტიზებული ხასიათი სსკ-ის 54-ე მუხლში.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში განმარტების საჭიროების მქონე ნორმის განმტკიცება, 54-ე მუხლის სახით, არღვევს „სამართლებრივი უსაფრთხოების“ პრინციპს, რომელიც გულისხმობს შემდეგს: ინდივიდმა წინასწარ უნდა იცოდეს, თუ რას მოითხოვს მისგან სამართალი. როგორ უნდა მოიქცეს იმისათვის, რომ შეასრულოს სამართლის დანაწესი. ლოგიკურია ადამიანმა არ იცოდეს ის, თუ როგორ განიმარტება მოსამართლის მხრიდან სიტყვა ზნეობა და, შესაბამისად, რა იქნება მიჩნეული უზნეობად. ამავედროულად, თითოეულ ადამიანს აქვს ინდივიდუალური მეტყველება, შესაბამისად, მოსამართლეთა განმარტებას ექნება ინდივიდუალური/განსხვავებული სახე, რაც ასევე ხელის შემშლელ ფაქტორს წარმოადგენს ნორმის შინაარსის შეცნობის კუთხით.

შესაბამისად, სამართლიანობის ფარგლებს გადაცილებულად უნდა ჩაითვალოს კერძო სამართლის სუბიექტებისთვის ისეთი ნორმის დადგენა, რომლის ნორმატიული ხასიათის გაგება ზუსტთან მიახლოვებულადაც შეუძლებელია. სამოქალაქო კოდექსის და, აქედან გამომდინარე, 54-ე მუხლის საჯაროობის მიზანი პრევენციია იმ შედეგებისა, რაც ზნეობის წინააღმდეგ დადებულ გარიგებას მოჰყვება, თუმცა ამ ფუნქციას წარმატებულად ვერ შეასრულებს ნორმა, რომლის შინაარსიც ბუნდოვანია არა მხოლოდ კონტრაქტებისთვის, არამედ მოსამართლეებისთვისაც კი.

27 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2013 წლის 5 თებერვლის № 2/13966–12 გადაწყვეტილება.

28 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2013 წლის 6 თებერვლის № 2ბ/4123–12 გადაწყვეტილება.

### 5.3. განმარტება, როგორც არჩევანი სამართლებრივ ფასეულობებს შორის

იურიდიულ ლიტერატურაში, ამორალურობის საზომი შესაძლოა სხვადასხვა რამ იყოს. მაგალითად, ბუნებითი სამართლის წარმომადგენლებისთვის შესრულებისა და საპასუხო შესრულების არაეკვივალენტურობაა ამორალურობის კრიტერიუმად მიჩნეული.<sup>29</sup> მხარეთა ვალდებულებების დისპროპორციულობა მრავალ ქვეყანაში ამორალურობის გამო გარიგების ბათილობის საფუძველია, რადგან ისინი, უმეტეს შემთხვევაში, დადებულია ერთ-ერთი მხარის გონივრული განსჯის უნარობით, მძიმე მდგომარეობით, ნების მნიშვნელოვანი სისუსტით და სხვა. საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ამ საკითხთან დაკავშირებით არ გაითვალისწინა სააპელაციო სასამართლოს დასკვნა, რომ „საკმახისია, აჩსებობდეს დისპროპორციული ხედვების მხახეების მიერ ნაკისვი ვადებულებათა შორის“, რათა გარიგება ჩაითვალოს ამორალურად, რადგან უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ეს ხელს შეუშლიდა სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობასა და ნორმალურ განვითარებას.<sup>30</sup> საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ამ განმარტებით მართლმსაჯულება არათუ უახლოვდება და ემსახურება, არამედ სცილდება ადამიანს, საზოგადოებაში არსებულ რეალობას, რადგან რა უნდა იყოს იმაზე მეტი უზნეობა, თუ არა ვინმეს გონივრული განსჯის უნარობით, მძიმე მდგომარეობით სარგებლობა (რადგანაც მხოლოდ ასეთ მდგომარეობაში მყოფ ადამიანთან შეიძლება დადო ისეთი გარიგება, რომლითაც მას ობიექტურად დისპროპორციულ ვალდებულებას დააკის-

რებს, მისი ნები სისუსტის მიუხედავად) და სასურველი შედეგების მომტანი გარიგების დადება? გერმანული სამოქალაქო კოდექსის 138-ე მუხლის მე-2 ნაწილი პირდაპირ მიუთითებს: „*კეიძოდ, ბათილია გაჩივება, რომლითაც პიხი სხვა პიხის მძიმე მდგომარეობით, გამოუცდებობით, გონივრული განსჯის უუნარობით ან ნების მნიშვნელოვანი სისუსტით აიძულებს ამ უკანასკნელს ვადებულების შესრულების მოქმედების სანაცვლოდ მისადმი ან მესამე პიხისადმი ქონებრივი სახგებდის შეპიხებას ან შესრულებას, რომელიც აშკაად აჩაპროპოჩიურია ვადებულების შესრულებისა*“. გამოდის, რომ საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ არ გაითვალისწინა გერმანული კერძო სამართლის გამოცდილება მოცემულ საკითხში. უარყოფით ფაქტს არ წარმოადგენს ის, რომ გერმანული სამოქალაქო კოდექსის რომელიმე ნორმის შინაარსი არ იქნას გაზიარებული ქართული სამართალწარმოების პროცესში, თუმცა ნეგატიურია ის, რომ სასამართლომ ლეგიტიმურად მიიჩნია სხვისი სისუსტით სარგებლობის მოტანა გარიგების საშუალებით. და რა ვალდებულება აქვს სასამართლოს, გარდა იმისა, რომ თითოეული მოქალაქე დაიცვას ნეგატიური სამართლებრივი შედეგებისგან, მით უმეტეს, რომ ეს სუსტი მხარის შეუცნობლად (უუნარობის გამო) მოხდა? ამ შემთხვევაში, სასამართლო უნდა ითვალისწინებდეს – გარიგება „სუსტი მხარის“ ნების მნიშვნელოვანი სისუსტით დაიდო თუ არა. თუ კონტრაქტმა ნათლად გამოხატა ნება, რომელსაც არანაირი სისუსტე არ გააჩნდა და თან არ იკვეთება სხვა მიზეზები, რომლებიც ერთ-ერთი მხარის მხრიდან მეორე მხარის სისუსტით ბოროტად სარგებლობაზე მიუთითებს, რაც ნამდვილად საზოგადოდ ამორალურია, დისპროპორციულობა მართლაც არ უნდა გახდეს უზნეობის კრიტერიუმი და შესაბამისად, გარიგების ბათილობის საფუძველი. სხვა შემთხვევებში, მოსამართლე ერთგვარად განწირულ მდგომარეობაში ტოვებს კერძო სამართლის სუბიექტს. სასამართლო პრაქტიკა იმ მიმართულებით უნდა წარიმართოს, რომ ადამიანი, როგორც სამართალშემოქმედების მიზანი, იყოს უპი-

29 ღვინაშვილი გ., იძულებით დადებული გარიგება სასამართლო პრაქტიკაში და მისი გამოიჯვანა ამორალური გარიგებისგან, თბილისი, 2019, გვ. 59. სამაგისტრო ნაშრომი, ხელმისაწვდომია <<https://openscience.ge/bitstream/1/1028/1/samagistro%20gviniashvili.pdf>>

30 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 2 მარტის № ას-664-635-2016 გადაწყვეტილება.

რატესი ყველა სხვა ფასეულობის მიმართ. განმარტება, რომ ხელშეკრულების მხარეებს შორის ვალდებულებათა აშკარა დისპროპორციისას გარიგების გაბათილება ხელს შეუშლის სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობას, იმაზე მეტყველებს, რომ ფასეულობას, როგორც სამოქალაქო ბრუნვას, კერძო სამართლის სუბიექტზე მეტი მნიშვნელობა აქვს. ასეთი პრეცედენტის დამკვიდრება ქართულ სამართალში, მით უმეტეს, უზენაესი სასამართლოს მიერ, უარყოფითად უნდა ჩაითვალოს, რადგან კონტრაქტის (რომლის კეთილდღეობის მიზნითაც განმტკიცდა სსკ-ის 54-ე მუხლში ზნეობა) გამოყვანა მისი გონივრული განსჯის უზნარობის სარგებლობით დამდგარი მძიმე მდგომარეობიდან მეტად სამართლიანი საქციელია, ვიდრე სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობის უზრუნველსაყოფად მისი გაწირვა, მძიმე მდგომარეობაში დატოვება, რაც მეორე მხარის დასაძრახი საქციელით არის გამოწვეული. ზნეობის ნორმის გამოყენებით გარიგების ბათილობა უნდა მოხდეს მაშინ, როცა ეს სამოქალაქო სამართლის სუბიექტს სჭირდება და არა მაშინ, როცა სამართალწარმოებას აწყობს ასე.

## 6. გადახვევა საყოველთაოდ მიღებული მორალის ნორმებიდან

მაშინ, როდესაც საუბარია ზნეობის საწინააღმდეგო გარიგებებზე, უნდა გავითვალისწინოთ შემდეგი: „ამოხადუხი გაჩიგება შეიძლება დახავედეს ხოგოხც ცადკეუდი პიხის, ისე სახედმწიფოს ინგეხესებსაც“.<sup>31</sup> სასამართლო პრაქტიკაში ვხვდებით შემთხვევებს, როცა თავად სახელმწიფოსა და კერძო სამართლის სუბიექტს შორის დადებული გარიგებაა ამორალური, ე.ი. სახელმწიფო თავად თანხმდება ზნეობის საწინააღმდეგო გარიგების დადებაზე. სასამართლო პრაქტიკიდან ნათლად ჩანს, რომ სამართალ-

ურთიერთობის საფუძველი მორალურად ყოველთვის გამართლებული უნდა იყოს. ეს პრინციპი განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს მაშინ, როცა მხარეებს შორის ნდობის და კეთილსინდისიერების სტანდარტი მაღალია, ხოლო საკასაციო სასამართლოს განმარტებით, ყველა იმ ურთიერთობაში, სადაც ერთ-ერთ მხარეს სახელმწიფო წარმოადგენს ნდობის ხარისხი საკმაოდ მაღალია.<sup>32</sup> ეს იმითაა განპირობებული, რომ სახელმწიფო ერთგვარ ძლიერ მხარეს წარმოადგენს გარიგებაში და გარიგების მეორე მხარე იძულებულია, რომ სახელმწიფოს ნდობასა და კეთილსინდისიერებაზე იყოს დამოკიდებული. როდესაც საუბარია გარიგებაზე, რომელიც ითვლება ამორალურად და არის დადებული სახელმწიფოსა და ფიზიკურ თუ იურიდიულ პირს შორის, უნდა გვახსოვდეს, რომ გარკვეულ კონტრაქტთა შორის დადებული გარიგების ზნეობრიობის შესამოწმებლად გათვალისწინებულ უნდა იქნეს არა მხოლოდ საყოველთაო (კონკრეტულ საზოგადოებაში დამკვიდრებული) ზნეობის ნორმები, არამედ ის კონკრეტული მორალური კანონებიც, რომლებიც, კონტრაქტის სტატუსიდან გამომდინარე, ჯდება მის ეტიკაში. მაგალითად, სასამართლოს განმარტებით: ჩუქება, როგორც სახელმწიფო ორგანოს მიმართ გამოხატული „მადლიერება“, ამორალურობის საფუძველით ბათილია,<sup>33</sup> ე.ი., კონკრეტულ სფეროში, შედარებით ვიწრო საზოგადოებაშიც შესაძლოა არსებობდეს მორალური წესები, რომლებიც არ ეწინააღმდეგება „საყოველთაოდ მიღებულ ქცევის სტანდარტს“, მაგრამ მაინც შეიძლება გახდეს გარიგების ბათილობის საფუძველი, იქიდან გამომდინარე, რომ იგი არ შეესაბამება კონკრეტულ სოციალურ წრეში მიღებულ ეტიკას. ამ შემთხვევაში, ჩუქება არ ეწინააღმდეგება საყოველთაოდ არსებულ მორალურ კანონებს და პირიქით, მოსაწონს საქციელადაცაა მიჩნეული, თუმცა სახელმწიფოსთან ასეთი

31 ჯორბენაძე ს., შევდომა გარიგებაში, პარალელი სხვა სამართლებრივ ინსტიტუტებთან, სამართლის ჟურნალი, II, 2011, გვ. 206.

32 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 2 აგვისტოს № ას-33-33-2018 განჩინება.  
33 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2014 წლის 15 აპრილის № 2ბ/4686-13 განჩინება.

ქმედების განხორციელება განხილულია, როგორც ამორალური. კონკრეტულ ურთიერთობაში ჩამოყალიბებული მორალის წინ დაყენება საზოგადოდ არსებულ მორალთან შედარებით, თუნდაც ისინი ეწინააღმდეგებოდეს ერთმანეთს, ნამდვილად სწორი გადაწყვეტაა, რადგან წინააღმდეგ შემთხვევაში, თავიდან აცილებული ვერ იქნება სამართლებრივი ინტერესების დარღვევა, მით უმეტეს, რომ გარიგება ზნეობის საწინააღმდეგოდ უნდა ჩაითვალოს მაშინ, როცა აღნიშნული სამართლებრივად მნიშვნელოვანია და გარიგებით დარღვეულია მნიშვნელოვანი სამართლებრივი ინტერესები.<sup>34</sup> ამრიგად, საყოველთაოდ მიღებული მორალური კანონების გამოყენება გარკვეულ სამართლებრივ ურთიერთობებში მიუღებელია და იწვევს საქმის არასწორ გადაწყვეტას. ამავდროულად, გარიგების ამორალურობა დამოკიდებულია სუბიექტთა სტატუსზე, მათ შორის არსებულ ურთიერთობაზე. მაგალითად, თუ მოსწავლის სტატუსის მქონე პირი აჩუქებს სკოლის მასწავლებელს საჩუქარს, ეს „მოსამახთრემ შეიძლება ანტიზნეობივად ჩათვალოს ახა იმიტომ, რომ საჩუქჩის მიხთმევაა საზოგადოდ ამოხადუხი, ახამედ იმიტომ, რომ პედაგოგის ეთიკა თვრის ამას დაუშვებდა“.<sup>35</sup> შესაბამისად, პირს ყოველთვის ვერ ექნება მოლოდინი, რომ მისი სამართლებრივი ურთიერთობის ბედი საყოველთაოდ მიღებული მორალური წესებით წარმართება. ეს მას მეტი წინდახედულობის საჭიროებას უქმნის და კონტრაქტთა ურთიერთობის ბედს მეტად მერყევს ხდის. კონკრეტულ სფეროში ერთ პირს რომ მეორის გულწრფელად გახარება სურდეს, თუნდაც მოსწავლეს მასწავლებლის საჩუქრით, ყოველთვის უნდა ჰქონდეს მოლოდინი, რომ პატიოსან განზრახვის შედეგს ზნეობის ნორმები საფრთხეს უქმნიან.

34 ზარანდია თ./ჯუღელი თ., ზნეობრივი ვალდებულებანი სამოქალაქო სამართალში, მართლმსაჯულება და კანონი, IV, 2006, გვ. 77.

35 ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, გვ. 355.

## დასკვნა

წინამდებარე ნაშრომში არსებული მსჯელობიდან შეიძლება რამდენიმე დასკვნის გამოტანა:

ა) ზნეობის გამოყენება გარიგების ნამდვილობის საზომად მრავალსაუკუნოვანი ისტორიას ითვლის, გამომდინარე იქიდან, რომ ჯერ კიდევ რომის იმპერიაში თანამშრომლობდნენ სამართალი და მორალური ნორმები ამ კუთხით;

ბ) მნიშვნელოვანია ზნეობის ცნებისა და მახასიათებლების მაღალ დონეზე ცოდნა, რათა კონკრეტულ საქმეში მოსამართლემ გარიგების მხარე დაიხსნას ვალდებულებისგან, რომელიც გადაცილებულია ზნეობის ფარგლებს;

გ) ზნეობის ნორმები და სამართალი მნიშვნელოვან კავშირს ქმნიან, ავსებენ და აღმოფხვრიან ერთმანეთის სისუსტეებს;

დ) ზნეობა არის შინაგანი. ასე რომ, მორალური ნორმები პირს ავალდებულებს შიგნიდან;

ე) უამრავ სიკეთესთან ერთად, მორალური ნორმების აბსტრაქტულმა ხასიათმა ნეგატიური შედეგებიც მოიტანა;

ვ) ერთ-ერთი ნეგატიური ფაქტი ნების ავტონომიის გადამეტებული ხელყოფაა, ამიტომ სამართალწარმოება იმ მიმართულებით უნდა განვითარდეს, რომ თუ გარიგების მხარეებს არ აქვთ პრობლემა მორალური წესების საწინააღმდეგოდ დადებული გარიგების შედეგებთან დაკავშირებით და ეს შეთანხმება ზიანს არ აყენებს სხვა მესამე პირებს, საზოგადოებაში დამკვიდრებულმა შეხედულებამ (ზნეობის წესები) გავლენა არ იქონიოს პირთა კერძო ავტონომიით დადებულ გარიგებათა სამართლებრივ ბედზე;

ზ) ნორმის აბსტრაქტული ხასიათიდან გამომდინარე, ასევე, მოსამართლეთა სიმრავლის გამო, რომლებიც განსხვავებულ განმარტებებს იძლევიან, რთულია პირმა წინასწარ განსაზღვროს თუ რომელი მათგანის განმარტება უნდა გაითვალისწინოს ზნეობის შესახებ;

თ) მნიშვნელოვანია, სამართალმა პირი,

რომლის გონივრული განსჯის უუნარობითაც ამორალურად ისარგებლა კონტრაქტმა, სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობის ხარჯზე არ დატოვოს მძიმე მდგომარეობაში და ბოლოს;

ი) სასამართლო პრაქტიკიდან ირკვევა, რომ მორალის განმარტება – „საყოველთაოდ აღიარებული ქცევის სტანდარტი“ (კონკრეტულ საზოგადოებაში დადგენილი ზნეობრივი წესები) ყოველთვის არ არის გამოყენებადი და მისი უარყოფა მოსამართლეს შეუძლია კონკრეტულ სუბიექტთა შორის ურთიერთობაში, რაც იმას ნიშნავს, რომ პირს კონკრეტულ სიტუაციაში არ შეუძლია იმოქმედოს იმ მოსაწონი ამორალური წესებით, რაც საზოგადოდ არის აღიარებული. ეს წესი უარყოფითად ზღუდავს პირს თავისუფალ არჩევანში.

ამრიგად, საბოლოო დასკვნის სახით უნდა აღინიშნოს შემდეგი: მორალური ნორმების განმტკიცებამ სსკ-ის 54-ე მუხლში კერძო სამართლის სუბიექტებს შეუქმნა იმის გარანტია, რომ მათ არ მოუწევთ ამორალურ-

რი ვალდებულების შესრულება, თუმცა ამ ნორმამ თავისი ნეგატიური შედეგები მოიტანა სამართლებრივ ურთიერთობებში. აქედან გამომდინარე, შეფასების საგანია, ღირს თუ არა მოტანილი სიკეთეები ყოველივე უარყოფითის ფასად. პოზიტიურად შეფასდებოდა ის, თუ კანონმდებელი გაითვალისწინებდა სასამართლო განმარტებებს და გარკვეული დონის რეგლამენტაციას მოახდენდა იმ თავისებურებებისა, რომლითაც ხასიათდება მორალი. მაგალითად. იმის, რომ კონკრეტული სტატუსის მქონე პირთა ურთიერთობებში უპირატესობით სარგებლობს მათ შორის დამკვიდრებული სპეციფიკური მორალური/ეთიკური ნორმები, ვიდრე საზოგადოდ აღიარებული მორალი. ამით მეტად მყარი საფუძველი შექმნება სამართლის სუბიექტთა სამომავლო გარიგებებს და მორალის თავისებურებებიც მეტად გამოკვეთილი იქნებოდა თითოეული პირისთვის.

## RESTRICTION OF THE FREEDOM OF WILL OF INDIVIDUALS BY MORAL NORMS

**Giorgi Kveliashvili**

*3<sup>rd</sup> Year Student of the Bachelor's Program in Law at the Faculty of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University*

**KEYWORDS:** Morality, Autonomy of the will of persons, Problems

### ABSTRACT

moral norms date back centuries. In a specific time and space, morality took a higher place than codified legal norms. The development of law has led to the fact that today codified acts have a predominant place in legal proceedings, although due to the important place of moral

rules in society, the legislator did not deny its importance in the Civil Code of Georgia.

On the one hand, taking into account the role of morality in society and reinforcing its importance with the Civil Code is a positive fact, however, on the other hand, it is important to assess how correct it is to reinforce it in its current form, as well as how much power it gives the court in order to limit the fate of transactions concluded within the autonomy of the will of individuals.

While the consideration of moral rules should respond to the demands of society,

its abstract and unclear content creates the possibility of excessively restricting the freedom of individuals when concluding a contract with the norms of morality unknown to a person. By discussing the selected issue, it becomes possible to analyze and evaluate the challenges and problems in Georgian litigation. The question to be discussed is: is the strengthening of morality a positive factor, or it can negatively affect the fate of the deals made by the autonomy of the will of individuals and limit their freedom.

### ბიბლიოგრაფია:

#### სამართლებრივი აქტები:

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 1997.
2. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, 1900.
3. საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის სამოქალაქო სამართლის კოდექსი, 1964.
4. „ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის“ კონვენცია, 1950.

#### სამეცნიერო ლიტერატურა:

1. გოგელია გ., (2005). *სამართალი, ავტორიტეტი და მოხარე თანამედროვე სამართლებრივ პოზიტივიზმში*, ადამიანი და კონსტიტუცია, IV.
2. ზარანდია თ./ჯუგელი თ., (2006). *ზნეობრივი ვადებულებანი სამოქალაქო სამართალში, მართლმსაჯულება და კანონი*, IV.
3. ზოიძე ბ., (2005). *ევროპული კვიძო სამართლის ხეცეპცია საქართველოში*, თბილისი.
4. ზოიძე ბ., (2013). *სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემეცნების ცდა უპიხატესად ადამიანის უფლებათა ქიღში*, თბილისი.
5. კროპოლერი ი., (2014). *გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, დარჯანია თ., ქეჭელაშვილი ზ. (მთარგმ.), ჩაჩანიძე ე., დარჯანია თ., თოთლაძე ლ. (რედ.), მე-13 გამოც.*, თბილისი;
6. მეტრეველი ვ., (2009). *რომის სამართალი (საფუძვლები)*, თბილისი.
7. ღვინაშვილი გ., (2019). *იძულებით დადებული გახიგება სასამართლო პრაქტიკაში და მისი გამიჯვნა ამოხადუხი გახიგებების-*

### BIBLIOGRAPHY:

#### Normative Materials:

1. Civil Code of Georgia, 1997.
2. German Civil Code, 1900.
3. Civil Law Code of the Soviet Socialist Republic of Georgia, 1964.
4. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950.

#### Scientific Literature:

1. Gogelia G., (2005). Law, Authority and Morality in Modern Legal Positivism, Man and the Constitution, IV.
2. Zarandia T./Jugeli T., (2006). Moral Obligations in Civil Law, Justice and Law, IV.
3. Zoidze B., (2005). Reception of European private law in Georgia, Tbilisi.
4. Zoidze B., (2013). An attempt to know the practical existence of law mainly from the perspective of human rights, Tbilisi.
5. Cropholer I., (2014). German Civil Code, Darjania T., Chechelashvili Z. (Translator), Chachanidze E., Darjania T., Totladze L. (ed.), 13th edition, Tbilisi.
6. Metreveli V., (2009). Roman law (fundamentals), Tbilisi.
7. Ghvinashvili G., (2019). Forced transaction in judicial practice and its separation from immoral transactions, Tbilisi, master's thesis, available <<https://openscience.ge/bitstream/1/1028/1/samagistro%20gviniashvili.pdf>>
8. Chanturia L., (2011). General part of civil law, Tbilisi.
9. Chanturia L., (2017). Commentary on the Civil



გან, თბილისი, სამაგისტრო ნაშრომი, ხელმისაწვდომია <<https://openscience.ge/bitstream/1/1028/1/samagistro%20gviniashvili.pdf>>

8. ჭანტურია ლ., (2011). *სამოქალაქო სამა- ხთვის ზოგადი ნაწილი*, თბილისი.
9. ჭანტურია ლ., (2017). *სამოქალაქო კოდექ- სის კომენტარები, წიგნი I, სამოქალაქო კო- დექსის ზოგადი დებულებები*, თბილისი.
10. ხუბუა გ., (2015). *სამაჩთვის თეო- ჰია*, თბილისი.
11. ჯორბენაძე ს., ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., ჭანტურია ლ., (2002). *საქართვე- დოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები*, წიგნი პირველი, თბილისი.
12. ჯორბენაძე ს., (2011). *შეცდომა გაჩივებაში, პაჩაიძის სხვა სამაჩთვის ინსტიტუ- ტებთან*, სამართლის ჟურნალი, II.
13. ჯორბენაძე ს., (2016). *ხელშეკრულების თა- ვისუფლების ფაჩვები სამოქალაქო სა- მაჩთვის*, თბილისი, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკა- დემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ხე- ლმისაწვდომია <[http://press.tsu.ge/data/ image\\_db\\_innova/disertaciebi\\_samartali/ sergi\\_jorbenadze.pdf](http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/sergi_jorbenadze.pdf)>.
14. Moka-Mubelo W., (2015). *Reconciling Law and Horality in human Rights Discourse: Beyond the Habermasian Account of Human Rights*, a dissertation, Bosston College.
15. Raz J., (2003). *about Morality and the Na- ture of Law*, the American Journal of Juris- prudence, I.

**სასამართლო გადაწყვეტილებები:**

1. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2013 წლის 5 თებერვლის № 2/13966-12 გადა- ნყვეტილება.
2. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2013 წლის 6 თებერვლის № 2ბ/4123-12 გა- დანყვეტილება.
3. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2014 წლის 15 აპრილის № 2ბ/4686-13 განჩინება.
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 01 მარტის № ას-15-15-2016 განჩინება.
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 2 მარტის № ას-664-635-2016 გადაწყვეტილება.
6. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 2 აგვისტოს № ას-33-33-2018 განჩინება.

Code, Book I, General Provisions of the Civil Code, Tbilisi.

10. Khubua G., (2015). *Theory of Law*, Tbilisi.
11. Zorbenadze S., Akhvlediani Z., Zoidze B., Ninidze T., Chanturia L., (2002). *Commentary on the Civil Code of Georgia, book one*, Tbilisi.
12. Zorbenadze S., (2011). *Error in Bargaining, Parallel to Other Legal Institutions*, Law Journal, II.
13. Zorbenadze S., (2016). *The Scope of Freedom of Contract in Civil Law*, Tbilisi, Dissertation for the Academic Degree of Doctor of Laws, available at <[http://press.tsu.ge/data/im- age\\_db\\_innova/disertaciebi\\_samartali/ser- gi\\_jorbenadze.pdf](http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/sergi_jorbenadze.pdf)>
14. Moka-Mubelo W., (2015). *Reconciling Law and Horality in human Rights Discourse: Beyond the Habermasian Account of Human Rights*, a dissertation, Bosston College.
15. Raz J., (2003). *about Morality and the Na- ture of Law*, the American Journal of Juris- prudence, I.

**Court Decisions:**

1. Decision No. 2/13966-12 of Tbilisi City Court of February 5, 2013.
2. Decision No. 2b/4123-12 of the Tbilisi Court of Appeal dated February 6, 2013.
3. Judgment No. 2b/4686-13 of the Tbilisi Court of Appeal dated April 15, 2014.
4. Ruling of the Supreme Court of Georgia dat- ed March 01, 2016 No. AS-15-15-2016.
5. Decision No. As-664-635-2016 of the Supreme Court of Georgia dated March 2, 2017.
6. Ruling of the Supreme Court of Georgia dat- ed August 2, 2019 No. AS-33-33-2018.

**Notes:**

1. Metreveli V., (2009). Roman law (fundamentals), Tbilisi, p. 72.
2. Chanturia L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, p. 354.
3. Ibid., p. 354.
4. Khubua G., (2015). Theory of Law, Tbilisi, p. 79.
5. Chanturia L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, p. 356–357.
6. Khubua G., (2015). Theory of Law, Tbilisi, p. 79.
7. Cropholler I., (2014). German Civil Code, educational commentary, Tbilisi, p. 63.
8. Moka-Mubelo W., (2015). Reconciling Law and Orality in Human Rights Discourse: Beyond the Habermasian Account of Human Rights, a dissertation, Boston College, p.130.
9. Khubua G., (2015). Theory of Law, Tbilisi, p. 78.
10. Raz J., (2003). About Morality and the Nature of Law, The American Journal of Jurisprudence, I, p. 1.
11. Gogelia G., (2005). Law, Authority and Morality in Modern Legal Positivism, Man and the Constitution, IV, p. 89.
12. Zoidze B., (2005). Reception of European private law in Georgia, Tbilisi, p. 214.
13. Ibid., 215.
14. Ghvinashvili G., (2019). Forced transaction in court practice and its separation from immoral transactions, Tbilisi, p. 56. Master thesis, available at <<https://openscience.ge/bitstream/1/1028/1/samagistro%20gviniashvili.pdf>>
15. Zoidze B., (2013). An attempt to recognize the practical existence of law mainly from the point of view of human rights, Essays, Tbilisi, p. 23.
16. Ibid., p. 204.
17. Zorbenadze S., Akhvlediani Z., Zoidze B., Ninidze T., Chanturia L., (2002). Commentary on the Civil Code of Georgia, book one, Tbilisi, p. 177.
18. Ibid., p. 181.
19. Ibid., p. 322.
20. Chanturia L., (2017). Commentary on the Civil Code, Book I, General Provisions of the Civil Code, Tbilisi, p. 312.
21. Ibid., p. 66.
22. Chanturia L., (2011). General part of civil law, Tbilisi, p. 354.
23. Ibid., p. 321.
24. Zorbenadze S., (2016). Scope of freedom of contract in civil law, Tbilisi, p. 96. Dissertation for the academic degree of Doctor of Laws, available at <[http://press.tsu.ge/data/image\\_db\\_innova/disertacie-bi\\_samartali/sergi\\_jorbenadze.pdf](http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertacie-bi_samartali/sergi_jorbenadze.pdf)>
25. Ruling of the Supreme Court of Georgia of March 01, 2016 No. AS-15-15-2016.
26. Cropholler I., (2014). German Civil Code, Darjania T., Chechelashvili Z. (Translator), Chachanidze E., Totladze L. (ed.), 13th edition, Tbilisi, p. 63.
27. Decision No. 2/13966-12 of Tbilisi City Court of February 5, 2013.
28. Decision No. 2b/4123-12 of the Tbilisi Court of Appeal dated February 6, 2013.
29. Ghvinashvili G., Forced transaction in court practice and its separation from immoral transaction, Tbilisi, 2019, p. 59. Master thesis,

- available at <<https://openscience.ge/bitstream/1/1028/1/samagistro%20gviniashvili.pdf>>
30. Ruling of the Supreme Court of Georgia dated March 2, 2017 No. AS-664-635-2016.
  31. Zorbenadze S., Error in the transaction, parallel to other legal institutions, *Journal of Law*, II, 2011, p. 206.
  32. Ruling of the Supreme Court of Georgia dated August 2, 2019 No. AS-33-33-2018.
  33. Judgment of Tbilisi Court of Appeal No. 2b/4686-13 of April 15, 2014.
  34. Zarandia T./Jugeli T., *Moral Obligations in Civil Law*, Justice and Law, IV, 2006, p. 77.
  35. Chanturia L., *General part of civil law*, Tbilisi, 2011, p. 355.

# მოვალე საზოგადოების მართვასა და წარმომადგენლობაზე უფლებამოსილი პირი რეაბილიტაციის რეჟიმში

## მერი კეთილაძე

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის დოქტორანტი,  
ამავე უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი

**საკვანძო სიტყვები:** ვალაუვალობა, რეაბილიტაციის რეჟიმი,  
დირექტორი

## აბსტრაქტი

სამეწარმეო საქმიანობაში უფლებები და მოვალეობები, რომლებიც დირექტორს აკისრია, „მეწარმეთა შესახებ“ საქართველოს კანონის როგორც 1994 წლის, ისე 2021 წლის რედაქციით წესრიგდება. მასზე დაკისრებული უფლებამოსილებები, სამეწარმეო საზოგადოების ხელმძღვანელობასა და წარმომადგენლობას გულისხმობს. დირექტორის სამართალურთიერთობები ხშირად სამეწარმეო სამართლის ფარგლებს სცდება. შესაბამისად, მის მიმართ სამართლის სხვა დარგით დადგენილი უფლებები და მოვალეობები ვრცელდება. ერთ-ერთია ვალაუვალობის სამართალი, რომელიც ითვალისწინებს დირექტორის ისეთ რეჟიმში ჩართულობას, როგორცაა რეაბილიტაციის რეჟიმი. დირექტორის როლი, ნაშრომში, სწორედ ვალაუვალობის სამართლის რეგულირების, რეაბილიტაციის რეჟიმის ფარგლებშია განხილული, რომელსაც ვალაუვალობის კანონი აწესრიგებს. იმპერატიულად დადგენილ ქმედებაზე რეაგირების გარდა, კანონი დირექტორს აკისრებს შესაფასებელი და წინასწარ განსაჭვრეტი გარემოე-

ბების შეფასებასა და მასზე სათანადო ქმედების განხორციელებას. თემა აქტუალური და საინტერესოა, რადგანაც დირექტორის მიმართ სამოქალაქო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის გარდა, შესაძლოა სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობაც კი დადგეს.

იმისათვის, რომ სტატიით გათვალისწინებული თემა სათანადოდ განხილულიყო, ერთმანეთთან შედარებულია გადახდისუნარობის საქმის წარმოებისა და რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონები. ნაშრომში გამოყენებულია საქართველოს საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებები/განჩინებები, რათა ნათელი ყოფილიყო სასამართლოს პოზიცია საკითხთან დაკავშირებით. ამასთან, გარკვეულ შემთხვევებში, სტატიაში შედარებისთვის მოყვანილია სხვადასხვა ქვეყნის სამართლის ნორმები და უცხოენოვანი ლიტერატურა.

### შესავალი

ვალაუვალობის სამართალში, რეაბილიტაციის რეჟიმს უდიდესი მნიშვნელობა აქვს. ხოლო დირექტორი აქ ერთ-ერთ ძირითად აქტორად გვევლინება. მოცემული სტატია საინტერესოა და სიახლეს წარმოადგენს იმ თვალსაზრისით, რომ მასში განხილულია, დირექტორის სამართლებრივი მდგომარეობა ვალაუვალობის დარგის ქრილში. გარდა ამისა, არ არსებობს სათანადო და საკმარისი კვლევები მოცემულ თემასთან დაკავშირებით. იმისათვის, რომ ნაშრომი სათანადო სტანდარტის ყოფილიყო, მასში გამოყენებულია ისეთი კვლევის სახეები, როგორებიცაა: ისტორიული კვლევის, შედარებითი, ნარატიული, აღწერილობითი მეთოდები და სხვ.

**საკვლევი თემის მიზანია** ვალაუვალობის დარგში დირექტორის მიმართ დადგენილი საკანონმდებლო ჩარჩოს შესწავლა.

**კვლევის საგანია** ვალაუვალობის ქართული კანონმდებლობის მოქმედი და წინამორბედი, მენარმეთა შესახებ არსებული

და ძველი რედაქციების კანონების შესწავლა, რომელთა ქრილში ექცევა დირექტორის ინსტიტუტი.

**კვლევის ობიექტია** დირექტორის უფლება-მოვალეობების შესწავლა ქართული და უცხო ქვეყნის შედარებითი ანალიზის საფუძველზე.

ვალაუვალობის დარგი დღითი დღე აქტუალური ხდება. ხოლო, გაკოტრების რეჟიმთან შედარებით, რეაბილიტაციის რეჟიმი, რომელთა დაწყების საფუძვლები კანონითაა დადგენილი. კერძოდ, რეაბილიტაციის რეჟიმის დაწყების საფუძვლად მოვალის გადახდისუნარობა/მოსალოდნელი გადახდისუნარობა<sup>1</sup> მიიჩნევა. კანონის თანახმად, მოვალე გადახდისუნაროა, თუ იგი ვერ ფარავს ვადამოსულ ვალდებულებებს.<sup>2</sup> რაც შეეხება მოსალოდნელ გადახდისუნარობას, მასთან დაკავშირებით პირდაპირ დადგენილი განმარტება არ არსებობს. მასში არ იგულისხმება კონკრეტული შემთხვევა ვალდებულების შეუსრულებლობისა. აქ ივარაუდება მომავალში მოსალოდნელი ფაქტი, რომელიც შესაძლოა იქცეს ან არ იქცეს რეალობად. გადახდისუნარობის პროგნოზი არ ეხება დროის რომელიმე მყარად განსაზღვრულ მონაკვეთს, არამედ „უახლოეს მომავალს“, რა დროშიც დირექტორს შეუძლია მომავალი განვითარების განჭვრეტა,<sup>3</sup> ხოლო განჭვრეტისათვის აუცილებელია სათანადო, გონივრული გადაწყვეტილების მიღება. ლიტერატურაში მიიჩნევა, რომ თუკი საზოგადოებას სათანადო ზომის მიღებით გადახდისუნარობის თავიდან აცილება ძალუძს, იმთავითვე იგულისხმება, რომ მას გადახდისუნარობა არ ემუქრება.<sup>4</sup>

*„მოსადოდნელი გადახდისუნარობა, ეხთგვახოვანი განმახტების ახახსებობის პიხოებში, ყოვედ კონკხეგუდ შემთხვევაში შესაფასებელი კატეგოხიაა და მისაღებია გა-*

1 რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, მუხლი 6.1.  
2 რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, მუხლი 7.1.  
3 Braun B., (2010). (Hrsg.), InsO Kommentar, 4. Aufl. § 18, Rn.7-8.  
4 ჯუღელი გ., (2010). კაპიტალის დაცვა სააქციო საზოგადოებაში, თბილისი. გვ.271.

დაწყვეტილება, ხა ეტაპიდან აჩის შესაძლებელი საწახმოს მიჩნევა „მოსადგენელ გადახდისუნარიანობაში“ მოყოფ სუბიექტად.<sup>5</sup> საწარმოს მოსალოდნელი გადახდისუნარიანობის წინაშე ყოფნა, უპირველეს ყოვლისა, შემჩნეულ უნდა იქნას დირექტორის მიერ, რომელსაც, მენარმეთა შესახებ კანონით, იმპერატიული ვალდებულება გააჩნია, განაცხადოს სამენარმეო საზოგადოების გადახდისუნარიანობის საშიშროების წინაშე ყოფნაზე.<sup>6</sup> იმისათვის, რომ დირექტორმა დაუყოვნებლივ შეამჩნიოს საწარმოს მოსალოდნელი ფინანსური პრობლემა, მენეჯერიალიზმის პრინციპით უნდა ხელმძღვანელობდეს და ყოველდღიურად სამენარმეო საზოგადოების<sup>7</sup> და ბუღალტრული ბალანსისა (Balance-Sheet Test) და ფულადი სახსრების მოძრაობის ტესტი (CashFlow Test) განახორციელოს.<sup>8</sup>

დიდი ბრიტანეთის კანონმდებლობის მიხედვით, დირექტორები არიან კომპანიის ყოველდღიურ მართვაზე პასუხისმგებელნი და მიიჩნევა, რომ როდესაც კომპანიას აქვს ფინანსური სირთულე და არსებობს გადახდისუნარიანობის რისკი, ისინი ვალდებული არიან კრედიტორების წინაშე მინიმუმამდე დაიყვანონ ზარალი.<sup>9</sup> რეაბილიტაციის რეჟიმის დაწყების იმავე საფუძველს ითვალისწინებს დიდი ბრიტანეთის კანონმდებლობა, რასაც საქართველოში მოქმედი ვალაუვალობის კანონი. თუმცა, აღსანიშნავია, რომ გადახდისუნარიანობასთან/მოსალოდნელ გადახდისუნარიანობასთან ერთად,

აქ საჭიროა მოვალისა და კრედიტორის კომპრომისი ან შეთანხმება, რომლის მიზანი უნდა იყოს იმ ფინანსური სიძნელის აღმოფხვრა, აცილება ან შემსუბუქება, რომელსაც კომპანია გადააწყდა.<sup>10</sup> ფაქტობრივად, ეს უკანასკნელი მსგავსია საგაკოტრებო მორიგებისა და მხარეთა შეთანხმების, რომლებიც გაკოტრების საქმეთა წარმოების შესახებ 1996 წლის კანონით რეაბილიტაციის რეჟიმის დაწყების წინაპირობებს წარმოადგენდა.

## დირექტორის მიერ განცხადების წარდგენა

ერთია დირექტორის მიერ გადახდისუნარიანობის ფაქტის აღმოჩენა და მეორე – მასზე სათანადო რეაგირების მოხდენა, რაც სასამართლოში გადახდისუნარიანობის განცხადების წარდგენაში გამოიხატება. მიიჩნევა, რომ გადახდისუნარიანობის შესახებ განცხადება არის მოვალის მიმართ პროცესის სასამართლოს ზედამხედველობის მეშვეობით და კანონით მკაცრად განერილი პროცედურების გავლით წარმართვის გზა.<sup>11</sup>

შესაბამისად, განცხადების წარდგენა რეაბილიტაციის რეჟიმის დაწყებისათვის აუცილებელი ფორმალური წინაპირობაა, რომლის სავალდებულო რეკვიზიტები უშუალოდ კანონითაა განსაზღვრული. მაგ.: სასამართლოს დასახელება, საკუთარი სტატუსი, მონაცემები, არგუმენტები, რომელზე დაყრდნობითაც დგინდება მოვალის გადახდისუნარიანობა ან მოსალოდნელი გადახდისუნარიანობა, დასაბუთება – რეაბილიტაციის მიზნის მიღწევის შესაძლებლობაზე, მოთხოვნა მოვალის მართვაში დატოვების ან რეაბილიტაციის მმართველის დანიშვნის შესახებ და სხვ.<sup>12</sup>

5 მესნიშვილი ქ., ბათლიძე გ., ამისულაშვილი ნ., ჯორბენაძე ს., (2021). გადახდისუნარიანობის საქმის წარმოების საფუძველები რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ საქართველოს კანონის მიხედვით, გამომცემლობა: GIZ, თბილისი. გვ.29. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_Insolvency-reader\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_Insolvency-reader_2021.pdf)>

6 მენარმეთა შესახებ კანონი, მუხლი 51.

7 მახარობლიშვილი გ., (2015). კორპორაციითა მართვის ზოგადი ანალიზი, (შედარებით-სამართლებრივი კვლევა) თბილისი, გამომცემლობა: იურისტების სამყარო. გვ.92.

8 ბაქაძური ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ., ჯუღელი გ., (2019). საკორპორაციო სამართალი სახელმძღვანელო იურისტებისათვის. გვ.200.

9 Shalchi A., (2022). Directors' responsibilities during insolvency, House of Commons Library. p.4.

10 Shalchi A., (2021). Corporate Insolvency and Governance Act 2020, House of Commons Library. p.21.

11 განმარტებითი ბარათი, „რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე, გვ.8.

12 რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტი-

საერთო მოთხოვნების არსებობა მნიშვნელოვანია, რათა განცხადებას სათანადო სახე მიეცეს, რადგანაც ვალაუვალობის დარგში არ გამოიყენება ისეთი ფორმა, როგორც დადგენილია სარჩელის წარდგენისათვის იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ. მოცემული საერთო მოთხოვნებიდან განსაკუთრებით უნდა აღინიშნოს არგუმენტებისა და დასაბუთების სავალდებულობა. მათ სავალდებულოდ მითითებას უამრავი დადებითი ასპექტი შეიძლება მოვუძებნოთ. მაგალითად, ის, რომ რეალური აუცილებლობა განაპირობებს სასამართლოსათვის განცხადებით მიმართვას და ამ უფლებით ბოროტად სარგებლობას არ ექნება ადგილი, რასაც შედეგად შეიძლება მოჰყვეს როგორც მოვალის, ისე კრედიტორისა და სახელმწიფოსათვის ზიანი მიყენება. მაშინ, როდესაც აღმოჩნდება, რომ მოვალე თავიდანვე არ იყო გადახდისუნარო ან მოსალოდნელი გადახდისუნარობის წინაშე მყოფი პირი, განმცხადებელს დაეკისრება კანონით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობა ზიანის მიყენებისა და უსაფუძვლოდ წარდგენილი განცხადებისათვის.<sup>13</sup> კარგია, როცა კანონი ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას, მაგრამ შეფასების კრიტერიუმები და სტანდარტი მასში არ არის განსაზღვრული. მიყენებული ზიანის ოდენობას განსაზღვრავს მოსამართლე, რაც მის ინდივიდუალურ შეხედულებაზეა დამოკიდებული.<sup>14</sup>

განცხადებაზე სავალდებულო მითითებების გარდა, დირექტორმა უნდა გაითვალისწინოს კანონით განსაზღვრული, განცხადებაზე დამატებითი დოკუმენტების დართვა, თუკი მისთვის ცნობილია. მაგალითად, ასეთი შეიძლება იყოს მოვალის ფინანსური მდგომარეობის შესახებ ინფორმაცია; ინფორმაცია მოვალის ქონებაზე, რომელიც დატვირთულია უზრუნ-

ველყოფის ღონისძიებით, შესაბამისად, უზრუნველყოფილი კრედიტორის ვინაობა; მოვალის მიმართ სხვა გადახდისუნარობის საქმის წარმოების მიმდინარეობის შესახებ ინფორმაცია; მოვალის შესახებ ამონაწერი მენარმეთა და არასამენარმეო (არაკომერციული) იურიდიული პირების რეესტრიდან; ასევე, ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელიც, განმცხადებლის აზრით, მნიშვნელოვანია რეაბილიტაციის რეჟიმის გახსნის შესახებ გადაწყვეტილების მისაღებად.<sup>15</sup> პირისთვის, რომელიც მოვალე საზოგადოების ხელმძღვანელობას ეწევა, მოცემული ინფორმაცია მიუწვდომელი არ არის. შესაბამისად, დამატებითი დოკუმენტების სასამართლოსთვის წარდგენა დირექტორისთვის პრობლემას არ უნდა წარმოადგენდეს. განცხადებაზე დამატებითი დოკუმენტების დართვა, რა თქმა უნდა, დადებითად შეიძლება შეფასდეს. რადგანაც, სასამართლოს შეცდომაში შეყვანას მაქსიმალურად გამორიცხავს და ნაკლები რისკი იქნება, რომ დირექტორს პასუხისმგებლობა დაეკისროს მიყენებული ზიანის ასანაზღაურებლად.

### დირექტორის პასუხისმგებლობა

მენარმეთა შესახებ 1994 წლის კანონი განცხადების წარდგენისათვის ხელმძღვანელობაზე უფლებამოსილ პირს 3-კვირიან ვადას აძლევდა, ხოლო შეუსრულებლობისათვის პასუხისმგებლობას ითვალისწინებდა<sup>16</sup>, აღნიშნულ ვალდებულებას 2007 წელს მიღებულ გადახდისუნარობის საქმის წარმოების კანონის არსებობამდე განსაზღვრავდა სამენარმეო სამართალი. მას შემდეგ, რაც მენარმეთა შესახებ 2021 წლისა და ვალაუვალობის მოქმედი კანონი იქნა მიღებული, საკითხის მომწესრიგე-

ური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, მუხლი 44.1.

13 რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, მუხლი 18.1 და 2 პუნქტი.

14 რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, მუხლი 18.3.

15 რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, მუხლი 44.2.

16 მენარმეთა შესახებ კანონი, მუხლი 9.9. კონსოლიდირებული ვერსია – 15.07.2020.

ბელი ნორმა შინაარსობრივად იგივე აზრის მატარებელი დარჩა იმ განსხვავებით, რომ მენარმეთა შესახებ კანონიდან პასუხისმგებლობის საკითხის განმსაზღვრელი იმპერატიურად დადგენილი ნორმა ამოღებულია. ხოლო რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი ვალდებულების შეუსრულებლობისთვის სისხლის სამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე მიუთითებს.<sup>17</sup>

საკასაციო სასამართლო ერთ-ერთ საქმეში განმარტავს, რომ საკორპორაციო სამართლის მიზნებისათვის საწარმოს ხელმძღვანელობა/წარმომადგენლობა ორმხრივი სახელშეკრულებო ურთიერთობის ფარგლებში მიღწეული შეთანხმებაა, რომლის ერთი მხარე – მომსახურების გამწევი ვალდებულია, გასწიოს შეპირებული მომსახურება, ხოლო მეორე მხარე – გადაიხადოს საზღაური. ამ ტიპის შეთანხმება დამყარებულია განსაკუთრებულ ნდობაზე და უფლებით აღჭურვილ პირს, ფიდუციური ვალდებულების ფარგლებში, აძლევს სრულ დამოუკიდებლობას, იურიდიული პირის სახელითა და ხარჯზე განახორციელოს ყველა ის მოქმედება, რაც წესდებით გათვალისწინებული მიზნის მიღწევას შეუწყობს ხელს.<sup>18</sup> სწორედ, მხარეთა შორის არსებული ხელშეკრულების ფარგლებში, ხელმძღვანელობაზე უფლებამოსილი პირი ვალდებულია დაადგინოს გადახდისუნარიობა/მოსალოდნელი გადახდისუნარიობა და კანონით დადგენილი 3 კვირის ვადაში განაცხადოს მის შესახებ. წინააღმდეგ შემთხვევაში, როგორც აღინიშნა, დირექტორზე გავრცელდება კანონით დადგენილი სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა.

საკითხს ანალოგიურად აწესრიგებს მენარმეთა შესახებ ახალი კანონის 51-ე მუხლი. კერძოდ, ხელმძღვანელი ვალდებუ-

ლია განაცხადოს გადახდისუნარიობის/მოსალოდნელი გადახდისუნარიობის შესახებ იგივე 3 კვირის ვადაში. საკითხის ქართული სამართლებრივი რეგულირება, გერმანიის ვალაუვალობის სამართლით გათვალისწინებული ნორმების ანალოგიურია. ეს ერთ-ერთი მაგალითია ქართულ-გერმანული სამართლის მჭიდრო კავშირისა, რომელიც ვალაუვალობის დარგის ჩამოყალიბების დღიდან ნათელი იყო და შემდგომში უფრო გაღრმავდა. გერმანიის კანონის – „გერმანიის ინზოლვენციის დებულების“ თანახმად, გადახდისუნარიობის დადგენისთანავე, დაუყოვნებლივ, მაგრამ არაუგვიანეს 3 კვირისა, საწარმოს მართვასა და წარმომადგენლობაზე უფლებამოსილმა პირმა უნდა წარადგინოს განცხადება. განცხადების წარდგენის უგულებელყოფა ან დაგვიანებით წარდგენა იწვევს მართვასა და წარმომადგენლობაზე უფლებამოსილი პირის სისხლის სამართლის ან/და ფინანსურ პასუხისმგებლობას.<sup>19</sup>

საკითხის სამართლებრივ რეგულირებაში, ავსტრიული ვალაუვალობის კანონი ძალიან ჰგავს გერმანულ კანონმდებლობას. COVID-19 პანდემიის დაწყების შემდეგ ავსტრიაში დირექტორის ვალდებულებებს განსაკუთრებული სიფრთხილით ეკიდებიან მის მიმართ არსებული პასუხისმგებლობის გამო. ფინანსური კრიზისის დადგომისას, მმართველი დირექტორების ზრუნვის მოვალეობა მოითხოვს, რომ მათ გულდასმით შეაფასონ პოტენციური გამოსასწორებელი საკითხები, რესტრუქტურისაციისათვის შესაბამისი ზომები მიიღონ და გაითვალისწინონ გადახდისუნარიობის განაცხადების წარდგენის ვადა. აღნიშნულ საკითხზე სასამართლო დავები დირექტორის წინააღმდეგ პანდემიის პერიოდში გაიზარდა. შესაბამისად, თუ დირექტორი არ შეასრულებს ვალდებულებას და არ დაიცავს კანონით გათვალისწინებულ ვადას, მას გაუჭირდე-

17 რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, მუხლი 16.1.

18 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 21 ოქტომბრის განჩინება. საქმე №ას-1077-2018. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 22 ნოემბერი, 2022].

19 Brawn M., German Insolvency Law – an overview. p.3. <[http://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2016/08/german-insolvency-law--an-overview/files/get-the-full-report/fileattachment/german\\_insovcency\\_oct\\_14\\_a4.pdf](http://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2016/08/german-insolvency-law--an-overview/files/get-the-full-report/fileattachment/german_insovcency_oct_14_a4.pdf)>



ბა პასუხისმგებლობისგან თავის არიდება.<sup>20</sup> ქართული და გერმანული კანონებისაგან განსხვავებით, ავსტრიაში განცხადების წარდგენისათვის 60-დღიანი ვადაა დაწესებული, რომლის ხანგრძლივობაც, პანდემიის დროს, 160 დღემდე გაიზარდა.<sup>21</sup>

### დირექტორის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლება

მენარმეთა შესახებ კანონით, ხელმძღვანელზე დადგენილი ზრუნვის მოვალეობა, რომელიც მას გააჩნია კომპანიის მიმართ, რათა მომგებიანობა გაიზარდოს, უნდა გამომდინარეობდეს „ბიზნეს გადაწყვეტილების მართებულობის“ პრეზუმფციიდან (ეს ინსტიტუტი ჩვენთვის ცნობილი 1829 წლიდან ხდება, ლუიზიანას შტატის უზენაესი სასამართლოს საშუალებით.<sup>22</sup> შესაბამისად მიიჩნევა, რომ იგი განვითარებულია სასამართლოს მიერ.<sup>23</sup> აშშ-ის პრეცედენტული სამართლის მიერ შექმნილი აღნიშნული ინსტიტუტი, მსოფლიოს მრავალ სახელმწიფოში იქნა ინკორპორირებული.<sup>24</sup>) თუ ხელმძღვანელი კეთილგონიერების ფარგლებში მოქმედებს იმ რწმენით, რომ მისი გადაწყვეტილება მიღებულია საზოგადოების საუკეთესო ინტერესების დაცვის მიზნით და ამ გადაწყვეტილების მიღებისას იგი ინფორმირებული იყო იმ ზომით, რაც

მას მოცემულ ვითარებაში საკმარისად მიაჩნდა, ამ გადაწყვეტილების შედეგებისათვის კომპანიის დირექტორი დაცულია პირადი პასუხისმგებლობისაგან.<sup>25</sup>

ხელმძღვანელი პირის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას საქართველოს კანონმდებლობაც ითვალისწინებს. კერძოდ, მენარმეთა შესახებ 2021 წლის კანონის თანახმად, ხელმძღვანელი არ ანაზღაურებს ზიანს, თუ იგი გადაწყვეტილებას საკმარისი და სანდო ინფორმაციის საფუძველზე, სამენარმეო საზოგადოების ინტერესებიდან გამომდინარე, დამოუკიდებლად და ინტერესთა კონფლიქტის ან სხვათა ზეგავლენის გარეშე იღებდა.<sup>26</sup> პასუხისმგებლობის იმავე საფუძველზე ადგენდა მენარმეთა შესახებ 1994 წლის კანონი. შესაბამისად, საკითხის ირგვლივ არსებობს საქართველოს სასამართლოების მყარი პოზიცია. მაგალითად, სასამართლო ანალოგიური საკითხზე საქმეების განხილვის დროს იყენებს Business Judgement Rule-ს, რათა დაადგინოს დარღვეულ იქნა თუ არა დირექტორთა მხრიდან ზრუნვის ვალდებულება. Business Judgement Rule-ის თანახმად, თუკი დირექტორი მოქმედებდა კეთილსინდისიერად, როგორც ჩვეულებრივ გონიერი ადამიანი იმოქმედებდა მის ადგილზე, იგი არ შეიძლება დადგეს პასუხისმგებლობის ქვეშ მხოლოდ იმ არასასურველი შედეგის გამო, რაც გადაწყვეტილებას მოჰყვა. იმის დასადგენად, მოქმედებდა თუ არა დირექტორი აღნიშნული ვალდებულების შესაბამისად, სუბიექტური და ობიექტური ტესტის გავლაა საჭირო. შეფასების კრიტერიუმს წარმოადგენს ის გარემოება, რომ მისი ქმედება განხილულ იქნეს იმის მიხედვით, თუ როგორ იმოქმედებდა მის ადგილზე მყოფი ჩვეულებრივ სალად მოაზროვნე, გონიერი ადამიანი. დირექტორის პასუხისმგებლობა შესაძლოა დადგეს, თუკი დადგი-

20 Exposure of Managing Directors of Austrian Corporate Entities in Times of COVID-19, February 2, 2022. <<http://knoetzi.com/exposure-of-managing-directors-of/>>  
21 Austrian Insolvency Code, Section 69.2. <[http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187\\_Austrian\\_Insolvency\\_Code\\_ENG.pdf](http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187_Austrian_Insolvency_Code_ENG.pdf)>  
22 Millaudon v P., (2019). 8 Mart. (n. s.) 68, 77–78 (La. Supreme Court, 1829); Criddle, Miller & Sitkoff, the Oxford handbook of fiduciary law. p.877.  
23 Fisch, (2000)The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters, University of Cincinnati Law Review. p.1063.  
24 Martinez G., (2017). Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series. p.5.

25 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 6 მაისი გადაწყვეტილება. საქმე №ას-1307-1245-2014. <[http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-\(1\).pdf](http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-(1).pdf)> [ბოლო წვდომა: 23 ნოემბერი, 2022].  
26 მენარმეთა შესახებ 2021 წლის კანონი. 51.1.

ნდება, რომ მიღებულ იქნა დაუფიქრებელი და გაუაზრებელი გადაწყვეტილება, ან თუკი გაირკვევა, რომ არაფერი იქნა გაკეთებული შესაძლო დანაკარგის თავიდან ასაცილებლად.<sup>27</sup> იმისათვის, რომ პასუხისმგებლობა არ დადგეს, დირექტორის ნებისმიერი გადაწყვეტილება, პირველყოფლისა, მიმართული უნდა იყოს საზოგადოების ქონების გაბეზვრებისა და მისი შემოსავლების გაზრდისკენ.<sup>28</sup> 1994 წლის მენარმეთა შესახებ კანონისა და სასამართლოს პრაქტიკა დირექტორის პასუხისმგებლობის საფუძვლებთან დაკავშირებით მენარმეთა შესახებ ახალ კანონში გაერთიანდა და ახალი რედაქციით ჩამოყალიბდა.

## დირექტორი რეაბილიტაციის რეჟიმში

გადახდისუნარობის საქმის წარმოების შესახებ კანონი, დირექტორის უფლებამოსილებებთან მიმართებაში მინიმალურ დათქმას აკეთებდა, ხოლო ახალი, რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, შედარებით ვრცელ ჩარჩოს ადგენს. კერძოდ, მასში განსაზღვრულია დირექტორის უფლებამოსილების შეჩერება, მისი ვალდებულება და განუვლი შრომის ანაზღაურების რაოდენობა. კანონის 72-ე მუხლი, რომელიც დირექტორის უფლებამოსილებების შეწყვეტას ეხება, განსაზღვრავს, რომ მას შემდეგ რაც, რეაბილიტაციის მმართველი დაინიშნება, დირექტორს უჩერდება „მენარმეთა შესახებ“ კანონით გათვალისწინებული უფლებამოსილებები, რაც ხელმძღვანელობა-სა და წარმომადგენლობას გულისხმობს. ასევე, თუ რეაბილიტაციის მმართველი მიიღებს გადაწყვეტილებას დირექტორმა მონაწილეობა მიიღოს რეაბილიტაციის პროცესის განხორციელებაში, იგი ვალდე-

ბული იქნება რეაბილიტაციის რეჟიმში დარჩეს. ამისათვის დირექტორი მიიღებს იმ გონივრულ ანაზღაურებას, რომლის რაოდენობასაც რეაბილიტაციის მმართველი განსაზღვრავს. დირექტორის საქმიანობის გაგრძელება გულისხმობს რეაბილიტაციის მმართველთან თანამშრომლობას, რეაბილიტაციის გეგმის შედგენასა და განხორციელებაში მონაწილეობის მიღებას.

კანონი ითვალისწინებს გარემოებას, როდესაც დირექტორის უფლებამოსილება რეაბილიტაციის მმართველის დანიშვნით არ ჩერდება და არც მისი გადაწყვეტილებით რჩება პროცესში. ეს გამონაკლისი განსაზღვრულია 99-ე მუხლის მე-3 და მე-4 ნაწილით, რაც გულისხმობს იმას, რომ ხელმძღვანელობაზე უფლებამოსილი პირი ანუ დირექტორი, ვალდებულია გადახდისუნარობის შესახებ განცხადების დასაშვებად ცნობისა და სასამართლოს მიერ განჩინების კანონიერ ძალაში შესვლიდან 15 დღის ვადაში, საგადასახადო ორგანოში წარადგინოს რეაბილიტაციის რეჟიმის დაწყებამდე წარუდგენელი დეკლარაციები, ხოლო უკვე წარდგენილში, თუკი შეცდომა აღმოჩენდება, შეუძლია შეცვალოს ან/და დაამატოს საგადასახადო კანონმდებლობის შესაბამისად. ამავე მუხლის მე-6 ნაწილით, თუ დირექტორი არ შეასრულებს აღნიშნულ ვალდებულებას, დადგება მისი პასუხისმგებლობის საკითხი და მიუხედავად ასეთი შემთხვევის დადგომისა, იგი არ გათავისუფლდება დეკლარაციის წარდგენის ვალდებულებისაგან.

როგორც აღინიშნა გადახდისუნარობის საქმის წარმოების შესახებ კანონით, დირექტორის უფლებამოსილება მინიმალური იყო. ის მხოლოდ მითითებას აკეთებდა იმაზე რომ, „რეაბილიტაციის პროცესში რეაბილიტაციის მმართველსა და სანარმოს დირექტორის უფლება-მოსილებათა წრეს განსაზღვრავს კრედიტორთა კრება“.<sup>29</sup> აქედან გამომდინარე, ირკვევა, რომ დირექტორი რეაბილიტაციის პროცესში იმდენად მიიღებდა მონაწილეობას, რამდენადაც

27 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 17 იანვრის განჩინება, საქმე №2/25704-15.

28 მიგრიაული რ., (2021). სამეწარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო, თბილისი, გამომცემლობა: სეზანი. გვ. 111-113.

29 გადახდისუნარობის საქმის წარმოების შესახებ კანონი, მუხლი, 44.4.

კრედიტორთა კრება გადაწყვეტდა და მოინდომებდა პროცესში მის ჩართულობას.

როგორც ვხედავთ, ახალი კანონის შექმნისას, კანონმდებლებს დირექტორის უფლებამოსილებებსა და ვალდებულებებზე ნაყოფიერი შრომა გაუწევიათ. ცვლილებები, რომლებიც დირექტორს ეხება, ვფიქრობ, დადებითად აისახება რეაბილიტაციის რეჟიმზე. ცოდნა და გამოცდილება, რომელიც დირექტორს აქვს დაგროვებული მისი მმართველობისა და წარმომადგენლობისას, დადებითი იქნება როგორც მოვალის, ასევე რეაბილიტაციის პროცესი განხორციელებისთვის. ასევე, აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ კანონი არ განსაზღვრავს დირექტორის სტატუსს, რეაბილიტაციის პროცესში დარჩენისა და მის მიერ საქმიანობის გაგრძელებისას. როგორც ვხედავთ, დირექტორის საქმიანობა რეჟიმში რჩევით არ შემოიფარგლება. შესაბამისად, მრჩეველს ვერ ვუნოდებთ, რადგანაც იგი რეაბილიტაციის გეგმის შედგენიდან მის განხორციელებამდე პროცესშია ჩართული. დირექტორი, რომელიც რეაბილიტაციის პროცესში დარჩება, რა სახელის მატარებლად მოგვევლინება? კითხვას აჩენს სწორედ ის ფაქტი, რომ რეაბილიტაციის რეჟიმის დაწყებისა და დირექტორის პროცესში დარჩენა, დირექტორს იმ უფლებამოსილებების განხორციელების შესაძლებლობას ართმევს, რასაც „მენარმეთა შესახებ“ კანონი გულისხმობს. ასევე, საინტერესოა, რა ტიპის ხელშეკრულების გაფორმება მოხდება მასთან რეაბილიტაციის პროცესში. ეს იქნება „მენარმეთა შესახებ“ კანონით გათვალისწინებული ე.წ. სასამსახურო ხელშეკრულება თუ შრომით-სამართლებრივი? თუკი დირექტორი რეაბილიტაციის რეჟიმში იმავე სტატუსით დარჩება, რასაც „მენარმეთა შესახებ“ კანონი გულისხმობს, მასთან ვერ დაიდება შრომით-სამართლებრივი ხელშეკრულება, რადგანაც მასთან ურთიერთობას მაღალი ხარისხისა და დონისას უნოდებენ.<sup>30</sup>

შპს-ის დირექტორთან დადებულ ხელ-

30 ქანტურია ლ., ნინიძე თ., (2002). მენარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, მე-3 გამოცემა. გვ 303.

შეკრულებას რომ „შრომითი ხელშეკრულება“ წოდებოდა, ამის წინააღმდეგი იყო სამართლის დოქტორი როინ მიგრიაული. მას მიაჩნია, რომ უფრო მართებული იქნებოდა, თუ დირექტორთან დადებულ ხელშეკრულებას „სასამსახურო ხელშეკრულება ერქმეოდა“, ან გერმანული სამართლის შესაბამისად, როგორც ის გვთავაზობდა – „საზოგადოების მართვის ხელშეკრულება“.<sup>31</sup> მართალია „მენარმეთა შესახებ“ კანონში ეს საკითხი ღია აღარაა ახალი რედაქციის შესაბამისად, თუმცა რეაბილიტაციის რეჟიმში მისი სტატუსის დაუდგენლობა, იმედია, რეჟიმზე უარყოფით ზეგავლენას არ იქონიებს და შეივსება საკანონმდებლო ხარვეზი ან/და სათანადო პრაქტიკას დაადგენს სასამართლო.

დირექტორი სამენარმეო საზოგადოების მართვის აუცილებელი ორგანოა, რომლის მნიშვნელობაც საზოგადოების საქმიანობის სწორად წარმართვაში გადამწყვეტია,<sup>32</sup> რასაც ცხადყოფს მენარმეთა შესახებ ახალი კანონით დადგენილი ნორმები. სწორედ, დირექტორის ინსტიტუტის მნიშვნელობის გათვალისწინებით, ვფიქრობ, ვალაუვალობის დარგში მის გარშემო არსებული ყველა საკითხი სათანადოდ მოწესრიგებული უნდა იყოს.

### სასამართლო პრაქტიკის მიმოხილვა

მას შემდეგ რაც, 2021 წელს ძალაში შევიდა რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი, გადახდისუუნარობის არაერთი განცხადება შევიდა სასამართლოში, საიდა-

31 მიგრიაული რ., (2003). შუზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებასა და დირექტორს შორის სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობა და დასრულება, ჟურნალი: ნოტარიატი, სანოტარო და კერძო სამართლის მიმოხილვა N1. გვ.36.

32 ლაზარაიშვილი ლ., (2009). ოფიციალური კონტრაქტი კომპანიის დირექტორთან, თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, თბილისი, გამომცემლობა: მერიდიანი; თინათინ წერეთლის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი. გვ.309.

ნაც რეაბილიტაციის რეჟიმის მოთხოვნა 2-ჯერ გაიზარდა.

ერთ-ერთ საქმეში, სადაც მოვალის მიმართ გაიხსნა რეაბილიტაციის რეჟიმი, მოვალე რეჟიმში დირექტორის წარმომადგენლობით დარჩა, ანუ მართვაში იმყოფება მოვალე. ვალაუვალობის სამართალთან დაკავშირებით არსებობს სხვადასხვა სისტემა, რომელთა მიხედვითაც ქვეყნების ვალაუვალობის სამართლის სისტემები იმისდა მიხედვით ფასდებიან, აკმაყოფილებენ თუ არა ისინი საერთაშორისო სტანდარტებს.<sup>33</sup> 2020 წლის კანონი სწორედ საერთაშორისო სტანდარტებს დაუახლოვდა, როდესაც მოვალის მართვაში დარჩენა შემოიღო და მისი როლი გაააქტიურა მართვაში შესაბამისი ჩაბმით. მსგავს მონესრიგებას გვთავაზობს, ასევე, ევროდირექტივა<sup>34</sup>. მოვალის მართვაში დარჩენა ახალი ინსტიტუტია ჩვენს საკანონმდებლო სივრცეში. ვალაუვალობის სამართლის დარგის საერთაშორისო სტანდარტებთან დაახლოებასა და 2007 წლის კანონის ცვლილებაზე საუბარს არაერთი ლექცია და სამეცნიერო ნაშრომი მიეძღვნა, რათა სამართლიანად დარეგულირებულიყო როგორც მოვალის გაკოტრების, ისე მისი სანარმოების გადარჩენის, ანუ რეაბილიტაციის საკითხები.<sup>35</sup> აღნიშული მოვალის საქმიანობას წარმოადგენდა ავტოდრომით სარგებლობა და ღონისძიებების ორგანიზება. მოცემულ შემთხვევაში, მოვალეს გააჩნდა კრედიტორული მოთხოვნა 798 000 აშშ დოლარის ოდენობით, რაც დადასტურებული იყო უზენაესის სასამართლოს გადაწყვეტილებით და რომლის აღსრულების მიზნითაც განხორციელდა შესაბამისი ღონისძიებები. აღსრულების ღონისძიებებმა მოვალის სა-

მართლებრივ-ეკონომიკური მდგომარეობა უფრო დაამძიმა. შესაბამისად, მან ვერ შეძლო მიმდინარე საგადასახადო და სასესხო ვალდებულებების შესრულება. ყადაღის ღონისძიების ფარგლებში, სანარმოს შემოსავლები მთლიანად მიემართებოდა პირველი კრედიტორის ინტერესის დაკმაყოფილებისკენ, ეს კი, სხვა ვადამოსული და მოსალოდნელი ვალდებულებების დარღვევას იწვევდა. ვინაიდან სანარმოს მიმდინარე შემოსავლებით შეუძლებელი იყო ყველა კრედიტორული მოთხოვნის დაკმაყოფილება, მოვალემ მოითხოვა რეაბილიტაციის რეჟიმის გახსნა, რაც სასამართლოს მიერ დაკმაყოფილდა და მიღებულ იქნა განჩინება განცხადების დასაშვებად ცნობისა და რეაბილიტაციის რეჟიმის გახსნის თაობაზე.<sup>36</sup>

პანდემიის პერიოდში ერთ-ერთმა მოვალემ სასამართლოს რეაბილიტაციის რეჟიმის გახსნის მოთხოვნით მიმართა. მისი საქმიანობის ძირითადი საგანი ღვინის, სპირტის, ბადაგის, წველების, ხილის ღვინოების წარმოება, ბოთლებში ჩამოსხმა, რეალიზაცია და მსგავსი სხვა საქმეები იყო. გარდა ამისა, მოვალე ახორციელებდა კანონით ნებადართულ სხვა საქმიანობასაც, ფართების გაქირავება და ა.შ. როგორც განცხადებიდან ირკვევა, მოვალე ვერ ასრულებდა ვადამოსულ ვალდებულებებს, რომლებსაც განეკუთვნება როგორც საკრედიტო, სახელფასო, ასევე, საგადასახადო ვალდებულებები. განმცხადებელი გადახდისუნარობის დამადასტურებელ გარემოებებად უთითებს ლიკვიდურობის დეფიციტზე და ქონების რეალიზაციის პროცესის დაწყებას. ლიკვიდურობის დეფიციტის არსებობის დასადასტურებლად წარმოდგენილი დოკუმენტების მიხედვით, მოვალე უთითებს ფინანსთა სამინისტროს მიმართ არსებული დავალიანების გამო კახეთის სააღსრულებო ბიუროს წარმოებაში და-

33 შნიტგერი ჰ., მიგრიული რ., (2011) გადახდისუნარობის შესახებ კანონი, დახასიათება და შედარება გაკოტრების საქართველოს კანონსა და საერთაშორისო სტანდარტებთან, თბილისი. გვ.12.

34 იხ. DIRECTIVE (EU) 2019/1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019. CHAPTER 2, Article 5.1. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1023&qid=1649747230750>>

35 მიგრიული რ., (2016) ქართული კერძო სამართლის საკითხები, მეორე შევსებული გამოცემა, თბილისი. გვ.145.

36 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 20 დეკემბრის განჩინება, საქმე N2/32145-21. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5352736?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].

წყებულ სააღსრულებო წარმოების საქმეებს და სხვა სასესხო დავალიანებებს. როგორც მოვალე აღნიშნავს, მისი მთლიანი ვადამოსული ვალდებულებები 1 403 291.04 ლარს შეადგენს, რაც მისი მთლიანი აქტივების 51.28%-ია. განმცხადებლის მითითებით, იგი მომდევნო 30 დღის განმავლობაში ვერ ფარავდა მითითებულ ვადამოსულ ვალდებულებებს. განმცხადებელი უთითებდა უზრუნველყოფილ კრედიტორებზე, დებიტორული მოთხოვნებზე, მიმდინარე სასამართლო დავებზე და რეაბილიტაციის მიღწევის გონივრული ალბათობის შესახებ, ხოლო რეაბილიტაციის რეჟიმის გახსნის შემთხვევაში, მართვაში დირექტორის დატოვებაზე. განსახილველ შემთხვევაში, განმცხადებელმა მიუთითა ინფორმაცია და წარადგინა შესაბამისი მტკიცებულებები მოვალის ფინანსურ აქტივებსა და ვალდებულებებზე. ფინანსურ აქტივებთან დაკავშირებით განმცხადებლის განმარტებით, მის საკუთრებაშია უძრავი ქონება, მასზე განთავსებული შენობა-ნაგებობით და სხვადასხვა სახის მოძრავი ქონება. რაც შეეხება დებიტორულ დავალიანებებს, მოვალეს ჰყავს 4 დებიტორი, რომელთა მიმართ მოთხოვნების ოდენობა ჯამში შეადგენს 284 285,5 ლარს. რაც შეეხება ფინანსური მდგომარეობის ვალდებულებებს, მოვალეს ჰყავს კრედიტორები საქართველოს ფინანსთა სამინისტროს, სსიპ შემოსავლების სამსახურისა და სხვა კრედიტორების სახით, რომელთა წინაშე არსებული ვალდებულებები საერთო ჯამში შეადგენს 1 403 291.04 ლარს; რეაბილიტაციის მიზნის მიღწევის გონივრულ ალბათობასთან დაკავშირებით განმცხადებელი უთითებს, რომ მოვალეს გაფორმებული აქვს სავაჭრო ხელშეკრულება ყაზახეთის ერთ-ერთ ფირმასთან მოვალისათვის 7 500 000 აშშ დოლარის ღირებულების 3 500 000 ერთეული ბოთლი ღვინის შეკვეთასთან დაკავშირებით; მოვალე ასევე უთითებდა სხვა სახის საქმიანობებზე, რომელთა განხორციელების შემთხვევაშიც მისი ფინანსური მდგომარეობა გაუმჯობესდებოდა. ასევე საკუთრებაში არსებულ 5 000 ტონის ტევადობის ქურჭელზე

და ყურძნის გადამამუშავებელ 7 ხაზზე, სასაწყობე ფართზე, რომელიც იჭარის ხელშეკრულების საფუძველზე ყოველთვიურად შემოსავლის სახით იღებს 3 000 ლარს. საერთო ჯამში მოვალის საქმიანობიდან მიღებულმა შემოსავალმა წელიწადში შესაძლოა შეადგინოს 1 335 853 ლარი, ეს კი, მოვალეს მისცემს შესაძლებლობას, დაახლოებით 3 წლის განმავლობაში მთლიანად დაფაროს არსებული ფინანსური ვალდებულებები და ამავდროულად, შეძლოს განვითარება. მოვალის აქტივებისა და ვალდებულებების შეფასების საფუძველზე, სასამართლომ მოვალის მოთხოვნა დააკმაყოფილა და მის მიმართ გაიხსნა რეაბილიტაციის რეჟიმი.<sup>37</sup>

2019-2020 წელს გავრცელებულმა კორონავირუსის პანდემიამ უდიდესი ზეგავლენა იქონია მსოფლიოს მასშტაბით ყველა სფეროზე. შესაბამისად, ვირუსმა თავისი კვალი ბიზნესის ყველა სფეროს დაატყო, განსაკუთრებით კი, კვების ობიექტებს, რომელთა გადახდისუნარობის შედეგმა არ დააყოვნა. მაგალითად, ერთ-ერთმა მოვალე კომპანიამ, რომელმაც გადახდისუნარობის საქმის წარმოების გახსნა მოითხოვა რეაბილიტაციის რეჟიმით და რომელიც საქმიანობდა მომსახურების სფეროში, კერძოდ, სარესტორნე ბიზნესში, პანდემიის მიზეზით დაიწყო გადახდისუნარობის პროცესი. გამომდინარე იქედან, რომ მოცემულ კომპანიას არ გააჩნდა ლიკვიდური აქტივები, ვადამოსული ვალდებულებების შესასრულებლად, გახდა გადახდისუნარო – რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონის მე-7 მუხლის 1-ელი პუნქტის საფუძველით. მოვალის მიერ განცხადებასთან ერთად წარდგენილი იქნა რეაბილიტაციის გეგმის პროექტი, რომელიც ითვალისწინებდა მოვალის ფინანსური სიძნელეების გადაჭრას და კრედიტორთა მოთხოვნების დაკმაყოფილების ეფექტურ გზებს. გეგმის თანახმად, კომპანიას გააჩნდა შესაბამისი რესურსი და პოტენციალი,

37 თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, საქმე N2/5373-22. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5410220?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].

რათა ნარმატებით გაეგრძელებინა თავისი საქმიანობა პანდემიის დასრულების შემდეგ. მოვალის ნარდგენილი განცხადება სასამართლოს მიერ დაკმაყოფილდა, რაზეც მიმდინარეობს გადახდისუნარობის საქმის წარმოება რეაბილიტაციის რეჟიმით.<sup>38</sup>

## დასკვნა

ყოველივეს გათვალისწინებით, დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას შემდეგი: ხელმძღვანელობაზე უფლებამოსილი პირი ვალდებულია დაადგინოს გადახდისუნარობა/მოსალოდნელი გადახდისუნარობა. მისი მოქმედება კანონისა და ბიზნესის ინტერესების ფარგლებში უნდა ექცეოდეს და მას არ უნდა სცდებოდეს, ხოლო მის მიმართ პასუხისმგებლობის დაკისრება ინდივიდუალურ შეფასებას საჭიროებს მტკიცებულებების, მოქმედებისა თუ უმოქმედობის გაანალიზების საფუძველზე. გარდა ამისა, არ შეიძლება მივიჩნიოთ, რომ მოვალის გადახდისუნარობა/მოსალოდნელი გადახდისუნარობა ყოველთვის გამომდინარეობს მენარმე სუბიექტის ქმედებიდან ან/და უმოქმედობიდან. როგორც პრაქტიკულმა მაგალითებმა ცხადყო, მოვალის გადახდისუნარობა/მოსალოდნელი გადახდისუნარობა საწარმოს ჩვეულებრივი საქმიანობიდან გამომდინარე, კრიზისის გარდა, შეიძლება გამოიწვიოს სხვადასხვა ფაქტორმა, ფორსმაჟორმა ან ისეთმა გარემოებამ, როგორც 2019-2020 წელს გავრცელებული კორონავირუსის პანდემია იყო.

როგორც კანონის ანალიზმა გვიჩვენა, გარკვეულ შემთხვევებში აუცილებელია საკანონმდებლო ჩარჩოს შექმნა, რათა დირექტორის მიმართ არსებულ საკითხებთან დაკავშირებით ბუნდოვანება გაქარწყლდეს.

კვლევის საფუძველზე შეიძლება დავას-

კვნათ, რომ აუცილებელია კანონმდებლის მიერ განიმართოს მოსალოდნელი გადახდისუნარობა და დადგინდეს, თუ რა ეტაპიდან არის შესაძლებელი საწარმოს მიჩნევა „მოსალოდნელ გადახდისუნარობაში“ მყოფ სუბიექტად.

ასევე, კანონი უნდა ადგენდეს არასწორად ნარდგენილ განცხადებაზე პასუხისმგებლობის ფარგლებს. უნდა განისაზღვროს შეფასების კრიტერიუმები და სტანდარტი. მოქმედი კანონის თანახმად, მიყენებული ზიანის ოდენობას განსაზღვრავს მოსამართლე, რაც მის ინდივიდუალურ შეხედულებაზეა დამოკიდებული. ვფიქრობ, ეს ყოველთვის დავის საგანი იქნება მხარეთა შორის, რაც დამატებით დავასა და ხანგრძლივ პროცესებს წარმოშობს.

აღსანიშნავია, რომ მოქმედი კანონი არ განსაზღვრავს დირექტორის სტატუსს რეაბილიტაციის პროცესში დარჩენისა და მის მიერ საქმიანობის გაგრძელების შემთხვევაში. შესაბამისად, მართებული იქნება, თუ განისაზღვრება რეაბილიტაციის რეჟიმში მისი სტატუსი და საკითხი ბუნდოვნად არ დარჩება.

ჩვეულებრივ, ქართულ საკანონმდებლო სივრცეში, დირექტორის უფლება-მოვალეობები განიხილება სამეწარმეო სამართლის ფარგლებში, თუმცა იგი არანაკლებ აქტიურობით გამოირჩევა ვალაუვალობის დარგში, კერძოდ, რეაბილიტაციის რეჟიმში, რომელსაც უდიდესი მნიშვნელობა აქვს ბიზნეს სუბიექტებზე. რეაბილიტაციის რეჟიმისა და მასში დირექტორის ინსტიტუტის მნიშვნელობის გათვალისწინებით, მიმაჩნია, რომ კანონი სათანადოდ უნდა მოწესრიგდეს არსებული რეკომენდაციების გათვალისწინებით.

38 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 23 აპრილის განჩინება, საქმეზე N2/8629-21. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/download/5158898/0/ge/pdf>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].

# A PERSON AUTHORIZED TO MANAGE AND REPRESENT A DEBTOR COMMUNITY IN THE REGIME OF REHABILITATION

**Meri Ketiladze**

*Doctoral candidate of Caucasus International  
University, Guest lecturer of the same university*

**KEYWORDS:** Insolvency, Restructuring Regime, Manager

## ABSTRACT

The rights and duties of the director in entrepreneurial activities are regulated by both the 1994 and 2021 editions of the Law of Georgia “On Entrepreneurs”. The powers assigned to him/her include leadership and representation of the entrepreneurial company. The legal relations of the director often goes beyond the scope of corporate law. Accordingly, the rights and duties established by other fields of law apply to him. One of them is the law of insolvency, which provides for the director’s involvement in such a regime as the rehabilitation regime. In the paper, the role of the director is considered within the framework of the regulation of the law of insolvency, the rehabilitation regime, which is regulated by the law of insolvency. In addition to reacting to the imperatively determined action, the law obliges the director to assess the evaluable and foreseeable circumstances and to take appropriate action on it. The topic is relevant and interesting, because in addition to the civil liability towards the director, criminal liability may also be considered. In order to properly discuss the topic provided by the article, the laws on Insolvency Proceedings and on Rehabilitation and Collective Satisfaction of Creditors are compared with each other. Decisions/rulings of the general courts of Georgia have been used in the paper in order to clarify the position of the court regarding the issue. And, in certain cases, the legal norms of different countries and foreign language literature are cited in the article for the purpose of making a comparison.

**ბიბლიოგრაფია:****გამოყენებული ლიტერატურა:**

1. ბაქაქური ნ., გელტერი მ., ცერცვაძე ლ., ჯუღელი გ., (2019). საკორპორაციო სამართალი სახელმძღვანელო იურისტებისათვის.
2. ლაზარაშვილი ლ., (2009). ოფიციალური კონტრაქტი კომპანიის დირექტორთან, თანამედროვე საკორპორაციო სამართლის თეორიული და პრაქტიკული საკითხები, თბილისი, გამომცემლობა: მერიდიანი; თინათინ წერეთლის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი.
3. მიგრიული, რ., (2021). სამენარმეო სამართლის მოკლე სახელმძღვანელო, თბილისი: შპს სეზანი.
4. მიგრიული, რ., (2016). ქართული კერძო სამართლის საკითხები, მეორე შევსებული გამოცემა. თბილისი.
5. მიგრიული, რ., (2003). შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებასა და დირექტორს შორის სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობა და დასრულება, ჟურნალი: ნოტარიტი, სანოტარო და კერძო სამართლის მიმოხილვა N1.
6. მესხიშვილი ქ., ბათლიძე გ., ამისულაშვილი ნ., ჯორბენაძე ს., (2021). გადახდისუნარობის საქმის წარმოების საფუძვლები რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ საქართველოს კანონის მიხედვით, გამომცემლობა: GIZ, თბილისი.
7. მახარობლიშვილი, გ., (2015). კორპორაციათა მართვის ზოგადი ანალიზი, (შედარებით-სამართლებრივი კვლევა) თბილისი, გამომცემლობა: იურისტების სამყარო.
8. შნიტგერი, ჰ. მიგრიული, რ., (2011). გადახდისუნარობის შესახებ კანონი. დახასიათება და შედარება გაკოტრების საქართველოს კანონსა და საერთაშორისო სტანდარტებთან, თბილისი, გამომცემლობა: სიესტა.
9. ჯუღელი, გ., (2010). კაპიტალის დაცვა სააქციო საზოგადოებაში, თბილისი.
10. ჭანტურია, ლ. ნინიძე, თ., (2002). მენარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, მე-3 გამოცემა.
11. Braun B., (2010). (Hrsg.) InsO Kommentar, 4. Aufl. § 18, Rn.
12. Brawn M., German Insolvency Law – an overview.
13. Exposure of Managing Directors of Austrian Corporate Entities in Times of COVID-19, February 2, 2022.
14. Fisch., (2000). The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate

**BIBLIOGRAPHY:****Used literature:**

1. Bakakuri N., Gelteri M., Tsertsvadze L., Jugheli G., (2019). Corporate Law Handbook for Lawyers.
2. Braun B., (2010). (Hrsg.) InsO Kommentar, 4. Aufl. § 18, Rn.
3. Brawn M., German Insolvency Law – an overview.
4. Chanturia L., Ninidze, T., (2002). Commentary on the Law on Entrepreneurs, 3rd edition.
5. Exposure of Managing Directors of Austrian Corporate Entities in Times of COVID-19, February 2, 2022.
6. Fisch., (2000). The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters, University of Cincinnati Law Review.
7. Jugeli G., (2010). Protection of capital in a joint-stock company, Tbilisi.
8. Lazarishvili L., (2009). Official contract with the director of the company, Theoretical and practical issues of modern corporate law, Tbilisi, publishing house: Meridiani; Tinatin Tsereteli State and Law Institute.
9. Makharoblishvili G., (2015). General analysis of corporate governance, (comparative legal research) Tbilisi, Journal: World of Lawyers.
10. Martinez G., (2017). Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series.
11. Millaudon v P., (2019). 8 Mart. (n. s.) 68, 77-78 (La. Supreme Court, 1829); Criddle, Miller & Sitkoff, the Oxford handbook of fiduciary law.
12. Migriauli, R., (2021). Brief guide to entrepreneurial law. Tbilisi, publishing house: Sezani.
13. Migriauli R., (2016). Issues of Georgian private law, Second completed edition, Tbilisi.
14. Migriauli, R., (2003). Origin and termination of the legal relationship between the limited liability company and the director, Journal: Notariat, Notarial and Private Law Review N1.
15. Meskhisvili, K. et al., (2021). Fundamentals of Insolvency Proceedings under the Law of Georgia On Rehabilitation and Collective Satisfaction of Creditors, Tbilisi, publishing house: GIZ.



- Charters, University of Cincinnati Law Review.
- Martinez G., (2017). Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series.
  - Millaudon v P., (2019). 8 Mart. (n. s.) 68, 77-78 (La. Supreme Court, 1829); Criddle, Miller & Sitkoff, the Oxford handbook of fiduciary law.
  - Shalchi A., (2022). Directors' responsibilities during insolvency, House of Commons Library, 11 February.
  - Shalchi A., (2021). Corporate Insolvency and Governance Act 2020, House of Commons Library, 5 October.

### ნორმატიული მასალა:

- გადახდისუნარობის საქმის წარმოების შესახებ კანონი. <<http://matsne.gov.ge/document/view/23572?publication=31>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
- განმარტებითი ბარათი, „რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე. <<http://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/245931>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
- მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5230186?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
- რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ კანონი. <<http://matsne.gov.ge/document/view/4993950?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
- Austrian Insolvency Code. <[http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187\\_Austrian\\_Insolvency-Code\\_ENG.pdf](http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187_Austrian_Insolvency-Code_ENG.pdf)> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
- DIRECTIVE (EU) 2019/1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019.

### სასამართლო პრაქტიკა:

- საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 6 მაისი გადაწყვეტილება. საქმე №ას-1307-1245-2014. <[http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-\(1\).pdf](http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-(1).pdf)> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
- საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 21 ოქტომბრის განჩინება. საქმე №ას-1077-2018. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].

- Schitger H., Migriauli R., (2011). Insolvency Law., Characterization and comparison with Georgian bankruptcy law and international standards, Tbilisi, publishing house: Siesta.
- Shalchi A., (2022). Directors' responsibilities during insolvency, House of Commons Library.
- Shalchi A., (2021). Corporate Insolvency and Governance Act 2020, House of Commons Library.

### Normative material:

- LAW OF GEORGIA ON INSOLVENCY PROCEEDINGS <<http://matsne.gov.ge/document/view/23572?publication=31>> [Last seen: November 24, 2022].
- Explanatory card on the draft law of Georgia On Rehabilitation and Collective Satisfaction of Creditors. <<http://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/245931>> [Last seen: November 24, 2022].
- The Law of Georgia on Entrepreneurs.
- Law on rehabilitation and collective satisfaction of creditors. <<http://matsne.gov.ge/document/view/4993950?publication=0>> [Last seen: November 24, 2022].
- Austrian Insolvency Code. <[http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187\\_Austrian\\_Insolvency-Code\\_ENG.pdf](http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187_Austrian_Insolvency-Code_ENG.pdf)> [Last seen: November 24, 2022].
- DIRECTIVE (EU) 2019/1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019.

### Judicial practice:

- Decision of the Supreme Court of Georgia of May 6, 2015. Case No. AS-1307-1245-2014. <[http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-\(1\).pdf](http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-(1).pdf)> [Last seen: November 24, 2022].
- Judgment of the Supreme Court of Georgia dated October 21, 2019. Case No. AS-1077-2018. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: November 24, 2022].
- Judgment of Tbilisi City Court of January 17, 2018, case No. 2/25704-15.
- Judgment of Tbilisi City Court of December 20, 2021, case N2/32145-21. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5352736?publication=0>> [Last seen: November 24, 2022].
- Judgment of Tbilisi City Court, case

3. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 17 იანვრის განჩინება, საქმე №2/25704-15.
4. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 20 დეკემბრის განჩინება, საქმე N2/32145-21. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5352736?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
5. თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება, საქმე N2/5373-22. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5410220?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
6. თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის 23 აპრილის განჩინება, საქმეზე N2/8629-21. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/download/5158898/0/ge/pdf>> [ბოლო წვდომა: 24 ნოემბერი, 2022].
6. Judgment of Tbilisi City Court of April 23, 2021, in case N2/8629-21. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/download/5158898/0/ge/pdf>> [Last seen: November 24, 2022].

#### NOTES:

1. Rehabilitation and of creditors collective satisfaction about Law, Article 6.1.
2. Rehabilitation and of creditors collective satisfaction about Law, Article 7.1.
3. Braun B., (2010). (Hrsg.), InsO Kommentar, 4. Aufl. § 18, Rn. 7-8.
4. Jugeli G., (2010). Capital Protection Shareholder In the community, Tbilisi. p.271.
5. Meskhishvili K., Batlidze g., Amisulashvili N., Jorbenadze S., (2021). Insolvency case production Basics of rehabilitation and of creditors collective satisfaction About Georgia \_ of the law According to, publishing house: GIZ, Tbilisi. p. 29. <[http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ\\_Insolvency-reader\\_2021.pdf](http://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_Insolvency-reader_2021.pdf)>
6. The Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 51.
7. Makharoblishvili G., (2015). Corporations management general Analysis, (comparatively – legal research) Tbilisi, Publishing house: Lawyers the world p.92.
8. Bakakuri N., Gelter M., Tsertsvadze L., Jugeli G., (2019). corporate law manual for lawyers. p.200.
9. Shalchi A., (2022). Directors' responsibilities during insolvency, House of Commons Library. p.4.
10. Shalchi A., (2021). Corporate Insolvency and Governance Act 2020, House of Commons Library. p.21.
11. Explanatory Rehabilitation card and of creditors collective satisfaction About Georgia \_ of the law on the project. p.8.
12. Rehabilitation and of creditors collective satisfaction about Law, Article 44.1.
13. Rehabilitation and of creditors collective satisfaction about Law, article 18.1 and paragraph 2.
14. Rehabilitation and of creditors collective satisfaction about Law, Article 18.3.
15. Rehabilitation and of creditors collective satisfaction about Law, Article 44.2.

16. The Law of Georgia on Entrepreneurs, Article 9.9. consolidated Version – 15.07.2020.
17. Rehabilitation and of creditors collective satisfaction about Law, Article 16.1.
18. Judgment of the Supreme Court of Georgia dated October 21, 2019. Case No. AS-1077-2018. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: November 22, 2022].
19. Brawn M., German Insolvency Law – an overview. p.3. <[http://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2016/08/german-insolvency-law--an-overview/files/get-the-full-report/fileattachment/german\\_insolvency\\_oct\\_14\\_a4.pdf](http://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2016/08/german-insolvency-law--an-overview/files/get-the-full-report/fileattachment/german_insolvency_oct_14_a4.pdf)>
20. Exposure of Managing Directors of Austrian Corporate Entities in Times of COVID-19, February 2, 2022. <<http://knoetzl.com/exposure-of-managing-directors-of/>>
21. Austrian Insolvency Code, Section 69.2. <[http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187\\_Austrian\\_Insolvency-Code\\_ENG.pdf](http://www.rautner.com/wp-content/uploads/2016/05/3645187_Austrian_Insolvency-Code_ENG.pdf)>
22. Millaudon V P., (2019). 8 Mart. (ns) 68, 77–78 (La. Supreme Court, 1829); Criddle, Miller & Sitkoff, the Oxford handbook of fiduciary law. p.877.
23. Fisch, (2000). The Peculiar Role of the Delaware Courts in the Competition for Corporate Charters, University of Cincinnati Law Review. p.1063.
24. Martinez G., (2017). Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for its Implementation in Non-US jurisdictions, Working Paper Series. p.5.
25. Decision of the Supreme Court of Georgia of May 6, 2015. Case No. AS-1307-1245-2014. <[http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-\(1\).pdf](http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba78-(1).pdf)> [Last seen: November 23, 2022].
26. The Law of Georgia on Entrepreneurs 2021. 51.1.
27. Judgment of Tbilisi City Court of January 17, 2018, case No. 2/25704-15.
28. Migriauli R., (2021). Entrepreneurial of law short Textbook, Tbilisi, publishing house: Sezani. p.111-113.
29. Law on Insolvency Proceedings, Article, 44.4.
30. Chanturia L., Ninidze T., (2002). Commentary on the Law on Entrepreneurs, 3rd edition. p.303.
31. Migriauli R., (2003). Origin and termination of the legal relationship between the limited liability company and the director, Journal: Notariat, Notarial and Private Law Review N1. p. 36.
32. Lazarishvili L., (2009). official contract of the company with the director Modern corporate of law theoretical and practical Issues, Tbilisi, publishing house: Meridiani; Tinatin Tsereteli State and Law Institute. p.309.
33. Schnitgeri H., Migriauli R., (2011) Insolvency Law, Characterization and Comparison with Georgian Bankruptcy Law and International Standards, Tbilisi. p.12.
34. See\_DIRECTIVE (EU) 2019/1023 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 June 2019. CHAPTER 2, Article 5.1. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1023&qid=1649747230750>>
35. Migriauli R., (2016) Issues of Georgian private law, second edition, Tbilisi. p.145.
36. Judgment of Tbilisi City Court of December 20, 2021, case N2/32145-21. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5352736?publication=0>> [Last seen: November 24, 2022].
37. Judgment of Tbilisi City Court, case N2/5373-22. <<http://matsne.gov.ge/document/view/5410220?publication=0>> [Last seen: November 24, 2022].
38. Judgment of Tbilisi City Court of April 23, 2021, in case N2/8629-21. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/download/5158898/0/ge/pdf>> [Last seen: November 24, 2022].

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ  
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: [www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)  
ელ. ფოსტა: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)  
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141  
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171

---

The online version of the journal is available on the website:

[www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)

E-mail: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)

Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141

Phone: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171