

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

4/2021

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



თინათინ წეტელის სახელობის
სახელმწიფოსა და
საპარტოლის ინსტიტუტი

4/2021

შვედური-გერმანიის სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG



სახელმწიფო და სამართლის ინსტიტუტის გამოცემა

წინამდებარე პუბლიკაცია გამოიცემა გერმანიის საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის ფონდის (IRZ) ფინანსური მხარდაჭერით.

გერმანიის საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის ფონდი (IRZ) შეიქმნა 1992 წელს და ამ დროიდან გერმანიის იუსტიციის ფედერალური სამინისტროს დაკვეთით დახმარებას უწევს პარტნიორ სახელმწიფოებს სამართლებრივი რეფორმების გატარებაში. ასეთი პროცესების მხარდაჭერა წარმოადგენს IRZ-ის ამოცანას, რომლის ფარგლებშიც ცენტრალური მნიშვნელობა ენიჭება პარტნიორი სახელმწიფოს ინტერესებს.

საქართველოსთან IRZ-ის თანამშრომლობა ეფუძნება საქართველოს და გერმანიის იუსტიციის სამინისტროთა 2005 წლის შეთანხმებას, რომლის განხორციელებაც 2006 წლიდან მიმდინარეობს. თანამშრომლობის მთავარი სფეროებია: საერთაშორისო შეთანხმებებისა და ხელშეკრულებების იმპლემენტაცია ქართულ კანონმდებლობასა და სამართალში, საკონსულტაციო საქმიანობა სისხლის სამართალში და სასჯელაღსრულების სფეროში და პრაქტიკოსი იურისტების განვითარებით იურიდიული განათლება.

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



თინათინ წუტელის სახელობის
სახალხო იურია და
საპარტოლო ინსტიტუტი



ჟურნალი დაფუძნებულია გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) მიერ. 2020 წლის მე-3 ნომრიდან მის დაფინანსებას აგრძელებს საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდი (IRZ).

მთავარი რედაქტორები

ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
პროფ. დოქ. ოლაფ მუთჰორსტი
ასოც. პროფ. ლადო სირდაძე

გამომცემლები

პროფ. დოქ. საპატიო დოქ. ტიცინანა ქიუზი
პროფ. დოქ. ოლაფ მუთჰორსტი
ნოტარიუსი რიხარდ ბოკი
მოსამართლე ვოლფრამ ებერჰარდი
პროფ. დოქ. არკადიუშ ვუდარსკი
მოსამართლე დოქ. ტიმო უტერმარკი
ადვოკატი დოქ. მაქს გუთბროდი
პროფ. დოქ. გიორგი ხუბუა
პროფ. დოქ. ლაშა ბრეგვაძე
პროფ. დოქ. ირაკლი ბურდული
პროფ. დოქ. ზვიად გაბისონია
ფრანკ ჰუპფელდი
ხათუნა დიასამიძე

ასოც. პროფ. დოქ. სულხან გამყრელიძე
ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
ასოც. პროფ. დოქ. შალვა პაპუაშვილი
ასოც. პროფ. ლადო სირდაძე
დავით მაისურაძე
ადვოკატი გიორგი ჟორჟოლიანი
ადვოკატი თემურ ბიგვავა
ადვოკატი ზვიად ბატიაშვილი
ხატია პაპიძე
ადვოკატი გონა ოყრეშიძე
დემეტრე ეგნატაშვილი
ადვოკატი ქეთევან ბუაძე
ადვოკატი ნიკოლოზ შეყილაძე
თორნიკე დარჯანია
ასისტ. პროფ. დოქ. თემურ ცქიტიშვილი
სულხან გველესიანი

ტექნიკური რედაქტორი

დავით მაისურაძე

სამუშაო ჯგუფი

ნინო ქავშაია
თათია ჯორბენაძე
ანა ბაიაძე
ტილმან სუტორი

ISSN 2587-5191 (ბეჭდვითი)

ISSN 2667-9817 (ელექტრონული)

© თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, 2021

© საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდი (IRZ) 2021

© ავტორები, 2021

გ. ქიქოძის ქ. 3, თბილისი, +995 322983245, administration@isl.ge, www.lawjournal.ge, www.isl.ge

სარჩევი

სტატიები

მომხმარებელთა დაცვა ნაციონალურ და ევროპულ სამართალში <i>არნდ ვაისჰაუპტი</i>	7
ქონებაზე ყადაღის დადების ხანგრძლივობა საკუთრების უფლების კონსტიტუციურობის ქრილში <i>გოჩა ფარულავა</i>	79
ხელშეკრულების ფორმა საერთაშორისო კერძო სამართალში <i>გოჩა ოყრეშიძე</i>	30

სასამართლო პრაქტიკა

საფლავის მოვლის ხელშეშლის აღკვეთა, შვილის გვერდით დასაფლავების უფლება (ქავშბაია)	63
აუქციონის ჩატარებისას ნულოვანი სანყისი ფასის არაკონსტიტუციურობა (ქავშბაია)	64

რეკლამა

შენიშვნები თამარ მახარობლიძის დისერტაციაზე: „არასრულწლოვანთა სასჯელების ეროვნული და საერთაშორისო სტანდარტები“ <i>თემურ ცქიტიშვილი</i>	67
---	-----------

მომხმარებელთა დაცვა ნაციონალურ და ევროპულ სამართალში

დოქ. არნდ ვაისჰაუპტი

უმადლესი სამხარეო სასამართლოს მოსამართლე

I. მონესრიგების აუცილებლობა

ის, ვინც სამოქალაქო ბრუნვაში მონაწილეობს, ზოგადად, თავადვე უნდა შეეძლოს საკუთარი ინტერესების დაცვა. ამ პრინციპს ემყარება, როგორც ევროპული მეორეული სამართალი, ასევე გერმანული სახელშეკრულებო სამართალი. ის თავის გამოხატულებას ჰპოვებს ხელშეკრულების თავისუფლებაში, რომელიც მხარეებს ზოგადად აძლევს უფლებას, თავად გადანყვიტონ, სურთ თუ არა შეიბოჭონ თავი ხელშეკრულებით და როგორ უნდა იყოს ეს ბოჭვა მონყობილი. ხელშეკრულების თავისუფლება იზღუდება განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც მოსაწესრიგებელ შემთხვევაში განსაკუთრებით დასაცავია ერთ-ერთი მხარე. ეს წესი მოქმედებს, მაგალითად, საცხოვრებელი სადგომის ქირავნობის შემთხვევაში, რადგან ბინა წამოადგენს დამქირავებლისათვის პირველად ყოფით აუცილებლობას. გარდა ამისა, კანონმდებელმა მალევე შეიცნო განსაზღვრული ჯგუფების დაცვის აუცილებლობა და საკანონმდებლო დონეზე მოაწესრიგა ის, მაგალითად, არასრულწლოვანთა დაცვის აუცილებლობა მათ მიერ განხორციელებული გარიგებისმიერი ქმედებების შედეგებისაგან.

ფოკუსი სულ უფრო და უფრო ინაცვლებს ასევე სხვა ისეთი ჯგუფების დაცვისაკენ, რომლებიც გარიგებისმიერ ბრუნვაში, ჩვეულებრივ, სტრუქტურულად დაუცველნი არიან ხოლმე - მაგალითად, მომხმარებლები. თუმცა მათი დაცვის აუცილებლობა დღის წესრიგში დგება მხოლოდ მაშინ, როდესაც ისინი არა თავისნაირებთან, არამედ მენარმეებთან შედიან საქმიან ურთიერთობებში, რადგან ეს უკანა-

სკენლნი, ჩვეულებრივ, უფრო გამოცდილნი არიან ბიზნეს ურთიერთობებში და, შესაბამისად, შეუძლიათ, კანონით მინიჭებული მოქმედების თავისუფლება საკუთარი გამორჩენისათვის გამოიყენონ და ამით მომხმარებელი დააზიანონ. ეს განსაკუთრებით აქტუალურია იმ შემთხვევაში, როდესაც მენარმე მომხმარებელს, ჩვეულებრივ, ისეთ სახელშეკრულებო პირობებს სთავაზობს, რომლებიც რეალურად არ გამხდარა მოლაპარაკების საგანი. ამგვარად, ეს ორი ცნება, „მომხმარებელი“ და „მენარმე“, აღნიშნავს სამომხმარებლო სამართლის ურთიერთდაპირისპირებულ პოლუსებს.¹

პარიტეტის ამ დარღვევის აღმოსაფხვრებლად, მომხმარებლის დაცვის სამართალი ორ გზას ირჩევს, რომლებიც სამართლებრივ რეალობაში ხანდახან, რა თქმა უნდა, კომბინირებული ფორმით გვხვდება. დაცვის ყველაზე ეფექტურად განხორციელება შესაძლებელია მომხმარებელთა დამცველი მატერიალურ-სამართლებრივი დანაწესების შემოტანით. ეს დანაწესები ზღუდავენ მოქმედების თავისუფლებას იმდენად, რამდენადაც ბათილია მომხმარებლის საზიანო შეთანხმება, რომელიც ეწინააღმდეგება კანონის ნორმებს. ამ მატერიალურ დანაწესებს ასევე განეკუთვნება გამოხმობის

¹ სამომხმარებლო გარიგებისათვის დამკვიდრდა აღნიშვნა „B2C“ ან „B to C“. ეს წარმოადგენს „Business to Consumer“-ის შემოკლებას, ანუ აღნიშნავს მენარმესა და მომხმარებელს შორის ურთიერთობას. შესაბამისად, „B2B-ით“ აღინიშნება „Business to Business“, ანუ ურთიერთობა მენარმეებს შორის, მაშინ როდესაც „C2C“ ეწოდება გარიგებას, რომელშიც მხოლოდ მომხმარებლები მონაწილეობენ – „Consumer to Consumer“.

უფლება, მტკიცების ტვირთის მოწესრიგება და ხარჯების გადაკისრებისა თუ რისკის ტარების რეგულაციები, რომლებიც მომხმარებლის პრივილეგირებას ისახავს მიზნად. ამგვარი დანაწესები მოიპოვება ევროკავშირის მეორეულ სამართალში, მაგალითად დირექტივებში, რომლებიც შეეხება e-commerce-ს ან ზოგადად ნასყიდობას.

საპირისპირო მოდელს წარმოადგენს მომხმარებელთა დაცვა, რომელიც უფრო ფორმალისტურ ხასიათს ატარებს და რომლის ქვაკუთხედსაც წარმოადგენენ ინფორმაციის სავალდებულო მიწოდებისა და ფორმასავალდებულობის დანაწესები. ისინი წარმოადგენენ ევროკავშირის სამომხმარებლო კრედიტის შესახებ დირექტივის ნაწილს. როგორც ქვემოთ იქნება ნაჩვენები, მომხმარებლის დაცვის მიზანი ამ სფეროში, რომელიც განსაკუთრებულ რეგულირებას საჭიროებს, ევროკავშირის ქვეყნებში მხოლოდ სუსტად არის განხორციელებული და მომხმარებელს სწორედ ისეთი აღმატებული რესურსების მქონე კონტრაქტის წინაშე, როგორც ბანკია, მეტწილად მარტოსა და დაუცველს ტოვებს.

II. განვითარების გზები

ევროკავშირის ქვეყნების ნაწილმა უკვე ევროკავშირისა და მისი წინამორბედი ორგანიზაციების დაარსებამდე დიდი ხნით ადრე ცალკეული რეგულაციები თუ მთლიანი კანონები გამოსცა, რომლებიც მომხმარებელთა დამცავი დანაწესების იდენტურ მიზანს ატარებს.² თუ-

² მომხმარებელთა უფლებათა დამცავი კანონების წინამორბედად გერმანიაში შეიძლება დასახელდეს განვადებით გადახდის შესახებ 1984 წლის კანონი. ეს კანონი მიზნად ისახავს საქმიან ურთიერთობებში ჩვეულებრივ ნაკლებ გამოცდილი განვადებით მყიდველის დაცვას იმ სახელშეკრულებო პირობებისაგან, რომელთა რისკსაც ის ბოლომდე ვერ აცნობიერებს ხელშეკრულების დადების მომენტში. ამ კანონის მომდევნო რედაქციები უკვე შეიცავენ ამ დაცვის ელემენტებს, როგორც ეს მოგვიანებით ჩამოყალიბებული მომხმარებელთა დაცვის კანონებიდან არის ცნობილი, მაგალითად,

მცა მომხმარებელთა დაცვის სამართალმა ევროკავშირის ქვეყნებში თავისი განსაკუთრებული ფორმა კავშირის მეორეული სამართლის წყალობით მიიღო. ამასთან, ერთმანეთისაგან უნდა განვასხვავოთ დადგენილებები და დირექტივები (ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 288-ე მუხლი). დადგენილება არის ზოგადსავალდებულო. მისი ყველა ნაწილი სავალდებულოა და მოქმედებს პირდაპირ ყველა წევრ ქვეყანაში (ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 288-ე მუხლის მე-2 ნაწილი). ამის საწინააღმდეგოდ, დირექტივა იმ წევრი ქვეყნებისათვის, რომელთაკენაც არის ის მიმართული, მხოლოდ მიზნის მიღწევის ნაწილში, თუმცა შიდასახელმწიფოებრივ ორგანოებს ანდობს ამ მიზნის მიღწევის საშუალების არჩევას (ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 288-ე მუხლის მე-3 ნაწილი).

დირექტივის შემთხვევაში შემდეგი განსხვავება უნდა გაკეთდეს: თუ ის მინიმალურ ჰარმონიზებას ისახავს მიზნად, მაშინ ის აწესებს მინიმალურ სტანდარტს, რომლის ქვემოთაც არ უნდა დაინიშნოს თამასამ წევრი ქვეყნების ნაციონალურ სამართალში. ამის საპირისპიროდ, წევრი ქვეყნები არ არიან შეზღუდულნი თამასა უფრო მაღლა აწიონ და გაითვალისწინონ უფრო მკაცრი რეგულაციები მომხმარებელთა დასაცავად.

განსხვავებულად არის საქმე, როდესაც დირექტივის მიზანია მისით მოცული სფეროს სრული ჰარმონიზაცია. ამ შემთხვევებში წევრი ქვეყნების მოქმედების თავისუფლება საკმაოდ შეზღუდულია. მათ უნდა დაიცვან დირექტივის მოთხოვნები და ამასთან არ შეიძლება მოწესრიგების ფარგლები, მისი ინტენსივობა და ხარისხი ზედა და ქვედა თამასას შორის მერყეობდეს.³ მომხმარებელთა დაცვის კანონის ფა-

70-იან წლებში ჩამოყალიბებული განვადებით მყიდველის გამოსმობის უფლების სახით. იხ. ამასთან დაკავშირებით BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 10-11.4.

³ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 38-39.

რგლებში ევროპელი კანონმდებელი ძირითადად სრულ ჰარმონიზაციას ირჩევს.

მომხმარებელთა დაცვის სამართლის კოდიფიკაციისას საქართველო და გერმანია სხვადასხვა მიზანს ისახავს. გერმანიაში მომხმარებელთა დაცვის სამართლის ცენტრალური ნაწილი თავდაპირველად სამოქალაქო კოდექსის მიღმა, სპეციალურ კანონებში იყო მოწესრიგებული.⁴ 2002 წლის 1 იანვარს ძალაში შევიდა ვალდებულებითი სამართლის მოდერნიზაციის კანონი, რომლითაც მოხდა სამოქალაქო კოდექსში უამრავი დანაწესის ინტეგრირება. ამასთან მომხმარებელთა დაცვა გამწესდა „შესაბამის“ ადგილას სამოქალაქო კოდექსში: მაგალითად, გსკ-ის 433-დან 473-ე მუხლის ჩათვლით დანაწესები, ზოგადად ნასყიდობას ეხება, დამოუკიდებლად მხარეთა რაობისა, ხოლო გსკ-ის 474-დან 479-ე მუხლის ჩათვლით მონესრიგებულია სპეციალურად სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობა, ანუ ხელშეკრულებები, რომელითა საფუძველზეც მომხმარებელი მენარმისაგან იძენს მოძრავ ნივთს. ამგვარად, სამოქალაქო კოდექსში მომხმარებელთა დაცვა ნასყიდობის სამართალში მოწესრიგებულია ნასყიდობასთან დაკავშირებულ ზოგად დანაწესებთან ერთად. შესაბამისად, გერმანიაში არ არსებობს ყოვლისმომცველი კოდიფიცირება ყველა სფეროს მომცველი მომხმარებელთა დაცვის სამართლისა.

ამის საპირისპიროდ, საქართველომ სხვაგზა აირჩია. უკვე 1995 წლის კონსტიტუცია აცხადებდა მომხმარებელთა დაცვას სახელმწიფოს ამოცანად. ამან წარმოშვა მცდელობები მომხმარებელთა დაცვის ჩარჩო-კანონის გამოცემისა. თუმცა ეს აქამდე არ მოხერხდა.⁵ 2014 წელს დადებული და 01.07.2016-ში ძალაში შესული ასოცირების ხელშეკრულებით ევროკავშირთან საქართველოს ეკისრება ვალდებულება, მოახდინოს ნაციონალური კანონმდებლობის ჰარმონიზირება ასევე მომხმარებელთა და-

ცვის ნაწილში ევროკავშირის სამართალთან⁶ – შდრ., მაგალითად, Association Agenda-ს „Consumer Policy“-ის 2.6 პუნქტი. ამ პერსპექტივიდან მომხმარებელთა დაცვის სამართლის კოდიფიკაცია არის არა მხოლოდ საჭიროება, რომელიც გამონვეულია ფაქტობრივად არსებული დაცვის აუცილებლობით, არამედ ვალდებულება ევროკავშირის წინაშეც.

III. მომხმარებლის ცნება

ევროკავშირის სამართალი არ შეიცავს მომხმარებლის ერთიან ცნებას. ამის საპირისპიროდ, მთელი რიგი დირექტივები და დადგენილებები შეიცავენ შესაბამისი მოსაწესრიგებელი სფეროსათვის გამოსადეგ მომხმარებლის ცნებას. თუმცა მათ ახასიათებთ გარკვეული მსგავსება და განმეორებადი სტრუქტურული ელემენტები.⁷

მომხმარებელი ყოველთვის მხოლოდ ფიზიკური პირია.⁸ ამ შეზღუდვის საფუძველი მდგომარეობს იმაში, რომ იურიდიულ პირს, ზოგადად, შეიძლება მოეთხოვოს, დაიცვას საკუთარი ინტერესები კანონმდებლის მიერ მისთვის მინიჭებული განსაკუთრებული დაცვის მექანიზმების გარეშე. თუმცა ეს პრინციპი *per se* არ ეხება ყველა იურიდიულ პირს.⁹ საფიქრებელია, მაგალითად, არაკომერციულ იურიდიულ პირებზე, ფონდებზე, რომლებიც არ არიან დაკავებული სამეწარმეო და ეკონომიკური საქმიანობით, სამომხმარებლო სამართლის გავრცელება. ამის შესაბამისად, 2011 წლის 25 ოქტომბრის მომხმარებელთა უფლებების შესახებ 2011/83/EU დირექტივის მე-13 განმარტება ანიჭებს წევრ სახელმწიფოებს თავისუფლებას, მოიცვას შესაბამისი რეგულაციით ასევე იურიდიული პირები და ასახელებს ასევე მაგალითე-

⁴ აღსანიშნავია ქუჩაში დადებული და მსგავსი გარიგებების გამომშობის შესახებ კანონი, სამომხმარებლო კრედიტის შესახებ კანონი, კანონი სტანდარტული პირობების შესახებ, დისტანციური ვაჭრობის შესახებ კანონი.

⁵ 2021 წლის მდგომარეობით.

⁶ <https://www.irz.de/index.php/partnerstaaten/georgien/3049-online-seminar-zum-verbraucherschutz>.

⁷ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 123 ff.

⁸ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 13 Rn. 14.

⁹ იურიდიულ პირზე გავრცელებასთან დაკავშირებით Faber, ZEuP 1998, 854 (860 ff.).

ბს, რა შემთხვევაშიც ეს გაფართოება განსახილველია – მაგალითად, არასამთავრობო ორგანიზაციები –, მაგრამ ასევე ახლად დაარსებული ან მცირე თუ საშუალო ზომის საწარმოები.

ფიზიკური პირი ამ ხელშეკრულების დადებისას არ უნდა მოქმედებდეს იმ მიზნით, რომელიც განეკუთვნება მის სამენარმეო თუ პროფესიულ საქმიანობას. ეს დეფინიცია სიტყვასიტყვით მეორდება სხვადასხვა დირექტივაში.¹⁰ ამასთან დაკავშირებით ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ეს ცნება აღნიშნავს და მოიცავს ყველას, ვინც არ არის დაკავებული სამენარმეო და პროფესიული საქმიანობით.¹¹ თუმცა აქვე სასამართლო თავის გადაწყვეტილებებში ხაზს უსვამს იმას, რომ მომხმარებლის ცნება ყოველთვის ევროკავშირის შესაბამისი სამართლის დანაწესების საფუძველზე უნდა იქნეს განმარტებული.¹² შესაბამისად, განმარტება ყოველთვის კონკრეტული ევროკავშირის რეგულაციის დაცვით მიზანზე უნდა იყოს ორიენტირებული.¹³

გერმანიაში მომხმარებლის ცნება მონესრიგებულია სამოქალაქო კოდექსის დასაწყისში, მის პირველ ნიგნში – „ზოგად ნაწილში“ –, უფრო კონკრეტულად, 1-ლ თავში: „პირები“.

§ 13 გსკ – მომხმარებელი

მომხმარებელი არის ყოველი ფიზიკური პირი, რომელიც დებს გარიგებებს იმ მიზნით, რომლებიც მეტწილად არ განეკუთვნება არც მის სამენარმეო და არც მის პროფესიულ საქმიანობას.

შესაბამისად, მომხმარებელი ასევე გერმანიაში შეიძლება იყოს მხოლოდ ფიზიკური პირი, მაგრამ არა იურიდიული პირი. ამ ფიზიკური პირის მიერ დადებული გარიგების მიზანს კანონი ნეგატიურად აღწერს: ეს მიზანი არ შეიძლება

განეკუთვნებოდეს მის სამენარმეო ან დამოუკიდებელ პროფესიულ საქმიანობას. პოზიტიურად რომ ჩამოვაცალიბოთ, ეს ნიშნავს იმას, რომ გარიგება უნდა განეკუთვნებოდეს მათ პირად ან დამოკიდებული პროფესიული საქმიანობის სფეროს.

პრობლემური შეიძლება იყოს ავტომანქანის ნასყიდობა, როდესაც მისი გამოყენება ხდება როგორც პირადი, ასევე დამოუკიდებელი პროფესიული თუ სამენარმეო საქმიანობის მიზნებისათვის. ამ დროს გადაწყვეტია, თუ სარგებლობის რომელი მიზანი გადანონის: თუ პირადი გამოყენების მიზანი გადანონის, მაშინ სახეზეა სამომხმარებლო გარიგება.¹⁴ საბანკო და საბირჟო გარიგებები, რომელსაც ინჟინერი დებს საკუთარ ქონებაზე ზრუნვის ფარგლებში, ზოგადად არ განეკუთვნება მის პროფესიულ თუ სამენარმეო საქმიანობას.¹⁵ ვინც მიუთითებს თავის, როგორც მომხმარებლის, სტატუსზე, ატარებს ამის მტკიცების ტვირთს.¹⁶ თუმცა, საეჭვოობისას, ობიექტურად არსებული სამომხმარებლო გარიგებისას გსკ-ის 13-ე პარაგრაფის შემთხვევა მოცემულად უნდა მივიჩნიოთ.¹⁷

IV. მენარმის ცნება

ევროკავშირის სამართალი არ შეიცავს მენარმის ყოვლისმომცველ და ერთიან ცნებას. მომხმარებლის ცნებასთან შედარებით მენარმის ცნების აღსანიშნად უფრო მრავალფეროვანი ტერმინოლოგია გამოიყენება. ხანდახან ეს შესაბამისი დირექტივის ტერმინოლოგიაზეც არის დამოკიდებული.¹⁸ განსხვავებული ცნებე-

¹⁴ OLG Celle, Urteil vom 11.08.2005 – 7 U 17/04; MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 13 Rn. 52.

¹⁵ BGH, Urteil vom 25.01.2011 – IX ZR 350/08.

¹⁶ BGH, Urteil vom 11.07.2007 – VIII ZR 110/06.

¹⁷ BGH, Urteil vom 30.09.2009 – VIII ZR 7/09.

¹⁸ მაგალითად, სამენარმეო მიზნებით მოქმედი პირი სხვადასხვა დირექტივის გერმანულ ვერსიებში აღინიშნება როგორც „საწარმოს გამძლოლი“ (ქუჩაში დადებული გარიგებების შესახებ დირექტივა), „მიმწოდებელი“ (დისტანციური ვაჭრობის შესახებ დირექტივა) ან „მენარმე“ (დირექტივა მო-

¹⁰ Faber, ZEuP 1998, 854 (856).

¹¹ EuGH, Urteil vom 05.12.2019 - C-708/17, C-725/17; EuGH, Urteil vom 04.10.2018 - C-105/17.

¹² EuGH, Urteil vom 05.12.2019 - C-708/17, C-725/17.

¹³ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 13 Rn. 133.

ბის გამოყენება აიხსნება იმით, რომ სამენარმეო საქმიანობით დაკავებული პირის აღმნიშვნელი სიტყვა ხშირად შერჩეულია დასარეგულირებელი ფაქტობრივი მოცემულობის მიხედვით. თუმცა, მიუხედავად ამისა, დასაშვებია ევროკავშირის სამართალში მენარმის დამახასიათებელი ზოგადი კრიტერიუმების გამოკვეთა.¹⁹ ამოსავალ წერტილს წარმოადგენს საფუძვლად მდებარე დანაწესების დაცვითი მიზანი, თუმცა ამასთან განსაკუთრებით გასათვალისწინებელია, რომ მენარმის ცნება საპირისპირო, მომხმარებლის ცნების პერსპექტივიდან განისაზღვრება.

გადამწყვეტი არ არის სამენარმეო საქმიანობით დაკავებულის იურიდიული ფორმა.²⁰ მენარმე შეიძლება იყოს, როგორც ფიზიკური ისე იურიდიული პირი. ამის საპირისპიროდ, გადამწყვეტია მათი აქტივობის მიზანი: ის უნდა მდგომარეობდეს სანარმოს გაძღოლაში ან პროფესიულ საქმეში²¹, ანუ უნდა განეკუთვნებოდეს მის საქმიან სფეროს.²² ამგვარად, ეს საქმიანობის მიზანი განსაზღვრავს სადემარკაციო ხაზს მენარმისა და მომხმარებლის ცნებებს შორის: მენარმის პოზიტიურ მახასიათებლად დასახელებულია ის გარემოება, რომ მის მიერ განხორციელებული მოქმედებები მის საქმიან სფეროს განეკუთვნება, ხოლო მომხმარებლის ცნება აღწერილია ნეგატიურად – მისი მოქმედებები სწორედ რომ არ განეკუთვნება ამგვარ საქმიანობას.

გერმანულ სამართალში, სამოქალაქო კოდექსში მენარმის ცნება დეფინირებულია უშუალოდ მომხმარებლის ცნების შემდეგ გსკ-ის მე-14 მუხლში და ის შემდეგნაირად არის ჩამოყალიბებული:

§ 14 გსკ – მენარმე

(1) მენარმე არის ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი, ან უფლებაუნარიანი პერსონალური საზოგადოება, რომელიც გარიგების დადებისას თავის სანარმო ან დამოუკიდებელი პროფესიული საქმიანობის ფარგლებში მოქმედებს.

(2) უფლებაუნარიანი პერსონალური საზოგადოების ქვეშ მოაზრება ისეთი საზოგადოება, რომელიც აღჭურვილია უნართ, შეიძინოს უფლებები და იკისროს ვალდებულებები.

ფიზიკური ან იურიდიული პირი, რომელიც მოქმედებს მისი სანარმო ან დამოუკიდებელი პროფესიული საქმიანობის ფარგლებში, არის მენარმე. ამასთან სანარმოო საქმიანობა გულისხმობს დამოუკიდებელ (არ იგულისხმება: დასაქმებული) და გეგმაზომიერ, გარკვეული ხანგრძლივობის აქტივობას, რომელიც მდგომარეობს ბაზარზე სასყიდლის სანაცვლო შესრულების შეთავაზებაში.²³ ამასთან მოგების მიღების მიზანი აუცილებელი არ არის.²⁴ მენარმეებად განიხილებიან არა მხოლოდ ვაჭრები, არამედ თავისუფალი პროფესიის წარმომადგენლები (ექიმები, ადვოკატები და ა. შ.), ხელოსნები, ფერმერები, რომლებიც უძღვებიან სანარმოს.²⁵

უმნიშვნელოა, კანონიერია თუ არა მენარმის საქმიანობა.²⁶ თუ მენარმის ცნება მხოლოდ კანონით დასაშვებ საქმიანობას მოიცავდა, მაშინ მოქმედი პირი დაჯილდოვებოდა კანონის დარღვევისათვის იმით, რომ მასზე არ გავრცე-

მხმარებელთა უფლებების შესახებ). იმავე დირექტივების ინგლისურ ვერსიებში გამოყენებულია სიტყვა „trader“ ან „supplier“, ფრანგულ ვერსიებში – „commerçant“, „fournisseur“ ან „professionnel“, BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 14 Rn. 30 und 30.1.

¹⁹ BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 14 Rn. 31.

²⁰ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rn. 2.

²¹ შდრ. Time-Sharing-დირექტივა, რომელიც მხოლოდ პროფესიულ საქმიანობაზე აკეთებს აქცენტს.

²² BeckOGK/Alexander, BGB, Stand: 01.10.2020, § 14 Rn. 39.

²³ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rn. 19.

²⁴ BGH, Urteil vom 29.03.2006 – VIII ZR 173/05.

²⁵ Jauernig/Mansel, BGB, 18. Aufl. 2021, § 14 Rn. 2.

²⁶ შდრ. Deutscher Bundestag, Drucksachen 13/8444, Seite 24, zur Neudefinition des Begriffs „Handelsgewerbe“.

ლდებოდა მომხმარებელთა დაცვის მკაცრი დანაწესები.²⁷

V. გამოყენების პრობლემები და გვერდის ავლის სტრატეგია

მიუხედავად იმისა, რომ გერმანულ სამართალში (მენარმის) ცნება საკმარისად ცხადად არის დეფინირებული და შეესაბამება ევროკავშირის სამართლის მოთხოვნებს, ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში მაინც არ არის მარტივად პასუხგასაცემი შეკითხვა, არის თუ არა სახეზე მომხმარებელსა და მენარმეს შორის გარიგება. რადგან ზოგადად მენარმესაც არ ეკრძალება, დადოს კონკრეტული გარიგება, როგორც მომხმარებელმა. ეს, ერთი მხრივ, იწვევს არა მხოლოდ გამიჯვნის პრობლემებს, არამედ იძლევა ასევე მომხმარებელთა დაცვის დანაწესების გვერდის ავლის შესაძლებლობას. გამომდინარე იქიდან, რომ კანონმდებელი სამართლის ყოველი რეფორმის გატარებისას უნდა აცნობიერებდეს იმ პრაქტიკულ პრობლემებს, რომლებიც ამ ნორმების გამოყენებას მოჰყვება, ქვემოთ ნაჩვენები იქნება, რა ტიპის პრობლემები გამოავლინა პრაქტიკამ და რაში მდგომარეობს მომხმარებელთა დაცვის სუსტი მხარე, რომელიც, მიუხედავად ამ დამცავი ნორმების სავალდებულო ხასიათისა, შეიძლება იძლეოდეს მათი გვერდის ავლის საშუალებას.

მითითებული იქნება ისეთ მაგალითზე, როგორც არის მეორადი მანქანის გაყიდვა, რომელიც პრაქტიკაში განსაკუთრებით რელევანტურია. თუ მომხმარებელი ყიდულობს ავტომანქანას მენარმისაგან, განსაკუთრებით მეორადი ავტომანქანებით მოვაჭრისაგან, აქ საქმე ეხება სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობას გსკ-ის 474-ე მუხლის გაგებით. მისთვის ძალაშია, ერთი მხრივ, – ნაწილობრივ გარკვეული მოდიფიკაციით – ნასყიდობის ზოგადი დანაწესები. ნასყიდობის ეს ზოგადი დანაწესები, ჩვეულებრივ, დისპოზიციურ ხასიათს ატარებენ. ამგვარად, ნასყიდობის მხარეებს, ზოგადად, თავისუფ-

ფლად შეუძლიათ შეათანხმონ კანონის დანაწესისაგან განსხვავებული წესი.

თუმცა, თუ საქმე ეხება სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობას, მაშინ, განსაზღვრული დანაწესები არ შეიძლება შეიცვალოს მომხმარებლის საზიანოდ, გსკ-ის 476-ე პარაგრაფი. განსაკუთრებით რელევანტურია: სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობისას არ შეიძლება გამოირიცხოს გამყიდველი მენარმის პასუხისმგებლობა ნასყიდობის საგნის ნაკლისათვის. ამგვარად, მეორადი ავტომანქანებით მოვაჭრე პასუხს აგებს ავტომანქანის ნაკლისათვის, რაც მისთვის პასუხისმგებლობის მაღალ რისკს შეიცავს. გარდა ამისა, ეს დანაწესები ითვალისწინებენ მტკიცების ტვირთის განსაკუთრებულ განაწილებას, რასაც ქვევით დეტალურად შევხებით.²⁸

ამიტომაც, განსაკუთრებით მეორადი მანქანებით მოვაჭრეებმა განავითარეს სხვადასხვა სტრატეგია იმისათვის, რომ გვერდი აუარონ ამ, მათთვის არახელსაყრელ დანაწესებს. გამომდინარე იქიდან, რომ პასუხისმგებლობის გამოირიცხვა მხოლოდ მაშინ არის აკრძალული, როდესაც მომხმარებელზე ნივთს მენარმე ყიდის, მთელი ძალისხმევა მიმართულია იქითკენ, რომ, ერთი მხრივ, ან მომხმარებლის „მენარმეობა“ მიიჩქმლოს, ან მყიდველი აღარ ჩაითვალოს „მომხმარებლად“.

1. კერძო გარიგებად გამოცხადება

მხოლოდ ის ფაქტი, რომ გამყიდველი მეორადი მანქანებით მოვაჭრეა, ჯერ კიდევ არ ნიშნავს, რომ ის ამ კონკრეტულ შემთხვევაში ამ კონკრეტულ ავტომანქანას აუცილებლად როგორც მენარმე, ისე ყიდის – ასევე მეორადი მანქანებით მოვაჭრემაც შეიძლება გაყიდოს ის მანქანა, რომლითაც ის პირადად სარგებლობდა; ეს, ჩვეულებრივ, არ ნარმოადგენს მენარმის მიერ დადებულ გარიგებას და, შესაბამისად, არ მოქმედებს ზემოთ აღწერილი მომხმარებელთა დაცვის დანაწესები, ანუ, პასუხისმგებლობის გამოირიცხვა დასაშვებია. გადა-

²⁷ MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rn. 27.

²⁸ იხ. თავი: VI.1.ბ.

მწყვეტია ის, თუ რა მიზნით იყენებდა გამყიდველი ავტომანქანას.²⁹

ამას თავის სასარგებლოდ იყენებენ მეორადი მანქანებით მოვაჭრეები იმგვარად, რომ ავტომანქანას ნასყიდობის დოკუმენტში მათ პირად მანქანად აცხადებენ. იმისათვის, რომ თავიდან ავირიდოთ უფლების ბოროტად გამოყენება, საკითხავია, გარიგება კლიენტისათვის, ობიექტურად, პირადი ნასყიდობაა თუ სამენარმეო გარიგება. ამასთან, ივარაუდება, რომ მყიდველს, რომელიც მანქანას მოვაჭრისაგან ყიდულობს, შეუძლია მიიჩნიოს, რომ ყიდულობს არა მის პირად ავტომანქანას, არამედ მანქანას მისი სავაჭრო მარაგიდან.

ამასთან გადამწყვეტია, მისცა თუ არა გამყიდველმა, სხვა გარემოებებიდან გამომდინარე, მყიდველს ცალსახა მოლოდინი, რომ ის მოიპოვებდა ავტომანქანას მოვაჭრისაგან. ეს, მაგალითად, იმ შემთხვევაშია სახეზე, როდესაც გამყიდველი ავტომანქანას გასაყიდად სთავაზობდა ონლაინ-პორტალზე მისი საწარმოო სახელის ქვეშ. ამის კორექცია არ შეიძლება მხოლოდ იმით, რომ ის ხელშეკრულების დადებისას ხელს აწერს ნასყიდობის დოკუმენტს, რომელიც დასათაურებულია „პირადი ავტომანქანის ნასყიდობა“. ამის საპირისპიროდ, მის საზიანოდ მოქმედებს ის ფაქტი, რომ მან დასაწყისში წარმოშვა ილუზია, რომ ყიდდა ავტომანქანას, როგორც მოვაჭრე, და ამ სტატუსით უკეთებდა რეკლამას საკუთარ პროდუქციას დაინტერესებულ პირებში.³⁰

ამის საპირისპიროდ, არ იქნებოდა ფაქტობრივი გარემოებების შესაბამისი, მხოლოდ დოკუმენტის სიტყვასიტყვითი გაგებისათვის მიგვენიჭებინა გადამწყვეტი მნიშვნელობა. ცხოვრებისეული გამოცდილებიდან გამომდინარე, ეს დოკუმენტი მხოლოდ მაშინ ამოტივტივდება, როდესაც მოლაპარაკებებმა უკვე „ჩაიარა“ და მყიდველმა ნასყიდობის დადების გადწყვეტილება უკვე მიიღო. ჩვეულებრივ, ხელშეკრულების დოკუმენტს, როგორც იურიდიულ „ფორმალობას“, უკვე აღარ ექცევა ყურადღება. ამის

საპირისპიროდ, დაინტერესებული პირი განცხადების შინაარსს, რომელიც ონლაინ-პორტალზეა განთავსებული, ძალიან დეტალურად იცნობს. ამგვარად ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპიდან გამომდინარეობს, რომ გამყიდველის წინააღმდეგ მოქმედებს განცხადების მის მიერ ჩამოყალიბებული შინაარსი და ამით გამონვეული ილუზია, რომ ავტომანქანას ყიდდა როგორც მოვაჭრე, არ შეიძლება გაქარწყლდეს ერთადერთი (ხანდახან, საერთოდ დამალული) მითითებით შესაბამის დოკუმენტში.³¹

2. სააგენტურო გარიგება

ასევე ე. წ. სააგენტურო ხელშეკრულებების შემთხვევაშიც არსებობს საფრთხე იმისა, რომ მოხდება მომხმარებელთა დამცავი დანაწესების გვერდის ავლა. ამასთან, საქმე ეხება ისეთ კონსტელაციას, როდესაც მოვაჭრე ავტომანქანას ასხვისებს „კლიენტის დავალებით“. ეს ნიშნავს იმას, რომ ავტომანქანის ნასყიდობა არ წარმოადგენს მოვაჭრის მიერ საკუთარი თვისათვის დადებულ გარიგებას, არამედ ის ამ გარიგებას დებს, როგორც კლიენტის წარმომადგენელი. ამ შემთხვევაში ნასყიდობა იდება შემძენსა და მოვაჭრის კლიენტს შორის. თუ კლიენტი თავადაც მომხმარებელია, მაშინ მომხმარებელთა დაცვის დანაწესები არ გამოიყენება, რადგან ისინი მოქმედებენ მომხმარებლის სასარგებლოდ და მენარმის წინააღმდეგ, თუმცა არ მოქმედებენ ორ მომხმარებელს შორის.

ეს სააგენტურო გარიგება, რომელიც ზოგადად დასაშვებია, გახდა ასევე ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს მსჯელობის საგანი.³² გადამწყვეტილების ამოსა-

²⁹ BGH, Urteil vom 13.03.2013 – VIII ZR 186/12.

³⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 03.09.2020 – I-10 U 60/20.

³¹ ეს წესი კონკრეტულად ნივთის თვისებებთან მიმართებით, რომელთა შესახებაც განაცხადა გამყიდველმა რეკლამაში, გამყარებულია გსკ-ის 434 III პარაგრაფში. ამის უკან მდგომი პრინციპი უნდა გამოვიყენოთ ყველა შემთხვევაზე, როდესაც გამყიდველი საჯაროდ აცხადებს რომელიმე საკუთარი თვისების შესახებ, მათ შორის იმის შესახებ, რომ მენარმეა.

³² EuGH, Urteil vom 09.11.2016 – C-149/15.

ვალ ნერტილს წარმოადგენდა სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობის შესახებ დირექტივა **RL 1999/44/EG**, რომელიც განეკუთვნება იმ სადამფუძნებლო ნორმატიულ აქტებს, რომლებიც შეიცავენ მომხმარებლის ცნების განსაზღვრას:

მუხლი 1. მოქმედების სფერო და ცნებების განსაზღვრა

(1) ამ დირექტივის მიზანს წარმოადგენს ნევერი სახელმწიფოების სამართლებრივი და ადმინისტრაციული დანაწესების გარკვეული ასპექტების ჰარმონიზირება სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობისა და სამომხმარებლო სიკეთეების გარანტიების ნაწილში იმისათვის, რომ მოხდეს მომხმარებელთა დაცვის ერთიანი მინიმალური სტანდარტის უზრუნველყოფა საერთო ბაზრის ფარგლებში.

(2) ამ დირექტივის ფარგლებში ცნებებს აქვთ შემდეგი მნიშვნელობა

ა) „მომხმარებელი“ არის ყოველი ფიზიკური პირი, რომელიც იმ გარიგების ფარგლებში, რომელიც ექცევა ამ დირექტივის ფარგლებში, მოქმედებს იმ მიზნით, რომელიც არ განეკუთვნება მის პროფესიულ და სამეწარმეო საქმიანობას; ...

გ) „გამყიდველი“ არის ყოველი ფიზიკური და იურიდიული პირი, რომელიც ხელშეკრულების ფარგლებში, რომელიც განეკუთვნება მის პროფესიულ ან სამეწარმეო საქმიანობას, ყიდის სამომხმარებლო სიკეთეებს; ...

ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ „მყიდველის“ ცნება სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობის შესახებ დირექტივის 1 II გ) მუხლის მიხედვით განმარტა იმგვარად, რომ ის მოიცავს ასევე იმ შუამავალ პირს, რომელიც მოქმედებს კერძო პირის ხარჯზე, თუმცა დაკავებულია საწარმოო საქმიანობით და მომხმარებელს/მყიდველს არასაკმარისად განუმარტა ის ფაქტი, რომ ნასყიდობის საგნის გამყიდველი იყო კერძო პირი.

ევროპული სასამართლოს მიერ განხილულ შემთხვევაში ფაბრიკამ გაყიდა მისი კლიენტის ავტომანქანა, როგორც შუამავალმა, თუმცა ამასთან არასაკმარისად ნათელყო, რომ ფაბრი-

კა მხოლოდ შუამავალის როლს თამაშობდა და რეალური გამყიდველი კერძო პირი იყო. ევროპულმა სასამართლომ შეამოწმა, არის თუ არა მომხმარებელი, რომელიც ყიდულობს სამომხმარებლო საქონელს, მოცემულ სიტუაციაში დირექტივა **1999/44**-ით დაცული იმგვარად, რომ შუამავალი შეიძლება ჩაითვალოს გამყიდველად ამ დირექტივის გაგებით.

ევროპულმა სასამართლო მიიჩნია აუცილებლად, რომ მომხმარებელმა უნდა მოიპოვოს ინფორმაცია გამყიდველის ვინაობის შესახებ და განსაკუთრებით იმის შესახებ, არის თუ არა ის კერძო პირი თუ საწარმოო საქმიანობით დაკავებული პირი. თუ იმგვარ სიტუაციაში, რომელიც ზევით იყო აღწერილი, მენარმე კერძო პირის შუამავლად გვევლინება, მომხმარებლის მხრიდან არცოდნა იმ ნიშან-თვისებისა, რომელიც ახასიათებს ამ სიტუაციაში მოქმედ მენარმეს, დააკარგვინებდა მას **1999/44** დირექტივით გარანტირებულ უფლებებს. იმისათვის, რომ დირექტივის ფარგლებში უზრუნველყოფილი იყოს მომხმარებლის ეფექტიანი დაცვა, აუცილებელია, მომხმარებელს ეცნობოს, რომ მესაკუთრე კერძო პირია. ამგვარად, **1999/44** დირექტივის მიხედვით, გამყიდველის პასუხისმგებლობა უნდა დაეკისროს შუამავალს, რომელმაც საკუთარი ქმედებით გააჩინა მომხმარებლის შეცდომაში შეყვანის საფრთხე იმით, რომ წარმოუშვა მას წარმოდგენა, რომ ის იყო ნასყიდობის საგნის მესაკუთრე.

3. მომხმარებლის ჩართვა მენარმის მხარეზე

საშუამავლო ხელშეკრულების სპეციალურ ვარიანტს წარმოადგენს შემთხვევა, როდესაც მოვაჭრე, ავტომანქანის გასხვისებამდე ავტომანქანის მონმობაში უთითებს თავის ნათესავს, რომელიც არ არის მენარმე და რომელიც უნდა ჩაითალოს გამყიდველად. ამ მოქმედების მიზანს წარმოადგენს მყიდველის, როგორც მომხმარებლის, მისთვის მინიჭებული სპეციალური დაცვის გარეშე დატოვება. აქ ეკონომიკური პერსპექტივა უნდა იყოს გადამწყვეტი: თუ ნათესავის შეტანა ემსახურება მხოლოდ იმ მიზანს,

რომ დაიფაროს მენარმის არსებობა, მოვაჭრე უნდა ჩავაყენოთ ისეთ მდგომარეობაში, როგორშიც იქნებოდა, თავად რომ მიეყიდა ავტომანქანა მომხმარებლისათვის.³³

4. მომხმარებლის მხარეზე მენარმის ჩართვა

ზოგი მოვაჭრე ცდილობს, იმგვარად აუაროს გვერდი მომხმარებელთა დაცვის სამართალს, რომ აქციოს მისი კლიენტი მენარმედ. ამ მიზნით ისინი კლიენტს ხელს აწერინებენ იმაზე, რომ მენარმეა.

თუმცა მენარმედ დაკვალიფიცირებისათვის გადამწყვეტია გარიგების დადების მიზანი ხელშეკრულების დადების მონეტისათვის და არ არის მხარეთა ნებაზე დამოკიდებული, იქნება თუ არა სახეზე სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობა.³⁴ ამასთან უნდა განვასხვავოთ: თუ მყიდველი იბრალებს, რომ არის მენარმე, რადგან იცის, რომ წინააღმდეგ შემთხვევაში გამყიდველი მას არ მიჰყიდდა, ის რჩება მომხმარებელად, თუმცა ვეღარ მიუთითებს მომხმარებელთა დაცვის დანაწესებზე. თუმცა თუ ინიციატივა გამყიდველისაგან მოდის, რომლისათვისაც ცნობილი იყო, რომ მყიდველი რეალურად მომხმარებელი იყო, არ არსებობს გამართლება იმისა, რომ მყიდველს წაერთვას უფლება, მოგვიანებით მიუთითოს იმაზე, რომ მომხმარებელია. თუ ორივე მხარემ იცოდა, რომ მყიდველი მომხმარებელია და მხოლოდ ურთიერთშეთანხმებით შექმნეს გარე ილუზია, რომ აქ საქმე ეხებოდა B2B-გარიგებას, აქ გამყიდველი არ იმსახურებს განსაკუთრებულ დაცვას. მოცემულ შემთხვევაში გამართლებულია, რომ გარიგება ჩაითვალოს B2C-გარიგებად, რაც განპირობებულია მისი რეალური მიზნით, რომელიც ცნობილი იყო ასევე გამყიდველისათვისაც. პრაქტიკაში მყიდველი, რომელიც უთითებს იმაზე, რომ მომხმარებელია, ვალდებულია დაამტკიცოს, რომ ის მოქმედებდა,

როგორც მომხმარებელი და მას არ უნდა ჩამოერთვას დამცავ ნორმებზე მითითების უფლება, რადგან გამყიდველმა მას გაცნობიერებულად უბიძგა განეცხადებინა, რომ ის იყო მენარმე.

VI. მომხმარებელთა დაცვის შინაარსობრივი გამართვა

ევროკავშირის მითითების საფუძველზე გერმანიაში მიღებული კანონისმიერი დანაწესები მომხმარებელთა დაცვის სამართალთან დაკავშირებით ეხება ხელშეკრულებათა განსხვავებულ ტიპებსა და სიტუაციებს. მომხმარებელთა დაცვის შინაარსობრივი გამართვისას განსხვავება უნდა გაკეთდეს ორ ძირითად მოდელს შორის. ერთ შემთხვევაში ეს მიიღწევა მატერიალური რეგულაციების მეშვეობით, მეორე შემთხვევაში, პირველ რიგში, ფორმალური რეგულაციების მეშვეობით.

1. მომხმარებელთა დაცვა მატერიალური კუთხით

მომხმარებელთა დაცვის მატერიალური კუთხით მომხმარებელი რეგულაციების შემთხვევაში ისევ ორ ძირითად ხაზს შორის უნდა განვასხვავოთ.

ა) დაცვა კანონისმიერი სტანდარტისაგან გადახვევისაგან

მატერიალური კუთხით მომხმარებელთა დაცვის ერთ-ერთი პრინციპი მდგომარეობს იმაში, რომ მომხმარებელი დაცული იყოს კანონისმიერი სტანდარტისაგან გადახვევისაგან. ამის ტიპიურ მაგალითს წარმოადგენს სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობა. ნასყიდობის ზოგადი დანაწესებით, რომელთა მიხედვითაც გამყიდველი პასუხს აგებს ნივთის ნაკლისათვის, მყიდველი უკვე დაცულია იმდენად, რამდენადაც ამას ობიექტურად მოითხოვს მისი ინტერესები მეორე მხარის ინტერესების გათვალისწინებით. თუმცა მხარეებს უფლება აქვთ შე-

³³ შდრ. მაგალითისათვის BGH, Urteil vom 22.11.2006 – VIII ZR 72/06.

³⁴ BGH, Urteil vom 22.12.2004 – VIII ZR 91/04.

თანხმდნენ ამისაგან განსხვავებული წესზე. მაგალითად, ნაკლისათვის გამყიდვლის პასუხისმგებლობის გამორიცხვა ბევრ სფეროში ჩვეულებრივ მოვლენაა. ამგვარი, კანონისმიერი სტანდარტისაგან გადახვევი შეთანხმება არღვევს კანონისმიერი რეგულაციით დაწესებულ ბალანსს ორმხრივ ინტერესებს შორის. როგორც უკვე აღინიშნა, პრობლემურია კანონისმიერი სტანდარტისაგან მომხმარებლის საზიანოდ გადახვევა განსაკუთრებით B2C-გარიგებებში. ამ გარემოების გათვალისწინებით, მატერიალური კუთხით მომხმარებელთა დაცვა მიზნად ისახავს, შეზღუდოს კანონისმიერი სტანდარტისაგან გადახვევის შესაძლებლობა ან საერთოდ გამორიცხოს ის, თუ ეს გადახვევა მომხმარებლის საზიანოდ ხდება.

ამის შემდეგ მაგალითს წარმოადგენს ხელშეკრულების მხარის დაცვა სტანდარტული პირობების მეშვეობით შეუსაბამოდ დაზიანებისაგან. ამგვარი სტანდარტიზირებული სახელშეკრულებო პირობები ჩვეულებრივ იმგვარად არის მოწყობილი, რომ შემთავაზებელი დისპოზიციურ სამართალს მაქსიმალურად ირგებს საკუთარ თავზე. დამცავი დანაწესები ემყარება პრინციპს, რომ კანონისმიერმა რეგულაციებმა უნდა უზრუნველყონ საპირისპირო ინტერესთა ოპტიმალური მორიგება. მხარეებს ზოგადად აქვთ უფლება გადაუხვიონ მათ ასევე სტანდარტულ ხელშეკრულებებში სახელშეკრულებო თავისუფლების ფარგლებში. თუმცა ამის გაკეთების უფლება აქვთ მხოლოდ გარკვეულ ჩარჩოებში: თუ ამით ხელშეკრულების ერთ-ერთი მხარის ინტერესები შეუსაბამოდ ზიანდება, მაშინ პირობა ბათილია. მართალია სტანდარტული პირობების დანაწესები, რომლებიც იცავენ შეუსაბამო დაზიანებისაგან, იცავენ ასევე მენარმეებს, თუმცა მათი დაცვა არ არის ისე ყოვლისმომცველი, როგორც მომხმარებელთა დაცვა დამაზიანებელი სტანდარტული პირობებისაგან.

ბ) კანონისმიერი სტანდარტის მოდიფიცირება

მომხმარებელთა მატერიალური დაცვის სხვა პრინციპი გამოსატყობია იმაში, რომ კანონისმიერი, ზოგადად მოქმედი საბაზისო მოდელი გარდაიქმნება მომხმარებლის სასარგებლოდ.

ა) გამოსაყოფია ამ კონტექსტში სამომხმარებლო გარიგებების გამოხმობის უფლება განსაზღვრულ სიტუაციებში, განსაკუთრებით ქუჩაში დადებული გარიგებებისა და დისტანციური გარიგებების შემთხვევაში, ისევე, როგორც სამომხმარებლო საკრედიტო ხელშეკრულებების შემთხვევაში.

ზოგადად ის პირი, რომელიც ნებას გამოხატავს, შებოჭილია მისით. თავის დახსნის უფლება არ არსებობს. ის, ვინც დებს ნასყიდობას, ზოგადად, თავს იბოჭავს გამოუხმობადად – მაშინაც კი, როდესაც პრაქტიკაში არაერთი გამყიდველი ანიჭებს მეორე მხარეს გადაცვლის უფლებას, რომელიც, მაგალითად, საშობაო პერიოდში ხშირად დროში განელილია ხოლმე. სხვა წესი მოქმედებს, როდესაც კანონი ითვალისწინებს გამოხმობის უფლებას. ამ შემთხვევაში საბოლოო ბოჭვის მომენტი დგება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც გამოხმობის უფლების მქონე ამისათვის გათვალისწინებულ ვადაში – ჩვეულებრივ, ორ კვირაში – მას არ გამოიყენებს. გამოხმობის უფლებით ხდება იმგვარი გადახვევა კანონისმიერი საბაზისო მოდელიდან, რომ ბოჭვა დგება არა ნების გამოხატვის ნამდვილობის მომენტიდან, არამედ გადაწეულია ცალმხრივად, კერძოდ, გამოხმობის უფლების მქონის სასარგებლოდ. ანუ, ეს პირი მოიპოვებს მოსაფიქრებელ დროს. გამოხმობის უფლება არის მომხმარებლის ყველაზე კლასიკური უფლება.

ბ) კანონისმიერი სტანდარტის შემდეგი მოდიფიკაცია მოცემულია სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობის შესახებ დანაწესებებში. გსკ-ის 477-ე პარაგრაფის მიხედვით, მტკიცების ტვირთი შეტრიალებულია: თუ ნივთის ნაკლი გამოვლინდება ექვსი თვის განმავლობაში რისკის გადასვლიდან, რაც, გსკ-ის 446-ე პარაგრაფის მიხედვით, ჩვეულებრივ, განისაზღვრება ნივთის გადაცემის მომენტით, ივარაუდება, რომ ნივთი იყო უკვე რისკის გადასვლის მომენტისათვის ნაკლოვანი, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ეს ვარაუდი შეუთავსებელია ნივთისათვის ნაკლის სახესთან. ეს არის მნიშვნელოვანი

იმდენად, რამდენადაც რისკის გადასვლის მომენტი გადამწყვეტია ნაკლისათვის გამყიდველის პასუხისმგებლობისათვის. მაგალითად, ნივთი უნაკლოა, თუ მას რისკის გადასვლის მომენტისათვის ახასიათებს შეთანხმებული თვისებები, გსკ-ის 434 I 1 პარაგრაფი. ნაკლის არსებობა ამ მომენტისათვის დავისას უნდა დაამტკიცოს იმ მყიდველმა, რომელიც მასზე მიუთითებს. მართალია, გსკ-ის 477-ე პარაგრაფში მტკიცების ტვირთის შეტრიალება მას არ ათავისუფლებს სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობის შემთხვევაში ნაკლის მტკიცების ვალდებულებისაგან, თუმცა, თუ ეს ნაკლი გამოვლინდა და ეს მოხდა რისკის გადასვლიდან ექვსი თვის განმავლობაში, სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობის შემთხვევაში ზოგადად გამყიდველის საქმეა დაამტკიცოს, რომ ეს ნაკლი წარმოიშვა მხოლოდ რისკის გადასვლის შემდეგ და გამყიდველმა არ უნდა აგოს მისთვის პასუხი.³⁵

გგ) მატერიალური დამცავი დანაწესები, რომლებიც გარდაქმნიან კანონისმიერ სტანდარტს მომხმარებლის სასარგებლოდ, ნაწილობრივ ვრცელდება ასევე სპეციალურ კონსტელაციებზე, მაგალითად, შეუკვეთავი ნივთების გაგზავნაზე. მაგალითად, მოძრავი ნივთის მიწოდებით არ წარმოიშობა მენარმის მოთხოვნა მომხმარებლის მიმართ, თუ მომხმარებელს ეს ნივთი არ შეუკვეთია. ამით გამორიცხულია ასევე მესაკუთრისათვის ზოგადად მინიჭებული ნივთის მფლობელისაგან გამოთხოვის უფლება. დანაწესის მიზანია წინ აღუდგეს იმას, რომ მომხმარებელს თავს მოახვიონ მისთვის არასასურველი შესრულება და მენარმის ქმედების საფუძველზე, რომელიც მას არ უსურვია, მას წარმოეშობა რაიმე ვალდებულებები, მაგალითად გადახდის ვალდებულება კონკლუდენტური აქცეპტიდან გამომდინარე.³⁶

შემდეგი სპეციალური კონსტელაცია ეხება მოგების შეპირებას: მენარმე, რომელიც ჰპირდება მომხმარებელს რაიმე მოგებას ან უკეთეს რაიმე მსგავს დაპირებას და აკეთებს ამას

იმგვარი ფორმით, რომ უჩენს მას წარმოდგენას, რომ მან მოიგო რაიმე პრიზი, უნდა გადასცეს კიდევ მომხმარებელს ეს პრიზი, გსკ-ის 661a პარაგრაფი. ეს ნორმა აწესებს თვითმყოფად კანონისმიერ ვალდებულებით ურთიერთობას, რომელიც არ მიეკუთვნება არც ჩვეულებრივ გარიგებისმიერ დანაწესებს და არც ზოგად დელიქტურ სამართალს.³⁷

2. მომხმარებელთა დაცვა ფორმალური კუთხით

მეორე საბაზისო მოდელი, რომლის მიხედვითაც შეიძლება მოენყოს მომხმარებელთა დაცვა, მდგომარეობს ფორმალურ დაცვაში.

ა) ფორმის დანაწესები

ამასთან მომხმარებელთა დაცვის განხორციელების ერთ-ერთ გზას ფორმის მომწესრიგებელი დანაწესები წარმოადგენს. მაგალითად, წერილობითი ფორმის აუცილებლობამ, როგორც ეს გათვალისწინებულია სამომხმარებლოს სესხის ხელშეკრულებისათვის, უნდა დაიცვას მომხმარებელი ნაჩქარევი გადაწყვეტილების შედეგებისაგან.

ნაჩქარევი გადაწყვეტილებისაგან დაცვის შემთხვევები ფორმასავალდებულოობის დანაწესების მეშვეობით სხვადასხვა ქვეყნების მართლწესრიგებში არ ამოიწურება მხოლოდ იმ გარიგებებით, რომლებშიც მომხმარებელი მონაწილეობს. ჩვეულებრივ, ფორმასავალდებულოობის დანაწესები დადგენილია იქ, სადაც განსაკუთრებული მნიშვნელობის გარიგებებს ეხება საქმე. მაგალითად, გერმანიაში უძრავი ნივთის ნასყიდობა ექვემდებარება განსაკუთრებული ფორმასავალდებულოობის დანაწესებს.

³⁵ BGH, Urteil vom 15.01.2014 – VIII ZR 70/13.

³⁶ MünchKomm-BGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 241a Rn. 2.

³⁷ MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 661a Rn. 6-9.

სებს.³⁸ იგივე წესი მოქმედებს ქორწინებაში შესვლასთან დაკავშირებით.³⁹

ბ) ინფორმაციის ვალდებულებები, განსაკუთრებით საბანკო საქმეში

მეორე მხრივ, მომხმარებელთა ფორმალური დაცვის მნიშვნელოვანი ელემენტია მენარმისათვის დაკისრებული ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებები. ამოსავალ წერტილს წარმოადგენს ინფორმირებული ან, სულ მცირე, ინფორმირებადი მომხმარებელი. ეს პრინციპი განსაკუთრებით გამოკვეთილი სახით მოქმედებს სამომხმარებლო კრედიტის მომწესრიგებელ დანანესების შემთხვევაში, რომლებიც ქვემოთ განხილული იქნება, როგორც მომხმარებელთა დაცვის წარუმატებელი მაგალითი, ისევე, როგორც სადაზღვეო ხელშეკრულების მომწესრიგებელ დანანესებში.

ა) თავისთავად შეიცავენ სამომხმარებლო კრედიტის ხელშეკრულების მომწესრიგებელი დანანესები რეგულაციებს მომხმარებელთა დაცვის მატერიალური კუთხით, მაგალითად, გამომხმარებლის ყოვლისმომცველი უფლების ფორმით. მომხმარებელთა დაცვის ბირთვს წარმოადგენენ კრედიტის გამცემის ყოვლისმომცველი ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებები. მან კრედიტის ამღებს უნდა მიანოდოს ინფორმაცია შემდეგ საკითხებთან დაკავშირებით.⁴⁰

- სესხის გამცემის სახელი, გვარი და მისამართი,
- სესხის სახე,
- ეფექტური წლიური საპროცენტო განაკვეთი,
- სესხის ნეტო თანხა,
- ნომინალური საპროცენტო განაკვეთი,
- ხელშეკრულების ხანგრძლივობა,

- ცალკეული ნაწილობრივ გადასახდელი თანხა, გადახდების რაოდენობა და ვადამოსულობის თარიღი,
- მთლიანი თანხა,
- თანხის მიღების პირობები,
- ყველა სხვა დამატებითი ხარჯი თუ პირობა, რომელთა მიხედვითაც უნდა მოხდეს ამ ხარჯების კორექტირება,
- ვადის გადაცილებისას დარიცხული პროცენტები და მისი კორექტირების ხერხი, ასევე, ვადის გადაცილებით გამონვეული ხარჯები.
- ვალის ნაწილის არგადახდის სამართლებრივი შედეგები,
- გამომხმარებლის უფლების არსებობა ან არარსებობა,
- სესხის ამღების უფლება, დააბრუნოს სესხის თანხა დროზე ადრე,
- ცალკეული, მონაცემთა დაცვასთან დაკავშირებული უფლებები.

თუ ამ მონაცემთაგან რომელიმე აკლია, სამომხმარებლო კრედიტი არის ბათილი, გსკ-ის 494 I პარაგრაფი. თუმცა, თუ მსესხებელი მიიღებს სესხის თანხას ან გამოიყენებს მას, ხელშეკრულება ნამდვილი ხდება. ამასთან, სესხის ნომინალური პროცენტი, რომელიც საფუძვლად დაედო სამომხმარებლო სესხის ხელშეკრულებას მცირდება კანონისმიერ პროცენტებამდე, თუ ხელშეკრულებაში მითითებული არ იყო ნომინალური პროცენტები ან ეფექტური წლიური საპროცენტო განაკვეთი ან მთლიანი თანხა. თუ წლიური საპროცენტო განაკვეთი უფრო ნაკლებია, მაშინ სამომხმარებლო კრედიტის საფუძვლად დადებული ნომინალური საპროცენტო განაკვეთი მცირდება იმ ოდენობით, რამდენითაც ნაკლები იყო მითითებული ეფექტური წლიური საპროცენტო განაკვეთი. მსესხებელს არ ეკისრება იმ ხარჯების გადახდა, რაც მითითებული არ იყო. თუ ხელშეკრულებაში მითითებული არ არის, თუ რა წინაპირობების საფუძველზე შეიძლება დანახარჯებისა და პროცენტების მისადაგება, მაშინ აღარ არსებობს ამ მისადაგების შესაძლებლობა მსესხებლის საზიანოდ. თუ ხელშეკრულება არ შე-

³⁸ ნოტარიული დამონება, გსკ-ის 331b I პარაგრაფი.

³⁹ ქორწინების დადება სამოქალაქო რეესტრის მოხელის წინაშე გაკეთებული შესაბამისი განცხადებით, გსკ-ის 1310 I პარაგრაფი.

⁴⁰ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის შესავალი კანონის 247 III 1 მუხლი.

იცავს მითითებას ვადასთან და მოშლის უფლებასთან დაკავშირებით, მაშინ მსესხებელი უფლებამოსილია ნებისმიერ დროს მოშალოს ის. თუ არ არსებობს მითითება უზრუნველყოფასთან დაკავშირებით, დაუშვებელია ამ უზრუნველყოფის მოთხოვნა.

ბბ) განსაკუთრებით ცხადად ინფორმირებული მომხმარებლის ფიგურა წარმოჩენილია შემდეგ პარაგრაფში:

გსკ-ის 491a III 1 პარაგრაფი

გამსესხებელი ვალდებულია, მსესხებელს სამომხმარებლო სესხის ხელშეკრულების დადებამდე მისცეს შესაბამისი განმარტებები, რათა ჩააყენოს მსესხებელი ისეთ მდგომარეობაში, რომ შეეძლოს განსაჯოს, შეესატყვისება თუ არა ხელშეკრულება მის მიერ დასახულ მიზანსა და მის ქონებრივ მდგომარეობას.

მსესხებლის ქონებრივ მდგომარეობაზე აქცენტის გაკეთება ნათელყოფს შემდეგ პრობლემატიკას: მთელი რიგ მსესხებლებს არ შეუძლიათ ჯეროვნად შეაფასონ სესხის აღების ეკონომიკური შედეგები და ებმებიან ადრე თუ გვიან ვალების მახეში, საიდანაც მხოლოდ კერძო გაკოტრებაა გამოსავალი. ეს, რა თქმა უნდა, პირველ რიგში, ვერ იქნება სასურველი ვალაუფალი მსესხებლისათვის, მაგრამ ასევე გამსესხებლისათვისაც, რომელიც ამ შემთხვევაში ძირითადად უკვე ვერ ახერხებს საკუთარი მოთხოვნის რეალიზაციას. თუმცა ძალუძს თუ არა ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას, რომელიც თანდათან სულ უფრო მოცულობითი ხდება, ამ რისკის ეფექტური პრევენცია, კითხვის ნიშნის ქვეშ დგას.

გ) ინფორმაციის მიწოდების მოდელის კრიტიკა

მომხმარებლისათვის მიწოდებული ყოვლისმომცველი ინფორმაცია, როგორც ეს გათვალისწინებულია ევროკავშირის დირექტივებში და მათი იმპლემენტაციის კანონებში წევრ სახელმწიფოებში, არასაკმარისია მომხმარებლის დაცვისათვის. პრობლემა მდგომარეობს უკვე

იმაში, რომ ინფორმაცია სტრუქტურულ უთანასწორობას მომხმარებელსა და მენარმეს შორის ვერ აღმოფხვრას. თუ მომხმარებელი იღებს სესხს ბანკისაგან, მაშინ ეს უთანასწორობა მდგომარეობს იმაში, რომ ბანკი სამართლებრივ მდგომარეობას გაცილებით უკეთ იცნობს, ვიდრე მომხმარებელი და აქედან გამომდინარე შეუძლია ხელშეკრულების შინაარსობრივად გამართვის შესაძლებლობები, რომელსაც მას კანონი სთავაზობს, თავის სასარგებლოდ გამოიყენოს. მომხმარებელთა დაცვის სამართალი ამის აღმოფხვრას ცდილობს ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებებით, რომლებიც – ამაში მდგომარეობს თეორიული ამოსავალი ნერტილი – უნდა დაეხმაროს მომხმარებელს, ხელშეკრულების დადებამდე გააცნობიეროს, თუ რაზე აცხადებს თანხმობას და რა ეკონომიკური შედეგები მოჰყვება ხელშეკრულების დადებას.

თუმცა ეს არის მედლის მხოლოდ ერთი მხარე. უფრო თვალში მოსახვედრია, რომ ბანკთან დადებული ხელშეკრულება, როგორც წესი, არ არის თავისუფალი მოლაპარაკებების შედეგი ბანკსა და იმ პირს შორის, რომელიც ინფორმაციის მიწოდების საფუძველზე ამ მომენტისათვის უკვე გათვითცნობიერებულია. ამგვარი წარმოდგენა იქნებოდა რეალური ცხოვრებისეული ხდომილების მიღმა. ამის საპირისპიროდ, რეალურად ხდება ის, რომ ბანკი მეორე მხარეს ცალმხრივად კარნახობს ხელშეკრულების პირობებს, რომელზეც ამ უკანასკნელს არანაირი ზემოქმედების მოხდენა აღარ შეუძლია. ამას კლიენტი წინ ვეღარ აღუდგება: ბანკი არ არის რომელიმე ცალკეულ კერძო კლიენტზე დამოკიდებული და ეს კლიენტი ყველა სხვა ბანკშიც იმავე სიტუაციას წააწყდება. ხელშეკრულების შინაარსის გამართვაზე მას არანაირი ზემოქმედების მოხდენა არ შეუძლია და, შესაბამისად, ბანკთან დადებული სესხის ხელშეკრულება არასოდეს არ არის თავისუფალი მოლაპარაკებების შედეგი. სწორედ ამიტომ არის ინფორმაციის მოდელი, რომელსაც ემყარება სამომხმარებლო კრედიტი, არასრულყოფილი: თეორიულად ის ავსებს მხოლოდ ინფორმაციის დეფიციტს მომხმარებლის მხარეზე – პრაქტიკაში კი ესეც არ ხდება. მხარეთა ძალთა უთანასწორო-

ბას ხელშეკრულების შინაარსის გამართვისას ინფორმაციაზე დაფუძნებული მომხმარებელთა დაცვა საერთოდ ვერ ეხება. ეს მით უფრო გაუგებარია, რადგან სწორედ საბანკო და სადაზღვეო საქმეშია ძალთა უთანასწორობა განსაკუთრებით თვალსაჩინო და ამგვარად, მომხმარებლის მატერიალური დაცვის მოთხოვნა ისე დიდი, როგორც არც ერთ სხვა სფეროში.

ამას ემატება, რომ კანონით დადგენილი ინფორმაციის მინოდების ვალდებულებები არ ანიჭებენ მომხმარებელს იმის შესაძლებლობას, სესხის აღებისას მიიღოს კარგად მოფიქრებული გადაწყვეტილება ამასთან დაკავშირებით. იდეა, რომ ბაზრის მონაწილე ყოველთვის, როდესაც კარგად ინფორმირებულია, მიიღებს მისთვის ოპტიმალურ გადაწყვეტილებას, მხოლოდ სურვილის სფეროს განეკუთვნება. ამის განმაპირობებელი, პირველ რიგში, არის ის, რომ ინფორმაციის მინოდების ვალდებულებები იმდენად მოცულობითია, რომ მათ ხელშეკრულების განსაკუთრებულ შინაარსამდე მივყავართ, რომელიც ხშირად გაფორმებულია ზოგად საკრედიტო პირობებში და მომხმარებელს პრაქტიკაში უწევს დოკუმენტაციის მთლიან პაკეტთან კონფორმაცია.⁴¹ მაგალითად, სესხის აღების მსურველ პირს ხშირად აწვდიან 50 გვერდიან მითითებებს. ცალსახაა, რომ არც ერთი მომხმარებელი ამ მითითებებს რეალურად არ ეცნობა. ამგვარად, ევროკავშირის მოდელი იწვევს დეზინფორმაციას ზედმეტი ინფორმაციის მინოდებით. თავისი დირექტივის გამოცემისას ევროკავშირმა საერთოდ არ გაითვალისწინა უბრალო მომხმარებელი, რომელსაც სესხის ხელშეკრულებით უნდა, რომ ავტომანქანის შეძენის სურვილი აისრულოს. ამ მომხმარებელს ჩვეულებრივ არ შეუძლია ან არ ექნება ამის სურვილი, გაერკვეს დეტალებში ეფექტურ წლიურ საპროცენტო განაკვეთთან დაკავშირებით ან წინმსწრებად ვადამოსულობისათვის კომპენსაციის (Vorfälligkeitsentschädigung) მოცულობაში.

დ) ალტერნატიული გადაწყვეტა

ინფორმაციის მინოდების სულ ახალი და ახალი ვალდებულებების მოფიქრებაზე, ბუკლეტების შექმნასა და პროცენტების გამოთვლის ფორმულებზე უკეთესი იქნებოდა მომხმარებლისათვის ეფექტიანი მატერიალური დაცვის მინიჭება. მომხმარებელს უნდა ჰქონდეს უფლება მიენდოს სამართლიან სახელშეკრულებო სამართალს ისე, რომ არ ჰქონდეს შიში, რომ ხელშეკრულებების პირობებით, ხარჯებით, ანაზღაურებებითა და საჭიროების შემთხვევაში შეცვლილ გარემოებებთან მორგების აუცილებლობით არ მოატყუონ. ეს, პირველ რიგში, ეხება უძრავი ქონების გრძელვადიან კრედიტს, რომლის შემთხვევაშიც მისი მიმდინარეობისას გარემოებები ჩვეულებრივ იცვლება ხოლმე.⁴²

მომხმარებელთა დაცვის იმ მექანიზმის მაგალითად, რომელიც უსარგებლოდ რთულად არის მოწყობილი, შეიძლება წლიური ეფექტური საპროცენტო განაკვეთთან დაკავშირებული მითითებების მოყვანა. მის უკან დგას მოსაზრება, რომ მომხმარებელს, ეფექტურ წლიურ საპროცენტო განაკვეთზე მითითების შემდეგ, ექნება რეალური ინფორმაცია, თუ რა „ღირს“ კრედიტი და ამგვარად შეეძლება ერთმანეთს შეადაროს სხვადასხვა საკრედიტო შემოთავაზებები.⁴³ ეფექტური წლიური საპროცენტო განაკვეთი, ზოგადად, საკუთარ თავში მოიცავს ყველა ხარჯსა და გადასახადს, რომელიც წარმოიშობა კრედიტის აღებისას. მას განეკუთვნება, მაგალითად, ნომინალური პროცენტები, ანუ, პროცენტები, რომლებიც წლიურად არის გადასახდელი კრედიტისათვის, Disagio, რომელიც იწვევს იმას, რომ გადახდელი თანხა უფრო ნაკლებია, ვიდრე უკან დასაბრუნებელი თანხა, გარდა ამისა, დარჩენილი ვალის დაზღვევის ხარჯები, თუ ბანკი ხელშეკრულების დადებისას ამას ითხოვს. პრობლემურია უკვე

⁴¹ BeckOGK/Knops, BGB, Stand: 01.09.2020, § 491 Rn. 5.

⁴² BeckOGK/Knops, BGB, Stand: 01.09.2020, § 491 Rn. 5.

⁴³ MünchKomm-BGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, § 491a Rn. 16; BeckOGK/Knops, BGB, Stand: 01.09.2020, § 491 Rn. 18.

ის გარემოება, რომ ეფექტური საპროცესო განაკვეთის გამოთვლისას არ არის ხოლმე გათვალისწინებული კრედიტის ყველა შესაძლო ხარჯი. მაგალითად, შეიძლება დამატებით წარმოიშვას კიდევ საბანკო ანგარიშის ქონისა და კრედიტის დარიცხვის პროცენტები.⁴⁴ საბოლოო ჯამში, ეფექტური წლიური საპროცენტო განაკვეთი აღნიშნავს იმ საპროცენტო განაკვეთს, რომელიც ამ ოდენობით კრედიტის მიმდინარეობის არც ერთ მომენტში არ არის გადასახდელი. თუ კრედიტის ხანგრძლივობა იცვლება, თავდაპირველად მითითებული ეფექტური საპროცენტო განაკვეთი ისედაც არაზუსტად ჩაითვლება.

მომხმარებლის დაცვის რეალური ქმედითი მექანიზმის ბირთვულ რეგულაციას არ შეიძლება წარმოადგენდეს ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება ეფექტურ წლიურ საპროცენტო განაკვეთთან დაკავშირებით. ტრანსპარენტულობა, საბოლოოდ რომლის მიღწევასაც ისახავს მიზნად მომხმარებელთა დაცვის სამართალი, მხოლოდ მაშინ მიიღწეოდა, როდესაც ბანკს აეკრძალებოდა მოეთხოვა ყოველგვარი გასამრჯელო, გარდა წლის ბოლოს უკვე გაცემული თანხისათვის გადასახდელი პროცენტისა. რეალური გამართლება იმისათვის, რომ საკრედიტო ინსტიტუტს ჰქონდეს, პროცენტების გარდა, ძალზე კრეატიულად მოწყობილი სხვადასხვა კომპენსაციების მოთხოვნის უფლება, როგორც არის დარიცხვის პროცენტები, **Disagio** და ა. შ., არ არსებობს. ვინც მანქანას ყიდულობს, იხდის შეთანხმებულ ფასს – არც მეტს და არც ნაკლებს. არავის მოუვა თავში, მანქანის ნასყიდობისას დამატებით, ნასყიდობის ფასის გარდა, მოითხოვოს დამუშავების მოსაკრებელი, **Agio** ან სხვა პროვიზია. ის, რომ საკრედიტო ხელშეკრულებისას ეს სხვაგვარად არის, განპირობებულია მხოლოდ იმით, რომ უკეთესი შემოთავაზების არსებობა კონკურენტის მხრიდან საკრედიტო ინსტიტუტებისათვის პრობლემას არ წარმოადგენს. სხვადასხვა კომპენსაციები, გარდა იმისა, რომ მათი გამო-

თვლა განსხვავებულად ხდება, ემსახურება მხოლოდ იმას, რომ დაფაროს ის რეალური ხარჯები, რომლებიც აწვება კრედიტის ამღებს. არაფერი მეტყველებს იმის სანინალმდეგოდ, რომ სესხის გაცემის ანაზღაურებად განისაზღვროს მხოლოდ ნომინალური პროცენტები, რომლებიც ამ შემთხვევაში, მართალია, უფრო მაღალი იქნებოდა, თუმცა გაათავისუფლებდა მსესხებელს სხვა გადასახადებისაგან. მომხმარებელთა დაცვა იქნებოდა უფრო ეფექტიანი, თუ ამ, დამატებითი საზღაურის შეთანხმების აკრძალვის დარღვევა გამოიწვევდა არა მხოლოდ დამატებით შეთანხმებული საზღაურის არანამდვილობას, არამედ ასევე იმ ნომინალური პროცენტების მოთხოვნასაც გააქარწყლებდა, რომელიც მანამდე დასაშვები იყო. ანუ, ამგვარად სესხი სრულებით „უფასოდ“ იქნებოდა გაცემული. ამით რეალურად აღიკვეთებოდა ბანკის მცდელობები, შეეთხზათ ახალი და ახალი გადასახადები. ნომინალური პროცენტების გვერდით დამატებითი ანაზღაურებისა და ხარჯების მოთხოვნის აკრძალვა უზრუნველყოფდა იმას, რომ კრედიტის ამღებმა ისე, რომ არ ჩაეფლას ინფორმაციის პაკეტში, იცოდეს, რომ მას, 10.000 ევროიანი კრედიტისათვის 5%-იანი ნომინალური წლიური პროცენტის ფარგლებში, წლის ბოლოს გადასახდელი ექნება ზუსტად 500 ევრო. ეს გზა იქნებოდა არსებითად უფრო ეფექტიანი, ვიდრე იმის დაშვება, რომ კრედიტის ამღებს გადასახდელი აქვს ფანტაზიის მეშვეობით შეთხზული სხვადასხვა გადასახადი, როდესაც ბანკს მხოლოდ ის ეკისრება, რომ ამ გადასახადების შესახებ კლიენტს განუმარტოს და ნაწილობრივ, ეფექტურ წლიურ საპროცენტო განაკვეთში გადაუანგარიშოს.

იგივე წესი მოქმედებს წინმსწრებად ვადამოსულობის კომპენსაციისათვის. ზოგადად, კლიენტს უფლება აქვს, სესხი განსაზღვრული ოდენობით დაფაროს წინმსწრებად. თუმცა, ცალკეულ შემთხვევებში, უნდა გადაიხადოს ამისთვის წინმსწრებად ვადამოსულობის კომპენსაცია. იმის მაგივრად, რომ ხელშეკრულებაში დაფიქსირებული ყოფილიყო რთულად გაჩვენებადი წესები წინმსწრებად ვადამოსულობის კომპენსაციისათვის, მომხმარებელთა დაცვის მიზნებიდან გამომდინარე, სასურველი

⁴⁴ ეფექტურ წლიურ საპროცენტო განაკვეთთან დაკავშირებით დეტალურად იხ. BeckOK/Möller, BGB, Stand: 01.08.2020, § 492 Rn. 15.

იქნებოდა, თუ ნებადართული იქნებოდა, რომ კრედიტის ამღებმა განსაზღვრული დროის მონაკვეთების გასვლის შემდეგ დაფაროს კრედიტი ნებისმიერი მოცულობით წინმსწრებად და ამის შემდეგ გადასახდელი პროცენტი გავრცელდება მხოლოდ დარჩენილ ვალზე. ამასთან, ეს იქნებოდა კრედიტის მიმღებისა და გამცემის უფლებებს შორის დისპროპორციულობა, რადგან ამ უკანასკნელს, ზოგადად, არ ექნებოდა შესაძლებლობა ნაადრევად დაემთავრებინა საკრედიტო ხელშეკრულება. თუმცა კრედიტის გამცემს არავინ უშლის ხელს, გაითვალისწინოს ეს ნომინალური პროცენტების განსაზღვრისას, ანუ, მოითხოვოს შესაბამისად გაზრდილი ნომინალური პროცენტები.

3. კომბინირებული მოდელები, განსაკუთრებით ონლაინ-ვაჭრობაში

სფერო, რომელიც, ზემოთ აღწერილი სამომხმარებლო კრედიტისაგან განსხვავებით, გამოირჩევა მომხმარებელთა დაცვის ფორმალური და მატერიალური დანაწესების საკმაოდ წარმატებული კომბინაციით, არის ონლაინ-ვაჭრობა. რეგულირების განსაკუთრებული აუცილებლობა, ერთი მხრივ, გამომდინარეობს იქიდან, რომ ონლაინ-ვაჭრობას სულ უფრო მეტი მნიშვნელობა ენიჭება. ეს ძალაშია არამხოლოდ კორონა-პანდემიის დროს, როდესაც სუპერმარკეტში გასეირნებას ბევრი არჩევს კორონასაგან უსაფრთხო ნასყიდობის დადებას საკუთრი კომპიუტერის მეშვეობით, რის შედეგადაც საბაზრო კრიზისის გამო ამაზონმა თავისი ბრუნვის მოცულობა კიდევ უფრო მნიშვნელოვნად გაზარდა. ონლაინ-პლატფორმების ბრუნვამ, უკვე დიდი ხანია, ევროში ათ მილიარდს გადააჭარბა. მით უფრო მნიშვნელოვანია მომხმარებელთა ეფექტიანი დაცვა ამ სფეროში. მეორე მხრივ, დაცვის აუცილებლობა გამომდინარეობს იქიდან, რომ მყიდველი საქონელს, რომელსაც ის უკვე თავს, განსხვავებით მაღაზიაში ნასყიდობისაგან, ადგილზე ვერ ხედავს, არ შეუძლია ხელში აიღოს და შეამოწმოს. ნასყიდობასთან დაკავშირებული გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს მხოლოდ გამყიდველის მიერ მო-

წოდებული ინფორმაციასა და სურათებზე მინდობით. გარდა ამისა, მყიდველს არ აქვს შესაძლებლობა, პირდაპირ მოეთათბიროს გამყიდველს სახელშეკრულებო პირობებთან დაკავშირებით და ყველა მნიშვნელოვან ინფორმაციას იღებს გამყიდველის ვებსაიტის მეშვეობით.

ა) ხელშეკრულების დადება

ამ საფუძვლიდან გამომდინარე უკვე ხელშეკრულების დადებისათვის მოქმედებს განსაკუთრებული დანაწესები. სანამ მყიდველს შეეძლება გაგზავნოს თავისი შეკვეთა, საიდანაც გადახდის ვალდებულება წარმოეშობა, ანუ, ყველაზე გვიან კალათში მოთავსებისას ან სალაროს განყოფილებაში, შემთავაზებელმა ცხადად და გარკვევით, ხაზგასმით უნდა მიანოდოს ინფორმაცია ხელშეკრულების არსებით პირობებთან დაკავშირებით, მაგალითად, საქონლის საერთო ფასთან ან მომსახურებასთან დაკავშირებით, ყველა გადასახადისა და მოსაკრებლის თუ გაგზავნის ხარჯების ჩათვლით. იმისათვის, რათა შემთავაზებელმა განეული შესრულებისათვის გადახდის ვალდებულებები არ შენიღბოს, აუცილებელია, რომ, თუ შეკვეთის გაგზავნა ხორციელდება ღილაკზე დაჭრის გზით, ამ ღილაკზე განთავსებული იყოს წარწერა: „შეკვეთა, რომელიც წარმოშობს გადახდის ვალდებულებას“ ან მსგავსი ფორმულირება. სხვაგვარად ხელშეკრულება არ დაიდება.

პრობლემა მგომარეობს იმაში, რომ არაკეთილსინდისიერად მოქმედი შემთავაზებლები კლიენტებს ხშირად, გაცხადებული შეთანხმების გარეშე, შეაპარებენ ხოლმე დამატებით ვალდებულებებს. ამის მაგალითს წარმოადგენს მცდელობა, რომ პირს, რომელიც ინტერნეტით უკვე თავს მომსახურებას, შეაპარონ ხელშეკრულებიდან გასვლის დაზღვევა იმგვარად, რომ ხელშეკრულების დადებისას შესაბამისი გრაფა უკვე მონიშნულია. ამგვარად დადებული შეთანხმება დამატებით შესრულებებთან დაკავშირებით არანამდვილია. ამის საპირისპიროდ, კლიენტმა შეგნებულად უნდა აარჩიოს დამატებითი შესრულება, ანუ მონიშვნა თავად უნდა განახორციელოს. მხოლოდ ამ შემთხვევა-

ში ხდება დამატებითი შესრულება ხელშეკრულების შემადგენელი ნაწილი.

ბ) გამოსვლის უფლება

ონლაინ-ვაჭრობისას კლიენტს აქვს 14 დღის განმავლობის უფლება. ვადის ათვლა იწყება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც გამყიდველი მიანვდის შესაბამის ინფორმაციას გამოსვლის უფლებასთან დაკავშირებით. საქონლის შეკვეთის შემთხვევაში ვადის დენა იწყება პროდუქტის მიღების დღეს, სხვა შემთხვევაში ხელშეკრულების დადების მომენტიდან. ცალკეული პროდუქტების შემთხვევაში ეს გამოსვლის უფლება არ არსებობს, მაგალითად, მაშინ, თუ ნივთი კლიენტის მოთხოვნების მიხედვით არის შექმნილი (ზომაზე შეკერილი ტანსაცმელი), მაღფუჭებადი პროდუქტები ან თუ უკან დაბრუნება ჰიგიენური მოსაზრებებიდან გამომდინარე გამორიცხული.

დ) გამოსვლის შემდეგ უკუქცევა

გამოსვლის შემდეგ კლიენტმა საქონელი უნდა დააბრუნოს 14 დღის განმავლობაში. კლიენტმა, მართალია, ჯეროვნად უნდა შეფუთოს ნივთი, თუმცა მას არ აქვს ორიგინალური შეფუთვის გამოყენების ვალდებულება. თუ ნივთი ტრანსპორტირებისას იკარგება ან ზიანდება, ეს გამყიდველს აწვება კისერზე, რომელიც ატარებს შესაბამის რისკს. გამყიდველმა მყიდველს ფული უნდა დაუბრუნოს 14 დღის განმავლობაში. თუმცა მას შეუძლია უკან გადმორიცხვა დააყოვნოს მანამ, სანამ ნივთს უკან არ მიიღებს. უკან დაბრუნების ვალდებულება მოიცავს ასევე გაგზავნის ხარჯებს, თუ აქ საქმე არ ეხება გაგზავნის სპეციალურ სახეს, როგორცაა ექსპრეს-მიწოდება. თუმცა წარსულში მოქმედი სამართლებრივი რეგულაციისაგან განსხვავებით, კლიენტმა უკუგაგზავნის ხარჯები თავად უნდა იტვირთოს. მიუხედავად ამისა, არაერთი ინტერნეტ-შემთავაზებელი ნებაყოფლობით იღებს უკუგაგზავნის ხარჯებს საკუთარ თავზე.

ე) ნივთის დაკარგვა კლიენტისკენ გზაზე

გამყიდველი ატარებს არა მხოლოდ იმ რისკს, რომ ნივთი გამოსვლის შემდეგ უკანა გზაზე დაიკარგება, არამედ უკვე იმ რისკს, რომ ნივთი დაიკარგება კლიენტისკენ გზაზე. თუ მან გაგზავნისათვის საიმედო გადაზიდველი შეარჩია, მაშინ გამყიდველი არ არის ვალდებული თავიდან მიანოდოს. მაგრამ მას არ შეუძლია მოითხოვოს დაკარგული ნივთის საფასურის გადახდა.

ამგვარად, განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება მიმწოდებლის შეცდომას. მიმწოდებელს სანარმოებს ხშირად დროით წნეხში უწევს მუშაობა. მაგალითად ხდება ისე, რომ მიმწოდებელი მძლოლი ნივთს ხშირად მეზობელთან ტოვებს, თუ ის რეალურ ადრესატს ვერ გადაეყრება. თუმცა თუ კლიენტი არ განაცხადებს თანხმობას, რომ ნივთი მის მეზობელს ჩაბარდეს, ანუ, თუ არ ნიშნავს მას მიმღების შიკრიკად (Empfangsbote), ნივთს იღებს მხოლოდ იმ მომენტში, როდესაც მას მეზობელი ამ ნივთს გადასცემს. თუ ეს არ ხდება, მაგალითად, იმიტომ, რომ მეზობელი ნივთს მიითვისებს, ეს არ ექცევა კლიენტის რისკის სფეროში. ანუ, ამით გადახდის ვალდებულება ჯერ კიდევ არ არის წარმოშობილი. იგივე წესი მოქმედებს იმ შემთხვევებში, როდესაც მიმწოდებელი ნივთს, ადრესატის მხრიდან გაცხადებული ნებართვის გარეშე, უბრალოდ კარებთან ტოვებს და ის იკარგება. ამის საპირისპიროდ, კლიენტის ოჯახის წევრებს აქვთ მიღების კომპეტენცია იმგვარად, რომ მათთვის გადაცემა ითვლება ადრესატისათვის პირადად გადაცემად.

VII. შედეგი

ევროკავშირის მხრიდან ყოვლისმომცველი რეგულაციების შემუშავების შედეგად ნევრს სახელმწიფოებში უკანასკნელ ათწლეულში სულ უფრო მეტად გამოიკვეთა და ჩამოყალიბდა მომხმარებელთა დაცვის სამართალი. მაგრამ, ასევე ევროკავშირის ფარგლებს მიღმა სულ უფრო მეტად ხდება იმის გაცნობიერება, რომ აუცილებელია მომხმარებელთა უფლებე-

ბის გაძლიერებული დაცვა. ამის მაგალითად შესაძლებელია საქართველოს მოყვანა. თუმცა ეს ძალაშია არა მხოლოდ ევროპული სახელმწიფოებისათვის. ევროპის მიღმა მდებარე სახელმწიფოებშიც, როგორცაა, მაგალითად, იორდანია, ეს თემატიკა სულ უფრო მეტად აქტუალური ხდება.

მომხმარებლის ეფექტიანი დაცვა შეიძლება უზრუნველყოფილი იყოს მხოლოდ მატერიალური დანაწესებით. თუმცა სწორედ იმ სფეროში, რომელშიც მომხმარებელთა უფლებების ეფექტიანი დაცვა ყველაზე მნიშვნელოვანია, კერძოდ, სამომხმარებლო კრედიტის სამართალში, ევროკავშირის მიერ მოცემული დანაწესები ამოინერება ფორმალური რეგულაციებით, განსაკუთრებით, მოცულობით ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებებთან დაკავშირებით. ამით ის სტრუქტურული ძალთა უთანასწორობა, რომელიც არსებობს მომხმარებელსა (მსესხებელს) და მწარმეს (საკრედიტო ინსტიტუტს) შორის, არასაკმარისად არის აღმოფხვრი-

ლი. ამგვარად, აქ არსებობს რეფორმის გადაუდებელი აუცილებლობა. რეგულაციის მიზანი უნდა იყოს სამართლიანი სახელშეკრულებო სამართალი, რომელიც, პირველ რიგში, წინ აღუდგებოდა ბანკის მიერ სხვადასხვა საზღაურთა მოთხოვნის მანკიერ პრაქტიკას.

მომხმარებელთა დაცვის წარმატებული დაცვის მაგალითად შეიძლება ონლაინ-ვაჭრობისა და სამომხმარებლო საქონლის ნასყიდობის მომწესრიგებელი დანაწესების მოყვანა. აქ მომხმარებელთა დაცვის რეგულაციური ბირთვი ცალსახად მატერიალური დაცვის მომნიჭებელ დანაწესებში მდგომარეობს, რომლებიც მომხმარებელს იცავენ იმისგან, რომ არ მოხდეს დისპოზიციური კანონისმიერი სამართლიდან მნიშვნელოვანწილად მის საზიანოდ გადახრა და ახდენს ზოგადი დანაწესების იმგვარ მოდიფიცირებას, რომ მომხმარებელს ენიჭება უფრო ხელსაყრელი პოზიციები, ვიდრე მას ეს სამართლის ზოგადი ნორმებით აქვს მინიჭებული.

ქონებაზე ყადაღის დადების ხანგრძლივობა საპროცესო უფლების კონსტიტუციურობის ჭრილში

გონა ფარულავა

საპროკურორო საქმიანობაზე ზედამხედველობის განხორციელებისა და სტრატეგიული განვითარების დეპარტამენტი, უფროსის მოადგილე, საქართველოს გენერალური პროკურატურა

I. შესავალი

საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლით აღიარებული და უზრუნველყოფილია საკუთრებისა და მემკვიდრეობის უფლება. კონსტიტუციაში არსებული ნებისმიერი ჩანაწერი აზრმოკლებული იქნება, თუკი სამართლის სხვა ნორმები არ უზრუნველყოფენ ადამიანის უფლებათა სათანადო დაცვას.

სამართალწარმოების პროცესის რეალიზებისას გამოიყენება სამართლის შესაბამის დარგში უშუალოდ მოქმედი კანონები. ნებისმიერი კანონი კონსტიტუციის შესაბამისი უნდა იყოს, თუმცა ხარვეზები კანონის თანდაყოლილი ბუნებაა. კანონები იქმნება ადამიანების მიერ და შეცდომები სწორედ რომ ადამიანურობის განუყოფელი ნაწილია. ამიტომაც არცთუ ისე იშვიათია შემთხვევები, როდესაც სამართლის ამა თუ იმ დარგში არსებული ნორმები ლახავენ კონსტიტუციით გარანტირებულ ადამიანის უფლებებს, თუმცა სამართალშემფარდებლისთვის ეს თვალნათელი სულაც არ არის – მისი ქმედება ხომ შეესაბამება კანონს.

ობიექტურად შეუძლებელია, რომ კანონმდებელმა ნებისმიერი სამართლებრივი ურთიერთობა დეტალურად მოანესრიგოს. ის ხშირად იყენებს განუსაზღვრელ სამართლებრივ ცნებებსა და ზოგად ფორმულირებებს. ბუნებრივია, რომ ეს მოქმედების გარკვეულ თავისუფლებას ანიჭებს აღმასრულებელ ხელისუფლებას. მიუხედავად ამისა, ის ამგვარ შემთხვევა-

შიც მკაცრადაა შეზღუდული ძირითადი უფლებებით.¹

სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში (სსსკ-ში) მოცემული იძულების ღონისძიებები ზღუდავენ ადამიანის ძირითად უფლებებს. მართლმსაჯულების განხორციელება შეუძლებელი იქნებოდა კონსტიტუციურ უფლებებში ჩარევის გარეშე, თუმცა რაც უფრო ინტენსიურია ჩარევა, მით უფრო მეტ გარანტიებს უნდა ითვალისწინებდეს კანონი.

ადამიანის კონსტიტუციური უფლებები გამოცხადებულია ერთგვარ ბუნებით უფლებებად, რომლებიც მინიჭებული კი არ არის კონსტიტუციით ადამიანისთვის, არამედ მხოლოდ ცნობილი და აღიარებულია სახელმწიფოს მიერ.² სახელმწიფოს ევალება ადამიანის უფლებების დაცვა უშუალოდ მოქმედი სამართლით. კანონმდებლობა იმგვარად უნდა იყოს ფორმულირებული, რომ სახელმწიფოს სახელით მოქმედ პირებს არ ჰქონდეთ უფლებებში იმაზე მეტად ჩარევის შესაძლებლობა, ვიდრე ეს აუცილებელია დემოკრატიულ სახელმწიფოში ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად.

მოცემული სტატიის მიზანია საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით დადგენილი ყადაღის გამოყენების ხანგრძლი-

¹ ლოლაძე, ბ., აღმასრულებელი ხელისუფლების შეზღუდვა ძირითადი უფლებებით, სტატიათა კრებული „ადამიანის უფლებათა დაცვა: კანონმდებლობა და პრაქტიკა“, თბილისი 2018, 185.

² კობახიძე ი., კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი 2019, 49.

ვობის კონსტიტუციურობის შეფასება. ყადაღა, თავისთავად, ძალიან ფართო ინსტიტუტია და მრავალ ასპექტში შეიძლება მისი კონსტიტუციურობის ქრილის განხილვა, თუმცა მოცემული სტატიის განხილვის თემა ყადაღის დადების ვადის საქართველოს კონსტიტუციით დაცულ საკუთრების უფლებაში ჩარევის თანაზომიერების ფარგლების დადგენაა.

სისხლის სამართლის პროცესში საპროცესო ვადებს უმნიშვნელოვანესი ადგილი უჭირავს, ისინი „ქმნიან გარანტიას, რეალურად იქნეს დაცული პროცესის მონაწილეთა უფლებები და კანონიერი ინტერესები“.³ ყადაღის დადების ვადა ზეგავლენას ახდენს ქონების მესაკუთრის კანონიერ უფლებებსა და ინტერესებზე. ნაშრომის მიზანია, გაირკვეს, რამდენად არის დაცული ბალანსი საჯარო და კერძო ინტერესებს შორის, საზოგადოებისა და სახელმწიფოს ინტერესის სახელით ხომ არ ხდება კერძო პირთა კონსტიტუციური უფლების გაუმართლებელი შეზღუდვა.

II. ყადაღის დადების ვადების გამოანგარიშება

ქონებაზე ყადაღის დადების საკითხი დარეგულირებულია საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე-158-ე მუხლებით. სისხლის სამართლის საპროცესო იძულების ღონისძიების, ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველსაყოფად სასამართლოს შეუძლია მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე ყადაღა დაადოს ბრალდებულის, მისი მოქმედებისათვის მატერიალურად პასუხისმგებელი პირის ან/და მასთან დაკავშირებული პირის ქონებას, მათ შორის, საბანკო ანგარიშებს, თუ არსებობს მონაცემები, რომ ქონებას გადამალავენ ან დახარჯავენ ან/და ქონება დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული⁴.

ქონებაზე ყადაღის დადება ასევე გამოიყენება საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 323-ე-330-ე და 331¹ მუხლებით გათვალისწინებული ერთ-ერთი დანაშაულის ან სხვა განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის მომზადებისას, აგრეთვე მათი აღკვეთის უზრუნველსაყოფად, თუ არსებობს საკმარისი მონაცემები, რომ ეს ქონება გამოიყენებული იქნება დანაშაულის ჩასადენად.⁵

სასამართლოს შეუძლია ასევე ყადაღა დაადოს ქონებას, თუ არსებობს საკმარისი მონაცემები, რომ ეს კორუფციული, რეკეტული, „ქურდული სამყაროს“ წევრის/„კანონიერი ქურდის“ ან საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 194-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დანაშაულისათვის მსჯავრდებული პირის ქონებაა ან/და ამ ქონების მიმართ ჩადენილია დანაშაული ან/და იგი დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული⁶.

სსსკ-ის 158-ე მუხლი ეხება ქონებაზე ყადაღის დადების შესახებ სასამართლოს განჩინების მოქმედების ვადას – ქონებას ყადაღა ედება განაჩენის აღსასრულებლად მიქცევამდე, სისხლისსამართლებრივი დევნის ან/და გამოძიების შეწყვეტამდე. აღნიშნული მუხლიდან გამომდინარე, ქონებაზე ყადაღის დადების ვადა მნიშვნელოვნად განსხვავდება დევნადაწყვეთულ და გამოძიებაში არსებულ, გაუხსნელ სისხლის სამართლის საქმეებზე.

თუ პირის მიმართ დაწყებულია სისხლისსამართლებრივი დევნა და მის ან მასთან დაკავშირებული პირის ქონებას ყადაღა ადევს, ყადაღა მოქმედებს სისხლისსამართლებრივი დევნის მთელი პროცესის განმავლობაში. ყადაღა უქმდება, თუ გამოძიების ან სასამართლო განხილვისას პირის მიმართ შეწყდა სისხლისსამართლებრივი დევნა ან თუკი სისხლის სამართლის საქმის არსებითი განხილვა დასრულდა და განაჩენი აღსასრულებლად მიექცა.

საქმეზე სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების შემდგომ, საპროცესო კანონმდებლო-

³ ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის პროცესი (ზოგადი ნაწილის ცალკეული ინსტიტუტები), გოგშელიძე, რ. [რედ.], მეორე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი“, თბილისი 2009, 417.

⁴ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი.

⁵ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის მე-2 ნაწილი.

⁶ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 151-ე მუხლის მე-3 ნაწილი.

ბის თანახმად, ირთვება სასამართლოში გაგზავნის ვადა, შესაბამისად, გამოძიების ეტაპზე სისხლისსამართლებრივი დევნის ვადა დამოკიდებულია წინასასამართლო სხდომის განსაზღვრის ვადაზე.

სსსკ-ის 169-ე მუხლის მე-8 ნაწილის თანახმად, დანაშაულის ერთი შემთხვევის გამო წინასასამართლო სხდომის დაწყებამდე პირი ბრალდებულად შეიძლება ცნობილი იყოს არა უმეტეს 9 თვისა, თუ ამ ვადის გასვლამდე მისთვის დანაშაულის სხვა შემთხვევის გამო არ წაუყენებიათ ახალი ბრალი. ასეთი ბრალის წაყენებისას აღნიშნული ვადის დინება წყდება და ვადა აითვლება ახალი ბრალის წაყენების დღიდან. აღნიშნული ვადის გასვლისთანავე წყდება სისხლისსამართლებრივი დევნა პირის მიმართ.

ხსენებული მუხლიდან გამომდინარე სისხლისსამართლებრივი დევნის ვადა გამოძიების ეტაპზე შეადგენს 9 თვეს და ეს ვადაც პირობითია. თეორიულად, ის შეიძლება კიდევ გაგრძელდეს 9 თვით, თუკი ახალი შემთხვევის გამო წარედგინება პირს ხელახალი ბრალდება. ამასთან, კანონმდებელი არ კრძალავს ერთსა და იმავე საქმეზე ბრალდების წარდგენის რაოდენობას და იმ შემთხვევაში, თუ ახალი დანაშაული იქნა გამოკვეთილი, ცხრათვიანი ვადის დინება შეიძლება რამდენჯერმე ხელახლა დაიწყოს. შესაბამისად, ქონებაზე ყადაღის დადების ვადა დევნის ხანგრძლივობის პროპორციულად გაიზრდება მიუხედავად იმისა, რომ ყადაღის დადების საფუძვლებს ახალ დანაშაულთან შესაძლოა არავითარი კავშირი არ გააჩნდეს.

მას შემდეგ, რაც საქმე სასამართლოში წარიმართება, ირთვება განაჩენის გამოტანის ვადა. ყადაღის ვადა დამოკიდებულია განაჩენის აღსრულების ვადაზე, განაჩენი კი საქართველოს სსსკ-ის 279-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, აღსასრულებლად მიექცევა სასამართლოს მიერ მისი საჯაროდ გამოცხადებისთანავე. შესაბამისად, ყადაღის დადების ვადას გამოძიებაში სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანგრძლივობის ვადასთან ერთად ემატება განაჩენის გამოტანისთვის საჭირო დრო.

საქართველოს სსსკ-ის 185-ე მუხლის მე-6 ნაწილის თანახმად, პირველი ინსტანციის სასამართლოს განაჩენი გამოაქვს წინასასამართლო

სხდომის მოსამართლის მიერ საქმის არსებითი განხილვისათვის გადაცემის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებიდან არაუგვიანეს 24 თვისა. ამავე მუხლის მე-7 ნაწილის თანახმად კი, ეს ვადა არ გამოიყენება იმ სისხლის სამართლის საქმეზე, რომელშიც ბრალდებული თავს არიდებს სასამართლოში გამოცხადებას ან/და ბრალდებულის მიმართ გამოცხადებულია ძებნა.

აღსანიშნავია, რომ სასამართლოში სისხლისსამართლებრივი დევნის ვადა გამოითვლება მხოლოდ წინასასამართლო სხდომაზე არსებითად განსახილველად გადაცემის გადაწყვეტილების მიღების შემდგომ. ამ ვადაში არ ითვლება ის პერიოდი, რომელიც სჭირდება წინასასამართლო სხდომის ჩატარებას, ამ სხდომის ხანგრძლივობის რაიმე ვადა კი კანონმდებლობით არ არის განსაზღვრული. სხდომა შესაძლებელია რამდენჯერმე გადაიდოს და დასჭირდეს რამდენიმე კვირა ან თვე.

კანონმდებლობით საერთოდ არ არის ლიმიტირებული სასამართლო განხილვის ვადა, თუკი საქმე განიხილება ძებნილი ანდა მიმალული ბრალდებულის მიმართ.

ზემოაღნიშნული ნორმების ანალიზით ცხადი ხდება, რომ დევნადანწყებულ სისხლის სამართლის საქმეებზე შეუძლებელია ყადაღის დადების მაქსიმალური ვადის გამოთვლა, ვინაიდან რიგ შემთხვევაში შეიძლება მოხდეს როგორც გამოძიების ცხრათვიანი ვადის, ასევე სასამართლო განხილვის ორწლიანი ვადის უსასრულოდ გაგრძელება.

ყადაღის დადების ვადის მასშტაბურობა კიდევ უფრო თვალნათელია იმ სისხლის სამართლის საქმეებზე, სადაც სისხლისსამართლებრივი დევნა დაწყებული არ არის. თუკი საქართველოს სსსკ-ის 151-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი მოითხოვს, რომ ქონება იყოს ბრალდებულის, მისი ქმედებისთვის მატერიალურად პასუხისმგებელი ან მასთან დაკავშირებული პირის საკუთრება, ამავე მუხლის მე-3 ნაწილით გათვალისწინებულ შემთხვევაში აუცილებელი არ არის საქმეში ფიგურირებდეს ბრალდებული, ვინაიდან სასამართლოს შეუძლია ყადაღა დაადოს ქონებას, თუ არსებობს საკმარისი მონაცემები, რომ ამ ქონების მიმართ ჩადენილია

დანაშაული ან/და იგი დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული.

საქმეებზე, სადაც სისხლისსამართლებრივი დევნა დაწყებული არ არის, ყადაღის ხანგრძლივობა დაკავშირებულია გამოძიების შეწყვეტასთან.

სსსკ-ის 103-ე მუხლი ადგენს გამოძიების ვადას, რომლის თანახმადაც, გამოძიება მიმდინარეობს გონივრულ ვადაში, მაგრამ არაუმეტეს შესაბამისი დანაშაულისათვის საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსით დადგენილი სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანდაზმულობის ვადისა. თუ რა იგულისხმება გონივრულ ვადაში, კანონმდებელი ამას არ განმარტავს, თუმცა, ცხადია, რომ გამოძიებელს შეუძლია სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანდაზმულობის ვადაზე ანარმოს გამოძიება და ჩაატაროს სხვადასხვა საგამოძიებო მოქმედება.

სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანდაზმულობის ვადა განისაზღვრება სისხლის სამართლის კოდექსის 71-ე მუხლით და შეადგენს ორ წელს იმ დანაშაულის ჩადენიდან, რომლისათვისაც გათვალისწინებული მაქსიმალური სასჯელი არ აღემატება ორი წლით თავისუფლების აღკვეთას; ექვს წელს – სხვა, ნაკლებად მძიმე დანაშაულის ჩადენიდან; ათ წელს – მძიმე დანაშაულის ჩადენიდან; თხუთმეტი წელს – სამოხელეო დანაშაულების ჩადენიდან, ოც წელს – სქესობრივი დანაშაულების ჩადენიდან, ოცდაათ წელს – განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩადენიდან. სისხლის სამართლის კოდექსი ითვალისწინებს დანაშაულებს, რომლებზედაც საერთოდ არ ვრცელდება სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანდაზმულობის ვადა.⁷

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობით შესაძლებელია საკუთრების

უფლება შეიზღუდოს მრავალი წლის განმავლობაში ან სულაც უვადოდ.

III. საკუთრების უფლების შეზღუდვა

საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლის თანახმად, საკუთრებისა და მემკვიდრეობის უფლება აღიარებული და უზრუნველყოფილია. საჯარო ინტერესებისათვის დასაშვებია ამ უფლების შეზღუდვა კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში და დადგენილი წესით.

საკუთრების უფლების გარეშე შეუძლებელია დემოკრატიული საზოგადოების არსებობა. საკონსტიტუციო სასამართლოს არაერთხელ განუმარტავს დასახელებული უფლების მიზანი და დანიშნულება. კერძოდ, „საკუთრების უფლება ადამიანის არა მარტო არსებობის ელემენტარული საფუძველია, არამედ უზრუნველყოფს მის თავისუფლებას, მისი უნარისა და შესაძლებლობების ადეკვატურ რეალიზაციას, ცხოვრების საკუთარი პასუხისმგებლობით წარმართვას. ყოველივე ეს კანონზომიერად განაპირობებს ინდივიდის კერძო ინიციატივებს ეკონომიკურ სფეროში, რაც ხელს უწყობს ეკონომიკური ურთიერთობების, თავისუფალი მენარმეობის, საბაზრო ეკონომიკის განვითარებას, ნორმალურ, სტაბილურ სამოქალაქო ბრუნვას“.⁸

საკუთრების ცნება, ლიბერალური კონცეფციით, განიმარტება როგორც ჯერ კიდევ „სახელმწიფოებრიობამდე“ არსებული ადამიანის უფლება. ამგვარი უფლებები სახელმწიფოსაგან დამოუკიდებლად არსებობს, რადგან ის სახელმწიფოს არ შეუქმნია (ადამიანის უფლებათა ბუნებითი თეორია). საკუთრება ერთ-ერთი მთავარი შემადგენელია ნაწილია პირადი თავისუფლებისა. ამ თეორიის თანახმად, თუ სახელმწიფო ადამიანს არ ანიჭებს თავისუფლებას, სიცოცხლეს ან საკუთრებას და ეს უფლებათა-ვისუფლებები თავისუფალია, მაშინ მათი შექმ-

⁷ ხანდაზმულობა არ გამოიყენება საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ შემთხვევაში და საქართველოს სსკ-ის 144¹-144³ მუხლებით გათვალისწინებული ქმედებების მიმართ, აგრეთვე არასრულწლოვანის მიმართ ამავე კოდექსის 137-ე-141-ე და 253-ე-255² მუხლებით გათვალისწინებული ქმედებების ჩადენის შემთხვევაში.

⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის №1/2/384 გადაწყვეტილება.

ნაც არ უნდა იყოს სახელმწიფოზე დამოკიდებული, მის მიერ რეგულირებული.⁹

საკონსტიტუციო სასამართლო საკუთრების უფლებას უკავშირებს ადამიანის ღირსების პატივისცემასაც, „უმთავრესი კონსტიტუციური ღირებულების, ადამიანის ღირსების პატივისცემა მისი სოციალური და ეკონომიკური კონტექსტის ფარგლებში, მნიშვნელოვნად არის დამოკიდებული საკუთრების უფლების სრულფასოვან რეალიზებაზე. საკუთრება წარმოადგენს ადამიანის პირადი დამოუკიდებლობის, პიროვნული განვითარების ერთ-ერთ წყაროს. საკუთარი დამოუკიდებლობისა და კეთილდღეობის მიზნით ადამიანის მისწრაფება, შექმნას საკუთარი ქონება, უდავოდ იმსახურებს სახელმწიფოს პატივისცემას, რაც საკუთრების შექმნის ისეთ საკანონმდებლო რეგლამენტაციაში უნდა გამოიხატოს, რომელიც უზრუნველყოფს, ერთი მხრივ, ცალკეული ინდივიდის საკუთრების უფლებით შეუფერხებელ სარგებლობას, ხოლო, მეორე მხრივ, ეფექტურ სამოქალაქო ბრუნვას.“¹⁰

იმისათვის, რომ საკუთრების უფლების დარღვევა გვექონდეს სახეზე, უნდა დადგინდეს რამდენიმე გარემოება.

1. ჩარევა უნდა იყოს სახეზე

საკონსტიტუციო სასამართლო საკუთრებაში ჩარევას ასხვავებს „სიმძიმის მიხედვით“¹¹ – საქმე ეხება ჩამორთმევას თუ შეზღუდვას.

ქონებაზე ყადაღის დადება მესაკუთრეს უკრძალავს ქონების განკარგვას, ხოლო აუცილებლობის შემთხვევაში ქონებით სარგებლობას. სარგებლობა და განკარგვა საკუთრების

უფლების განუყოფელი ნაწილია, შესაბამისად, სახეზეა უფლებაში ჩარევა შეზღუდვის ფორმით, ამასთან ქონებაზე სარგებლობის აკრძალვა უფრო ინტენსიური ჩარევაა.

საქართველოს უზენაესი სასამართლო ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში ხაზს უსვამს, რომ საკუთრების უფლების შინაარსი ვლინდება მესაკუთრის უფლებაში, განახორციელოს სრული ბატონობა ნივთზე და თავისი შეხედულებისამებრ განკარგოს იგი, ამ უფლებას კი საფრთხე არ უნდა შეექმნას.¹²

საკუთრებაში მოაზრებული უფლებამოსილებები მოიცავს ასევე საკუთრებაში არსებული ქონების (მათ შორის მოძრავი და უძრავი ქონება, საბანკო ანგარიშები, ქონებრივი უფლებები) განკარგვას, მესაკუთრის გადაწყვეტილებით განადგურებას, სარგებლობასა და მფლობელობას¹³.

საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, ქონებით სარგებლობის აკრძალვა ხდება იმ შემთხვევაში, როდესაც იგი გარდაუვლად საჭიროა დანაშაულის წინააღმდეგ ეფექტური ბრძოლისათვის და, ამასთან, ამონურულია ყველა სხვა საშუალება/მექანიზმი ყადაღის მიზნების მისაღწევად (მაგალითად, არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ ქონების ექსპლუატაციის შედეგად მიღებული შემოსავლით უნდა დაფინანსდეს ტერორისტული აქტი. ცხადია, ამ შემთხვევაში დანაშაულის პრევენციისათვის მხოლოდ განკარგვის აკრძალვა არ არის საკმარისი და სახეზეა, ასევე, სარგებლობის აკრძალვის მომეტებული საჭიროება).¹⁴

⁹ ფირცხალაშვილი, ა., საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბილისი 2013, 206.

¹⁰ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის №3/1/512 გადაწყვეტილება.

¹¹ იხ. ტულუში, თ., ბურჯანაძე, გ., მშენიერაძე, გ., გოცირიძე, გ., მენაბდე, ვ., „ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა“, თბილისი 2013, 254.

¹² კარტოზია, მ., „საკუთრების უფლების კონსტიტუციური და სამოქალაქოსამართლებრივი ცვლილება“, სტატიათა კრებული „ადამიანის უფლებათა დაცვა: კანონმდებლობა და პრაქტიკა“, თბილისი 2018, 135; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილება, №ას-189-182-2013, 16.01.2016.

¹³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის №2/1/631 გადაწყვეტილება.

¹⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 21 ივლისის №2/3/680 გადაწყვეტილება.

2. ჩარევა უნდა იყოს კანონის შესაბამისი

საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, საკუთრების უფლების შეზღუდვა უნდა განხორციელდეს კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში და დადგენილი წესით.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, აუცილებელია, არსებობდეს „კანონი“, როგორც საკანონმდებლო საქმიანობის პროდუქტი, უფლების შეზღუდვის და აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროების კანონით განსაზღვრისთვის. მაგალითად, მთავრობის თავმჯდომარის ერთჯერადი აქტით ჩამორთმეული ქონება მიჩნეულ იქნა არაკონსტიტუციურად.¹⁵

სისხლის სამართლის საქმეებზე ყადაღის დადება ხდება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით დადგენილი წესით, კოდექსი განსაზღვრავს ყადაღის გამოყენების წინაპირობებს და განხორციელების წესს შესაბამისად, ამ ნაწილში ჩარევა კანონისმიერი.

3. უნდა არსებობდეს ლეგიტიმური მიზანი

საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, საკუთრების უფლების შეზღუდვა დასაშვებია საჯარო ინტერესებისათვის. 2018 წლამდე მოქმედი რედაქციით ლეგიტიმური მიზანი განისაზღვრებოდა „აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროებით“. საჯარო ინტერესები მოიცავს აუცილებელ საზოგადოებრივ საჭიროებას, ტერმინთა სხვაობა არ იძლევა საკუთრების უფლებაში ჩარევის არსებითად განსხვავებული ინტერპრეტაციის საშუალებას.

სისხლის სამართლის პროცესში საჯარო ინტერესი უკავშირდება სიმართლის გარკვევას, დანაშაულის გამოვლენას, დამნაშავეს და-

სჯას, საპროცესო მოქმედებების ეფექტურობას, ადამიანური და მატერიალური რესურსების გამოყენების შედეგიანობის ოპტიმალურობას, ახალი დანაშაულის პრევენციას, მართლწესრიგის დაცვას და ა.შ. კერძო ინტერესი უკავშირდება კონკრეტული პირის დაცვას მისი გარკვეული უფლებებისა და ინტერესების სახელმწიფოს მიერ დარღვევისა თუ შეზღუდვის საგან.¹⁶

ქონებაზე ყადაღა სისხლის სამართლის საქმეზე იდება სისხლის სამართლის საპროცესო იძულების ღონისძიების, ქონების შესაძლო ჩამორთმევის მიზნით.

სისხლის სამართლის საპროცესო იძულების ღონისძიების ტერმინის განმარტებას კანონმდებლობა არ იძლევა, მაგრამ მასში „მოიაზრება პრევენციული ღონისძიებები, რომლებიც უზრუნველყოფენ პროცესის მონაწილეების მხრიდან თავიანთი მოვალეობების ჯეროვნად შესრულებას და მართლმსაჯულების განხორციელებისათვის ხელის შეშლის პრევენციას გამოძიების, სისხლის სამართლებრივი დევნის ან/და სასამართლო განხილვის სტადიებზე“.¹⁷

საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, მიუხედავად იმისა, რომ განსხვავებულია აღნიშნული ღონისძიებების გამოყენების კონკრეტული მიზნები და საფუძველი, ყველა მათგანს აერთიანებს საპროცესო იძულების ღონისძიებისათვის დამახასიათებელი საერთო მიზანი - გამოძიებისთვის ხელშეშლის თავიდან აცილება და მართლმსაჯულების ჯეროვანი განხორციელებისათვის პირობების შექმნა.¹⁸

„ექვგვარეშეა, რომ დანაშაულთან ეფექტური ბრძოლა და მართლმსაჯულების ჯეროვანი განხორციელების ხელშეწყობა სახელმწიფოს ერთ-ერთი ძირითადი ამოცანაა. სისხლის სამა-

¹⁵ იხ. ტულუში, თ., ბურჯანაძე, გ., მშვენიერაძე, გ., გოცირიძე, გ., მენაბდე, ვ., „ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა“, თბილისი 2013, 257-258.

¹⁶ ბიჭია, შ., „გამოძიების დაწყებამდე პასუხისგებაში მიცემის ხანდაზმულობის ვადის გასვლის პროცესუალური შედეგი“, საიუბილეო კრებული, გურამ ნაჭყებია - 75, თბილისი 2016, 158.

¹⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის №2/1/631 გადაწყვეტილება.

¹⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის №2/1/631 გადაწყვეტილება.

როლის საქმეთა გამოძიების შეუფერხებელი განხორციელება, დანაშაულის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების უზრუნველყოფა და დანაშაულებრივი საქმიანობის აღკვეთა უმნიშვნელოვანესი საჯარო ინტერესებია.¹⁹

ყადაღის დადების მეორე მიზანი არის ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველყოფა. აღსანიშნავია, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, აღნიშნული მიზანი არის ლეგიტიმური.²⁰

ქონების ჩამორთმევის მიზანს ლეგიტიმურად მიიჩნევს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოც, ბრალდებულისთვის უკანონო და დაუსაბუთებელი ქონების ჩამორთმევა არ არის დარღვევა, საქმეზე გოგითი და სხვები საქართველოს წინააღმდეგ (№ 36862/05; 12.05.2015) ევროპული სასამართლო უთითებს: „კომპენსაციის ასპექტი გულისხმობს თანამდებობის პირის უსაფუძვლო გამდიდრებამდე არსებული მდგომარეობის აღდგენას - კანონიერი მესაკუთრისთვის ან, ასეთის არარსებობის შემთხვევაში, სახელმწიფოსთვის დაბრუნებას“.²¹

სასამართლო „კანონიერი მიზნის“ განმარტებისას ეყრდნობა კონკრეტული ღონისძიების „შინაარსს“ და მის „მნიშვნელობას“. თუკი ღონისძიების კონკრეტული ლეგიტიმური დანიშნულება ამ კრიტერიუმებს პასუხობს, იგი შეიძლება მიჩნეულ იქნას საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის მეორე პუნქტით განსაზღვრულ „აუცილებელ საზოგადოებრივ საჭიროებად“. მაგალითისთვის, დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლა საკონსტიტუციო სასამართლომ ჩათვალა ასეთად 2007 წლის 2 ივლისის გადაწყვეტილებაში.²²

¹⁹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 23 მაისის №3/2/574 გადაწყვეტილება.

²⁰ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის №2/1/631 გადაწყვეტილება.

²¹ გადაწყვეტილება ქართულ ენაზე ხელმისაწვდომია: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/saqartvelos-winaagmdeg-gogitidze-daxva.pdf> (უკანასკნელად ნანახია: 30.04.2021).

²² ტულუში, თ., ბურჯანაძე, გ., მშენიერიძე, გ., გოცირიძე, გ., მენაბდე, ვ., „ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა“, თბილისი, 2013,

4. ჩარევა უნდა იყოს თანაზომიერი

კონსტიტუციური უფლებების შეზღუდვის კანონიერება მოითხოვს, რომ შეზღუდვა იყოს მიზნის მიღწევის „გამოსაღები“, „უკიდურესი“ და „პროპორციული“ საშუალება.

„კონსტიტუციური უფლებების, მათ შორის საკუთრების უფლების, შეზღუდვის შეფასების საზომი თანაზომიერების პრინციპია. აღნიშნული პრინციპი წარმოადგენს ადამიანის უფლებების შეზღუდვისას კანონმდებლის შეზღუდვის მექანიზმს და, შესაბამისად, კონსტიტუციური კონტროლის ელემენტს. თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნაა, რომ უფლების მზლუდავი საკანონმდებლო რეგულირება უნდა წარმოადგენდეს ღირებული საჯარო (ლეგიტიმური) მიზნის მიღწევის გამოსაღებ და აუცილებელ საშუალებას. ამავე დროს, უფლების შეზღუდვის ინტენსივობა მისაღწევი საჯარო მიზნის პროპორციული, მისი თანაზომიერი უნდა იყოს. დაუშვებელია ლეგიტიმური მიზნის მიღწევა განხორციელდეს ადამიანის უფლების მომეტებული შეზღუდვის ხარჯზე.“²³

„დაუშვებელია უფრო მკაცრი შეზღუდვების დანესება, ვიდრე ამას კონკრეტული საზოგადოებრივი საჭიროება მოითხოვს. კანონმდებელმა ორივე მოთხოვნა უნდა დააბალანსოს თანაზომიერების პრინციპის გამოყენებით. ცალმხრივი პრივილეგირება არ შეესაბამება კერძო საკუთრების იმ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ გაგებას, რომელიც მისი სოციალური ფუნქციით დატვირთვას ითვალისწინებს. იმავდროულად, დანესებული შეზღუდვების კონსტიტუციურობის თვალსაზრისით გამართლებისათვის მნიშვნელოვანია ის, თუ რამდენად საჭიროა კონკრეტული რეგულირების სფეროში მათი შემოღება და რამდენად ადეკვატურ ზომას წარმოადგენენ ისინი. ამდენად, ინდივიდის საკუთრებაში ჩარევა გონივრულ

266 და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს №1/2/384 გადაწყვეტილება (საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლი იცავდა საკუთრების უფლებას კონსტიტუციის 2018 წლამდე მოქმედი რედაქციით).

²³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის №3/1/512 გადაწყვეტილება.

შესაბამისობაში უნდა იყოს საზოგადოების მიერ მისაღებ სარგებელთან.²⁴

სამართლებრივ სახელმწიფოში კანონზომიერია მოლოდინი, რომ კერძო და საჯარო ინტერესების ურთიერთმიმართება სამართლიანი იქნება. რაც უფრო მეტად ერევა ხელისუფლება ადამიანის თავისუფლებაში, მით მაღალია მოთხოვნები ჩარევის გამართლებისათვის.²⁵

ზოგადად, საკუთრების უფლების შეზღუდვისას საჯარო და კერძო ინტერესებს შორის ბალანსის დადგენა კანონმდებელმა შეიძლება მიანდოს საქმის განმხილველ სასამართლოს. ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სწორედ ინდივიდუალური საქმის განმხილველ მოსამართლეს შეუძლია, ყველაზე კარგად შეაფასოს, მიუხედავად იძულების ღონისძიების გამოყენების აუცილებლობისა, ხომ არ არსებობს მეორე მხარის მომეტებული ინტერესი, რომელიც უფლების შეზღუდვის პროპორციულობას გამოორიცხავს. თუმცა საერთო სასამართლოს მოსამართლისათვის მსგავსი დისკრეციის მინიჭების საჭიროება არ არსებობს, როდესაც იძულების ღონისძიების გამოყენების შედეგად დაცული საჯარო ინტერესი ყველა შემთხვევაში გადაწონის ქონებაზე ყადაღის დადების შედეგად შეზღუდული მესაკუთრის ინტერესს. მსგავს შემთხვევებში შესაძლებელია, კანონმდებელმა პოტენციური ინტერესების შეჯერება მიანდოს არა სასამართლოს, არამედ ამ ინტერესებს შორის ბალანსი თავად გადაწყვიტოს იმთავითვე ყადაღის მიზნების სასარგებლოდ.²⁶

სააპელაციო სასამართლოს განმარტებით, „ქონებაზე ყადაღის დადება არ იწვევს საკუთრების უფლების გაუქმებას ან ჩამორთმევას, არამედ იგი, როგორც მხოლოდ დროებითი ღონისძიება გამოიყენება მოცემულ სისხლის სამართლის საქმეზე მიმდინარე გამოძიების ფარგლებში, სისხლის სამართლის საპროცესო ნორმების მოთხოვნათა შესაბამისად და გამო-

მდინარეობს აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროებიდან.“²⁷

კონსტიტუციური უფლებების შეზღუდვას მაშინ აქვს გამართლება, როცა ლეგიტიმური მიზანი ისე მიიღწევა, რომ არ მოხდება შეზღუდვას დაქვემდებარებული სიკეთისა და მისი მატარებელი სუბიექტის ერთმანეთისაგან გაუცხოება. შეზღუდვა გულისხმობს ინტერესთა სამართლიან დაბალანსებას და არა ისეთ შემთხვევას, როცა ერთი ინტერესის ადგილს მეორე იკავებს.²⁸

ზემოხსენებულიდან გამომდინარე, ქონებაზე ყადაღის დადება შესაძლებელია გამართლებული იყოს მისი დადების საწყის სტადიაზე. სააპელაციო სასამართლო ზემოთ მოყვანილ განჩინებაში სწორედ იმიტომ მიიჩნევს ყადაღის დადებას კანონიერ ქმედებად, რომ მას აქვს დროებითი ხასიათი და იგი არ იწვევს საკუთრების უფლების გაუქმებას. დროებითი არ შეიძლება გაგებულ იქნეს, როგორც უსასრულო. თუკი დავუშვებთ, რომ პროცესის მნარმოებელ პირს შეეძლება ქონებაზე ყადაღა დაადოს გამოძიების შეწყვეტამდე განუსაზღვრელი ვადით, 6, 10, 15, 25 ან 30 წლით, გამოვა, რომ ფაქტობრივად ადგილი ექნება საკუთრების უფლების გაუქმებას, საკუთრების უფლებისა და მესაკუთრეს ერთმანეთისგან გაუცხოებას, საკუთრების უფლების არსის დარღვევას.

5. ჩარევა არ უნდა არღვევდეს უფლების არსს

საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის მე-2 ნაწილში საკუთრების უფლებაში ჩარევის მართლზომიერებასთან მიმართებით არსებობდა პირდაპირი ჩანაწერი - კონსტიტუცია მიიჩნევდა, რომ საკუთრების უფლების შეზღუდვა დასაშვებია „იმგვარად, რომ არ დაირღვეს საკუთრების უფლების არსი.“ 2018 წლის 23 მა-

²⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის №1/2/384 გადაწყვეტილება.

²⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის №1/2/384 გადაწყვეტილება.

²⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 21 ივლისის №2/3/680 გადაწყვეტილება.

²⁷ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 1 მარტის №1გ/293-17 განჩინება.

²⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2008 წლის 19 დეკემბრის №1/2/411 გადაწყვეტილება.

რტის რედაქციით საკუთრების უფლებას იცავს კონსტიტუციის მე-19 მუხლი და მსგავსი მითითება უფლების არსთან დაკავშირებით აღარ გვხვდება.

აღნიშნული არ ნიშნავს, რომ შეზღუდვის კონსტიტუციურობის დადგენისთვის უფლების არსის შენარჩუნება მნიშვნელოვანი აღარ არის. არსის შენარჩუნება მნიშვნელოვანია ყველა იმ ძირითადი უფლებისთვის, სადაც კონსტიტუცია იძლევა უფლებაში ჩარევის შესაძლებლობას.

უფლების არსის შენარჩუნება იურიდიულ დოგმატიკაში განსხვავებულად განიხილება. მეცნიერთა ნაწილი მას თანაზომიერების პრინციპის შემადგენელ ელემენტად მიიჩნევს, ნაწილი კი დამოუკიდებელ კატეგორიად განიხილავს. „იბადება კითხვა, წარმოადგენს თუ არა არსის შენარჩუნების პრინციპი დამოუკიდებელ პრინციპს, თუ იგი რომელიმე სხვა პრინციპის შიგნით მოიაზრება. ვერ ვიტყვით, რომ იგი აბსოლუტურად ემიჯნება, მაგალითად, თანაზომიერების პრინციპს. თანაზომიერების ერთ-ერთი მოთხოვნაა უფლების არსის დაცვა.“²⁹ „გერმანულ ლიტერატურაში არსებული აბსოლუტური თეორიის თანხმად, არსის შენარჩუნების პრინციპი და თანაზომიერების პრინციპი არ არის ერთი და იგივე. არსის შენარჩუნების პრინციპის თავისებურება იმაშია, რომ არსი არ ექვემდებარება ანონვას, მაშინ როცა თანაზომიერების ქვეშ მოაზრებული ფასეულობანი ანონვადია.“³⁰

მიუხედავად იმისა, რა ეტაპზე უნდა განვიხილოთ უფლების არსის შენარჩუნება - თანაზომიერების კონტექსტში თუ ცალკე, დამოუკიდებელ კრიტერიუმად, მნიშვნელოვანია, სახელმწიფო ხელისუფლების მხრიდან არ მოხდეს საკუთრების უფლების იმგვარი შეზღუდვა, რომ საკუთრების უფლება დარჩეს არსგამოცლილი.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, „ის ფაქტი, რომ შეზღუდვის შედეგად ფორმალურად მესაკუთრეს რჩება საკუთრების შინაარსისათვის დამახასიათებელი ელემენტები, სრულიადაც არ ნიშნავს იმას, რომ საკუთრებაში ჩარევა გამართლებულია. უფლების შინაარსის შეზღუდვის ფარგლებზეა დამოკიდებული ამ უფლების არსის შენარჩუნება, ვინაიდან სწორედ შინაარსია არსის განმსაზღვრელი გარემოება. საკუთრების შინაარსის შეზღუდვის ნებისმიერ შემთხვევაში, საკუთრება უნდა დარჩეს საკუთრებად და მან უნდა შეძლოს ამ შეზღუდვით გამოწვეული ტვირთის ტარება.“³¹

ცხადია, გამოძიების საწყის ეტაპზე ქონებაზე ყადაღის დადება გამართლებულია, მას აქვს კონსტიტუციურ უფლებაში ჩარევის მართლზომიერების ყველა ელემენტი. თუმცა დროის გასვლასთან ერთად ჩარევის ფარგლები იზრდება და შეზღუდვა ხდება ინტენსიური. დაუშვებელია, რამდენიმე თვის ან წლის გასვლის შემდეგ უფლებაში ჩარევის გამართლებელი საფუძვლები შენარჩუნდეს ისე, რომ შეზღუდვის მიზანი მიღწევადი აღარ იყოს.

ქონებაზე ყადაღის დადების მიზანი არის მართლმსაჯულების განხორციელება, ქონების შესაძლო ჩამორთმევის უზრუნველყოფა. თუკი საგამოძიებო ორგანოები წლების განმავლობაში ვერ ახერხებენ სისხლის სამართლის საქმეზე ჭეშმარიტების დადგენას, ბრალდებული პირის იდენტიფიკაციას და არც კი არსებობს საქმის გახსნის შესაძლებლობა, შეუძლებელია კერძო პირისთვის ამავე მიზნით საკუთრების უფლების შეზღუდვის გაგრძელება გამართლებული იყოს.

პრაქტიკაში ხანგრძლივი ვადით ყადაღის დადების პრობლემურობაზე წერს სახალხო დამცველიც: „ერთ-ერთ შესწავლილ საქმეში გამოძიება გრძელდება ხანდაზმულობის ვადის გასვლის შემდეგაც და მოქალაქე დ. ბ.-ს 10 წელზე მეტია ეზღუდება მცხეთის რაიონული სასამართლოს 2008 წლის 26 დეკემბრის ბრძანებით დაყადაღებული მიწის ნაკვეთით სარგე-

²⁹ ზოიძე, ბ., „ძირითადი უფლების არსის შენარჩუნების პრინციპი, კონსტიტუციური სამართლის მიმოხილვა“, №5 აპრილი, 2012, 141.

³⁰ ზოიძე, ბ., „ძირითადი უფლების არსის შენარჩუნების პრინციპი, კონსტიტუციური სამართლის მიმოხილვა“, №5 აპრილი 2012, 143.

³¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2008 წლის 19 დეკემბრის №1/2/411 გადაწყვეტილება.

ბლობის და განკარგვის უფლება. აღნიშნული ყადაღის მიზანშეწონილობა 2008 წლის შემდეგ აღარ შემოწმებულა. აპარატის მიერ შესწავლილ სხვა 2 საქმეში ყადაღა ადევს ქონებას 13 და 11 წლის განმავლობაში. კერძოდ, თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2005 წლის 22 ნოემბრის ბრძანებით, ყადაღა დაედო 240 მოქალაქის საკუთრებაში არსებულ ბინებს, რომელთაგან გამოძიების პროცესში ყადაღა მოეხსნა მხოლოდ 51 ბინას, ხოლო დანარჩენი უძრავი ქონება კვლავ დაყადაღებულია; მეორე შემთხვევაში, მოქალაქე თ.კ.-ს განმარტებით, თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2007 წლის 1 მაისის ბრძანებით, დაყადაღებულია მის საკუთრებაში არსებული უძრავი ქონება.³²

ყადაღის სისხლისსამართლებრივ რეგულირებასთან მიმართებით პრობლემურია არა მხოლოდ ყადაღის დადების ხანგრძლივი ვადა, არამედ ამ ვადის განმავლობაში მიღებული გადაწყვეტილების პერიოდული გადასინჯვის შეუძლებლობა.

დევნადანყებულ საქმეებზე, თუკი ბრალდებულს თეორიულად აქვს შესაძლებლობა შუამდგომლობა დააყენოს სასამართლოში ყადაღის გაუქმების მოთხოვნით, ასეთი შესაძლებლობა საერთოდ არ გააჩნიათ ბრალდებულთან დაკავშირებულ ანდა მის მოქმედებაზე მატერიალურად პასუხისმგებელ პირებს. ისინი სისხლის სამართლის პროცესში მხარეს არ წარმოადგენენ და სასამართლოსა თუ პროკურორის წინაშე ისეთ შუამდგომლობას ვერ დააყენებენ, რომელიც უშუალოდ კანონით არ არის გათვალისწინებული, სხვისი სახელით კი ვერც ბრალდებული ვერ მიმართავს სასამართლოს. შესაბამისად, მათი საკუთრების უფლებაც შეიძლება გაუმართლებლად დიდი ხნით შეიზღუდოს.

ყადაღის დადების ვადებთან მიმართებით საინტერესოა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის

N2/1/631 გადაწყვეტილებასთან³³ დაკავშირებით საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრების განსხვავებული აზრში დაფიქსირებული პოზიცია. მოსამართლეები მიუთითებენ, რომ „სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი არ ითვალისწინებს ბრალდებულის ან მასთან დაკავშირებული პირის უფლებას, სასამართლოს მიმართოს ქონებაზე დადებული ყადაღის გადასინჯვის მიზნით. აღნიშნული შეზღუდვის ინტენსივობას განსაკუთრებით ზრდის ქონებაზე დადებული ყადაღის მოქმედების განუსაზღვრელად დიდი პერიოდით გაგრძელების შესაძლებლობა“. „ბრალდებულთან დაკავშირებულ პირს ან მისი ქმედებისათვის მატერიალურად პასუხისმგებელ პირს ქონებაზე დადებული ყადაღის მოქმედების ვადა შესაძლოა უსასრულოდ გაუგრძელდეს მაშინ, როდესაც ბრალდებულის მიმალვასთან დაკავშირებით მათი ბრალეულობა არ იკვეთება. შესაბამისად, ამ პირების ქონება შესაძლოა დაყადაღდეს განუსაზღვრელი ვადით იმ პირობებში, როდესაც მათ არც დანაშაულში ედებათ ბრალი და არც ყადაღის გამოყენების ვადაზე აქვთ რაიმენაირი ზეგავლენის მოხდენის შესაძლებლობა. საკუთრების უფლებაში მსგავსი, უხეში ჩარევის შედეგად, ამ პირებს შესაძლოა განუსაზღვრელი ვადით შეეზღუდოთ როგორც მოძრავი, ისე უძრავი ქონების საბანკო ანგარიშების განკარგვის უფლება ან მეტიც, სარგებლობის უფლებაც, რაც საკუთრების უფლებას არღვევს“.

აღსანიშნავია, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არსებითად განსახილველად მიიღო №1434 კონსტიტუციური სარჩელი³⁴ სასარჩელო მოთხოვნის იმ ნაწილში, რომელიც შეეხება საქართველოს სსსკ-ის 151-ე მუხლის მე-3 ნაწილის სიტყვების „ან/და ამ ქონების მიმართ ჩადენილია დანაშაული ან/და იგი

³² საქართველოს სახალხო დამცველის ანგარიში „საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ“ 2018 წელი, 281.

³³ ამ გადაწყვეტილებით საკონსტიტუციო სასამართლომ არ განიხილა ყადაღის დადების ხანგრძლივობის კონსტიტუციურობის საკითხი, ვინაიდან მიიჩნია, რომ მოსარჩელები კონკრეტულ ნორმას არ ასაჩივრებდნენ და ვერ გასცდა საჩივრის ფარგლებს.

³⁴ კონსტიტუციური სარჩელი №2/1/1434, საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ოთარ მარშავა საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

დანაშაულებრივი გზით არის მოპოვებული“ და 158-ე მუხლის კონსტიტუციურობას საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლის პირველ პუნქტთან მიმართებით. სასამართლოს გადაწყვეტილება ამ ეტაპზე არ მიუღია.

IV. დასკვნა

სამართლებრივი და სოციალური სახელმწიფოსათვის სასიცოცხლოდ აუცილებელია, ერთი მხრივ, საკუთრების, როგორც ინსტიტუტის კონსტიტუციურსამართლებრივი გარანტირება, ხოლო, მეორე მხრივ – მესაკუთრისათვის, როგორც სუბიექტისათვის, უფლების სამართლებრივი დაცვის საკმარისი საშუალებების მინიჭება, მისი ხელშეწყობისა და უზრუნველყოფის გარანტიების შექმნა.³⁵

ყადაღის სისხლისსამართლებრივი რეგულირების პრობლემას წარმოადგენს მისი ხანგრძლივობა. ყადაღის დადების ვადა პრობლემურია როგორც გამოძიებაში არსებულ, ისე დევნადაწყვეთულ საქმეებზე.

დევნადაწყვეთულ საქმეებზე ყადაღა იდება სისხლისსამართლებრივი დევნის შეწყვეტამდე ან განაჩენის აღსასრულებლად მიქცევამდე, აღნიშნული ვადა მოიცავს გამოძიების ცხრათვიან და სასამართლო განხილვის ორწლიან ვადას, თავის მხრივ კი, ეს ვადაც შეიძლება განუსაზღვრელი დროით გაიზარდოს, რაც ქმნის საკუთრების უფლებაში ჩარევის გაუმართლებელ რისკს.

გამოძიებაში არსებულ, გაუხსნელ საქმეებზე ყადაღის დადების ვადა დაკავშირებულია სისხლისსამართლებრივი დევნის ხანდაზმულობის ვადასთან, ეს ვადა კი დანაშაულთა კატეგორიის მიხედვით განისაზღვრება 2, 6, 10, 15, 20, 30 წლით ან უფადოდ. პრაქტიკაში ფიქსირდება ისეთი შემთხვევებიც, როდესაც ხა-

ნდაზმულობის ვადის გასვლის მიუხედავად არ წყდება საქმეზე გამოძიება და, შესაბამისად, ყადაღის დადების ვადაც უწყვეტად მიმდინარეობს. აღნიშნული ტიპის საკანონმდებლო რეგულაცია წარმოშობს საკუთრების უფლების არამართლზომიერი შეზღუდვის საფრთხეს.

სისხლის სამართლის პროცესით დადგენილი საპროცესო ვადები ქმნის ადამიანის უფლებების შეზღუდვის მნიშვნელოვან გარანტიას, სწორედ ამიტომ საპროცესო იძულების ღონისძიებისთვის განუსაზღვრელი ან გაუმართლებლად დიდი ვადის დაწესება ადამიანის კონსტიტუციურ უფლებაში ჩარევის არამართლზომიერ რისკს აფუძნებს. საკუთრების უფლებისგან განკარგვისა თუ სარგებლობის უფლების ხანგრძლივი ვადით ჩამოშორება ნიშნავს ამ უფლების გამოფიტვას, მისი არსის დაკარგვას.

აღნიშნული პრობლემის გადაჭრის გზა არის სისხლის სამართლის საპროცესო კანონით ყადაღის დადების კონკრეტული ვადის განსაზღვრა და პერიოდული გადასინჯვის ვალდებულების დაწესება. კანონმდებლობაში უნდა არსებობდეს მექანიზმი, რომელიც გამორიცხავს წლების განმავლობაში ქონებაზე ყადაღის დადების შესაძლებლობას. უნდა განისაზღვროს დროის მაქსიმუმი, რა პერიოდშიც შეიძლება ქონებაზე იდოს ყადაღა. მაქსიმალური ვადა შესაძლოა დამოკიდებული იყოს დანაშაულის კატეგორიაზე, მაგრამ პროკურორი ნებისმიერი კატეგორიის სისხლის სამართლის საქმეზე ვალდებული უნდა იყოს, ყოველ 6 თვეში ერთხელ მიმართოს სასამართლოს ქონებაზე ყადაღის დადების ვადის გაგრძელების შუამდგომლობით და დაასაბუთოს, თუ რატომ არ აღმოჩნდა უკვე გასული ვადა საკმარისი გამოძიებისთვის. ამასთან, ქონების მესაკუთრეს უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, სასამართლოს მეშვეობით მოითხოვოს ყადაღის მართლზომიერების პერიოდული შემოწმება.

³⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 18 მაისის №2/1-370, 382, 390, 402, 405 გადაწყვეტილება; ტულუში, თ., ბურჯანაძე, გ., მშვენიერაძე, გ., გოცირიძე, გ., მენაბდე, ვ., ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, თბილისი 2013, 226.

ხელშეკრულების ფორმა საერთაშორისო კერძო სამართალში

გორა ოყრეშიძე

ადვოკატი

I. შესავალი

სახელშეკრულებო სამართალი საერთაშორისო კერძო სამართლის მნიშვნელოვანი ნაწილია. ქართული კანონი „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ (სკს) სახელშეკრულებო სამართალს უთმობს 27-31 [თავი IV. გარიგებანი] და 35-38 [თავი VI. ვალდებულებითი სამართალი. სახელშეკრულებო და კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები] მუხლებს. 27-31 მუხლები ეხება გარიგებებს და აწესრიგებს მათი მატერიალური და ფორმალური ნამდვილობის საკითხებს. 35-36 მუხლები განსაზღვრავს სახელშეკრულებო ურთიერთობების მარეგულირებელ სამართალს მხარეთა არჩევანის და ამგვარი არჩევანის არარსებობის პირობებში. 37-ე მუხლი ეხება ცესიას, ხოლო 38-ე მუხლი ითვალისწინებს სოციალური დაცვის იმპერატიულ ნორმებს შრომით და მომხმარებლებთან დადებულ ხელშეკრულებებში.

სახელშეკრულებო სამართლის ფარგლებში საერთაშორისო კერძო სამართლის ძირითადი მიზანი ურთიერთობების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრაა. თუმცა, კონტექსტიდან გამომდინარე, გარკვეულ შემთხვევებში, კოლიზიური ნორმები შინაარსობრივად აწესრიგებს ურთიერთობებს.¹ ეს ეხება, ასევე, ხელშეკრულების ფორმასთან დაკავშირებულ საკითხებსაც. საერთაშორისო კერძო სამართალი ხელშეკრულების ფორმის მომწესრიგებელ სპეციფიკურ ნორმებს შეიცავს, რისი ერთ-ერთი უმთავრესი მიზანიც მხარეთა ლეგიტიმური სახელშეკრულებო მოლოდინების დაცვა და ხელშეკრულების ბათილად ცნობის თავიდან აცილებაა. აღნიშნულ მიდგომას პრაქტიკული დასაბუთებაც გააჩნია, ვინაიდან, როგორც წესი, ხელშეკრულების, მათ შორის, სამართლის არჩევის შეთანხმების ფორმალური ნამდვილობის საკითხი პრაქტიკაში, შედარებით, იშვიათად წამოიჭრება.²

წინამდებარე სტატია იკვლევს საერთაშორისო კერძო სამართალში ხელშეკრულების, მათ შორის, სამართლის არჩევის შეთანხმების ფორმის მიმართ დადგენილ ძირითად რეგულაციებს ამერიკული, ევროპული და ქართული სამართლის მაგალითზე.

¹ მაგალითად, სკს 35(3) მუხლის თანახმად „სამართლის არჩევა ჩაითვლება ბათილად, თუ იგი უგულებელყოფს ხელშეკრულებასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართლის იმპერატიულ ნორმებს.“

² Briggs A., *The Conflict of Laws* (3rd ed. 2013) 256-257; Symeonides S., *Choice of Law* (2016) 382.

II. ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობა

<p>აშშ-ს მეორე კოდიფიკაცია</p>	<p>§ 141 წერილობითი ფორმა ხელშეკრულება უნდა დაიდოს თუ არა წერილობითი ფორმით ან მისი არსებობა უნდა დადასტურდეს თუ არა წერილობითი მტკიცებულებით იმისათვის, რათა იგი იყოს აღსრულებადი, რეგულირდება 187-188-ე სექციების შესაბამისად განსაზღვრული სამართლით.</p> <p>§ 199 წერილობითი ფორმის მოთხოვნები -- ფორმალობები</p> <p>(1) ნამდვილი ხელშეკრულების დასადავად საჭირო ფორმალური წინაპირობები რეგულირდება 187-188-ე სექციების შესაბამისად განსაზღვრული სამართლით.</p> <p>(2) როგორც წესი, ფორმალური წინაპირობები დაკმაყოფილებული იქნება, თუკი ისინი შეესაბამება ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის მოთხოვნებს.</p>
<p>ევროკავშირის რომი I-ის რეგულაცია</p>	<p>მუხლი 3. სამართლის არჩევის თავისუფლება [...]</p> <p>2. მხარეებს უფლება აქვთ ნებისმიერ დროს შეთანხმდნენ და ხელშეკრულება დაუქვემდებარონ იმ სამართლისგან განსხვავებულ სამართალს, რომელიც მანამდე არეგულირებდა ხელშეკრულებას, მიუხედავად იმისა სამართალი განსაზღვრული იყო ამ მუხლის მიხედვით მხარეთა არჩევანის საფუძველზე თუ რეგულაციის სხვა მუხლის შესაბამისად. ხელშეკრულების დადების შემდეგ გამოსაყენებელი სამართლის ნებისმიერმა ცვლილებამ არ შეიძლება უარყოფითად იმოქმედოს მის ფორმალურ ნამდვილობაზე მე-11 მუხლის შესაბამისად ან შელახოს მესამე პირთა უფლებები.</p> <p>მუხლი 11. ფორმალური ნამდვილობა</p> <p>1. ხელშეკრულება, რომელიც დადებულია იმ პირებს შორის, რომლებიც ან რომელთა წარმომადგენლებიც ხელშეკრულების დადების მომენტისათვის იმყოფებოდნენ ერთი და იმავე ქვეყანაში, ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი აკმაყოფილებს ამ რეგულაციის მიხედვით ხელშეკრულების შინაარსობრივი საკითხების მომწესრიგებელი ან ხელშეკრულების დადების ქვეყნის სამართლის ფორმასთან დაკავშირებულ მოთხოვნებს.</p> <p>2. ხელშეკრულება, რომელიც დადებულია იმ პირებს შორის, რომლებიც ან რომელთა წარმომადგენლებიც ხელშეკრულების დადების მომენტისათვის იმყოფებოდნენ სხვა და სხვა ქვეყანაში, ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი აკმაყოფილებს ამ რეგულაციის მიხედვით ხელშეკრულების შინაარსობრივი საკითხების მომწესრიგებელი ან რომელიმე იმ ქვეყნის სამართლის ფორმასთან დაკავშირებულ მოთხოვნებს, სადაც რომელიმე მხარე ან მათი წარმომადგენელი იმყოფებოდა ხელშეკრულების დადებისას ან სადაც რომელიმე მხარეს ამ დროისათვის გააჩნდა ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი.</p> <p>3. არსებულ ან სამომავლოდ დასადავებ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული ცალმხრივი ნების გამოვლენა, რომელიც მიმართულია სამართლებრივი შედეგის დადგომისაკენ ითვლება ფორმის დაცვით განხორციელებულად, თუკი იგი აკმაყოფილებს ამ რეგულაციის მიხედვით ხელშეკრულების შინაარსობრივი საკითხების მომწესრიგებელი, ან იმ ქვეყნის სამართლის ფორმა-</p>

	<p>სთან დაკავშირებულ მოთხოვნებს, სადაც ნება გამოვლენილ იქნა, ან იმ ქვეყნის სამართლის ფორმასთან დაკავშირებულ მოთხოვნებს, სადაც ნების გამომვლენ მხარეს ნების გამოვლენის მომენტში ქონდა ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი.</p> <p>4. ამ მუხლის 1-ლი, მე-2 და მე-3 პარაგრაფები არ ვრცელდება იმ ხელშეკრულებებზე, რომლებიც ექცევა მე-6 მუხლის მოქმედების სფეროში. ასეთი ხელშეკრულებების ფორმა რეგულირდება იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც მომხმარებელს აქვს ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი.</p> <p>5. 1-4 პარაგრაფების მიუხედავად ხელშეკრულება, რომლის საგანიც არის უძრავ ნივთზე საკუთრების ან ქირავნობის უფლება, ექვემდებარება ფორმასთან დაკავშირებულ იმ ქვეყნის სამართლის მოთხოვნებს, სადაც ქონება მდებარეობს, თუკი აღნიშნული სამართლით:</p> <p>(ა) ამგვარი მოთხოვნები დანესებულია მიუხედავად იმისა, თუ რომელ ქვეყანაში დაიდო და რომელი სამართლით რეგულირდება ხელშეკრულება; და</p> <p>(ბ) ამგვარი მოთხოვნები არ შეიძლება თავიდან იქნას აცილებული მხარეთა შეთანხმებით.</p> <p>მუხლი 18. მტკიცების ტვირთი [...]</p> <p>2. ხელშეკრულების ან სამართლებრივი შედეგის დადგომისაკენ მიმართული მოქმედების არსებობა შეიძლება დადასტურდეს ნებისმიერი მტკიცებულებით, რომელსაც აღიარებს განმხილველი ქვეყნის სამართალი ან მე-11 მუხლში მითითებული ნებისმიერი ის სამართალი, რომლის თანახმადაც ხელშეკრულება ან მოქმედება ითვლება ფორმის დაცვით განხორციელებულად, იმ პირობით, რომ განმხილველი სასამართლო დასაშვებად ცნობს ამგვარ მტკიცებულებას.</p>
ქართული სკს	<p>მუხლი 29. გარიგების ფორმა</p> <p>1. გარიგების ფორმა განისაზღვრება იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც დაიდო ეს გარიგება ან იმ ქვეყნის სამართლით, რომელიც გამოიყენება გარიგების საგნის მიმართ. გარიგების ფორმა დაცულად ითვლება, თუ ხელშეკრულება დაიდო სხვადასხვა ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის და იგი შეესაბამება ერთ-ერთი ქვეყნის სამართლის მოთხოვნებს გარიგების ფორმის შესახებ.</p> <p>2. თუ ხელშეკრულება დადებულია წარმომადგენლის მეშვეობით, მაშინ ამ მუხლის პირველი პუნქტის გამოყენებისას იგულისხმება ის ქვეყანა, სადაც იმყოფება წარმომადგენელი.</p> <p>3. გარიგებათა მიმართ, რომელთა საგანია მიწის ნაკვეთზე უფლება, მიუხედავად ხელშეკრულების დადების ადგილისა და ამ ადგილას მოქმედი სამართლისა, გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართლის იმპერატიული ნორმები გარიგების ფორმის შესახებ, სადაც არის მიწის ნაკვეთი.</p> <p>4. გარიგება, რომლითაც წარმოიშობა უფლება ნივთზე ან რომლითაც ხდება ამ უფლების განკარგვა, ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუ იგი შეესაბამება გარიგების ფორმის შესახებ იმ ქვეყნის სამართლის მოთხოვნებს, რომელიც გამოიყენება გარიგების საგნის წარმომშობი სამართლებრივი ურთიერთობის მიმართ.</p>

ხელშეკრულება, მათ შორის სამართლის არჩევის შეთანხმება, უნდა აკმაყოფილებდეს ნამდვილობის კანონით დადგენილ წინაპირობებს. ეს წინაპირობები, მათ შორის, გულისხმობს გარიგების

ფორმასთან დაკავშირებულ საკითხებს. საერთაშორისო კერძო სამართალი ითვალისწინებს ხელშეკრულების, მათ შორის, სამართლის არჩევის შეთანხმების ფორმის მომწესრიგებელ ნორმებს. ეს ეხება როგორც ქართულ, ისე ევროკავშირის და აშშ-ს საერთაშორისო კერძო სამართალს.

ქართული სკს გარიგების ფორმას ცალკე 29-ე მუხლს უთმობს, რომელშიც განსაზღვრავს გარიგების ფორმის მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს. თუმცა, მუხლი არ განმარტავს, თუ რა იგულისხმება გარიგების ფორმაში. ქართული სკს-ს მსგავსად, რომი I-ის რეგულაციაც, რომელიც ხელშეკრულების ფორმალურ ნამდვილობას მე-11 მუხლში აწესრიგებს, არ განმარტავს, თუ კონკრეტულად რა იგულისხმება ფორმალურ ნამდვილობაში. სასურველია ტერმინს ერთნაირი მნიშვნელობა მიენიჭოს როგორც ადგილობრივ, ისე საერთაშორისო კერძო სამართალში,¹ რაც ხელს შეუწყობს სამართლებრივ სტაბილურობას, თუმცა არა აუცილებლად. მაგალითად, ევროკავშირში მოქმედი რომი I-ის რეგულაციის მიზნებისთვის გარიგების ფორმალურ ნამდვილობას ავტონომიური მნიშვნელობა გააჩნია.² ეს იმას ნიშნავს, რომ მის შინაარსზე გავლენს ვერ მოახდენს ადგილობრივი სამართლის ნორმები და პრინციპები. მაგალითად, სსკ 69(1) მუხლის [სათაური „გარიგების ფორმა“] თანახმად „გარიგება შეიძლება დაიდოს ზეპირად ან წერილობითი ფორმით.“ თუმცა, თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართალი გარიგების ფორმაში არ მოიაზრებს მხოლოდ მისი წერილობითი ან ზეპირი ფორმით დადების შესაძლებლობას.

II.1 1980 წლის რომის კონვენცია

გარიგების ფორმის საკითხს აწესრიგებდა, ჯერ კიდევ, რომი I-ის რეგულაციამდე მოქმედი 1980 წლის რომის კონვენცია „სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ გამოსაყენებელი სა-

¹ Briggs A., *The Conflict of Laws* (3rd ed. 2013) 18.

² ტერმინისათვის ავტონომიური მნიშვნელობის მინიჭება გულისხმობს იმას, რომ მის შინაარსზე გავლენას ვერ მოახდენს ქვეყნის ადგილობრივი სამართლის ნორმები და პრინციპები. მაგალითად, საერთო სამართალში ხელშეკრულების ნამდვილობისათვის დანესებულია საპასუხო შესრულების (*consideration*) წინაპირობა. თუმცა, ტერმინის ავტონომიური მნიშვნელობიდან გამომდინარე *consideration* არ გამოიყენება იმის დასადგენად, სახეზეა თუ არა რომი I-ის რეგულაციით გათვალისწინებული სახელშეკრულებო ურთიერთობა. Rogerson P., *Collier's Conflict of Laws* (4th ed. 2013) 295. ამასთან, უშუალოდ მე-11 მუხლთან დაკავშირებით უნდა აღინიშნოს ის, რომ *consideration* ითვლება ხელშეკრულების მატერიალური და არა ფორმალური ნამდვილობის წინაპირობად. ინგლისური სასამართლოები რომი I-ის რეგულაციის მიღებამდეც იმ აზრზე იყვნენ, რომ სამართლის არჩევის მიზნებისათვის ამგვარი დამავიწროვებელი განმარტება არ უნდა იქნას გამოყენებული. *In Re Bonacina* [1912] 2 Ch. 394. აღნიშნულ საქმეში იტალიის მოქალაქე ლოდოვიკო კარლო ბონაჩინა 1897 წელს ინგლისურმა სასამართლომ გადახდისუუნაროდ გამოაცხადა. საქმის დაწყების მომენტში მას გააჩნდა ვალდებულება მეორე იტალიელი მოქალაქის ჯაკომო მინას მიმართ, რომელმაც ინფორმაციის არ ქონის გამო ვერ მოახერხა საკუთარი მოთხოვნის წარდგენა გადახდისუუნარობის საქმეში. 1901 წელს ბონაჩინა გათავისუფლებულ იქნა საკუთარი ვალდებულებისგან. 1906 წელს ბონაჩინამ კრედიტორი მინას სასარგებლოდ გასცა სავალო წერილი, რომელშიც აღიარა ვალდებულების არსებობა. 1908 წელს ბონაჩინა გარდაიცვალა და მინამ სარჩელით მიმართა ინგლისის სასამართლოს თანხის დაკისრების მოთხოვნით. ინგლისური სამართალით ვალდებულება არ იყო აღსრულებადი, ვინაიდან სახეზე არ იყო *consideration*, თუმცა სასამართლომ *consideration* მიიჩნია მატერიალური სამართლის (და არა საპროცესო სამართლის საკითხად) და ხელწერილზე გაავრცელა იტალიური სამართალი: „წინამდებარე საქმეში ხელშეკრულებას, რომელიც დადებულია გადახდისუუნარობის საქმეში ვალდებულებების ჩამოწერიდან დიდი ხნის შემდეგ, არ გააჩნია ინგლისის სამართალით გათვალისწინებული საპასუხო შესრულების ელემენტი: თუმცა, ის არის იტალიური ხელშეკრულება, რომელიც იტალიელ მხარეებს შორის დაიდო იტალიაში და საქმეში მტკიცებულებად წარმოდგენილი ექსპერტის დასკვნა ადასტურებს, რომ ხელშეკრულება აღსრულებადია იტალიური სამართლის მიხედვით. შესაბამისად, არ არსებობს მისი აღსრულების დამაბრკოლებელი გარემოება. საპასუხო შესრულების ელემენტი არის არა პროცესუალური, არამედ ხელშეკრულების მატერიალური ნამდვილობის საკითხი და წესრიგდება უცხო ქვეყნის სამართალით.“ *In Re Bonacina* [1912] 2 Ch. 394, 402.

მართლის შესახებ.³ კონვენციის მე-9 მუხლის პირველი ოთხი პარაგრაფი ეხებოდა, ზოგადად, ყველა ხელშეკრულებას და სამართლებრივი ძალის მქონე ნების გამოვლენას, ხოლო მე-5 და მე-6 პარაგრაფები ანესრიგებდა საგამონაკლისო შემთხვევებს: მომხმარებელთან დადებულ და უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ ხელშეკრულებებს.⁴ მუხლი შემდეგნაირად იყო ჩამოყალიბებული:

მუხლი 9. ფორმალური ნამდვილობა

1. ერთი და იმავე ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის დადებული ხელშეკრულება ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი შეესაბამება მისი დადების ადგილის ან იმ სამართლით დადგენილ ფორმალურ მოთხოვნებს, რომელიც ამ კონვენციის შესაბამისად არეგულირებს ხელშეკრულებას.

2. სხვა და სხვა ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის დადებული ხელშეკრულება ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი შეესაბამება მხარეთა ადგილსამყოფელი რომელიმე ქვეყნის ან იმ სამართლით დადგენილ ფორმალურ მოთხოვნებს, რომელიც ამ კონვენციის შესაბამისად არეგულირებს ხელშეკრულებას.

3. როდესაც ხელშეკრულება იდება წარმომადგენლის მეშვეობით, პირველი და მე-2 პარაგრაფების მიზნებისათვის რელევანტურია ქვეყანა, სადაც წარმომადგენელი მოქმედებს.

4. ნების გამოვლენა, რომელიც უკავშირდება არსებულ ან მომავალში დასადებ ხელშეკრულებას და რომელიც მიმართულია სამართლებრივი შედეგის დადგომისაკენ, ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად თუკი იგი შეესაბამება იმ სამართალს, რომელიც ამ კონვენციის მიხედვით ანესრიგებს ან მოანესრიგებდა ხელშეკრულებას, ან იმ ქვეყნის სამართალს, სადაც ნება გამოვლენილ იქნა.⁵

5. წინა პარაგრაფებში მოცემული წესები არ ვრცელდება მე-5 მუხლის მოქმედების სფეროში შემავალ ხელშეკრულებებზე, რომლებიც დადებულია მე-5 მუხლის მე-2 პარაგრაფში მითითებულ გარემოებებში. ამგვარი ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობა წესრიგდება იმ ქვეყნის სამართლით, სადაც მომხმარებელს აქვს ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი.

6. მიუხედავად ამ მუხლის 1-4 პარაგრაფებში მითითებულისა, ხელშეკრულება, რომლის საგანიც არის უძრავ ნივთზე უფლება ან უძრავი ნივთის გამოყენების უფლება ექვემდებარება იმ ქვეყნის სამართლის ფორმასთან დაკავშირებულ იმპერატიულ მოთხოვნებს, სადაც მდებარეობს ნივთი, თუკი აღნიშნული სამართლით დადგენილი მოთხოვნები გამოიყენება მიუხედავად იმისა თუ რომელ ქვეყანაში დაიდო და რომელი სამართლით რეგულირდება ხელშეკრულება.

კონვენციის ოფიციალური განმარტებითი ბარათი მე-9 მუხლში გათვალისწინებულ ფორმალურ წინაპირობებთან დაკავშირებით მიუთითებს, რომ „მე-9 მუხლი არ განმარტავს, თუ რა იგულისხმება აქტის „ფორმალურ ნამდვილობაში.“ მიუხედავად ამისა, დასაშვებია მე-9 მუხლის მიზნებისათვის ფორმაში მოვიაზროთ ყველა გარეგანი გამოხატულება, რომლის დაცვაც მოეთხოვება ნების გამომვლენ პირს იმისათვის, რათა მოხდეს მისი სამართლებრივი ბოჭვა და რომლის გარეშეც ნების გამოვლენა არ ჩაითვლება ნამდვილად.“⁶

³ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=EN).

⁴ O'Brien J., Conflict of Laws (2nd ed. 1999) 349; Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 29.

⁵ რომის კონვენციის 9(4) მუხლი ეხება ისეთ საკითხებს, როგორებიცაა ხელშეკრულების შეწყვეტა, ვალის პატიება, ხელშეკრულებიდან გასვლა და ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შესრულებაზე უარი. ასევე, მუხლი შეეხება ოფერტისა და აქცეპტის საკითხებსაც, რამდენადაც ისინი უკავშირდება სამომავლოდ დასადებ ხელშეკრულებას. Collier J.G., Conflict of Laws (3rd ed. 2003) 208.

⁶ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 29.

II.2 რომი I-ის რეგულაცია

რომი I-ის რეგულაციის მიხედვითაც ფორმალური ნამდვილობა მოიცავს ხელშეკრულების წერილობით დადების და მისი ნოტარიულად დამონმების ვალდებულებას,⁷ ასევე, ბეჭედთან და ხელმოწერასთან დაკავშირებულ მოთხოვნებს.⁸ შესაძლოა, ამგვარად ჩაითვალოს ხელშეკრულების კონკრეტულ ენაზე დადების მოთხოვნაც.⁹ როგორც წესი, ფორმალური ნამდვილობიდან გამომდინარეობს ოფიციალური ორგანოს ან მესამე პირის ნებართვის, ისევე, როგორც რეგისტრაციასთან დაკავშირებული საკითხები.¹⁰ თუმცა, მესამე პირის თანხმობის ფორმალურ საკითხად მიჩნევასთან მიმართებით არსებობს განსხვავებული პოზიცია.¹¹ ერთ-ერთ საქმეში სადავო იყო ქორწინების ნამდვილობა ფრანგ და ინგლისელ პირებს შორის იმ საფუძველით, რომ მამაკაცის მშობლებს ქორწინებაზე არ განუცხადებიათ თანხმობა.¹² სასამართლომ მიიჩნია, რომ მშობლის თანხმობა შეეხებოდა ქორწინების ფორმალური ნამდვილობის საკითხს და, შესაბამისად, წესრიგდებოდა ქორწინების ცერემონიის განხორციელების ადგილის სამართლის მიხედვით.¹³ თუმცა, ალტერნატიული მოსაზრებით თანხმობა არის არა ფორმის, არამედ საქორწინო ქმედუნარიანობის საკითხი და, შესაბამისად, უნდა მოწესრიგებულიყო ქმედუნარო პირის ქვეყნის ადგილობრივი სამართლით.¹⁴ იგივე მსჯელობა შეიძლება გავრცელდეს სახელშეკრულებო ქმედუნარიანობაზეც.

II.3 მეორე კოდიფიკაცია

ხელშეკრულების ფორმასთან დაკავშირებულ საკითხებს აწესრიგებს ამერიკული საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაციის 141-ე და 191-ე სექციები. 199-ე სექციის ოფიციალური კომენტარი მისი მოქმედების ფარგლებთან დაკავშირებით შემდეგ განმარტებას აკეთებს:

b. *სექციის მოქმედების ფარგლები.* ამ სექციაში მოცემული წესი არეგულირებს საკითხებს იმის შესახებ ხელშეკრულების ნამდვილობისათვის ხომ არ უნდა დაიდოს იგი წერილობით, ან მისი არსებობა ხომ არ უნდა დადასტურდეს წერილობითი მტკიცებულებით და თუკი ამგვარი მოთხოვნები არსებობს როგორი წერილობითი ფორმა დადგენილი, უნდა იყოს თუ არა ხელშეკრულება მხარეთა მიერ ხელმოწერილი, ხომ არ უნდა დაიდოს მონმეთა თანდასწრებით ან დამონმდეს სანოტარო ფორმით ან სხვა ოფიციალური პირის მიერ. ამის მსგავსად, წინამდებარე წესი აწესრიგებს ხომ არ უნდა იყოს ხელშეკრულება ბეჭედდასმული და თუკი ამგვარი მოთხოვნა არსებობს, არის თუ არა ბეჭედი დადგენილ მოთხოვნათა შესაბამისად გაკეთებული.¹⁵

⁷ Briggs A., *Private International Law in English Courts* (2nd ed. 2015) (ebook) loc. 3,076; Briggs A., *The Conflict of Laws* (3rd ed. 2013) 17.

⁸ Ferrari F., *Rome I Regulation* (2015) 394.

⁹ Ferrari F., *Rome I Regulation* (2015) 395.

¹⁰ Ferrari F., *Rome I Regulation* (2015) 395.

¹¹ მიუხედავად იმისა, რომ მოყვანილი მაგალითი ეხება არა ხელშეკრულებას, არამედ ქორწინებას, რომელიც ცალკე მოწესრიგების საგანია, დასახელებული შემთხვევა მაინც რელევანტურია, ვინაიდან განხილულია, თუ რამდენად შეიძლება მესამე პირის თანხმობა მიჩნეულ იქნას ფორმალური ნამდვილობის შემადგენელ ნაწილად.

¹² *Ogden v Ogden* [1908] P 46 (CA). იხ. ციტირება Briggs A., *The Conflict of Laws* (3rd ed. 2013) 17.

¹³ ამ შემთხვევაში ეს იყო ინგლისური სამართალი, რომელიც თანხმობის არარსებობის საფუძველით ქორწინებას ბათილად არ ცნობდა.

¹⁴ ამ შემთხვევაში ეს იყო ფრანგული სამართალი. Briggs A., *The Conflict of Laws* (3rd ed. 2013) 17.

¹⁵ *Restatement (Second) Conflict of Laws* § 199, cmt. a-b (Am. Law Inst. 1971).

III. სახელშეკრულებო ურთიერთობა

როდესაც საუბარია ხელშეკრულების ფორმაზე, განმარტებას საჭიროებს როგორც ფორმა, ისე, თავად სახელშეკრულებო ურთიერთობების ფარგლებიც. ხელშეკრულებაში იგულისხმება, როგორც, უშუალოდ, ძირითადი ხელშეკრულება, ისე წინასახელშეკრულებო და სამართლის არჩევის შეთანხმებები.¹⁶ თუკი კანონმდებელი კონკრეტული სახის ხელშეკრულებას არ გამოირიცხავს ან მას ცალკე, სპეციალურ მონესრიგებას არ უქვემდებარებს, ფორმის მოთხოვნები ვრცელდება ყველა სახის ხელშეკრულებაზე, მიუხედავად საგნისა. მაგალითად, ეს მოთხოვნები ვრცელდება ინტელექტუალურ საკუთრებასთან დაკავშირებულ ხელშეკრულებებზე.¹⁷

ვინაიდან საუბარია მხოლოდ სახელშეკრულებო ვალდებულებებზე, ამიტომ აქ არ იგულისხმება, მაგალითად, ხელშეკრულების დადებამდე არსებული ვალდებულებები.¹⁸ ასევე, გამოირიცხება ხელშეკრულების გარეთ არსებული ნების გამოვლენა, როგორც არის მოწვევა ოფერტზე, არასახელშეკრულებო ვალის აღიარება და ქონებაზე უფლების გადაცემა (იმ იურისდიქციებში, სადაც ქონებაზე უფლების გადაცემა არ არის სახელშეკრულებო სამართლის ნაწილი).¹⁹ ამის საპირისპიროდ, სახელშეკრულებო ვალის პატიება, ხელშეკრულების შეწყვეტა და მასზე უარის თქმა, ანუ ყველა სახის ნების გამოსატყა, რომელსაც სამართლებრივი მოქმედების ძალა გააჩნია ხელშეკრულების მიმართ, ექცევა სახელშეკრულებო ურთიერთობის ფარგლებში.²⁰ 1980 წლის რომის კონვენციის მე-9 მუხლის განმარტებით ბარათში მითითებულია, რომ „მეცხრე მუხლში როგორც ხელშეკრულებების, ისე სამართლებრივი შედეგების ძალის მქონე მოქმედებების ჩართვა გამონკვეულია სიცხადის მიზნებიდან გამომდინარე, ვინაიდან ორივე შემთხვევაში მოქმედი წესი ერთი და იმავე პრინციპებს ემყარება.“²¹

IV. გამოსაყენებელი სამართალი

დავის განმხილველმა სასამართლომ უნდა განსაზღვროს, თუ რომელი სამართლით წესრიგდება ხელშეკრულების ფორმის საკითხი. ეს ეხება როგორც ძირითად ხელშეკრულებას, ისე სამართლის არჩევის შეთანხმებასაც, რომელიც, თავისთავად, დამოუკიდებელი გარიგებაა.

IV.1 ზოგადი

ზოგიერთი სისტემა სამართლის არჩევის შეთანხმების და ძირითადი ხელშეკრულების ფორმა-სთან დაკავშირებით ცალ-ცალკე მოთხოვნებს ითვალისწინებს, ზოგიერთი კი ერთიან სტანდარტს აწესებს მთლიანი ხელშეკრულებისა და მისი პირობებისათვის, მათ შორის, სამართლის არჩევის შეთანხმებისათვის.²² პირველი კატეგორიის ქვეყნები, როგორც წესი, სამართლის არჩევის შეთანხმების ფორმის საკითხებს მატერიალური კანონით არეგულირებენ (ნაცვლად კოლიზიური ნორმისა).²³ რაც შეეხება მთლიანი ხელშეკრულების ფორმასთან დაკავშირებულ მოთხოვნებს, სამა-

¹⁶ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 392.

¹⁷ Ferrari F., Leible S., Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe (2009) 74.

¹⁸ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 296.

¹⁹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 402; Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 29.

²⁰ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 392-393, Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 29.

²¹ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 29.

²² Symeonides S., Choice of Law (2016) 382.

²³ Symeonides S., Choice of Law (2016) 383.

როლის სისტემათა ნაწილი ამ საკითხს გამორიცხავს მხარეთა ნების ავტონომიიდან და მას უქვემდებარებს მხარეთა მიერ არჩეულისაგან განსხვავებულ სამართალს.²⁴

IV.2 რომი I-ის რეგულაცია

მეორეს მხრივ, სამართლის სხვა სისტემები,²⁵ მათ შორის რომი I-ის რეგულაცია²⁶ და საერთაშორისო კერძო სამართლის სფეროში ბოლო დროს შემუშავებული კონვენციები²⁷ ხელშეკრულებას ფორმის დაცვით დადებულად მიიჩნევენ, თუკი იგი შეესაბამება რამდენიმე ალტერნატიული სამართლიდან ერთ-ერთს მაინც, მათ შორის, მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს.²⁸ ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობის მიმართ მსგავს რეგულაციას ადგენდა ისტორიულად ინგლისური საერთო სამართალიც, რომელიც ხელშეკრულებას მიიჩნევდა ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი შეესაბამებოდა ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის ან მისი დადების ადგილის სამართლის მოთხოვნებს.²⁹ გამოსაყენებელი სამართლით ხელშეკრულების ფორმის მონესრიგება მიზნად ისახავს ცირკულარული პრობლემის თავიდან აცილებას, ვინაიდან მასში იგულისხმება ის სამართალი, რომელიც გამოყენებული იქნებოდა, თუკი ხელშეკრულება ფორმალური თვალსაზრისით ნამდვილად ჩაითვლებოდა.³⁰

IV.3 მეორე კოდიფიკაცია

ამერიკული საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაცია ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობის საკითხებს ანესრიგებს 141-ე და 199-ე სექციებში. 141-ე სექციის თანახმად „ხელშეკრულება უნდა დაიდოს თუ არა წერილობითი ფორმით ან მისი არსებობა უნდა დადასტურდეს თუ არა წერილობითი მტკიცებულებით იმისათვის, რათა იგი იყოს აღსრულებადი, რეგულირდება 187-188-ე სექციების შესაბამისად განსაზღვრული სამართლით.“ ხოლო, 199(1) სექციის თანახმად „ნამდვილი ხელშეკრულების დასადებად საჭირო ფორმალური წინაპირობები რეგულირდება 187-188-ე სექციების შესაბამისად განსაზღვრული სამართლით.“³¹ ხელშეკრულებაში იგულისხმება როგორც ძირითადი ხელშეკრულება, ისე სამართლის არჩევის შეთანხმებაც.

199-ე სექციის ოფიციალურ კომენტარში მითითებულია, რომ „ამ სექციაში მოცემული წესის თანახმად საკითხი იმის შესახებ ხელშეკრულება დადებულია თუ არა ფორმალური მოთხოვნების დაცვით უნდა გადაწყდეს მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის მიხედვით, თუკი მხარეებმა დადეს ნამდვილი სამართლის არჩევის შეთანხმება (იხ. § 187). სხვა შემთხვევაში, საკითხი გადაწყდება 188-ე სექციის მიხედვით განსაზღვრული სამართლის თანახმად.“³² მეორე კოდიფიკაციის 188-ე

²⁴ Symeonides S., *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis* (2014) 135; Symeonides S., *Choice of Law* (2016) 383.

²⁵ Symeonides S., *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis* (2014) 135.

²⁶ რეგულაციის მე-11 მუხლი.

²⁷ „საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“ 22/12/1986 წლის ჰააგის კონვენციის მე-11 მუხლი; „საერთაშორისო ხელშეკრულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“ 17/03/1994 წლის ინტერ-ამერიკული კონვენციის მე-5 მუხლი.

²⁸ Collier J.G., *Conflict of Laws* (3rd ed. 2003) 11; Symeonides S., *Choice of Law* (2016) 383-384.

²⁹ Collier J.G., *Conflict of Laws* (3rd ed. 2003) 207; O'Brien J., *Conflict of Laws* (2nd ed. 1999) 349.

³⁰ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 30.

³¹ Restatement (Second) Conflict of Laws § 199 (Am. Law Inst. 1971).

³² Restatement (Second) Conflict of Laws § 199, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).

სექცია განსაზღვრავს ხელშეკრულებების მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს იმ შემთხვევისათვის, როცა მხარეებს იგი არ აურჩევიათ.

თუკი მხარეებმა ხელშეკრულებაში რამდენიმე გამოსაყენებელი სამართალი აირჩიეს, გამოიყენება განსახილველ ფორმალურ საკითხთან ყველაზე ახლოს მდგარი ხელშეკრულების ნაწილის მომწესრიგებელი სამართალი.³³

სირთულე წარმოიშვება მაშინ, როცა ხელშეკრულება ექვემდებარება ერთდროულად რამდენიმე სამართალს ან იმიტომ, რომ მხარეებმა აირჩიეს ხელშეკრულების მხოლოდ ნაწილის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი, ან იმიტომ, რომ სასამართლომ, გამონაკლისის სახით, მიიღო ხელშეკრულების გახლეჩის გადაწყვეტილება. ხელშეკრულების მატერიალური ნაწილის მომწესრიგებელი სამართლისგან რომელი აწესრიგებს მის ფორმალურ ნამდვილობას? ასეთ შემთხვევებში გონივრული იქნება გამოვიყენოთ ის სამართალი, რომელიც ხელშეკრულების იმ ნაწილს არეგულირებს, რომელიც ყველაზე ახლოსაა სადავო ფორმალურ საკითხთან.³⁴

როგორც მსჯელობიდან იკვეთება, რომი I-ის რეგულაცია და მეორე კოდიფიკაცია ერთმანეთისგან განსხვავებულად აწესრიგებენ ხელშეკრულების ფორმის საკითხებს. მეორე კოდიფიკაციისგან განსხვავებით, მოქმედი რომი I-ის რეგულაცია პირდაპირ არ განსაზღვრავს ხელშეკრულების ფორმის მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს, თუმცა მე-11 მუხლში ადგენს, რომ ხელშეკრულება ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი შეესაბამება ალტერნატიულად რამდენიმე სხვა და სხვა სამართალს. ეს საკითხი ქვემოთ უფრო დეტალურად იქნება განხილული. ამასთან, რომი I-ის რეგულაციით მხარეებს უფლება აქვთ თავად აირჩიონ ხელშეკრულების ფორმის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი.

IV.4 გამოსაყენებელი სამართლის დადგენა კოლიზიური ნორმების ანალიზის შედეგად

მნიშვნელოვანია, საქმის განმხილველმა სასამართლომ საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ნორმების სწორი და მეთოდური ანალიზის შედეგად დაადგინოს ხელშეკრულების ფორმის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი. ამასთან დაკავშირებით საინტერესო განმარტება გააკეთა აშშ-ს მე-3 ოლქის ფედერალურმა სააპელაციო სასამართლომ 2010 წლის საქმეში *Forestal Guarani S.A. v. Daros International, Inc.*³⁵ აღნიშნულ საქმეში მხარეები იყვნენ არგენტინელი გამყიდველი და აშშ-ს ნიუ ჯერსის შტატში რეგისტრირებული მყიდველი. ხელშეკრულება წესრიგდებოდა გაეროს კონვენციით „საქონლის საერთაშორისო ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულებათა შესახებ“ (CISG), რამდენადაც არგენტინაც და აშშ-ც კონვენციის ხელშემკვრელი ქვეყნები არიან. CISG-ს მე-11 მუხლის თანახმად „აუცილებელი არ არის, რომ ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულება დადებული ან დამტკიცებული იყოს წერილობითი ფორმით ან ექვემდებარებოდეს ფორმასთან დაკავშირებით სხვა მოთხოვნას. იგი შეიძლება დამტკიცდეს ნებისმიერი საშუალებებით, მონმეთა ჩვენებების ჩათვლით.“ თუმცა, კონვენციის 96-ე მუხლი ქვეყნებს, რომელთა შიდა კანონმდებლობაც აწესებს წერილობითი ფორმის მოთხოვნას, უფლებას ანიჭებს, შესაბამისი განცხადებით გამორიცხონ მათ მიმართ კონვენციის მე-11 მუხლის მოქმედება.³⁶ ამგვარი განცხადება გაკეთებული აქვს არგენტი-

³³ *Ferrari F.*, Rome I Regulation (2015) 396.

³⁴ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 30.

³⁵ *Forestal Guarani S.A. v. Daros International, Inc.*, 613 F.3d 395 (3d Cir. 2010). იხ. ციტირება: *Symeonides S.*, Choice of Law (2016) 351.

³⁶ „ხელშემკვრელ სახელმწიფოს, რომლის კანონმდებლობა მოითხოვს, რომ ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულებები იდებოდეს ან მტკიცდებოდეს წერილობითი ფორმით, ნებისმიერ დროს შეუძლია მე-12 მუხლის შესა-

ნას,³⁷ თუმცა არა აშშ-ს, რაც იმას ნიშნავს, რომ კონვენციის მე-11 მუხლი არ გამოიყენება არგენტინელი მხარეების მიმართ. განსახილველ საქმეში ხელშეკრულება არ იყო დადებული წერილობითი ფორმით, რის გამოც მოპასუხემ სადავოდ გახადა მისი ნამდვილობა. პირველი ინსტანციის სასამართლომ ხელშეკრულება ბათილად ცნო ისე, რომ კოლიზიური სამართლის ნორმების შესაბამისად არ გამოიკვლია, რომელი ქვეყნის სამართლით უნდა მოწესრიგებულიყო ხელშეკრულების ფორმის საკითხი.³⁸ სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა გადაწყვეტილება და საქმე ხელახლა განსახილველად უკან დააბრუნა. კერძოდ, სააპელაციო სასამართლომ განმარტა, რომ CISG-ს 7(2) მუხლიდან გამომდინარე ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობის საკითხის მომწესრიგებელი სამართალი უნდა დადგინდეს სასამართლოს ადგილობრივი სამართლის კოლიზიური ნორმების შესაბამისად.³⁹

V. მატერიალური თუ საპროცესო საკითხი

ქართულ სამართალში ხელშეკრულების ფორმა მატერიალური სამართლის ნაწილია. „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის“ (სსკ) 327(1) მუხლის თანახმად „ხელშეკრულება დადებულად ითვლება, თუ მხარეები მის ყველა არსებით პირობაზე შეთანხმდნენ საამისოდ გათვალისწინებული ფორმით.“ თუმცა, გამონაკლის შემთხვევებში, მაგალითად სასამართლო წარმომადგენლის მინდობილობის ფორმასთან დაკავშირებით, საპროცესო კანონმდებლობაც ითვალისწინებს სპეციალურ დანაწესებს.⁴⁰

საერთო სამართალში წამოიჭრა ფორმასთან დაკავშირებული საკითხების კვალიფიკაციის პრობლემა. კერძოდ, თუკი მხარე ითხოვს უცხოური ხელშეკრულების აღსრულებას, არის ეს მატერიალური თუ საპროცესო სამართლის საკითხი? პასუხი ამ კითხვაზე გადამწყვეტია, ვინაიდან მატერიალური სამართლის საკითხები შეიძლება უცხო სამართლით მოწესრიგდეს, ხოლო საპროცესო საკითხების მიმართ სასამართლო საკუთარ ადგილობრივ სამართალს იყენებს (*lex fori*).

ამერიკული საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაცია ხელშეკრულების ფორმის მომწესრიგებელ ორ ერთმანეთის მსგავს ნორმას შეიცავს:

§ 141 წერილობითი ფორმა

ხელშეკრულება უნდა დაიდოს თუ არა წერილობითი ფორმით ან მისი არსებობა უნდა დადასტურდეს თუ არა წერილობითი მტკიცებულებით იმისათვის, რათა იგი იყოს აღსრულებადი, რეგულირდება 187-188-ე სექციების შესაბამისად განსაზღვრული სამართლით.

§ 199 წერილობითი ფორმის მოთხოვნები - ფორმალობები

(1) ნამდვილი ხელშეკრულების დასადავად საჭირო ფორმალური წინაპირობები რეგულირდება 187-188-ე სექციების შესაბამისად განსაზღვრული სამართლით.

(2) როგორც წესი, ფორმალური წინაპირობები

ბამისად განაცხადოს, რომ წინამდებარე კონვენციის მე-11, 29-ე ან II ნაწილის ნებისმიერი დებულება, რომელიც დასაშვებად მიიჩნევა, რომ ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულება, მისი მხარეთა შორის მიღწეული შეთანხმებით შეცვლა ან შეწყვეტა ან ოფერტი, აქცეპტი ან განზრახვის ნებისმიერი სხვა გამოხატულება ხდებოდეს არა წერილობით, არამედ ნებისმიერი სხვა ფორმით, არ იქნება გამოყენებული, თუნდაც ერთ რომელიმე მხარეს თავისი კომერციული სანარმო ჰქონდეს აღნიშნულ სახელმწიფოში.“ <https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/4992306?publication=0>.

³⁷ https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10#EndDec.

³⁸ *Forestal Guarani, S.A. v. Daros Int'l., Inc.*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 79734 (2008).

³⁹ *Forestal Guarani S.A. v. Daros International, Inc.*, 613 F.3d 395, 403 (3d Cir. 2010) [„საქმის ხელახლა განხილვისას პირველი ინსტანციის სასამართლომ უნდა დაადგინოს ნიუ ჯერზის კოლიზიური სამართლის ნორმების მიხედვით რომელი სამართალი უნდა იქნას გამოყენებული, ნიუ ჯერზის თუ არგენტინის და მის შესაბამისად გადაწყვიტოს განსახილველი საკითხი.“].

⁴⁰ „საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის“ (სსკ) 96-ე მუხლი; „ადვოკატთა შესახებ“ კანონის მე-19 მუხლი.

	ბები დაკმაყოფილებული იქნება, თუკი ისინი შეესაბამება ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის მოთხოვნებს.
--	---

მიუხედავად მითითებულ ნორმათა შინაარსობრივი მსგავსებისა, მათ ერთმანეთისგან განსხვავებული როლი და მიზანი აქვთ, რასაც ადასტურებს ამ ნორმების სისტემური ადგილი მეორე კოდიფიკაციაში. 199-ე სექცია მოთავსებულია ხელშეკრულებების თავში, ხოლო 141-ე სექცია მოთავსებულია საპროცესო საკითხების მომწესრიგებელ თავში. საქმე იმაშია, რომ ისტორიულად ინგლისური საერთო სამართალი ხელშეკრულების ფორმასთან დაკავშირებულ საკითხებს, ნაწილობრივ, საპროცესოსამართლებრივ საკითხად განიხილავდა.⁴¹ 1852 წლის ინგლისურ საქმეში **Leroux v Brown** მხარეებმა ზეპირი ხელშეკრულება დადეს საფრანგეთში. ფრანგული სამართლის თანახმად ხელშეკრულება ნამდვილად ითვლებოდა, ხოლო ინგლისური სამართლით იგი ფორმის დაუცველად იყო დადებული. შესაბამისად, სასამართლოს უნდა გადაეწყვიტა, თუ რამდენად ვრცელდება ინგლისური კანონი უცხო ქვეყნის იმ ხელშეკრულებაზე, რომლის აღსრულებასაც მხარე ცდილობს ინგლისის ტერიტორიაზე.⁴² სასამართლომ განმარტა, რომ ხელშეკრულების ნამდვილობა რეგულირდება მისი დადების ადგილის სამართლით, თუმცა, ხელშეკრულების აღსრულება წარმოადგენს პროცედურულ საკითხს და იგი ექვემდებარება ინგლისის კანონმდებლობას, ვინაიდან, სწორედ, ინგლისში ცდილობდა მხარე ხელშეკრულების აღსრულებას. სასამართლოს ეს განმარტება ემყარებოდა იმ დროს მოქმედი ინგლისური კანონის ტექსტს,⁴³ რომლის თანახმადაც „სარჩელის წარდგენა იკრძალება, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა ხელშეკრულება, მისი მემორანდუმი ან ხელშეკრულების მოკლე აღწერა,⁴⁴ რომელთა საფუძველზეც ხდება სარჩელის შეტანა, შესრულებულია წერილობითი ფორმით და ხელმოწერილია მხარეების ან მათი უფლებამოსილი წარმომადგენლების მიერ.“⁴⁵ სასამართლომ განმარტა, რომ „თუკი კანონის მე-4 სექცია ეხება არა ხელშეკრულების ნამდვილობას, არამედ, მხოლოდ, პროცედურულ საკითხებს, მოსარჩელის მოთხოვნა არ დაკმაყოფილდება, ვინაიდან სახეზე არ გვაქვს ხელშეკრულება, მემორანდუმი ან მისი მოკლე აღწერა წერილობითი ფორმით. მეორეს მხრივ, ... თუკი მე-4 სექცია ეხება უშუალოდ ხელშეკრულებას ... ჩვენი სამართალი ვერ დაარეგულირებს უცხოურ ხელშეკრულებას და ამგვარი ხელშეკრულება შეიძლება აქ აღსრულდეს. ჩემი მოსაზრებით მე-4 სექცია ეხება არა უშუალოდ ხელშეკრულებას, არამედ პროცედურას და, შესაბამისად, მის საფუძველზე არ შეიძლება სასარჩელო მოთხოვნის წარდგენა. შესაძლოა, ხელშეკრულება აღსრულებადია იმ ქვეყანაში, სადაც იგი დაიდო, თუმცა არა ინგლისში.“⁴⁶

ამერიკულ სამართალ პრაქტიკაშიც დაფიქსირებულია შემთხვევები, როცა ხელშეკრულების წერილობითი ფორმა ჩაითვალა არა მატერიალური, არამედ პროცესუალური სამართლის ნაწი-

⁴¹ *Leroux v Brown* (1852) 138 Eng. Rep. 1119. იხ. ციტირება: *O'Brien J., Conflict of Laws* (2nd ed. 1999) 350.
⁴² *Leroux v Brown* (1852) 138 Eng. Rep. 1119, 1120.
⁴³ *Lorenzen E., Statute of Frauds and the Conflicts of Laws*, 32 *YALE L.J.* 311, 312 (1922-1923).
⁴⁴ კანონი იყენებს ტერმინებს „memorandum“ და „note“. მემორანდუმი არის არაფორმალური წერილობითი დოკუმენტი, რომელიც განსაზღვრავს ტრანზაქციის ან ხელშეკრულების ძირითად და არსებით პირობებს. მემორანდუმით შეიძლება დადასტურდეს ხელშეკრულების არსებობა, ან მისი შინაარსი, მათ შორის, მემორანდუმით შეიძლება დაკმაყოფილდეს ხელშეკრულების წერილობითი ფორმის მოთხოვნები, როცა თავად ძირითადი ხელშეკრულება ზეპირი ფორმითაა დადებული. *Memorandum, Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014). იგივე შინაარსით გამოიყენება ტერმინი „note“, თუმცა მას განსხვავებული მნიშვნელობაც აქვს: იგი აღნიშნავს ცალმხრივ წერილობით დაპირებას, რომლითაც დაპირების გამცემი კისრულობს თანხის გადახდის ვალდებულებას. *Note, Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014).
⁴⁵ *Leroux v Brown* (1852) 138 Eng. Rep. 1119, 1128.
⁴⁶ *Leroux v Brown* (1852) 138 Eng. Rep. 1119, 1129.

ლად, იმის მიხედვით, თუ როგორი იყო მომწესრიგებელი კანონის ტექსტი. 1883 წლის საქმეში Marie v. Garrison სასამართლომ უცხოურ კანონში გამოყენებული სიტყვები „სარჩელის წარდგენა აკრძალულია“⁴⁷ მიიჩნია პროცესუალურად, ხოლო, ტერმინი „ბათილია“⁴⁸, მიიჩნია მატერიალურად. სხვა საქმეებშიც მსგავსი განმარტებები იქნა გაკეთებული.⁴⁹

⁴⁷ Marie v. Garrison, 13 Abb. N. Cas. 210, 303-304 (1883) [„უმთავრესი გადასაწყვეტი საკითხია არის თუ არა ხელშეკრულება მისურის შტატის სამართლის მიხედვით ბათილი. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მატერიალურ სამართლებრივად, იყო თუ არა ეს ხელშეკრულება ბათილი. მისურის სამართლით უძრავი ქონების მომწესრიგებელ კანონთან შეუსაბამობა არ იწვევს ხელშეკრულების ბათილად ცნობას. კანონი მხოლოდ მიუთითებს, რომ თუკი ხელშეკრულება წერილობითი ფორმით არ არის დადებული, არ დაიშვება მის საფუძველზე სასარჩელო მოთხოვნის წარდგენა. ეს იმას ნიშნავს, რომ სარჩელის შეტანა არ დაიშვება აღნიშნულ შტატში. შეუძლებელია მისურში განსაზღვროს თუ რა სახის სარჩელებს და მტკიცებით სამართლებრივ ნორმებს აღიარებს სხვა შტატი. წესი არის წმინდად ადგილობრივი (lex fori) და იგი გავლენას ვერ მოახდენს ამ შტატის სასამართლოებში აღძრულ სარჩელებზე.“].

⁴⁸ Marie v. Garrison, 13 Abb. N. Cas. 210, 257 (1883) [„შეიძლება იმის თქმა, რომ ხელშეკრულება, რომელსაც კანონი „ბათილად“ აცხადებს კვლავ ხელშეკრულებად ითვლება და კანონის მოქმედების ერთადერთი შედეგი არის ის, რომ მხარეს ერთმევა მოთხოვნის იძულებით აღსრულების უფლება? ისეთი სიტყვა, როგორიც არის „ბათილი“ წარმოადგენს მხოლოდ მტკიცებით სამართლებრივ ტერმინს? მე ვფიქრობ, რომ არა. სიტყვას „ბათილია“ ვანიჭებ მატერიალურ და არა მხოლოდ პროცესუალურ სამართლებრივ მნიშვნელობას. აქედან გამომდინარე, კანონი საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმების შესაბამისად არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას სხვა სახელმწიფოში დადებული ხელშეკრულებების მიმართ.“].

⁴⁹ Arsham v. Banci, 511 F.2d 1108, 1114 (6th Cir.1975) [„პირველი ინსტანციის სასამართლო ვალდებული იყო წინამდებარე საქმეში გამოეყენებინა ოჰაიოს შტატის კოლიზიური სამართლის ნორმები. Co. v. Stentor Co., 313 U.S. 487, 496, 85 L. Ed. 1477, 61 S. Ct. 1020 (1941); MacPherson v. MacPherson, 496 [**13] F.2d 258, 261 (6th Cir. 1974). ოჰაიო აღიარებს ხელშეკრულების დადების (lex loci) ტრადიციულ წესს. ამ წესის თანახმად ხელშეკრულება რეგულირდება მისი დადების ადგილის სამართლით. Heaton v. Eldridge & Higgins, 56 O.S. 87, 97-98, 46 N.E. 638 (1897); Sheerin v. Steele, 240 F.2d 797 (6th Cir.), cert. denied, 353 U.S. 938, 1 L. Ed. 2d 760, 77 S. Ct. 816 (1957). მიუხედავად იმისა, რომ ოჰაიო ხელშეკრულების ფორმის მომწესრიგებელ საკუთარ კანონს პროცესუალურ კანონად განიხილავს, Heaton v. Eldridge & Higgins, supra at 100-102, იმ შემთხვევაში, როცა ხელშეკრულების დადების შტატის სამართალი მას „ბათილად“ აცხადებს, თუკი ხელშეკრულება წერილობითი ფორმით არ არის შესრულებული, ოჰაიოს შტატის სასამართლოები უარს იტყვიან ხელშეკრულების აღსრულებაზე. The Detroit & Cleveland Navigation Co. v. Hade, 106 O.S. 464, 140 N.E. 180 (1922). ამ მიდგომის თეორიული დასაბუთება არის ის, რომ ხელშეკრულება, რომელიც ბათილია მისი დადების ადგილზე, ბათილია ყველგან.“]; Brown v. Valentine, 240 F.Supp. 539, 541 (W.D.Va.1965) [„ნიუ ჯერზის შტატს შეეძლო დაედგინა, რომ ამგვარი ხელშეკრულება არის „ბათილი“, როგორც ამას კონკრეტულ ხელშეკრულებებთან მიმართებით ადგენს ვირჯინიის კოდექსის § 11-1. თუმცა, კანონის არსებული რედაქცია მიუთითებს, რომ გარკვეული სახის „ხელშეკრულებები ... არ არის აღსრულებადი“ და ამით იგი უფრო მეტად ემსგავსება ვირჯინიის კოდექსის § 11-2-ს, რომელიც ადგენს, რომ გარკვეულ შემთხვევებში „აკრძალულია სარჩელის წარდგენა“, რაც, როგორც საქმეში Stein v. Pulaski Furniture Corp., 217 F.Supp. 587 (W.D.Va.1963) განიმარტა არ ეხება ხელშეკრულების მატერიალურ ნამდვილობას, არამედ, მხოლოდ მის აღსრულებადობას.“]; Perlmutter Printing Co. v. Strome, Inc., 436 F.Supp. 409, 413 (N.D. Ohio 1976) [„ვინაიდან სადავო ზეპირი ხელშეკრულება დაიდო ნიუ ჯერზის შტატში გამართული მოლაპარაკებების შედეგად, ხელშეკრულების ნამდვილობა, მისი განმარტება და მისგან გამომდინარე ვალდებულებები რეგულირდება ნიუ ჯერზის შტატის სამართლით, lex loci contractus. ხელშეკრულების ნამდვილობის საკითხის გადაწყვეტისას სასამართლომ, პირველ რიგში, უნდა დაადგინოს ხელშეკრულება ხომ არ არის საცილო წერილობითი ფორმის მოთხოვნების დაუცველობის გამო. ... სასამართლომ ოჰაიოს კოლიზიური სამართლის ნორმების შესაბამისად უნდა დაადგინოს ფორმის მიმართ გამოსაყენებელი სამართალი, ანუ ოჰაიოს ან ნიუ ჯერზის სამართალი. ოჰაიოში ხელშეკრულების ფორმის მომწესრიგებელი კანონი მიიჩნევა პროცედურულ კანონად და ეხება უფლების იძულებითი წესით აღსრულების საკითხს, შესაბამისად, გამოიყენება განმხილველი შტატის სამართალი, lex fori. აქედან გამომდინარე, წინამდებარე საქმეში სადავო ზეპირ ხელშეკრულებაზე უნდა გავრცელდეს ოჰაიოს სამართალი.“].

მეორე კოდიფიკაციის 141-ე მუხლით ეს საკითხი დაზუსტდა და ხელშეკრულების ფორმა, ერთმნიშვნელოვნად, მატერიალური სამართლის ნაწილად არის განხილული.⁵⁰ სექციის ოფიციალური კომენტარი შემდეგ განმარტებას აკეთებს:

ლოგიკურად, კოლიზიური სამართლის მიზნებისათვის არგუმენტები შეიძლება მოყვანილ იქნას ხელშეკრულების წერილობითი ფორმის როგორც მატერიალურ, ისე პროცესუალურ საკითხად მიჩნევის სასარგებლოდ. საკითხის მატერიალურად კლასიფიკაციისათვის შეიძლება იმაზე მითითება, რომ ხელშეკრულების წერილობითი ფორმით დადების მოთხოვნები გავლენას ახდენს ხელშეკრულებიდან გამომდინარე მხარის უფლება-მოვალეობებზე. ასევე, შეიძლება იმაზე მითითებაც, რომ კანონის ძირითადი მიზანია, მხარეები დაიცვას თაღლითობისაგან და მათგან მოითხოვოს, რომ ხელშეკრულების ნამდვილობისათვის აუცილებელია გარკვეული ფორმის დადგენა. ამ ტიპის კანონის გამოყენება/არ გამოყენება, როგორც წესი, ხდება კიდევ მხარეთა მსჯელობის საგანი ხელშეკრულების დადებამდე. მეორეს მხრივ, პროცესუალური კლასიფიკაციის და, შესაბამისად, განმხილველი ქვეყნის სამართლის გამოყენების სასარგებლოდ, შეიძლება იმის თქმა, რომ ხელშეკრულების წერილობითი ფორმით დადების მოთხოვნები დადგენილია იმ მიზნით, რომ დაიცვას სასამართლოები შეცდომაში შეყვანისაგან და, ასევე, თავიდან აიცილოს არასაჭირო დავები მხარეთა შორის ხელშეკრულების არსებობის და მისი პირობების თაობაზე. საკითხის პროცესუალურად მიჩნევის სასარგებლოდ, ასევე, შეიძლება აპელირება გაკეთდეს კონკრეტული კანონის ტექსტზეც (იხ. კომენტარი C). თუმცა, სასამართლოები იშვიათად იზიარებენ ზემოთ მითითებულ არგუმენტებს, რომლებიც მხარს უჭერენ საკითხის პროცესუალურ კლასიფიკაციას. ასევე, მატერიალური კლასიფიკაციის სასარგებლო არგუმენტები არის უფრო ძლიერი და დამაჯერებელი. აქედან გამომდინარე გამოყენებული უნდა იქნას 187-188-ე სექციების შესაბამისად განსაზღვრული და არა განმხილველი ქვეყნის ადგილობრივი სამართლის ნორმები.⁵¹

მეტიც, 141-ე სექციის ოფიციალური კომენტარი უარყოფს ზემოთ განხილულ საქმეებში მითითებულ ტერმინოლოგიურ განსხვავებას და პირდაპირ მიუთითებს, რომ წერილობითი ფორმის დამდგენი კანონები მიჩნეულ უნდა იქნას მატერიალურად, ხოლო მათი გამოყენება კონკრეტული სამართლის იურისდიქციის გარეთ მომხდარ ფაქტებთან დაკავშირებით უნდა შეიზღუდოს:

გარდა იმ შემთხვევისა, როცა კანონმდებელს სამართლის ნორმის მიღებისას მხედველობაში ქონდა კოლიზიურ-სამართლებრივი პრობლემები, სასამართლო არ უნდა შეეხოს კანონის ტექსტის საფუძველზე მისი უცხოური ფაქტებისადმი გამოყენების თუ არგამოყენების საკითხს. ამით სასამართლო კანონის ტექსტს მიანიჭებს ისეთ მნიშვნელობას, რაც კანონმდებელს არ ქონია მიზნად. აქედან გამომდინარე, გარდა გამონაკლისი შემთხვევებისა, როცა კანონი კონკრეტულად ეხება კოლიზიურ სამართლებრივ საკითხებს, სასამართლომ არ უნდა მიიღოს კანონის უცხოური ელემენტების შემცველი საქმისადმი გამოყენების გადაწყვეტილება იმაზე დაყრდნობით, რომ კანონის ტექსტი ფორმულირებულია მატერიალური ან საპროცესო ტერმინოლოგიით. გარდა მითი-

⁵⁰ Restatement (Second) Conflict of Laws § 141, cmt. b (Am. Law Inst. 1971). ამერიკული კოლიზიური სამართლის სპეციფიკიდან გამომდინარე სასამართლოები სხვა და სხვა მიდგომებს იყენებენ იმის დასადგენად, თუ რომელი სამართლით რეგულირდება ხელშეკრულების წერილობითი ფორმის საკითხი. *Paulson v. Shapiro*, 490 F.2d 1 (7th Cir.1973) [სიმძიმის ცენტრის ან დამაკავშირებელი ფაქტორების დაჯგუფების მიდგომა. აღნიშნულ თეორიასთან დაკავშირებით იხ. *Gruson M., Governing Law Clauses in Commercial Agreements – New York's Approach*, 18 Colum. J. Transnat'l L. 323, 327 (1980)]; *Denny v. American Tobacco Co.*, 308 F.Supp. 219, 222–23 (N.D.Cal.1970) [სიმძიმის ცენტრის და ინტერესთა ანალიზის მიდგომები]; *O'Keeffe v. Bry*, 456 F.Supp. 822, 827 (S.D.N.Y.1978) [ინტერესთა ანალიზის მიდგომა]; *Ehrman v. Cook Electric Co.*, 468 F.Supp. 98, 100–101 (N.D.Ill.1979) [ყველაზე მჭიდრო კავშირის მიდგომა].

⁵¹ Restatement (Second) Conflict of Laws § 141, cmt. b (Am. Law Inst. 1971).

თებულის საგამონაკლისო შემთხვევისა, სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე გავლენა არ უნდა იქონიოს იმ ფაქტმა, რომ კანონის თანახმად წერილობითი ფორმის დაუცველად დადებული ხელშეკრულება არის „ბათილი“, „არარა“, „აღუსრულებადი“ ან მასთან დაკავშირებით სასამართლომ „არ უნდა განიხილოს მტკიცებულება.“⁵²

რომი I-ის რეგულაცია ცხელშეკრულების ფორმის საკითხს, სრულად, მატერიალურად მიიჩნევს და პროცესუალურ საკითხებს საერთოდ გამორიცხავს მისი მოქმედების სფეროდან [მუხლი 1(3)].⁵³

VI. ხელშეკრულების ნამდვილად ცნობის პოლიტიკა

VI.1 ხელშეკრულების სასარგებლო განმარტება (*favor negotii*)

საერთაშორისო კერძო სამართალი მიზნად ისახავს მხარეთა ნების ავტონომიისა და მათი ლეგიტიმური სახელშეკრულებო მოლოდინების დაცვასა და აღსრულებას. თუკი სახეზე არ არის მნიშვნელოვანი საფუძველი, მხარეთა ნება უნდა აღსრულდეს და მათ მიერ დადებული გარიგება სასამართლომ ნამდვილად უნდა ცნოს. ეს მიდგომა მოქმედებს ხელშეკრულების ფორმის მიმართაც.⁵⁴

სამართლის სისტემები გარიგებების მიმართ განსხვავებულ ფორმალურ წინაპირობებს ადგენენ, თუმცა მათი ძირითადი მიზანი და დანიშნულება მსგავსია.⁵⁵ სწორედ ამიტომ, საერთაშორისო კერძო სამართალი ცდილობს, ფორმის ნაკლის გამო არ მოხდეს მხარეთა არჩევანის გაბათილება. ამერიკული საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაციის 141-ე სექციის ოფიციალური კომენტარი შემდეგ განმარტებას აკეთებს:

g. ხელშეკრულების ნამდვილობის აღიარება. როგორც 188-ე სექციის **b** კომენტარშია აღნიშნული, სახელშეკრულებო სამართლის უმთავრესი მიზანი არის დაიცვას მხარეთა ლეგიტიმური მოლოდინები, რომლებიც ბუნებრივად მოელიან და განიზრახავენ, რომ მათ მიერ დადებული ხელშეკრულება იქნება ნამდვილი და აღსრულებადი. სასამართლო, რომელიც დარწმუნდება, რომ ხელშეკრულება ნამდვილად დაიდო, ადვილად არ დათანხმდება მის ბათილად ცნობას იმის გამო, რომ ხელშეკრულება წერილობით არ არის გაფორმებული.⁵⁶

პირველ რიგში, უპირატესობა ენიჭება იმ სამართლის გამოყენებას, რომელიც ხელშეკრულებას ნამდვილად ცნობს (ნაცვლად ხელშეკრულების გამაბათილებელი სამართლისა). ამ კუთხით, მოქმედი საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ინსტრუმენტებისგან ერთ-ერთი ყველაზე ზოგადი ხასიათის მითითებას ითვალისწინებს პარაგვანის სამოქალაქო კოდექსის 22(2) მუხლი, რომელიც

⁵² Restatement (Second) Conflict of Laws § 141, cmt. c (Am. Law Inst. 1971).

⁵³ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 394.

⁵⁴ Symeonides S., The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future (2006) 407.

⁵⁵ Symeonides S., Choice of Law (2016) 384.

⁵⁶ Restatement (Second) Conflict of Laws § 141, cmt. g (Am. Law Inst. 1971).

ადგენს, რომ უცხო ქვეყნის სამართალი არ გამოიყენება, თუკი პარაგვაის სამოქალაქო კოდექსის ნორმები უფრო მეტად უწყობს ხელს ხელშეკრულების ნამდვილად აღიარებას.⁵⁷

თუკი მხარე ითხოვს ხელშეკრულების ბათილად ცნობას ფორმის დაუცველობის საფუძველით და ხელშეკრულება ბათილია ორივე სამართლის მიხედვით, გამოყენებული უნდა იქნას ის სამართალი, რომელიც უფრო მეტად აღწევს ხელშეკრულების ნამდვილობის მიზანს (მაგ. აწესებს შეცვლების უფრო მოკლე ვადას).⁵⁸

VI.2 ალტერნატიული ვალიდაცია

ევროკავშირში მოქმედი რომი I-ის რეგულაცია აღიარებს მხარეთა უფლებას აირჩიონ ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობის საკითხების მომწესრიგებელი სამართალი. რეგულაციის მე-11 მუხლის მიზანია მაქსიმალურად ხელი შეუწყოს ხელშეკრულების ნამდვილობას (*favor negotii*) და თავიდან აიცილოს ფორმალური საფუძველებით მისი ბათილად ცნობა. სწორედ ამიტომ, რეგულაციის 11(1) მუხლი ადგენს, რომ ხელშეკრულების ფორმის მიმართ ალტერნატიულად გამოიყენება როგორც *lex causae*, ისე *lex loci actus*,⁵⁹ რომელიმესთვის პრიორიტეტის მინიჭების გარეშე.⁶⁰ საკმარისია, თუკი შეთანხმება შეესაბამება რომელიმე მათგანს.⁶¹ მათ შორის, ეს იმას ნიშნავს, რომ რომი I-ის რეგულაციის თანახმად, ხელშეკრულება ჩაითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი აკმაყოფილებს მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის წინაპირობებს.⁶²

რეგულაციის 11(2) მუხლი ეხება სხვადასხვა ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის დადებულ ხელშეკრულებებს. ამ შემთხვევაში რეგულაცია ითვალისწინებს ხელშეკრულების ვალიდაციის შემდეგ ალტერნატივას: (1) გამოსაყენებელი სამართალი; (2) ხელშეკრულების დადებისას მხარეთა/წარმომადგენლების ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი; (3) მხარეთა ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართალი. პრობლემატური შეიძლება იყოს საკითხი, თუ სად დაიდო ხელშეკრულება, როცა მხარეები სხვა და სხვა იურისდიქციაში იმყოფებიან. ასეთ შემთხვევაში მნიშვნელობა აქვს ხელშეკრულებაზე ხელმოწერი პირის ადგილმდებარეობას, იქნება ეს თავად მხარე თუ მისი წარმომადგენელი.⁶³

რომი I-ის რეგულაციის 11(3) მუხლი ეხება სამართლებრივი ძალის მქონე ცალმხრივი ნების გამოხატვას. ნორმის თანახმად ცალმხრივი ნების გამოვლენა ექვემდებარება ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს, ან იმ ადგილის სამართალს, სადაც მოქმედება განხორციელდა. აღნიშნულში იგულისხმება ადგილი, სადაც მოხდა ნების გამოვლენა, მისი მანიფესტაცია, მიუხედავად იმისა, თუ სად მიუვიდა იგი მეორე მხარეს.⁶⁴ 11(3) მუხლი არ ახსენებს წარმომადგენელს, თუმცა განმარტების გზით მასში წარმომადგენელიც მოიაზრება. თუმცა, არ მოიაზრება წარმომადგენელი.

⁵⁷ ოფიციალური ტექსტი ესპანურ ენაზე: „*No se aplicarán las leyes extranjeras cuando las normas de este Código sean más favorables a la validez de los actos.*“ *Symeonides S.*, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis* (2014) 256.

⁵⁸ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 30.

⁵⁹ Briggs A., *The Conflict of Laws* (3rd ed. 2013) 252.

⁶⁰ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 396; Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 30.

⁶¹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 83.

⁶² *Symeonides S.*, *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis* (2014) 256; *Kuipers J.-J.*, *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations* (2012) 48.

⁶³ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 399.

⁶⁴ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 400.

დგენლის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი - 11(2) და 11(3) მუხლების მიზნებისათვის გადა-
მწყვეტია, მხოლოდ, მხარის და არა წარმომადგენლის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი.⁶⁵

რომი I-ის რეგულაციის მე-11 მუხლი ახსენებს ტერმინს „ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგი-
ლი“ (**habitual residence**), რასაც რეგულაციაში ავტონომიური მნიშვნელობა აქვს. ეს იმას ნიშნავს,
რომ ტერმინს ერთგვაროვანი მნიშვნელობა გააჩნია ევროპის მასშტაბით და მისი შინაარსი არ
არის დამოკიდებული ადგილობრივ სამართალზე,⁶⁶ გარდა იმ შემთხვევისა, როცა ამაზე სპეცია-
ლურად მიუთითებს ევროკავშირის სამართალი. იურიდიული პირებისათვის და ბიზნეს საქმიანო-
ბის ფარგლებში მოქმედი ფიზიკური პირებისათვის გამოიყენება რომი I-ის რეგულაციის მე-19 მუ-
ხლი. ხოლო, ფიზიკური პირებისათვის, რომლებიც არ მოქმედებენ ბიზნეს საქმიანობის ფარგლე-
ბში, ჩვეულებრივ საცხოვრებელ ადგილად ჩაითვლება ის ადგილი, რომელსაც ისინი ჩვეულებრივ
საცხოვრებლად ირჩევენ.⁶⁷ როგორც წესი, ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილი აირჩევა ნება-
ყოფლობით, მუდმივი ან საკმარისად ხანგრძლივი დროით.⁶⁸

მე-11 მუხლში დადგენილი ზოგადი წესიდან გამონაკლისს ითვალისწინებს 6(1) მუხლი, რო-
მლის თანახმადაც მომხმარებელთან დადებულ ხელშეკრულებაში სამართლის არჩევის საკითხი
რეგულირდება მომხმარებლის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართლით.⁶⁹

ხელშეკრულების ნამდვილად აღიარების პოლიტიკა მნიშვნელოვანია მისი მოქმედების მთელ
პერიოდზე. მაგალითად, 1980 წლის რომის კონვენციის 3(2) მუხლის თანახმად მხარეებს უფლება
აქვთ, შეცვალონ ერთხელ არჩეული სამართალი, თუმცა, ამან საფრთხე არ უნდა შეუქმნას ხელშე-
კრულების ფორმალურ ნამდვილობას.⁷⁰ იმავე დათქმას ითვალისწინებს რომი I-ის რეგულაციის
3(2) მუხლიც.

ალტერნატიული ვალიდაციის მიდგომას იზიარებს ევროკავშირის ნევრი არაერთი სახელმწი-
ფოს შიდა კანონმდებლობა.⁷¹ ასევე, მსგავს რეგულაციას ადგენს „საქონლის საერთაშორისო ნა-
სყიდობის ხელშეკრულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“ 22/12/1986 წლის ჰა-
აგის კონვენციის მე-11 მუხლიც,⁷² ისევე, როგორც ევროკავშირის ფარგლებს გარეთ არაერთი
ქვეყნის შიდა კანონმდებლობა, მაგალითად ალბანეთი, სამხრეთ კორეა, მოლდოვა, შვეიცარია⁷³
და უკრაინა.⁷⁴ 17/03/1994 წლის ინტერ-ამერიკული კონვენცია „საერთაშორისო ხელშეკრულებე-
ბის მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“⁷⁵ 13(2) მუხლში ადგენს, რომ სხვადასხვა ქვე-
ყანაში მყოფ პირებს შორის დადებული ხელშეკრულება ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად,

⁶⁵ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 400-401.

⁶⁶ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 32; Hagen v Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide Case C-49/71 [1972] ECR 23, 6.

⁶⁷ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 399. შეად. სსკ 20(1) მუხლი, რომლის მიხედვითაც „ფიზიკური პირის საცხოვრებელ ადგილად მიიჩნევა ადგილი, რომელსაც იგი ჩვეულებრივ საცხოვრებლად ირჩევს. პირს შე-
იძლება ჰქონდეს რამდენიმე საცხოვრებელი ადგილი.“

⁶⁸ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 32.

⁶⁹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 83; Ferrari F., Leible S., Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe (2009) 150.

⁷⁰ O'Brien J., Conflict of Laws (2nd ed. 1999) 350.

⁷¹ Symeonides S., Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis (2014) 256.

⁷² კონვენციის 11(1) მუხლის თანახმად „ნასყიდობის ხელშეკრულება, რომელიც დადებულია ერთი და იმავე ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის ითვლება ფორმალურად ნამდვილად, თუკი იგი აკმაყოფილებს ამ კონვენ-
ციის შესაბამისად გამოსაყენებელ ან მისი დადების ადგილის სამართლის მოთხოვნებს.“

⁷³ შვეიცარიის საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ 1987 წლის კანონის 124(1) მუხლის თანახმად „ფორმასთან დაკავშირებით, ხელშეკრულება ითვლება ნამდვილად, თუკი იგი შეესაბამება მის მიმართ გა-
მოსაყენებელ ან მისი დადების ადგილის სამართლის მოთხოვნებს.“

⁷⁴ Symeonides S., Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis (2014) 257.

⁷⁵ ცნობილია, როგორც მექსიკის კონვენცია.

თუკი იგი შეესაბამება რომელიმე ამ ქვეყნის სამართალს, ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს ან ხელშეკრულების შესრულების ქვეყნის სამართალს. თუმცა 13(1) მუხლის თანახმად ერთი და იმავე ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის დადებული ხელშეკრულება ითვლება ფორმის დაცვით დადებულად, თუკი იგი შეესაბამება გამოსაყენებელ სამართალს, შესრულების ადგილის სამართალს ან იმ ქვეყნის სამართალს, რომელშიც ხელშეკრულება ითვლება ნამდვილად. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში, რომი I-ის რეგულაციის 18(2) მუხლისგან განსხვავებით, მექსიკის კონვენცია არ მოითხოვს, რომ ქვეყანას რაიმე კავშირი ქონდეს ხელშეკრულებასთან ან მხარეებთან.⁷⁶ ქვემოთ მოცემულია ცხრილი, რომელიც ასახავს, თუ რომელ ალტერნატიულ სამართალზე მიუთითებენ სხვა და სხვა ქვეყნების კანონმდებლობები ხელშეკრულების ფორმალური ვალიდაციისათვის.⁷⁷

სამართალი	ქვეყანა
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>) ან გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>).	არგენტინა (მუხლი 2649), ხორვატია (მუხლი 7), იაპონია (მუხლები 10, 34), ჩრდილოეთ კორეა (მუხლი 26), პერუ (მუხლი 2094), პორტუგალია (მუხლი 36.2), სერბეთი (მუხლი 41), თურქეთი (მუხლი 7).
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>), გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>) ან - სხვა და სხვა ქვეყანაში მყოფ პირებს შორის დადებულ ხელშეკრულებებში - რომელიმე მხარის ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის სამართალი.	რომი I-ის რეგულაცია (მუხლი 11), ბულგარეთი (მუხლი 98), ესტონეთი (მუხლი 37), გერმანია (მუხლი 11), იტალია (მუხლი 57), ლიეტუვა (მუხლი 1.38), ნიდერლანდები (მუხლი 12), პოლონეთი (მუხლი 25), რუმინეთი (მუხლი 86), ალბანეთი (მუხლი 18), სამხრეთ კორეა (მუხლი 17), მოლდოვა (მუხლი 1610), ორეგონი (მუხლი 15.325), პუერტო რიკო (მუხლი 32), სერბეთი (მუხლი 146), შვეიცარია (მუხლი 124), ტაივანი (მუხლი 16), ტუნისი (მუხლი 68), უკრაინა (მუხლი 31), უნგრეთი (მუხლი 26.54).
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>) ან მხარეთა ქვეყნების ადგილობრივი სამართალი.	ალჟირი (მუხლი 19), ბურუნდი (მუხლი 5), რუანდა (მუხლი 14).
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>) ან ადგილობრივი სამართალი (<i>lex fori</i>).	აზერბაიჯანი (მუხლი 17.1), ბელარუსია (მუხლი 1116), გვინეა (მუხლი 9), ყაზახეთი (მუხლი 1104), ყირგიზეთი (მუხლი 1190), რუსეთი (მუხლი 1209.1), ტაჯიკეთი (მუხლი 1210), უზბეკეთი (მუხლი 1181), ვიეტნამი (მუხლი 770.1).
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>), გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>) ან ვალდებულების შესრულების ადგილი (<i>lex solutionis</i>).	სლოვენია (მუხლი 7).
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>), გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>), ვალდებულების შესრულების ადგილი (<i>lex solutionis</i>), მხარეთა ჩვეულებრივი	ლუიზიანა (მუხლი 3538).

⁷⁶ Symeonides S., *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis* (2014) 257.

⁷⁷ იხ. სრული სია: Symeonides S., *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis* (2014) 257-258.

ვი საცხოვრებელი ან საქმიანობის განხორციელების ადგილის სამართალი, ან მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი.	
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>), გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>) ან მხარეთა ჩვეულებრივი საცხოვრებელი ადგილის ან მათი მოქალაქეობის ქვეყნის სამართალი.	იორდანია (მუხლი 21), ყატარი (მუხლი 29), სომალი (მუხლი 20), სუდანი (მუხლი 11.13c), იემენი (მუხლი 31).
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci actum</i>), გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>), ნივთის ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართალი (<i>lex rei sitae</i>) ან რომელიმე მხარის საცხოვრებელი ადგილის სამართალი.	კვებეკი (მუხლი 3109.1.2).
ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci</i>), გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>) ან ხელშეკრულების დამდებ მხარეთა საცხოვრებელი ადგილის სამართალი.	მოლდოვა (მუხლი 1610), მონღოლეთი (მუხლი 548), ესპანეთი (მუხლი 11), ვენესუელა (მუხლი 37).
გამოსაყენებელი სამართალი (<i>lex causae</i>), ქმედების განხორციელების ადგილის სამართალი (<i>lex loci</i>) ან ქმედების განხორციელების ადგილის კოლიზიური სამართლის ნორმების მიერ განსაზღვრული სამართალი (<i>lex loci</i>).	მაკაუ (მუხლი 35).

VI.3 მტკიცებულება ხელშეკრულების არსებობის დადასტურებისთვის

საერთაშორისო კერძო სამართალი ითვალისწინებს არა მხოლოდ ხელშეკრულების დადების, არამედ მისი არსებობის დადასტურების ლიბერალურ მიდგომებს, რათა თავიდან იქნას აცილებული ხელშეკრულების ბათილად ცნობა. ამ საკითხს არეგულირებდა, ჯერ კიდევ, 1980 წლის რომის კონვენცია „სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ.“ კონვენციის მე-14 მუხლი ჩამოყალიბებულია შემდეგნაირად:

მუხლი 14. მტკიცების ტვირთი

1. ამ კონვენციის შესაბამისად ხელშეკრულების მარეგულირებელი სამართალი გამოიყენება იმ ფარგლებში, რომელშიც იგი ითვალისწინებს სახელშეკრულებო სამართლებრივ პრეზუმფციებს ან ადგენს მტკიცების ტვირთს.
2. ხელშეკრულება ან სამართლებრივი შედეგის დადგომისაკენ მიმართული ქმედება შეიძლება დადასტურდეს განმხილველი ქვეყნის ან მე-9 მუხლში მითითებული რომელიმე იმ სამართლით აღიარებული ნებისმიერი მტკიცებულებით, რომლის მიხედვითაც ხელშეკრულება ან მოქმედება ითვლება ფორმის დაცვით განხორციელებულად, იმ პირობით, რომ ამგვარ მტკიცებულებას დასაშვებად მიიჩნევს განმხილველი სასამართლო.

ეს იმას ნიშნავს, რომ, მაგალითად, თუკი განმხილველი ქვეყნის სასამართლო დასაშვებად მიიჩნევს ხელშეკრულების არსებობის დადასტურებას მონმეთა ჩვენებით, მხარეს მიეცემა ამის შესაძლებლობა, მიუხედავად იმისა, რომ, შესაძლოა, უფრო მკაცრ მოთხოვნებს ადგენდეს ხელშეკრულების მარეგულირებელი სამართალი. ამავე დროს, საპირისპირო შემთხვევაში, თუკი განმხილველი ქვეყნის სამართალი ითვალისწინებს გამოსაყენებელ სამართალზე უფრო მკაცრ მოთხოვნებს,

მხარეთა კანონიერი სახელშეკრულებო მოლოდინების დაცვის მიზნებისათვის რომის კონვენციის მე-14 მუხლი მათ აძლევთ გამოსაყენებელი სამართლით გათვალისწინებული ნაკლებად შემზღუდავი წესით სარგებლობის უფლებას.⁷⁸ მესამე ქვეყნის სამართლით აღიარებული მტკიცების შემსუბუქებული სტანდარტი მოქმედებს მხოლოდ იმ ფარგლებში, რომელშიც განმხილველი სასამართლო დასაშვებად მიიჩნევს კონკრეტულ მტკიცებულებას. მაგალითად, თუკი განმხილველი ქვეყნის სამართალი აფიდავიტს,⁷⁹ ან მხარის ახსნა-განმარტებას ან ჩვენებას⁸⁰ არ ცნობს, როგორც მტკიცებულებას ან გარკვეული საკითხების მიმართ ითვალისწინებს რეგისტრაციის ვალდებულებას, მე-14 მუხლი ამ საპროცესო წესებს გვერდს ვერ აუვლის.⁸¹

ანალოგიურ ნორმას ადგენს რომი I-ის რეგულაციის მე-18 მუხლიც. თუმცა, მე-18 მუხლი სრულად არ აწესრიგებს პროცედურულ და მტკიცებულებით სამართლებრივ საკითხებს, ვინაიდან 1(3) მუხლით ისინი გამოირიცხება რეგულაციის მოქმედების სფეროდან. მუხლი ეხება როგორც ხელშეკრულების არსებობის, ისე მისი შინაარსის დადასტურებას.⁸² პრეზუმფციაში იგულისხმება მატერიალური სამართლის ნორმით დადგენილი პრეზუმფციები, მათ შორის ფაქტებთან და სამართალთან დაკავშირებული, ისევე, როგორც შედავებადი და შეუდავებადი პრეზუმფციები.⁸³ როგორც წესი, საპროცესო და მტკიცებულებითი საკითხები წესრიგდება განმხილველი სასამართლოს ადგილობრივი სამართლით. თუმცა, მუხლი ადგენს გამონაკლისს ამ წესიდან, რათა მისცეს მხარეს ხელშეკრულების დადასტურების შესაძლებლობა. მხოლოდ ისეთი მტკიცებულება, რომელსაც განმხილველი სასამართლო არ ცნობს დასაშვებად, გამოირიცხება მე-18 მუხლის მოქმედებიდან.

⁷⁸ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 36-37.

⁷⁹ ერთ-ერთ საქმეზე თბილისის საქალაქო სასამართლომ არ გაიზიარა ფიზიკური პირის მიერ შესრულებული აფიდავიტი, ვინაიდან განმარტა, რომ ქართული საპროცესო კანონმდებლობა მათ არ განიხილავს მტკიცებულებად. თუმცა, იურიდიული პირის მიერ შესრულებული აფიდავიტი მიიჩნია ცნობად და მას მიანიჭა წერილობითი მტკიცებულების ძალა: „რაც შეეხება ე.წ. „აფიდავიტებს“ - ფიცის ქვეშ დადებულ, ნოტარიუსის მიერ დამონმეულ განცხადებებს, სასამართლო იზიარებს მოსარჩელის განმარტებას, რომ ასეთი სახის საპროცესო საშუალებას სამოქალაქო პროცესში საქართველოს კანონმდებლობა არ იცნობს და იგი ვერ შეცვლის მონმის ჩვენებას, შესაბამისად, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 102-ე მუხლის მე-2-მე-3 ნაწილების შესაბამისად, მათ ვერ გაიზიარებს, თუმცა აღნიშნული შეეხება მხოლოდ ფიზიკური პირების მიერ ხელმონერილ განცხადებებს რაც შეეხება კომპანიების ... განცხადებებს ... სასამართლო თვლის, რომ ამ შემთხვევაში, ეს განცხადებები უნდა შეფასდეს, როგორც როგორც წერილობითი მტკიცებულებები, რამდენადაც აღნიშნული წარმოადგენს იურიდიული პირის ცნობას, მის მიერ განხორციელებული ქმედების შესახებ.“ [თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება №2/19994-14, 16/04/2018, გვ. 10-11]. საქმე იმაშია, რომ სსსკ 150-ე მუხლის თანახმად „მონმე ჩვენებას აძლევს ზეპირად“, მას შემდეგ, რაც იგი ფრთხილდება არასწორი ჩვენების მიცემისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრების თაობაზე. ნოტარიუსის განმარტება, რომელიც გაცემულია უცხო ქვეყანაში, ვერ გახდება პირისათვის სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრების საფუძველი. მართალია, მონმეს შეუძლია ისარგებლოს ჩანაწერებით, თუმცა ეს ეხება მხოლოდ ისეთ საკითხებს, რომლებიც „დაკავშირებულია ციფრობრივ ან სხვა ძნელად დასამახსოვრებელ ცნობებთან. ... ჩანაწერებით სარგებლობა არ შეიძლება განვიხილოთ, როგორც გამონაკლისი საერთო წესიდან, რომლის თანახმად მონმე ყოველთვის აძლევს ჩვენებას ზეპირი ფორმით. ჩანაწერებით სარგებლობა არ ნიშნავს ჩვენების წერილობითი ფორმით გადმოცემას.“ [ლილუაშვილი თ., ხრუსტალი ვ., საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი (მე-2 გამოცემა, 2007) 268]. თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ აფიდავიტი არ ითვლება მტკიცებულებად, სასამართლო მის მტკიცებულებად მიღებაზე უარს არ ამბობს, [თბილისის საქალაქო სასამართლოს საოქმო განჩინება №2/19994-14, 16:32:13, 31/01/2018] და, ასევე, არ აკმაყოფილებს ამგვარი მტკიცებულების საქმიდან ამოღების შუამდგომლობას [თბილისის საქალაქო სასამართლოს საოქმო განჩინება №2/13219-16, 11:25:59, 29/01/2019].

⁸⁰ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 477.

⁸¹ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 37.

⁸² Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 471.

⁸³ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 471-472. კომენტარი მაგალითად ასახელებს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 139-ე [ექვივალენტი სსკ 62-ე მუხლი], 280(1) [ექვივალენტი სსკ 394(1) მუხლი] და 443(2) [ექვივალენტი სსკ 496-ე მუხლი] მუხლებს.

VII. სამართლის არჩევის შეთანხმების ფორმა

VII.1 ნერილობითი ფორმა

თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართალი სამართლის არჩევის შეთანხმების მიმართ ნერილობითი ფორმის მოთხოვნას არ ითვალისწინებს. მაგალითად, 19/03/2015 წლის ჰააგის პრინციპები „საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“ პირდაპირ მიუთითებს, რომ სამართლის არჩევა არ ექვემდებარება რაიმე ფორმას.⁸⁴ მიუხედავად ამისა, როგორც წესი, მხარეები სამართალზე შეთანხმებას ნერილობითი ფორმით დებენ. იშვიათია სამართლის ზეპირი არჩევა,⁸⁵ თუმცა ამგვარი შემთხვევებიც ხდება.⁸⁶

ამერიკული საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაციის 199-ე სექცია ერთმანეთისგან მიჯნავს ხელშეკრულებას და სამართლის არჩევის შეთანხმებას. შესაბამისად, სანამ განმხილველი სასამართლო ხელშეკრულების ფორმის თაობაზე იმსჯელებს, მან უნდა შეაფასოს, არსებობს თუ არა ნამდვილი სამართლის არჩევა, რასაც (ფორმის ჩათვლით) ანესრიგებს მეორე კოდიფიკაციის 187-ე სექცია.⁸⁷ მეორე კოდიფიკაციით სამართლის არჩევის ფორმა შეზღუდული არ არის. მეტიც, სამართლის არჩევა შეიძლება იყოს პირდაპირი დათქმის ფორმით, ან გამომდინარეობდეს ხელშეკრულებიდან ან გარემოებებიდან, მაგალითად მხარეთა ქმედებებიდან.⁸⁸ მეორე კოდიფიკაციის 187-ე მუხლის ოფიციალური კომენტარი მიუთითებს, რომ „როდესაც მხარეებმა აირჩიეს გამოსაყენებელი სამართალი, როგორც წესი, ისინი არჩეული ქვეყნის სამართალზე პირდაპირ მიუთითებენ ხელშეკრულებაში. ... თუმცა, მაშინაც კი, როცა ხელშეკრულება რომელიმე ქვეყანაზე არ აკეთებს მითითებას, განმხილველმა სასამართლომ საკუთარ სამართალზე დაყრდნობით მაინც შეიძლება დაადგინოს, რომ მხარეებს სურდათ რომელიმე კონკრეტული ქვეყნის სამართლის გამოყენება.“⁸⁹

იმისათვის, რომ გათვალისწინებული იქნას მხარეთა ლეგიტიმური მოლოდინები, ხელშეკრულების დადების ადგილის სამართლის მოთხოვნათა დაცვა საკმარისად ითვლება.⁹⁰ მეტიც, თუკი ერთ-ერთი სამართლის მიხედვით ხელშეკრულება ფორმის დაუცველად არის დადებული, ხოლო მეორე სამართლის მიხედვით - ფორმის დაცვით, სასამართლომ, შეიძლება, უპირატესობა პირველ მათგანს მიანიჭოს.⁹¹

⁸⁴ ჰააგის პრინციპების მე-5 მუხლის თანახმად „სამართლის არჩევა არ საჭიროებს რაიმე ფორმის დაცვას, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მხარეები სხვა რამეზე შეთანხმდნენ.“ აქედან გამომდინარე, მაგალითად, სამართლის სამომავლო არჩევა ან მისი სამომავლო შეცვლა უნდა აკმაყოფილებდეს მხარეების მიერ განსაზღვრულ კონკრეტულ ფორმას.

⁸⁵ Symeonides S., Choice of Law (2016) 382.

⁸⁶ Nakhleh v. Chemical Construction Corp., 359 F.Supp. 357 (S.D.N.Y.1973).

⁸⁷ Restatement (Second) Conflict of Laws § 199, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).

⁸⁸ რომი I-ის რეგულაციის 3(1) მუხლი.

⁸⁹ Restatement (Second) Conflict of Laws § 187, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).

⁹⁰ Restatement (Second) Conflict of Laws § 199, cmt. c (Am. Law Inst. 1971); Ehrenzweig A., The Statute of Frauds in the Conflict of Laws, 59 Colum. L. Rev. 874, 876 (1959) [„თუკი სასამართლო დარწმუნდება, რომ ხელშეკრულება მართლაც დაიდო და სახეზე არ ყოფილა თაღლითობა და მხარის შეცდომაში შეყვანა, მას ნაკლები მხარდაჭერა აქვს იმ მხარის მიმართ, რომელიც ხელშეკრულების შესრულებაზე უარს, მხოლოდ, კანონით გათვალისწინებულ ფორმალობებზე ამყარებს. შესაბამისად, ამერიკული სასამართლოები, ზოგადად, ნამდვილად ცნობენ უცხოური ელემენტის შემცველ ხელშეკრულებებს, თუკი ისინი აკმაყოფილებენ განმხილველი სასამართლოს ადგილობრივი სამართლის ან უცხო იურისდიქციის სამართლის ფორმალურ მოთხოვნებს, იმის გათვალისწინებით, რომ ხელშეკრულების ნამდვილად მცნობ სამართალს საკმარისი კავშირი გააჩნია ხელშეკრულებასთან, რათა მოხდეს მისი გამოყენება.“]

⁹¹ Denny v. American Tobacco Co., 308 F.Supp. 219, 223 (N.D.Cal.1970) [„კალიფორნიის ინტერესი იმ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით, რომელიც ნამდვილია კალიფორნიის სამართლის მიხედვით, თუმცა არ

იმ შემთხვევებში, როცა ხელშეკრულებას მეტ-ნაკლებად თანაბარი შემხებლობა აქვს ორ ქვეყანასთან, განმხილველმა სასამართლომ იმის გასარკვევად, ამ ორი ქვეყნიდან რომლის სამართალი უნდა იქნას გამოყენებული 187-188-ე სექციების საფუძველზე, შეიძლება, გარკვეული მნიშვნელობა მიანიჭოს იმ ფაქტს, რომ ხელშეკრულება ნამდვილი და აღსრულებადია ერთი ქვეყნის სამართლის მიხედვით, მაგრამ წერილობითი ფორმის დაუცველობის გამო არ არის აღსრულებადი მეორე ქვეყნის სამართლის მიხედვით. ეს განსაკუთრებით მოსალოდნელია იმ შემთხვევებში, როდესაც ამ ქვეყნების სამართლის ნორმები ხელშეკრულების წერილობითი ფორმით დადებასთან დაკავშირებით მხოლოდ მცირე დეტალებში განსხვავდებიან ერთმანეთისაგან. ასეთ დროს ერთი ქვეყნის საჯარო წესრიგი სერიოზულად არ დაირღვევა, თუკი სასამართლო გამოიყენებს ხელშეკრულების წერილობითი ფორმის მომწესრიგებელი მეორე ქვეყნის სამართლის ნორმებს (შეად. § 203).⁹²

თუმცა, აღნიშნულ მოსაზრებას ყველა ავტორი და სასამართლო არ ეთანხმება. 2004 წლის ერთ-ერთ საქმეში მოსარჩელე, პენსილვანიის შტატის მცხოვრები, დასაქმდა ტეხასის შტატში რეგისტრირებულ კომპანიაში გაყიდვების მენეჯერის პოზიციაზე. შრომითი ხელშეკრულება წერილობით არ გაფორმებულა. ოთხი თვის შემდეგ დასაქმებული გაათავისუფლეს სამსახურიდან, რის გამოც მან სარჩელით მიმართა პენსილვანიის სასამართლოს. ზეპირი შრომითი ხელშეკრულება ნამდვილი იყო პენსილვანიის სამართლის მიხედვით, თუმცა ფორმის დაუცველად დადებულად ითვლებოდა ტეხასის შტატის სამართალი. სასამართლომ მიიჩნია, რომ გამოყენებული უნდა ყოფილიყო ტეხასის შტატის სამართალი. სასამართლომ დაადგინა, რომ მეორე კოდიფიკაციის 188-ე სექციაში ჩამოთვლილი ხუთი დამაკავშირებელი ფაქტორიდან სამი - ხელშეკრულების დადების და შესრულების ადგილი, ასევე, მხარეთა ადგილმდებარეობა - მიუთითებდა ორივე შტატის სამართალზე, თუმცა დარჩენილი ორი ფაქტორი - მოლაპარაკების გამართვის და ხელშეკრულების საგნის ადგილი - მიუთითებდა ტეხასის სამართლის გამოყენებისაკენ. სასამართლომ უპირატესობა არ მიანიჭა ხელშეკრულების ნამდვილად ცნობის ინტერესს და განმარტა, რომ წერილობითი ფორმა ხელს უწყობს სახელშეკრულებო ურთიერთობებში სიცხადის და განსაზღვრულობის დამკვიდრებას. ასევე, წერილობითი ფორმის მოთხოვნები იცავს სასამართლოთა ინტერესებსაც, ვინაიდან ამცირებს მათ შეცდომაში შეყვანის რისკს. აქედან გამომდინარე სასამართლომ გამოიყენა ტეხასის შტატის სამართალი.⁹³

არის ნამდვილი სხვა შტატის სამართლის მიხედვით, ძირითად არის კალიფორნიის რეზიდენტი ხელშეკრულების მხარეთა ლეგიტიმური მოლოდინების დაცვა იმ დროს, როცა ხელშეკრულება, თუკი არ ჩავთვლით ფორმალურ წინაპირობებს, იქნებოდა აღსრულებადი. *Bernkrant v. Fowler, cit., 55 Cal. 2d 588, 12 Cal. Rptr. 266, 360 P. 2d 906.*“]; *Kossick v. United Fruit Co., 365 U.S. 731, 741 (1961)* [„არ უნდა დაგვაზინყდეს, რომ ჩვენ განვიხილავთ ხელშეკრულებას და, შესაბამისად, ვაღიარებთ, რომელიც, სავარაუდოდ ნებაყოფლობით იქნა ნაკისრი; ჩვენ არ განვიხილავთ დელიქტურ ურთიერთობებს ან საჯარო რეგულაციებს, სადაც ვაღიარებთ ნარმოიშობა შტატის ან ფედერალური მთავრობის მიერ მიღებული კანონით. აღნიშნული ფაქტი, თავისთავად, ქმნის გარკვეულ პრეზუმფციას იმ სამართლის გამოსაყენებლად, რომელიც ნამდვილად ცნობს ხელშეკრულებას. *Pritchard v. Norton, 106 U.S. 124; Ehrenzweig, Contracts in the Conflict of Laws, Part One: Validity, 59 Col. L. Rev. 973.*“]; *Paulson v. Shapiro, 490 F.2d 1, 8 (7th Cir.1973)* [სასამართლომ უარი განაცხადა ადგილობრივი სამართლის ხელშეკრულების ფორმის მომწესრიგებელი ნორმების გამოყენებაზე, რომელიც ხელშეკრულებას ბათილად ცნობდა, ვინაიდან ეს წინააღმდეგობაში მოვიდოდა მხარეთა ლეგიტიმურ მოლოდინებთან]; *Samra v. Shaheen Bus. & Investment Group, Inc., 355 F.Supp.2d 483 (D.D.C.2005)* [იორდანელ მოპასუხესა (ოფერენტი) და ფლორიდის შტატის მოსარჩელეს შორის (აქცეპტანტი) სატელეფონო საუბრის მეშვეობით ზეპირად დადებული ხელშეკრულება მოწესრიგდა ფლორიდის შტატის სამართლით, ვინაიდან იორდანის სამართლის თანახმად 10 იორდანიულ დინარზე (დაახლოებით 14 აშშ დოლარი) მაღალი ფასის მქონე ხელშეკრულებები უნდა დადებულიყო წერილობით].

⁹² Restatement (Second) Conflict of Laws § 141, cmt. g (Am. Law Inst. 1971).

⁹³ *Gallagher v. Medical Research Consultants, LLP, 2004 WL 2223312 (E.D. Pa. Oct. 1, 2004).*

როგორც აღინიშნა, სასამართლო პრაქტიკაში სამართლის ზეპირი არჩევა იშვიათია, თუმცა არა გამორიცხული. მაგალითად, ერთ–ერთ შრომით დავაზე აშშ-ს მონტანას შტატის უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა გამოსაყენებელ სამართალზე ზეპირი შეთანხმება.⁹⁴ აღნიშნულ საქმეში მოპასუხემ (დამსაქმებელი), ფლორიდაში დაფუძნებულმა კომპანიამ, ოკლაჰომას ფილიალის მეშვეობით შრომითი ხელშეკრულება დადო მონტანას შტატის რეზიდენტ ფიზიკურ პირთან. შეთანხმება დაიდო სატელეფონო ზარის მეშვეობით და არ გაფორმებულა წერილობითი ფორმით. შეთანხმების მიღწევის დროისათვის დასაქმებული დროებით სამუშაოდ იმყოფებოდა მასაჩუსეტსში. სამუშაოს სპეციფიკიდან გამომდინარე დასაქმებულს უნევდა ყოფნა სხვადასხვა შტატში: ოკლაჰომაში, კალიფორნიასა და ინდიანაში. ინდიანაში მუშაობისას დასაქმებულს უთანხმოება მოუვიდა თავის უფროსთან, რის გამოც იგი გაათავისუფლეს სამსახურიდან. დასაქმებულმა სარჩელი შეიტანა მონტანას სასამართლოში. საქმეში სადავო იყო, რამდენად ვრცელდებოდა დასაქმებულზე მონტანას „სამსახურიდან უკანონოდ გათავისუფლების შესახებ კანონი.“ მონტანას უზენაესმა სასამართლომ აღნიშნული საკითხის გადასაწყვეტად გამოიყენა აშშ-ს საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაცია, ვინაიდან არსებული სასამართლო პრაქტიკა, სწორედ, ამას უჭერდა მხარს.⁹⁵ კერძოდ, სასამართლომ მიუთითა მეორე კოდიფიკაციის 187-ე სექციაზე, რომელიც გარკვეული შეზღუდვების პირობებში ხელშეკრულებას უქვემდებარებს მხარეთა მიერ არჩეულ სამართალს.⁹⁶ 187-ე სექციის მიხედვით კი სამართალზე შეთანხმება შეიძლება როგორც პირდაპირი, ისე არაპირდაპირი ფორმით. მონტანას უზენაესმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ მხარეებმა არაპირდაპირ აირჩიეს მონტანას სამართალი:

ბურჩეტი მიუთითებს, რომ 187-ე სექციის შესაბამისად მხარეებმა თავიანთი ხელშეკრულების მიმართ აირჩიეს მონტანას სამართალი. მიუხედავად იმისა, რომ მონტანას შტატის სამართლის გამოყენების თაობაზე პირდაპირ მითითებული არ ყოფილა შრომით ხელშეკრულებაში, მხარეები შეთანხმდნენ, რომ საშემოსავლო გადასახადის, უმუშევრობის დაზღვევის პრემიისა და ხელფასის გადახდა უნდა მომხდარიყო მონტანაში. ბურჩეტის მითითებით აღნიშნული ადასტურებს, რომ მხარეებმა მთლიანი ხელშეკრულება დაუქვემდებარეს მონტანას სამართალს. 187-ე სექციის კომენტარი განმარტავს, რომ როდესაც მხარეები ირჩევენ გამოსაყენებელი ქვეყნის სამართალს, როგორც წესი, ისინი ამის შესახებ პირდაპირ მიუთითებენ თავიანთ ხელშეკრულებაში. **Restatement (Second) Conflict of Laws § 187, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).** კომენტარში განვითარებული შემდგომი მსჯელობის მიხედვით „იმ შემთხვევაშიც კი, როცა ხელშეკრულება არ მიუთითებს რომელიმე ქვეყანაზე, განმხილველ სასამართლოს მაინც აქვს შესაძლებლობა ხელშეკრულების პირობების საფუძველზე დაადგინოს, რომ მხარეებს სურდათ კონკრეტული ქვეყნის სამართლის გამოყენება.“ **Restatement (Second) Conflict of Laws § 187, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).** აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით სასამართლო იზიარებს ბურჩეტის პოზიციას. საშემოსავლო გადასახადის, უმუშევრობის დაზღვევის პრემიისა და ხელფასის მონტანაში გადახდაზე დათანხმებით MasTec-მა გამოხატა საკუთარი განზრახვა მონტანას შტატის სამართლის გამოყენებასთან დაკავშირებით.⁹⁷

მსგავსი პოზიცია დააფიქსირა სხვა საქმეში აშშ-ს მე-5 ოლქის ფედერალურმა სააპელაციო სასამართლომაც. აღნიშნულ საქმეში მოსარჩელე ედგარ დეილი (მცხოვრები კალიფორნიაში) დასა-

⁹⁴ Burchett v. MasTec North America, Inc., 322 Mont. 93 (2004).

⁹⁵ Casarotto v. Lombardi, 268 Mont. 369 (1994); Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto, 515 U.S. 1129 (1995).

⁹⁶ M+W Zander, U.S. Operations, Inc. v. Scott Co., 78 P.3d 118 (Ore. Ct. App. 2003).

⁹⁷ Burchett v. Mastec N. Am., Inc., 322 Mont. 93, 98 (2004).

ქმეული იყო დელავერის შტატში რეგისტრირებულ კომპანიაში (Transitron Electronic Corp.), რომლის სათავე ოფისიც განთავსებული იყო მასაჩუსეტსში. აღნიშნულმა კომპანიამ მოიპოვა მექსიკაში საქმიანობის ლიცენზია და იქ დააფუძნა შვილობილი კომპანია (Transitron Mexicana, S.A.). მხარეთა შორის დაიდო ზეპირი შრომითი ხელშეკრულება, რომლის საფუძველზეც მოსარჩელე დასაქმდა მექსიკაში დაფუძნებულ კომპანიაში საინჟინრო დირექტორის თანამდებობაზე. დასაქმების დროისათვის მოსარჩელე იყო ტეხასის შტატის მცხოვრები. დაახლოებით ერთ წლიანი მუშაობის შემდეგ ედგარ დელი გათავისუფლებულ იქნა სამსახურიდან, რის შემდეგაც მან სარჩელით მიმართა ტეხასის სასამართლოს. ტეხასში მოქმედი წესის თანახმად ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენებოდა მისი შესრულების ან დადების ადგილის სამართალი, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მხარეებმა სხვა სამართალი აირჩიეს.⁹⁸ სასამართლომ, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით დაადგინა, რომ მხარეებმა აირჩიეს ტეხასის შტატის სამართალი:

მანამ, სანამ დავადგენდეთ თუ სად დაიდო ხელშეკრულება ან სად უნდა შესრულებულიყო იგი, სასამართლო იკვლევს მხარეთა განზრახვას. წინამდებარე საქმეში არ არსებობს მსჯელობის მეორე ეტაპზე გადასვლის საფუძველი, ვინაიდან აშკარაა მხარეთა კავშირი ტეხასთან და აშშ-სთან. მოსარჩელე არის აშშ-ს მოქალაქე, ხოლო მოპასუხე არის დელავერის კორპორაცია. მოსარჩელემ ხელშეკრულება დადო დელავერის კორპორაციასთან და არა მექსიკურ კომპანიასთან. იგი მიიჩნეოდა, როგორც დელავერის კორპორაციაში დასაქმებული პირი და მასზე ვრცელდებოდა ამერიკაში დასაქმებული პირის უფლებები და მოვალეობები. მოსარჩელე არ ყოფილა მიჩნეული მექსიკაში დასაქმებულ პირად. მექსიკაში განთავსებული ქარხანა, რომელშიც მოსარჩელე მუშაობდა, თუ არ ჩავთვლით ექვს ნომინალურ აქციას, სრულად ეკუთვნოდა დელავერში რეგისტრირებულ დედა კომპანიას. ყველა პირი, რომელთანაც მოსარჩელემ მოლაპარაკებები აწარმოვა იყო დედა კომპანიის ან აშშ-ში რეგისტრირებული შვილობილი კომპანიების თანამშრომელი, თუმცა, ზოგიერთი მათგანი, ასევე, იყო მექსიკური კომპანიის თანამშრომელიც. მეტიც, ხელშეკრულება ნაწილობრივ უნდა შესრულებულიყო ტეხასში. მეორე მნიშვნელოვანი გარემოება მხარეთა განზრახვის დასადგენად არის პრეზუმფცია, რომ ისინი მიზნად ისახავდნენ ნამდვილი ხელშეკრულების დადებას. მექსიკის ფედერალური შრომის კოდექსის მე-40 მუხლის თანახმად შრომითი ხელშეკრულების ვადა ლიმიტირებულია ერთ წელზე. წინამდებარე საქმეში, შრომითი ხელშეკრულება დაიდო სამი წლის ვადით და იგი შეესაბამებოდა ტეხასის შტატის სამართლის მოთხოვნებს. ასევე, ხანდაზმულობის ვადა მექსიკაში შრომითი ხელშეკრულების დარღვევიდან წარმოშობილი მოთხოვნების მიმართ არის ორი თვე, რა ვადაც მოსარჩელემ გაუშვა. დადგენილია, რომ აღნიშნული ვადა იყო მატერიალური და არა პროცესუალური.⁹⁹ ... სასამართლო განმარტავს, რომ მხარეთა განზრახვა იყო მათი ურთიერთობა დაქვემდებარებოდა ტეხასის შტატის სამართალს.¹⁰⁰

⁹⁸ Austin Bldg. Co. v. National Union Fire Ins. Co., 432 S.W.2d 697 (1968).

⁹⁹ სასამართლო ერთმანეთისგან განასხვავებს პროცედურულ ხანდაზმულობის ვადას და მატერიალურ ხანდაზმულობის ვადას. ტრადიციული მიდგომით ხანდაზმულობის ვადები ორგვარი შეიძლება იყოს: ზოგიერთი ვადა აფერხებს მოთხოვნის განხორციელებას (რა დროსაც იგი პროცედურულ ნორმად ითვლება), ზოგიერთი კი საერთოდ აქარწყლებს მას (statutes of repose - რა შემთხვევაშიც იგი მატერიალურ ნორმად ითვლება). მოთხოვნის გაქარწყლების ნორმების მაგალითია ორეგონის შტატში მოქმედი კანონი, რომლის მიხედვითაც „ამ მუხლის მეორე ნაწილში მოცემული შეზღუდვების გათვალისწინებით, წუნდებული პროდუქციისგან გამომდინარე სარჩელი ადამიანის ან ქონებისთვის მიყენებული ზიანისათვის სასამართლოს უნდა წარედგინოს ორი წლის განმავლობაში იმ დროიდან, როცა მოსარჩელე გაიგებს ან გონივრულობის ფარგლებში უნდა გაეგოს პერსონალური თუ ქონებისათვის მიყენებული ზიანის და ამ ზიანსა და წუნდებულ პროდუქციას ან მოპასუხის ქმედებას შორის არსებული კავშირის შესახებ.“ ORS § 30.905. Pippa Rogerson, Collier's Conflict of Laws (4th ed. 2013) 276; Thornton v. Cessna Aircraft Co., 886 F.2d 85, 88 (4th Cir. 1989) [„ხანდაზმულობის ვადები პროცედურული ხასიათისაა, ვინაიდან 'ისინი ემსახურება განმხილვე-

რომი I-ის რეგულაციაც, სამართლის მეორე კოდიფიკაციის მსგავსად ერთმანეთისგან მიჯნავს სამართლის არჩევის შეთანხმებას და ძირითად ხელშეკრულებას. ვინაიდან სამართლის არჩევის შეთანხმება დამოუკიდებელი გარიგებაა, მისი ფორმალური ნამდვილობის წინაპირობებიც არ არის დამოკიდებული ძირითად ხელშეკრულებაზე.¹⁰¹ რეგულაციაში ხელშეკრულების ფორმალურ ნამდვილობასთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანია 3(5) და მე-11 მუხლები. რეგულაციის 3(5) მუხლის თანახმად „სამართლის არჩევის მიმართ მხარეთა თანხმობის არსებობა და მისი ნამდვილობა უნდა დადგინდეს მე-10, მე-11 და მე-13 მუხლების მიხედვით.“ მე-11 მუხლი კი ეხება, უშუალოდ, ხელშეკრულების ფორმასთან დაკავშირებულ საკითხებს (სათაური „ფორმალური ნამდვილობა“). ზოგადად, ხელშეკრულების ფორმალური ნამდვილობის წინაპირობებს განსაზღვრავს რეგულაციის მე-11 მუხლი, მათ შორის, ეს შეიძლება შეეხოს სამართლის არჩევის შეთანხმებასაც.¹⁰²

ხელშეკრულების, მათ შორის სამართლის არჩევის შეთანხმების მიმართ რაიმე სპეციალური ფორმის მოთხოვნებს არ ანესებს არც რომი I-ის რეგულაცია. ტესტი არის ის, რომ მიუხედავად პირდაპირი მითითებისა, მხარეებს არჩეული უნდა ქონდეთ ერთი კონკრეტული სამართალი.¹⁰³ რომი I-ის რეგულაციის 3(1) და მე-11 მუხლები ერთობლიობაში უნდა იქნას წაკითხული. 3(1) მუხლი არ მოითხოვს, რომ სამართლის არჩევის შეთანხმება წერილობით გაფორმდეს. ამიტომ, თუკი მე-11 მუხლის თანახმად განსაზღვრული სამართალი ამგვარ მოთხოვნას ანესებს და ეწინააღმდეგება რომი I-ის რეგულაციის 3(1) მუხლს, იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ უპირატესობა უნდა მიენიჭოს რეგულაციის 3(1) მუხლს.¹⁰⁴ აღნიშნულს ორი ძირითადი დასაბუთება აქვს: მხარეთა ნების ავტონომიის ფარგლების გაფართოვება და ევროკავშირის სამართლის უპირატესობა.

VII.2 სამართლის პირდაპირი არჩევა

როგორც წესი, მხარეები ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებელ სამართალს პირდაპირ ირჩევენ. სამართლის პირდაპირი არჩევა შეიძლება მოხდეს ხელშეკრულებაში ერთ-ერთი პუნქტის/პირობის მითითებით, მასში სტანდარტული ფორმის ინკორპორაციით, ასევე, სამართლის არჩევის თაობაზე დამოუკიდებელი შეთანხმების დადებით.¹⁰⁵

სამართალზე პირდაპირი შეთანხმებისას, როგორც წესი, მხარეები მიუთითებენ მათთვის სასურველი სამართლის ქვეყანას. თუმცა, ისეც შეიძლება მოხდეს, რომ სამართლის არჩევისას მხარეებმა მითითება გააკეთონ არა კონკრეტულ ქვეყანაზე, არამედ რაიმე სხვა, გარე მოვლენაზე, რომელიც ცხადად ადასტურებს მათ მიერ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევას. მაგალითად, სამართლის არჩევისას შესაძლებელია მითითება გაკეთდეს ერთ-ერთი მხარის საქმიანობის ადგილზე ან გემის დროშაზე.¹⁰⁶

ლი ქვეყნის სამართლის კონკრეტულ მიზანს და ეხება მოთხოვნის აღსრულებას და არა უშუალოდ უფლებების შინაარსს.’ თუმცა, მოთხოვნის გაქარწყლების ნორმები [statutes of repose] მატერიალურ-სამართლებრივია, ვინაიდან ‘სარჩელის აღძვრა განპირობებულია მატერიალური უფლების არსებობით’.”].

¹⁰⁰ Dailey v. Transitron Electronic Corp., 475 F.2d 12, 14 (1973).

¹⁰¹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 83.

¹⁰² Rogerson P., Collier’s Conflict of Laws (2013) 303.

¹⁰³ Report Giuliano/Lagarde, O.J. 1980 No. C 282/1, 15-37.

¹⁰⁴ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 83.

¹⁰⁵ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 94; Blue Sky One Ltd v Mahan Air [2009] EWHC 3314; Burrows v Jamaica Private Power Co Ltd [2002] C.L.C. 255 [2002].

¹⁰⁶ Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d’Armement Maritime SA [1971] AC 572. იხ. ციტირება: Rogerson P., Collier’s Conflict of Laws (2013) 302.

თუკი მხარეთა შორის დადებულია ურთიერთდაკავშირებული რამდენიმე ხელშეკრულება, რომელთაგან ერთი მაინც შეიცავს სამართლის არჩევის პირობას, შესაძლოა, სადავო გახდეს რამდენად ვრცელდება ეს პირობა სხვა ხელშეკრულებებზეც. ზოგადად მიიჩნევა, რომ სამართლის არჩევა არ შეიძლება პირდაპირ გადმოტანილ იქნას სხვა ხელშეკრულებიდან, თუკი ამ ხელშეკრულებაზე გაკეთებული არ არის მითითება. მაგალითად, თუკი მხარეებმა დადეს სესხის და იპოთეკის ხელშეკრულება და სესხის ხელშეკრულება შეიცავს სამართლის არჩევის პირობას, არ მოხდება ამ პირობის ავტომატურად გავრცელება იპოთეკის ხელშეკრულებაზეც. ასეთ შემთხვევაში, შესაძლებელია, საუბარი იყოს სამართლის არაპირდაპირ არჩევაზე. მაგალითად, რომი I-ის რეგულაციის 3(1) მუხლის თანახმად „სამართლის არჩევა უნდა მოხდეს პირდაპირი დათქმის გზით ან ცხადად უნდა გამომდინარეობდეს ხელშეკრულების პირობებიდან ან საქმის გარემოებებიდან.“ დასახელებულ მაგალითში, თუკი განმხილველი სასამართლო სესხის ხელშეკრულებაში სამართლის არჩევის პირობის გათვალისწინებას საკმარის მტკიცებულებად მიიჩნევს, მაშინ სამართლის არჩევას გაავრცელებს, ასევე, იპოთეკის ხელშეკრულებაზეც. ხოლო, თუკი სასამართლო არ მიიჩნევს საკმარის მტკიცებულებად, მაშინ ჩაითვლება, რომ მხარეებს იპოთეკის ხელშეკრულების მიმართ სამართალი არ აურჩევიათ. ასეთ შემთხვევაში, შესაძლებელია, სასამართლომ სესხის ხელშეკრულებაში სამართლის არჩევა გამოიყენოს ერთ-ერთ ფაქტორად იპოთეკის ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრისას (მაგალითად, იმის დასადგენად, თუ რომელ ქვეყანასთან არის იპოთეკის ხელშეკრულება ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული).¹⁰⁷

თუკი ხელშეკრულებაში გაკეთებულია მითითება სხვა ხელშეკრულებაზე, რომელიც შეიცავს სამართლის არჩევის პირობას, სასამართლომ ხელშეკრულების კონკრეტული პირობის განმარტების გზით უნდა დაადგინოს რამდენად ნიშნავს ეს სამართლის პირდაპირ არჩევას.

ილუსტრაცია

1. მხარეთა შორის დაიდო სესხისა და იპოთეკის ხელშეკრულება. სესხის ხელშეკრულება შეიცავს სამართლის არჩევის პირობას. ხოლო, იპოთეკის ხელშეკრულება ითვალისწინებს მუხლს სახელწოდებით „გამოსაყენებელი სამართალი“, რომელშიც მითითებულია სიტყვები „სესხის ხელშეკრულების შესაბამისად.“ თუკი განმხილველი სასამართლო აღნიშნულ სიტყვებს საკმარისად მიიჩნევს, დაადგენს, რომ იპოთეკის ხელშეკრულებაში მოხდა სესხის ხელშეკრულების სამართლის არჩევის პირობის ინკორპორაცია.

2. იგივე ფაქტები, რაც პირველ ილუსტრაციაში, თუმცა იმ განსხვავებით, რომ იპოთეკის ხელშეკრულების მუხლის სათაური არის არა „გამოსაყენებელი სამართალი“, არამედ „გარდამავალი დებულებები.“ თუკი სასამართლო აღნიშნულ სიტყვებს საკმარისად არ მიიჩნევს, მაშინ დაადგენს, რომ იპოთეკის ხელშეკრულებაში არ მოხდა სესხის ხელშეკრულების სამართლის არჩევის პირობის ინკორპორაცია.¹⁰⁸

ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ სასამართლომ ხელშეკრულების ამგვარი პირობის განმარტებისათვის უნდა გამოიყენოს საკუთარი სამართალი და არა, მაგალითად, რომი I-ის რეგულაცია.¹⁰⁹ აღნიშნულ მოსაზრებას საფუძვლად უდევს ის არგუმენტი, რომ სასამართლომ არჩეული სამართლის განსაზღვრამდე უნდა დაადგინოს, რამდენად მოხდა ხელშეკრულებაში კონკრეტული პირობის (ამ შემთხვევაში, სამართლის არჩევის პირობის) ინკორპორაცია, რაც ფა-

¹⁰⁷ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 302.
¹⁰⁸ მაგალითად, ინგლისური სამართლის მიხედვით ზოგადი შინაარსის მითითება არ არის საკმარისი ხელშეკრულებაში გამოსაყენებელი სამართლის და განმხილველი სასამართლოს შეთანხმებების ინკორპორირებისათვის. Dornoch Ltd and others v Mauritius Union Assurance Company Ltd and another [2006] EWCA. იხ. ციტირება: Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 303.
¹⁰⁹ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 302-303.

ქტის საკითხია და ცალსახად არ გამომდინარეობს რომი I-ის რეგულაციიდან.¹¹⁰ თუმცა, არსებობს ალტერნატიული მოსაზრებაც: პირობის ინკორპორაციის დასადგენად სასამართლომ უნდა გამოიყენოს არა საკუთარი, არამედ მხარეთა მიერ „სავარაუდოდ“ არჩეული სამართალი.¹¹¹ ეს გადაწყვეტა ინგლისურმა სასამართლომ გამოიყენა საქმეზე **Kingspan Environmental Ltd v Borealis A/S**. აღნიშნულ საქმეში მხარეებს ერთმანეთთან აკავშირებდათ რამდენიმე წლიანი კომერციული ურთიერთობა და სასამართლომ დაადგინა, რომ ხელშეკრულება მოპასუხის სტანდარტულ პირობებს ექვემდებარებოდა. აღნიშნული სტანდარტული პირობები შეიცავდა სამართლის არჩევის პირობას და მითითებას აკეთებდა გამყიდველის ქვეყნის სამართალზე, რომელიც, ამ შემთხვევაში იყო დანიური სამართალი. სადავო იყო, თუ რამდენად მოხდა მხარეთა ხელშეკრულებაში მოპასუხის სტანდარტულ პირობებში მითითებული სამართლის არჩევის პირობის ინკორპორაცია. ინგლისური სამართლის თანახმად, ამგვარი პირობა ინკორპორირებულად ჩაითვლებოდა, ხოლო დანიური სამართლით სამართლის არჩევის პირობის ინკორპორაცია მოხდებოდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი მეორე მხარემ ეს იცოდა ან მას გონივრულად უნდა სცოდნოდა ამის შესახებ. ინგლისურმა სასამართლომ ინკორპორაციის საკითხი გადაწყვიტა დანიური, ანუ მხარეთა მიერ „სავარაუდოდ“ არჩეული და არა ადგილობრივი (ინგლისური) სამართლის მიხედვით.¹¹²

ეს მიდგომა იურიდიულ ლიტერატურაში გაკრიტიკებულია, ვინაიდან საშუალებას აძლევს მხარეს სამართლის არჩევა თავს მოახვიოს მეორე მხარეს. ამიტომ, ავტორთა ნაწილი მხარს უჭერს საქმეში **Iran Continental Shelf Oil Co. v IRI International Corp.** განვითარებულ პოზიციას. როდესაც საქმეში არ მოიპოვება საკმარისი მტკიცებულებები მხარეთა მიერ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის დასადგენად, სასამართლომ სხვაგვარად უნდა განსაზღვროს, თუ რომელი სამართლით მოწესრიგდება ხელშეკრულება. საქმეში **Iran Continental Shelf Oil Co. v IRI International Corp.** პრობლემა იყო ის, რომ ხელშეკრულების ორივე მხარემ თანხმობა საკუთარ პირობებზე განაცხადა: მოპასუხემ აირჩია აშშ-ს ტეხასის შტატის სამართალი, ხოლო მოსარჩელემ აირჩია ირანის სამართალი.¹¹³ განმხილველმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ ადგილი ქონდა დისენსუსს, რამდენადაც მხარეებმა ვერ მიაღწიეს შეთანხმებას გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ. ამიტომ, სასამართლომ გამოსაყენებელი სამართალი განსაზღვრა რომი I-ის რეგულაციის მე-4 მუხლის შესაბამისად - გამოსაყენებელი სამართალი, როდესაც მხარეებს იგი არ აურჩევიათ.

სასამართლოები უგულებელყოფენ სამართლის არჩევის ალოგიკურ პირობებს. მაგალითად, შარია სამართლის არჩევა არ ჩაითვლება ნამდვილად, რამდენადაც იგი არ წარმოადგენს კონკრეტული სამართლის სისტემას საერთაშორისო კერძო სამართლებრივი მიზნებისათვის.¹¹⁴ ბათილად იქნება ცნობილი ერთი და იმავე საკითხის მიმართ ორი სხვა და სხვა სამართლის არჩევა.¹¹⁵ თუმცა, თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართალი უშვებს ერთი ხელშეკრულების ფარგლებში

¹¹⁰ *The Heidberg* [1994] 2 Lloyd's LR 287 and *Dornoch Ltd and others v Mauritius Union Assurance Company Ltd and another* [2006] EWCA Civ 386, [2006] 1 CLC 714. იხ. ციტირება: *Rogerson P., Collier's Conflict of Laws* (2013) 302.

¹¹¹ „სავარაუდოდ“ არჩეულ სამართალში იგულისხმება მხარეთა მიერ მითითებული სამართალი. სასამართლო იურიდიული ფიქციის მეშვეობით ვარაუდობს, რომ სამართლის არჩევის შეთანხმება ნამდვილია, რათა ქონდეს აღნიშნული სამართლით ინკორპორაციის საკითხის გადაწყვეტის შესაძლებლობა. სწორედ ამიტომ, სამართლის არჩევა არის „სავარაუდო“, ვინაიდან, შესაძლოა, აღმოჩნდეს, რომ „არჩეული“ სამართლის შესაბამისად სამართლის არჩევის პირობის ინკორპორაცია არ განხორციელებულა.

¹¹² *Kingspan Environmental Ltd v Borealis A/S*, [2012] EWHC 1147 (Comm). იხ. ციტირება: *Rogerson P., Collier's Conflict of Laws* (2013) 303.

¹¹³ *Iran Continental Shelf Oil Co. v IRI International Corp.*, [2002] EWCA Civ 1024, [2004] 2 CLC 696. იხ. ციტირება: *Rogerson P., Collier's Conflict of Laws* (2013) 304.

¹¹⁴ *Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain* [2004] EWCA Civ 19, [2004] 1 WLR 1784. იხ. ციტირება: *Rogerson P., Collier's Conflict of Laws* (2013) 304.

¹¹⁵ *Centrax v Citibank NA* [1999] 1 All ER (Comm) 557 (CA) at 562 and 569. *Rogerson P., Collier's Conflict of Laws* (2013) 304.

ბში სხვა და სხვა საკითხების განსხვავებული სამართლით მოწესრიგებას.¹¹⁶ საერთო სამართალი სკეპტიკურად უყურებს სამართლის არჩევის ე.წ. „მოდრავ პირობებსაც.“ როგორც წესი, მხარეები სამართლის არჩევისას მითითებას აკეთებენ ერთ კონკრეტულ ქვეყანაზე, თუმცა, საერთაშორისო კომერციულ პრაქტიკაში არის შემთხვევები, როცა სამართლის არჩევა ერთმნიშვნელოვნად არ არის დადგენილი და დამოკიდებულია სამომავლო მოვლენაზე.¹¹⁷ როგორც წესი, ამგვარ დათქმებში სამართლის არჩევა ხდება ხელშეკრულების დადების შემდგომ რომელიმე მხარის ან მესამე პირის მიერ, შესაძლოა წინასწარ დადგენილი გარკვეული სიის მიხედვით.¹¹⁸ საერთო სამართლის სასამართლოები ამგვარ პირობებს სკეპტიკურად უყურებდნენ და ბათილად ცნობდნენ.¹¹⁹ ძირითადი არგუმენტი ამგვარი პირობების საწინააღმდეგოდ იყო ის, რომ გაურკვეველი რჩება, რა სამართალი გამოიყენება ხელშეკრულების მიმართ მისი დადების დროისათვის.¹²⁰ თუმცა, აღნიშნულ მიდგომას არ იზიარებს რომი I-ის რეგულაცია, რომელიც 3(2) მუხლით უშვებს გამოსაყენებელი სამართლის რეტროაქტიულად ცვლილების შესაძლებლობას. ხოლო, გამოსაყენებელი სამართლის დადგენამდე ხელშეკრულება რეგულირდება *lex causae*-თი.¹²¹ თუმცა, დასაშვებია ერთხელ არჩეული სამართლის შეცვლა.

როდესაც ხელშეკრულებაში მხარეები პირდაპირ ირჩევენ გამოსაყენებელ სამართალს, როგორც წესი, პრობლემები ნაკლებად იქმნება. თუმცა, თუკი ხელშეკრულებაში სამართლის არჩევის პირობა ბუნდოვანია, შეიძლება წარმოიშვას საკითხი თუ რომელი სამართლის მიხედვით უნდა განიმარტოს ბუნდოვანება. ავტორთა ნაწილი მხარს უჭერს განმხილველი სასამართლოს ადგილობრივი სამართლის (*lex fori*) გამოყენებას, ხოლო ნაწილი მიიჩნევს, რომ ასეთ დროს რელევანტურია სამართლის არჩევის არარსებობისას გამოსაყენებელი სამართალი (*lex causae*). თუმცა, მაგალითად, რომი I-ის რეგულაციის მიზნებისათვის სამართლის არჩევის პირობას უნდა მიეცეს

¹¹⁶ Rogerson P., *Collier's Conflict of Laws* (2013) 304.

¹¹⁷ სამართლის არჩევის ასეთ სახელშეკრულებო პირობებს ინგლისურ ენაში ეწოდება „floating choice of law clauses.“ ამგვარი პირობის მაგალითად შეიძლება დასახელდეს შემდეგი ტექსტი: „მხარეთა შორის დადებული ხელშეკრულება ექვემდებარება აშშ-ს ნიუ იორკის შტატის სამართალს, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა რომელიმე მხარე სარჩელს წარადგენს ინგლისის სასამართლოში, რა შემთხვევაშიც ხელშეკრულება ექვემდებარება ინგლისურ სამართალს.“ ერთ-ერთ საქმეში სინგაპურის უზენაესმა სასამართლომ ამგვარ პირობად მიიჩნია და ბათილად ცნო ხელშეკრულების შემდეგი ჩანაწერი: „წინამდებარე ხელშეკრულება რეგულირდება სინგაპურის ან ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის სამართლით და მისი თითოეული მხარე თანხმდება სინგაპურის ან ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკის სასამართლოთა არაექსკლუზიურ იურისდიქციაზე.“ *Shanghai Turbo Enterprises Ltd v Liu Ming* [2018] SGHC 172.

¹¹⁸ Ferrari F., *Rome I Regulation* (2015) 92.

¹¹⁹ Ferrari F., *Rome I Regulation* (2015) 92; *Whitworth Street Estates v James Miller* [1970] AC 583; *Star Shipping AS v China National Foreign Trade Transportation Co.* [1993] 2 Lloyds Rep 445; *Dubai Electricity Co v Islamic Republic of Iran Shipping Lines* [1984] 2 Lloyd's Rep 380; *Armar Shipping Co. Ltd. v Caisse Algérienne d'Assurance et de Reassurance* [1981] 1 WLR. 207; *Imperial Life Assurance Co of Canada v Colmenares* (1967) 62 DLR (2d) 138.

¹²⁰ Ferrari F., *Rome I Regulation* (2015) 93.

¹²¹ Ferrari F., *Rome I Regulation* (2015) 93; Nygh P., *Autonomy in International Contracts* (1999) 99 [„სამართლის სხვა სისტემებში ამგვარი აკრძალვები ნაკლებად გვხვდება. შვეიცარიის საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონის 116.3 მუხლი უშვებს სამართლის არჩევას „ნებისმიერ დროს“ (*en tout temps*). ... სამართლის ცვალებადი არჩევა პრობლემას არ წარმოადგენს გერმანული ან ნიდერლანდური სამართლის მიხედვით. საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტის ბაზელის რეზოლუციის 6.1 მუხლის თანახმად მხარეებს უფლება აქვთ ხელშეკრულების დადების შემდგომ შეათანხმონ გამოსაყენებელი სამართალი. რომის კონვენცია ამ საკითხთან დაკავშირებით დუმს. კონვენციის 3.2 მუხლი მხარეებს უფლებას აძლევს ნებისმიერ დროს შეცვალონ თავიანთი არჩევანი. არის თუ არა ეს სამართლის ცვალებადი არჩევის უფლება არ არის ნათელი, თუმცა არარსებობს საფუძველი ერთმანეთისგან განვასხვავოთ მხარეთა ახალი შეთანხმება გამოსაყენებელი სამართლის შეცვლის თაობაზე, არჩეული თუ ობიექტურად გამოსაყენებელი, რეტროსპექტიული ეფექტით, როგორც ამას უშვებს 3.2 მუხლი, და ხელშეკრულების დადებისას მხარისათვის ოფციის მინიჭება, რომელიც მას უფლებას აძლევს მოგვიანებით შეცვალოს ობიექტურად გამოსაყენებელი სამართალი რეტროსპექტიულად.“].

ავტონომიური, შიდასამართლებრივი ნორმებით გათვალისწინებული შეზღუდვებისაგან დამოუკიდებელი მნიშვნელობა.¹²²

VII.3 სამართლის არაპირდაპირი არჩევა

თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართალი დასაშვებად მიიჩნევს მხარეთა მიერ გამოსაყენებელი სამართლის არაპირდაპირ არჩევას. ეს ეხება, როგორც ამერიკულ, ისე ევროკავშირის საერთაშორისო კერძო სამართალს და მის ფარგლებს გარეთ მოქმედ შიდა კოდიფიკაციებსა¹²³ და საერთაშორისო კონვენციებს.¹²⁴

არაპირდაპირ არჩევაში იგულისხმება ის, რომ სახეზე არ არის სამართლის პირდაპირი არჩევა, თუმცა იგი ხელშეკრულებიდან თუ ტრანზაქციასთან დაკავშირებული სხვა გარემოებებიდან, მაგალითად, მხარეთა მოქმედებებიდან გამომდინარეობს. რომი I-ის რეგულაციის 3(1) მუხლის თანახმად „სამართლის არჩევა უნდა იყოს პირდაპირი ან იგი ცხადად უნდა დგინდებოდეს ხელშეკრულების პირობებიდან ან საქმის გარემოებებიდან.“ ვინაიდან დაშვებულია სამართლის არჩევა გამომდინარეობდეს საქმის გარემოებებიდან, ეს იმას ნიშნავს, რომ სამართლის არჩევისათვის რაიმე ფორმა გათვალისწინებული არ არის.¹²⁵

სამართლის არაპირდაპირ არჩევის დასადგენად გამოიყენება ობიექტური ტესტი: მხარეს არ ევალუება დაადასტუროს სუბიექტური განზრახვა, თუმცა მან სასამართლო უნდა დაარწმუნოს, რომ ობიექტური გარემოებებიდან მხოლოდ იმ დასკვნის გამოტანაა შესაძლებელი, რომ მხარეები შეთანხმდნენ კონკრეტული ქვეყნის სამართლის გამოყენებაზე.¹²⁶ თუკი საქმის ფაქტობრივი გარემოებები სანინაალმდეგო მიმართულებით მიუთითებენ, სამართალზე შეთანხმება არ არსებობს.¹²⁷ საქმის ფაქტობრივი გარემოებები საკმარისი სიცხადით ადასტურებენ თუ არა სამართალზე არაპირდაპირ შეთანხმებას, უნდა შეაფასოს განმხილველმა სასამართლომ.

სამართალზე არაპირდაპირი შეთანხმების მაგალითად ამერიკული საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაციის 187-ე მუხლის ოფიციალური კომენტარი მიუთითებს ისეთ იურიდიულ დოქტრინაზე, რომელიც კონკრეტულად ერთ სამართლებრივ სისტემას უკავშირდება:¹²⁸

¹²² Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 95.

¹²³ ალბანეთი (მუხლი 45.2); არგენტინა (მუხლი 2651); ბელორუსია (მუხლი 1124.2); მაკედონია (მუხლი 21.2); ყაზახეთი (მუხლი 112.2); სამხრეთ კორეა (მუხლი 25.1); ლიხტენშტეინი (მუხლი 39.1); მადაგასკარი (33); მოლდოვა (მუხლი 1611); ყატარი (მუხლი 27); რუსეთი (მუხლი 1210.2); სერბეთი (მუხლი 136.2); შვეიცარია (მუხლი 116.2); ტაივანი (მუხლი 20.1); ტაჯიკეთი (მუხლი 1218.2); თურქეთი (მუხლი 24.1); არაბეთის გაერთიანებული საემიროები (მუხლი 19.1); უკრაინა (მუხლი 5.2); იემენი (მუხლი 30). Symeonides S., Choice of Law (2016) 383.

¹²⁴ „საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობის ხელშეკრულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ“ 22/12/1986 წლის ჰააგის კონვენციის 7(1) მუხლის თანახმად „ნასყიდობის ხელშეკრულება რეგულირდება მხარეთა მიერ არჩეული სამართალით. მხარეთა შეთანხმება სამართლის არჩევის თაობაზე უნდა იყოს პირდაპირ დაფიქსირებული ან ცხადად დგინდებოდეს ხელშეკრულების პირობებიდან ან მხარეთა მოქმედებებიდან, მათი ერთობლიობაში შეფასებით. სამართლის არჩევა შეიძლება ეხებოდეს ხელშეკრულების მხოლოდ ნაწილს.“

¹²⁵ Symeonides S., Choice of Law (2016) 383.

¹²⁶ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 97; Lawlor v Sandvik Mining and Construction Mobile Crushers and Screens Ltd. [2013] EWCA Civ 365.

¹²⁷ Dornoch Ltd and others v Mauritius Union Assurance Company Ltd and another [2006] EWCA Civ 386, [2006] 1 CLC 714. იხ. ციტირება: Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 305.

¹²⁸ Restatement (Second) Conflict of Laws § 187, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).

a. სექციის მიზანი. ამ სექციაში დადგენილი წესი გამოიყენება მხოლოდ მაშინ, როცა განმხილველი სასამართლო დარწმუნდება, რომ მხარეებმა აირჩიეს გამოსაყენებელი სამართალი. როდესაც მხარეებმა ამგვარი არჩევანი გააკეთეს, როგორც წესი, ისინი არჩეული სამართლის ქვეყანაზე პირდაპირ მითითებას გააკეთებენ ხელშეკრულებაში და ეს არის საუკეთესო საშუალება მათი განზრახვის სისრულეში მოსაყვანად. თუმცა, მაშინაც კი, როცა ხელშეკრულება მითითებას არ აკეთებს კონკრეტულ ქვეყანაზე, განმხილველმა სასამართლომ შეიძლება ხელშეკრულების პირობებიდან დაადგინოს, რომ მხარეებს სურდათ კონკრეტული ქვეყნის სამართლის არჩევა. მაგალითად, ფაქტი, რომ ხელშეკრულება შეიცავს იურიდიულ ტერმინს, ან მითითებას აკეთებს კონკრეტულ სამართლის თეორიაზე, რომლებიც სპეციფიკურად დამახასიათებელია რომელიმე ქვეყნის ადგილობრივი სამართლისათვის, შესაძლოა, დამაჯერებელი მტკიცებულება აღმოჩნდეს იმის დასადგენად, რომ მხარეებს სურდათ ამ სამართლის გამოყენება.¹²⁹

სამართლის არაპირდაპირი არჩევა შეიძლება გამომდინარეობდეს არა მხოლოდ მხარეთა მიერ კონკრეტული სამართლის ნორმის ან ინსტიტუტის მითითებიდან, არამედ ისეთ შემთხვევაშიც, როცა ხდება მითითება კონკრეტულ სამართალზე (მაგ. ფრანგულ სამოქალაქო კოდექსზე).¹³⁰ თუმცა სასამართლომ ერთმანეთისგან უნდა განასხვავოს სამართლის არაპირდაპირი არჩევა და მითითებული სამართლის ნორმის ხელშეკრულებაში ინკორპორაცია.¹³¹

ილუსტრაცია:
 A ცხოვრობს ქვეყანა X-ში, ხოლო B ცხოვრობს ქვეყანა Y-ში. მათ ხელშეკრულება დადეს ქვეყანა X-ში, თუმცა იგი უნდა შესრულდეს ქვეყანა Y-ში. ხელშეკრულებაში მითითებულია, რომ „მხარეები უარს აცხადებენ რესტიტუციის უფლებაზე სახელშეკრულებო ფასსა და საბაზრო ფასს შორის სხვაობის არსებობისას.“ აღნიშნული უფლება უცხოა ქვეყანა X-ის სამართლისათვის. თუმცა, იგი არსებობს ქვეყანა Y-ს სამართალში, რის გამოც მხარეები უარს აცხადებენ რესტიტუციის უფლებაზე. ამ ფაქტებზე დაყრდნობით სასამართლოს შეუძლია დაადგინოს, რომ მხარეებს სურდათ ქვეყანა Y-ს სამართლის არჩევა.¹³²

რომი I-ის რეგულაცია მხარეთა მიერ განმხილველი სასამართლოს არჩევას მოიაზრებს ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ფაქტორად, რომელიც მოსამართლემ მხედველობაში უნდა მიიღოს იმის გასარკვევად, მხარეთა შეთანხმებიდან ცხადად დგინდება თუ არა გამოსაყენებელ სამართალზე შეთანხმება.¹³³ ამით რომი I-ის რეგულაცია განსხვავდება რომის კონვენციისაგან.¹³⁴ აღსანიშნავია ის

¹²⁹ Restatement (Second) Conflict of Laws § 187, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).
¹³⁰ Rogerson P., Collier’s Conflict of Laws (2013) 305.
¹³¹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 101.
¹³² Restatement (Second) Conflict of Laws § 187, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).
¹³³ ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში იყო შემთხვევა, როდესაც თბილისის საქალაქო სასამართლომ საერთაშორისო სავაჭრო პალატის (ICC) სტანდარტული საარბიტრაჟო დათქმა ბათილად ცნო. აღნიშნული საქმე საინტერესოა, იმიტომ, რომ მასში სასამართლო მსჯელობს საარბიტრაჟო შეთანხმების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ, კერძოდ კი იმაზე, თუ რამდენად ნიშნავს ძირითად ხელშეკრულებაში სამართლის არჩევა იმავე სამართლის გავრცელებას საარბიტრაჟო დათქმაზეც: „მოცემულ შემთხვევაში, მხარეთა შორის 2015 წლის 18 ივლისს გაფორმებული ხელშეკრულების (ქვეკონტრაქტი), განსაკუთრებულ პირობების მე-3 მუხლში მოცემულია შესაბამისი მითითება გამოსაყენებელი მატერიალურ-პროცესუალური სამართლის შესახებ. ხელშეკრულების განსაკუთრებული პირობების მე-3 მუხლში აღნიშნულია, რომ „მარეგულირებელი კანონმდებლობა არის ინგლისისა და უელსის კანონმდებლობა.“ სასამართლო მიიჩნევს, რომ ძირითადი ხელშეკრულების მიმართ მოქმედი სამართლის განსაზღვრა თავისთავად არ გულისხმობს, რომ მხარეებმა იგივე არჩევანი გააკეთეს საარბიტრაჟო შეთანხმების მიმართ გამოსაყენებელ სამართალზე. საარბიტრაჟო შეთანხმების ავტონომიურობის პრინციპიდან გამომდინარე ძირითადი ხელშე-

გარემოება, რომ რომი I-ის რეგულაციის თავდაპირველი ვარიანტის 3(1) მუხლი სასამართლოს არჩევის შემთხვევაში ითვალისწინებდა პრეზუმფციას ამავე სამართლის არჩევის სასარგებლოდ: „თუკი მხარეები შეთანხმდნენ, რომ კავშირის წევრი ქვეყნის ერთ ან რამდენიმე სასამართლოს ან ტრიბუნალს მიანიჭონ იმ დავების განხილვის იურისდიქცია, რომლებიც წარმოიშვა ან სამომავლოდ შესაძლოა წარმოიშვას ხელშეკრულებიდან, მოქმედებს პრეზუმფცია, რომ მათ, ასევე, აირჩიეს აღნიშნული კავშირის წევრი ქვეყნის სამართალი.“ რეგულაციის თავდაპირველი ვარიანტის დასაბუთებაში ევროკომისია მიუთითებდა, რომ პრეზუმფციის არსებობა მიზნად ისახავს განმარტოს მხარეთა მიერ სასამართლოს არჩევის შედეგები, რაც ხელს შეუწყობს სამართლის განჭვრეტადობის მიღწევას.¹³⁵

აღნიშნულმა ტექსტმა გამოიწვია წევრი სახელმწიფოების კრიტიკა,¹³⁶ რის შედეგადაც რომი I-ის რეგულაციის მე-3 მუხლიდან პრეზუმფცია გაქრა, თუმცა, ამის ნაცვლად, რეგულაციის შესავალი ნაწილის მე-12 პუნქტში მიეთითა, რომ „მხარეთა შეთანხმება, რომ კავშირის წევრი ქვეყნის ერთ ან რამდენიმე სასამართლოს ან ტრიბუნალს მიანიჭონ იმ დავების განხილვის იურისდიქცია, რომლებიც წარმოიშვა ან სამომავლოდ შესაძლოა წარმოიშვას ხელშეკრულებიდან, უნდა იყოს ერთ-ერთი ფაქტორი, რომელიც მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული იმის დასადგენად, დგინდება თუ არა ცხადად სამართლის არჩევა.“ მიუხედავად რეგულაციის თავდაპირველი ვარიანტის ცვლილებისა, მხარეთა მიერ განმხილველ სასამართლოზე შეთანხმება დღემდე ინარჩუნებს თა-

კრულება და საარბიტრაჟო შეთანხმება ორ განცალკევებულ შეთანხმებას წარმოადგენს. ამასთან, საარბიტრაჟო შეთანხმება თავისი ბუნებით პროცესუალური შეთანხმებაა მაშინ, როდესაც ძირითადი ხელშეკრულების საგანი მხარეთა არსებითი, ვალდებულებითი უფლებამოვალეობების მოწესრიგებაა. სინგაპურის უმაღლესმა სასამართლომ, რომლის კანონმდებლობაც საქართველოს მსგავსად მოდელურ კანონზეა დაფუძნებული, საქმეში *First Link Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others* აღნიშნა: „მენარმე მხარეებს შესაძლოა ყოველთვის არ სურდეთ, რომ ურთიერთობა, რომელიც გამომდინარეობს ძირითადი ხელშეკრულებიდან, და ცალკე, დავასთან დაკავშირებული განსხვავებული სამართლებრივი ურთიერთობა, ერთი სამართლებრივი სისტემით რეგულირდებოდეს. როდესაც კომერციული ურთიერთობა წყდება და წარმოიშვება დავა, მხარეები აღმოჩნდებიან დავის მოგვარების ეტაპზე; წინ წამოიწვეს დავის განხილვის ნეიტრალურობის სურვილი, ხოლო სამართალი, რომელიც მხარეებმა ძირითადი ხელშეკრულების მიმართ აირჩიეს, დროებით უკან იწვეს (დავის არსებით განხილვამდე); უპირატესობა ენიჭება იმ ნეიტრალურ სამართალს, რომელიც მხარეებმა აირჩიეს პროცედურის დასარეგულირებლად.“ (სინგაპურის უმაღლესი სასამართლოს 2014 წლის 19 ივნისის გადაწყვეტილება საქმეზე *FirstLink Investments Corp Ltd. v GT Payment Pte Ltd. and others*, SGHCR 12, §§14- 15.) განსახილველ შემთხვევაში მხარეთა შორის საარბიტრაჟო შეთანხმების მიმართ გამოსაყენებელ სამართალზე შეთანხმება არ ყოფილა და მხარეებს არც საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი განუსაზღვრავთ ხელშეკრულებით. შესაბამისად სასამართლო მიიჩნევს, რომ საარბიტრაჟო შეთანხმების მიმართ გამოყენებული უნდა იქნეს საქართველოს კანონმდებლობა. აღნიშნული კუთხით, ასევე, მნიშვნელოვანია ინგლისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, *Sulamerica v Enesa Engenharia* საქმეში, სადაც მიიჩნია, რომ ძირითადი ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებელ სამართალზე შეთანხმება, ძლიერი ინდიკატორია იმისა, რომ მხარეებს სურდათ საარბიტრაჟო შეთანხმებაზე იმავე სამართლის გავრცელება, რომელიც ძირითადი ხელშეკრულების მიმართ გამოიყენება და ეს პრეზუმფცია მხოლოდ საწინააღმდეგო ფაქტორების არსებობისას შეიძლება გაქრეს. აღნიშნულ საქმეში სასამართლომ მიიჩნია, რომ ასეთი (საწინააღმდეგო) ფაქტორი სახეზე იყო. კერძოდ, ძირითადი ხელშეკრულების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის (ბრაზილია) საფუძველზე, საარბიტრაჟო შეთანხმება მიიჩნეოდა ბათილად. ინგლისის სასამართლომ მიიჩნია, რომ აღნიშნული ფაქტორი გამორიცხავდა მხარეთა ნებას, საარბიტრაჟო შეთანხმება დაექვემდებარებინათ იმ სამართლისათვის, რომლითაც მხარეებისთვის იმთავითვე იყო ნათელი, რომ არსებობდა მისი ბათილობის რისკი. აქედან გამომდინარე სასამართლომ, საარბიტრაჟო შეთანხმების ნამდვილობაზე, გამონაკლისის სახით გაავრცელა საარბიტრაჟო ადგილის - ინგლისის სამართალი. (ინგლისისა და უელსის სააპელაციო სასამართლოს 2012 წლის 16 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე *Sulamérica CIA. Nacional De Seguros S.A. and Anors v Enesa Engenharia S.A. – ENESA and Anors*, EWCA Civ 638.)“ [თბილისის საქალაქო სასამართლოს განჩინება №2/10472-18, 13/06/2018, გვ. 16-17].

¹³⁴ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 78.

¹³⁵ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), COM(2005) 650 final, (15.12.2005) 5.

¹³⁶ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 98.

ვის მნიშვნელობას,¹³⁷ თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ მიუხედავად რომი I-ის რეგულაციის უნივერსალური ხასიათისა,¹³⁸ მისი შესავალი ნაწილის მე-12 პუნქტი მითითებას აკეთებს, მხოლოდ, კავშირის წევრი ქვეყნის სასამართლოზე.

რომის კონვენციის ძალაში შესვლამდეც სასამართლოები ვარაუდობდნენ, რომ განმხილველ სასამართლოზე შეთანხმება ავტომატურად მიუთითებდა ამავე ქვეყნის სამართალზე შეთანხმებაზე.¹³⁹ სასამართლოს არჩევის შემთხვევაში მოქმედებდა ზოგადი პრეზუმფცია, რომ მხარეებმა ხელშეკრულება იმავე სამართალს დაუქვემდებარეს.¹⁴⁰ შესაძლოა, ამგვარად მიჩნეულ იქნას საარბიტრაჟო ინსტიტუტზე მითითებაც, თუკი ასევე მითითებულია, რომ არბიტრმა უნდა გამოიყენოს ადგილობრივი წესები.¹⁴¹

სამართლის არჩევა ნავარაუდები იქნება მაშინაც, როცა ხელშეკრულება წარმოადგენს სტანდარტულ ფორმას, რომელიც ინდუსტრიაში დამკვიდრებული ტრადიციის მიხედვით, კონკრეტულ სამართალს ექვემდებარება (მაგ. ინგლისური Lloyd's of London¹⁴² ან გერმანული სამშენებლო ხელშეკრულების წესები VOB/B).¹⁴³ შესაძლოა, სასამართლომ მხედველობაში მიიღოს, ასევე, მხარეთა ურთიერთობის ისტორია: თუკი ტრადიციულად მხარეები ერთ სამართალს ირჩევდნენ, ახალ ხელშეკრულებაში მისი გაუთვალისწინებლობის შემთხვევაში სასამართლომ, შესაძლოა, იგივე სამართალი ჩათვალოს არჩეულად,¹⁴⁴ თუკი ეს გამორჩენა შეგნებულად არ განხორციელდა, რაც მხარეთა სანინააღმდეგო ნებაზე მიუთითებს.¹⁴⁵ ამ დროს უნდა შეფასდეს დავის ყველა ფაქტობრივი გარემოება.¹⁴⁶ მაგალითად, ერთ საქმეში მხარემ წაშალა საგარანტიო ხელშეკრულებაში სამართალზე მითითების ნორმა, რის გამოც ჩაითვალა, რომ მათ სამართალი არ შეუთანხმებიათ.¹⁴⁷ აღნიშნული გარემოების არარსებობის პირობებში, შესაძლოა, სამართალი არჩეულად მიჩნეულიყო.¹⁴⁸

¹³⁷ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 79.

¹³⁸ რეგულაციის უნივერსალურ ხასიათში იგულისხმება ის, რომ წევრი ქვეყნის სასამართლო მას იყენებს მიუხედავად იმისა, თუ სად დაიდო ხელშეკრულება და რომელ ქვეყანას ეკუთვნის მისი დამდები მხარეები; რეგულაცია არ არის ლიმიტირებული, მხოლოდ, ევროკავშირში მცხოვრებ პირებზე, ასევე, რეგულაცია გამოიყენება მაშინაც, როცა გამოსაყენებელი სამართალი არის კავშირის წევრი და არაწევრი ქვეყნის სამართალი. Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 293. რომი I-ის რეგულაციის უნივერსალური ხასიათი დგინდება მისი მე-2 მუხლიდან: „მუხლი 2. უნივერსალური გამოყენება. ამ რეგულაციით განსაზღვრული ნებისმიერი სამართალი გამოიყენება მიუხედავად იმისა, არის თუ არა იგი კავშირის წევრი ქვეყნის სამართალი.“

¹³⁹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 98.

¹⁴⁰ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 305.

¹⁴¹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 100; Maxwell Shapiro Woolen Co. v. Amerottron Corp., 158 N.E.2d 875 (1959) [ხელშეკრულებაში გათვალისწინებული საარბიტრაჟო დათქმა ადგენს, რომ საარბიტრაჟო განხილვა უნდა გაიმართოს ნიუ იორკში „ნიუ იორკის სამართლის მიხედვით.“ აღნიშნულ დათქმას არ უნდა მიეცეს ვინრო განმარტება. ხელშეკრულების ეს პირობა არის საკმარისად ფართე იმისათვის, რათა დადგინდეს შეთანხმება ხელშეკრულების მიმართ ნიუ იორკის სამართლის (ხელშეკრულების ერთ-ერთი მხარის რეგისტრაციის ადგილი) გამოყენებაზე.].

¹⁴² Gan Insurance Co Ltd v Tai Ping Insurance Co Ltd [1999] C.L.C.1270; Gard Marine and Energy Ltd v Tunnicliffe [2011] Bus. L.R. 839; Stonebridge Underwriting Ltd v Ontario Municipal Insurance Exchange [2010] 2 C.L.C. 349; Aegis Electrical and Gas International Services Co Ltd v Continental Casualty Co [2007] EWCA 1391; Dornoch Ltd v Mauritius Union Assurance Co Ltd [2006] [2006] EWCA Civ 389; Oldendorff v Libera Corp. [1996] 1 Lloyd's LR 380 (QBD).

¹⁴³ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 101.

¹⁴⁴ Marubeni Hong Kong and South China Ltd [2002] 2 All ER (Comm) 873.

¹⁴⁵ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 102.

¹⁴⁶ American Motorists Insurance Co. v Cellstar Corp. [2003] EWCA Civ 206, [2003] ILPr. 22.

¹⁴⁷ Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd [2001] EWCA Civ 2019, [2002] CLC 533.

¹⁴⁸ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 305.

სამართლის არჩევის ვარაუდი დასაშვებია დაკავშირებულ ხელშეკრულებაში, როცა ძირითადი ხელშეკრულება შეიცავს ამგვარ დათქმას. ეს ეხება როგორც იგივე,¹⁴⁹ ისე სხვა და სხვა მხარეებს.¹⁵⁰ ამგვარი შეთანხმება შეიძლება იყოს გარანტიის ხელშეკრულება,¹⁵¹ კომისიის ხელშეკრულება¹⁵² და გადაზღვევის ხელშეკრულება.¹⁵³ ერთ-ერთ საქმეში სასამართლომ დაადგინა, რომ სამშენებლო და მასთან დაკავშირებული არქიტექტორთან დადებული ხელშეკრულებები ერთი და იმავე სამართალს ექვემდებარება.¹⁵⁴ მნიშვნელოვანი გარემოებებია ხელშეკრულების დადების და შესრულების ადგილი, ხელშეკრულების ენა, გადახდის ვალუტა, თუმცა ისინი არ არის გადამწყვეტი მნიშვნელობის და სასამართლომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უნდა შეაფასოს, თუ რა წონას მიანიჭებს ამ გარემოებებს.¹⁵⁵ ამისგან განსხვავებით, რომი I-ის რეგულაციის მე-4 მუხლში ჩამოთვლილ გარემოებებზე მითითება, რომელთა საფუძველზეც დგინდება მჭიდრო კავშირის არსებობა, არ წარმოადგენს სამართლის არჩევის პრეზუმფციის საფუძველს: მაგალითად, მხარეთა საცხოვრებელი ადგილი ან მათი მოქალაქეობა.¹⁵⁶

VII.4 სამართლის არაპირდაპირი არჩევა და სამართლის არჩევის ვარაუდი

ერთმანეთისგან უნდა გაიმიჯნოს სამართლის არაპირდაპირი არჩევა და სამართლის არჩევის ვარაუდი. სამართლის არაპირდაპირი არჩევა არ არის პრეზუმფცია, სამართლის არჩევა ფაქტობრივად უნდა დადგინდეს.¹⁵⁷ ამერიკული საერთაშორისო კერძო სამართლის მეორე კოდიფიკაციის 187-ე სექციის ოფიციალური კომენტარი მიუთითებს, რომ „ამ სექციის წესები არ გამოიყენება, თუკი არ იქნება დადგენილი, რომ მხარეებმა აირჩიეს კონკრეტული ქვეყნის გამოსაყენებელი სამართალი. არ არის საკმარისი მხოლოდ იმის ჩვენება, რომ მხარეებს, თუკი ისინი იფიქრებდნენ საკითხთან დაკავშირებით, ენდომებოდათ კონკრეტული ქვეყნის სამართლის არჩევა.“¹⁵⁸

რომი I-ის რეგულაციის მიხედვითაც მნიშვნელოვანია, რომ არჩევა იყოს რეალური და არა ჰიპოთეტური - მხარემ, რომელიც მიუთითებს სამართლის არჩევაზე, უნდა დაადასტუროს შეთანხმების არსებობა.¹⁵⁹ ამ თვალსაზრისით, საინტერესოა რომი I-ის რეგულაციისა და რომის 1980 წლის კონვენციის ტექსტების შედარებითი ანალიზი. რომის კონვენციის ინგლისური ვერსიის 3(1) მუხლის თანახმად „სამართლის არჩევა უნდა იყოს პირდაპირი ან გონივრული სიზუსტით უნდა დგინდებოდეს ხელშეკრულების პირობებიდან ან საქმის გარემოებებიდან.“ რომის კონვენციის 3(1) მუხლის ფრანგული ვარიანტი იყენებდა ტერმინს „résulter de façon certaine“, რაც ინგლისურ-

¹⁴⁹ Blue Sky One Ltd v Mahan Air [2009] EWHC 3314 (Comm).

¹⁵⁰ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 102.

¹⁵¹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 102; Broken Hill Proprietary Co. Ltd v Xenakis [1982] 2 LR 304; Emeraldian Ltd Partnership v Wellmix Shipping Ltd [2010] 1 CLC 993; Bank of Scotland v Henry Butcher & Co [2001] 2 All ER (Comm) 691; Wahda Bank v Arab Bank [1996] 1 Lloyd's Rep 470; Samcrete Egypt Engineers & Contractors SAE v Land Rover Exports Ltd [2001] EWCA Civ 2019.

¹⁵² Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 102.

¹⁵³ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 102; Gard Marine & Energy Ltd. v Tunnicliffe & Ors [2010] EWCA Civ 1052, 42 [„მიუხედავად იმისა, რომ როგორც საქმეში *Vesta v Butcher* [1989] AC 852 განიმარტა დასაშვებია გადაზღვევის ხელშეკრულებისათვის განსხვავებული სამართალი იქნას არჩეული, როგორც წესი, მხარეები თანხმდებიან, რომ ზიანის ანაზღაურების გადაზღვევის ხელშეკრულება მონესრიგდება იმავე სამართალით, რომლითაც რეგულირდება მის საფუძველად არსებული დაზღვევის ხელშეკრულება, რათა მოხდეს მათი პირობების თანმიმდევრულად განმარტება.“].

¹⁵⁴ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 102-103.

¹⁵⁵ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 103.

¹⁵⁶ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 103-104.

¹⁵⁷ Rogerson P., Collier's Conflict of Laws (2013) 305.

¹⁵⁸ Restatement (Second) Conflict of Laws § 187, cmt. a (Am. Law Inst. 1971).

¹⁵⁹ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 95.

რად გადათარგმნის იქნა, როგორც „demonstrated with reasonable certainty.“ რომი I-ის რეგულაციის 3(1) მუხლით შეიცვალა რომის კონვენციის ტექსტი და ნაცვლად სიტყვებისა „with reasonable certainty“, რომი I-ის რეგულაციამ გამოიყენა ტერმინი „clearly demonstrated.“ ნორმაში გამოყენებული ახალი ტექსტი მიზნად ისახავს, ერთის მხრივ, იმ ბუნდოვანების აღმოფხვრას, რაც თან ახლავს სიტყვებს „with reasonable certainty“, ხოლო, მეორეს მხრივ მოუწოდებს სასამართლოებს ნაკლებად მიმართონ ადგილობრივ სამართალს მხარეთა ნავარაუდებ განზრახვაზე აპელირებით.¹⁶⁰ ამით, ასევე, რომი I-ის რეგულაციამ ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ სამართლის არაპირდაპირი შეთანხმების დროსაც საუბარია მხარეთა ფაქტობრივ შეთანხმებაზე¹⁶¹ და არა მათ ჰიპოთეტურ¹⁶² განზრახვაზე.¹⁶³ გარემოებებში იგულისხმება მხარეთა მოქმედებები, ასევე, წინასახელშეკრულებო მოლაპარაკებები.¹⁶⁴ მიუხედავად იმისა, რომ 3(1) მუხლი იყენებს „ან“ კავშირს, პრაქტიკაში, როგორც წესი, ყურადღება უნდა გამახვილდეს როგორც ხელშეკრულების პირობებზე, ისე საქმის გარემოებებზე.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 96.

¹⁶¹ Ferrari F., Leible S., Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe (2009) 1 [„ფაქტობრივად რომი I-ის რეგულაციის მე-3 მუხლი, მეტწილად, რომის კონვენციის მე-3 მუხლის კოპირებას წარმოადგენს. ტერმინოლოგიური ცვლილება მუხლის ტექსტში მიზნად არ ისახავს შინაარსის ცვლილებას. მაგალითად, რომი I-ის რეგულაციის 3(1) მუხლის მეორე წინადადება აძლიერებს რომის კონვენციის 3(1) მუხლის ინგლისურ (ისევე, როგორც გერმანულ) ტექსტს, ითხოვს რა, რომ სამართლის არაპირდაპირი არჩევა არა მხოლოდ „გონივრული სიზუსტით“, არამედ „ცხადად უნდა დგინდებოდეს.“ თუმცა, ტექსტობრივი ცვლილება მიზნად ისახავს არა 3(1) მუხლის ცვლილებას, არამედ ინგლისური და გერმანული ტექსტის რომის კონვენციის 3(1) მუხლის ფრანგულ ტექსტთან შესაბამისობაში მოყვანას.“].

¹⁶² Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), COM(2005) 650 final, (15.12.2005) 5 [„შემოთავაზებული ცვლილებები პირველი პარაგრაფის მეორე და მესამე ნაწილებში სასამართლოსგან მოითხოვს დაადგინოს მხარეთა რეალური არაპირდაპირი ნება, ნაცვლად მათი უბრალო ჰიპოთეტური განზრახვისა: ისინი ადგენენ, რომ მხარეთა მოქმედებები მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული და განმარტდნენ სასამართლოს არჩევის შედეგებს, რათა უფრო განმტკიცდეს სამართლის განჭვრეტადობა.“].

¹⁶³ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 78.

¹⁶⁴ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 96; Aeolian Shipping SA v ISS Machinery Services Limited [2001] EWCA CIV 1162.

¹⁶⁵ Ferrari F., Rome I Regulation (2015) 96; Marubeni Hong Kong and South China Ltd v Mongolian Government [2002] All ER (Comm) 873.

სასამართლო პრაქტიკა

► 1 - 4/2021

საფლავის მოვლის ხელშეშლის აღკვეთა, შვილის გვერდით დასაფლავების უფლება

1. დაუშვებელია მშობელს ჩამოერთვას უფლება, დაიკრძალოს შვილის გვერდით. უმნიშვნელოა, რომ აღნიშნული, ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, გამოიწვევს სამსამართლო მიწის ნაკვეთზე გარდაცვლილის კონფლიქტურ ურთიერთობაში მყოფი განქორწინებული მშობლების ერთმანეთის გვერდით დასაფლავებას.

2. თანასაკუთრებაში არსებული საფლავის გამიჯვნის დაუშვებლობა გამომდინარეობს სკ-ის 1332-ე მუხლიდან, რომელიც გამორიცხავს საფლავის სამკვიდრო მასაში შეტანას.

3. დაუშვებელია სასაფლაოს მოვლის უფლების მინიჭება იმ პირისთვის, რომელსაც აღნიშნულზე თანხმობა არ გამოუხატავს.

სკ-ის 172, 1151, 1158, 1159, 1332-ე მუხლები

ქ. თბილისის მუნიციპალიტეტის საკრებულოს 2014 წლის 30 დეკემბრის N20-103 დადგენილება ქ. თბილისის მუნიციპალიტეტში სასაფლაოების მოწყობისა და მოვლა-პატრონობის შესახებ

უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 10 მარტის განჩინება Nას-61-57-2017

I. ფაქტობრივი გარემოებები

საქალაქო სასაფლაოზე დასაფლავებული გარდაცვლილის მშობელს თავისი ყოფილი მე-

უღლე უშლიდა გარდაცვლილის საფლავის მოვლას. მშობელმა სარჩელით მოითხოვა ხელშეშლის აღკვეთა, გარდაცვალების შემდეგ გარდაცვლილი შვილის სამართის გვერდით დასაფლავების უფლების აღიარება და მისი საფლავის მოვლაზე უფლებამოსილ პირად მის მიერ დასახელებული სუბიექტის განსაზღვრა.

II. სასამართლოს მსჯელობის შეჯამება

პირველი ინსტანციის სასამართლომ გადაწყვეტილებით სარჩელი დაკმაყოფილდა ნაწილობრივ: მოსარჩელის გარდაცვალების შემდეგ საფლავის მოვლაზე უფლებამოსილ პირად დასახელებული სუბიექტი არ განისაზღვრა მისი ნების არარსებობის გამო. სასამართლომ დედის ჭირისუფლად მიჩნევა დააყრდნო ქ. თბილისის მუნიციპალიტეტის საკრებულოს 2014 წლის 30 დეკემბრის N20-103 დადგენილებასა და საქართველოში არსებულ ტრადიციებს. პირველ ინსტანციაში დადგინდა ისიც, რომ საფლავი მონყობილი იყო მაშინ, როცა მოსარჩელე და მოპასუხე ჯერ განქორწინებული არ ყოფილან და სამსამართლო საფლავის მონესრიგება იმთავითვე განკუთვნილი იყო, მათ შორის, გარდაცვლილის მშობლებისთვის. პირველი ინსტანციის სასამართლომ მოსარჩელე და მოპასუხე მიიჩნია საფლავის თანამესაკუთრებად. გადაწყვეტილება მოპასუხემ გაასაჩივრა იმაზე მითითებით, რომ არ არსებობს ტრადიცია, რომელიც დასაშვებად მიიჩნევდა ყოფილი მეუღლეების ერთად დასაფლავებას. გარდა ამისა, მოპასუხემ განმარტა, რომ ჰყავს მეორე მეუღლე, რომელთანაც დასაფლავების სურვილიც აქვს.

სააპელაციო სასამართლომ საფლავზე გაავრცელა მეუღლეთა თანასაკუთრების რეჟიმი, რის გამოც დაუშვებლად მიიჩნია მოსარჩელისთვის საფლავის მოვლის ხელშეშლა და შვი-

ლის სამარის გვერდით დასაფლავების აკრძალვა. განჩინება მოპასუხემ გაასაჩივრა.

საკასაციო სასამართლომ საჩივარი დაუშვებლად ცნო და განმარტა, რომ საფლავი, სკ-ის 1332-ე მუხლის მიხედვით, არ შედის სამკვიდრო მასაში, რის გამოც მასზე თანასაკუთრების რეჟიმის გავრცელება დაუშვებელია. მესამე ინსტანციის სასამართლომ მიუთითა იმაზეც, რომ სააპელაციო სასამართლომ მართებულად დააკმაყოფილა მოსარჩელის მოთხოვნა მეუღლეთა თანასაკუთრების მომწესრიგებელი ნორმების საფუძველზე.

III. კომენტარი

მართებული გადაწყვეტის მიუხედავად, გაუგებარია, რაში დასჭირდა სასამართლოს მეუღლეთა თანასაკუთრების რეჟიმის მოშველიება ფაქტობრივი გარემოებების შეფასებისთვის. საკასაციო სასამართლო მის მსჯელობაშივე არათანმიმდევრულია, როცა მიუთითებს, რომ სკ-ის 1332-ე მუხლი საფლავს სამკვიდრო მასიდან ამორიცხავს და, ამდენად, მასზე თანასაკუთრების რეჟიმის გავრცელება შეუძლებელია, თუმცა იქვე მართებულად მიიჩნევს სააპელაციო სასამართლოს მსჯელობას, რომელიც ამის სრულად სანინააღმდეგოს ამტკიცებს.¹

სანიეტოსამართლებრივ პოზიციებზე მსჯელობა მით უფრო უადგილო ხდება იმ პირობებში, როდესაც სასამართლო თავად უთითებს სასაფლაოს მოწყობის წესის დამდგენ აქტზე. ქ. თბილისის მუნიციპალიტეტის საკრებულოს 2014 წლის 30 დეკემბრის N20-103 დადგენილების მე-2 მუხლის ბ) ქვეპუნქტის მიხედვით, საქალაქო სასაფლაო თვითმმართველი ერთეულის საკუთრებაში არსებული ტერიტორიაა. ამდენად, მოცემულ საქმეში საფლავი საერთოდ არ წარმოადგენდა არც მოსარჩელისა და არც მოპასუხის საკუთრებას - მათ მოპოვებული ჰქონდათ მხოლოდ უფლება, განსაზღვრული მონაკვეთი გამოეყენებინათ ადამიანის ნეშტის დასაკრძალად. სასამართლოსთვის და, ამდენად, გადაწყვეტილების მკითხველისთვისაც ბოლომდე უცნობი რჩება, ვის ეკუთვნის საფლავისთვის გამოყოფილ ტერიტორიაზე უფლება, რაც ჩანს იმით, რომ მოსარჩელე

და მოპასუხე სახელდებიან თანამესაკუთრებად როგორც საფლავის ქორწინების განმავლობაში მოწყობის, ისე გარდაცვლილი შვილის მემკვიდრეებად ყოფნის გამოც,² რაც ერთმანეთისგან გამომრიცხავი სამართლებრივი შეფასებებია.

მოცემულ საქმეში ნეგატორული მოთხოვნის მოშველიება პრობლემურია იმის გამოც, რომ ეს მოითხოვს საფლავის ბრუნვაუნარიან ნივთთან გათანაბრებას, რაც აბსურდულია. თუკი სასამართლოს სჭირდებოდა ცალსახა გადაწყვეტის რომელიმე სამართლებრივ კონსტრუქციასთან მისადაგება, ეს უნდა ყოფილიყო არა უძველესი პრინციპიდან³ გადახვევა საფლავის ნივთად ჩათვლის გზით, არამედ მითითება იმისა, რომ შვილის საფლავის მოვლა, ისევე, როგორც მის გვერდით დასაფლავების უფლება, მშობლის უფლებისგან ნაწარმოები უფლებაა. სწორედ ამიტომ არ ენიჭება არავითარი მნიშვნელობა, რა ურთიერთობა აქვთ გარდაცვლილის განქორწინებულ მშობლებს ერთმანეთთან. ამ დაშვების გამოყვანა შესაძლებელია სკ-ის 1198 V მუხლიდან: თუ მშობელს აქვს შვილთან ურთიერთობის უფლება, ეს ნიშნავს იმასაც, რომ მას უნდა ჰქონდეს გარდაცვლილი შვილის ხსოვნის პატივისცემის შესაძლებლობაც.

ნინო ქავშაია

► 2 - 4/2021

აუქციონის ჩატარებისას ნულოვანი სანყისი ფასის არაკონსტიტუციურობა

არაკონსტიტუციურია ნორმა, რომელიც აღსრულების მწარმოებელ სუბიექტს აძლევს უფლებას, მეორე განმეორებით აუქციონზე გასაყიდი ქონების სანყის ფასად განსაზღვროს ნული ლარი.

² სამოტივაციო ნაწილი, პუნქტები 16 და 18.

³ D.1.8.6.2 (Marc. 3 inst.): “რელიგიური და საკრალური ნივთები ვერ გახდება რომელიმე პირის ქონება”. თავის მხრივ, ნებისმიერ ადგილს საკუთარი ნებით რელიგიურ ნივთად ხდიდა ის, ვინც თავის მიწაზე მკვდარს დაასაფლავებდა D.1.8.6.4 (Marc. 3 inst.).

¹ სამოტივაციო ნაწილი, პუნქტები 19-20.

„იძულებითი აუქციონის ჩატარების ფორმების, წესისა და პროცედურების დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2011 წლის 31 იანვრის №21 ბრძანების №1 დანართის 3 III 3 მუხლი (ძალადაკარგულია)

კონსტიტუციის 19 I მუხლი

საკონსტიტუციო სასამართლოს 2019 წლის 28 მაისის გადაწყვეტილება № 2/2/867

I. ფაქტობრივი გარემოებები

მოსარჩელემ სადავო გახადა „იძულებითი აუქციონის ჩატარების ფორმების, წესისა და პროცედურების დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2011 წლის 31 იანვრის №21 ბრძანების №1 დანართის 3 III 3 მუხლის კონსტიტუციურობა კონსტიტუციის 19 I მუხლთან მიმართებით. სადავო ნორმის მიხედვით, მეორე განმეორებით აუქციონზე გასაცემი ქონების საწყისი ფასი განისაზღვრებოდა ნულ ლარად. მოსარჩელემ მოიშველია შემდეგი არგუმენტები:

- სადავო რეგულაცია იძლევა ძვირადღირებული ქონების შეუსაბამოდ მცირე ფასად რეალიზაციის შესაძლებლობას;

- მოსარჩელე დაეთანხმა იმას, რომ ნივთის აუქციონზე შეძენის მინიმალური ფასი არის მისი საბაზრო ღირებულების 5% და არა ნული ლარი, გამომდინარე იქიდან, რომ ბიჯის ოდენობა არის სწორედ 5%. თუმცა ეს ნიშნულიც, მოსარჩელის აზრით, არაკონსტიტუციურია.

მოპასუხემ სარჩელი არ ცნო და მიუთითა:

- სასტატო თანხა მეორე განმეორებით აუქციონზე შეადგენს 5%-ს, რაც გამორიცხავს ქონების ნულ ლარად შეძენას;

- „სააღსრულებო ნარმოებათა შესახებ“ კანონის 49 IV მუხლი მოვალეს აძლევს შესაძლებლობას, თავად მოახდინოს ქონების რეალიზაცია აღსრულების ეროვნული ბიუროს კონტროლითა და იმ დათქმით, რომ რეალიზაციით დაიფარება საფასური, აღსრულების ხარჯი და კრედიტორის მოთხოვნები;

- „სააღსრულებო ნარმოებათა შესახებ“ კანონის 53-ე მუხლის მიხედვით, კრედიტორისა და მოვალის განცხადების საფუძველზე, ვიდრე

აუქციონი საჯაროდ გამოცხადდება, აღსრულების ეროვნულ ბიუროს შეუძლია დაადგინოს ქონების კანონით განსაზღვრულისგან განსხვავებული გზით გასხვისება;

- მოვალეს შეუძლია თავად შეიძინოს ქონება აუქციონზე;

- სააღსრულებო ნარმოების უპირველესი ამოცანაა, ქონება გასხვისდეს, რადგან რეალიზაციის ნარუმატებლობას მოჰყვება ქონების ყადაღისგან გათავისუფლება და მასზე იმავე მოთხოვნასთან დაკავშირებით იმავე კრედიტორის სასარგებლოდ სააღსრულებო ნარმოება აღარ გაიმართება;

- თუ ქონება არ გასხვისდა ორ აუქციონზე, აშკარაა, რომ მისი ღირებულება არასწორად განისაზღვრა;

- მაღალია ალბათობა იმისა, რომ იძულებით აუქციონზე ქონების შეძენის შემდეგ შეძენს მოუწევს სასამართლოსადმი მიმართვა მოპოვებული ქონებიდან პირთა გამოსახლების მოთხოვნით;

- სადავო რეგულაციამდე მოქმედი წესის მიხედვით, ქონების მინიმალური ფასი შეადგენდა მისი საბაზრო ღირებულების 25%-ს, თუ ქონება მაინც ვერ გასხვისდებოდა, კრედიტორს შეეთავაზებოდა ქონების ნატურით მიღება და ვალდებულებასა და ქონების საბაზრო ღირებულებას შორის სხვაობის მოვალისთვის გადახდა. აღნიშნული წესი არასაკმარისად იცავდა კრედიტორის ინტერესებს.

მომმეთა განმარტებით, ქონების საბაზრო ფასი დგინდება გარდამავალი უფლებების მხედველობაში მიღების გარეშე, რის გამოც მყიდველი ხშირად თავს იკავებს ქონების საბაზრო ფასის 75%-ად ან 50%-ად შეძენას და საჭირო ხდება მეორე განმეორებითი აუქციონის ჩატარება.

II. სასამართლოს მსჯელობის შეჯამება

სასამართლომ დააკმაყოფილა სარჩელი და არაკონსტიტუციურად ცნო „იძულებითი აუქციონის ჩატარების ფორმების, წესისა და პროცედურების დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2011 წლის 31 იანვრის №21 ბრძანების №1 დანართის 3 III 3 მუხლი.

მიუხედავად იმისა, რომ საკუთრების უფლების შეზღუდვის ლეგიტიმურ საჯარო მიზნად დასახელდა კრედიტორთა მოთხოვნის დაკმაყოფილების უზრუნველყოფა და სადავო ნორმა ჩაითვალა გამოსადეგ საშუალებად ამ მიზნის მისაღწევად, საკონსტიტუციო სასამართლომ დაკმაყოფილებულად არ ჩაითვალა თანაზომიერების პრინციპის აუცილებლობის კომპონენტი.

სასამართლომ მიუთითა იმაზე, რომ ქონების საწყის ღირებულებას ადგენდა თავად აღსრულების ეროვნული ბიურო, კერძოდ, მისი შეფასების სამსახური, „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ კანონის 47 II მუხლისა და „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში მოქმედი საჯარო სამართლის იურიდიული პირის – აღსრულების ეროვნული ბიუროს დებულებები“ მე-12 მუხლის მიხედვით. შეფასების სამსახურის დებულების დანართის მიხედვით, შეფასების პროცესში იგულისხმება, რომ შესაფასებელი ქონება არ არის დატვირთული. ამდენად, საკონსტიტუციო სასამართლომ დაასკვნა, რომ არსებული რეგულაცია შესაძლებელს ხდიდა, ქონების პირველ და პირველ განმეორებით აუქციონზე დადგენილი საწყისი ფასი გაცილებით მაღალი იქნებოდა, ვიდრე სხვაობა ქონების საბაზრო ღირებულებასა და გარდამავალ უფლებებს შორის. აღნიშნული კი მეორე განმეორებითი აუქციონის ჩატარებას უფრო სავარაუდოს ხდიდა. საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, უფლებაში ჩარევის ნაკლებად მტკივნეული ხერხი იქნებოდა ისეთი რეგულაციების განსაზღვრა, რომელთა პირობებშიც საწყისი ფასი გაითვალისწინებდა ქონებაზე არსებულ ტვირთსაც და ამ პირობებში ნორმა არაკონსტიტუციურად

ჩაითვალა არა ნულოვანი საწყისი ფასის დადგენის, არამედ ქონების საბაზრო ღირებულების არსებული ხერხით გამოთვლის გამო.

III. კომენტარი

გაუგებარია, რა შედეგს იძლევა ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობა იმ პირობებში, როდესაც სხვა მოწესრიგება (ქონების საბაზრო ღირებულების განსაზღვრის წესი), რის გამოც, საკონსტიტუციო სასამართლოსვე მითითებით, ეს საერთოდ გახდა აუცილებელი, ძალაში რჩება. სწორედ ეს შეუთავსებლობა მიუთითებს იმაზე, რომ ნორმის არაკონსტიტუციურად გამოცხადება სხვა ნორმის გამო არასწორი და, საერთო ჯამში, არაფრის მომცემია. „იძულებითი აუქციონის ჩატარების ფორმების, წესისა და პროცედურების დამტკიცების შესახებ“ ბრძანების 3 III მუხლი მიუთითებს მეორე განმეორებითი აუქციონის საწყისი ფასზე, რომელიც შეადგენს ქონების საბაზრო ღირებულების 5%-ს. ეს ბუტაფორიული ცვლილებაა: სასტარტო ბიჯი ისედაც ქონების საბაზრო ღირებულების 5%-ს შეადგენდა და საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას არ აღმოუფხვრია ის, რაც მან თავადვე პრობლემურ საკითხად აღიარა. ამას ის ვერც შეძლებდა, რადგან საკონსტიტუციო სასამართლოს არ აქვს უფლება, გასცდეს სასარჩელო მოთხოვნას, თუმცა სადავო ნორმასთან შინაარსობრივად დაკავშირებული სხვა მოწესრიგების საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ პრობლემურად მიჩნევა არ ნიშნავს, რომ სადავო ნორმა აუცილებლად არაკონსტიტუციურია.

ნინო ქავშაია

შენიშვნები თამარ მახარობლიძის დისერტაციაზე: „არასრულწლოვანთა სასჯელების ერთვნილი და საერთაშორისო სტანდარტები“*

თემურ ციციტიშვილი

სამართლის დოქტორი, ასისტენტ-პროფესორი, მეცნიერი თანამშრომელი
თსუ, თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი

არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალი, შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოში სამართლის იმ დარგს წარმოადგენს, რომელიც ახალი ფეხადგმულია. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკითხების მომწესრიგებელი ნორმები სისხლის სამართლის კოდექსში არსებობდა მანამ, სანამ საქართველო არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსს მიიღებდა, მაგრამ აღნიშნული კოდექსის მიღების შემდეგ არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალი, ფაქტობრივად, ახალ, დამოუკიდებელ დარგად ჩამოყალიბდა. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი 2015 წელს იქნა მიღებული, რომელიც არეგულირებს როგორც მატერიალურ, ისე საპროცესო სისხლისსამართლებრივ და სასჯელის აღსრულებასთან დაკავშირებულ საკითხებს.

თსუ იურიდიული ფაკულტეტის სისხლის სამართლის მიმართულების დოქტორანტ თამარ მახარობლიძის დისერტაცია ეძღვნება არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის მხოლოდ იმ ასპექტს, რომელიც სასჯელების გამოყენებას ეხება. აქვე უნდა ითქვას, რომ ნაშრომში საუბარია არა მხოლოდ არასრულწლოვანთა სასჯელების შეფარდების, არამედ სასჯელის აღსრულების ცალკეულ საკითხებზეც. ნაშრომში არასრულწლოვანთა სასჯელების საერთაშორისო სტანდარტებზეც არის ყურადღება გამახვილებული.

* მოცემული შენიშვნები ეხება დისერტაციის იმ ვერსიას, რომელიც დაცვისთვის იქნა წარმოდგენილი.

ვინაიდან არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალი საქართველოში ახლადჩამოყალიბებული დარგია, მასზე მეცნიერული კვლევების განხორციელება დიდი ხნის ისტორიას არ ითვლის. შეიძლება ითქვას, რომ თამარ მახარობლიძის ნაშრომი მეორე დისერტაციაა¹ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაზე, თუმცა პირველი არასრულწლოვანთა სასჯელების ეროვნულ და საერთაშორისო სტანდარტებზე.

დისერტანტი სადისერტაციო ნაშრომის დამუშავებისას, ძირითადად, ქართულენოვან და ინგლისურენოვან ლიტერატურას დაეყრდნო. ნაშრომში დისერტანტი არაერთ საყურადღებო მოსაზრებას გამოთქვამს, მაგრამ ასევე არსებობს გარკვეული შენიშვნებიც:

1. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ „სამართლიანობის აღდგენა სამაგიეროს მიზლვასთან არის დაკავშირებული, რაც დაუშვებელია იუვენალურ იუსტიციაში“ (27-28-ე გვ.), მაგრამ სამართლიანობის აღდგენა არ უნდა იქნას გაიგივებული შიშველ შურისძიებასთან. თანამედროვე სამართალში სამართლიანობის აღდგენა გულისხმობს სამართლიან სამაგიეროს მიზლვას. კარგი იქნებოდა უფრო მკაფიოდ ყოფილიყო გამოკვეთილი სამართლიანობის აღდგენის მიმართება სხვა მიზნებთან. როგორ უნდა გადანყდეს საკითხი, როცა არასრულწლოვანე-

¹ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაზე მანამდე დაცული იქნა შემდეგი სადისერტაციო ნაშრომი: შეყილაძე ხ., კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების (სისხლის სამართლის საქმის წარმოების) პროცესში, 2020.

ბის ასაკში ადამიანი ჩადის ისეთ მძიმე დანაშაულს, რომელზეც არ ვრცელდება ხანდაზმულობის ვადები. მაგალითად, გენოციდი². თანამედროვე სისხლის სამართალი პრევენციული სისხლის სამართალია და სამართლიანობის აღდგენაზე მეტად დანაშაულის თავიდან აცილებასა და დამნაშავის რესოციალიზაციაზეა ორიენტირებული, მაგრამ სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების ისტორიაში ყოფილა შემთხვევები, როდესაც სასჯელის ლეგიტიმაციის საფუძვლად დასახელდა სამართლიანობის აღდგენა და არა დანაშაულის თავიდან აცილება ან დამნაშავის რესოციალიზაცია. მაგალითად, გერმანიაში ნაციონალ-სოციალისტების გასამართლება დანაშაულის ჩადენიდან დიდი ხნის შემდეგ, როცა აღნიშნულ პირთაგან ახალი დანაშაულის ჩადენა ნაკლებად იყო მოსალოდნელი. მსჯავრდებულთა გასამართლების აღნიშნულ შემთხვევაში დანიშნული სასჯელის მიზნებიდან გამოირიცხა როგორც დანაშაულის პრევენცია, ისე დამნაშავის რესოციალიზაცია, ხოლო სამართლიანობის აღდგენა სასჯელის გამოყენების ერთადერთ ლეგიტიმურ საფუძვლად დასახელდა³.

არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში შეუძლებელია სამართლიანობის აღდგენა წარმოადგენდეს სასჯელის უპირველეს მიზანს, ამაზე მეტყველებს ის, რომ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებას, არასრულწლოვნებთან მიმართებით ნორმის შეფარდებას აღმზრდელობითი თვალთახედვა უდევს საფუძვლად, რის გამოც არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალს აღმზრდელობით სისხლის სამართალს უწოდებენ, ხოლო ამ უკანასკნელს - მოქმედი პირის სისხლის სამართალს⁴.

თუმცა, ის, რომ სამართლიანობის აღდგენა, არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის უპი-

რველეს მიზანს არ წარმოადგენს, არ ნიშნავს, საერთოდ სამართლიანობის აღდგენის, როგორც სასჯელის ერთ-ერთი მიზნის უარყოფას. არასრულწლოვნის სასჯელი პირველ რიგში ორიენტირებული უნდა იყოს დამნაშავესა და დამნაშავის რესოციალიზაციაზე, მაგრამ დანაშაულებრივი ქმედება და მისი სიმძიმე არ კარგავს თავის მნიშვნელობას. არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალში, როგორც სპეციალურ ლიტერატურაში მიუთითებენ, დამნაშავის და მისი რესოციალიზაციის შემდეგ, სასჯელი ქმედებასა და სამაგიეროს მიზღვაზეა ორიენტირებული⁵. შესაბამისად, სამართლიანი სამაგიეროს მიზღვა ანუ სამართლიანობის აღდგენა არ არის პირველადი მიზანი და მოდის ისეთი მიზნების შემდეგ, როგორცაა დამნაშავის რესოციალიზაცია და დანაშაულის პრევენცია.

არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალს აღმზრდელობით სისხლის სამართალადაც ახასიათებენ, მაგრამ არასწორი იქნებოდა მისი არსებობის გამართლება მხოლოდ აღმზრდელობითი თვალთახედვით⁶;

2. ნაშრომში აღნიშნულია, რომ „არასრულწლოვანთა სასამართლო საქართველოში არ არსებობს“ (35-ე გვ.). თუმცა, მოქმედებს არასრულწლოვანთა საქმეების განმხილველი მოსამართლეები, სპეციალიზებული პროკურორები და ადვოკატები, რომელზეც დისერტანტი არ მიუთითებს;

3. დისერტანტი სასჯელებს ყოფს თავისუფლების შემზღუდავ და თავისუფლების არშემზღუდავ სასჯელებად და ამ უკანასკნელს მიაკუთვნებს საქმიანობის უფლების ჩამორთმევას, საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომას, ჯარიმას (37-ე და 130-ე გვ.). აღნიშნული მოსაზრება არ არის გასაზიარებელი, ვინაიდან ყველა სასჯელი იწვევს თავისუფლების შემზღუდავს და ამიტომაც განიმარტება სასჯელი ტკივილად⁷. უფრო მართებული იქნებოდა დისე-

² არასრულწლოვანი გენოციდის პირველხარისხოვან მონაწილედ რეალურად (და არა თეორიულად) ნაკლებ სავარაუდოა, მოგვევლინოს, დანაშაულის ბუნების გათვალისწინებით, თუმცა არასრულწლოვანი შეიძლება აღნიშნულ დანაშაულში წარმოადგენდეს მეორეხარისხოვან მონაწილეს.

³ Roxin C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, 4. Auflage, München, 2006, S. 88, §3 Rn. 44.

⁴ Streng F., *Jugendstrafrecht*, 4. Auflage, Heidelberg, 2016, S. 9, §1 III Rn. 15.

⁵ Schöch, in: Meier/Rössner/Schöch, *Jugendstrafrecht*, 3. Auflage, München 2013, S. 217, §11 Rn. 5.

⁶ Streng F., *Jugendstrafrecht*, 4. Auflage, Heidelberg, 2016, S. 9, §1 III Rn. 16.

⁷ Albrecht P.-A., *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*, ZStW 1985, S. 833; Jescheck H.-H.,

რტანტს სასჯელები დაეყო საპატიმრო და არა-საპატიმრო სასჯელებად. სასჯელთა ასეთი დაყოფის მიზანშეწონილობაზე მიუთითებს ამკ-ს⁸ 75-ე მუხლიც;

4. დისერტაციაში აღნიშნულია, რომ 1948 წლის 10 დეკემბრის ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია არ მოიცავს ვალდებულებებს (46-ე გვ.), მაშინ, როცა 25-ე მუხლის მე-2 ნაწილში და 26-ე მუხლში სწორედ არასრულწლოვნებთან მიმართებით ვალდებულებებზეა საუბარი. კერძოდ, როგორცაა ყველა ბავშვის ერთიანი სოციალური დაცვით, ზოგადი და დაწყებითი განათლებით უზრუნველყოფის სავალდებულობაზე;

5. დისერტანტი საკამათოდ თვლის იმას, არის თუ არა ჯარიმა, თავისუფლების აღკვეთის გარდა, სხვა სასჯელებზე უფრო მსუბუქი (66-ე გვ.). ამავე დროს აღნიშნავს, რომ შინაპატიმრობა ყველაზე მკაცრი სასჯელია თავისუფლების აღკვეთის შემდეგ (131-ე გვ.). მართებულია მოსაზრება, რომ შინაპატიმრობაზე უფრო მკაცრი სასჯელი მხოლოდ თავისუფლების აღკვეთაა. შინაპატიმრობა, რეალურად, საპატიმრო სასჯელია, რომელსაც მსჯავრდებულის სახლის პირობებში იხდის. აღნიშნული დასკვნის გაკეთების საშუალებას იძლევა როგორც შინაპატიმრობით გათვალისწინებული შეზღუდვები, რომელიც მსჯავრდებულს უწესდება, ისე თვით ამ სასჯელის სახელწოდებაც. არ შეიძლება ჯარიმა შინაპატიმრობაზე ან საქმიანობის უფლების ჩამორთმევაზე უფრო მკაცრი სასჯელად მივიჩნიოთ. მიუხედავად იმისა, რომ დისერტანტი საკამათოდ თვლის ჯარიმის მიჩნევას ყველაზე უფრო მსუბუქ სასჯელად, როგორც ითქვა, არც იმას უარყოფს, რომ შინაპატიმრობა თავისუფლების აღკვეთის შემდეგ ყველაზე მკაცრი სასჯელის სახეა. რაც შეეხება საქმიანობის უფლების ჩამორთმევას, მისი გამოყენების დროს მსჯავრდებულის გარკვეულ

მატერიალურ დანაკარგს განიცდის, ვინაიდან საქმიანობას ვერ ახორციელებს და კარგავს შემოსავლის წყაროს. შეიძლება მატერიალურად უქონელი პირისთვის ფულადი თანხის გადახდა უფრო რთული იყოს, ვიდრე პატიმრობაში ყოფნა, მაგრამ გასათვალისწინებელია ის, რომ კოდექსი ჯარიმის შეფარდებისას მოითხოვს მსჯავრდებულის მატერიალური მდგომარეობის გათვალისწინებას, რაც იმას ნიშნავს, რომ ჯარიმის შეფარდება ისედაც გამოირიცხება გადახდისუუნარო პირების მიმართ. სიმძიმის მიხედვით, ჯარიმის სხვა სასჯელებთან მიმართების თვალსაზრისით, ერთ-ერთი გამონაკლისი შეიძლება იყოს საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა, რომელიც თითქოს ბაძებს კითხვას, ის ჯარიმაზე უფრო მკაცრი, უფრო მსუბუქი, თუ თანაბარი სიმძიმის სასჯელია. აღნიშნული სასჯელი გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით განიხილება ვერგადახდელი ჯარიმის აღსრულების ერთგვარ ფორმად. თუმცა, ეს ისევე იმაზე შეიძლება მიუთითებდეს, რომ საზოგადოებრივად სასარგებლო შრომა მაინც არის ჯარიმაზე უფრო მკაცრი სასჯელი. როდესაც ვმსჯელობთ, რომელი სასჯელია უფრო მკაცრი, საკმარისია ჩვენ თავს დავეუსვათ კითხვა, რომელი სასჯელის მოხდას ვისურვებდით, თუ აღმოვჩნდებოდით მსჯავრდებულის ადგილას: იმას, რომ გადაგვეხადა, მაგალითად, 500 ლარი, თუ მოგვეხადა საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა? სსკ-ი სასჯელთა სისტემას განსაზღვრავს პრინციპით: მსუბუქიდან მძიმესკენ. ამკ-ის 66-ე მუხლში მოცემული სასჯელთა გრადაცია სიმძიმის მიხედვით მართლაც საკამათოა, ვინაიდან შინაპატიმრობა არის გათვალისწინებული ისეთ სასჯელებამდე, როგორცაა საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა და საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა, მაშინ, როცა დასახელებული ბოლო ორი სასჯელი შინაპატიმრობაზე უფრო მსუბუქად მიიჩნევა;

6. დისერტანტი ზემოაღნიშნულ მსჯელობას აგრძელებს 59-ე მუხლთან - დანაშაულთა ერთობლიობის დროს სასჯელის დანიშვნასთან დაკავშირებით და აღნიშნავს, რომ: „მოსამართლე უნდა ეცადოს, დანიშნოს ერთი და იმავე სახის სასჯელი ყველა დანაშაულის დროს, რა-

Weigend Th., Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., Berlin, S. 65; Kargl W., Friede durch Vergeltung, Über den Zusammenhang von Sache und Zweck im Strafbegriff, GA 1998, S. 60-61; Pawlik M., Person, Subjekt, Bürger, Zur Legitimation von Strafe, Berlin, 2004, S. 15.

⁸ აღნიშნული შემოკლება გულისხმობს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსს.

თა ამ სიტუაციიდან „დაიძვრინოს“ თავი, რადგან სასჯელთა გრადაციას კანონმდებლობა არ გვთავაზობს“ (67-ე გვ.). დაუსაბუთებელია იმის მტკიცება, რომ მოსამართლემ ყველა დანაშაულისთვის ერთნაირი სასჯელი უნდა დანიშნოს სიტუაციიდან თავის „დასაძვრენად“, როგორც დისერტანტი მიუთითებს. ჩნდება კითხვა, თუ სსკ-ით აღნიშნული დანაშაულებებისთვის არ არის ერთნაირი სასჯელები გათვალისწინებული, საინტერესოა, დისერტანტი ასეთ დროს რა გამოსავალს გვთავაზობს?;

7. დაუსაბუთებელია მტკიცება იმასთან დაკავშირებით, რომ ამკ-ში სასჯელთა სისტემაში ჯარიმის პირველ ადგილზე მოხსენიება შემთხვევითობის პრინციპს უნდა მიენეროს (67-ე გვ.). არა მხოლოდ ამკ-ში, არამედ სსკ-შიც სასჯელთა ჩამონათვალი ჯარიმით იწყება;

8. დისერტანტი არასრულწლოვნისთვის შესაფარდებელი ჯარიმის ზომის განსაზღვრასთან დაკავშირებით სვამს კითხვას, თუ რატომ ხდება ჯარიმის მინიმალური ზომის განსაზღვრისას სსკ-ზე მითითება, როცა ამკ-შივე შეიძლება ყოფილიყო ეს დაკონკრეტებული. კანონმდებლის აღნიშნული პოზიცია, როგორც ჩანს, გამომდინარეობს იქიდან, რომ სასჯელთა სახეებს და სისტემას, ზოგადად, სსკ-ი განსაზღვრავს. ხოლო ამკ არეგულირებს სასჯელის შეფარდების საკითხს არასრულწლოვნებთან მიმართებით. ამკ-ს არსებობის მიუხედავად სსკ-ი არ კარგავს თავის მნიშვნელობას ქმედების დანაშაულობრიობის და დასჯადობის განსაზღვრის თვალსაზრისით, არასრულწლოვნებთან მიმართებითაც და ის რჩება ამ მიმართულებით ძირითად საკანონმდებლო აქტად. გარდა ამისა, სამართლისთვის უცხო არ არის მითითებითი სახის ნორმების არსებობა, რომელიც ერთ-ერთია ნორმათა კლასიფიკაციაში;

9. დისერტანტი საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომის ჯარიმით შეცვლის წესთან დაკავშირებით კანონის ანალოგიის გამოყენებაზე მიუთითებს (71-72-ე გვ.). თუმცა, გასათვალისწინებელია, რომ აქ საქმე ეხება დასჯადობისა და არა პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების საკითხს და რამდენად უშვებს კანონიერების პრინციპი მსგავს შემთხვევებში საკითხის გადაწყვეტას ანალოგიის პრინციპით? კა-

ნონიერების პრინციპიდან გამომდინარე დაუსაბუთებელია ანალოგიის წესით ნორმის გამოყენება ქმედების დასჯადობასთან დაკავშირებით. მართალია, ამკ-ს მე-2 მუხლის მე-5 ნაწილი კანონის ანალოგიაზე მიუთითებს, მაგრამ ეს ეხება გამონაკლის შემთხვევას;

10. დისერტანტი მიუთითებს, რომ თუ გადახდისუუნარო მსჯავრდებულმა ჯარიმის გადახდა ვერ შეძლო, მას თავისუფლების აღკვეთა არ უნდა შეეფარდოს (76-ე გვ.), მაგრამ არ აკონკრეტებს, თუ რა გამოსავალს გვთავაზობს;

11. დისერტანტი, როდესაც მსჯელობს არასრულწლოვანი მსჯავრდებულისთვის ისეთი ოდენობის ჯარიმის შეფარდების მიზანშეწონილობაზე, რომელიც არ უზიდავს მას ახალი დანაშაულის ჩადენისკენ, სვამს კითხვას, რამდენი შეიძლება იყოს იგი საქართველოში (84-85-ე გვ.) და იქვე პასუხობს, რომ საქართველოში არასრულწლოვნისთვის 1000 ან თუნდაც 250 ლარი ადვილი გადასახდელი არ შეიძლება იყოს. ვფიქრობ, დასმულ კითხვაზე აბსტრაქტული პასუხის გაცემა გაუმართლებელია და ეს დამოკიდებულია ინდივიდუალურ გარემოებებზეც. მაგალითად, როგორცაა მსჯავრდებულის მატერიალური მდგომარეობა, რომელზეც მიუთითებს სსკ-ის 42-ე მუხლიც;

12. დისერტანტი უთითებს, რომ უმჯობესია იქნება არასრულწლოვნებთან მიმართებით დაინერგოს ჯარიმის „განაწილვადების წესი“ (85-ე გვ.). თუმცა, როგორც ჩემთვის ცნობილია, ქართული სასამართლო პრაქტიკა ასეთ წესს არა მხოლოდ არასრულწლოვნებთან, არამედ სრულწლოვნებთან მიმართებითაც დიდი ხანია იცნობს;

13. საკამათოდ მიმაჩნია დისერტანტის მოსაზრება იმასთან დაკავშირებით, რომ არასრულწლოვნების მიმართ შინაპატიმრობის გამოყენება უნდა გავრცელდეს მძიმე დანაშაულებზეც (114-ე გვ.). შინაპატიმრობის გამოყენების არეალის ასეთი გაფართოება და მისი გავრცელება მძიმე დანაშაულისთვის მსჯავრდებულთა მიმართ ხელს ვერ შეუწყობს იმ მიზნების რეალიზაციას, რომელსაც სასჯელის აღნიშნული სახე ემსახურება. ამან, პირიქით, ხელი შეიძლება შეუწყოს დანაშაულის გავრცელებას, არასრულწლოვანთა დამნაშავეობის წახალისე-

ბას. დისერტანტი მეტი სიზუსტისთვის აკონკრეტებს და მიუთითებს, რომ მიზანშეწონილია შინაპატიმრობის გამოყენება მძიმე დანაშაულისთვის მსჯავრდებულ პირთა მიმართ მოხდეს გარკვეული დათქმებით, მხოლოდ მაშინ, როცა მსჯავრდებული ადრე არ არის ნასამართლავი და ჩადენილი არ აქვს ძალადობითი დანაშაული (116-ე გვ.), მაგრამ ეს მაინც ვერ გამორიცხავს იმ რისკებს, რომელიც უკავშირდება შინაპატიმრობის გამოყენებას მძიმე კატეგორიის დანაშაულის ჩამდენი პირების მიმართ. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას ერთი გარემოების შესახებაც, რომ, ამკ-გან განსხვავებით, სსკ-ის 47¹-ე მუხლი არ განსაზღვრავს დანაშაულთა სიმძიმეს, რომელთა განხორციელებისას უარს ამბობს შინაპატიმრობის გამოყენებაზე, მიუთითებს მხოლოდ ცალკეულ შემთხვევებზე და არა დანაშაულის სიმძიმეზე. მაგალითად, შინაპატიმრობის გამოყენების აკრძალვას აწესებს ოჯახური დანაშაულის ჩამდენი პირების და განვეულ სამხედრო მოსამსახურეთა მიმართ (47¹-ე მუხ. მე-6 ნაწილი), რაც გასაგებ მიზეზებს ეფუძნება. გარდა ამისა, 47¹-ე მუხლის მე-2 ნაწილი ასევე გამორიცხავს შინაპატიმრობის გამოყენებას ნასამართლავ პირთა მიმართ, რაც შეიძლება, ზოგადად, გასათვალისწინებელ გარემოებას წარმოადგენდეს შინაპატიმრობის დანიშვნისას, ვინაიდან ნასამართლობა მიუთითებს დანაშაულის განმეორებით ჩადენის რისკზე, რაც კითხვის ქვეშ აყენებს ნასამართლავი პირის მიმართ შინაპატიმრობის გამოყენების მიზანშეწონილობას;

14. როგორც დისერტანტი აღნიშნავს, ამკ-ის ერთ-ერთი მთავარი მონაპოვარი ის არის, რომ თავისუფლების აღკვეთა გამოყენებულ უნდა იქნას როგორც უკიდურესი ღონისძიება (117-ე გვ.). თუმცა, სსკ-ის 53-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად, „სასჯელის უფრო მკაცრი სახე შეიძლება დაინიშნოს მხოლოდ მაშინ, როდესაც ნაკლებად მკაცრი სახის სასჯელი ვერ უზრუნველყოფს სასჯელის მიზნის განხორციელებას“, რაც იმაზე მეტყველებს, რომ არა მხოლოდ ამკ, არამედ სსკ-იც თავისუფლების აღკვეთას უკიდურეს შემთხვევაში გამოსაყენებელ სასჯელის სახედ ითვალისწინებს, როცა

სხვა სასჯელით ვერ მიიღწევა სასჯელის მიზანი;

15. დისერტანტი თვლის, რომ სასჯელის მიზნების მისაღწევად ნაკლებად მძიმე დანაშაულებთან მიმართებით შინაპატიმრობის მინიმალური ვადა შეიძლება იყოს 6 თვეზე ნაკლებიც (124-ე გვ.). გასათვალისწინებელია, რომ ნაკლებად მძიმე არის ის დანაშაული, რომლისთვისაც თავისუფლების აღკვეთა შეიძლება 5 წლამდე ვადითაც დაინიშნოს. ხოლო თავისუფლების აღკვეთის მინიმალური ვადა სსკ-ის მიხედვით 6 თვეა. შინაპატიმრობისა და თავისუფლების აღკვეთის ურთიერთმიმართებისას გასათვალისწინებელია, რომ კანონმდებელი გაანგარიშებისას შინაპატიმრობას და თავისუფლების აღკვეთას ერთმანეთს უთანაბრებს და შინაპატიმრობის ერთი დღე უდრის თავისუფლების აღკვეთის ერთ დღეს (47¹-ე მუხლის მე-4 ნაწილი). სსკ-ი უშვებს გამონაკლის შემთხვევაში შინაპატიმრობის 6 თვეზე ნაკლები ვადით დანიშვნას, მაგრამ მაშინ, როცა თავისუფლების აღკვეთა, საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა, გამასწორებელი სამუშაო ან ჯარიმა იცვლება შინაპატიმრობით. აღნიშნულის გათვალისწინებით საკამათოდ გამოიყურება დისერტანტის პოზიცია შინაპატიმრობის მინიმუმის შემცირების თაობაზე. გასათვალისწინებელია, რომ შინაპატიმრობა საპატიმრო სასჯელია და ვადების გამონგარიშების დროს კანონმდებელი შინაპატიმრობის ერთ დღეს თავისუფლების აღკვეთის ერთ დღეს უთანაბრებს, მაგრამ ის მაინც არ არის თავისუფლების აღკვეთის სიმძიმის და უფრო მსუბუქი სასჯელია, ვიდრე თავისუფლების აღკვეთა. გარდა ამისა, ლიტერატურაში ისედაც საკამათოა მცირევადიანი სასჯელების ეფექტურობის საკითხი. ერთ-ერთი მოსაზრებით, ხანმოკლე სასჯელი არც ისე ხანგრძლივია მორალური ზემოქმედებისთვის და ძალზე დიდხანს გრძელდება პიროვნების ნახდენისთვის⁹. როდესაც დისერტანტი ექვსთვიანი შინაპატიმრობის ვადის შემცირებაზე საუბრობს, ჩნდება კითხვა, ხომ არ ჯობდა აღდგენითი მართლმსაჯულების

⁹ პრადელი ჟ., შედარებითი სისხლის სამართალი, თარგმნა ე. სუმბათაშვილმა, რედაქტორი თ. ნინიძე, თბ., 1999, გვ. 425.

ლონისძიების გამოყენება მომხდარიყო ისეთ შემთხვევებში, სადაც მას ექვსთვიანი შინაპატიმრობის გამოყენება მიზანშეუწონლად მიჩნია? თუ ექვსთვიანი შინაპატიმრობა მკაცრი სასჯელი იქნება კონკრეტულ შემთხვევაში, საერთოდ არ დაისაჯოს კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვანი და გამოყენებული იქნას სხვა არასადასჯელო ღონისძიება. საკითხისადმი ასეთი მიდგომა გამომდინარეობს თანამედროვე პრევენციული სისხლის სამართლიდანაც, რომლისთვისაც სასჯელის გამოყენება თვითმიზანს არ წარმოადგენს და შესაბამის გარემოებათა არსებობისას, დასაშვებად თვლის სასჯელის გამოყენებლობას, მიუხედავად იმისა, რომ დანაშაულია ჩადენილი;

16. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ მოსამართლე ვერ დაეყრდნობა სამართლიანობის იდეას, მაგრამ მას შეუძლია დაეყრდნოს სამართლიანობის მასშტაბს, რომელიც დადგენილი აქვს კანონმდებელს (125-ე გვ.). თუმცა, ჩნდება კითხვა, როგორ უნდა გადაწყდეს საკითხი მაშინ, როცა კანონი ხარვეზს შეიცავს და არ იძლევა სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას? როცა დროის დაყოვნების შესაძლებლობა არ არსებობს, რამეთუ ამან შედეგად ადამიანის უფლებების უხეში დაზღვევა შეიძლება გამოიწვიოს. მოსამართლეს რომ გამონაკლის შემთხვევაში შეუძლია საკითხი გადაწყვიტოს არა მოქმედ კანონმდებლობაზე დაყრდნობით, არამედ სამართლის პრინციპების გათვალისწინებით, რომლებიც სამართლის იდეას გამოსხატავენ, ამის დასტურს წარმოადგენს საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 29 ივნისის გადაწყვეტილება¹⁰;

17. სადისერტაციო ნაშრომში აღნიშნულია (128-ე გვ.), რომ შინიდან გასვლის აკრძალვის, როგორც დამატებითი ღონისძიების, გამოყენება თუ რამდენიმე ვადით არის დასაშვები, ამის

შესახებ ამკ-ს 45-ე მუხლში პირდაპირ უნდა იყოს მითითებული, რათა „ნორმის ანალიზი არ უხდებოდეს მოსამართლეს და ამის მიხედვით არ ნიშნავდეს აღნიშნულ აკრძალვას“. ის რომ აკრძალვის ვადა კანონით იყოს განსაზღვრული, გასაზიარებელია. თუმცა, არა იმ საფუძვლით, რომ მოსამართლე განთავისუფლდეს ნორმის ანალიზის ტვირთისგან. ნორმის ანალიზი, ახსნა-განმარტება მოსამართლეს ყოველთვის უნევს ნორმაშეფარდებითი საქმიანობის პროცესში და მოსამართლე ვერ გათავისუფლდება აღნიშნული ტვირთისგან. მოსამართლის მიერ ნორმის ანალიზზე უარის თქმა იგივეა, რაც ნორმაშეფარდებით საქმიანობაზე უარის თქმა;

18. დისერტანტი კრიტიკას გამოთქვამს, რომ „ამკ-ის 45-ე მუხლში მოცემული აკრძალვებისა და ვალდებულებების დაკისრება არ უკავშირდება დანაშაულთა კატეგორიას, მაშინ როდესაც არასრულწლოვანს შინაპატიმრობა შეიძლება დაენიშნოს მხოლოდ ნაკლებად მძიმე დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში“ (128-129-ე გვ.). გარდა ამისა, დისერტანტი სვამს კითხვას, ვალდებულების შესრულება არის თუ არა სასჯელის თანამდევი დამატებითი ღონისძიება. აღნიშნულთან დაკავშირებით უნდა ითქვას, რომ საქმე ეხება აღდგენითი მართლმსაჯულების ღონისძიებას¹¹. ამაზე პასუხს იძლევა 45-ე მუხლის ადგილი ამკ-ში. გარდა ამისა, გასათვალისწინებელია მე-40 მუხლით გათვალისწინებული დებულება, რომლის თანახმადაც განრიდების გამოყენება დასაშვებია მაშინ, როცა არსებობს საკმარისი მტკიცებულებები დასაბუთებული ვარაუდისთვის, რომ არასრულწლოვანმა ნაკლებად მძიმე ან მძიმე დანაშაული ჩაიდინა. ე. ი. აღნიშნული ღონისძიება არ გამოიყენება როგორც აღდგენითი მართლმსაჯულების ღონისძიება განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის ჩამდენის მიმართ, რაც ლოგიკურია. აქვე უნდა ითქვას იმ საგულისხმო მომენტის შესახებ, რომ თუ ამკ შინაპატიმრობის გამოყენებას ნაკლებად მძიმე დანაშაულთა ჩადე-

¹⁰ ცქიტიშვილი თ., სასჯელი და მისი შეფარდება, თბ., 2019, გვ. 43; ნაჭყებია გ., საქართველოს სისხლის სამართლის პოლიტიკის ლიბერალიზაციის მეთოდოლოგიური პრობლემები, წიგნში: თოდუა ნ., (რედ.), სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, თბ., 2016, გვ. 102.

¹¹ შალიკაშვილი მ., მიქანაძე გ., არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება (სახელმძღვანელო), თბ., 2016, გვ. 102-104.

ნისას უშვებს, განრიდების ღონისძიების გამოყენება შესაძლებელი ხდება ასევე მძიმე დანაშაულის ჩადენასთან დაკავშირებით ვარაუდის დამასაბუთებელ მტკიცებულებათა არსებობისას, რაც ერთგვარ შეუსაბამობას შეიძლება წარმოადგენდეს. რაც შეეხება დისერტანტის კითხვას იმასთან დაკავშირებით, შეიძლება თუ არა ამკ 45-ე მუხლით გათვალისწინებული მოვალეობის დაკისრება სასჯელის დანიშვნასთან ერთად, ამაზე პასუხს იძლევა ამკ-ის 75-ე მუხლის მე-2 ნაწილი, რომლის თანახმადაც, მოსამართლე უფლებამოსილია არასაპატიმრო სასჯელთან ერთად მას დააკისროს ამკ-ის 45-ე მუხლით გათვალისწინებული ერთი ან რამდენიმე მოვალეობა. სასჯელის დანიშვნასთან ერთად მოვალეობის დაკისრება თუ როდის არის მიზანშეუწონელი ამაზე პასუხს ასევე იძლევა დასახელებული მუხლი. კერძოდ, ეს არის საპატიმრო სასჯელთა გამოყენება და შემთხვევა, როცა მოვალეობა არ შესრულდება ან მისი შესრულება არასრულწლოვნის გონებრივ და ფიზიკურ შესაძლებლობებს აღემატება;

19. ამკ-ის 69-ე მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად, არასრულწლოვანს შინაპატიმრობა შეიძლება დაენიშნოს ნაკლებად მძიმე დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში. აღნიშნულთან დაკავშირებით დისერტანტი სვამს კითხვას, ეს დებულება (შინაპატიმრობის გამოყენების შეზღუდვა) ვრცელდება მხოლოდ ისეთ შემთხვევაზე, როცა შინაპატიმრობა ძირითად სასჯელად გამოიყენება, თუ იმ შემთხვევაზეც, როცა შინაპატიმრობა დამატებით სასჯელად გამოიყენება (133-ე გვ.). იმისთვის რომ გავარკვიოთ, შეიძლება თუ არა შინაპატიმრობის დამატებით სასჯელად გამოყენება ნაკლებად მძიმე კატეგორიის გარდა სხვა შემთხვევებშიც (მძიმე კატეგორიის დანაშაულის ჩამდენი პირების მიმართ), უნდა გაირკვეს, არის თუ არა შესაძლებელი არასრულწლოვანი მსჯავრდებულის მიმართ ისეთი დამატებითი სასჯელის გამოყენება, რომელსაც სსკ-ის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლი არ ითვალისწინებს. სსკ-ი ისეთი დამატებითი სასჯელების გამოყენებას, როგორცაა ჯარიმა, საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომა, თანამდებობის დაკავების ან საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა, მაშინაც უშვებს,

როცა ის სსკ-ის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლით არ არის გათვალისწინებული (42-ე მუხლის მე-5 ნაწილი, 44-ე მუხლის მე-5 ნაწილი, 43-ე მუხლის მე-3 ნაწილი), თუმცა ასეთ მითითებას სსკ-ის 47¹-ე მუხლი შინაპატიმრობასთან დაკავშირებით არ ითვალისწინებს, რაც იმას გულისხმობს, რომ შინაპატიმრობა სსკ-ის მიხედვით მხოლოდ მაშინ გამოიყენება, როცა იგი სასჯელის სახედ არის გათვალისწინებული კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლით. გარდა ამისა, გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ამკ-ი არ მიუთითებს დამატებითი სასჯელების იმ შემთხვევებში გამოყენების შესაძლებლობაზე, რომელსაც სსკ-ის შესაბამისი მუხლები არ ითვალისწინებენ, რაც კანონიერების პრინციპიდან გამომდინარეობს. ერთი მხრივ, ჩნდება კითხვა, თუ შინაპატიმრობა დამატებით სასჯელად გამოიყენება ნაკლებად მძიმე დანაშაულის ჩადენისას, რატომ არ უნდა იქნას გამოყენებული მძიმე დანაშაულის ჩადენისას. მაგრამ გასათვალისწინებელია, რომ სსკ-ი შინაპატიმრობას ნაკლებად მძიმე კატეგორიის დანაშაულებისთვის ითვალისწინებს, სადაც თავისუფლების აღკვეთის ზედა ზღვარი 5 წელს არ სცდება. აღნიშნულიდან გამომდინარე, ნათელია, თუ რა კატეგორიის დანაშაულებთან მიმართებით უშვებს სისხლის სამართლის კანონმდებლობა (მათ შორის ამკ) შინაპატიმრობის გამოყენების შესაძლებლობას. თუ კანონმდებლობით იქნებოდა გათვალისწინებული შინაპატიმრობის გამოყენება ისეთ შემთხვევებშიც, როცა ის სსკ-ის კერძო ნაწილის შესაბამისი მუხლით არ არის გათვალისწინებული სასჯელის სახედ, შეიქმნებოდა საფრთხე მსჯავრდებულთა მიმართ არაპროპორციულად მკაცრი სასჯელების გამოყენებასთან დაკავშირებით. საკითხის ასეთი გადაწყვეტა ასევე არ იქნებოდა შესაბამისობაში კანონიერების პრინციპთან. აღნიშნული პრინციპიდან გამომდინარე ისიც საკამათოა, თუ რამდენად მიზანშეწონილია სხვა არასაპატიმრო სასჯელთა (ჯარიმა, საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა, თანამდებობის დაკავების ან საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა) გამოყენება დამატებით სასჯელად იმ შემთხვევაში, როცა აღნიშნული სასჯელები არ არის გათვალისწინებული სსკ-ის კერძო ნა-

ნილის შესაბამისი მუხლით, რასაც უშვებს მატერიალური სისხლის სამართლის კოდექსი სრულწლოვან მსჯავრდებულებთან მიმართებით.

20. დისერტანტი შინაპატიმრობასთან დაკავშირებით მსჯელობის შემდეგ ასკენის, რომ „შინაპატიმრობის გამოყენება დამატებით სასჯელად არ არის მართებული“ (133-ე გვ.). აღნიშნული დასკვნა საკამათოა. მიუხედავად იმისა, რომ საქმე ეხება საპატიმრო ხასიათის სასჯელს, რომელიც თავისუფლების აღკვეთასთან ახლოსაა, მისი გამოყენება სავსებით შესაძლებელია ისეთ სასჯელთან ერთად, როგორიც ჯარიმაა და რომელიც ასევე შეიძლება გამოყენებულ იქნას როგორც ძირითად, ისე დამატებით სასჯელად. ჯარიმის ან შინაპატიმრობის გამოყენება სხვა სასჯელთან ერთად მსჯავრდებულის არაპროპორციულად დატვირთვის საფრთხეს ქმნის, მაგრამ ეს დებულება არ ვრცელდება აბსტრაქტულად ყველა შემთხვევაზე. საკითხი, შეიძლება თუ არა მსჯავრდებულს შინაპატიმრობა შეეფარდოს სხვა სასჯელთან, მაგალითად, ჯარიმასთან ერთად, უნდა გადაწყდეს დანაშაულის ბუნების, სიმძიმის, მსჯავრდებულის პიროვნების, ეკონომიკური მდგომარეობისა და სხვა ინდივიდუალური გარემოებების გათვალისწინებით;

21. დისერტანტი აკრიტიკებს კანონმდებლის პოზიციას იმასთან დაკავშირებით, რომ 177-ე მუხლის მე-3 ნაწილით დასჯად დამამძიმებელ გარემოებაში ჩადენილი ქურდობისთვის არ ითვალისწინებს შინაპატიმრობას (149-ე გვ.). დისერტანტი უთითებს, რომ ქურდობა არასრულწლოვნებში გავრცელებული დანაშაულია და ამით ამართლებს შინაპატიმრობის გამოყენების მიზანშეწონილობას მაშინ, როცა ქურდობა ჩადენილია ისეთ დამამძიმებელ გარემოებაში, როგორიცაა ქურდობა წინასწარი შეთანხმებით ჯგუფის მიერ, არაერთგზის, ბინაში უკანონო შეღწევით, სატრანსპორტო საშუალების წინააღმდეგ. ქურდობისთვის შინაპატიმრობის გამოყენების შესაძლებლობას კანონმდებელი უშვებს მაშინ, როცა ის განხორციელებულია დამამძიმებელი გარემოებების გარეშე (177-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი) ან ისეთ დამამძიმებელ გარემოებებში, როგორიცაა ქურდო-

ბა, რამაც მნიშვნელოვანი ზიანი გამოიწვია და ქურდობა ჩადენილი სადგომში ან საცავში უკანონო შეღწევით (177-ე მუხლის მე-2 ნაწილი).

თამარ მახარობლიძის პოზიცია, რომ შინაპატიმრობა არასრულწლოვნების მიმართ უნდა გამოიყენებოდეს ქურდობის სხვა შემთხვევებშიც, არ არის გასაზიარებელი. მართალია, ქურდობა არ არის ძალადობითი დანაშაული და საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ არაძალადობით დანაშაულს წარმოადგენს, მაგრამ ქურდობის ყველა შემთხვევა არ გამოირჩევა ერთნაირი საშიშროებით. საინტერესოა კანონმდებლის პოზიცია, როცა შინაპატიმრობის გამოყენების შესაძლებლობას უშვებს საცავში ან სადგომში უკანონო შეღწევით ქურდობის დროს. რამ განაპირობა კანონმდებლის არაერთგვაროვანი მიდგომა ქურდობის აღნიშნულ შემთხვევებში შინაპატიმრობის გამოყენებასთან დაკავშირებით? კანონმდებლის პოზიცია განპირობებულია იმით, რომ როცა საქმე ეხება ბინაში უკანონო შეღწევით ქურდობას, ქმედების საშიშროება მეტია, რაც მსხვერპლისთვის, მესაკუთრისთვის მეტი საფრთხის შექმნასაც უკავშირდება. როცა ქურდობა ხორციელდება ბინაში უკანონო შეღწევით, იქმნება იმის საშიშროება, რომ ბინაში უკანონოდ შესულ ქურდებს მოუხდეთ შეხება მესაკუთრესთან, რამაც საფრთხე შეიძლება შეუქმნას მესაკუთრის არამხოლოდ საკუთრებას, არამედ მესაკუთრის ჯანმრთელობასა და სიცოცხლესაც, თუკი ბინაში შესულ ქურდებს მიუსწრებს მესაკუთრე. როცა ქურდი სხვის ბინაში უკანონოდ შედის, იმისთვისაც ემზადება, რომ შეიძლება მისმა ქმედებამ აშკარა ხასიათი შეიძინოს, თუ ბინაში მესაკუთრე დახვდება ან მოგვიანებით მიუსწრებს, და ქურდობა გადაიზარდოს საკუთრების წინააღმდეგ მიმართულ უფრო საშიშ დანაშაულში, როგორიცაა ძარცვა ან ყაჩაღობა. შესაბამისად, ასეთ დროს დამნაშავე მეტ საშიშროებას ავლენს. ვინც ბინაში შეღწევით ქურდობას ახორციელებს, ის განიხილება პოტენციურად იმ პირად, ვისგანაც მომავალში მოსალოდნელია ძარცვა და ყაჩაღობა. ბინაში შეღწევით ქურდობის უფრო მკაცრად დასჯა, ჯიბის ქურდობასთან შედარებით, მიზანშეწონილია არა მხოლოდ დამნაშავის მეტი პიროვნუ-

ლი საშიშროების გათვალისწინებით, არამედ ასევე დაზარალებულისთვის (მსხვერპლისთვის) შექმნილი საფრთხის გათვალისწინებითაც.

თუ არასრულწლოვნის მიმართ შინაპატიმრობის გამოყენებას დასაშვებად ჩავთვლით მძიმე კატეგორიის დანაშაულთა ჩადენისას, შინაპატიმრობის გამოყენება მოგვინევს ქურდობის ნებისმიერ შემთხვევაში, ვინაიდან 177-ე მუხლით გათვალისწინებული მაქსიმალური სასჯელი (მესამე ნაწილი) ათ წლამდე თავისუფლების აღკვეთაა. აღსანიშნავია, რომ 177-ე მუხლით ქურდობისთვის პასუხისმგებლობის დამამძიმებელ გარემოებად გათვალისწინებულია ქურდობა დიდი ოდენობით, ორგანიზებული ჯგუფის მიერ და სხვა. დიდი ოდენობით ქურდობა კი სახეზეა, როცა ნაქურდალის ღირებულება აღემატება 10000 ლარს, რაც მესაკუთრის მეტ მატერიალურ ზარალს უკავშირდება.

შინაპატიმრობის გამოყენება ასევე გაუმართლებელია, როცა საქმე ეხება ჯგუფურ და, მით უფრო, ორგანიზებული ჯგუფის მიერ ჩადენილ დანაშაულს. გასათვალისწინებელია ჯგუფური მოქმედების დროს გაზრდილი საშიშროება.

დისერტანტი მიუთითებს, რომ ქურდობის შემთხვევები არასრულწლოვნებში უფრო ხშირია, ვიდრე სხვა დანაშაულების ჩადენა. მაგრამ ჩნდება კითხვა, ის, რომ ესა თუ ის დანაშაული გავრცელებულია, რამდენად შეიძლება ჩაითვალოს ჰუმანური სასჯელის გამოყენების ლეგიტიმაციის საფუძვლად. რაც უფრო მეტად არის გავრცელებული დანაშაული, მით უფრო ლეგიტიმურია მის წინააღმდეგ საბრძოლველად მკაცრი პრევენციული საშუალებების გამოყენება. მართალია, ჩვენ ვსაუბრობთ არასრულწლოვნების მართლმსაჯულებასა და ქურდობის დასჯადობაზე, მაგრამ ქურდობის ყველა შემთხვევა არ უნდა იქნას ერთმანეთთან გაიგივებული და მოითხოვს დიფერენცირებულ მიდგომას ქმედების თუ დამნაშავის საშიშროების გათვალისწინებით. კანონმდებელი სასჯელის ზომას ქმედების საშიშროების გათვალისწინებით განსაზღვრავს და კანონმდებელს არ შეუძლია დანაშაულის ჩადენამდე დამნაშავის პიროვნების გათვალისწინება, მაგრამ ზოგიერ-

რთი ქმედება მისი ბუნების გათვალისწინებით და ცალკეული მაკვალიფიცირებელი გარემოებები მისი ჩამდენის პიროვნულ საშიშროებასაც წარმოაჩენენ. მაგალითად, რაც უფრო მეტი დაბრკოლების გადალახვა უხდება დამნაშავეს დანაშაულის ჩადენის დროს, მით უფრო მეტ საშიშროებას ავლენს. ეს ეხება ბინაში უკანონო შეღწევით ქურდობასაც. ბინაში უკანონო შეღწევით ქურდობის დროს დამნაშავეს განსაკუთრებული ძალისხმევის გამოჩენა და დაბრკოლების გადალახვა უნევს. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ბინაში შეღწევით ქურდობისას ირღვევა ბინის ხელშეუხებლობაც, რომელიც სსკ-ის 160-ე მუხლით დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს წარმოადგენს. მაშასადამე, მოქმედი პირი ახორციელებს ქმედებას არა მხოლოდ ერთი სიკეთის - საკუთრების, არამედ მეორე სიკეთის - სხვისი ბინის ხელშეუხებლობის წინააღმდეგაც;

22. დისერტანტი მსჯელობს სსკ-ის 187-ე მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულისთვის (სხვისი ნივთის დაზიანება ან განადგურება: ა) ცეცხლის წაკიდებით, აფეთქებით ან საყოველთაოდ საშიში საშუალებით; ბ) არაერთგზის) გათვალისწინებულ სასჯელზე და აღნიშნავს, რომ აღნიშნულ შემთხვევაში მხოლოდ თავისუფლების აღკვეთის გათვალისწინება გაუმართლებელია, ვინაიდან ასეთი სასჯელი არ იძლევა მოსამართლის მიერ ალტერნატიული საშუალების გამოყენების შესაძლებლობებს (151-152-ე გვ.). დისერტანტი აღნიშნულ საკითხს განიხილავს დისერტაციის იმ თავში, სადაც შინაპატიმრობის სასჯელის სახედ გამოყენების საკითხს აანალიზებს. დისერტანტი აკრიტიკებს 187-ე მუხლის მე-2 ნაწილით თავისუფლების აღკვეთის გარდა სხვა ალტერნატიული სასჯელის გაუთვალისწინებლობას, მაგრამ არ აკონკრეტებს, თუ რომელი სასჯელი უნდა იყოს გათვალისწინებული ალტერნატიულ სასჯელად. თუმცა, თუ გავითვალისწინებთ დისერტანტი დისერტაციის რომელ ქვეთავში მსჯელობს აღნიშნულ საკითხზე, მივალთ იმ დასკვნამდე, რომ დისერტანტს ასეთად სწორედ შინაპატიმრობა მიაჩნია. ჩნდება კითხვა, რამდენად მიზანშეწონილია შინაპატიმრობის გამოყენება, როცა საქმე ეხება

ნივთის დაზიანებას ან განადგურებას ცეცხლის ნაკიდებით, აფეთქებით ან სხვა საყოველთაოდ საშიში საშუალებით. აქაც არა მხოლოდ კონკრეტული პირის საკუთრების ხელყოფა ხდება, არამედ საფრთხე ექმნება ირგვლივ მყოფ პირებს, თუნდაც იმათ, ვინც შემთხვევის ადგილზე არ იმყოფებოდა, მაგრამ შეიძლება ყოფილიყო. აქვე გასათვალისწინებელია ის, რომ შინაპატიმრობას სსკ-ი ითვალისწინებს სიცოცხლის წინააღმდეგ ჩადენილი დანაშაულებისთვის, მკვლევობისთვის, რომელიც ჩადენილია პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელ გარემოებებში (110, 111, 112-ე მუხლები), ასევე გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობისთვის (116-ე მუხ.). მიუხედავად იმისა, რომ აქ საუბარია სიცოცხლის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებზე, აღნიშნულ შემთხვევებში შინაპატიმრობის გამოყენების გამართლების საფუძველს შეიძლება წარმოადგენდეს ის, რომ საქმე ეხება პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელ გარემოებებში და გაუფრთხილებლობით ჩადენილ დანაშაულებს.

დისერტანტი 187-ე მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებული სასჯელის მართებულობაზე მსჯელობისას მიუთითებს, რომ ვინაიდან აღნიშნული მუხლი თავისუფლების აღკვეთის გარდა სხვა სასჯელს არ ითვალისწინებს, მოსამართლეს შეუძლია არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით, ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშზე დაყრდნობით გამოიყენოს ამკ-ის 66-ე მუხლით გათვალისწინებული სხვა სახის სასჯელი (152-ე გვ.), მაგრამ ჩნდება კითხვა, ხომ არ მოდის საკითხის ასეთი გადაწყვეტა წინააღმდეგობაში კანონიერების პრინციპთან?

23. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენების წესისა და მეთოდოლოგიის დამტკიცების შესახებ საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2015 წლის 31 დეკემბრის #178-ე ბრძანებით, პრობაციის ოფიცერი უფლებამოსილია მსჯავრდებულის ან კანონიერი წარმომადგენლის დასაბუთებული თხოვნის საფუძველზე, მსჯავრდებულს დროებით მოხსნას სამაჯური შესაბამისი წინაპირობების არსებობისას, რომელთაგან

ერთ-ერთია პროფესიულ საქმიანობასთან დაკავშირებული მივლინება, რომელიც, ერთი მხრივ, გულისხმობს გარკვეული შეღავათის არსებობას, რაც მისასაღმებელია, მაგრამ, მეორე მხრივ, შეუძლებელია არასრულწლოვანს მივლინება ჰქონდეს (193-ე გვ.). აღნიშნული მოსაზრება არ არის გასაზიარებელი, ვინაიდან არასრულწლოვანია პირი 18 წლამდე, ხოლო საქართველოს კანონმდებლობით პირები შრომით სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილე შეიძლება იყვნენ 16 წლის ასაკიდან. გარდა ამისა, არსებობს ისეთი პროფესიებიც, რომლებიც არ არის დაკავშირებული გრძელვადიან საუნივერსიტეტო სწავლებასთან. შესაბამისად, არასრულწლოვანი შეიძლება იყოს პროფესიულ საქმიანობასთან დაკავშირებულ მივლინებაში;

24. დისერტანტი სვამს კითხვას, სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2015 წლის 31 დეკემბრის #178-ე ბრძანებაში მოხსენიებული პროფესიულ საქმიანობასთან დაკავშირებული მივლინება გულისხმობს მივლინებას ქვეყნის შიგნით, თუ ქვეყნის გარეთ (193-194-ე გვ.). აღნიშნულ კითხვაზე პასუხს იძლევა სსკ-ის 47¹-ე მუხლის (შინაპატიმრობა) მე-7 ნაწილის საკანონმდებლო დებულება, რომლის შესაბამისად, „შინაპატიმრობის მოხდის პერიოდში მსჯავრდებულს ეკრძალება საქართველოს საზღვრის გადაკვეთა“. აღნიშნულ მოთხოვნას აქვს იმპერატიული ძალა და იურიდიული თვალსაზრისითაც უფრო მაღალ საფეხურზეც დგას, ვიდრე მინისტრის ბრძანება. მაშასადამე, მინისტრის ბრძანებაში მივლინების ქვეშ იგულისხმება მივლინება ქვეყნის შიგნით;

25. დისერტანტი საქმიანობის უფლების ჩამორთმევას, როგორც კანონთან კონფლიქტში მყოფ პირთა (არასრულწლოვანთა) მიმართ გამოსაყენებელი ალტერნატიული სასჯელის ეფექტურობის საკითხს საეჭვოდ მიიჩნევს, რის მიზეზადაც ასახელებს იმას, რომ აღნიშნული სასჯელის გამოყენებამ არასრულწლოვანი შეიძლება მძიმე მატერიალური მდგომარეობის წინაშე დააყენოს, შეიძლება ის მცირე მატერიალური შემოსავალიც წაართვას, რაზეც მისი ნორმალური ცხოვრება და განვითარება იყო დამოკიდებული (მე-200 გვ.). თუმცა, გასათვა-

ლისწინებელია, რომ აღნიშნული სასჯელის გამოყენება დამოკიდებულია ჩადენილ დანაშაულთან, იმასთან, ხომ არ უკავშირდებოდა დანაშაულის ჩადენა არასრულწლოვნის საქმიანობას. არ შეიძლება საქმიანობის ჩამორთმევა არასრულწლოვანს შეეფარდოს ინდივიდუალურ გარემოებათა გათვალისწინების გარეშე. თუნდაც იმის გათვალისწინებლად, რა სახის დანაშაული იქნა ჩადენილი და ხომ არ ქმნის არასრულწლოვნის საქმიანობა დანაშაულის განმეორებით ჩადენის საშიშროებას. თუ ასეთი საფრთხე არსებობს, მიზანშეწონილია აღნიშნული სასჯელის გამოყენება.

დისერტანტი აღნიშნავს, რომ დასაქმებული არასრულწლოვნის საქმიანობის უფლების აკრძალვა არ არის ისეთი სასჯელი, რომელიც სასჯელის მიზნების აღსრულებას შეუწყობს ხელს (201-ე გვ.). თუმცა, გაუგებარია რა უნდა მოიმოქმედოს სახელმწიფომ მაშინ, როცა დანაშაულის ჩამდენი არასრულწლოვნის საქმიანობა დანაშაულის რეციდივის მაღალ რისკს შეიცავს? მართალია, დასაქმება თანამედროვე პირობებში სერიოზულ პრობლემას წარმოადგენს საქართველოში, არასრულწლოვანთა, და ზოგადად, ადამიანთა დაუსაქმებლობა ცალკე სირთულეებს წარმოშობს, მაგრამ ეს არ შეიძლება მივიჩნიოთ იმის დასასაბუთებელ არგუმენტად, რომ არასრულწლოვანი დამნაშავისთვის საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა არაეფექტური სასჯელია ნებისმიერ შემთხვევაში. საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა მაშინ იქნება არაეფექტური, თუ არ მოხდება ინდივიდუალურ გარემოებათა გათვალისწინება.

დისერტანტი განაგრძობს მსჯელობას: „როგორ მოხდება ამ სასჯელით არასრულწლოვნის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაცია? ან ახალი დანაშაულის თავიდან აცილება? თუ პირი დანაშაულებრივ საქმიანობას ეწევა, ეს ხომ ისედაც აკრძალული აქვს ამ სასჯელის შეფარდების გარეშეც. დასაქმება და შრომა კი, პირიქით, ხელს უწყობს სასჯელის მიზნების შესრულებას. შესაბამისად, საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა არ არის სასჯელის მიზნებზე ორიენტირებული სასჯელის სახე“ (201-ე გვ.). როგორც მოცემული მსჯელობიდან ირკვევა, დისერტანტს არა აქვს ნათელი წარმოდგენა საქმიანობის უფლების ჩამორთმევის შინაარსთან დაკავშირებით. საქმიანობის უფლების აკრძალვა გულისხმობს არა დანაშაულებრივი საქმიანობის (მაგალითად, ქურდობა, ძარცვა, ყაჩაღობა და ა. შ.) აკრძალვას, რაც ისედაც აკრძალულია, არამედ ისეთი საქმიანობის აკრძალვას, რომელიც, ზოგადად, არ არის დანაშაულებრივი, მაგრამ გამოყენებული იქნა დანაშაულის ჩასადენად. ასეთია, მაგალითად, საექიმო, ფარმაცევტული საქმიანობა, მძღოლად მუშაობა (როცა ის შემოსავლის წყაროა)¹², მასწავლებლობა, საადვოკატო საქმიანობა და ა. შ. ზოგიერთი სახის, და მათ შორის აქ ჩამოთვლილთაგან უმეტესი ტიპის, საქმიანობა სრულწლოვან სუბიექტს მოითხოვს და დასაქმებული პირის არასრულწლოვანებას გამორიცხავს, მაგრამ თუ დანაშაული ჩადენილი იქნა იმ საქმიანობასთან დაკავშირებით, რომელიც მართლზომიერი და ნებადართული საქმიანობაა და რომლითაც არასრულწლოვანია დაკავებული, დანაშაულის ჩამდენ არასრულწლოვანს შეიძლება შეეფარდოს საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა, იმის გათვალისწინებით, რომ მომავალში მოსალოდნელი იყო დანაშაულის ჩადენა იმ სფერო-

ნობის უფლების ჩამორთმევის შინაარსთან დაკავშირებით. საქმიანობის უფლების აკრძალვა გულისხმობს არა დანაშაულებრივი საქმიანობის (მაგალითად, ქურდობა, ძარცვა, ყაჩაღობა და ა. შ.) აკრძალვას, რაც ისედაც აკრძალულია, არამედ ისეთი საქმიანობის აკრძალვას, რომელიც, ზოგადად, არ არის დანაშაულებრივი, მაგრამ გამოყენებული იქნა დანაშაულის ჩასადენად. ასეთია, მაგალითად, საექიმო, ფარმაცევტული საქმიანობა, მძღოლად მუშაობა (როცა ის შემოსავლის წყაროა)¹², მასწავლებლობა, საადვოკატო საქმიანობა და ა. შ. ზოგიერთი სახის, და მათ შორის აქ ჩამოთვლილთაგან უმეტესი ტიპის, საქმიანობა სრულწლოვან სუბიექტს მოითხოვს და დასაქმებული პირის არასრულწლოვანებას გამორიცხავს, მაგრამ თუ დანაშაული ჩადენილი იქნა იმ საქმიანობასთან დაკავშირებით, რომელიც მართლზომიერი და ნებადართული საქმიანობაა და რომლითაც არასრულწლოვანია დაკავებული, დანაშაულის ჩამდენ არასრულწლოვანს შეიძლება შეეფარდოს საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა, იმის გათვალისწინებით, რომ მომავალში მოსალოდნელი იყო დანაშაულის ჩადენა იმ სფერო-

¹² მართვის უფლების აკრძალვას, როგორც საქმიანობის უფლების ჩამორთმევას, პრაქტიკაში ფართო ინტერპრეტაცია ეძლევა და ის საქმიანობის უფლების ჩამორთმევად, სასჯელად განიმარტება მაშინაც, როცა მანქანის მართვა კონკრეტული პირისთვის არ იყო დაკავშირებული მის საქმიანობასთან და არ წარმოადგენდა შემოსავლის წყაროს, რაც არ შეიძლება მართებულად ჩაითვალოს. მიზანშეწონილია მართვის უფლების აკრძალვა მხოლოდ მაშინ იქნას მიჩნეული საქმიანობის უფლების აკრძალვად, როცა ის მსჯავრდებულის საქმიანობასთან არის დაკავშირებული, რაც არ გულისხმობს იმას, რომ მართვის უფლების აკრძალვა სხვა შემთხვევებში არ შეიძლება პირს დაუნესდეს. სხვა შემთხვევებში მისი გამოყენება უნდა მოხდეს არა როგორც სასჯელის, არამედ როგორც ისეთი შეზღუდვის ფორმით, რომელიც გამოიყენება სასჯელის პარალელურად, ისე, როგორც ეს ხდება არჩევნებში ხმის მიცემის უფლების შეზღუდვასთან დაკავშირებით (დანაშაულის სიმძიმის გათვალისწინებით). აღსანიშნავია ის გარემოებაც, რომ მართვის უფლების აკრძალვაზე, როგორც სასჯელზე ქართული სსკ-ი პირდაპირ არ მიუთითებს, განსხვავებით გერმანული სსკ-გან, სადაც აღნიშნული სანქცია ერთ-ერთ სასჯელადაა გათვალისწინებული.

ში, რომელშიც არასრულწლოვანი საქმიანობას ეწეოდა.

შეუძლებელია არასრულწლოვანს საქმიანობის უფლების ჩამორთმევის სახით დაუნესდეს ისეთი ქმედების აკრძალვა, რომელიც დანაშაულია, ვინაიდან დანაშაულის ჩადენის უფლება არ არსებობს. სასჯელი ყოველთვის არის დაკავშირებული უფლების შეზღუდვასთან. ეს ეხება საქმიანობის უფლების აკრძალვასაც, რომელიც გულისხმობს იმ საქმიანობის აკრძალვას, რომლის უფლებაც, ზოგადად, არსებობს და ნებადართულია.

26. დისერტანტს საეჭვოდ მიაჩნია საქმიანობის უფლების ჩამორთმევით სასჯელის ისეთი მიზნის მიღწევა, როგორცაა არასრულწლოვნის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაცია, მაგრამ არ უნდა დაგვაზინყდეს, რომ სასჯელი ყოველთვის წარმოადგენს არასასიამოვნო შედეგს, უფლების შეზღუდვას, გარკვეულ დარტყმას ჩადენილი დანაშაულის გამო. სასჯელს ვერ ექნება წამახალისებელი ეფექტი. სასჯელი განსხვავდება აღდგენითი მართლმსაჯულების ღონისძიებისგან, რომელიც ასევე არის დაკავშირებული გარკვეულ შეზღუდვებთან, მაგრამ თავისი შედეგებით განსხვავდება სასჯელისგან. შეკითხვა, რომელსაც დისერტანტი სვამს საქმიანობის აკრძალვაზე, შეიძლება დავსვათ სხვა სასჯელებთან მიმართებითაც, თუნდაც თავისუფლების აღკვეთასთან დაკავშირებით. რამდენად უწყობს ხელს თავისუფლების აღკვეთა არასრულწლოვნის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას? გასაგებია, რომ რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას ნაკლებად უწყობს ხელს საპატიმრო სასჯელი ან არასრულწლოვნისთვის საქმიანობის აკრძალვა, მაგრამ აღნიშნული ღონისძიებები გამოიყენება მაშინ, როცა არსებობს უკიდურესი აუცილებლობა პრევენციული თვალსაზრისით. სასჯელი ხომ უკიდურესი საშუალებას წარმოადგენს სახელმწიფოს ხელში. გასათვალისწინებელია ის, რომ სასჯელის მიზანი, გარდა რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციისა, დანაშაულის პრევენციაც არის. შეიძლება სასჯელის მიზნებიდან კონკრეტულ მიზანს მიენიჭოს უპირატესი მნიშვნელობა ცალკეულ შემთხვევებში. ამიტომ სასჯელის შეფარდებისას უნდა იქნას გათვალისწინებული,

თუ რომელი მიზანია პრიორიტეტული. ამის მიხედვით უნდა შეირჩეს შესაფარდებელი სასჯელის სახე და ზომა. აქვე უნდა ითქვას ისიც, რომ სასჯელის მიზნები ერთმანეთთან კავშირში მიიღწევა და არა ერთმანეთისგან მოწყვეტით, მაგრამ ყველა სასჯელი ერთნაირად ეფექტური საშუალება შეიძლება არ აღმოჩნდეს კონკრეტულ შემთხვევაში სასჯელის მიზნების თანაბრად მისაღწევად. შეიძლება კონკრეტულ შემთხვევაში დანაშაულის პრევენციის მიზნის მიღწევის აუცილებლობის საკითხი იყოს წინა პლანზე წამოწეული და შესაბამისად, სასჯელიც ამის გათვალისწინებით შეირჩეს, რაც თავისთავად არ ნიშნავს იმას, რომ დამნაშავის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაცია მეორეხარისხოვანი მიზანია. ამ მიზნის მიუღწევლობა თავის თავში შეიცავს დანაშაულის რეციდივის საფრთხეს, რაც კარგად წარმოაჩენს დამნაშავის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციის მიზნის მიღწევის მნიშვნელობას დანაშაულის პრევენციისთვის. ის, რომ სასჯელის კონკრეტული მიზნის მიღწევის საკითხი შეიძლება იყოს პრიორიტეტული ცალკეულ შემთხვევაში, ეს კარგად ჩანს სასჯელისაგან დროებით პირობით ვადაზე ადრე გათავისუფლების თუ სასჯელის უფრო მსუბუქი სასჯელით შეცვლის ინსტიტუტებიდანაც. სასჯელის შეფარდების დროს, ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმის და დანაშაულის რეციდივის რისკის გათვალისწინებით, დანაშაულის პრევენციის მიზნის პრიორიტეტულობიდან გამომდინარე შეიძლება მსჯავრდებულს შეუფარდონ მკაცრი სასჯელი, რაც ნაკლებად უწყობს ხელს მსჯავრდებულის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას, მაგრამ მას შემდეგ, რაც მსჯავრდებული სასჯელის ნაწილს (კანონით გათვალისწინებულ საშუალო პერიოდს) მოიხდის და თავისი ყოფაქცევით აჩვენებს, რომ მისგან დანაშაულის განმეორებით ჩადენის საფრთხემ იკლო და არ არსებობს მკაცრი სასჯელის რეალურად, სრულად მოხდის საჭიროება, შეიძლება მიღებულ იქნას გადაწყვეტილება სასჯელისაგან პირობით ვადაზე ადრე გათავისუფლებასთან ან სასჯელის უფრო მსუბუქი სასჯელით შეცვლასთან დაკავშირებით, რაც ხელს შეუწყობს დამნაშავის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას. როდესაც ხდება იმის შეფასე-

ბა, კონკრეტულ შემთხვევაში თუ რომელ მიზანს მიენიჭოს უპირატესობა, როგორც ითქვა, უნდა მოხდეს ცალკეულ გარემოებათა შეფასება, რომელთა შორის უმთავრესია ქმედების ხასიათი, დანაშაულის სიმძიმე და დამნაშავის პიროვნება. ამ უკანასკნელს არასრულწლოვანთა სისხლის სამართალში განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება. ყოველივე აღნიშნული იმის თქმის შესაძლებლობას იძლევა, რომ საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა არ გამორიცხავს არასრულწლოვანთა სასჯელის მიზნების მიღწევის შესაძლებლობას, თუ სასჯელის შეფარდება მოხდება შესაბამის გარემოებათა გათვალისწინებით. მხედველობაშია მისაღები ის გარემოებაც, რომ საქმიანობის უფლების ჩამორთმევა არ გულისხმობს ზოგადად მუშაობის და საქმიანობის აკრძალვას, არამედ უფლების შეზღუდვას განსაზღვრული სახის საქმიანობასთან დაკავშირებით, რომელსაც მოსამართლე, როგორც წესი, განაჩენში აკონკრეტებს;

27. დისერტანტს, როგორც ჩანს, არ შეუსწავლია სასამართლო პრაქტიკა საქმიანობის უფლების ჩამორთმევასთან დაკავშირებით, განსხვავებით ჯარიმისა და შინაპატიმრობის შეფარდებისგან. შესწავლილი რომ ყოფილიყო სასამართლო პრაქტიკა სასჯელის აღნიშნული სახის შეფარდებაზე, არ გააკეთებდა იმ დასკვნებს, რომელიც სადისერტაციო ნაშრომში წარმოადგინა. სასურველი იყო, დოქტორანტს სასამართლო პრაქტიკა შეესწავლა საქმიანობის უფლების ჩამორთმევასთან დაკავშირებით, თუნდაც სრულწლოვანებთან მიმართებით;

28. დისერტანტი აღნიშნავს, რომ „საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა ყველაზე ნოვატორული სასჯელია, რომელიც XX საუკუნის ბოლო ათწლეულებში შექმნა კანონმდებელმა“ (202-ე გვ.). თუმცა, ლიტერატურაში მიუთითებენ, რომ რეალურად აღნიშნული სასჯელი სათავეს იღებს 1920 წელს საბჭოთა ხელისუფლების მიერ თავისუფლების აღკვეთის გარეშე კოლექტიური სამუშაოების შემოღებიდან¹³.

29. სსკ-ის 44-ე მუხლის მე-4 ნაწილის მიხედვით, საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომა

არ გამოიყენება პირველი და მეორე ჯგუფის ინვალიდების, ორსული ქალის, შვიდ წლამდე ასაკის ბავშვის დედის, საპენსიო ასაკს მიღწეული პირის, განვეული სამხედრო მოსამსახურის მიმართ. ამკ-ი კი (71-ე მუხ.) ასეთ შეზღუდვებს არ ითვალისწინებს, რასაც დისერტანტი ამკ-ის ხარვეზად მიიჩნევს და უთითებს, რომ „არასრულწლოვნები, სულ მცირე, უნდა სარგებლობდნენ იმავე გარანტიებით და დაცვით, როგორც სრულწლოვანი პირები“ (206-ე გვ.). დისერტანტის პოზიცია არ არის გასაზიარებელი იმასთან დაკავშირებით, რომ ამკ-ის 71-ე მუხლი არასრულწლოვნებს სრულწლოვნებთან მიმართებით უარეს მდგომარეობაში აყენებს. პირიქით, სსკ-ის 44-ე მუხლის მე-4 ნაწილით დაწესებული აბსტრაქტული ხასიათის აკრძალვა საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომის გამოყენებასთან დაკავშირებით (პირთა წრის მიხედვით) მოსამართლეს შეიძლება აიძულებდეს, რომ ცალკეულ შემთხვევებში აღნიშნული აკრძალვიდან გამომდინარე მსჯავრდებულს შეუფარდოს უფრო მკაცრი სასჯელი, როცა სხვა ალტერნატიული სასჯელის გამოყენების საშუალება არ არსებობს¹⁴. შესაბამისად, ამკ-ის 71-ე მუხლი არა თუ ამძიმებს არასრულწლოვანი მსჯავრდებულის მდგომარეობას, სრულწლოვნებთან შედარებით, არამედ მოსამართლეს აძლევს შესაძლებლობას საკითხი გადანყვიტოს არა აბსტრაქტულ აკრძალვაზე, არამედ კონკრეტულ გარემოებებზე დაყრდნობით, არასრულწლოვნის ინდივიდუალური შესაძლებლობების გათვალისწინებით. სისხლის სამართლის კანონმდებლობა მოსამართლეს უნდა აძლევდეს იმის შესაძლებლობას, რომ საკითხი ინდივიდუალურად გადანყვიტოს. შეიძლება მსჯავრდებული იყოს შშმ პირი, მაგრამ ამის მიუხედავად ჰქონდეს კონკრეტული სახის საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომის შესრულების შესაძლებლობა. სასჯელის დანიშვნის

¹³ პრადელი ჟ., შედარებითი სისხლის სამართალი, თარგმნა ე. სუმბათაშვილმა, რედაქტორი თ. ნინიძე, 1999, გვ. 436.

¹⁴ ცქიტიშვილი თ., სასჯელის პროპორციულობა, ნიგნში: თოდუა ნ., (რედ.), საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, თბ., 2016, გვ. 549-551; დვალიძე ი., სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სასჯელი და დანაშაულის სხვა სისხლისსამართლებრივი შედეგები, თბ., 2013, გვ. 50-51.

დროს მოსამართლეს უნდა შეეძლოს იმის გათვალისწინება, მსჯავრდებულის შეზღუდული შესაძლებლობა თუ რამდენად გამორიცხავს საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომის შესრულების შესაძლებლობას. გასათვალისწინებელია, რომ სასჯელის აღსრულება არ წარმოადგენს შრომითსამართლებრივ ურთიერთობას. შესაბამისად, გაუმართლებელია სასჯელის აღსრულების პროცესში იმ შეზღუდვების გადმოტანა, რომელიც შრომითსამართლებრივ ურთიერთობაში მოქმედებს. განსხვავებულია შრომის სამართლისა და სასჯელის მიზნები. შრომითსამართლებრივ ურთიერთობებში არსებული ყველა შეზღუდვის აბსტრაქტულად გადმოტანა სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში ცალკეულ შემთხვევებში შეიძლება მიგვიყვანოს იმის საპირისპირო შედეგამდე, რომლის მიღწევასაც ისახავდა მიზნად აღნიშნული შეზღუდვა შრომითსამართლებრივ ურთიერთობაში. ამასთან ერთად გასათვალისწინებელია ისიც, რომ საზოგადოებისთვის სასარგებლო შრომის შესრულება უნდა შეესაბამებოდეს არასრულწლოვანი მსჯავრდებულის გონებრივ და ფიზიკურ შესაძლებლობებს, საფრთხეს არ უნდა უქმნიდეს მის სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას;

30. ამკ-ის 76-ე მუხლი მოსამართლეს ართმევს უფლებას არასრულწლოვან დამნაშავეს დაუნიშნოს კანონით გათვალისწინებულზე უფრო მსუბუქი სასჯელი, თუ მის მიმართ წარსულში გამამტყუნებელი განაჩენი იყო გამოტანილი. აღნიშნული დებულება იმის თქმის შესაძლებლობას იძლევა, რომ ყურადღება არ ექცევა განაჩენის გამოტანიდან გასულ დროსაც, ვინაიდან საუბარია არა ნასამართლობაზე, არამედ „წარსულში გამოტანილ განაჩენზე“. ამასთან ერთად გასათვალისწინებელია სსკ-ის მე-17 მუხლის მე-4 ნაწილში მოცემული დებულება, რომლის თანახმადაც, დანაშაულის რეციდივს ვერ დააფუძნებს ნასამართლობა იმ დანაშაულზე, რომელიც არასრულწლოვანობის პერიოდში არის ჩადენილი. ეს იმას ნიშნავს, რომ არასრულწლოვნის მიმართ წარსულში გამოტანილ გამამტყუნებელ განაჩენს არ ენიჭება ისეთივე მნიშვნელობა, როგორც სრულწლოვნის ნასამართლობას. თუ არასრულწლოვნის

წარსული ნასამართლობა დანაშაულის რეციდივს ვერ დააფუძნებს და მხედველობაში არ უნდა იქნას მიღებული სასჯელის დამამძიმებელ გარემოებად, ჩნდება კითხვა, რატომ უნდა მიენიჭოს მას კანონით გათვალისწინებულზე უფრო მსუბუქი სასჯელის შეფარდების დაბლოკვის ფუნქცია? თუ წარსულში გამოტანილი განაჩენი არასრულწლოვნისთვის კანონით გათვალისწინებულზე უფრო მსუბუქი სასჯელის შეფარდების დამაბრკოლებელ გარემოებად იქნა მიჩნეული, ეს იმას ნიშნავს, რომ მისი გაიგივება ხდება წარსულში განხორციელებულ ქმედებასთან და მხედველობაში არ მიიღება ის გარემოება, რომ ადამიანს, მით უფრო მოზარდს, აქვს შესაძლებლობა გარდაქმნას საკუთარი თავი. დანაშაულის (მით უფრო სხვა სახისა და არა იმავე ქმედების) განმეორებით ჩადენა ყოველთვის არ გულისხმობს დანაშაულის ჩადენის გამოუსწორებელ ხასიათს. შეიძლება ადგილი ჰქონდეს დანაშაულის ჩადენის სიტუაციურ შემთხვევას, სადაც მოქმედი პირი დანაშაულის სუბიექტთან ერთად გარემოებათა მსხვერპლსაც წარმოადგენს. წარსულში გამოტანილ გამამტყუნებელ განაჩენს, არასრულწლოვნისგან განსხვავებით, სხვა მნიშვნელობა შეიძლება ჰქონდეს სრულწლოვნებთან დაკავშირებით.

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, დისერტანტი ამკ-ის 76-ე მუხლით გათვალისწინებულ შეზღუდვას სწორად აფასებს კრიტიკულად, მაგრამ არ არის გასაზიარებელი მისი შეფასება იმასთან დაკავშირებით, რომ აღნიშნული ნორმა შეიძლება წინააღმდეგობაში მოდიოდეს ორჯერ დასჯის აკრძალვის პრინციპთან (*Ne bis in idem*) (245-ე გვ.). აღნიშნული პრინციპის მიხედვით, დაუშვებელია პიროვნების ორჯერ დასჯა ანუ ხელმეორედ მსჯავრდება იმ ქმედებისთვის, რომლის გამოც ის ერთხელ იყო მსჯავრდებული. მიუხედავად იმისა, რომ წარსული გამამტყუნებელი განაჩენიდან გამომდინარე გაუმართლებელი შეიძლება იყოს მსჯავრდებულისთვის კანონით გათვალისწინებულზე უფრო მსუბუქი სასჯელის შეფარდებაზე უარის თქმა, ის მაინც არ წარმოადგენს იმ ტიპის სამართლებრივ შეუსაბამობას, რომელიც ორჯერ დასჯის აკრძალვის პრინციპს გა-

უთანაბრდება, ისევე, როგორც ორჯერ დასჯის აკრძალვის პრინციპი არ შეიძლება გავაიგივოთ ისეთ პრინციპთან, როგორცაა ორჯერ შეფასების აკრძალვის პრინციპი (**Das Verbot der Doppelverwertung**);

31. დასაბუთებულია, რომ დისერტანტს სადისერტაციო ნაშრომზე მუშაობის დროს არ გამოუყენებია ალ. ვაჩიშვილის ცნობილი წიგნი (სასჯელი და სოციალური დაცვის ღონისძიებანი, თბილისი 1960). შესაბამისად, დისერტაციაში არ გვხვდება მითითება მონოგრაფიაზე, რომელიც სასჯელებთან დაკავშირებით ქართულ ენაზე შესრულებულ პირველ მონოგრაფიას წარმოადგენს და დღესაც ითვლება ღირებულ ნაშრომად;

32. დისერტანტი ნაშრომში იყენებს ტერმინს „ეტიკეტირება“ (169-ე გვ.). ჯობდა გამოეყენებინა ტერმინი „სტიგმატიზაცია“, ვინაიდან ის უფრო შესატყვის და ქართულ ლექსიკაში დამკვიდრებულ ტერმინს წარმოადგენს;

33. ნაშრომში ვხვდებით ისეთი ხასიათის ტექნიკურ ხარვეზს, როგორცაა ჟურნალის მითითება სხვა სახელწოდებით. მაგალითად, წინამდებარე ტექსტის ავტორის მიერ გამოცემული ერთ-ერთი ნაშრომი, რომელიც „თსუ იურიდიული ფაკულტეტის სამართლის ჟურნალ“-შია (2019 წლის პირველ ნომერში) გამოქვეყნებული, მითითებულია, როგორც ჟურნალ „სამართალში“ გამოქვეყნებული. ვფიქრობ ჟურნალი აღნიშნული სახელწოდებით ამჟამად არც გამოიცემა;

34. დისერტაციაში ვხვდებით დისერტანტის ისეთ მსჯელობას, რომელიც უშუალო კავშირში ნაკლებადაა განსახილველ საკითხთან. მაგალითად, ევროპული სასამართლოს პოზიცია მოზარდის ფიზიკურ დასჯასთან დაკავშირებით და იმაზე, თუ რომელი კონსტიტუციური უფლება ირღვევა აღნიშნულის შედეგად (176-ე გვ.). მაშინ, როცა განსახილველი საკითხი ეხება ელექტრონულ მონიტორინგსა და მისი კონსტიტუციურობის საკითხს;

35. ვინაიდან სადისერტაციო ნაშრომს ჰქვია „არასრულწლოვანთა სასჯელების ეროვნული და საერთაშორისო სტანდარტები“, მიზანშეწონილი იყო ნაშრომში, და მათ შორის სარჩევში, უფრო მკვეთრად ყოფილიყო დიფერენცირებული

ლი საერთაშორისო სტანდარტები და ეროვნული კანონმდებლობით გათვალისწინებული მიდგომები;

36. დისერტაციის შესავალ ნაწილში (მე-3 გვ.) აღნიშნულია, რომ სხვა მეთოდებთან ერთად გამოყენებული იქნა ანალიტიკური მეთოდი. ვფიქრობ, ამის გამოყოფა არც იყო აუცილებელი, ვინაიდან სადისერტაციო ნაშრომი და შესაბამისი პრობლემის კვლევა ამას ისედაც გულისხმობს. შეუძლებელია სადისერტაციო ნაშრომის შესრულება ანალიტიკური აზროვნების და მიდგომის გარეშე;

37. ნაშრომში აღნიშნულია, რომ სოციოლოგიური მეთოდიც იქნა გამოყენებული, მაგრამ არ არის მკაფიო თუ რაში გამოიხატა ეს. მაგალითად, ხომ არ ჩაატარა დისერტანტმა სოციოლოგიური კვლევა, რაც ნაშრომიდან არ იკვეთება;

38. დისერტანტი საუბრობს ამკ-ის 72-ე მუხლის მე-2 და მე-3 ნაწილებით გათვალისწინებულ რეგულაციებზე და მათი დახვეწის შესაძლებლობაზე (225-226-ე გვ.), მაგრამ აღნიშნული მუხლი ამკ-ის მოქმედი რედაქციიდან ამოღებულია;

39. დისერტაციის ზოგიერთი ქვეთავის დასათაურება არ არის ენობრივ-სტილისტური თვალსაზრისით გამართულად ჩამოყალიბებული. მაგალითად, „3.1.“ ქვეთავს ჰქვია „ჯარიმა, როგორც არასრულწლოვნის დამოუკიდებელი შემოსავალი“ (68-ე გვ.). სასურველი იყო აღნიშნული ქვეთავის სათაური სხვაგვარად ყოფილიყო ჩამოყალიბებული. მაგალითად, „არასრულწლოვნის დამოუკიდებელი შემოსავლის მნიშვნელობა ჯარიმის შეფარდებისთვის“ ან „არასრულწლოვნის დამოუკიდებელი შემოსავალი, როგორც ჯარიმის შეფარდების აუცილებელი პირობა“;

40. ვფიქრობ, დისერტაციის სათაურიც საჭიროებდა მეტ გამართულობას. სადისერტაციო თემის სახელწოდებაა: „არასრულწლოვანთა სასჯელების ეროვნული და საერთაშორისო სტანდარტები“. ჯობდა სათაური შემდეგნაირად ყოფილიყო ჩამოყალიბებული: „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში სასჯელის შეფარდების და აღსრულების ეროვნული და საერთაშორისო სტანდარტები“. ნაშრომში, ძი-

რითადად, არასრულწლოვანთა სასჯელის საკანონმდებლო რეგულირების და სასჯელის შეფარდების საკითხებია განხილული, მაგრამ განხილვის საგანს ასევე წარმოადგენს არა-

სრულწლოვნებთან მიმართებით სასჯელის აღსრულების პრობლემები.

მიუხედავად არსებული შენიშვნებისა, ნაშრომს ეძლევა დადებითი შეფასება და არ აკნინებს მის მნიშვნელობას როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული ღირებულების თვალსაზრისით.