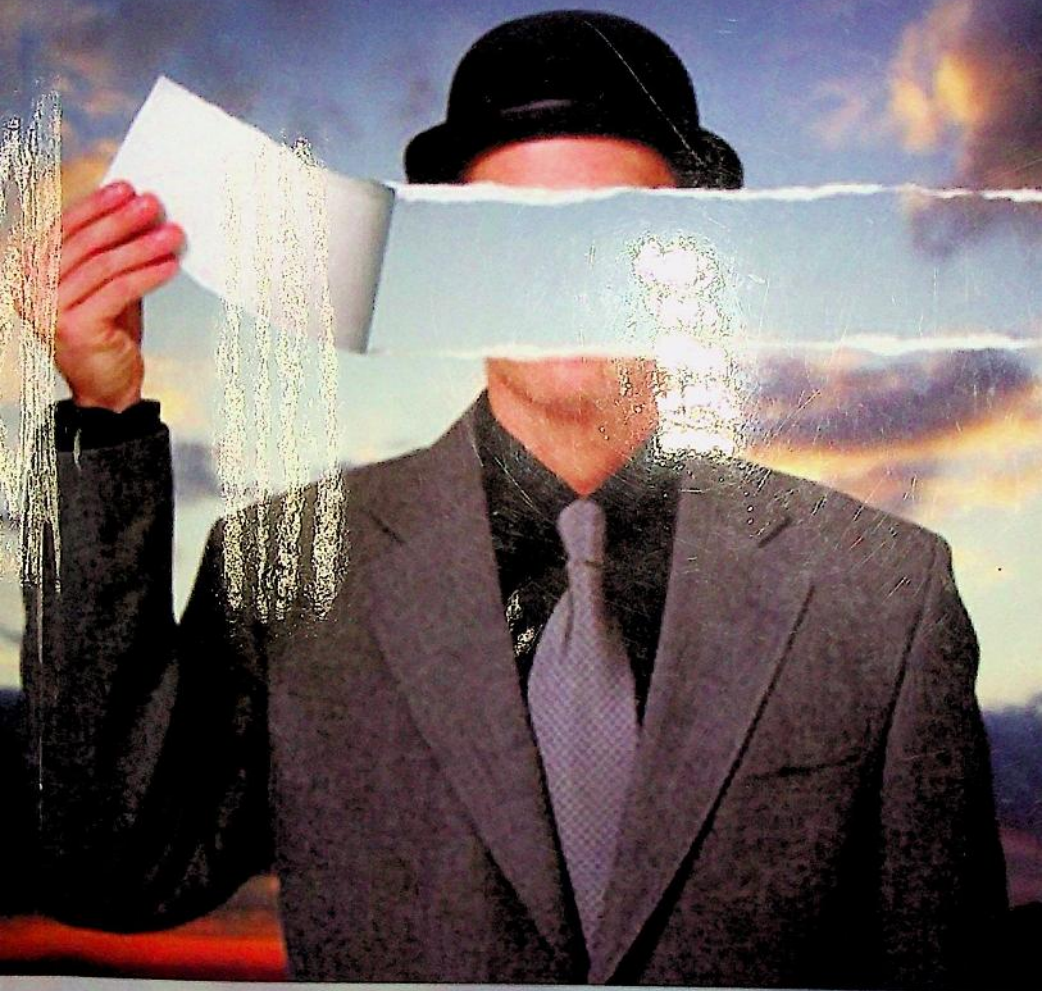


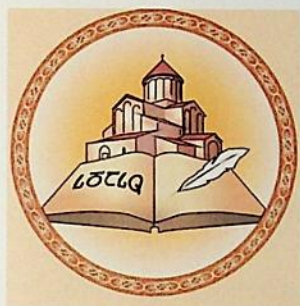
გიორგი გოგიაშვილი  
Giorgi Gogiashvili



სამოსამართლო სამართალი

**Judge-Made Law**





**სლასუ**

**საქართველოს დავით აღმაშენებლის  
სახელობის უნივერსიტეტი**



თბილისი 2020 Tbilisi

ყველა უფლება დაცულია. ამ ნიგნის არც ერთი ნაწილი (ეს იქნება ტექსტი, ფოტო-ილუსტრაცია თუ სხვა) არანაირი ფორმით და საშუალებით (იქნება ეს ელექტრონული თუ მექანიკური), არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას საავტორო უფლების მქონე სუბიექტის წერილობითი ნებართვის გარეშე. საავტორო უფლებების დარღვევა ისჯება საქართველოს კანონმდებლობით.

© გიორგი გოგიაშვილი

© გამომცემლობა მერიდიანი



**დაიბეჭდა:**

გამომცემლობა „მერიდიანი“,  
თბილისი, ალ. ყაზბეგის გამზ., №47.

☎ 239-15-22

E-mail: meridiani777@gmail.com

ISBN 978-9941-25-747-6

28.09.2021

გიორგი გოგიაშვილი  
Giorgi Gogiashvili

STUDIA IURIDICA

სამოსამართლო სამართალი

---

Judge-Made Law

მეორე გამოცემა  
Second edition



თბილისი 2020 Tbilisi

## წინასიტყვაობა

### მოსამართლე გიორგი გოგიაშვილის ნიგნზე: „სამოსამართლო სამართალი“ „Judge-Made Law“

რამდენადაც საქართველო მიისწრაფვის დემოკრატიული ინსტიტუტების განმტკიცებისა და ევროატლანტიკურ ინსტიტუტებში უფრო სრულად ინტეგრირებისაკენ, გონიერი დამკვირვებლები, როგორცაა მსოფლიო იუსტიციის პროექტი, აცნობიერებენ, რომ საქართველოს სასამართლო სისტემის შემდგომი გაძლიერება არსებითად მნიშვნელოვანია ამ ძალისხმევის წარმატებისთვის.

უფრო დამოუკიდებელი, ეფექტიანი და მიუკერძოებელი სასამართლო სისტემის მშენებლობა ხორციელდება სულ მცირე ორ დონეზე: უშუალოდ სასამართლოებში და სასამართლოებსა და საქართველოს სხვადასხვა სამართლებრივ ინსტიტუტებს შორის, ასევე იმ ფილოსოფიის, განჭვრეტადობისა და საქმისადმი დამოკიდებულების მეშვეობით, რასაც თითოეული მოსამართლე ინდივიდუალურად იჩენს საქმეზე გადანყვეტილების მიღებისას.

ქართველ მოსამართლეებს, რომლებიც მზად არიან, ახალი მეთოდიკით გადახედონ, თუ როგორ ასრულებენ ისინი სასამართლო გადანყვეტილების მიღების ვალდებულებებს, მოსამართლე გიორგი გოგიაშვილის შთამაგონებელი ახალი ნიგნი, „Judge-Made Law“ („სამოსამართლო სამართალი“) გვთავაზობს ღია დისკუსიას იმის შესახებ, თუ როგორ შეიძლება სასამართლო დისკრეციისა და პრეცედენტის სწორად გამოყენებამ წაახალისოს სასამართლო პრაქტიკა საქართველოში და მოიყვანოს იგი ჰარმონიაში წამყვანი დემოკრატიული ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკასთან.

ნიგნი მოიცავს ცამეტ თავს, რომელთაგან უკანასკნელში მოცემულია ოთხი სხვადასხვა ქეისი და დეტალურად არის წარმოდგენილი სასამართლო საქმეების გადანყვეტის ავტორისეული მეთოდოლოგია. პირველ თავში წარმოდგენილია მცირე ისტორიული ექსკურსი, განსხვავებები ევროპულ და ანგლო-ამერიკულ სასამართლო სისტემებს შორის. მეორე თავი მოიცავს უფრო სიღრმისეულ ინფორმაციას იმის შესახებ თუ როგორ უმკლავდებიან სასამართლოები და მოსამართლეები კანონის ბუნდოვანებას.

მესამე თავი იკვლევს რამდენიმე ფართო ინტერესის საკითხს, მათ შორის მოსამართლეების შეზღუდვებს საჯარო დისკუსიის დროს, როგორ უმკლავდებიან მოსამართლეები მათი გადანყვეტილებების

მიმართ საჯარო კრიტიკას და სასამართლო საქმიანობის შეფასების კრიტერიუმებს. შემდეგი ნაწილი განიხილავს სასამართლო პრაქტიკას, კონტინენტურ სისტემაში საჯარო და კერძო სამართლის დიფერენციაციის შესახებ.

წიგნის ძირითადი და უმნიშვნელოვანესი ნაწილია თავი მეცხრე: - „როგორ ავითარებენ მოსამართლეები სამართალს“. მას წინ უძღვის XII საუკუნის კანონთა კრებულიდან ამონარიდი, რომელიც შექმნილია მხითარ გოშის მიერ: „მოსეს არ დაუნერია ყველა სახის კანონი, მან ზოგიერთი რამ დატოვა მოსამართლეებისთვისაც...“. ამ ციტატით მოსამართლე გიორგი გოგიაშვილი მიანიშნებს, თუ როგორ ქმნიან ნორმას მოსამართლეები საქმის გადაწყვეტის პროცესში, ეს კი მოიცავს, როგორც ინტერპრეტაციას, ასევე ნორმატიული აქტების შეფარდებას/გამოყენებას, რათა მათ ჩამოაყალიბონ და შექმნან სამართალი. მოსამართლე გოგიაშვილი გამოყოფს და აღწერს რამდენიმე საყოველთაოდ აღიარებულ ინტერპრეტაციულ მეთოდს, რომლებსაც მოსამართლეები იყენებენ ნორმატიული დებულებების ასახსნელად და განსამარტავად. მოსამართლეები თავიანთი გადაწყვეტილება/განჩინებებით ზუსტ მნიშვნელობას ანიჭებენ პარლამენტის მიერ მიღებულ კანონებსა და ადმინისტრაციულ აქტებს. საჭიროების შემთხვევაში, მოსამართლეები იყენებენ თავის სასამართლო გადაწყვეტილებებსაც, იმისთვის, რომ პარლამენტს გამოასწორობინონ კანონში არსებული ხარვეზები და ბუნდოვანებები. თითოეულ ინსტანციაში სასამართლო გადაწყვეტილებით იქმნება, ფორმა ეძლევა და, დიდწილად ყალიბდება კიდევ სამართალი.

წიგნის ცალკე ნაწილი მართალია ეძღვნება სასამართლო დისკრეციის შეზღუდვას/ფარგლებს, მოსამართლე გიორგი გოგიაშვილი მიანიშნებს თავის კოლეგებს გააცნობიერონ ის ფაქტი რომ, „მართლმსაჯულების განხორციელება გულისხმობს კრეატიულობის ელემენტების არსებობას..“, ის აღნიშნავს, რომ „მხოლოდ მართლმსაჯულების განხორციელების დროს არის შესაძლებელი სამართლებრივი ნორმების სრულად განვითარება და ასევე მათი მნიშვნელობის სრულფასოვანი გააზრება“.

ავტორი აყენებს ახალ გამოწვევას: — „უკვე დროა დავივიწყოთ მოძველებული შეკითხვა, ქმნიან თუ არა მოსამართლეები სამართალს? და უფრო რთულ და წინააღმდეგობრივ შეკითხვაზე გადავიდეთ, რომელიც შეეხება „სასამართლო მიხედულების/დისკრეციის საზღვრების დადგენას.“

ავტორი ცალკე განიხილავს სასამართლო პრეცედენტების სწორად გამოყენების საკითხს, აქ მოქმედებს ძირითადი პრინციპი: „მსგავსი

საქმეები უნდა იქნას გადაწყვეტილი ერთმანეთის ანალოგიურად“. მოქმედი კანონმდებლობისა და პრაქტიკის შესაბამისად, პრეცედენტის გამოყენების შეზღუდვების არსებობის პირობებშიც, მოსამართლე გოგიაშვილი სთავაზობს თავის კოლეგებს, დაეყრდნონ ზედა ინსტანციისა და უმაღლესი სასამართლოების მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებს რათა შეუსაბამონ თავიანთი გადაწყვეტილებები მომავალში მისაღებ მსგავს საქმეებს. წინააღმდეგ შემთხვევაში - "როდესაც მოსამართლე უგულვებელყოფს პრეცედენტს, კანონის სიზუსტე და სარწმუნოება ენირება მის რაციონალურ განვითარებას".

ვინაიდან შეიძლება საჭირო გახდეს საკანონმდებლო დონეზე ზომების მიღება, გიორგი გოგიაშვილი გვთავაზობს, რომ არსებულ პროცედურულ კანონმდებლობას დაემატოს შემდეგი დებულება: „ორ საქმეს შორის არსებითი მსგავსების შემთხვევაში სასამართლომ უნდა გამოიტანოს გადაწყვეტილება/განჩინება, რომელიც იდენტურია მისი ადრინდელი განჩინების ან უმაღლესი ინსტანციის გადაწყვეტილებებისა, თუ სხვა რამ არ არის საჭირო უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის უზრუნველსაყოფად.“

წარმოდგენილი კვლევის — „Judge-Made Law“ (სამოსამართლო სამართლის) სიღრმე და ავტორის თანამედროვე ხედვები არის ძირითადი მიზეზი, რის გამოც წიგნი არის აუცილებელად წასაკითხი როგორც მოსამართლე გიორგი გოგიაშვილის კოლეგების, ასევე სასამართლო სექტორის ყველა დაინტერესებული პირის მიერაც.

ამასთანავე, ვთვლი, რომ დიდი ალბათობით წიგნში განხილული საკითხები (და შესაძლოა მთლიანი თავებიც კი) დაიმკვიდრებენ ადგილს მოსამართლეთა მოსამზადებლად იუსტიციის უმაღლესი სკოლის მიერ შემოთავაზებულ კურსებშიც, იმის გათვალისწინებით რომ შემოთავაზებულ წიგნს - "სამოსამართლო სამართალი" დადებითი ზეგავლენის მოხდენა შეუძლია იმ მიდგომებსა და აზროვნებაზე, რომლითაც მოსამართლეებმა უნდა მიიღონ გადაწყვეტილებები.

წიგნს გააჩნია რეალური პოტენციალი იმისა, რომ არსებითი და პოზიტიური ცვლილებები შეიტანოს საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაში.

*Timothy J. Baland*

*ტიმოთი ჯ. ბალანდი*

*მინესოტას (აშშ) საოლქო სასამართლოს ყოფილი მოსამართლე, გაეროს მისიის საერთაშორისო მოსამართლე კოსოვოში*

---

Forward to  
*"Judge Made Law"*  
by Judge Giorgi Gogiashvili

---

As Georgia continues ongoing efforts to strengthen its democratic institutions and more fully integrate itself with Euro-Atlantic institutions, thoughtful observers such as the World Justice Project recognize that a further strengthening of Georgia's judiciary is critically important to the success of those efforts.

The work of building a more independent, effective and impartial judiciary takes place on at least two levels: within and among the Courts and Georgia's various judicial institutions, and in the philosophy, attitudes and mindset which individual judges bring to the task of deciding cases.

For individual Georgian judges who are open to new ways of looking at how they carry out their decision-making responsibilities, Judge Giorgi Gogiashvili's thought-provoking new book, *Judge Made Law*, offers a revelatory discussion of the ways in which the appropriate exercise of judicial discretion and proper application of precedent can revitalize judicial practice in Georgia and bring it into harmony with judicial practice in leading democratic countries.

The book is divided into Thirteen chapters, the last of which presents four separate case studies and a detailed description of the author's methodology for solving legal cases. The opening chapter provides a mini-history and helpful overview of the differences between the European and Anglo-American legal systems. Chapter 2 covers a lot of ground, including how Courts and judges deal with uncertainty in the law. Chapter 3 explores several issues of current interest, including limits on what judges can say in public, how judges deal with public criticism of their decisions, and the value of judicial performance evaluations. A later chapter examines judicial practice in matters involving public law, private law, and administrative law.

But the heart of the book is Chapter 9, entitled "How Do Judges Develop Law." The chapter opens with a quotation from the 12th century Mkhitar Gosh Code of Law: "Moses did not provide us with every kind of law, but instead left some things to the judges' opinion..." With that quotation as his starting point, Judge Gogiashvili deftly explains how judges, in issuing a decision which might (for example) involve the interpretation and application of a single paragraph in a normative act, shape and "make" the law. Gogiashvili defines and describes several universally recognized interpretive methods,

which judges use to interpret and clarify statutory provisions. Through their rulings, judges give precise meaning to laws and administrative acts adopted by Parliament. When necessary, judges use their judicial decisions to urge Parliament to rectify gaps and ambiguities in existing laws. In each instance, the judicial decision "makes," shapes and molds the law.

While Chapter 9 naturally includes a discussion of the limits on judicial discretion, Judge Gogiashvili urges his judicial colleagues to recognize that "the administration of justice implies the element of creativity..." He notes that "[o]nly in the process of the administration of justice may a legal rule be fully developed and comprehended in its full meaning." And he issues this challenge: "It is time to move from the outdated question of whether judges make law, to a more complicated and contradictory one concerning the limits of judicial lawmaking."

Author also separately addresses the proper use of legal precedent. The principle is basic: similar cases should be settled in a similar manner. While recognizing the existence of limitations on the use of legal precedent under current law and practice, Judge Gogiashvili nonetheless urges his colleagues to use decisions made by the higher courts to guide and inform their rulings in future similar cases. Otherwise, "when a judge delivers an opinion that contradicts precedent, preciseness and certainty of law are sacrificed to its rational development." To the extent that legislative action might be needed, Gogiashvili suggests adding this provision to the existing procedural legislation: "In the event of the essential similarity of circumstances between two cases, a court must deliver a judgment, identical to its own earlier judgment or judgment of a court of high instance, unless otherwise necessary to secure the protection of rights and freedoms."

The breadth and depth of *Judge Made Law* and the forward-thinking recommendations that are at its core should make it essential reading for Judge Gogiashvili's judicial colleagues, and for all judicial sector stakeholders. I also foresee the likelihood that topics addressed (and perhaps even entire Chapters) in the book will soon find their way into course offerings at the High School of Justice. Because *Judge Made Law* challenges the mind-set with which judges approach the task of making judicial decisions, the book has the very real potential to make a substantial and positive difference in Georgian judicial practice.

***Timothy J. Baland***

*Retired Minnesota (USA) District Court Judge  
An international judge for the United Nations  
Mission in Kosovo*

## შესავალი

*„ერთადერთი გონიერი კაცი ჩემი თერძი იყო, ყოველ მისვლაზე ზომას ხელახლა მიღებდა, ეს მაშინ, როცა სუყველა დანარჩენი, ერთხელ უკვე აღებულით კმაყოფილი, წარმოიდგენდა, რომ ის ძველი ზომა ჯერ კიდევ ეთანადებოდა ჩემს ნამდვილ ყაიდას“.*

ბერნარდ შოუ

მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი საქმიანობა – ეს ერთ-ერთი იმ საკითხთაგანია, რომელიც ყველაზე მეტად ყოფს იურიდიულ სისტემებსა და იურიდიულ აზროვნებას. პრეცედენტი არის წყარო, უპირველეს ყოვლისა, ექსკლუზიური და ამის შემდეგ პრინციპული, ანგლოსაქსური სამართლებრივი სისტემებისათვის. რომანულ-გერმანული სამართლებრივი სისტემები კი ეყრდნობიან პოზიტივიზმის თეორიას, რომლის თანახმადაც სამართლის ნორმები კანონის ტექსტში უნდა იყოს ფორმულირებული. მიუხედავად ამ პრინციპული სხვაობისა, ყველა თანამედროვე სამართლებრივი სისტემა, მიუხედავად საერთო სამართალთან სიუცხოვისა, აღიარებს მოსამართლის უფლებას სამართალშემოქმედებით საქმიანობაზე. ამის ნათელი მაგალითია თანამედროვე საქართველოს სამართლებრივი სისტემაც. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის სამართლებრივი შეფასება (ნორმის განმარტება) კანონის მსგავსად, სავალდებულოა ყველა ინსტანციის საერთო სასამართლოებისათვის, ხოლო ქვემდგომი სასამართლოების მიერ უზენაესი სასამართლოს მიერ მსგავს საქმეებზე მიღებული გადანყვეტილებების დაუცველობა წარმოადგენს კასაციის საფუძველს.

როგორც ჩხეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარის მოადგილე ელიშკა ვაგნეროვა აღნიშნავს: თანამედროვე კონტინენტური ევროპა უარს ამბობს ზომავადასულ სამართლებრივ პოზიტივიზმზე საზოგადოებაზე ორიენტირებული აზროვნების სასარგებლოდ, რაც აუცილებლად გამოიწვევს ინსტიტუციური ჩარჩოების ცვლილებას. მოსამართლეები ცხოვრებისეული გამოცდილების გარეშე უკვე საჭირო აღარ არის, რამდენადაც სამართალმცოდნეობამ შეწყვიტა იყოს მეცნიერება კანონის შესახებ, გადაიქცა რა მეცნიერებად ცხოვრების შესახებ, ამიტომაც კანონის წარმომადგენლება უნდა იცოდ-

ნენ ცხოვრება. ამ აზრს ეთანხმება არონ ბარაკიც, ისრაელის უზენაესი სასამართლოს ყოფილი თავმჯდომარე: მოსამართლის მისიაა სამართალსა და საზოგადოებას შორის დაშორების აღმოფხვრა და მეორე მხრივ, კონსტიტუციისა და დემოკრატიის დაცვა.

აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნებში რთული აღმოჩნდა ღრმად ჩამჯდარი ზიზლის დაძლევა სასამართლოს გადაწყვეტილებების სინთეზის ასეთი რთული პროცესისადმი. საერთო იურიდიუციის სასამართლოები ამკარა უპირატესობას ანიჭებენ შესაბამისი კანონების სიტყვა-სიტყვით ინტერპრეტაციას, კონსტიტუციური პრინციპებისა და ფასეულობების გათვალისწინების გარეშე, რომლებიც სინამდვილეში ჩადებულია ამ კანონებში. მოსამართლეთა ახალი თაობის მისიაა სამოსამართლო აქტივიზმის განვითარებით გადაჭარბებული ტექსტუალური პოზიტივიზმისა და პოსტკომუნისტური სასამართლო იდეოლოგიის დაძლევა.

სახელმწიფო ქმნის აბსტრაქტულ სამართლებრივ ნორმებს, რომლებიც მრავალჯერადი გამოყენებისაა და ინდივიდუალური მდგომარეობის დარეგულირებაზეა გათვლილი. ერთი შეხედვით, შეიძლება მოგვეჩვენოს, რომ თავისუფალი საქმიანობის ელემენტებს არ შეიცავს მოსამართლის ფუნქციები, რომლის არსებითი ამოცანა ცალკეული შემთხვევის გადაწყვეტისას სამართლის (კანონის ნორმის) კონკრეტიზაციაა. ასეთ შეხედულებას მხედველობიდან რჩება ის გარემოება, რომ საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ დადგენილი ნორმები მხოლოდ აბსტრაქტული წესებია, რომლებიც უშუალო, რეალურ ნამდვილობას არ ქმნიან, არამედ მოითხოვენ დამოუკიდებელ მოტივირებულ საქმიანობას, რათა ობიექტური მდგომარეობა, რომლის მისაღწევადაც ისინია მიმართული, შეესაბამებოდეს მათ მოთხოვნებს.

მართლმსაჯულების განხორციელებაში არის არანაირი წესებით განსაზღვრული ელემენტი შემოქმედებისა, მხოლოდ მართლმსაჯულების პროცესში შეიძლება მთლიანად განვითარებულ და შემეცნებულ იქნეს სამართლებრივი ნორმა თავისი სრული მნიშვნელობით. მოსამართლე ამგვარად, არის დამოუკიდებელი ფაქტორი სამართლის განვითარებაში.

მართლმსაჯულების განხორციელება სახელმწიფოს ფუნქციაა და ეს მუდამ ასეც უნდა დარჩეს. მოსამართლემ რომელიც საკუთარი ფიცის ქვეშ მოქმედებს, საკანონმდებლო ვაკუუმის

ან ხარვეზის შემთხვევებში იმგვარი გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს, რომელსაც მისი რწმენით დაადგენდა თანამედროვე სახელმწიფო ხელისუფლება, თუ კი ამგვარი ცალკეული შემთხვევის დარეგულირება მას ამჟამად მიენდობოდა. თავისუფალი სამართლის თანახმად, ასეთ შემთხვევებში სამართლის წყარო უნდა ვეძიოთ არა მხოლოდ კანონში ან პრეცედენტში, არამედ უმაღლესი გონისა და სამართლიანობის მუდმივ ნორმებშიც. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის შედგენისას, ნაპოლეონ ბონაპარტეს საყვარელი შეკითხვა-როგორ არის ეს საკითხი გადაწყვეტილი სხვაგან? კომპარატივისტული მეთოდი წარმოადგენს მნიშვნელოვან წყაროს სამართლებრივი ხარვეზის შესავსებად.

კონტინენტური სამართლებრივი ტრადიციების დამცველთა ირონიით, ვერცერთი მეცნიერება ვერ იღებს პასუხისმგებლობას გადაჭრას ყველა პრობლემა, თვით "ამაყი" მათემატიკაც კი უძლურია გადაწყვიტოს უმაღლეს ხარისხთა გათანაბრების პრობლემა. იურისტებს კი უფლება არ აქვთ გადაუჭრელი დატოვონ ნებისმიერი გადასაწყვეტი შემთხვევა, ისინი წყვეტენ (და ვალდებულნი არიან გადაწყვიტონ!) ყველაფერს და აღმოჩნდებიან ექიმბაშების იმ საბედისწერო კამპანიაში, რომლებიც მკურნალობენ დიაგნოზის ყველაზე უფრო გამოუცნობ შემთხვევებს... ან ნააგავენ იმ პასტორს, რომელიც აღსარების მთქმელს მის ყველა ცოდვისათვის ღვთის მიერ დაკისრებულ სასჯელზე მშვიდად შეუწოდებს და უანგარიშებს.

აშშ-ის კოლუმბიის ოლქის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე სტივენ უილიამსი გვიზიარებს თავის გამოცდილებას, მისი თქმით, ამერიკელი მოსამართლე სასამართლო გადაწყვეტილების ტექსტზე მუშაობისას, როგორც წესი, ისახავს რამდენიმე მიზანს, უპირველეს ყოვლისა, მას სურს დაარწმუნოს ვისაც ეჭვი ეპარება ან თავად მოწინააღმდეგეებიც კი, რომ მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება იურიდიულად მართლზომიერია. ამ მიზანს დომინირებული მდგომარეობა უკავია და მასთან დაკავშირებულია რამდენიმე სხვა მისგან გამომდინარე ამოცანა, რომელიც ტრანსფორმირდება საქმის ტიპისა და ხანიათიდან გამომდინარე.

მე სასარგებლოდ მიმაჩნია, - მსჯელობს მოსამართლე, ჩემს თავს დაუსვა კითხვა: გაიგებს კი წაგებული მხარე რატომ დამარ-

ცხდა? მე არ ველი რომ წაგებული მხარე დარწმუნდება ამაში, მაგრამ იმედი მაქვს სასამართლო გადაწყვეტილების წაკითხვის შემდეგ წაგებული დარწმუნებული იქნება იმაში, რომ პირველ რიგში, სასამართლოს მიერ მოსმენილი და გაგებულ იქნა მისი არგუმენტები და მეორე მხრივ, რომ ყოველი პატიოსანი, პასუხისმგებელია და გონიერი მოსამართლე ამავე დასკვნამდე მივიდოდა.

მოსამართლემ ობიექტურად უნდა გადაწყვიტოს სამართლებრივი პრობლემა, ზოგჯერ რთულ სიტუაციებში, როდესაც სამართლებრივი რეგლამენტაცია არასაკმარისია ან გამოსაყენებელი ნორმა ხარვეზიანი ან ბუნდოვანია, მას აღარ რჩება სხვა გამოსავალი, გარდა იმისა, გადაწყვიტოს საქმე თავისი პირადი გამოცდილებისა და სასამართლო მსოფლმხედველობის საფუძველზე. ასეთ შემთხვევებში მოსამართლის აჩევანი, მისი სასამართლო დისკრეცია (მიხედულება) დგას ამ წიგნის პრობლემატიკის ცენტრში. ნათქვამის არსი, რაზე ფიქრობენ მოსამართლეები გადაწყვეტილების გამოტანისას, სამოსამართლო აქტივიზმი, როგორია მათი სამოსამართლო ფილოსოფია, როგორ წყვეტენ მოსამართლეები სამართლებრივ პრობლემებს და ავითარებენ სამართალს? წიგნი მიზნად ისახავს ამ რთული პროცესის აღწერას. სამართლის სკოლის პროფესორის და პრაქტიკული მუშაობის ჩემმა გამოცდილებამ შექმნეს აუცილებელი პირობა ამ გამოკვლევისათვის, მაგრამ გადამწყვეტი მოტივი ამ წიგნის დაწერისა გახდა ჩემი სამოსამართლო საქმიანობა, შესაბამისად, ამ პერპექტივიდან გამომდინარე წიგნი მიმართულია ჩემი კოლეგებისა და უპირველესად მაინც, სამართლის სკოლის პედაგოგებისა და სტუდენტებისადმი.\*

## გიორგი გოგიაშვილი

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე  
პროფესორი, სამართლის დოქტორი

\* კვლევა წარმოადგენს ჩემი სამოსამართლო და აკადემიური საქმიანობის შედეგს, რომლის ზოგიერთი ნაწილიც გამოქვეყნებულია სხვადასხვა პერიოდულ გამოცემებში: კარი პირველი თავდაპირველი სახით გამოქვეყნებულია "პროფ. ზ. ახვლედიანის საიუბილეო კრებულში", თსუ, თბ. 2004; კარი მეხუთე — „კონსტიტუციონალიზმი, მიღწევები და გამოწვევები“, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის კრებულში, თბ. 2019; კარი მეშვიდე — „მართლმსაჯულება და კანონში“, 2019 წ. № 2; თავი 8-10-ე „Georgian Law Review“, (ქართულ და ინგლისურ ენებზე); „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 2005 წ., № 1-2; 2006 წ., № 1-2; 2003 წ., № 4.

## კ ა რ ი I

### სამართლის რომანულ-გერმანული და ანგლო-ამერიკული სისტემები

#### 1. სამართლის განსაზღვრულობის პრობლემა ინგლისურ და კონტინენტურ სისტემებში

თვითოეული ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა სხვადასხვა საკანონმდებლო ტექნიკისა და ინსტიტუტების მეშვეობით, ამ ხალხის კულტურის, ჩვევების, რწმენის, ტრადიციებისა და განვითარების გათვალისწინებით ფორმულირებულია მათ საკუთარ ენებზე. სამართლებრივი სისტემა უფრო ფართო და ყოვლისმომცველი ცნებაა, ვიდრე თავად სამართლის ცნება. თუ კი სამართალი წარმოადგენს ქვეყანაში მოქმედი წესების სისტემას, რომელიც აღიარებულია სახელმწიფოს მიერ და უზრუნველყოფილია ცხოვრებაში მათი იძულებითი გატარება, სამართლის სისტემა, ერთი მხრივ, მოიცავს მოქმედ სამართლის ნორმებს (პოზიტიური სამართალი) და მის გარდა იგი აერთიანებს სხვა ელემენტებსაც:

\* თავად სამართალს, როგორც სავალდებულო ნორმათა სისტემას, გამოხატულს კანონსა და სახელმწიფოს მიერ აღიარებულ სხვა წყაროებში.

\* სამართლის გამოხატვისა და იურიდიული ტექნიკის ფორმებს;

\* სამართლის დარგებს, ინსტიტუტებს, კონცეფციებსა და ძირითად ცნებებს;

\* სამართლებრივ ტრადიციებსა და იდეოლოგიას;

\* სამართლებრივი განვითარებისა და მართლშეგნების აქტიური მხარეს;

\* სასამართლო პრაქტიკის (იურიდიული პრაქტიკა) და პრეცედენტის დოქტრინის ადგილსა და როლს სამართლებრივ ურთიერთობათა რეგულირებაში;

სამართლებრივი სისტემის ცნებას აქვს არსებითი მნიშვნელობა ამა თუ იმ კონკრეტული ქვეყნის სამართლის დახასიათებისათვის. ყველა ქვეყანას გააჩნია საკუთარი სამართლებრივი სისტემა, როგორც წესი, მიუთითებენ "ეროვნულ სამართლებრივ სისტემაზე", მაგ. საფრანგეთის, დიდი ბრიტანეთის და ა.შ.

განსხვავება სხვადასხვა ქვეყნების სამართალს შორის მნიშვნელოვნად მცირდება თუ ამოსავალი გახდება არა კონკრეტ-

ული ნორმების შინაარსი, არამედ მისი უფრო მუდმივი და არსებითი ელემენტები. სხვადასხვა ქვეყნის პოზიტიური სამართლის ნორმები შეიძლება იყოს ერთმანეთისაგან უსასრულოდ განსხვავებული, მაგრამ მათი შემუშავების, სისტემატიზაციის, განმარტების ხერხები საბოლოო ჯამში გამოხატავენ გარკვეულ ტიპებს, რომელებიც, როგორც ირკვევა, არც ისე ბევრია. ამგვარი კვლევებით შეიქმნა სამართლებრივ სისტემათა დაჯგუფება "ოჯახებად".

"სამართლებრივი ოჯახის" კატეგორია ემსახურება იმ ქვეყნების სამართლებრივი სისტემათა ჯგუფის აღნიშვნას, რომლებსაც გააჩნიათ მსგავსი იურიდიული ნიშნები, რაც საშუალებას იძლევა გავაერთიანოთ ისინი ერთ სისიტემურ ერთიანობაში. ეს მსგავსება წარმოადგენს მათი კონკრეტული ისტორიული და ლოგიკური განვითარების შედეგს. კომპარატივისტები სამართლებრივ სისტემათა კლასიფიკაციისას იყენებენ სხვადასხვა ფაქტორებს, დაწყებული ისტორიული, ეთიკური, რელიგიური, გეოგრაფიული ნიშნებით, დამთავრებული იურიდიული ტექნიკითა და სამართლებრივი სტილით. მიუხედავად შეფასების კრიტერიუმთა სიმრავლისა, სულ რამდენიმე ავტორის მიერ ჩატარებულმა კლასიფიკაციამ მოიპოვა აღიარება. რენე დავიდმა თავის ცნობილ კლასიფიკაციას საფუძვლად დაუდო შემდეგი კრიტერიუმები: იდეოლოგია, რელიგიის ჩათვლით, ფილოსოფია, ეკონომიკური და სოციალური სტრუქტურები, იურიდიული ტექნიკა, რომელშიც გადამწყვეტ როლს თამაშობს სამართლის წყაროები. დავიდმა გამოყო სამი ძირითადი სამართლებრივი სიტემა: რომანულ-გერმანული, ანგლო-საქსონური და სოციალისტური.<sup>1</sup> მეორე გავრცელებული კლასიფიკაციის ავტორები არიან ცვაიგერტი და კიოტცი. ამ კლასიფიკაციის კრიტერიუმს წარმოადგენს "სამართლებრივი სტილი". "სამართლის სტილი" ამ თვალსაზრისით ყალიბდება ხუთი ფაქტორისაგან: სამართლებრივ სისტემათა წარმოშობა და ევოლუცია, იურიდიული აზროვნების თავისებურება, სპეციფიკური სამართლებრივი ინსტიტუტები, სამართლის წყაროთა ბუნება და მათი განმარტების ხერხები, იდეოლოგიური ფაქტორები. ამის საფუძველზე განასხვავებენ შემდეგ სამართლებრივ წრეებს: რომანული, გერმანული, სკანდინავიური, ანგლო-ამერიკული, სოციალისტური, ისლამური სამართალი, ინდუსური სამართალი.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> რენე დავიდი, თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, რედ. : თედო ნინიძე; მთარგმნელები: თედო ნინიძე, ეკატერინე სუმბათაშვილი, თბ. 1993, გვ. 26-39.

<sup>2</sup> Цвайгерт К., Кёти Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права Том 1, стр.26-45.

რომანულ-გერმანულმა და ანგლო-ამერიკულმა ოჯახებმა განვითარების სხვადასხვა გზები განვლეს. რომანულ-გერმანული სამართლებრივი ოჯახისაგან განსხვავებით, სადაც სამართლის ძირითადი წყაროა კანონი, ანგლო-ამერიკული სამართლებრივი სისტემის ქვეყნებისათვის სამართლის ძირითადი წყაროა ნორმა, ფორმულირებული მოსამართლეთა მიერ გამოხატული სასამართლო პრეცედენტებში. სავსებით გასაგებია ინგლისელი ავტორის რუპერტ კროსის შენიშვნა — თუ სამართლის ამა თუ იმ განსაზღვრებაში პრეცედენტს არ ეძლევა იგივე დატვირთვა, რაც ენიჭება კანონს, ასეთი განსაზღვრება უარყოფილ უნდა იქნას.<sup>3</sup> სწორედ პრეცედენტის გადამწყვეტი როლი სამართლის შექმნასა და ფუნქციონირებაში განასხვავებს საერთო სამართლის სისტემას კონტინენტური სისტემისაგან. ამიტომ, რომანულ-გერმანული სამართლებრივი ოჯახისათვის კანონის უზენაესობის ცნება თუ კი შეიძლება ჩაითვალოს ყოვლისმომცველ განსაზღვრებად, საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში კანონის უზენაესობა და სამართლის უზენაესობა არ არის ტოლფას პრინციპთაგანი. შესაბამისად, პარლამენტს განსხვავებული როლი და ადგილი უკავია რომანულ-გერმანული სისტემის ქვეყნებში და განსხვავებულია მისი როლი საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში, სადაც პარლამენტი არ არის სამართლის ძირითადი წყაროს შემქმნელი ორგანო და საზოგადოებრივი ურთიერთობები პრეცედენტების მიერ რეგულირდება.

კონტინენტური სისტემის ერთ-ერთი აპოლოგეტი ი. პოკროვსკი საკითხს ასე სვამს, — ერთერთი უპირველესი და არსებითი მოთხოვნა რომელიც წაეყენება სამართალს, არის სამართლის ნორმათა განსაზღვრულობის პრობლემა. თუ ყოველი ცალკეული ადამიანი უნდა დაემორჩილოს სამართალს, თუ მან უნდა მოარგოს თავისი საქციელი მის მოთხოვნებს, აშკარაა რომ პირველი პირობა მონესრიგებული საზოგადოებრივი ცხოვრებისათვის არის ამ მოთხოვნათა განსაზღვრულობა. ყოველგვარი გაურკვეველობა ამ კუთხით ეწინააღმდეგება თავად მართლწესრიგის ცნებას და აყენებს ინდივიდს ფრიად გართულებულ მდგომარეობაში: უცნობია რა შეასრულო და რას დაექვემდებაროს. ინდივიდს, რომელიც პირისპირ დგას სახელმწიფოსთან, უფლება აქვს მოითხოვოს, რომ ამ უკანასკნელისაგან ზუსტად იქნას მითითებული, რა სურთ მისგან და რა საზღვრებს უდგენენ. ლოგიკურად ეს უფლება სამართლის ნორმათა განსაზღვრულობის შესახებ არის ადამიანის უფლე-

<sup>3</sup> Sir Rupert Cross and J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford, 2005, p. 36.

ბათა სისტემის არსებითი შემადგენელი ნაწილი, მის გარეშე, საერთოდ არანაირ სამართალზე არ შეიძლება იყოს საუბარი. ინდივიდი აღმოჩნდება თავისი თავისუფლებისათვის საშიშროებაში ერთი ერთზე სახელმწიფოს წინაშე, თუ მათ შორის არ არის ნათელი კანონი და დამოუკიდებელი მოსამართლე.<sup>4</sup>

— კონტინენტურ მოსამართლეს, ისევე როგორც ინგლისელს, უეჭველად ყოველთვის სურდა სამართლის მდგრადობა. ამ მიზნით პირველად ის ეყრდნობოდა რომაულ სამართალს და კოდიფიკაციის წესებს, მოგვიანებით ნაპოლეონის ეპოქის კოდექსებს. ამ გარემოებებმა გახადეს ევროპული სამართალი გარკვეული ხარისხით განსაზღვრული. ინგლისში კი არ ყოფილა არც რომაული სამართლის რეცეფცია, არც კოდექსები მთელი თავისი სრულყოფილებითა და სამართლის წერილობითი დაფიქსირების ფორმით. იმისათვის რომ ინგლისური მართლმსაჯულება არ დარჩენილიყო ცვალებადი და მერყევი საჭირო იყო მტკიცე ცემენტი. ის ნაპოვნი იქნა საერთო სამართლის მიერ შექმნილ პრეცედენტის დოქტრინაში, სიმკაცრისა და განსაზღვრულობის მის ძირითად საყრდენში, ამბობს დოქტორი ა. გუდჰარტი სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემებში პრეცედენტის როლისადმი მიძღვნილ თავის კვლევაში.<sup>5</sup> სასამართლო პრეცედენტის როლი ხდება სამართლებრივ ოჯახებს შორის განსხვავების საფუძველი. საერთო სამართლის ოჯახი *common law* პირველად შეიქმნა ინგლისში მოსამართლეთა მიერ ცალკეულ პირებს შორის საქმეთა განხილვისას, შემდეგ ის გავრცელდა აშშ-ში, კანადაში, ავსტრალიასა და სხვა ქვეყნებში. რომანულ-გერმანული სამართლებრივი ოჯახი შეიქმნა რომაული სამართლის საფუძველზე და მისი სამართლის ძირითადი წყაროა კანონი.

ძირითადი პრინციპი, რომელიც დაცულ უნდა იქნას მართლმსაჯულების განხორციელებისას მდგომარეობს იმაში, რომ მსგავსი საქმეები მსგავსად წყდება. ამ საერთო მიზნის მისაღწევად კონტინენტური სამართლის სისტემა და საერთო სამართლის სისტემა სხვადასხვა ხერხებს მიმართავს, სწორედ ეს განაპირობებს თავის მხრივ მათ შორის განსხვავებას. თვითოეულმა სამართლებრივმა სისტემამ განვითარების სხვადასხვა გზა განვლო. კონტინენტური სამართლის სისტემის განვითარებაში დიდია რომის სამართლის დამსახურება.

<sup>4</sup> Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права, М. 2004, стр.45.

<sup>5</sup> A.Goodhart, "Precedent in English and Continental Law", 1934). p. 50.

## 2. რომის სამართლის ზეგავლენა სამართლის სისტემებზე

ზოგადი რომაულ-სამართლებრივი შინაარსი ევროპული სისტემებისა, განპირობებულია რომაულ-სამართლებრივი შეხედულებებითა და ცნებებით, მისი სამართლებრივი ენითა და ტერმინოლოგიით, რომლებმაც საბოლოო ჯამში ფორმულირება გაუქეთეს საყოველთაოდ ცნობილ რომანულ-გერმანულ სამართლებრივ ოჯახს და საყოველთაო სამართლებრივ კულტურას, სადაც რომაული სამართალი განაგრძობს მოქმედებას დღევანდელი დღის ჩათვლით. მას მიეკუთვნებიან გერმანია, საფრანგეთი, იტალია, ესპანეთი, ავსტრია, შვეიცარია და ა.შ.

— სამჯერ კარნახობდა რომი მსოფლიოს კანონებს, სამჯერ მოიყვანა ხალხები ერთიანობაში: პირველად, როდესაც რომაელი ხალხი იმყოფებოდა თავის სრულ ძლიერებაში — ს ა ხ ე ლ მ ნ ი ფ ო ს ერთიანობისაკენ; მეორედ როდესაც ეს ხალხი უკვე გაქრა — ე კ ლ ე ს ი ი ს ერთიანობისაკენ; მესამეჯერ — შუა საუკუნეებში რომაული სამართლის შეთვისების შედეგად — ს ა მ ა რ თ ლ ი ს ერთიანობისაკენ; პირველად გარეგანი იძულებით — იარაღის ძალით, ორჯერ სულიერი ძალით. რომის მსოფლიო-ისტორიული მნიშვნელობა და მოწოდება გამოიხატება ერთიანობის იდეის მიერ ეროვნულობის პრინციპის დაძლევაში. მკვდარი სამართალი, სამართალი სხვის ენაზე, ხელმისაწვდომი მხოლოდ მეცნიერთათვის, რომელიც ყველგან აწყდება წინააღმდეგობას და მაინც ყველგან მოიპოვებს გამარჯვებისაკენ თავის გზას. რაც ვერ შეძლო თავისი არსებობის, აყვავებისა და ძლიერების დროში — გარდაექმნა და გადაეგვარებინა უცხო ტომელთა სამართალი — ეს გამოუვიდა მას ხუთასიათასი წლის შემდეგ. ის ჯერ უნდა მომკვდარიყო იმისათვის, რათა გაშლილიყო მთელი თავისი ძალით და რა მასშტაბებში გაიშალა. ჯერ არაუმეტეს როგორც იურიდიული გრამატიკა სწავლულთა ხელში, შემდეგ იგი გახდა სამართლის ძირითადი წყარო ახალი მსოფლიოსათვის, მან მოახდინა სრული შინაგანი გადატრიალება, გარდაქმნა მთელი ჩვენი იურიდიული აზროვნება. რომის სამართალი, ისევე როგორც ქრისტიანობა, გახდა ახალი მსოფლიოს კულტურული ელემენტი. ამგვარად, ამ მესამე ფაზას რომის მსოფლიო ბატონობისა სრულიადაც არ უნდა ეშინოდეს ორ წინამორბედთან შედარება.<sup>6</sup> ასე ხატოვნად აღწერს რუდოლფ იერიინგი რომის სამართლის დამსახურებას საერთო სამართლებრივი კულტურის განვითარებაში.

<sup>6</sup> Рудольф фон Иеринг, Дух римского права на различных ступенях его развития (1852—1865), стр.105-109.

თავის აყვავების ხანას, რომის სამართლებრივმა მეცნიერებამ მიაღწია, ე.წ. “კლასიკურ პერიოდში”, გვიანდელი რესპუბლიკის ეპოქაში, ასევე ადრეული და უმაღლესი პრინციპატისას, მესამე საუკუნეში ჩვენს წელთაღრიცხვამდე. ამ მაღალმა იურიდიულმა კულტურამ მოახდინა გადამწყვეტი ზეგავლენა ევროპის შუასაუკუნეობრივ და თანამედროვე სამართალზე, ჰპოვა ასახვა დანარჩენი მსოფლიოს სამართლებრივ სისტემებში. საბოლოო ჯამში რომაულმა სამართალმა შეიტანა საკუთარი არსებითი წვლილი ევროპულ ცივილიზაციაში. იტალიის, საფრანგეთის, გერმანიის შუასაუკუნის დროის უნივერსიტეტებში სიტემატიზირებასა და ანალიზს ახდენდნენ რომაული სამართლის ნორმებისა და სასამართლო პრაქტიკის კლასიკური შემთხვევებისა. თაობიდან თაობას გადაეცემოდა იმპერატორ იუსტინიანეს სამართლებრივ ნორმათა კრებული, რომელსაც მოგვიანებით ეწოდა *iuris civilis*. (სამოქალაქო სამართლის კრებული, რომელიც შედგებოდა სამი ნაწილისაგან: ინსტიტუციები - სახელმძღვანელო სამართლის სწავლების დამწყებთათვის, რომელიც ძირითადად ეფუძნება რომაელი იურისტის გაიუსის შრომას; დიგესტები - ამონარიდები რომაელ იურისტთა ნაწარმოებთაგან; კოდექსები - იმპერატორის ბრძანებების კრებული). საბოლოო ჯამში მათ შექმნეს ევროპული სამართლებრივი მეცნიერება და ევროპული საერთო სამართალი — *ius commune*.<sup>7</sup>

XVIII საუკუნის ბოლოდან რომაული სამართლის პირდაპირი მოქმედება თანდათანობით მცირდება. პრუსიის, საფრანგეთის და ავსტრიის საგანმანათლებლო აბსოლუტიზმით გამოწვეულ საკოდიფიკაციო ენთუზიაზმს მოყვა ბუნებითი სამართლის კოდექსები. მათ გახადეს ზედმეტი რომაული სამართლის უშუალო გამოყენება. მართალია, რომაულ სამართალს მთლიანად არ დაუკარგავს თავისი მნიშვნელობა, მან განაგრძო მოქმედება შეცვლილი ფორმით: ის წარმოდგენდა იურისპრუდენციის ცნებების განძთსაცავს და იყო ძირითადი მასალა ახალი კოდექსების მომზადებისას. მეორე, ამჯერად კოდიფიკაციის ეროვნულ სახელმწიფოებრივმა ტალღამ, განსაკუთრებით გერმანიასა და შვედეთში, რომაულ ზოგად სამართალს მისცა კანონის ფორმა. კიდევ უფრო გაძლიერდა რომაული სამართლის ზეგავლენა 1900 წელს გერმანული კერძო სამართლის კოდიფიკაციაზე.

სხვა ქვეყნებზე დიდი ზეგავლენა მოახდინა ფრანგულმა სამოქალაქო კოდექსმა (*Code civil*), — პირველი თაობის კოდექსთაგან, ასევე სამაგალითოდ მიჩნეულმა გერმანიის სამოქალაქო დებულებ-

<sup>7</sup> Хаусманингер Х. “О Современном значении римского права”, “Государство и Право”. 1991, #5.

ბამ, რომელიც მიღებულ იქნა 1896 წელს და ძალაში შევიდა 1900 წელს, — მეორე თაობის კოდექსთაგან.

ევროპული კოდექსების წყალობით, რომაული სამართალი, რომელიც საფუძვლათ ედოთ მათ, გავრცელდა შუა და სამხრეთ ამერიკაში, აფრიკასა და აზიაში. ამასთანავე იგი განმტკიცდა, როგორც წესი, მშვიდობიანი გზით, პროფესიული ავტორიტეტისა და დამაჯერებელი რაციონალიზმით. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ რომაული სამართალი თანამედროვე მრავალრიცხოვანი კერძო სამართლებრივი სისტემების გარდა, მოქმედებს შერეულ სისტემებშიც, როგორიცაა მაგ. შოტლანდია, კვებეკი, ლუიზიანას შტატი. ე.წ. წმინდა *Common law*, ანგლო-ამერიკული სისტემის ქვეყნებმა თავისი განვითარების ბევრ ეტაპებზე და ბევრ სფეროში გამოიყენეს რომაულ-სამართლებრივი შეხედულებები.

რომაულმა სამართალმა დასძლია ეროვნული მართლწესრიგის შეზღუდულობა, ეროვნული თვითკმაყოფილება და იურიდიული პროვინციალიზმი. რომაულმა სამართალმა გააბათილა სამართლის ისტორიული სკოლის (სავინი) კონცეფცია, რომელიც სამართლის ეროვნულობის იდეას მიიჩნევდა წარმმართველად. ეს სკოლა წინააღმდეგობაში მოვიდა რომის სამართლის საყოველთაო გავრცელებასთან, ეროვნულობის კარიბჭიდან რომის სამართალი ვერასოდეს ვერ შემოვიდოდა ჩვენს მეცნიერებაში.

### 3. სამართლის წყაროები

#### §1. კანონი, სამართლის ერთ-ერთი წყარო

კლასიკური იურიდიული მსოფლმხედველობა სამართალში უპირველესად მოიაზრებდა კანონს, კანონმდებლის რაციონალურ საქმიანობას, მიმართულს საზოგადოებრივი ურთიერთობათა რეგლამენტაციისაკენ. კონტინენტურ სისტემისათვის დამახასიათებელია კანონისა და იურიდიული ნორმის მნიშვნელოვანწილად გაიგივება.

— კანონი არის იურიდიული ნორმა, რომელიც საკანონმდებლო წესით გამომდინარეობს უშუალოდ ამ საზოგადოების უმაღლესი ავტორიტეტისაგან. კანონის ცნებას გააჩნია ორი მხარე: მატერიალური და ფორმალური. მატერიალური მხარე გამოიხატება იურიდიულ ნორმაში, დაწესებულ ქცევის ზოგად წესში, რომელიც არეგულირებს განუსაზღვრელი სოციალურ ურთიერთობების მასას. კანონის ფორმალური მხარე გამოიხატულია იმაში, რომ კანონი

დანესებული ან აღიარებულია უშუალოდ უმაღლესი ავტორიტეტის მიერ. იგი დანესებულია განსაკუთრებული სპეციალური საკანონმდებლო წესით, რაც თავის მხრივ უზრუნველყოფს მის როგორც სამართლის უმაღლეს და დახვეწილ ფორმას. კონტინენტური ქვეყნების იურისტები აღიარებენ ჩვეულებების, დოქტრინის მნიშვნელობას სამართლებრივ ურთიერთობათა რეგულირებაში, მაგრამ დავას არ იწვევს დებულება, რომ იურიდიულ ნორმებში ყველაზე უფრო დახვეწილი და უმაღლესი ფორმა არის კანონი. კანონის სავალდებულო ხასიათის დასაბუთების თაობაზე, თვით-ოეული თეორია შეიცავს რაციონალურ მარცვალს:

1. კანონის სავალდებულო ხასიათის საფუძველი არის ხელშეკრულება. სახელმწიფოს წარმოქმნისას, ხალხმა უზენაეს ხელისუფლებას მიანიჭა კანონების გამოცემის უფლება და აიღეს ვალდებულება დამორჩილებოდნენ მას. (გროციუსი, ჰობსი, ლოკი, სპინოზა, და ა.შ.)

2. კანონი სავალდებულოა იმიტომ, რომ წარმოადგენს ხალხის საერთო ნების გამოხატულებას. (რუსო).

3. კანონის სავალდებულობა გამომდინარეობს მისი მუდმივ ღვთიურ კანონთან — ბუნებით სამართალთან თანხმობიდან. (ბუნებითი სამართლის სკოლა).

4. კანონი არის ეროვნული სულის გამოხატულება, ხალხის საერთო რწმენა, აქედანაა მისი სავალდებულობა, (ისტორიული სკოლა).

5. კანონის სავალდებულობის საფუძველი არის მოქალაქეთა მიერ მისი აღიარება, (ბირლინგი).

6. კანონს ემორჩილებიან იმიტომ, რომ უზარმაზარი უმრავლესობის ფსიქიკაში წარმოიშობა შესაბამისი სამართლებრივი განცდები, (ფსიქოლოგიური თეორია).

7. კანონი სავალდებულოა იმიტომ რომ, თანხმობაშია მოსახლეობის საერთო ეთიკურ შეხედულებებთან, მის მიერ მსოფლმხედველობასთან, მის "კულტურულ ნორმებთან". (მაიერი).

8. კანონი არის სახელმწიფო ხელისუფლების ნების გამოხატულება. ეს ხელისუფლება არის სამართლის შემქმნელი, ის ყველაზე ძლიერია, არ სცნობს თავის ზევით არანაირ უმაღლეს ხელისუფლებას და ფლობს საკმარის ძალას რათა აიძულოს ყველა დაემორჩილოს მის ბრძანებებს, (ფორმალურ-იურიდიული თეორია).<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Михайловский И. В. Очерки философии права. Томск, 1914, Т. I. С. 33 – 36.

#### 4. კოდიფიკაცია

კოდიფიკაციის თეორია წარმოიშვა *ius commune*-ს კრიტიკის ბაზაზე. მოძღვრება კანონის ნორმათა აბსტრაქტული ხასიათის შესახებ საფუძვლად დაედო ახალ საკანონმდებლო ტექნიკას. კოდიფიკაცია ნიშნავდა იმას, რომ რომაული სამართლის ზოგადი პრინციპების ნაცვლად ადგილი დაეკავებინა სახელმწიფოს მიერ დანესებულ ერთიან საერთო სამართალს. კოდიფიკაციის საფუძველზე შედგენილი კანონთა კრებულები გახდა ყოვლისმომცველი და ვრცელი. კოდექსები (კოდიფიცირებული კანონები) — ერთიანი, კრებითი, იურიდიულად და ლოგიკურად მთლიანი, შინაგანად შეთანხმებული კანონი, რომელიც უზრუნველყოფს საზოგადოებრივი ურთიერთობის ერთგვაროვანი ჯგუფის სრულ, განზოგადებულ და სისტემურ რეგულირებას. კოდიფიკაცია გახდა ეროვნული სამართლისა და ინდივიდუალური სამართლებრივი სისტემების ჩამოყალიბების გზა. 19-ე საუკუნიდან კანონი და განსაკუთრებით კოდექსები გახდა იურისპრუდენციის ამოსავალი პუნქტი. მათ თითქმის აფეტიშებდნენ. შედეგად კონტინენტური ტიპის ქვეყნებში სამართლის ყველა დარგში გაჩნდა კოდექსები: სისხლის სამართლის კოდექსი, სამოქალაქო კოდექსი, ადმინისტრაციული კოდექსი, პროცესუალური კოდექსები და ა.შ კოდექსები შეიცავს ყველაფერს პრინციპებს, ცნებებს, ინსტიტუტებს, დამცავ მექანიზმებს. კანონმდებლობა (პოზიტიური სამართალი) მიჩნეულ იქნა სამართლის განვითარების საუკეთესო გზად.

თანამედროვე სამართლის თეორია კანონის მიმართ შეიცვალა, კანონმა დაკარგა ის ელფერი რაც მას ადრე გააჩნდა. სამართლის პრიმატის იდეამ კიდევ უფრო გააძლიერა ეს ტენდენცია, ვინაიდან სამართლის მიზნად გამოცხადდა სახელმწიფოს გარკვეული ლიმიტაცია, ამიტომ სამართალში ხედავენ არა თავად ამ სახელმწიფოს მიერ გამოცემულ კანონს, არამედ სხვა წყაროებს — სასამართლო პრაქტიკას, ჩვეულებებს, დოქტრინას, ბუნებითი სამართლის პრინციპებს, რომელიც გარკვეულწილად შეიძლება დაპირისპირებულიც კი იყოს კანონთან. ყველაზე უფრო უპატივცემულო პოზიცია კანონის მიმართ გამოხატა ამერიკულმა სოციოლოგიურმა და რეალისტურმა იურისპრუდენციამ. თანამედროვე იურიდიულ კონცეფციებში დავას აღარ იწვევს ის აზრი, რომ კანონი არ შეიძლება გაიგივებულ იქნას სამართალთან. აქვე განიხილავენ ე.წ. “სამართალდამრღვევი კანონმდებლის” პრობლემას, როდესაც საკითხი დგება ასე: შეიძლება სამართლად ვალიაროთ სახელმწიფო ხელისუფლების არაადამიანური, ამორალური დანაწესები,

მხოლოდ იმიტომ, რომ ისინი შეესაბამებიან კანონის ფორმალურ კრიტერიუმებს? კიდევ უფრო მკვეთრად წარმოაჩინა ეს პრობლემა ჯერ კიდევ დაისიმ: საკანონმდებლო ხელისუფლება შეუზღუდავია იმ აზრით, რომ შეუძლია გამოსცეს რა საკითხზეც სურს და როგორც უნდა ისეთი კანონები. დე-ლოლმის ცნობილი განმარტების მიხედვით, საკანონმდებლო ხელისუფლებას ყველაფრის გაკეთება ძალუძს ქალის კაცად გადაკეთების გარდა.

სამართლებრივი ფორმები რაც კაცობრიობის მიერ იქნა შემუშავებული არარის უსაზღვრო. ძირითადად ეს არის სამი: ჩვეულება, პრეცედენტი და კანონი. კანონი თამაშობს სტატიკურ, დამცავ და კონსერვატიულ როლს. ის როგორც სამართლებრივი ფორმა, რამდენად ადეკვატურია სოციალური დინამიზმის მოთხოვნებისა. "რა არის მედიცინა?" — კითხულობენ რეალისტები და პასუხობენ, რომ მედიცინა — ეს უპირველესად ექიმის საქმიანობაა, რომელიც ავადმყოფს კურნავს, ამაშია მისი აზრი და დანიშნულება. ანალოგიურად, სამართალიც, თუ მას აქვს პრეტენზია სოციალურ ეფექტზე, უნდა განხილულ იქნას, როგორც პირთა საქმიანობა, მიმართული კონფლიქტებისა და სხვა საქმეთა გადანყვეტისაკენ. აქედან გამომდინარეობს რეალისტების ძირითადი თეზისი: სამართალი არის ის, რასაც მოსამართლეები ქმნიან თავისი საქმეებით. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ საქმე სრულიადაც არ ეხება პრეცედენტულ სამართალს. რეალიზმი პრეცედენტს კანონზე უკეთესად როდი ეპყრობა. ის გამოდის სამართლის კონცეფციის, როგორც მოვლენისაგან, რომელიც საზოგადოებასთან ერთად იმყოფება მუდმივ მოძრაობაში. ნებისმიერი ფორმა, იქნება ეს კანონი თუ პრეცედენტი, ხელს უშლის ამ მოძრაობას. სამართალი უნდა იცვლებოდეს უწყვეტად, და ეს შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სამართალშემოქმედებითი ძალა იქნება სასამართლო. სამართალი არ შესდგება წესებისაგან (კანონი და პრეცედენტი ყოველთვის წესებია), არამედ ემპირიული გადანყვეტილებებისაგან. "კანონები ეს, ის შარვალია, რომელიც ბიჭუნასათვის გასულ წელს იყიდეს, ჩვენ კი უკვე წრევანდელი წელი გვაქვს და გასულ წელს ნაყიდი შარვალი ირღვევა ნაკერებზე. კანონები ყოველთვის მოკლდება და გვიჭერს". ფიზიკოსებმაც კი აღიარეს "განუსაზღვრელობის პრინციპი", ამიტომ სამართალში განსაზღვრულობისა და წინასწარდადგენილობის რელიზება არის წმინდა წყლის აბსურდი. კანონები სამართლის განვითარების შეჩერებაა, ამბობს ჯ. ფრანკი. 50-იან წლებში გერმანიაში იხილებოდა კანონის პროექტი „სასამართლოს შესახებ“, რომელიც შეიცავდა ერთი შეხედვით, უწყინარ ფორმულას, "სასამართლო დამოუკიდებელია და ემორ-

ჩილება მხოლოდ კანონს". ამან გამოიწვია მკაცრი კრიტიკა თეორეტიკოსებისა. ერნსტ ფონ ხიპელმა ეს ფორმულა, ისევე როგორც პროექტის მიერ გათვალისწინებული მოსამართლის ფიცი კონსტიტუციისა და კანონის ერთგულებაზე, გამოაცხადა ისტორიის მიერ დანუნებული პოზიტივიზმისაკენ დაბრუნებად.<sup>9</sup>

სამართალმა დიდხანს ვერ აიტანა ასეთი სიცარიელე. შეუძლებელი იყო მთლიანად უარი გვეთქვა კანონსა და კოდექსებზე, საჭირო იყო მოძებნილი ყოფილიყო მათი შემცვლელი. ასეთად სამართლის თეორიამ შემოგვთავაზა სასამართლო პრაქტიკა და სასამართლო სამართალშემოქმედება. მოსამართლის საქმიანობა გახდა სამართლისა და მისი ევოლუციის ცენტრალური პუნქტი. წამყვანმა სამართლებრივმა სკოლებმა ცნობილი ფორმულა "კანონი და სასამართლო" შეცვალეს ალტერნატივით "კანონი თუ სასამართლო". მათ ეჭვის ქვეშ დააყენეს კანონის ავტორიტეტი, იმედები დაამყარეს რა სასამართლოს შემოქმედებით როლსა და "სამოსამართლო სამართალზე" (judge-made-law).

კონტინენტური სისტემა არ იყენებს სასამართლო პრეცედენტის ცნებას და მოსამართლეთა საქმიანობის შედეგს სასამართლო პრაქტიკის ცნებით განსაზღვრავს. გ. დერნბურგის განმარტებით, სასამართლო პრაქტიკა არის სასამართლოთა მიერ სამართლის რაიმე დებულების საყოველთაო, ერთგვაროვანი და ხანგრძლივი გამოყენება. ცალკეული სასამართლო გადაწყვეტილებები, თუნდაც უმაღლესი ინსტანციებისა, ჯერ კიდევ არ შეადგენენ სასამართლო პრაქტიკას.<sup>10</sup>

რა როლი უკავია სასამართლო პრაქტიკას კონტინენტური ტიპის ქვეყნების სამართლებრივ ნორმათა სისტემაში? აქ არ შეგვიძლია არ გავიხსენოთ ცნობილი ფრანგი კომპარატივისტის რენე დავიდის ირონიული შეფასება — საბჭოთა იურისტს რომ კითხოთ, თუ როგორია სასამართლო პრაქტიკის როლი საბჭოთა კავშირში, იგი დარწმუნებით გიპასუხებთ, რომ ეს როლი მნიშვნელოვანია. მომდევნო კითხვაზე — სასამართლო პრაქტიკა არის თუ არა სამართლის წყარო, აშკარა უარყოფითი პასუხი არ დააყოვნებს.<sup>11</sup>

ჟან ლუი ბერჟელი შენიშნავს, რომ მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი საქმიანობა — ერთერთი იმ საკითხთაგანია, რო-

<sup>9</sup> E. von Hippel, Die Rechtssprechende Gewalt und das Richtergesetz, 1956, p. 322.

<sup>10</sup> Дернбург Г.; Пандекты: Перевод с немецкого. Общая часть. Т. 1 / Под ред.: П. Соколовский; Пер.: Г. Фон Рехенберг. — М.: Унив. тип., 1906. — 481 с.

<sup>11</sup> რენე დავიდი, თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, რედ.: თედო ნინიძე; მთარგმნელები: თედო ნინიძე, ეკატერინე სუმბათაშვილი, თბ. 1993, გვ. 77.

მელიც ყველაზე მეტად ყოფს სამართლებრივ სისტემებსა და იურიდიულ აზროვნებას. სასამართლო პრაქტიკა წარმოადგენს წყაროს, უპირველეს ყოვლისა ექსკლუზიურს, შემდეგ კი პრინციპულს, ანგლოსაქსონური სამართლებრივი სისტემებისათვის. ზოგიერთი თანამედროვე სამართლებრივი სისტემა, მიუხედავად საერთო სამართალთან თავისი სიუცხოვისა „აღიარებს მოსამართლეთა უფლებას საკანონმდებლო საქმიანობაზე“. ამ კუთხით ხშირად ახდენენ შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსის პირველი მუხლის ციტირებას: “იმ შემთხვევაში როდესაც არ არსებობს შესაბამისი დებულება კანონის სახით, მოსამართლეს გამოაქვს გადაწყვეტილება ჩვეულებით სამართალთან შესაბამისობაში, იმ შემთხვევაში თუ არ არსებობს ჩვეულება, — იმ წესების შესაბამისად, რომელსაც იგი დაამტკიცებდა, რომ შეეძლოს კანონმდებლის როლში მოქმედება”. ფრანგულ სამართლებრივ სისტემაში, მიუხედავად იმისა რომ ფრანგული სამოქალაქო კოდექსის მეოთხე მუხლი ამბობს, რომ მოსამართლეს არ შეუძლია უარი თქვას საქმის გადაწყვეტაზე “შესაბამისი კანონის არ არსებობის, ბუნდოვანების ან უზუსტობის მიზეზით”, ვერ ჩამოყალიბდა ტრადიცია, სასამართლო პრაქტიკის სრულყოფილ სასამართლო წყაროდ მიჩნევის შესახებ.<sup>12</sup>

საქართველოს ორგანული კანონი ნორმატიული აქტების შესახებ სამართლებრივი აქტის ორ სახეობას იცნობს. ესაა ნორმატიული და ინდივიდუალური სამართლებრივი აქტები. ნორმატიული აქტია კანონი, რომელიც შეიცავს მისი მუდმივი ან დროებითი და მრავალჯერადი გამოყენების ქცევის ზოგად წესს. რაც შეეხება ინდივიდუალურ სამართლებრივ აქტებს (რომელთა ნაირსახეობასაც წარმოადგენენ სასამართლო გადაწყვეტილებანი), ამავე კანონის თანახმად, ისინი ერთჯერადია და უნდა შეესაბამებოდეს ნორმატიულ აქტს. ინდივიდუალური სამართლებრივი აქტი მიიღება (გამოიცემა) ნორმატიული აქტის საფუძველზე და მის მიერ დადგენილ ფარგლებში. სასამართლო გადაწყვეტილების, როგორც ინდივიდუალური აქტის ერთჯერადობა, (*Res judicata*) ფაქტიურად ხელს უშლის პრეცედენტული სამართლის არსებობას.

— ინგლისური სამართლებრივი სისტემის კლასიკოსის დაისის განმარტებით, მთლიანად ინგლისური სისტემა დგას ორ ძირითად პრინციპზე: პარლამენტის უზენაესობასა და სამართლის ბატონობაზე. იურიდიულ უზენაესობას ფლობს პარლამენტი (დედოფალი და ორი პალატა, რომელიც გამოდის კანონმდებლის როლში), რომ-

<sup>12</sup> Jean-louis Bergel, *Theorie Generale du Droit*, 1989, p. 245.

ლის აქტებიც, მიუხედავად მისი შინაარსისა ხელშეუხებელია. (პარლამენტის უზენაესობის პრინციპი). სახელმწიფო სუვერენიტეტის ცნება უცხოა ინგლისური და ამერიკული დოქტრინებისათვის. რაც შეეხება ინდივიდუალური თავისუფლების სამართლებრივ გარანტიებს, ის ასახულია “სამართლის ბატონობის” პრინციპში. ამ პრინციპის რეალური არსი მდგომარეობს იმაში, რომ უფლებათა დაცვის სადარაჯოზე დგანან დამოუკიდებელი მოსამართლეები, რომლებიც იცავენ ქვეშევრდომებს სამეფო ადმინისტრაციისაგან, თავიდან გვარიდებენ შესაძლებელ თვითნებობას, მეორე მხრივ, თავის გადაწყვეტილებებში ახდენენ ინდივიდუალური უფლებების ფორმულირებას, იცავენ მათ კანონმდებლის შეჭრისაგან, მიაკუთვნებენ რა თავისუფლების სფეროს სტატუტური სამართლის ნაცვლად ძირითადად საერთო სამართალს, **Common Law**. ამგვარად, ინგლისურ სისტემაში უფლებებისა და თავისუფლებების გარანტიას ემსახურება, ცნობილი გამიჯვნა სტატუტურ და საერთო სამართალს შორის და ამ თვალსაზრისით სამართლის მეუფების პრინციპი წარმოადგენს გარკვეული ხარისხით პარლამენტის უზენაესობის შეზღუდვას. ინგლისურ სამართალში პარლამენტის უზენაესობა და სამართლის ბატონობა ავსებენ და აძლიერებენ ერთმანეთს. ძირითად განსხვავებას ინგლისური კონსტიტუციისას კონტინენტურისაგან, დაისი ხედავს იმაში, რომ სხვა ევროპულ სახელმწიფოებში, კერძო პირთა უფლებები, მაგ. პირადი თავისუფლების უფლება დამოკიდებულია კონსტიტუციაზე, მაშინ როდესაც ინგლისში კონსტიტუციური სამართალი სხვა არაფერია, თუ არა იმ უფლებათა გაერთიანება, რომლებიც გარანტირებულია სამართლოთა მიერ კერძო პირთათვის.<sup>13</sup>

ამ განსხვავებას გააჩნია დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა. ინგლისში ეს უფლებები არ შეიძლება მთლიანად იქნას შეჩერებული ან გაუქმებული. უარეს შემთხვევაში, შეიძლება მოხდეს რომელიმე სტატუტის შეჩერება, მაგ. (Habeas Corpus).

პარლამენტი, ფლობს რა უზენაესობას, შეიძლება შეიჭრას კერძო პირთა უფლებებში, ამ შემთხვევაში სტატუტური სამართალი რომ ფლობდეს სრულ პრიორიტეტს საერთო სამართალზე, მაშინ იურიდიული თვალსაზრისით ვინ შეიძლება ხელი შეუშალოს გააუქმოს სამართლის ბატონობის მთელი რეჟიმი ან მისი მნიშვნელოვანი ნაწილი, მოქალაქის უფლებებისა და თავისუფლებათა გარანტიები. დაისის მიხედვით, სამართლის ბატონობა არის თავისი იურიდიული მნიშვნელობით თანასწორი პარლამენტის უზენაე-

<sup>13</sup> Albert Venn Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8th Edition with new Introduction, 1915. P.355-364.

სობისა, რომელიც ზღუდავს ამ უზენაესობას. საბოლოო ჯამში კი პარლამენტსაც არ შეუძლია დასძლიოს სამართლის მეუფება.

## 5. პრეცედენტი

ინგლისური ტრადიციული დოქტრინა პრეცედენტს განიხილავს როგორც მართლწესრიგის სტაბილურობისა და მდგრადობის უზრუნველყოფის საშუალებას. პრეცედენტის გამოყენება არ არის დამოკიდებული მოსამართლის სუბიექტურ მიხედულებაზე. ხშირად სამართლისათვის გაცილებით უფრო საჭიროა იყოს ზუსტად ცნობილი, ვიდრე იდეალურად სრულყოფილი, რისი მიღწევაც ალბათ ისედაც შეუძლებელია თუ მოსამართლე გამოიტანს გადაწყვეტილებას, რომელიც ეწინააღმდეგება პრეცედენტს, ამით სამართლის სიზუსტე და განსაზღვრულობა მსხვერპლად ეწირება მის რაციონალურ განვითარებას. ასეთ სამართალზე დაყრდნობა სარისკო საქმეა. "პრეცედენტი, რომელიც არ არის უარყოფილი, შეიძლება გახდეს მრავალი კერძო შემთხვევის ნორმა. მიენდო რა ასეთი ნორმის ძალას, მრავალმა შეიძლება დაუკავშიროს მას თავის ფასეული ქონებრივი და სხვა უფლებები. მნიშვნელოვანი ხელშეკრულებები და გრძელვადიანი პროექტები შეიძლება შეიქმნას ასეთ ნორმებზე დაყრდნობით. ის შეიძლება გახდეს საფუძველი ორმხრივი კომერციული ურთიერთობისა და ანგარიშსწორებისა. აი ამიტომ აქვს მართლმსაჯულებას საფუძველი მოითხოვოს, რომ თუნდაც მცდარი გადაწყვეტილება, რომელიც პრეცედენტი დახდა, დარჩეს უცვლელი."<sup>14</sup>

ოქსფორდის ლექსიკონი პრეცედენტის ზოგად ცნებას შემდეგნაირად განმარტავს — მაგალითი ან საქმე, რომელიც მიღებულია ან შეიძლება მიღებულ იქნას სამაგალითოდ ან წესის სახით მომდევნო საქმეებისათვის ან რომლის დახმარებითაც დადასტურებულ ან ახსნილ უნდა იქნას სხვა ანალოგიური აქტი თუ გარემოება.<sup>15</sup> "პრეცედენტული სამართალი" შესდგება მოსამართლეთა მიერ გადაწყვეტილების გამოტანის პროცესში შექმნილი და გამოყენებული ნორმებისა და პრინციპებისაგან. თითქმის ყველა ქვეყანაში სასამართლო პრეცედენტი ამა თუ იმ ხარისხით ფლობს თავის მარწმუნებელ ძალას. **stare decisis** — გადაწყვიტო ისე, როგორც გადაწყვიტილი იყო ადრე. პრეცედენტული სამართლის სისტემაში მოსამართლე საქმის განხილვისას ვ ა ლ დ ე ბ უ ლ ი

<sup>14</sup> Демченко Г. В. Судебный прецедент., 1903, С. 233.

<sup>15</sup> Oxford Dictionary, Ch. V. p. 292.

ა გაითვალისწინოს ის ნორმები და პრინციპები, რომლებიც მსგავს საქმეებშია ჩამოყალიბებული, მაშინ როდესაც სხვა სამართლებრივ სისტემაში, ისინი წარმოადგენენ მხოლოდ იმ მასალას, რომელიც მოსამართლეს შეეძლება ა გაითვალისწინოს საკუთარი გადაწყვეტილების გამოტანისას. ინგლისში პრეცედენტის დოქტრინა გამოირჩევა მკაცრად სავალდებულო ხასიათით. ხშირად ინგლისელი მოსამართლეები ვალდებული არიან მისდიონ უფრო ადრეულ გადაწყვეტილებებს იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც არსებობს საკმაოდ სარწმუნო საფუძვლები, რომლებიც რომ არა პრეცედენტის სავალდებულო დოქტრინა, შესაძლებლობას მოგვცემდნენ საქმე სხვაგვარად გადაწყვეტილიყო. ინგლისის ყოველი სასამართლო ვალდებულია მისდიოს უფრო მაღალი იერარქიის სასამართლოს გადაწვეტილებებს, ხოლო სააპელაციო სასამართლოები დაკავშირებული არიან თავის წინანდელ გადაწვეტილებებთანაც. 1966 წლამდე თვით ლორდთა პალატაც უპირობოდ დაკავშირებული იყო თავის წინა გადაწყვეტილებებთან, ამჟამად იგი უფლებამოსილია შეცვალოს სასამართლო პრაქტიკა. სააპელაციო სასამართლოთა გადაწყვეტილებები სავალდებულოა ქვემდგომი სასამართლოებისათვის და თავად სააპელაციო სასამართლოებისათვის. თუ ლორდთა პალატა ერთხელ დაანუსებს ახალ სამართლებრივ პრინციპს, ის გამოყენებულ უნდა იქნას ყველა სასამართლოების მიერ, სანამ პარლამენტი არ გადაწყვეტს ლიკვიდაცია გაუკეთოს მას შესაბამისი კანონის მიღებით. ამჟამად ლორდთა პალატაც, თავის მხრივ, უფლებამოსილია შეცვალოს თავისი წინა გადაწყვეტილებები, რითაც ნორმათშემოქმედებით საქმიანობაში ერთგვარ კონკურენციას უწევს ინგლისის უმაღლეს საკანონმდებლო ორგანოს. პრინციპს რომელიც გვავალდებულებს პრეცედენტების დაცვას, ეწოდება **stare decisis**. პრაქტიკაში პრეცედენტების დაცვა არ წარმოადგენს მარტივ ამოცანას. პრეცედენტში სავალდებულოა არა მთელი გადაწყვეტილება, არამედ, საქმის გადაწყვეტის პრინციპი, მოსამართლის სამართლებრივი პოზიციის არსი, რომლის საფუძველზეც მას გამოაქვს გადაწყვეტილება ან განაჩენი. სასამართლო გადაწყვეტილების ამ ნაწილს ეწოდება **ratio decidendi**. საქმის სხვა მხარეები რომლებიც არ არის სავალდებულო სასამართლოსათვის ეწოდება **obiter dicta**.

პრეცედენტის ინგლისური დოქტრინა იმყოფება თითქმის უწყვეტი ცვლილებების მდგომარეობაში. მიუხედავად ამისა ის ინარჩუნებს სამ მუდმივ ნიშანს: უმაღლესი სასამართლოს ცალკე აღებული გადაწყვეტილებისადმი პატივისცემა; აღიარება იმისა რომ ასეთი სასამართლოს გადაწყვეტილება არის მარწმუნებელი

პრეცედენტი იერარქიაში ზემდგომი სასამართლოებისათვის, ცალკე აღებული გადაწყვეტილება განიხილება როგორც სავალდებულო პრეცედენტი ქვემდგომი სასამართლოებისათვის. ინგლისური სამართლის ზოგიერთი დარგები თითქმის მთლიანად წარმოადგენს მოსამართლეთა გადაწყვეტილებების პროდუქტს, რომელთა მოტივირებული საფუძვლებიც ქვეყნდება სასამართლო ანგარიშებში შვიდი ასეული წლის განმავლობაში. მოსამართლე რომელიც უგულვებელყოფს თავის ვალდებულებას პატივისცემით მოეპყროს პრეცედენტულ სამართალს დაიმსახურებს სავსებით არაორაზროვან ზემოქმედებას და თუ ასეთი უგულვებელყოფა ოდესმე გახდება საყოველთაოდ მიღებული, ინგლისურ სამართლებრივ სისტემაში დადგება უფართოესი მასშტაბის რევოლუცია, აღნიშნავს რუპერტ კროსი.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Sir Rupert Cross and J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford, 2005, p. 36.

## კ ა რ ი II

### განუსაზღვრელობა და ხარვეზი კანონმდებლობაში, სამართლის პოზიტიური თვისება თუ სამართლებრივი რეგულირების დეფექტი?

#### 1. საკანონმდებლო ვაკუუმი თუ სამართლებრივი ვაკუუმი?

საკანონმდებლო ხარვეზის არსებობა (Lücken im Recht, Horror Vacui) გულისხმობს იმას, რომ პოზიტიური სამართალი კონკრეტული შემთხვევისათვის არ იძლევა გადაწყვეტას, რომ საკანონმდებლო ნორმისაგან შეუძლებელია პასუხის მიღება პრაქტიკაში წამოჭრილ ამ კონკრეტულ შეკითხვაზე. შესაძლოა საკანონმდებლო რეგულირებას ჰქონდეს ხარვეზი, მაგრამ პრობლემის გადაწყვეტა მაინც უცილობლად უნდა იქნას მოძებნილი, ასეთ შემთხვევებში მოსამართლე უარს ვერ იტყვის სასამართლო გადაწყვეტილების გამოტანაზე, სამართლის მეთოდოლოგიის მეშვეობით ეს ხარვეზები შევსებულ უნდა იქნას, ე. ი. საკითხი საბოლოო ჯამში მაინც უნდა იქნას გადაწყვეტილი. მოსამართლემ უნდა შეავსოს ყოველგვარი ხარვეზი, ამ ხარვეზის შევსება, თავის მხრივ ხდება სამართალი, ე.ი. გამოდის რომ ხარვეზი გააჩნია კანონმდებლობას, მაგრამ ხარვეზი არ შეიძლება ჰქონდეს სამართალს, ვინაიდან შეუძლებელია სამართალში დატოვებული იყოს სამართლის გარეშე სივრცე. სამართალი არის უხარვეზო მთლიანობა, მხოლოდ კანონს შეიძლება გააჩნდეს ხარვეზები. რას ნარმოადგენს ეს ხარვეზები და როგორ უნდა იქნა იგი შევსებული? ცხოვრება ყოველთვის ქმნის ისეთ შემთხვევებს, რომელზეც ვერცერთ კანონმდებელს წინასწარ ფიქრიც კი არ შეეძლო. შეუძლებელია ცხოვრებისეულ ურთიერთობათა ამოუნწურავი მასის საკანონმდებლო ნორმებში განერა. საზოგადოებრივი ურთიერთობათა დიდ ნაწილის რეგულირება ეკისრება არასამართლებრივ ძალებსაც: რელიგიას, სამართლიანობას, ზნეობას, ეთიკასა და ესთეტიკურობას და ა.შ.

სახელმწიფო ხელისუფლების ამოცანაა აღასრულოს მართლმსაჯულება, სასამართლო ხელისუფლება ვალდებულია განსაჯოს, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-4 მუხლის თანახმად, "მოსამართლე, რომელიც უარს იტყვის განსაჯოს იმ მიზეზით, რომ კანონით არ არის გათვალისწინებული ამ საკითხის განხილვა და გადაწყვეტა, ან გამოსაყენებელი ნორმა ბუნდოვანია, დისციპლი-

ნური დევნის ქვეშ აღმოჩნდება, როგორც ბრალეული მართლმსაჯულების განუხორციელებლობაზე.”

სამართლებრივი პოზიტივიზმის დამცველთა ირონიით, ვერცერთი მეცნიერება ვერ იღებს პასუხისმგებლობას გადაჭრას ყველა პრობლემა, თვით "ამაყი" მათემატიკაც კი უძლურია გადანყვიტოს უმაღლეს ხარისხთა გათანაბრების პრობლემა. იურისტებს კი უფლება არ აქვთ გადაუჭრელი დატოვონ ნებისმიერი გადასაწყვეტი შემთხვევა, ისინი წყვეტენ (და ვალდებულნი არიან გადანყვიტონ!) ყველაფერს და აღმოჩნდებიან ექიმბაშების იმ საბედისწერო კომპანიაში, რომლებიც მკურნალობენ დიაგნოზის ყველაზე უფრო გამოუცნობ შემთხვევებს... ან წააგავენ იმ პასტორს, რომელიც აღსარების მთქმელს მის ყველა ცოდვისათვის ღვთის მიერ დაკისრებულ სასჯელზე მშვიდად შეუწოდებს და უანგარიშებს.

საკანონმდებლო ვაკუუმის შესავსებად უნდა მივმართოდ შედარებითი სამართლის მეთოდს, თუ როგორ არის გადანყვიტილი ეს თემა სხვაგან? თუ ესეც არ აღმოჩნდა საკმარისი მაშინ უნდა დავედინოთ სამართლიანობისა და ბუნებითი სამართლის პრინციპებს.

მართლმსაჯულების განხორციელება სახელმწიფოს ფუნქციაა და ეს მუდამ ასეც უნდა დარჩეს. მოსამართლემ, რომელიც საკუთარი ფიცის ქვეშ მოქმედებს, საკანონმდებლო ვაკუუმის ან ხარვეზის შემთხვევებში იმგვარი გადანყვიტილება უნდა მიიღოს, რომელსაც მისი რწმენით დაადგენდა თანამედროვე სახელმწიფო ხელისუფლება, თუ კი ამგვარი ცალკეული შემთხვევის დარეგულირება მას ამჟამად მიენდობოდა. თავისუფალი სამართლის თანახმად, ასეთ შემთხვევებში სამართლის წყარო უნდა ვეძიოთ არა მხოლოდ კანონში ან პრეცედენტში, არამედ უმაღლესი გონისა და სამართლიანობის მუდმივ ნორმებშიც.

*სამართლიანია იმგვარი წესრიგი, რომელშიც ყოველი ინტერესი შესაძლოა შეიზღუდოს სხვა მის თანაბრად მდგომი ინტერესების სასარგებლოდ, მაგრამ მათზე ნაკლები პროპორციის ფასად.*

## 2. განუსაზღვრელობა, როგორც სამართლის პოზიტიური თვისება

სიზუსტე და განსაზღვრულობა სამართლის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი თვისებაა, რაც გულისხმობს სამართლებრივი ნორმების შინაარსის განსაზღვრას, მის სიზუსტესა და გარკვეულობას, იურიდიული ფაქტების ფიქსაციას, სუბიექტთა წრის, უფლებების,

ვალდებულებების, იურიდიული გარანტიების, სანქციებისა და სხვა სამართლებრივი შედეგების კონკრეტულობას. მისი არ ქონა სამართალს უკარგავს მარეგულირებელ სანქსის, ქმნის თვითნებობის საფრთხეს. ამასთანავე, განსაზღვრელობა და განუსაზღვრელობა როგორც მატერიის თვისება განცალკევებულად არ არსებობენ, განუსაზღვრელობა ნებისმიერი მატერიის თვისებაა, რომელსაც არაამონურვადობა ახასიათებს, ეს იმას ნიშნავს რომ განუსაზღვრელობა განსაზღვრელობასთან ერთად სამართლის იმანენტური თვისებაა. ამიტომ დამკვიდრებული თვალსაზრისი სამართლის განუსაზღვრელობის, როგორც ცალსახად ნეგატიურ მოვლენად შეფასების შესახებ, არ შეიძლება ობიექტურად ჩაითვალოს სამართლის ამ თვისების მნიშვნელობის მიმართ.

განუსაზღვრელობა სამართალში, ისევე როგორც სხვა ნებისმიერი მოვლენა ერთდროულად უნდა იქნას განხილული როგორც პოზიტიური და ნეგატიური მოვლენა. განუსაზღვრელობის ცალსახად ნეგატიურ მოვლენად განხილვა არ შეესაბამება სინამდვილეს და სრულად არ ასახავს სამართლის ამ ასპექტის მრავალფეროვნებას.

სამართლის განუსაზღვრელობა არის სამართლის იმანენტური თვისება, რომელიც სამართლებრივი მოვლენებისა და ნორმების არაკონკრეტულობაში აისახება. ამ თვისების საფუძველი შეიძლება იყოს როგორც ობიექტური, ასევე სუბიექტური მიზეზები.

როგორც ფრანგი თეორეტიკოსი ჟან ლუი ბერჟელი შენიშნავს, სამართლებრივი ვაკუუმი ეს არის თავისებური სამოთხე იურისტებისათვის. ყამირის დაპყრობა შესაძლებელია მხოლოდ ყამირ მინებზე. ამ შემთხვევებში ინტელექტუალური საქმიანობისათვის ფართო სივრცეა დატოვებული, საკანონმდებლო ნორმებით გადატვირთულ ზერეგლამენტირებულ შემთხვევებში ინტერპრეტაციის როლი ქვეითდება.<sup>17</sup>

სამართლის განუსაზღვრელობაც საზოგადოებრივი ურთიერთობების რეგულირების ერთ-ერთი ტექნიკურ-იურიდიული ხერხია. განუსაზღვრელობა და არაკონკრეტულობა ხშირად ხდება უფრო მიზანშეწონილი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა. იურიდიული განუსაზღვრელობა ხდება სამართლებრივი რეგულირების ტექნიკურ-იურიდიული ხერხი, რომელიც კონკრეტული ინდივიდუალური გარემოებების, საზოგადოებრივი ურთიერთობების დინამიკის, საზოგადოებაში გაჩენილი ახალი მოთხოვნებისა და ამოცანების გათვალისწინებას იძლევა; სამართალში აბსტრა-

<sup>17</sup>Jean-Louis Be'rgel, *Me'thodes Du Droit*. 1986. s. 110

ქტულობა "პიკს" აღწევს სამართლის პრინციპების, ცნებებისა და დეფინიციების ფორმულირებისას; გარდა ამისა, ხშირად ახდენენ სამართლებრივი ნორმების კლასიფიკაციას აბსტრაქტულ და კაზუსტიკურ ნორმებად. პირველ კატეგორიას შეადგენენ ნორმები მინიმალურად განსაზღვრული შინაარსით, მათგან განსხვავებით კაზუსტიკური ნორმები უშუალოდ ადგენენ მხარეთა უფლება-მოვალეობებსა და მათი რეალიზაციის პირობებს.

სამართლის აბსტრაქტულობა და განზოგადებულობა თავის უშუალო გამოხატულებას ჰპოვებს კანონმდებლის მიერ შეფასებითი ცნებებისა და ტერმინების გამოყენებისას, კანონმდებლის მიერ მათი გამოყენება ხშირად არის შეგნებული პოლიტიკის შედეგი, რათა სამართლებრივი აბსტრაქციის მეშვეობით უფრო ფართოდ მოიცვას რეგულირების სფერო და ამასთანავე გაითვალისწინოს მომავალში ფაქტიური სიტუაციებისა და ურთიერთობების ცვლილებები. შეფასებითი ცნებების გამოყენება არის დინამიზმის გამოვლინება სამართალში, მისი ცვალებად პირობებთან მორგების შესაძლებლობა. ფორმალურ-განსაზღვრული ტერმინებისაგან განსხვავებით, შეფასებით ცნებებს არ გააჩნიათ ცალსახად განსაზღვრული შინაარსი და მოცულობა. "სასამართლოსადმი უპატივცემულობა", "არსებითი საფუძვლები და ინტერესები", "სამართლიანობა და კეთილსინდისიერება", "არსებითი დარღვევა", მათი გამოყენების პროცესში შინაარსი კონკრეტული სიტუაციის თავისებურებების გათვალისწინებით გახსნილ უნდა იქნას სამართალშემფარდებლის მიერ. განუსაზღვრელობა ხდება იურიდიული საშუალება, ტექნიკური ხერხი, რომლის მეშვეობითაც სამართლებრივ რეგულირებას ენიჭება სამართლებრივი მოქნილობა და ელასტიურობა. ამგვარად, შინაარსის განუსაზღვრელობა არის შეფასებითი ცნებების ძირითადი თვისება. შეფასებითი ცნებების გამოყენება სამართალში ხშირად გამხდარა დისკუსიის საგანი, მიუხედავად ამისა, შეფასებითი ცნებების შემცირების პოლიტიკას ძნელად თუ მოეპოვება სამომავლო პერსპექტივა. რუსი მკვლევარის ვ. ერშოვის სტატისტიკით, სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში მოიპოვება 220-ზე მეტი შეფასებითი ცნება, სამოქალაქო კოდექსში 100-ზე მეტი, შრომის კოდექსში 130, საბინაო კოდექსში-110, საოჯახო კოდექსში- 180-ზე მეტი შეფასებითი ცნება და დებულებაა.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> Ершов В. В. Судебное правоприменение (Теоретические и практические проблемы). М. 1991. С. 208.

### 3. განუსაზღვრელობა, როგორც სამართლებრივი რეგულირების დეფექტი

სამართლებრივი განუსაზღვრელობა შეიძლება წარმოადგენდეს სამართლის სისტემის, კანონმდებლობისა და სამართალგამოყენებითი აქტების დეფექტს.

ამართლის სისტემის ერთ-ერთი ყველაზე უფრო სერიოზული დეფექტია ნორმათა ურთიერთინააღმდეგობა, რაც არღვევს სამართლის ძირითად თვისებას-იყოს საზოგადოებრივი ურთიერთობების ჰარმონიული და ბალანსირებული რეგულატორი. კონფლიქტური ნორმები ართულებენ სამართალგამოყენების პროცესს და აქვეითებენ მთლიანად იურიდიულ ეფექტს. სამართალშემფარდებელი თავად დგება გაურკვეველობაში- რომელ ნორმას მიანიჭოს უპირატესობა?

მეორე ტიპის პრობლემას წარმოადგენს სიცარიელებები ანუ იურიდიული ნორმის არ არსებობა, რომელიც საჭიროა სამართლებრივი რეგულირების მექანიზმის სახით. აქაც სამართალშემფარდებელი დგება კიდევ უფრო დიდი გაურკვეველობისა თუ პრობლემის წინაშე. სიცარიელეთა შევსება უნდა მოხდეს სამართალშემოქმედებით. სასამართლოს ან სხვა სამართალშემფარდებელს სიცარიელეთა მოტივით არ შეუძლია უარი განაცხადოს სუბიექტური უფლებების დაცვაზე-იგი მიმართავს კანონის ან ყუს ნატურალე/ყუს პოსიტივუმ, პოზიტიური თუ ბუნებითი სამართალი, რომელს გააჩნია უპირატესობა მათი კონფლიქტისას? სამართლის ანალოგიას. ანალოგიის პრინციპი არის ბოლო ხსნა, რომელმაც უნდა აგვაცილოს თვითნებობა, ისე რომ გადაწყვეტილების მიღებისას დავრჩეთ სამართლებრივ მოედანზე.

კანონმდებლობის სფეროში განუსაზღვრელობა ტოლფასია ნორმატიულ-სამართლებრივი აქტების ბუნდოვანების, არაკონკრეტულობისა, მას შეიძლება ახასიათებდეს ლოგიკურენობრივი დეფორმაცია სამართლებრივი ნორმების გამოხატვისა და აგებისას. სამართლებრივი რეგულირების პირობაა მაქსიმალური დამთხვევა სამართლის ფორმასა და ნორმათშემოქმედის ნებას შორის. ნორმატიულ-სამართლებრივ ტექსტს გააჩნია ლექსიკური, ლოგიკური და გრაფიკული საფუძვლები. ნორმის განსაზღვრულობის დონე დამოკიდებულია ყოველი შემადგენელის ხარისხსა და მათ შორის კავშირზე.

ენობრივი განუსაზღვრელობა შესაძლოა გამოვლინდეს გრამატიკული და ფრაზეოლოგიური სტანდარტების დარღვევისას. სამართლებრივი ტექსტის ლოგიკური განუსაზღვრელობა არის ნორმატიული დოკუმენტების მომზადებისას ფორმალური ლოგიკის წესების დაუცველობის შედეგი. გრაფიკულ განუსაზღვრელობას შესაძლოა ადგილი ქონდეს ნორმატიულ-სამართლებრივი

მასალის სისტემისა და კონსტრუქციის კანონზომიერების, მისი დაყოფის, დასათაურების აღრევისას რაც ხელს უშლის სამართლის ნორმის სისტემურ განმარტებას, ანუ ნორმის შინაარსის განსაზღვრას ნორმატიული აქტის სისტემაში მისი ადგილის მიხედვით. საბოლოოდ, სამართლებრივი აქტი ენის, ლოგიკისა თუ ტექსტუალური გრაფიკის თვალსაზრისით, შესაძლოა იყოს განუსაზღვრელი, ამორფული.<sup>19</sup>

სასამართლოს გადაწყვეტილებები, საკანონმდებლო ნორმებისაგან განსხვავებით არ შეიძლება იყოს განუსაზღვრელი, შინაარსისა და ფორმის განსაზღვრულობა წარმოადგენს სასამართლო დაცვის გარანტიას.

#### 4. ტექსტუალური პოზიტივიზმი - სამართლის აღქმის პოსტკომუნისტური გადმონაშთი

პოზიტივიზმის გავლენამ მიაჩვია გონები იურიდიული ლოგიკა მთლიანად გაეიგივებინა ფორმალურ ლოგიკასთან. შესაბამისად, დიდი ხნის მანძილზე საერთო იურისდიქციის სასამართლოები უპირატესობას ანიჭებდნენ შესაბამისი კანონების ტექსტის განმარტებას კონსტიტუციური პრინციპებისა და ფასეულობების გარეშე, რომლებიც თამამად შეგვიძლია ვამტკიცოთ რომ ჩადებული ამ კანონებში. სასამართლოები საერთოდ არ ახდენდნენ ფადაწყვეტილების კონსტიტუციურ დასაბუთებას, იყენებდნენ კანონს სიტყვა-სიტყვით, სერიოზულად არ აღიქვამდნენ კონსტიტუციურ უფლებებსა და ფასეულობებს, მათი მიმართებით, კონსტიტუციური სასამართლო ეს არ არის "სასამართლო", არამედ განსაკუთრებული და უნიკალური ორგანოა, რომელიც არ შედის სასამართლო სისტემაში, მის გადაწყვეტილებებს კი საერთო სასამართლოებისათვის სავალდებულო ძალა არ გააჩნიათ. შესაბამისად სასამართლოები ვერ ქმნიან თვალსაჩინო კონსტიტუციურ კულტურას. ასეთივე მდგომარეობაა საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და შეთანხმებების გამოყენების მიმართაც. საერთაშორისო სამართალი გამოიყენებოდა უკიდურესად იშვიათად. პოსტკომუნისტური ქვეყნების უმრავლესობაში მყარად გამჯდარია ძველი სოციალისტური პრინციპი სასამართლო ხელისუფლების მთლიანად შიდა სამართლებრივ სისტემასთან (მათ შორის

<sup>19</sup> Ершов В. В. Судебное правоприменение (Теоретические и практические проблемы). М. 1991. С. 208.

კანონქვემდებარე აქტებთან) აბსოლუტური მიკერძოების შესახებ. საერთო სასამართლოს მოსამართლეები იშვიათად ამახვილებდნენ ყურადღებას ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაზე, იმპლიციტურად ეყრდნობიან რა ფორმალისტურ წარმოდგენას იმაზე, რომ მათ უნდა გამოიყენონ მხოლოდ შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი ნორმები. უკეთესად როდია საქმე ადვოკატებთან მიმართებაშიც, რომლებიც საკუთარი კლიენტის ინტერესებიდან გამომდინარე სასამართლოს ყურადღებას უნდა ამახვილებდნენ საერთაშორისო სამართლის სტანდარტზე. შედეგად ვერ ყალიბდება სასამართლო სამართალგამოყენების ადეკვატური იდეოლოგია. საჭიროა ძლიერი დოქტრინალური მხარდაჭერა. პოლონეთის უმაღლესი სასამართლოს წევრები მათი ჩეხი კოლეგებისაგან განსხვავებით, მზად აღმოჩნდნენ სერიოზული ცვლილებებისათვის ტექსტუალური პოზიტივიზმის წინააღმდეგ და ქვეყნის კანონმდებლობის ევროპულ სამართალთან შესაბამისობაში მოსაყვანად. ამგვარი განსხვავების ძირითადი მიზეზი გახდა თავად ამ ქვეყნების უმაღლესი სასამართლოების შემადგენლობაც. ყოფილ ჩეხოსლოვაკიაში უმაღლესი სასამართლოს ყველა წევრი გამონაკლისის გარეშე იყვნენ სასამართლო სისტემის წარმომადგენლები, მაშინ როდესაც პოლონეთში ისინი ხშირად იყვნენ სხვა სფეროდან გამოსულები, რომელთა პროფესიული საქმიანობაც ადრე არ იყო დაკავშირებული სასამართლო ხელისუფლებასთან.

ცენტრალური ევროპის ქვეყნებში გაჩნდა ეჭვები იმაზე, რომ კლასიკური, ევროპული გაგებით მოსამართლე აუცილებლად უნდა იყოს უმაღლესი იურიდიული სასწავლებლის კურსდამთავრებული. ჩეხეთის იუსტიციის ყოფილი მინისტრი და საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე აღნიშნავდნენ, რომ როდესაც ნახეს პრალის გრადის საპრეზიდენტო რეზიდენციაში სრულიად ახალგაზრდა ადამიანები, რომლებიც სამოსამართლო ფიცს იღებდნენ, კიდეც უფრო დარწმუნდნენ იმაში, რომ, ჩეხეთის სამართლებრივი სისტემისათვის სავალდებულოა გათავისუფლდეს ამ მცდარი პრაქტიკისაგან და უპირატესობა უნდა მიენიჭოს მოსამართლეებს, რომლებსაც საკმაო ცხოვრებისეული გამოცდილება გააჩნიათ და როგორც მინიმუმ, ათი ან ოცწლიანი მუშაობის გამოცდილება სასამართლო სფეროში.<sup>20</sup>

კიდეც უფრო მძაფრი კრიტიკით გამოვიდა ჩეხეთის საკონსტი-

<sup>20</sup> Judicial Power vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System// Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective/Ed. By W. Sadurski. The Hague: Kluwer Law International, 2002. P380-382;

ტუციო სასამართლოს თავმჯდომარის მოადგილე ელიშკა ვაგნეროვა: მისი აზრით, კონტინენტური ევროპა უარს ამბობს ზომიერად სასამართლებრივ პოზიტივიზმზე საზოგადოებაზე ორიენტირებული აზროვნების სასარგებლოდ, რაც აუცილებლად გამოიწვევს ინსტიტუციური ჩარჩოების ცვლილებას. მოსამართლეები ცხოვრებისეული გამოცდილების გარეშე უკვე საჭირო აღარ არის, რამდენადაც **სამართალმცოდნეობამ შეწყვიტა იყოს მეცნიერება კანონის შესახებ, გადაიქცა რა მეცნიერებად ცხოვრების შესახებ, ამიტომაც კანონის წარმომადგენლება უნდა იცოდნენ ცხოვრება.**<sup>21</sup>

როგორც ზ. ქიუნი აღნიშნავს, მოსამართლე, რომელმაც განათლება მიიღო პროფესიული მომზადების კონტინენტურ-ევროპული მოდელის შესაბამისად, ნაკლებად გამოდგება მოსამართლეთა დოგმატიზმისა და ფორმალიზმის დასაძლევად და ძირითადი უფლებების „ჰორიზონტალური ეფექტის“ დასაწერად. ახალგაზრდა იურისტი, რომელიც იწყებს პროფესიულ კარიერას დაპროგრამებულია მოძველებული პრინციპების მიხედვით, ანგარიშს უწევს ბიუროკრატიულ აპარატს, რომელიც განსაკუთრებულ მნიშვნელობას ანიჭებს ფორმალიზმს და არა რეალურ ფასეულობებს, ასევე გამარტივებულ გადაწყვეტილებებს, გართულებული არგუმენტაციის სანაცვლოდ. სამოსამართლო კანდიდატობის მცირე პერიოდში და სამართლებრივი განათლების დოგმატიური საუნივერსიტეტო კურსის გავლის შემდეგ, ახალგაზრდა ცენტრალური ევროპის ქვეყნიდან მოუწიათ იმავე სისტემასთან შეჯახება, რომლის გავლენის ქვეშაც დიდი ხნის მანძილზე იმყოფებოდნენ მათი უფროსი კოლეგები. დოგმატიზმისა და ფორმალიზმის ფასეულობები, რომლის გავლენის ქვეშაც ისინი აღმოჩნდნენ მათი პროფესიული საქმიანობის სანყის ეტაპზე, მტკიცედ უჯდებათ უნარ-ჩვევებში, რადგანაც ახალგა-მომცხვარი მოსამართლეები არაფერს შეხვედრიან მანამდე გარდა ფორმალურობისა და კანონის ტექსტუალური გამოყენებისა. ასეთ შემთხვევებში აღარ არის გასაკვირი რომ, სასამართლო გადაწყვეტილებათა პოზიციებისა და მოტივირების არსებითი ცვლილებები უმტკივნეულოდ ვერ ჩაივლის.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Wagnerova E. Position of Judges in the Czech Republic//Sustems of Justice in Transition:Central European Experiences since 1989. Burlington, 2003. P. 178.

<sup>22</sup> Kühn Z. Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies, // The Constitution in Private Relations:Expanding Constitutionalism/ Ed. By A. Sajo, R. Uitz, 2005.

ცენტრალური ევროპის ქვეყნების უმაღლესი სასამართლოების უმრავლესობა კვლავინდებურად მხარს უჭერს იმ წარმოდგენას, რომ უზენაესი მოსამართლეების როლს ყველაზე უკეთ შეესაბამებინა ისინი, რომლებმაც მთელი თავისი ცხოვრება სასამართლო კარიერას მიუძღვნეს. უნივერსიტეტის დამთავრების შემდეგ გავლილი აქვთ სასამართლო ინსტანციების ყველა საფეხური, ოცნლიანი და უფრო მეტი ხნის სასამართლო კარიერა დაასრულეს უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლის თანამდებობით. ამგვარი სიტუაცია დამახასიათებელია ჩეხეთისა და სლოვაკეთის უმაღლესი სასამართლოებისათვის, რომელთა შემადგენლობაც დაკომპლექტებულია მხოლოდ პროფესიონალი მოსამართლეებისაგან.

პირიქით, პოლონეთის უმაღლეს სასამართლოებში კი გატარდა არა მხოლოდ საკადრო ცვლილებები, არამედ შეიცვალა მათი პროფესიული შემადგენლობაც. პოლონეთის უმაღლეს სასამართლოსა და უმაღლეს ადმინისტრაციულ საამართლოში უმრავლესობას წარმოადგენენ სწავლული იურისტები. პოსტკომუნისტური პოლონეთის საამართლო სისტემაში მოთხოვნა გაჩნდა სამეცნიერო საზოგადოების კადრებზე, რომლებსაც წინათ არასდროს არ სცემიათ სასამართლო მანტია და ამდენად კომპრომენტირებული არ იყვნენ წინა პროფესიული საქმიანობით. ჩეხეთის მაგალითისაგან განსხვავებით, მათ გააჩნდათ უფრო მაღალი მისწრაფებები. შედეგად, პოლონეთის კონსტიტუციური დოქტრინებს გამოიმუშავენს როგორც კონსტიტუციური ტრიბუნალი, ასევე საერთო იურისდიქციის უმაღლესი საამართლოები. საბოლოოდ, სისტემა რომელსაც გააჩნია დეცენტრალიზებული სასამართლო კონტროლი, შეიძლება გახდეს მნიშვნელოვანი სტიმული გადანყვეტილებათა მიღების საამართლო იდეოლოგიის ტრანსფორმაციისათვის. მოსამართლეთა ინტელექტუალური მოუმზადებლობა იმუშაონ "ახალი კონსტიტუციონალიზმის" პირობებში ხდება ცენტრალიზებული სასამართლო კონტროლის შენარჩუნების საფუძველი.<sup>23</sup>

კანონის გონი, მისი ავტორის ზუსტი ინტენციის გარდა, განისაზღვრება მთელი რიგი იურიდიული, ფილოსოფიური და მატერიალური კონტექსტით. ეკზეგეტიურმა მეთოდმა რომელიც დიდხანს გამოიყენებოდა ინტერპრეტაციასა და სასამართლო პრაქტიკაში და რომლის

<sup>23</sup> Kühn Z. Making Constitucionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies, // The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A. Sajo, R. Uitz, 2005.

საფუძველსაც წარმოადგენს მკაცრი მიჯაჭვულობა ტექსტთან, მკაცრი კრიტიკა გაიარა. წმინდა ეკზეგეზა გამოირიცხა პოსტულატი: "განზრახვა ან ინტენცია ფორმულირებაზე მნიშვნელოვანია". კანონის განმარტება უნდა დაეფუძნოს თავისუფალ მეცნიერულ ძიებას, სოციალურ რეალიებსა და იმგვარი გადაწყვეტილება მიღებულ უნდა იქნას, რომელიც შეესაბამება სამართლიანობის პრინციპს და მოთხოვნებს, რომელსაც გვთავაზობს სიტუაცია.

## 5. სამართლებრივი პუბლიკაციები

საკანონმდებლო და სასამართლო პროცესები იძლევა საქმეებისა და საკანონმდებლო აქტების დაუსრულებელ ნაკადს, რომლებმაც დაიპყრეს სამართლებრივი გამოცემები. მიუხედავად იმისა, რომ ყოველი ერის იურიდიული ლიტერატურა უნიკალურია, ის მაიც შეიძლება დაიყოს გარკვეულ კატეგორიებად.

პირველ წყაროებს წარმოადგენენ ის მასალები, რომლებიც მოიცავენ კანონის ტექსტს და შესაძლოა ციტირებულ იქნას, როგორც სამართლის წყარო, მაგალითად-საკანონმდებლო კოდექსები, სასამართლო ანგარიშები და ადმინისტრაციული საუნწყებო პუბლიკაციები. მეორადი წყაროები არის ის მასალები, რომლებიც აღწერს, ხსნის, კომენტარს უკეთებს, აანალიზებს ან აკრიტიკებს კანონს, მაგრამ არ წარმოადგენს კანონის ტექსტს. მაგალითად, მიმოხილვები, იურიდიული ჟურნალები და სამართლებრივი ენციკლოპედიები. მესამე კატეგორიაა საძიებო ცნობარი, ანუ მასალები, რომლებიც მიუთითებენ მკვლევარს პირველად და მეორად წყაროებზე; ინდექსაციის ცნობარი და სასამართლო საქმეთა კრებულები წარმოადგენენ მოცემული სახის ლიტერატურას.

პირველადი წყაროები შეიძლება გაჩნდეს, როგორც ოფიციალური(სახელმწიფო), ასევე არაოფიციალურ პუბლიკაციებში. ხშირად, ოფიციალური და კომერციული გამოცემები თანამშრომლობენ ერთი და იგივე იურიდიული დოკუმენტების გამოცემაში -მაგალითად, შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებების კრებული ქვეყნდება ერთ სახელმწიფო და ოთხ კომერციულ გამოცემაში. ოფიციალურ გამოცემებს აქვს ცენზურის გავლენა; იურისტებმა, რომლებიც ამზადებენ სასამართლო მემორანდუმებს, ჩვეულებრივ ციტირება უნდა გაუკეთონ ოფიციალურ გამოცემებს. მაგრამ კომერციული გამოცემები უფრო პრაქტიკულია გამოყენები-

სათვის, რადგანაც ეს პუბლიკაციები გამოიცემა უფრო სწრაფად, ვიდრე მათი ოფიციალური ორეულები და ჩვეულებრივ შეიცავენ დამატებით კვლევით ინფორმაციას.

## 6. იურიდიული გამოცემები საერთო სამართლის იურისდიქციის სისტემებში:

საკანონმდებლო მასალები იყოფა სამ კატეგორიად: **Session laws** (სხდომების საკანონმდებლო მასალები), კოდექსები და ანოტაციური კოდექსები. **Session laws** არის საკანონმდებლო აქტების ქრონოლოგიური კრებული. ამის მაგალითია ბრიტანული **Public General Acts and Measures**, რომელიც შედგება 1831 წლიდან მიღებული პარლამენტის ყველა აქტისაგან.

**Session laws** გამოსაყენებლად რთულია, რადგან შეიცავს როგორც მოქმედ, ისე საზედამხედველო კანონმდებლობას. ამასთან, ზოგიერთ ქვეყნებს გააჩნიათ ე.წ. კოდექსური ვერსიები, რომლებიც მოიცავს ძალაში მყოფ მოქმედ კანონმდებლობას. ისინი მართალია არ არიან ნამდვილი კოდექსები, არამედ ადრე მიღებული საკანონმდებლო აქტების კრებულებია. ამის ტიპური მაგალითია აშშ-ს კოდექსი, რომელიც არის სამართლის 50 დარგში მოქმედი კანონმდებლობის ოფიციალური კრებული.

ერთი საფეხურით განსხვავებულია ე.წ. ანოტაციური კოდექსები, რომლებიც შეიცავენ საკანონმდებლო აქტებს, რომელთაც დართული აქვთ თითო აბზაცი განმარტება აქტის შესაბამის კონკრეტულ საქმეზე დაყრდნობით. ამგვარად, ანოტაციური კოდექსი მოიცავს მოქმედ საკანონმდებლო აქტს და წარმოადგენს დამაკავშირებელ ხიდს პრეცედენტულ სამართალთან.

სასამართლო ოქმები წარმოადგენს სასამართლო გადანყვეტილებათა ქრონოლოგიურ კრებულს. ზოგიერთი ოქმი მოიცავს მხოლოდ ერთ კონკრეტულ სასამართლოს, სხვები კი მოიცავენ ერთი იურისდიქციის ფარგლებში მყოფ ყველა სააპელაციო სასამართლოს. დანარჩენები წარმოადგენენ თემატურ მიმოხილვას, რომლებიც შეიცავენ განსხვავებულ სასამართლოთა გადანყვეტილებებს სამართლის ერთი დარგის მიხედვით, მაგალითად, შრომის სამართალში. სასამართლო მიმოხილვათა უმეტესობას არ გააჩნიათ ინდექსაცია, რის გამოც მკვლევარმა უნდა გამოიყენოს ნიგნების მთელი კრებული. ე.წ. საქმეთა დაიჯესტი, რათა სწორად გააკეთოს ციტირება გადასაწყვეტ

საკითხზე მისათითებელი საქმის მიხედვით. ჩვეულებრივ, დაიჯესტი იქმნება თითოეული სასამართლოს გადანყვეტილების მიხედვით. ამგვარად, აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილებები ქვეყნდება უზენაესი სასამართლოს ოქმებში, რომელიც ინდექსირებულია უზენაესი სასამართლოს დაიჯესტის საშუალებით.

სამთავრობო უწყების მიერ მიღებული ადმინისტრაციული ნესები ჩვეულებრივ, ქრონოლოგიურად ქვეყნდება ყოველდღიურ ან ყოველკვირეულ სარეგისტრაციო დოკუმენტებში, რომელიც შეიძლება დაიბეჭდოს კოდექსის სახით. ადმინისტრაციული სამართლის ამგვარი გადანყვეტილებები ხშირად იბეჭდება ადმინისტრაციულ საქმეთა მიმოხილვებში, რომელთაც შეიძლება გააჩნდეთ საკუთარი დაიჯესტები.

ბოლოს, საერთო სამართლის იურისდიქციის სისტემაში მომუშავე იურისტები ეყრდნობიან მეორად წყაროებს, რაც თავის მხრივ, მოიცავს ფართო სპექტრს პრაქტიკული არგუმენტებიდან სამეცნიერო იურიდიულ ჟურნალებამდე. ასეთი წყაროები სასარგებლოა კვლევის დასაწყისში იურიდიული კომენტირებისა და შესაბამისი საქმეებიდან, საკანონმდებლო აქტებიდან და დებულებებიდან ციტირების მიზნით.

## 7. სამართლებრივი გამოცემები სამოქალაქო სამართლის (რომანულ-გერმანული) იურისდიქციის სისტემაში

სამოქალაქო სამართლის სისტემა იყენებს ოთხი სახის სამართლის წყაროებს: კოდექსი, კანონთა კრებული (საკანონმდებლო აქტები, ბრძანებულებები, დეკრეტები და სხვა იურიდიული განცხადებები), დოქტრინალური მასალები და საქმეთა კრებულები.

კოდექსები ქვეყნდება სხვადასხვა ფორმატით, როგორც თეზისები ან მრავალტომეული კრებულები თანდართული სამეცნიერო კომენტარებით.

კანონის კრებულები შეიძლება დაიყოს ორ კატეგორიად. ზოგიერთ ქვეყანაში გამოიცემა ყოვლისმომცველი ოფიციალური გამოცემები, რომლებიც შეიცავს საკანონმდებლო და სხვა არასაკანონმდებლო იურიდიულ მასალებს, დანყებული საკანონმდებლო აქტებით და დამთავრებული ოფიციალური ცნობებით. ფრანგული უზარმაზარი გამოცემა **Jurnal Officiel** არის ამგვარი გამოცემის მაგალითი. სხვა

ქვეყნებში გამოიცემა ცენტრალური გამოცემები, რომლებიც შეიცავს მხოლოდ კანონებს, განკარგულებებსა და დეკრეტებს. ოფიციალური ცნობები და ადმინისტრაციული მასალები, რომლებიც განკუთვნილია სახელმწიფოს შიგნით გამოყენებისათვის, იბეჭდება ცალკე. ამგვარი გამოცემების ძირითადი მიზანია, მნიშვნელოვანი საკანონმდებლო აქტების და დებულებების თავმოყრა უფრო მოხერხებული ფორმით. **Bundesgesetzblatt** წარმოადგენს ამგვარი ტიპის გამოცემას.

მაშინ, როცა საერთო სამართლის სისტემაში კანონმდებლობა ეყრდნობა პრეცედენტულ კანონს და ცდილობს კანონის ადაპტაციას გარემოებათა ცვლილებების კვალობაზე, სამოქალაქო სამართლის იურისდიქციის სისტემაში ეს ფუნქცია სრულდება მეცნიერების მიერ. მეცნიერული დოქტრინა ტერმინოლოგიის შესახებ განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანი და გავლენიანია. მიმოხილვათა ან იურიდიულ ენციკლოპედიათა კომენტარები, რომლებიც აკრიტიკებენ სამართლებრივ რეგლამენტაციას, შეიძლება საფუძველი გახდეს სასამართლოებისათვის, რათა მათ უარყონ კოდექსის უკვე არსებული ინტერპრეტაცია.

პრეცედენტულ სამართალს აქვს არაპირდაპირი გავლენა სამოქალაქო სამართლის სისტემის ქვეყნებზე. მისი ზეგავლენა შეიძლება შეესაბამებოდეს სასამართლოს ანგარიშს სამართლებრივი მოტივაციისა და დასაბუთებულობის თვალსაზრისით. გერმანიასა და საფრანგეთს აქვთ სასამართლო ანგარიშების კარგად დამუშავებული ქსელი.

## 8. ეროვნულ-სამართლებრივი საინფორმაციო ბაზები

საფრანგეთი: Juridial-საფრანგეთის ყველა კოდექსისა და დოკუმენტის სრული ტექსტი Journal Officiel-დან (1987 წლიდან -); ადრე მიღებული კანონების ამონაკრები Journal-დან (1936-). გადანყვეტილებათა სრული ტექსტები Cour de Cassation Conseil (1960- ) Constitutionnel Conseil-დან (1958-) D' Etat-dan(1958-). ამასთან ხელმისაწვდომია ორასი ჟურნალისა და ევროპის თანამეგობრობის სამართლებრივი ლიტერატურის ბიბლიოგრაფია. საფრანგეთს ასევე აქვს Lexis-France, რომელიც Juridial-ის მსგავსია.

იტალია: Italguire-ეროვნული და რეგიონალური კანონმდებლობის სრული ტექსტები. კონსტიტუციური სასამართლოს გადანყვეტილება-

თა ამონაკრებები (1960-) და უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებათა ოფიციალური კომენტარები (Massima): უმაღლესი სასამართლოს საქმეებისათვის სამოქალაქო საქმეთა (1962-), სისხლის სამართლის საქმეთა (1966-) და ზოგიერთი ქვემდგომი იტალიური სასამართლო გადაწყვეტილებები. ასევე ხელშეკრულებები, ევროპის თანამეგობრობის ზოგიერთი დოკუმენტები და მეორადი მნიშვნელობის ლიტერატურის ბიბლიოგრაფია.

შვეიცარია: Swisslex- ფედერალურ სასამართლოთა გადაწყვეტილებათა სრული კრებული(1954-) და კანტონების სასამართლო გადაწყვეტილებები (1965-), ფედერალური საკანონმდებლო აქტები და ზოგიერთი იურიდიული ლიტერატურა შვეიცარიის სამართლებრივი ბიბლიოგრაფიის ჩათვლით. ფედერალური სასამართლო გადაწყვეტილებები სამენოვანია (ფრანგულ, იტალიურ და გერმანულ ენებზე), სხვა დოკუმენტები შეიძლება იყოს ორენოვანი.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Colen Morris, Robert Berring, How to Find the Law. 9<sup>th</sup> ed. 1989

## 9. როგორ ვრცელდება აშშ-ის უზენაესი სასამართოს გადაწყვეტილებები

<p>პუბლიკაციის მომენტი:</p>	<p>გადაწყვეტილების სასამართლოში გამოცხადების მომენტიდან, სასამართლო მოხელე ჟურნალისტებს გადასცემს ახლადმიღებულ გადაწყვეტილებას, იმავე დროულად გადაწყვეტილება ვრცელდება კომპიუტერული ქსელით-ჰერმესით, რომლის აბონენტები არიან სახაზო კაფშირის საშუალებები, გაზეთები, კერძო გამოცემები და საჯარო საინფორმაციო ქსელები.</p>
<p>2 საათის შემდეგ:</p>	<p>დაინტერესებულ პირს შეუძლია გაეცნოს გადაწყვეტილებას ორიდან ერთ-ერთ სამართლებრივი საინფორმაციო მმონაცემთა ბაზის - Lexis 9mead Data Central) და Westlaw (West Publishing Company) მეშვეობით.</p>
<p>3 დღის შემდეგ:</p>	<p>სასამართლო მოხელე 400 ცალ ნაბეჭდ ასლს აქვეყნებს საზოგადოებისათვის.</p>
<p>5-7 დღის შემდეგ:</p>	<p>გადაწვეტილება გამოდის კერძო კომერციულ გამოცემაში, როგორცაა მაგალითად United States Law Week (აშშ-ის იურიდიული კვირა) Bureau of National Affairs ან Supreme Court Bulletin უმაღლესი სასამართლოს ბიულეტენში (Commerce Clearing house).</p>
<p>1 თვის შემდეგ:</p>	<p>სასამართლო გადაწყვეტილების რედაქტირება და დაბეჭდვა ბროშურის სახით, ე.წ. "წინასწარი ფურცლები" ორ ძირითად კერძო გამოცემად: Supreme Court Reporter (West Publishing Company) და United States Supreme Court Reports-Lawyers Edition (Lawyers Cooperative Publishing Company)</p>
<p>სასამართლო ვადის გასვლიდან 6 კვირის შემდეგ:</p>	<p>სასამართლო გამოსცემს შესწორებებს გადაწყვეტილებებში და ქვეყნდება დროებითი, უმაღლესი სასამართლოს ცნობარში.</p>
<p>6-18 თვის შემდეგ:</p>	<p>სასამართლო გადაწყვეტილება ქვეყნდება სასამართლოს მოსაზრებების ოფიციალურ გამოცემებში დამატებითი ბროშურის სახით. - United States Reporters (United States Government Printing Office).</p>
<p>2-2,5 წლის შემდეგ:</p>	<p>მას შემდეგ, რაც სასამართლო გამოცხადებს, რომ შემდგომი ტერმინოლოგიური ცვლილებები გადაწყვეტილებაში აღარ შევა, ქვეყნდება Supreme Court Reporter United States Reporters-ის ოფიციალური ტომეული.</p>

### ჭეშმარიტება და სამართალი

#### 1. *Jus naturale/Jus positivum*, პოზიტიური თუ ბუნებითი სამართალი, რომელს გააჩნია უპირატესობა მათი კონფლიქტისას?

სამართალი არის მოვლენა, რომელსაც ორმაგი ბუნება გააჩნია. ერთი მხრივ, ჩვენ მასში გვაქვს ნამდვილობის ფაქტი, გარკვეული ძალა, რომელიც განსაზღვრავს საზოგადოებრივი ცხოვრების ცნობილ მხარეებს. მეორე მხრივ, სამართლის ნორმები არის საშუალება ამა თუ იმ სოციალური მიზნების მისაღწევად დასახული სოციალური იდეალის რეალიზაციისათვის. სამართლის ამგვარი ორმაგი ბუნების გათვალისწინებით, ჩვენი მიმართებაც მის მიმართ ორგვაროვანია. სამართალი ჩვენი შემეცნების წინაშე წარმოჩინდება როგორც "არსი" და ჩვენც მას აღვიქვამთ როგორც არის (დოგმატურად და ისტორიულად). სხვა მხრივ, ჩვენ არ შეგვიძლია არ შევაფასოთ ის იმ სოციალური მიზნებიდან გამომდინარე, რომლის მიღწევასაც იგი ემსახურება, ამ კუთხით სამართლის სამყარო არის "ჯერ არსი". წერილობითი სამართალი ვერასოდეს ვერ შეძლებს მოგვცეს ყველა ცხოვრებისეული კონკრეტული შემთხვევების გადანყვეტა. რომელი იურისტები ამ ხარვეზს ავსებდნენ ინტუიციის, იურიდიული ხელოვნების მეშვეობით. კომენტატორები იყვნენ პირველნი რომლებიც ამ საკითხს მეცნიერულად მიუდგნენ. მათი როგორც იურისტ-ფილოსოფოსებისა და იურისტ-ლოგიკოსების პრინციპული პოზიცია იყო პოზიტიური სამართალი დაეყენებინათ ბუნებითი სამართლის კონტროლის ქვეშ. *Aequitas* წარმოადგენდა სამართლის სუბსიდიარულ წყაროს. ორ ძირითად აზრობრივ პოსტულატს შორის - პოზიტიურ სამართალსა და ბუნებით სამართალს შორის იურიდიული აზრი იხრებოდა ერთიდან მეორისაკენ, პერიოდულად.

ბუნებითი სამართლის სკოლის აღზევებას ყოველთვის მოსდევდა პოზიტიური სამართლისაკენ დაბრუნება: — „უკან წყაროებისაკენ“. ჰუმანიზმი და სამართლიანობა არ აძლევდა იურისპრუდენციის მაძიებელ სულს მოსვენებას. ბუნებითი სამართალი-*jus naturale* ყოველთვის ესწარფვოდა უპირატესობას პოზიტიურ სამართალზე. მის მოთხოვნებს გამართლება უნდა ეპოვათ სამართლიანობისა და ბუნებითი სამართლის არსში, ის შეთანხმებული

უნდა ყოფილიყო მასთან, ბუნებითი სამართალი არის პოზიტიური სამართლის მაკორექტირებელი, ყოველგვარი ჭეშმარიტი იურისპრუდენცია უნდა იყოს ბუნებით-სამართლებრივი: **"quod jus positivum ad jus natural reducat et cum ipso concordat"**.

ბუნებითი სამართლის დოქტრინა ეყრდნობა ადამიანის გონის უსაზღვრო ნდობას, რომელიც საზოგადოებრივ ურთიერთობებს მონაცობს აბსოლუტური სამართლიანობის საწყისზე. ისტორიული სკოლის განწყობას შეადგენს უნდობლობა სამართლიანობის აბსოლუტურობისა და სუბიექტივიზმისადმი. რაც საუკეთესო შეუძლია ადამიანის გონს აღმოაჩინოს და ფორმულირება გაუკეთოს იმას, რაც გამომუშავდება სახალხო გონის სიღრმეებში, გამომუშავდება ორგანულად და შეუმჩნეველად. არ არსებობს არანაირი აბსოლუტური სამართლიანობა, არის სამართლიანობა ისტორიული, სამართლიანობა სახალხო და ამ სამართლიანობას კონკრეტულ მომენტში წარმოადგენს-პოზიტიური სამართალი. ნათელი და სამართლიანი კანონი არ შეიძლება გაუქმებულ იქნას მოსამართლის მიხედულებით. მაგრამ კანონი ხშირად ბუნდოვანია, მას გააჩნია ხარვეზები და სიცარიელები, მაშინ სამართლიანობა და ბუნებითი სამართალი გამოდის სუბსიდიარულ წყაროდ და გამოიყენება პრაქტიკულ ცხოვრებაში.

ბუნებითი სამართლის ცნება სამართლის ფილოსოფიისა და იურისპრუდენციის ერთ-ერთი ყველაზე უფრო ძველი კატეგორიაა. ბუნებითი სამართალი უპირისპირდება პოზიტიურ სამართალს, როგორც იდეალური ნორმა- არასრულყოფილს, ამდენად გამომდინარეობს იდეალურისა და არსებულის მუდმივი დაპირისპირებისაგან და მეორე, იგი არის ნორმა, რომელიც გამომდინარეობს თავად ბუნებიდან, ამიტომ მას ცვალებადი და ადამიანის მიერ შედგენილი დანაწესისაგან განსხვავებით მუდმივი ხასიათი აქვს. ამას ემატება პოზიტიური სამართლის ხარვეზები, რომლებიც კიდევ უფრო აძლიერებენ ბუნებითი სამართლის უპირატესობას. ყველაზე კარგი კანონებიც კი იშვიათად არის დამაკმაყოფილებელი. საზოგადოებრივი ინტერესების მრავალფეროვნება ვერ პოულობს სრულ ჰარმონიას კანონმდებლობაში, რაც იწვევს პოზიტიური ნორმების კრიტიკას. პოზიტიური სამართლის ნორმები შესაძლოა თვითნებურიც იყოს, ამიტომაც ბუნებითი სამართალი დგას მის ზემოთ, როგორც უმაღლესი ნორმა, რომელიც თავის ძალას იღებს ბუნებითი სამართლიანობიდან. ბუნების კანონები და სამართლის კანონები განსხვავებულია.

ბუნებითი სამართლის კონცეფციას თავიდანვე გააჩნდა ორმაგი შემადგენლობა, პირველია პრაქტიკული მოთხოვნა სამართლის

გაუმჯობესებისა. თომა აქვინელი ახდენს რთულ დანანვერებას, ესაა ღვთიური და მუდმივი კანონი, ბუნებითი კანონი და ადამიანის მიერ შექმნილი კანონმდებლობა – „*lex aeterna est ratio gubernativa totius universi in mente divina existens*“.

ბუნებითი სამართლის შუასაუკუნეობრივი დოქტრინის თანახმად, არსებული კანონები უნდა შევაფასოთ ბუნებით სამართალთან შედარებით, ადამიანის მიერ შექმნილ ნორმებს ძალა გააჩნიათ იმდენად, რამდენადაც იგი თანხვედრაშია ბუნებით სამართალთან. ბუნებითი და პოზიტიური სამართლის მიმართების საკითხს პრაქტიკული დატვირთვა გააჩნია, ამ იდეის მემკვიდრეობით ადამიანებისათვის დანესებული იქნა მუდმივი კონტროლისა და უზენაესობის უფლება მმართველ ხელისუფლებაზე. უსამართლო კანონები სავალდებულო არ არის დაქვემდებარებულთათვის, თუმცა მათ არ ეკრძალებათ მათი შესრულება.

კანონის სამართალთან გაიგივება წარმოადგენს უმძიმეს მეთოდოლოგიურ შეცდომას, ჰუგო გროციუსმა, წინამორბედი თეორეტიკოსებისაგან განსხვავებით, პირველმა გამოიყენა „*jus naturae*“-ს ცნება „*lex naturae*“-ს სანინაალმდეგოდ, იმ თვალსაზრისით რომ კანონი ისევე განსხვავდება სამართლისაგან, როგორც მიზეზი შედეგისაგან, (*dicemus legem a jure differre, ut constituens a constitute, causam ab effectu*). პირველ ადგილზეა უფლება - პიროვნების დაბადებითი უფლებები, „*Jura connata*“, რომელიც უნდა იყოს ყოველგვარი კანონმდებლობის მიზანი. ბუნებით-სამართლებრივი დოქტრინა დაიტვირთა ინდივიდუალიზმით, გააძლიერა პიროვნული საწყისი, რამაც განვითარება ჰპოვა ახალ დროში და გახდა მისი არსის ძირითადი განმსაზღვრელი. ამ დროიდან ბუნებითი სამართალი გახდა უფრო მეტი, ვიდრე კანონმდებლობის სრულყოფილების მოთხოვნაა, იგი გამოხატავს პროტესტს სახელმწიფოებრივი აბსოლუტიზმის სანინაალმდეგოდ. საბოლოოდ, ბუნებით-სამართლებრივი დოქტრინის სიმძიმის ცენტრი მდგომარეობს სამართალის თავზე ზნეობრივი სასამართლოს არსებობის შესაძლებლობაში.

## 2. შეჯიბრებითობა თუ ჭეშმარიტების ძიება

პილატეს შეკითხვა „რაი არს ჭეშმარიტება?“ (იოანე XVIII, 138) უშუალოდ იმ ისტორიული სიტუაციის გათვალისწინებით შეეხება ნეიტრალობის პრობლემას, რაც ნიშნავდა იმას, რომ ყველაფერი რაც ისეთი ადამიანის მტკიცებით, - როგორიც იესოა, არის ჭეშმარიტე-

ბა, სრულიად არ ეხება სახელმწიფოს. „რას ნიშნავს საათის ისრები სწორად მიემართებიან?“ - სამართლის სამართლიანობის მკვლევარი რუდოლფ შტამლერი ამბობს რომ, ეს არ შეიძლება განისაზღვრობოდეს ჩვენი ეკლესიის კოშკურის საათის მიხედვით. ჭეშმარიტება, როგორც პასუხი, აბსოლუტური ხასიათისაა, ყოველთვის მოიცავს ერთს, რაიმე ობიექტურად და მიუკერძოებლად არსებულს. შეიძლება კი ასეთად მივიჩნიოთ სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, თუნდაც საქმის გულდასმით განხილვისა და გამოცდილი და პატიოსანი მოსამართლის მიერ მიღებული?

სასამართლო გადაწყვეტილება ეფუძნება მხარეთა მიერ წარდგენილ მტკიცებულებებსა და ფაქტებს. თანამედროვე გაგებით, სასამართლო არ ადგენს „ობიექტურ ჭეშმარიტებას“ და როგორც მიიჩნევენ, არც არის ვალდებული ეს გააკეთოს. ახალ კანონმდებლობაში თქვენ ვერ იპოვით „ჭეშმარიტების ცნებას“, შესაბამისად, იურისპრუდენციაში ეს დეფინიცია თანდათანობით მივიწყებასაც მიეცა. ნიშანდობლივია რომ, ბლექის სამართლის განმარტებით ლექსიკონში, ჭეშმარიტების კონცეპტს საერთოდაც სულ ორი სტრიქონი ეძღვნება, ხოლო სამხილსა და ფაქტს ხუთი გვერდი და ოთხმოცდაცამეტი განმარტება. და კიდევ: მაგალითად, ავადმყოფობის ფაქტს სასამართლო ადგენს ექიმის მიერ გაცემული ავადმყოფობის ფურცლის მიხედვით, თუ სასამართლოზე არ წარმოადგენთ ავადმყოფობის ფურცელს, ჩაითვლება რომ არც ავადმყოფობით, ან კიდევ დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში, თუ ვერ შეგროვდება ბრალდებულის ბრალის დამამტკიცებელი გარემოებები, რომელიც საკმარისი იქნება მისი ბრალდებისათვის, ეს პირი სასამართლოს მიერ უდანაშაულოდ ითვლება და თავისუფლდება პასუხისმგებლობისაგან, (მაშინაც კი როდესაც მოსამართლის შინაგანი რწმენა სხვაგვარია), მისი „დამნაშავე/უდანაშაულობის“ საკითხი კი გნოსეოლოგიურად რჩება ღია. ასეთ შემთხვევაში სასამართლო ფაქტიურად ვერ ადგენს/ვერ ამტკიცებს, ვინ არის ასეთი ადამიანი დამნაშავე თუ წესიერი? უდანაშაულობის პრეზუმფციიდან გამომდინარე ბრალდებული ცხადდება უდანაშაულოდ ანუ კეთილსინდისიერ ადამიანად, რომელსაც გადაცდომა არ ჩაუდენია. დაუმტკიცებელი ბრალეულობა დამტკიცებული უდანაშაულობის ტოლია. პრინციპის-In dubio pro reo (ექვსის შემთხვევაში, ბრალდებულის სასარგებლოდ), თანახმად, არ უნდა არსებობდეს ხარისხობრივი განსხვავება მტკიცებულებათა ნაკლებობის გამო გამართლებასა და გამართლებას შორის, რაც მოხდა იმის დადგენით, რომ პირის უდანაშაულობა ექვსის გარეშე იყო. სასამართლო გათავისუფლებულია ობიექტური ჭეშმარიტების ძიებისაგან, მისი შედეგი

შეიძლება კვაზირეალისტური იყოს, როგორც ამბობენ, სისულელე იქნებოდა ჩვეულებრივ მოკვდავთათვის მოგვეთხოვა ამაზე მეტი. სასამართლო პროცესში დამკვიდრებული შეჯიბრებითობის პრინციპის მიხედვით გამარჯვებულად ცხადდება მხარე, რომელსაც მეტი მტკიცებულება აქვს და არა ყოველთვის ის, ვინც მართალია. გამოდის რომ სასამართლოში გამოყენებული ფორმალური ჭეშმარიტება ქიმერაა, ენინაალმდეგება ობიექტურობის კრიტერიუმს და აბსოლუტური ჭეშმარიტების ანტინომია. ამგვარად, სასამართლოს მიერ გადანყვეტილების გამოტანის შემთხვევაშიც, ჭეშმარიტებისა და სამართლიანობის საკითხი შესაძლოა ღიად დარჩეს, ვინაიდან რაიმეს მტკიცებას მხოლოდ მაშინ ექნება ჭეშმარიტი ხასიათი, როდესაც მას ნამდვილად ჰქონდა ადგილი.

ამასთანავე, არ უნდა დავივიწყოთ რომ, თავისი ჩანაფიქრით სამართლის მიზანი სამართლიანობის მიღწევაა. ჭეშმარიტებასთან სრული გამიჯვნით სამართალი რასაკვირველია გაკოტრდებოდა. ნამდვილია მხოლოდ ის სამართალი, რომელიც უზრუნველყოფს სამართლიანობას. **“Ius est ars boni et aequi”** – სამართალი არის მართლწესრიგისა და სამართლიანობის ხელოვნება, ამ სიტყვებით იწყება იურისპრუდენციის ყველაზე მნიშვნელოვანი ნაშრომი, დიგესტები, რომაული სამოქალაქო სამართლის კრებული, *Corpus Juris Civilis*.

სამართალმა მართალია მიაღწია პროცედურულ სამართლიანობასა და მხარეთა თანასწორობას, რაც არ გულისხმობს მატერიალურ სამართლიანობასაც, ანუ სასამართლო გადანყვეტილების კანონიერება, აპრიორი არ ნიშნავს მის სამართლიანობასაც. ამასთანავე, რადგან ვთანხმდებით იმაზეც რომ, სამართლიანობის მისაღწევად არსებობს სამართალი, მივალთ დასკვნამდე რომ, მოძღვრება სამართლის შესაძლო სამართლიანობაზე წარმოადგენს სრულიად ავტონომიურ პრობლემას და არის პრინციპულად სხვა, ვიდრე ეს მხოლოდ სამხილებსა თუ ფაქტებზე დაკვირვებაა.

პირველი, რაც უპირობოდ მნიშვნელოვანია, სამართალს უნდა გააჩნდეს შინაგანი კანონზომიერება, ღონ ფულერი კანონის „შინაგანი მორალისათვის“ რვა ძირითად პრინციპს აყალიბებს: 1. განზოგადება; 2. გამოქვეყნება; 3. უკუძალის აკრძალვა; 4. გარკვეულობა; 5. არ უნდა იყოს ურთიერთსაწინააღმდეგო; 6. შესრულების შესაძლებლობა; 7. მუდმივობა; 8. შესაბამისობა გამოცხადებულ წესსა და ოფიციალურ ქმედებას შორის. ფულერი ასკვნის, რომ, როდესაც სისტემა არ შეესაბამება ამ პრინციპებიდან რომელიმეს ან არსებითად ვერ აკმაყოფილებს ზოგიერთ მათგანს, არ შეიძლება ითქვას, რომ „სამართალი“ არსებობდა ამა თუ იმ საზოგადოებაში. იგი ირ-

მუნება, რომ ეს რვა პრინციპი მორალურია, თუმცა ისინი ძირითადად პროცედურული გზამკვლევებია ეფექტური სამართალშემოქმედებისათვის<sup>25</sup>.

საერთო თვალსაზრისით, ფულერის რვა „სასურველთან“ შესაბამისობა ამტკიცებს იმას, რომ მხოლოდ კანონიერი სისტემა ფუნქციონირებს ეფექტურად. აქედან გამომდინარე, რამდენადაც ეს ვერ იქნება მორალური კრიტერიუმი, უზნეო რეჟიმს ასევე მარტივად შეუძლია დააკმაყოფილოს იგივე ტესტი. ეფექტურობის მისაღწევად უზნეო სამართლებრივი სისტემა შეიძლება ფულერის პრინციპებს იცავდეს და ბოროტმა რეჟიმმაც, შესაძლოა, ადვილად გაუძლოს გამოცდას / რეიმონდ უექსი/<sup>26</sup>.

ლონ ფულერმა (Fuller L.) ბუნებით-სამართლებრივი კონცეფციის გამოყენებით ააგო თანამედროვე სამართლის ინსტრუმენტალური კონცეფცია. სამართალი წარმოადგენს სამართალშემოქმედებისა და სამართლის ნორმების რეალიზაციის პროცესს. მისი საბოლოო მიზნები კი არის: თავისუფლება, უსაფრთხოება, სამართლიანობა, თანასწორობა. როგორც იგი გვთავაზობს უნდა დავაჯგუფოთ ფაქტები და არტეფაქტები. ფაქტები არსებობენ ადამიანის სურვილისაგან დამოუკიდებლად იხილოს ისინი ასეთი ან სხვაგვარი, მაგალითად ქვები მდინარეში. არტეფაქტები კი იქმნება ადამიანის მიერ სავსებით განსაზღვრული მიზნით, ამიტომ არტეფაქტებში არსებული და საჭირო — ის რაც უნდა იყოს, შერწყმულია, როგორც ერთი „ინტეგრალური რეალობის“ ელემენტები. სამართლებრივი ნორმა უპირობოდ წარმოადგენს არტეფაქტს, ამიტომ, იმისათვის რომ ვუპასუხოთ კითხვას, რამდენად გააჩნია ამა თუ იმ ნორმას სამართლებრივი ხასიათი, უნდა გამოვარკვიოთ როგორი უნდა იყოს ის. ფულერის შეჯამებით, ყველაფერი რაც კანონმდებელთაგან მომდინარეობს, არ შეიძლება ჩავთვალოდ სამართლად. იმისათვის რომ განვსაზღვროთ, არის კი კანონმდებლის მიერ შექმნილი ნორმა სამართლებრივი, უნდა დავადგინოთ პირველ რიგში, რამდენად აქვს ამ ნორმას სუბსტანციური მიზანი და მეორე, გვთავაზობს კი ის მიზნის რეალიზაციისათვის შესაბამის საშუალებებს. უარყოფითი პასუხის შემთხვევაში სამართლის ნორმა უნდა შეფასდეს როგორც მოჩვენებითი. მთავარი მოთხოვნაა ნორმისადმი, როდესაც ჩვენ რაიმეს ვაკეთებთ სწორად, ყველაზე დიდი

<sup>25</sup> The Morality of Law: Revised Edition; LON L. FULLER; 1969 Published by: Yale University Press.

<sup>26</sup> უექსი, რეიმონდ — სამართლის ფილოსოფია: ძალიან მოკლე შესავალი /სამეცნ. რედ.: იოსებ ბაჩაშვილი; რედ.: ქეთევან ქურდოვანიძე; მთარგმნ.: მერაბ ბაბუხაძე. - თბ., 2012;

ალბათობით უნდა მივიღოთ სწორი შედეგიც. სამართლის ნორმას ყოველთვის უნდა გააჩნდეს ლეგიტიმური მიზნები, სუბსტანციური მიზნის არსებობა ფასეულობას აძლევს მთელ სამართლებრივ სისტემასაც. წარმართოს და გააკონტროლოს ადამიანების საქმიანობა არის სამართლებრივი სისტემის გენერალური მიზანი. არსებობს ასევე სხვა პროცედურული/პროცესუალური ხასიათის კონკრეტული, კერძო მიზნებიც, რომელთა გარეშეც სამართლებრივი სისტემა ვერ იარსებებს, ვერ მიაღწევს თავის გენერალურ მიზანს. საბოლოო ჯამში სტატუტური სამართლის ყველა ნაირსახეობა უნდა აკმაყოფილებდეს შემდეგ მოთხოვნებს: გააჩნდეს საერთო ხასიათი; იყოს მონონებული წარმომადგენელთაგან; არ გააჩნდეს უკუძალა; იყოს ნათელი და თავისუფალი წინააღმდეგობებისაგან, საკმაოდ სტაბილური; არ ითხოვდეს შეუძლებელს, მის რეალიზაცია შეესაბამებოდეს შინაარსს, ე.ი. იმ მიზნებსა და საშუალებებს, რომლებიც თავად ამ ნორმაშია ჩადებული. ამასთანავე, სამართლის ყოველ ფორმას აქვს თავისი დამატებითი კრიტერიუმები, მაგ. საკონტრაქტო სამართლის ნორმა უნდა დაიტესტოს „მხარეთა კეთილსინდისიერებაზე“, ჩვეულება — „ადამიანურ გონზე“, სტატუტი კი „სუბსტანციურ სამართლიანობაზე“. ეს კრიტერიუმები მორალური ხასიათისაა, რამდენადაც მორალური არის ის, რაც უნდა იყოს, იგი ყოველთვის ჯერ-არსია. სამართალი და მორალი განუყოფელია, რამდენადაც განუყოფელია არსი და ჯერ-არსი<sup>27</sup>. ფულერი კატეგორიულად არ ეთანხმება თავის მთავარ ოპონენტს ჰარტს ( L. Hart ) რომელსაც მიაჩნია რომ „არ არსებობს აუცილებელი კავშირი სამართლის რომელიც არის, იმ სამართალთან როგორიც უნდა იყოს ის“. ფულერი სამართლის „ბუნებითობას“ ეძიებს არა მის მიღმა, არამედ თავად სამართალში. ის არ აპირისპირებს ბუნებით სამართალს პოზიტიურ სამართალთან, ის აპირისპირებს სამართალსა და არასამართალს, აქ საზღვარი ლეგიტიმურობასა და მორალურობას შორის წაშლილია. ლეგიტიმური ნორმა ყოველთვის მორალურია, ხოლო მორალური ლეგიტიმურიც.

როგორც უკვე ითქვა, სამართალში საბოლოო სუბსტანციური მიზნის მისაღწევად გარდა ნორმის მატერიალური სამართლიანობისა, არსებითია პროცედურული/პროცესუალური მხარის სამართლიანობა/მორალურობაც, რაც სამართალწარმოების პროცესში პოეებს ასახვას. სამართალწარმოება წარმოადგენს პროცესს რომლის ფარგლებშიც დაპირისპირებული მხარეები მიუკერძოებელ

<sup>27</sup> The Morality of Law: Revised Edition; LON L. FULLER; 1969 Published by: Yale University Press.

არბიტრთან წარადგენენ თავისი უფლებების დამადასტურებელ მტკიცებულებებს, რომელიც ამ მტკიცებულებებზე დაყრდნობით მიიღებს გადაწყვეტილებას ერთ-ერთი მხარის სასარგებლოდ. ფულერი ამბობს რომ, ძალიან ფართო სახით თუ ავსახავთ სასამართლოს წინაშე დგას ორი ამოცანა: კონკრეტული დავის გადაწყვეტისა, რომელიც ადრევეა წარმოშობილი და სამართლის ნორმის შექმნა. სასამართლოს გადაწყვეტილებას აქვს როგორც რეტროსპექტიული, ასევე პერსპექტიული ხასიათი. სასამართლო ქმნის სამოსამართლო სამართალს, მაგრამ იმისათვის რომ მის მიერ შექმნილი ნორმები გახდეს ლეგიტიმური/მორალური, სასამართლო ვალდებულია მკაცრად მისდიოს გარკვეულ წესებს. 1. მხარეთათვის უზრუნველყოფილი უნდა იქნას თანაბარი შესაძლებლობები მტკიცებულებებისა და არგუმენტების წარსადგენად. 2. გადაწყვეტილებას საფუძვლად შესაძლოა დაედოს მხოლოდ ის არგუმენტები და მტკიცებულებები, რომლებიც გამოიყენეს თავად ამ მხარეებმა. 3. მტკიცებულებების ანალიზისა და გადაწყვეტილების გამოტანისას, მოსამართლემ უნდა იხელმძღვანელოს მხარეთათვის წინასწარ ცნობილი პრინციპებითა და ნორმებით. წინააღმდეგ შემთხვევაში მხარეები კარგავენ შესაძლებლობას განჭვრიტონ მოსამართლის რეაქცია მათ მიერ საკუთარი სიმართლის დასამტკიცებლად გამოყენებულ მტკიცებულებებზე. 4. სასამართლოს არ შეუძლია თავად მოახდინოს სასამართლო პროცესის ინიცირება. 5. მოსამართლე უნდა იყოს მიუკერძოებელი დავის განხილვისას. 6. სასამართლოს ავტორიტეტი მხარდაჭერილი აღმოჩნდება მხოლოდ მაშინ, როდესაც მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებები რეალურად აღსრულებადია. 7. სასამართლო უნდა დაცვილდეს პოლიტიკას<sup>28</sup>.

თავის მხრივ, გუსტავ რადბრუხი კანონების სამართლიანობის პრინციპთან შეფარდებითობის განსაზღვრით შეეცადა მანამდე არსებული მეთოდოლოგიური სიცარიელის ამოვსებას: კონფლიქტი სამართლიანობასა და მართლწესრიგის უზრუნველყოფას შორის შესაძლოა გადაწყდეს პოზიტიური სამართლისათვის პრიორიტეტის მინიჭებით, მაშინაც კი, როდესაც ეს უკანასკნელი უსამართლოა, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც კანონი სამართლიანობას ეწინააღმდეგება იმ ზომით, რომ მან როგორც „უსამართლო სამართალმა“ გზა უნდა დაუთმოს დავის სამართლიან გადაწყვეტას. იქ სადაც სამართლიანობას არც კი ესწრაფვიან, სადაც თანასწორობა, როგორც

<sup>28</sup> The Morality of Law: Revised Edition; LON L. FULLER; 1969 Published by: Yale University Press.

სამართლიანობის საფუძველი, პოზიტიური სამართლის დანესებისას განგებ უარყოფილია, იქ სამართალი არა მხოლოდ „არასწორი სამართალია“, არამედ ის საერთოდ არ შეესაბამება სამართლის ბუნებას, რამდენადაც სამართალი და კერძოდ პოზიტიური სამართალი, არ შეიძლება განიმარტებოდეს სხვაგვარად, როგორც წესრიგი, რომელიც მოწოდებულია უზრუნველყოს სამართლიანობა.<sup>29</sup> რადბრუხის ფორმულა იყო გერმანიის ფაშისტური წარსულის გააზრების მცდელობა, სადაც ძალადობა მხარდაჭერილი იყო არსებული სამართლით.

როგორ განისაზღვრება სამართლის ნამდვილობა? და როგორ დავადგინოთ რომ სამართალი ნამდვილად უზრუნველყოფს სამართლიანობას? რატომ უნდა ვალიართ ისეთი სამართლის ლეგიტიმურობა, რომელიც მხოლოდ ნაწილობრივ თანხვედრაშია სამართლიანობასთან?

რობერტ ალექსი სადავოდ ხდის რადბრუხის თეზისს და მიიჩნევს რომ თუ მთელ იურიდიულ თეორიას ავაგებთ არგუმენტაციის პრინციპებთან სრულ შესაბამისობაში, როგორცაა პროპორციულობა და მიზნის ლეგიტიმურობა, რადბრუხის მიერ დასახული წინააღმდეგობის წინაშე აღარ ვდგებით. სამართალი არის ნორმათა ერთობლიობა, რომელიც შესაბამისობაშია კონსტიტუციასთან, რომელშიც მოცემულია მორალური პრინციპებიც და მათ შორის სამართლიანობის პრინციპიც.<sup>30</sup>

როგორც ვთანხმდებით, სამართლიანობისა და ჭეშმარიტების ძიების გარეშე იურისპრუდენცია ნამდვილად დაზარალდებოდა. ამ ორი პრინციპის მიმართებით შესაძლოა მივიღოთ სამი სიტუაცია: 1. სამართალი არ წარმოადგენს ნამდვილ სამართალს; 2. სამართალი უზრუნველყოფს სამართლიანობას; 3. სამართალი მხოლოდ ნაწილობრივ შეესაბამება სამართლიანობას.

რონალდ დვორკინი შეეცადა ჭეშმარიტების დადგენის სამი გზის ჩვენებას: 1. არსებობს ობიექტური ფაქტები, რომლებიც მიუკერძოებლად აღწერილია თეორიული დებულებებით. როდესაც ფაქტი ობიექტურია, მათი მიუკერძოებელი აღწერა და შეფასებაც ობიექტური ჭეშმარიტებებია; 2. ფაქტები არსებობს, მაგრამ მათი სტატუსი ითვლება პირობითად. მაგალითად, რაღაც მიიჩნევა მომწამვლელად ან არ მიიჩნევა ასეთად ადამიანთა განზრახვის მიხედვით, ასეთ შემთხვევებში ჭეშმარიტება ვერ მიიჩნევა ობიექტურად, არამედ

<sup>29</sup> Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Süddeutsche Juristenzeitung. 1946. P. 105.

<sup>30</sup> Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg; München: Alber, 1992. P. 201.

იგი პირობითია; ვ. მორალური დარწმუნება ფლობს საკუთარ სამოტივაციო ძალას და ასეთი სახით შეესაბამება ობიექტურ გარემოებებს. ეს ნიშნავს რომ, არავინ არ მიიჩნევს მორალურ რწმენას თავის ვალდებულებად, თუ იგი მოტივირებული არ იქნება მათ მიერ. იურიდიული დარწმუნებანი ხდებიან ობიექტური ქვეშარიტებები, რომლებიც მოტივაციას შეიცავენ, მოტივაციის გარეშე კი წარმოუდგენელია იურისპრუდენცია, ამიტომაც დვორკინი ქვეშარიტების ძიების გზაზე ამ ხერხს ყველაზე პერსპექტიულად მიიჩნევდა.<sup>31</sup>

იურისტი ფიზიკოსისაგან განსხვავებით არა მხოლოდ ახდენს ქვეშარიტების კონსტანტირებას, ის ამასთანავე გამოხატავს ნორმატიულ დასაბუთებაზე დაფუძნებულ საკუთარ შინაგან რწმენასაც. უფრო მეტიც, უნდა ითქვას რომ, სასამართლო გადაწყვეტილების ადრესატები მხოლოდ დავაში მონაწილე მხარეები როდი არიან, სასამართლო გადაწყვეტილების კანონიერი ძალისათვის საჭიროა საზოგადოების სოლიდარობა დამდგარი შედეგის მიმართ, მართლმსაჯულების განხორციელებისადმი საზოგადოების ნდობის პრეზუმფციის გამომუშავება.

განაჩენი ყოველთვის უნდა ეფუძნებოდეს საქმის უტყუარ და კეთილსინდისიერ გამოკვლევას, განაჩენის საბოლოო მიზანს კი წარმოადგენს არა განსასჯელის სამარისებური მდუმარების დარღვევა, არამედ მისი ძირითადი მისიაა აღადგინოს ურიცხვი ხელყოფით შელახული მოკვდავთა ზნეობრივი განცდა, განამტკიცოს მათი მორყეული რწმენა სიკეთესა და ქვეშარიტებაზე.

როგორც აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე ფელიქს ფრანკფურტერმა განაცხადა: „სასამართლო არ ფლობს ხმალს და არ განკარგავს ხაზინას, საბოლოოდ მისი ძალაუფლება მიღებული გადაწყვეტილებების მიმართ საზოგადოების რწმენას ემყარება“.

და ბოლოს ჰეგელის დასკვნით: „სამართლის კანონებს ადგენენ ადამიანები; ადამიანის შინაგანი ხმა შესაძლებელია ეთანხმებოდეს მას ან წინააღმდეგობაში მოდიოდეს მასთან. ადამიანი არ ჩერდება არსებულზე, საკუთარ განაცხადს აკეთებს სამართლის შეფასებაზე. მას შეუძლია დაექვემდებაროს გარე ავტორიტეტის ძალას, მაგრამ სრულიად სხვაგვარად, ვიდრე ბუნების აუცილებელ კანონებს.

<sup>31</sup> Dworkin R. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It // Philosophy and Public Affairs. 1996. Vol. 25. № 2. P. 87-139.

Dworkin R. Pepley // Philosophy and Public Affairs. Symposium. URL: [brown.edu/Departments/Philosophy/bears/9704dwor.html/](http://brown.edu/Departments/Philosophy/bears/9704dwor.html/); Blackburn Reviews Dworkin: Philosophy and Public Affairs. Symposium. URL: [brown.edu/Departments/Philosophy/bears/961blac.html/](http://brown.edu/Departments/Philosophy/bears/961blac.html/).

ბუნებაში უმაღლესი ჭეშმარიტება მდგომარეობს იმაში რომ კანონი საერთოდ არსებობს; სამართლის კანონებს მნიშვნელობა აქვთ არა იმიტომ, რომ ისინი არსებობენ, არამედ იმიტომ რომ ისინი შეესაბამებიან სამართლის ჩვენს საკუთარ კრიტერიუმს“.<sup>32</sup>

### 3. სამართლის ნორმის შეფარდება

სამართლის გამოყენება სცდება სასარჩელე წარმოებას. მიუხედავად საკანონმდებლო ტექნიკის სისტემატური სრულყოფისა რეალურად დღემდე მაინც ვერ ხერხდება სისხლის სამართალში და არამართო აქისეთი ქმედებების კონსტრუირება, რომლებშიც თავიდან იქნება აცდენილი სამართლის ნორმაში ე. წ. შეფასებითი ნიშნების გამოყენება (სახის წარუშლელი დამახინჯება, ქმედების განუსაზღვრელობა საზოგადოებრივი საშიშროების ხარისხი, განსაკუთრებული სისასტიკე, ქმედების მცირე მნიშვნელობა, წესრიგის უხეშად დარღვევა, მძიმე შედეგი და ა.შ.) სამოქალაქო სამართალში ასეთია, კეთილსინდისიერების პრინციპი, ადმინისტრაციულ სამართალში მიზანშეწონილობის პრინციპი. კანონმდებელი მათ განმარტებას არ იძლევა და ამ ფუნქციას ნორმის შემფარდებელ სუბიექტებს, პირველ რიგში, სასამართლოს ანდობს. ყურადღება გამახვილდება აგრეთვე სისხლის სამართლის იმ ნორმების განმარტებაზე, სადაც გამოკვეთილად არ ჩანს დანაშაულის სუბიექტი, სუბიექტური მხარე, დანაშაულში მონაწილე პერსონაჟები, დანაშაულის ჩადენის სტადიები და სხვა, რომელთა განმარტებაც პრაქტიკულად სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის საშუალებით ხდება, რაშიც თავისი მნიშვნელოვანი ადგილი სისხლის სამართლის დოქტრინასაც უკავია, აღარაფერს ვამბობთ ნორმათა კონკურენციაზე, ბლანკეტურ ნორმებზე, სასჯელის დანიშვნის თავისებურებებზე დაუმთავრებელი დანაშაულების დროს, თანამონაწილეობით ჩადენილი დანაშაულის შემთხვევაში და სხვა. ამდენად, სასამართლოს დამოკიდებულება ნორმის განმარტებისადმი პირდაპირ კავშირშია დანაშაულებრივი ქმედების სამართლებრივ შეფასებასთან ანუ კვალიფიკაციასთან, სასჯელის დანიშვნასთან, სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის გადაწყვეტასთან და სხვა. სასამართლო არ შეიძლება ნორმის ფარგლებს გასცდეს და იგი ვალდებულია კანონი განმარტოს ნორმის ფარგლებში. იმ შემთხვევებისაგან განსხვავე-

<sup>32</sup> Hegel, Elements of the Philosophy of Right; 2012;

ბით, როდესაც კონკრეტული საქმის გადანყვეტისას სასამართლო განმარტების შედეგად ქმნის ახალ ნორმას, რასაც სამოსამართლო სამართალს (სასამართლო პრეცედენტს) უწოდებენ და რისი ნათელი დადასტურებასაც აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს საქმიანობა წარმოადგენს.

სამოქალაქო სამართალში კეთილსინდისიერების პრეზუმფცია ავალდებულებს მას, ვინც უთითებს სხვის არაკეთილსინდისიერებაზე, დაამტკიცოს კიდეც ეს.

საჯარო სამართალში ფართოდ გამოიყენება ადმინისტრაციული მიხედულების ფარგლები. ნორმები რომლებიც განსაზღვრავენ თანამდებობის პირთა საქმიანობას, სავალდებულო ძალის მატარებლები არიან, მაგრამ ეს ნორმები ამომწურავი სისრულით როდი განსაზღვრავენ აღმასრულებელი ორგანოს მოქმედების პირობებსა და ასეთ შემთხვევაში ნორმა აღმასრულებელს ანიჭებს მნიშვნელოვან თავისუფლებას თავად განსაზღვროს როგორც თავისი საქმიანობის პირობები, ასევე კონკრეტული ზომები, რომელიც მან უნდა გაატაროს. ამასთანავე, კანონმა შესაძლოა განზრახ მიანიჭოს ამგვარი თავისუფლება თანამდებობის პირს ან ეს თავისუფლება შესაძლოა იყოს კანონმდებლის მიერ თავისდაუნებურად დაშვებული ფართო ჩარჩოს შედეგი. მაგ. საქართველოს ორგანული კანონი "მოქალაქეობის შესახებ" ადგენს ნატურალიზაციის წესით საქართველოს მოქალაქეობის მოპოვების შეზღუდვის საფუძვლებს:

პირი საქართველოს მოქალაქეობას ნატურალიზაციით ვერ მოიპოვებს, თუ:

გ) საქართველოს სახელმწიფო უსაფრთხოების ან/და საზოგადოებრივი უსაფრთხოების დაცვის ინტერესებიდან გამომდინარე, მიზანშეუწონელია მისთვის საქართველოს მოქალაქეობის მინიჭება, (მუხლი 16).

2. ამ მუხლის პირველი პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული საქართველოს სახელმწიფო უსაფრთხოების ან/და საზოგადოებრივი უსაფრთხოების დაცვის ინტერესები მოიცავს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც:

ა) პირის საქართველოს ტერიტორიაზე ყოფნა საფრთხეს უქმნის საქართველოს სხვა სახელმწიფოებთან ან/და საერთაშორისო ორგანიზაციებთან ურთიერთობას;

მოქალაქეობის მოპოვების პრეტენდენტი ჩაითვლება თუ არა პოლიტიკური თვალსაზრისით სასურველ ელემენტად ეს ადმინისტრაციული ორგანოს შეფასების საგანია. ასეთივე მდგომარეობაა მსჯავრდებულთა შეწყალების საკითხის გადანყვეტისას, რათა

გადანყვიტოს ეს საკითხები თანამდებობის პირმა უნდა შეაფასოს მთელი რიგი გარემოებები დიდნილად თავისი შეხედულებით. პირველ შემთხვევაში თუ დარწმუნდა რომ ნატურალიზაცია არ ენი-ნააღმდეგება სახელმწიფოებრივ მიზნებსა და უშიშროებას, შეუ-ძლია მიიღოს ეს თუ ის გადანყვეტილება. რამდენად სრულად და ყოველმხრივ ანონა მოხელემ საკითხის ყველა მხარე, ეს არის თავ-ად ადმინისტრატორის საქმე და რადგანაც მას ჩამოუყალიბდა რწ-მენა რომ ნატურალიზაციის მოტივები საფუძვლიანია ან პირიქით უსაფუძვლოა, მისი მიხედულება ითვლება საკმარისად თავად გად-ანყვეტილების მისაღებად.

საჯარო სამართალში მიუხედავად მისი იმპერატიული ბუნებისა ამგვარი შეფასებითი მომენტები მრავალგვარია. მოხელეს ხშირად უხდება ეფექტურობის, საჭიროების, მიზანშეწონილობისა თუ სან-დოობის შეფასება. აღმასრულებელი ხელისუფლება დაკავებულია არა მხოლოდ კანონების მექანიკური აღსრულებით, არამედ მისი საქმიანობა დიდნილად შემოქმედებითია. ფართო თუ მცირე მიხედ-ულება აღმასრულებელი ხელისუფლების სავალდებულო ატრი-ბუტია. კანონმდებელი უძღურია რა მოიცვას კონკრეტული შემ-თხვევების მრავალფეროვნება და ცხოვრებისეული სიტუაციების მუდმივი ცვლებადობა, იგი შეგნებულად უშვებს ადმინისტრაცი-ულ საქმიანობის თავისუფლებას, შედეგად ადმინისტრაციული მი-ხედულების გამოყენება საკმაოდ დიდია.

ადმინისტრაციული ორგანოს ამგვარი თავისუფლება საკითხ-ის გადანყვეტისას ატარებს ადმინისტრაციული მიხედულების სა-ხელს, რომელიც განისაზღვრება, როგორც კანონით თანამდებობის პირისათვის მინიჭებული უფლება დამოუკიდებლად და ინდივიდუ-ალურად განსაზღვროს მის მიერ მიღებული ზომების აუცილებლო-ბა, სარგებლიანობა და მიზანშეწონილობა, იმ მიზნების შესაბამ-ისად რასაც ისახავს მის მიერ გამოყენებული კანონი, ხოლო თუ ამგვარი კონკრეტული მიზნები ვერ განისაზღვრება კანონიდან, საზოგადოებრივი ინტერესებიდან გამომდინარე. მხოლოდ ეთიკა ვერ იქნება იურიდიული საზღვარი. თავისუფალ ადმინისტრაცი-ულ მიხედულებას შესაძლოა ადგილი ქონდეს არა სამართლებრივი საფუძვლების, არამედ ფაქტობრივი გარემოებების მიმართ. ასეთ შემთხვევაში ადმინისტრაციული ორგანოს საქმიანობა რთულად ექვემდებარება სასამართლო კონტროლს. თუ სახელმწიფო გან-საზღვრავს მიზნებს, რომელსაც ესწრაფვის კანონმდებლობა და კანონითვე განსაზღვრულია ამ მიზნის მიღწევის საშუალებებიც, აქ მიხედულებას არ აქვს ადგილი. ხოლო თუ კანონი უთითებს მიზანს

და არ აკონკრეტებს მისი მიღწევის პირობებს, ადმინისტრატორს შეუძლია ამ მიზნის შესაბამისად იმოქმედოს თავისი მიხედვლებით. მიზანშეწონილობა და სარგებლიანობის შეფასება წმინდა ადმინისტრაციულ სფეროს წარმოადგენს. თუმცა კანონიერების პრინციპი მთლიანად ადმინისტრაციული ორგანოს საქმიანობას ფარავს, ამიტომ სასამართლო დაცვით სარგებლობს არა მხოლოდ უფლებები, არამედ ამ უფლებათა რეფლექსებიც.

ადმინისტრაციული მიხედვლება, იმ ფარგლებშიც კი რაც გათვალისწინებულია ობიექტური სამართლის მიერ არ არის აბსოლუტურად თავისუფალი და უკონტროლო სფერო. თანამდებობის პირის მთლიანად თავისუფალი მიხედვლება, რომელიც არანაირ პირობებთან არ იქნებოდა დაკავშირებული, არფრით არ იქნებოდა განსხვავებული თვითნებობისაგან. როდესაც საკანონმდებლო ნორმა თანამდებობის პირს ანიჭებს ფართო თავისუფლებას, ეს უკანასკნელი მაინც დაკავშირებული რჩება საზოგადოებრივი ინტერესების წარმოდგენასთან, ამ კუთხით მისი ქმედება აღმოჩნდება იურისდიქციული კონტროლის ქვეშ. მოხელის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება არ უნდა წარმოადგენდეს პირად მიხედვლებას, ეს მაინც უნდა იყოს უმრავლესობის მიხედვლება, ანუ იმის რომ უმრავლესობა ასეთ შემთხვევაში ამგვარ გადაწყვეტას დაუჭერდა მხარს, რაც ამ მომენტში ჩამოყალიბებულია საზოგადოებაში.

#### 4. სასამართლო პროცესი

სამოქალაქო და საერთო სამართლის სისტემების ქვეყნების უმრავლესობა იყენებს ორსაფეხურიან სასამართლო სისტემას. პირველ ეტაპზე საქმე იხილება ჩვეულებრივი სასამართლო წარმოების წესით, ერთ ან რამდენიმე სასამართლოში მიღებულ გადაწყვეტილებაზე აპელაციის შესაძლებლობით. თვით წარმოების პროცესი განსხვავებულია სხვადასხვა სასამართლოში. თუ როგორ იქმნება საპრეცედენტო სამართალი, შეიძლება გავიგოთ ამერიკის სამოქალაქო სასამართლო წარმოების საერთო სურათისა და სააპელაციო პროცესის განხილვით, როგორც ფედერალური, ასევე ცალკეული შტატის იურისდიქციის ფარგლებში.

ამერიკის სამართალწარმოება შედგება ოთხი საფეხურისაგან: სარჩელის აღძვრა, გამოძიება და წინასწარი სასამართლო განხილვა, და თვით სასამართლო პროცესი, რომელიც მთავრდება სასამართ-

ლო გადაწყვეტილების გამოტანით. სასამართლო პროცესი იწყება ადვოკატთა განცხადებით, რომელშიც ისინი წარადგენენ საქმეს იმ კუთხით, რომლის დამტკიცებასაც აპირებენ სასამართლო პროცესზე. შემდეგ მოსარჩელის ადვოკატი მიმოიხილავს საქმეს. ზეპირი ჩვენების მისაცემად შეიძლება გამოძახებულ იქნეს ორი სახის მოწმე. პირველი-მოწმე, რომელსაც შეუძლია ფაქტის დადასტურება, ანუ პიროვნება, ვისაც შეუძლია დაადასტუროს სადაო საკითხის შესახებ ფაქტიური გარემოება. მეორეა-ექსპერტი-მოწმე, რომელსაც შეუძლია სიცხადე შეიტანოს საქმეში მოსამართლისა და ნაფიცი მსაჯულებისათვის. ყველა მოწმე ფიცის დადების შემდეგ გადის დაკითხვას მოსარჩელის ადვოკატის მიერ, ხოლო შემდეგ ჯვარედინ დაკითხვას მონინალმდეგე მხარის მიერ.

ზეპირი არგუმენტაციის შემდეგ მოსამართლეები განიხილავენ საქმეს და კენჭისყრის მეშვეობით გამოაქვთ გადაწყვეტილება ერთ-ერთი მხარის სასარგებლოდ. უმნიშვნელო საქმეებზე სასამართლო გამოიტანს განჩინებას **Per Curium** წესით. ასეთი განჩინება ნიშნავს გადაწყვეტილებას ერთი მხარის სასარგებლოდ, ამგვარი გადაწყვეტილების მოტივების მითითებით. უფრო მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებები მიიღება მოსამართლეთა მოსაზრებების ფიქსირებით, რომელიც დამონმებულია თითოეული მოსამართლის ხელმოწერით.

ადმინისტრაციულ ორგანოს მიმართ სასამართლოს არ შეუძლია გააუქმოს მიღებული გადაწყვეტილება მხოლოდ იმ საფუძველით, რომ ჰიპოტეტიურად უკეთესი იქნებოდა თუ საჯარო ორგანო სხვა გადაწყვეტილებას მიიღებდა. სასამართლოს შეუძლია ამ გადაწყვეტილების გაუქმება თუ ადმინისტრაციულმა ორგანომ "იურიდიული შეცდომა" დაუშვა. ამერიკული სასამართლოები ზუსტად მიჯნავენ ადმინისტრაციულ ორგანოთა და სასამართლოების საქმიანობის სფეროთა გამიჯვნას და იცავენ პრინციპს, რომ სასამართლო კონტროლმა არ მოახდინოს უფლებამოსილების უზურპაცია გადაწყვეტილების მიღებაზე, რომლებიც კონგრესმა სახელმწიფო ორგანოთა უფლებამოსილებად განსაზღვრა.

იურიდიული შეცდომები, რომელთა საფუძველზეც სასამართლოს შეუძლია ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილების გაუქმება, ძირითადად გამოიხატება შემდეგში: 1) შესაძლოა ეს იყოს კანონის ტექსტის მცდარი გაგება; 2) ან პროცესუალური შეცდომა, მაგალითად მხარის უფლების შეზღუდვა არა იმ ზომით, რა ზომითაც ნებადართულია კანონით ან კონსტიტუციით ან თავად ადმინისტრაციული ორგანოს წესებით; 3) ან კონსტიტუციური შეცდომა-არ-

სობრივი ან პროცესუალური; 4) ან ფაქტიური შეცდომა იმდენად სერიოზული ხარისხის, რომ გონიერ ადამიანს არ შეუძლია დაეთანხმოს ფაქტების ამგვარ გაგებას; 5) ან, ბოლოს, მინიჭებული უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება, ე.ი. იმდენად მცდარი გადანყვეტილება, რომ გონიერ ადამიანს არ შეუძლია მასზე დათანხმება, ასეთია იმ გარემოებების სრული იგნორირება, რომლებიც კანონის თანახმად, ადმინისტრაციულ ორგანოს უნდა გაეთვალისწინებინა.

აშშ-ის ადმინისტრაციული სამართალი მოსამართლეთაგან თხოულობს პატივი სცენ ადმინისტრაციულ ორგანოთა გამოცდილებას, რომელიც მათ საქმიანობის სფეროში გააჩნიათ, მაგრამ ამასაც გააჩნია თავისი საზღვრები, როდესაც ადმინისტრაციული ორგანო არ უთითებს ან მალავს მიზეზებს, რომლის მიხედვითაც მან მიიღო ამგვარი გადანყვეტილება. სასამართლოები ადმინისტრაციულ ორგანოებს მიუთითებენ დაასაბუთონ მიღებული გადანყვეტილებები, დასაბუთებულობის მოთხოვნა ძირითადია სასამართლო გადანყვეტილების წერისას. კრიტიკოსები ამას მიიჩნევენ მცდარ ძალისხმევად იმ მოტივით, რომ ადმინისტრაციულ პროცედურებს აიგივებენ სასამართლო პროცედურებთან. ამგვარი კრიტიკა სამართლიანიც შეიძლება იყოს იმ ზომით, რომ სასამართლოები ითხოვენ იმგვარი კონტექსტის დასაბუთებას, როდესაც ახსნა ძალიან დამამძიმებელია ან უადგილოა სხვა მიზეზების გამო. მაგალითად არაგონივრული იქნებოდა მასწავლებლებისათვის მოგვეთხოვა აეხსნათ და დაესბუთებინათ ყოველი შეფასება. მაგრამ, უმრავლეს შემთხვევაში ამგვარი მიდგომა სამართლებრივი სახელმწიფოს ჯანსაღი გამოვლენაა. როგორც ამასთან დაკავშირებით მოსამართლე გენრი ფრინდლიმ განაცხადა, "შესაძლოა ზოგიერთებმა სინანული გამოთქვან ყოფილი უბრალოების და კარგვასთან დაკავშირებით, მაგრამ ეს ყველაფერი მხოლოდ უკეთესობისკენაა."<sup>33</sup>

სააპელაციო სასამართლო არ შეისწავლის საქმის განმხილველი სასამართლოს სხდომის სრულ ოქმს. ამის ნაცვლად, ადვოკატები სასამართლოს გადასასინჯად წარუდგენენ სპეციფიურ საკითხებს, რომლებიც ყურადღებას ამახვილებენ სასამართლოს მიერ მიერ დაშვებულ შეცდომებზე. ყოველი მხარე სასამართლოს წარუდგენს წერილობით მიმოხილვას, რომელშიც მოცემულია გადასანყვეტ საკითხთან კანონის შესაბამისობის ანალიზი. წერილობით მიმოხილ-

<sup>33</sup> Friendly H. J. Some Kind of Hearing// University of Pennsylvania Law Review. Vol. 123. 1975. P. 1267.

ვას თან ახლავს დანართი, რომელიც შეიცავს ამონაწერს სასამართლო ოქმის შესაბამისი ნაწილებიდან.

ამ პროცესის განმავლობაში მიღებულ ყველა დოკუმენტაგან სააპელაციო განჩინება წარმოადგენს ამერიკული მართლმსაჯულების ერთადერთ დოკუმენტს, რომელიც სისტემატურად ქვეყნდება. ეს გარემოება ასახავს იმ ფაქტს, რომ ამერიკული სამართლის მიხედვით, სააპელაციო განჩინებას აქვს პრეცედენტის სტატუსი და ასახავს ამერიკის შეერთებული შტატების სამართლებრივი სისტემის განვითარებას, სიმყარესა და სიმტკიცეს. ზედმეტია იმის აღნიშვნა, რომ ამგვარი პრეცედენტული სამართალშემოქმედება უსარგებლოა, თუ შედეგები და მონაცემები ფართოდ არ ქვეყნდება; ამგვარად, უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება სამართლებრივი უბლიკაციების სისტემატიზაციას.

უზენაეს სასამართლოში შემდგომი გასაჩივრების უფლება ხშირად ენიჭება იმ საქმეებს, რომელშიც დავებს გააჩნიათ არსებითი სამართლებრივი და სოციალური მნიშვნელობა. სააპელაციო და უზენაესი სასამართლოების მისია მდგომარეობს იმაში, რომ უზრუნველყონ სამართლის ერთიანობა და მისი გამოყენების ერთიანი პრინციპები ქვეყნის მთელ ტერიტორიაზე.

## 5. ნათქვამის არსი: რაზე ფიქრობენ მოსამართლეები საქმის გადაწყვეტისას?

კაზუსის ამოხსნის მეთოდთა მოიცავს რამდენიმე უმნიშვნელოვანეს კომპონენტს: ფაქტიური გარემოებების შესწავლა, მათი სამართლებრივი კვალიფიკაცია; სათანადო ნორმის მოძიება და ინტერპრეტაციით მისი შინაარსის დადგენა, სამართლის ნორმის შეფარდება; პრობლემის გადაწყვეტა, მისი დასაბუთება.

შეიძლება ითქვას, რომ კაზუსის ამოხსნისას იგივე სირთულეების წინაშე ვდგებით, რა სირთულეების წინაშეც დგებიან მოსამართლეები საქმის გადაწყვეტისას.

აშშ-ის კოლუმბიის ოლქის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე სტივენ უილიამსი გვიზიარებს თავის გამოცდილებას, მისი თქმით, ამერიკელი მოსამართლე სასამართლო გადაწყვეტილების ტექსტზე მუშაობისას, როგორც წესი, ისახავს რამდენიმე მიზანს, უპირველეს ყოვლისა, მას სურს **და ა რ წ მ უ ნ ო ს** ვისაც ეჭვი ეპარება ან თავად მოწინააღმდეგეებიც კი, რომ მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება იურიდიულად მართლზომიერია. ამ მიზანს დომინირებული მდგომარეობა უკავია და მასთან დაკავშირებულია რამდენიმე სხვა მისგან გამომდინარე ამოცანა, რომელიც ტრანსფორმირდება საქმის ტიპისა და ხასიათიდან გამომდინარე.

მე სასარგებლოდ მიმაჩნია, - მსჯელობს მოსამართლე, ჩემს თავს დაუსვა კითხვა: გაიგებს კი წაგებული მხარე რატომ დამარცხდა? მე არ ველი რომ წაგებული მხარე დარწმუნდება ამაში, მაგრამ იმედი მაქვს სასამართლო გადაწყვეტილების წაკითხვის შემდეგ წაგებული დარწმუნებული იქნება იმაში, რომ პირველ რიგში, სასამართლოს მიერ **მ ო ს მ ე ნ ი ლ ი** და **გ ა გ ე ბ უ ლ** იქნა მისი არგუმენტები და მეორე მხრივ, ყოველი პატიოსანი, პასუხისმგებელიანი და გონიერი მოსამართლე **ა მ ა ვ ე** და **ს კ ვ ნ ა მ დ ე** მივიდოდა.

შემდეგ, იმ ზომით, რამდენადაც შესაბამისი სამართლებრივი ნორმები და საქმის შინაარსი ზედმეტად ბუნდოვანია (მაგ. გარემოებებისა თუ მტკიცებულებების შეფასება წინა საქმეებში იყო უზუსტო ან ურთიერთსაწინააღმდეგო) მოსამართლე ისწრაფვის უფრო ნათელი გახადოს სამართლებრივი სიტუაცია, კერძოდ, სამართლებრივი ნორმებს მისცეს უფრო ზუსტი განსაზღვრება, ვიდრე მათ ადრე გააჩნდათ.

მესამე მომენტი, რომელიც განსაზღვრავს მოსამართლის მიზანს - ჩამოყალიბდეს წინა საქმეში არსებული განმარტებათაგან, რომელი შესაძლო განმარტებები მიაჩნია მას უფრო მართებულად,

შემდეგ ეს მოსამართლეს ბუნებრივია კანონს განიხილავს იმავე მიმართულებით, რომელიც მიაჩნია უფრო გონივრულ განმარტებად. თუ ნორმის ინტერპრეტაცია მისგან მომდინარე შედეგებით სადისკუსიოა, ასეთ შემთხვევებში მოსამართლე მოინდომებს გადამონმებას, ხომ არ შეუძლია მას დააფუძნოს სხვა, ნაკლებად სადისკუსიო განმარტება.

და ბოლოს მეოთხე მოტივი, რომელიც მართავს მოსამართლეს - გადაწყვეტილების მომზადებისას, როგორც წესი, მოსამართლე ისწრაფვის იმისკენ რომ საქმის გაცნობისას პირისათვის საინტერესო იყოს გადაწყვეტილების ტექსტის კითხვა ან უკიდურეს შემთხვევაში, იყოს იგი მაქსიმალურად ხელმისაწვდომი; გარდუვალია კანონში გარკვეული რაოდენობის პროფესიული ცნებების გამოყენება, რაც დამახასიათებელია ნორმატიული ტექსტებისათვის, მაგრამ რომლის თავიდან აცილებასაც ვცდილობთ წერის კარგი სტილისას. კანონები არ ინერება ჩვეულებრივი ყოველდღიური სალაპარაკო ენით, მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ მოსამართლემ თავისი გადაწყვეტილება წეროს ისე, რომ იგი უღერდეს როგორც კანონის ტექსტი. რაც უფრო მსუბუქია სასამართლო გადაწყვეტილებების კითხვა, მით მეტია ვარაუდი იმისა, რომ იგი ნაკითხულ იქნება და შესაბამისად მოახდენს ზეგავლენასაც. მიუხედავად იმისა რომ ელექტრონული ბაზის თანამედროვე სისტემები თემატურად ძიების შესაძლებლობას იძლევა, მათგან მხოლოდ ისეთებს, რომლებიც დანერვილია უფრო საინტერესოდ და დახვეწილად, აქვთ დიდი შანსი მიიპყრონ მომავალი მოსამართლეებისა და მათი თანაშემწეების ყურადღება, ხოლო ზოგჯერ, უფრო ფართო პუბლიკისაც კი. ამერიკელ მოსამართლეებს, როგორც წესი ეს მოსწონთ, მათ არ სურთ იყვნენ უსახო ბიუროკრატები. სასამართლო გადაწყვეტილებების სტილი და ენა სამართლებრივი კულტურის კომპონენტია. როგორც წესი, გერმანიისა და მთლიანად კონტინენტური სამართლის სისტემის მოსამართლეთა სტილი უფრო მეტად იურიდიულ ცნებებზეა აგებული (იმ მიზეზითაც რომ, აქ სამართლის ძირითადი წყაროა კანონი), აშშ-ს მოსამართლეთა გადაწყვეტილებებში კი ეს უფრო ნაკლებია, აქ მსჯელობის დიაპაზონი უფრო ფართოა და სასამართლო გადაწყვეტილებებში არისტოტელეს ციტატებსაც კი შესაძლოა შევხვდეთ.<sup>34</sup>

მართლმსაჯულების განხორციელებისას მტკიცებულებათა ორი კონცეფცია არსებობს: პირველ შემთხვევაში იგი მიზნად ისახავს დაამტკიცოს ობიექტური ჭეშმარიტება, მეორე შემთხვე-

<sup>34</sup> Конституционное Право: Восточноевропейское Обозрение, 2003, № 4.

ვაში კი დაარწმუნოს მოსამართლე. სასამართლო გადაწყვეტილება იღებს სილოგიზმის ფორმას. დიდი ტერმინის სახით გამოდის იურიდიული წესი, ხოლო პატარა ტერმინია კონკრეტული ინდივიდუალური შემთხვევა. დასკვნა გამომდინარეობს დიდი და პატარა ტერმინების შეთავსებით, რომელიც არის სასამართლო გადაწყვეტილება, რომლითაც იკრძალება ან ნებადართული ხდება განსხვავებული შემთხვევისადმი დიდ ტერმინით გათვალისწინებული იურიდიული შემთხვევის გამოყენება.

არონ ბარაქის თქმით, მოსამართლის მისიაა შეასრულოს ორი მნიშვნელოვანი ამოცანა: პირველი-სამართალსა და საზოგადოებას შორის გარღვევის აღმოფხვრა, მეორეა კონსტიტუციისა და დემოკრატიის დაცვა. შესაბამისად, მოსამართლის მისიის აღსრულება შეუძლებელია გადაწყვეტილებათა მიღების დოქტრინალური პრაქტიკული ინსტრუმენტების შეუქმნელად: სასამართლო ფუნქციების რეალიზაციის საშუალებები, სამართლის განმარტების საკითხები, პროპორციულობა, უფლებებისა და ინტერესების განონასწორება, ხელისუფლების სხვა შტოებთან ურთიერთობა. სამოსამართლო ფილოსოფია მჭიდროდ დაკავშირებული კონკრეტული ქვეყნის სამართლებრივ, პოლიტიკურ და სოციალურ-ეკონომიკურ კონტექსტთან. ეს ფილოსოფია მნიშვნელოვანწილად ინდივიდუალური და ორიგინალურია, რომელიც შეუძლებელია ამ ფორმით ჩამოყალიბებულიყო სხვა პირობებსა და გარემოებებში ან სხვა დროში.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Barak A. Judicial Philosophy and Judicial Activism. 1992. P. 497

## კ ა რ ი IV

### მოსამართლეობრივი დამოუკიდებლობა

#### 1. სამსახურებრივი ზედამხედველობა მოსამართლეზე

მოსამართლეობრივი დამოუკიდებლობა სამართლებრივი სახელმწიფოს ქვაკუთხედიანია. განსაკუთრებით პრობლემატურია მოსამართლეობრივი დამოუკიდებლობისა და სამსახურებრივი ზედამხედველობის თემა. სამსახურებრივი ზედამხედველობა, რომელსაც ახორციელებს სასამართლო ადმინისტრაცია, ითვლება შესაძლებელი ჩარევის საშუალებად მოსამართლეობრივ დამოუკიდებლობაში. თუ როგორ წყდება გერმანიის მაგალითზე ეს დაძაბული ურთიერთობა, თავის გამოცდილებას გვიზიარებს დოქტორი ნორბერტ ბერნსდორფი, ქვემო საქსონიის იუსტიციის სამინისტროს წარმომადგენელი.

სამსახურებრივი ზედამხედველობის ღონისძიებები კონფლიქტურ ურთიერთობაშია ე.წ. ობიექტურ მოსამართლეობრივ დამოუკიდებლობასთან. ობიექტური დამოუკიდებლობა, უპირველეს ყოვლისა, ნიშნავს, რომ მოსამართლე მოღვაწეობის ძირითად სფეროში დამოუკიდებელია აღმასრულებელი ხელისუფლების მითითებებისაგან. ამ ძირითად სფეროზე გავლენის მოხდენა ადმინისტრაციას შეუძლია მხოლოდ და მხოლოდ მაშინ, როდესაც ის ემსახურება სამართლებრივი ქმედობაუნარიანობის შენარჩუნებას, ასევე დამოუკიდებელია მოსამართლე კანონმდებლისაგანაც. კანონმდებელს შეუძლია მას დაუსახოს გადაწყვეტილების მიღების პროგრამა და მასშტაბები, მაგრამ არ აქვს უფლება რეკომენდაცია მიანოდოს ან კანონი გამოსცეს, რომელმაც შესაძლოა, განაპირობოს დაუშვებელი გავლენის მოხდენა.

ცალკეული მოსამართლის ობიექტური დამოუკიდებლობა ნიშნავს იმას, რომ ის კანონის ინტერპრეტაციისა და გამოყენების დროს არ უნდა იზიარებდეს სხვა მოსამართლის აზრს. ასეთი ვალდებულება იარსებებს მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში, კერძოდ როდესაც კანონი ამას ითვალისწინებს. ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლოს კანონმა ეს მკაფიოდ გამოხატა: "დაუშვებელია მოსამართლის დაბრკოლება. მოსამართლეს არ უნდა შეეშალოს ხელი საკუთარი სამართლებრივი შეხედულების გამოხატვაში რათა იხელმძღვანელოს საკუთარი შეხედულებისამებრ გადაწყვეტილების მიღების დროს მაშინაც კი, თუ ყველა სხვა

სასამართლო, მათ შორის მასზე ზემდგომი ინსტანცია, სანინალმდეგო პოზიციას დაიკავებს. სამართლანარმოება არ შეიძლება იყოს ერთიანი მოსამართლის დამოუკიდებლობის გამო, ამას მოითხოვს კონსტიტუცია”.

რატომ იმალება გერმანიის საზედამხედველო სამსახურის ღონისძიებაში ამდენი ფეთქებადი მომენტი? როგორც დოქტორი ბერნსდორფი აზუსტებს, პასუხი მარტივია. მოსამართლის პოზიცია კანონის მიმართ კონტინენტური სამართლის სისტემის ქვეყნებშიც კი ძალიან შეიცვალა, დიდი ხანია წავიდა ის დრო, როდესაც მოსამართლე მხოლოდ “ბაგეს” წარმოადგენდა, კანონის გასახმოვანებლად. დღეს მოსამართლე გადაწყვეტილებას აღარ იღებს კანონისმიერი დანაშაულის შემადგენლობის შეფასების ლოგიკური ოპერაციების შედეგად. კანონმდებელი სულ უფრო მეტად დაკმაყოფილდება ზოგადი მიმართულებების შედგენით, ხოლო მოსამართლე საკუთარი პასუხისმგებლობით დააკონკრეტებს მათ. კანონის ამგვარი განვითარების წყალობით მოსამართლე უფრო თავისუფალი გახდა და იგი ბოლოს და ბოლოს გადაიქცა “პოლიტიკურ” მოსამართლედ. ამიტომ საზოგადოებაში მას ზოგჯერ უკვე როგორც “შემცვლელ” ან “უმადლეს კანონმდებლად” განიხილავენ.

რაც უფრო მეტად პოლიტიკური ხდება მოსამართლეობრივი მოღვაწეობა, მით უფრო ძლიერდება გარედან მართვის საფრთხეც, ასეთი საფრთხე, უპირველეს ყოვლისა, შეიძლება წარმოიშვას სასამართლო ადმინისტრაციაში. მოსამართლეები ექვემდებარებიან სამსახურებრივ მეთვალყურეობას. ეს გამართლებულია იმით, რომ მოსამართლეობრივი დამოუკიდებლობა ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს კანონის თანახმად უსაზღვრო არ არის: “ხელისუფლების დანაწილების არსი იმაში კი არ მდგომარეობს, რომ სახელმწიფო ხელისუფლების ფუნქციები მკვეთრად გაიმიჯნოს, არამედ იმაში, რომ საკანონმდებლო, აღმასრულებელმა და სასამართლო ორგანოებმა შეძლონ ურთიერთგაკონტროლება და შეზღუდვა”.

## 2. სად უნდა გადიოდეს სამსახურებრივი ზედამხედველობის საზღვრები?

სამოსამართლეო მოღვაწეობაში ძირითადად დაუშვებელია სამსახურებრივი ზედამხედველობის ღონისძიებები. გერმანია იხსენებს თავის არცთუ სახელოვან წარსულს, როდესაც ხელისუ-

ფლება იუსტიციურ ინსტრუმენტს ბოროტად იყენებდა. სწორედ ნაციონალ-სოციალისტების დროს სამართალწარმოების გადაგვარებამ გვიჩვენა, თუ როგორ მგრძნობიარეა მოსამართლე "ზემოდან" მითითებების მიმართ. ამ "ზემოდან მართული" იუსტიციის გამოცდილებამ განსაკუთრებით იმოქმედა გერმანული ძირითადი კანონის მამებზე. იმისათვის რომ შევინარჩუნოთ ხელისუფლების დანაწილების მყიფე წონასწორობა, საჭიროა სამსახურებრივი ზედამხედველობის ღონისძიებები მხოლოდ იქ იყოს დაშვებული, სადაც მათ ექნებათ დისციპლინური სასჯელის სახე რაზე კონკრეტული სასამართლო გადაწყვეტილების მიმართ.

სამოსამართლო მოღვაწეობის ძირითადი სფერო ხელშეუხებელია. რა იგულისხმება ამაში? ამას მიეკუთვნება, თვით გადაწყვეტილების ძიება, ის მეთოდები და საშუალებები, რითაც მოსამართლე საბოლოო გადაწყვეტილებამდე უნდა მივიდეს, ასევე, ყველა ის გადაწყვეტილება საქმის ვითარებისა და პროცესის თაობაზე, რომელიც უშუალოდ გადაწყვეტილების მიღებას ემსახურება; ვადების დადგენა, ღონისძიებები რომლებიც წესრიგს ინარჩუნებენ სასამართლო დარბაზში და სასამართლო ძიებაში, უპირველეს ყოვლისა - მისი ხასიათი და მოცულობა; ამით სამსახურებრივ ზედამხედველობას ჩამოერთმევა სამოსამართლეო მოღვაწეობის თვითორგანიზების მთელი პროცესი. ამის უკან იმალება იმის აღიარება, რომ გადაწყვეტილების მომზადების მეთოდს შეუძლია, მნიშვნელოვანი გავლენა მოახდინოს გადაწყვეტილების შინაარსსა და რეზულტატზე.

თუ სასამართლო ადმინისტრაცია მოითხოვს მოსამართლისაგან ოფიციალური აზრის გამოთქმას მის მიერ მიღებული რომელიმე გადაწყვეტილებაზე, ეს გერმანული სამართლის მიხედვით შეიძლება იყოს დაუშვებელი სამსახურებრივი ზედამხედველობა.

**3. აქვს თუ არა აღმასრულებელ ხელისუფლებას უფლება, ჩაერიოს სასამართლოს მუშაობის პროცესში თუნდაც იმ მიზნით, რომ მოსამართლის საქმიანობა უფრო ეფექტური გახადოს**

სამსახურებრივი ზედამხედველობა დასაშვებია სამოსამართლო მოღვაწეობის ძირითად სფეროში გარეგნული წესრიგისა და საქმის წარმოების გარეგნული ფორმის მიმართ. იგი ვრცელდება ასევე გარედან აშკარად მცდარ ჩარევებზე გადაწყვეტილების მიღებაში. სამსახურებრივი ზედამხედველობა დასაშვებია სამოსამართლო საქმიანობის ძირითად სფეროშიც, თუ კი ეს მოითხო-

ვს მოსამართლის კანონით შეზღუდვის განმტკიცებას. გარეგნულ ფორმას ან გარეგნულ განაწესს მიეკუთვნება, აგრეთვე, სასამართლო სხდომების მიმდინარეობა, სათანადო ქმედება პროცესის მონაწილეთა მიმართ, ვადების დადგენის პრაქტიკა და ვადების შესრულება, რომელიც მოქმედებს განაჩენის გადავადებისათვის.

სამსახურებრივი ზედამხედველობის ღონისძიებები მხოლოდ მაშინ არის შეუზღუდავად დასაშვები, როდესაც მოსამართლე მოქმედებს აბსოლუტურად თავისი სამოსამართლეო ამოცანის გარეშე. სასამართლო ადმინისტრაციის სფეროში ან არასამსახურებრივი ქმედების დროს მოსამართლე, ისევე როგორც ყოველი სხვა სახელმწიფო მოხელე, ექვემდებარება მითითებებს.

გარეშე გავლენისაგან დაცულია მხოლოდ სამოსამართლეო საქმიანობა. სასამართლო ადმინისტრაციის ამოცანების შესრულება ამაში არ შედის, ისევე, როგორც მოსამართლეთა საქმიანობა მოსამართლეთა წარმომადგენლობაში, ხელმძღვანელის ან გამომცდელის როლში. სამსახურებრივმა ზედამხედველობამ ყურადღება უნდა მიაქციოს იმას, რომ მოსამართლემ თავისი სამსახურის გარეშე დაიცვას ზომიერება და თავშეკავება. დაუშვებელია შეირყეს პროცესის მონაწილეთა და საზოგადოების ნდობა მოსამართლის ნეიტრალიტეტსა და ობიექტურობაზე.

#### **4. სად გადის მოსამართლის პარტიულ-პოლიტიკური მოღვაწეობის საზღვრები, რისი თქმის უფლება აქვს მოსამართლეს საზოგადოებისათვის და ასევე პირიქით**

გერმანიაში მოსამართლე შეიძლება იყოს არა მარტო რომელიმე პოლიტიკური პარტიის წევრი, არამედ ასევე შეუძლია საჯაროდ გამოთქვას აზრი პოლიტიკური საკითხის მიმართ (საქართველოში მოსამართლეებს, ისევე როგორც იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრებს ეკრძალებათ პოლიტიკური პარტიის წევრობა). მაგრამ მოსამართლეს ეკრძალება თავისი თანამდებობისა და მასთან დაკავშირებული პრესტიჟის გამოყენება პოლიტიკურ დისკუსიებში, საკუთარი მოსაზრებისათვის მეტი მნიშვნელობის მისანიჭებლად. ასე რომ, პრობლემა მდგომარეობს არა თვით აზრის გამოთქმის პროცესში, არამედ "თანამდებობრივი დივიდენდებით" სარგებლობაში. პოლიტიკურ დისკუსიაში მოქმედებს შემდეგი მარტივი წესი: მოსამართლეს ეკუთვნის უკანასკნელი და არა პირველი სიტყვა. მოსამართლე თავის უფლებებს არღვევს უკვე მაშინ, როდესაც ის საზოგა-

დოებაში გამოდის როგორც "ექსპერტი" და თავის გამონათქვამებს "აბსოლუტურ მნიშვნელობას" ანიჭებს. მოსამართლეს არასოდეს არ აქვს უფლება, შექმნას შთაბეჭდილება, რომ მისი აზრი ეყრდნობა უფრო მაღალ მოსამართლეობრივ სიბრძნეს და ამიტომ უცილობლად მისაღები უნდა იყოს. განსაკუთრებული სიფრთხილეა საჭირო არა მარტო პოლიტიკური შინაარსის თემებზე საუბრისას, აგრეთვე, მიმდინარე სასამართლო პროცესების თაობაზე აზრის გამოთქმისას. თავშეკავებას ასევე მოითხოვს გამონათქვამები სასამართლო გადაწყვეტილებების გამოქვეყნების შემდეგაც. დაუშვებელია მოსამართლემ მასმედიის საშუალებით, უარყოფითად ან დადებითად შეაფასოს გადაწყვეტილება, რომლის მიღებაშიც ის მონაწილეობდა.

მოსამართლემ თავი უნდა შეიკავოს სასამართლო განხილვასთან დაკავშირებული ურთიერთობებისაგან, რაც მოიცავს ინფორმაციის მიღებას გარეშე პირებისაგან, რომლებიც არ არიან პროცესის მონაწილენი. ეს წესი არ უნდა დაირღვეს სასამართლოს სხვა პერსონალის მიერაც.

## 5. დაცულნი არიან თუ არა მოსამართლეები პრესისა და ტელევიზიის არაკონსტრუქციული ინფორმაციისაგან

მოსამართლე ვალდებულია პირუთვნელად შეასრულოს კანონის მოთხოვნები, გამოამყლავნოს კანონმდებლობის პროფესიული ცოდნა, არ დაექვემდებაროს საზოგადოებრივი აზრისა და კერძო ინტერესების გავლენას, არ შეუშინდეს კრიტიკას. მოსამართლის სრული ჩამოცილება სასამართლოს გარეშე საქმიანობისაგან შეუძლებელი და მიზანშეუწონელია, არ შეიძლება მოვახდინოთ მოსამართლის იზოლირება საზოგადოებისაგან, სადაც ის ცხოვრობს.

უპირველესად, თავად მოსამართლე ვალდებულია განამტკიცოს და ხელი შეუწყოს სასამართლო კორპუსის პატიოსნებასა და დამოუკიდებლობას. სასამართლო გადაწყვეტილებებისადმი პატივისცემა დამოკიდებულია მოსამართლეთა პატიოსნებასა და დამოუკიდებლობის საზოგადოებრივ რწმენაზე. ხოლო საზოგადოების რწმენა კი დამოკიდებულია მოსამართლეთა მიუკერძოებლობასა და მათ სიმტკიცეზე არ მიიღონ გადაწყვეტილებები ზენოლისა და ზეგავლენის ქვეშ. მოსამართლეს შეგნებული უნდა ქონდეს, რომ ის საზოგადოების მუდმივი დაკვირვების ობიექტია, ამიტომ მან ნებაყოფლობით უნდა მიიღოს იმგვარი შეზღუდვე-

ბი, რაც ჩვეულებრივი მოქალაქეებისათვის სრულიად ზედმეტია. იგი ვრცელდება როგორც პროფესიულ, ასევე მის კერძო ქმედებებზეც. დაუშვებელია საზოგადოებრივმა, პოლიტიკურმა, ან საოჯახო ურთიერთობებმა ზეგავლენა მოახდინონ მოსამართლის ქმედებებსა და გამოტანილ გადაწყვეტილებებზე. ნორმა დარღვეულად ითვლება, როდესაც ფაქტიური გარემოებების ანალიზიდან, მოსამართლის ქმედებიდან გარკვეულ პირებს ეძლევათ საკმაო საფუძველი დაასკვნან, რომ მოსამართლის შესაძლებლობა პატიოსნად, მიუკერძოებლად და კომპეტენტურად შეასრულოს პროფესიული ვალდებულებები შელახულია.

როდესაც საქმეში მონაწილე იურისტი მოსამართლის მეგობარია, მოსამართლის მიერ აცილების საკითხი შეფასებულ უნდა იქნას ორგვარად: (1) გრძნობს თუ არა მოსამართლე რომ შეუძლია ობიექტურობის შენარჩუნება, მიუხედავად მეგობრული ურთიერთობებისა; (2) შეიძლება თუ არა საკმაო დარწმუნებით მოველოდეთ სხვებისაგანაც, რომ ამ პირობებში მათაც სჯერათ მოსამართლის ობიექტურობისა.

ნებადართულია უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე პედაგოგიური საქმიანობა, იმ პირობით რომ ანაზღაურების წყარო და ოდენობა იგივეა, რაც სხვა პედაგოგებისათვის, რომლებიც შეთავსებით ეწევიან ამ საქმიანობას და მოსამართლის პედაგოგიური საქმიანობა არანაირად ხელს არ უშლის მას ძირითადი სამსახურებრივი ფუნქციების შესრულებაში. ნებადართულია არაიურიდიულ თემებზე წერა თუ ისინი არ ლახავენ მოსამართლის ავტორიტეტს. საკუთარი ნაწარმოებების რეკლამირებისას დაუშვებელია სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენება. მოსამართლისათვის არ შეიძლება ცნობილი გახდეს მის პროფესიული ან არაპროფესიული ნაწარმოებების გამომწერთა ვინაობა.<sup>36</sup>

დასაშვებია მოსამართლის მონაწილეობა სხვადასხვა სემინარების წამყვანად, მაგრამ ეს, ერთი მხრივ, არ უნდა უშლიდეს მას თავისი ძირითადი სამსახურებრივი საქმიანობის შესრულებაში და არ უნდა იძლეოდეს ეჭვის საფუძველს, რომ მოსამართლის სამსახურებრივი საქმიანობა სემინარების ორგანიზატორის მიერ გამოიყენება ახალი კლიენტებისა და სახსრების მოსაძიებლად.<sup>37</sup>

<sup>36</sup>. Code of Conduct for United States Judges.

<sup>37</sup>. Code of Conduct for United States Judges.

## 6. აქვთ თუ არა მთავრობისა და პარლამენტის წევრებს უფლება ეჭვქვეშ დააყენონ განაჩენი

სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობა თანდაყოლილი მახასიათებელია ყველა იმ სახელმწიფოსათვის, რომელიც ემორჩილება კანონის უზენაესობის პრინციპს. იგი უზრუნველყოფს მოქალაქეებს საქმის სამართლიანი განხილვის უფლებით. აქედან გამომდინარე, ეს არის არა მოსამართლეთა პრივილეგია, არამედ ადამიანის უფლებათა და სამოქალაქო თავისუფლებათა პატივისცემის გარანტია. მოსამართლე უნდა იყოს დამოუკიდებელი. იგი ემორჩილება მხოლოდ კანონს, რომელსაც ის იყენებს და განმარტავს. ეს ნიშნავს რომ დაუშვებელია სახელმწიფოს, პოლიტიკოსების ან სხვა ძალების მხრიდან სასამართლო გადაწყვეტილებებზე ზემოქმედების მოხდენა. მოსამართლე არ უნდა დაემორჩილოს ასეთ ზემოქმედებას.

კანონის უზენაესობის განმტკიცება დამოკიდებულია სასამართლო ხელისუფლებაზე, რომელიც ძლიერი და დამოუკიდებელი უნდა იყოს არა მარტო სახელმწიფო ხელისუფლების დანარჩენი ორი შტოსაგან, ე.ი. აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლებისაგან, არამედ ნებისმიერი საზოგადოებრივი ორგანოს ან ჯგუფის ინდივიდუალური ინტერესებისა და ზემოქმედებისაგან. მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობით მოსამართლეებსა და პროკურორებს ენიჭებათ უფლებები და ეკისრებათ მოვალეობები.<sup>38</sup>

საჯარო განცხადებები პოტენციური რისკის შემცველია, ვინაიდან მათ ადვილად შეუძლიათ საზოგადოებრივი აზრის ფორმირება.

ამასთანავე, საჯარო განცხადების თანმდევი რისკები არ კრძალავს საჯარო განცხადების გაკეთების უფლებას. საჯარო განცხადებებმა არ უნდა შელახოს ადამიანის რეპუტაცია, ხელყოფს მისი სამართლიანი სასამართლოს უფლება და დააკარგვინოს საზოგადოებას ნდობა და პატივისცემა მართლმსაჯულების მიმართ.

<sup>38</sup> მოსამართლეებისა და პროკურორების მომზადება მათ პროფესიულ მოვალეობებსა და ეთიკის წესებთან დაკავშირებულ საკითხებში. სტრასბურგი, 1996 წ.

## 7. დასაშვებია კი საერთოდ მოსამართლეთა სამსახურებრივი საქმიანობის შეფასება

სამოსამართლო მოღვაწეობის არსს მიეკუთვნება ის, რომ მას აღასრულებს მატერიალურად და პიროვნულად დამოუკიდებელი მესამე პირი, რომელიც არ არის განსახილველი საქმის მონაწილე. მოსამართლეობრივი დამოუკიდებლობა არ არის იურიდიული ელიტის პროფესიული პრივილეგია. მოსამართლეებს დამოუკიდებლობა ენიჭებათ არა თავისი, არამედ მოქალაქეთა ინტერესებიდან გამომდინარე და მოსამართლის ნეიტრალიტეტისა და ობიექტურობის უზრუნველყოფისათვის. მოსამართლე დამოუკიდებელია და მხოლოდ კანონს ემორჩილება. ამით დადგენილია მოსამართლეობის განმსაზღვრელი ორი პრინციპი. მოსამართლეები იმიტომაც უნდა იყვნენ დამოუკიდებლები, რომ ისინი კანონით არიან შეზღუდულნი. სწორედ ამ პრინციპის გარანტირება წარმოადგენს მოსამართლეთა დამოუკიდებლობის ძირითად აზრსა და მიზანს. თავისი მესამე ფუნქციით დამოუკიდებლობის პოსტულატი უზრუნველყოფს ეფექტურ სამართლებრივ დაცვას. უფრო ეფექტურად. ე.ი. უფრო სწრაფად, უფრო ობიექტურად და უფრო ქმედითად სამართლებრივი დაცვა შესაძლებელია განხორციელდეს მხოლოდ დამოუკიდებელი მოსამართლის მიერ.

რადგან მოსამართლეობრივი დამოუკიდებლობის გარანტია არ არის მოსამართლის მდგომარეობრივი პრივილეგია, ამიტომ მოსამართლეს არ შეუძლია თვითონ უარყოს იგი. გერმანიაში მოსამართლეს შეუძლია ურჩობაც კი გამოიჩინოს, როდესაც აღმასრულებელი ან საკანონმდებლო ხელისუფლება მას მითითებებს აძლევს ან "ზეწოლას ახდენს" მასზე, ან უბიძგებს მას. მას შეუძლია საკონსტიტუციო სასამართლოში ასეთი "მითითების" გაუქმება მოითხოვოს სარჩელით. იგი ასევე მოვალეა, შეატყობინოს პროცესის მონაწილეებს ამის შესახებ. მათ უნდა ჰქონდეთ საშუალება, შეამოწმონ მისი მიუკერძოებლობა. წინააღმდეგ შემთხვევაში მოსამართლე არღვევს კანონს.

მოსამართლის მიმართ დისციპლინარული ძალაუფლების შემთხვევაში საქმე ეხება ერთგვარ "გადლიერებულ სამსახურებრივ ზედამხედველობას", მაგრამ არც ამ შემთხვევაში შეიძლება სამოსამართლო მოღვაწეობის ძირითადი სფეროს ხელყოფა. დაუშვებელია მოსამართლის "საქმიდან ჩამოშორება" იმ მიზეზით, რომ მისი გადაწყვეტილების მიღების პრაქტიკა უსიამოვნოა მთავრობისა ან პარლამენტისათვის. დათხოვნა ან გადაყვანა მხოლოდ მაშინ არის დასაშვები, თუ მოსამართლე ეთანხმება ამას ან თუ სასამართლო ამას კანონის ფარგლებში განსაზღვრავს.

## პარი V

### საგარტლის ნორმის პროკონსტიტუციური განმარტება

#### 1. კონსტიტუციის განმარტებელთა ღია საზოგადოება

კონსტიტუციის განმარტების თეორიაში ტრადიციულად წამოჭრილია ორი ძირითადი საკითხი: კონსტიტუციის ამოცანებისა და მიზნების და კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის მეთოდების (ხერხების), განმარტების წესები. ცნობილი გერმანელი კონსტიტუციონალისტი პეტერ ჰებერლე (Haebeler) აყენებს მესამე საკითხსაც: კონსტიტუციის განმარტების მონაწილეთა შესახებ, რომელსაც ბოლო დრომდე არ ექცეოდა სათანადო ყურადღება, მაგრამ მისი აქტუალობა წამოჭრილია პრაქტიკის მიერ. როგორც ჰებერლე შენიშნავს, კონსტიტუციის განმარტების თეორია ზედმეტად ფოკუსირებულია იურისტ-განმარტებელთა „დახურულ საზოგადოებაზე“, თემისადმი მიდგომა ვინროვდება იმითაც, რომ მას ძირითადად უკავშირებენ საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკასა და ფორმალურებულ პროცედურებს. ამის საწინააღმდეგოდ ჰებერლეს შემოაქვს „კონსტიტუციის განმარტებელთა ღია საზოგადოების“ განმარტება და მას აკავშირებს „კონსტიტუციისა და კონსტიტუციური სინამდვილის“ თემასთან. კონსტიტუციის ინტერპრეტატორთა წრე უნდა იქნას მაქსიმალურად გაზრდილი, მასში უნდა ჩაერთოდ კონსტიტუციური სინამდვილის შექმნაში მონაწილე ყველა სუბიექტი, ვექტორი უნდა შეიცვალოს „კონსტიტუციის განმარტებელთა დახურული საზოგადოებიდან — კონსტიტუციის განმარტებელთა ღია საზოგადოებისაკენ“. კონსტიტუციის განმარტებელთა რიცხვი არ შეიძლება შეიზღუდოს, მასში პოტენციურად უნდა ჩაერთოს ყველა საჯარო ორგანოები, საზოგადოებრივი ძალები, მოქალაქეები და ჯგუფები, რომლებიც წარმოადგენენ კონსტიტუციის ინტერპრეტაციისათვის პროდუქტიულ ძალებს და პირდაპირ ან ირიბად მონაწილეობენ ნორმის განმარტების პროცესში<sup>39</sup>.

კონსტიტუცია ზოგადად უნდა განვიხილოთ როგორც მრავალკომპონენტიანი საზოგადოებრივი პროცესი. მაგ. პოლიტიკური

<sup>39</sup> Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, by Peter Haebeler. (Juristenzeitung. 1975. S.297-305).

პროცესი და დებატებიც კი, დიდი დოზით არის კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის ერთ-ერთი სახე, ვინაიდან იგი ხშირად ახდენს ნამდვილი კონსტიტუციის გაფორმებას, რამდენადაც მის ფარგლებში იქმნება, უფრო ხშირად კი შეუმჩნევლად იცვლება საზოგადოებრივი ნამდვილობა, ისე რომ არ იცვლება თავად კონსტიტუციის ტექსტი. მთლიანობაში პოლიტიკური პროცესი არა თუ არ არის თავისუფალი კონსტიტუციისაგან, იგი პირდაპირ დაკავშირებულია მის შინაარსთან. პოლიტიკა ხდება კონსტიტუციის ფარული ცვლილებების ინდიკატორი, ე.ი. როდესაც ადგილი აქვს კონსტიტუციის შინაარსის ცვლილებას მისი ტექსტის შეუცვლელად. („პოლიტიკა, როგორც კონსტიტუციის ინტერპრეტაცია“)

საკონსტიტუციო სასამართლოებს გააჩნიათ „საბოლოო“ განმარტების ექსკლუზიური უფლებამოსილება, კონსტიტუციის პირველად განმარტებას კი ადგილი აქვს ნებისმიერი სუბიექტის მიერ, რომელიც „იყენებს“ ნორმას, ე.ი. ახდენს მის ინტერპრეტაციასაც. კონსტიტუციის ნორმის ყოველი გამოყენება (ნებისმიერი სუბიექტის მიერ), სულ მცირე შეიცავს კონსტიტუციის გაგებისა და წინასწარი ინტერპრეტირების ელემენტს. კონსტიტუციასთან კავშირისა და მისი ინტერპრეტაციის ლეგიტიმურობის თვალსაზრისით ნამყვანი ადგილი უკავიათ საკანონმდებლო ორგანოსა და საკონსტიტუციო სასამართლოს. კანონდებლის თავისუფლება და საკონსტიტუციო სასამართლოს მოქმედების თავისუფლება კონსტიტუციის განმარტებისას ტექნიკურად შეზღუდული და ხარისხობრივად განსხვავებულია ერთმანეთისაგან და დაკავშირებულია ე.წ. „პოზიტიური კანონმდებლისა“ და „ნეგატიური კანონმდებლის“ როლთან და კომპეტენციასთან.

პარლამენტი, როგორც ხალხის უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანო მიყურადებულია საზოგადოების პუბლიცემას. მოქალაქეები თავისი წარმომადგენლების მეშვეობით არიან ჩართულნი და ახორციელებენ სახელმწიფოებრივი ამოცანების გადაწყვეტას. უმრავლესობით მიღებულ გადაწყვეტილებაში მოიაზრება თვითოეული ჩვენთაგანის ნებაც. რესპუბლიკურ მმართველობაში, რუსოს მიხედვით „ხალხს“ როგორც ფასეულობას, უკავია სამეფო ტახტზე ადგილი. ხალხი, როგორც ერთობლიობა, მოქმედებს „ყოველმხრივ“, უნივერსალურად და მრავალ დონეზე, ამაშია კონსტიტუციური ნორმების მთავარი ლეგიტიმური სანყისი. ხალხი წარმოადგენს სახელმწიფოს მოქალაქეების კავშირს, რომლებიც არჩევნების გზით ლეგიტიმაციას აძლევენ სახელმწიფო ინსტიტუტებს, ამგვარად დემოკრატიულ

საზოგადოებაში „ამომრჩევლის სტატუსი“ ხდება უმაღლესი თანამდებობა.

საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე ინტერპრეტირებას არ ახდენს დამოუკიდებლად: პროცესში მონაწილეობას იღებენ ბევრნი, პროცესუალური მონაწილეობის ფორმები საზოგადოების ფართო წრის ჩართულობით კიდევ უფრო ფართოვდება, შესაბამისად, სადავო ნორმის განმარტებას, თავის მხრივ, ახდენს ბევრი სუბიექტი, თავის მთლიანობაში აღებული საზოგადოებრივ-პლურალისტური ძალები. ამის შედეგად, საკონსტიტუციო სასამართლომაც განმარტება უნდა მოახდინოს საზოგადოებრივი აზრის შესაბამისად. ამგვარად, როდესაც კონსტიტუციის განმარტება მოქცეულია „ფუნქციონალური სისწორის“ ფარგლებში, ორგანო, რომელიც განმარტებას აკეთებს თავისი სპეციფიური კომპეტენციის შესაბამისად, განმარტავს სხვაგვარად (სხვა ფორმით), ვიდრე ორგანო, რომელსაც გააჩნია განსხვავებული კომპეტენცია კონსტიტუციის ტექსტთან მიმართებაში.

## 2. კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის მეთოდოლოგია

პრინციპი, რეალურად თუ ვინ იღებს მონაწილეობას კონსტიტუციის განმარტების პროცესში, არის ამ თემის კონსტიტუციურ-სოციოლოგიური გამოხატულება და „რესპუბლიკური“, „თავისუფალი“ და „პლურალისტური“ განმარტების გამოხატულება, რომელიც უნდა მივიჩნიოთ ყოველი ინტერპრეტაციის მიზნადაც. კონსტიტუციის განმარტებელთა წრის გაფართოება, ზრდის ნორმის ინტერპრეტაციის რადიუსს. კონსტიტუციის განმარტებელი, თავის მხრივ, დამოუკიდებლად ავითარებს მატერიალურ კონსტიტუციურ სამართალს. შესაბამისად, საზოგადოებას პოტენციურად და რეალურად შეუძლია საკუთარი წვლილის შეტანა კონსტიტუციის განმარტებაში. რაც შეეხება საკონსტიტუციო სასამართლოს მეთოდოლოგიას ნორმის კონსტიტუციურობის შემონახვისას, შეიძლება გამოიყოს რამდენიმე მიდგომა, როდესაც საქმე შეეხება კანონს, რომელთან დაკავშირებითაც საზოგადოებაში დიდი აზრთა სხვადასხვაობაა, ასეთ შემთხვევებში საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა აირჩიოს მკაცრი მიდგომა და წინასწარგანჭვრეტით მიუთითოს დროებითი რეგულირების ღონისძიებებზე, რამდენადაც საზოგადოებაში პოზიციების ღრმა პოლარიზებისას, საკონსტიტუციო სასამართლოს ამოცანაა შეინარჩუნოს და არ დაიკარგოს კონსტიტუციის მაინტეგრირებელი

ფუნქციის მინიმუმი. ხოლო როდესაც საქმე შეეხება კანონს, რომელიც მიღებულია საზოგადოების აქტიური ჩართულობითა და კონტროლით, რომელიც მუდმივად განიხილებოდა ფართო წრეებში, სასამართლომ ყურადღება უნდა მიაქციოს ასეთი კანონის განსაკუთრებულ ლეგიტიმაციას<sup>40</sup>.

კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის თემის კიდევ ერთი მკვლევარი მიშელ ტროპერი, მიუთითებს რომ თუ კი სამართლის თეორიაში ნორმის განმარტების მეთოდოლოგიას სათანადო ადგილი უკავია, კონსტიტუციურ სისტემაში ცალკე კონსტიტუციის განმარტების პროცესის სპეციფიკურობის კვლევას პრაქტიკულად ყურადღება არ ექცევა.

„განმარტო“ ნიშნავს განსაზღვრო აზრი, შესაბამისად ინტერპრეტაციის გამოყენების აუცილებლობა წამოიჭრება მაშინ, როდესაც აზრი ბუნდოვანია, კერძოდ კი სადავოა. კონსტიტუციის ტექსტის გამოყენება (მათ შორის არა სასამართლოს მიერ) წარმოადგენს მის წინასწარ განმარტებას. თუმცა როგორც ტროპერს მიაჩნია, განმარტება მაინც დაკავშირებულია სასამართლო დავის გადაწყვეტის პროცესთან და წარმოადგენს კანონის გამოყენების ფუნქციის შემადგენელ ნაწილს. ამასთანავე, კონსტიტუციის ტექსტის სასამართლოს გარე გამოყენებაც წარმოადგენს მის წინასწარ განმარტებას. კონსტიტუციურ მეცნიერებას კი არ შეუქმნია ამ ტიპის განმარტების თეორია. იგი მხარს უჭერს პრინციპს რომ, განმარტება არის უპირველესად მეცნიერული და შესაბამისად, შემეცნების აქტი და არა ნებისგამოვლენის აქტი.

სამართალშემფარდებელი ვალდებულია წინასწარ განსაზღვროს გამოსაყენებელი ნორმის აზრი და იგი მხოლოდ ამის შემდეგ იყენებს იერარქიულად მის ქვემდგომ ნორმას. ეს ოპერაცია შეიძლება დასრულდეს დედუქციის შედეგად, როდესაც უმაღლეს ნორმას გააჩნია წინამძღვრები და სასამართლოები იღებენ გადაწყვეტილებას, სილოგიზმის ამოხსნის გზით. განმარტების პროცესში ხდება სწორედ ამ დიდი წინამძღვრების განსაზღვრა. განმარტება წინ უსწრებს სილოგიზმის აგებას. როდესაც ტექსტს გააჩნია გარკვეული განუსაზღვრელობა (ბუნდოვანება) ან სხვადასხვა მნიშვნელობა, რომელთაგანაც სამართალშემფარდებელმა ორგანომ უნდა აირჩიოს რომელიმე ერთი მათგანი - განმარტება მოიცავს სწორედ ამ არჩევანს. ამ ოპერაციის შედეგი ნამდვილად დამოკიდებული ხდება იმ სუბიექტის სტატუსზე,

<sup>40</sup> Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, by Peter Haverbe. (Juristenzeitung. 1975. S.297-305).

ვინც მას ახორციელებს. თუ ამ ორგანოს გააჩნია შესაბამისი უფლებამოსილება, მაშინ მისი განმარტება ხდება იურიდიული სისტემის ნაწილი, როგორც არ უნდა იყოს შერჩეული აზრი. კელზენის სამართლის წმინდა თეორიის ენაზე, მას ეწოდება „აუტენტური“. აბსურდული ხდება აღნიშნული აუტენტური განმარტების კვალიფიცირება „არასწორად“, „არაზუსტად“. უპირველესად სხვა „სწორი“ განმარტება, რომელსაც მას შევადარებდით, არ გაგვაჩნია.

### 3. სამართლის რეალისტური თეორია

**contra legem** -განმარტება არ არსებობს. „აუტენტური განმარტების ცნება“ განსხვავებულია ჩვეულებრივი განმარტებისაგან. როგორც წესი, იგი მომდინარეობს განსამარტავი ტექსტის ავტორისაგან, ასეთი კანონმდებელი მის მიერ მიღებული კანონების მიმართ *eius est interpretari legem cuius est condere* ( ვინც ადგენს კანონს, იგი თავადვე განმარტავს).

ჰანს კელზენი მიიჩნევს რომ, აუტენტურია ისეთი განმარტება, რომელიც იწვევს შედეგებს იურიდიულ სისტემაში. ის შეიძლება მომდინარეობდეს განმარტების უფლებამოსილების მქონე ნებისმიერი ორგანოსაგან, მაგალითად უმაღლესი ინსტანციის სასამართლოებისაგან. აუტენტური განმარტების მნიშვნელობა მდგომარეობს მის სავალდებულო ხასიათში მიუხედავად მისი შინაარსისა. განმარტებულ ტექსტს არ გააჩნია და არ შეიძლება გააჩნდეს მნიშვნელობა, რომელიც განსხვავებული იქნება იმისაგან რასაც მას მიანიჭებს უფლებამოსილი ორგანო, მაშინაც კი თუ ამგვარი განმარტება განსხვავებულია ყველა სხვა განმარტებისაგან, რომლებიც სხვა სუბიექტებისაგან მომდინარეობს, თუნდაც ის სავსებით გონიერად გვეჩვენებოდეს და განსხვავდებოდეს ტექსტის ავტორის ცნობილი განზრახვისაგან.

ამის მაგალითად მიშელ ტროპერი მიუთითებს საფრანგეთის სახელმწიფო საბჭოს 1950 წლის გადაწყვეტილებას სოფლის მეურნეობის მინისტრი ქალბატონ ლამოტის წინააღმდეგ, რომლის მიხედვითაც დებულება „სასამართლოში გასაჩივრებას არ ექვემდებარება“, არ გამოორიცხავს ამ აქტის სასამართლოს მიერ გადამოწმებას, უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენების შემთხვევაში.

ხაიმ პერელმანს ამგვარი მაგალითი მოყავს, თუ მიღებული იქნე-

ბა კანონი რომელიც სიკვდილით დასჯას ითვალისწინებს 2 ფუნტზე მეტი ღირებულების საგნის გატაცებისათვის, ამგვარი შეუსაბამო სასჯელის თავიდან არიდების მიზნით, სასამართლომ როგორც არ გინდა საგანი უნდა შეაფასოს 39 შილინგად, მათ შორის საფულეც, რომელშიც 10 ფუნტია მოთავსებული. ამავე ავტორთა თვალსაზრისით, ამგვარი განმარტება არ შეიძლება მივიჩნიოთ *contra legem*. მაგ. ასეთი იქნებოდა ინტერპრეტაცია, რომელიც კანონის ჭეშმარიტ აზრს ენინააღმდეგება. მაგრამ არ არსებობს იმგვარი განმარტება, რომელიც ჭეშმარიტ აზრს უტყუარად დაადგენდა და რომელსაც აუთენტური განმარტების შედეგებს შეუდარებდით. შესაბამისად, ერთადერთი იურიდიულად უტყუარი სტანდარტი დგინდება თავად აუთენტური განმარტების მიერ.

#### 4. ანალიზი განმარტების თეორიის პოზიციიდან

პარიზის უნივერსიტეტის (Paris X) სამართლის თეორიისა და ანალიზის ცენტრის დირექტორის მიშელ ტროპერის მიერ ჩამოყალიბებული „სამართლის რეალისტური თეორია“, რომელიც განსხვავებულია ჰანს კელზენის „სამართლის წმინდა თეორიისაგან“, ეყრდნობა სამ ძირითად წანამძღვარს:

1. განმარტება ნებისგამოვლენის (და არა შემეცნების) აქტია;
2. მისი ობიექტია ფორმულირებები და ფაქტები და არა ნორმები;
3. განმარტების განმახორციელებელი სუბიექტები, აღჭურვილნი არიან სპეციფიური ძალაუფლებით.

ტროპერის მსჯელობით, იმისათვის რომ განიმარტოს კანონი კანონმდებლის ჩანაფიქრის მიხედვით, მსჯელობა უნდა ავაგოთ შემდეგი კონსტრუქციით: კანონის ნამდვილი არსი არის მისი ის მნიშვნელობა, რომელიც კანონმდებელს გააჩნდა მხედველობაში, მათ შორის მისი ყველა ის შედეგი, რომლებიც გონიერი მოქმედების პირობებში უნდა ევარაუდა და თუნდაც იგი მას თავდაპირველ სიტუაციაში რეალურად ვერც ვარაუდობდა და ყველა ის შედეგი, რასაც ის გაითვალისწინებდა თუ კი ამისათვის ყურადღებას მიაქცევდა ამა თუ იმ კონკრეტულ ფაქტს. ამგვარად, კანონის მიხედვით განმარტება, ნებისმიერ შემთხვევაში კონსტრუირებულ უნდა იქნას. ამგვარად, ობიექტური განმარტება არ არსებობს არც კანონმდებლის ნებაში და არც მისგან დამოუკიდებლად, იგი დამოკიდებულია განმარტების მეთოდ-

ოლოგიასა და განმმარტებლის გადანყვეტილებაზე (ნებაზე). ტექსტის ერთადერთი მნიშვნელობა განისაზღვრება მისი განმარტებით. მიშელ ტროპერის მტკიცებით, განმარტებამდე ტექსტს არ გააჩნია მნიშვნელობა და არის ამ მნიშვნელობის მინიჭების მოლოდინში, მისი ერთადერთი მნიშვნელობა განისაზღვრება განმარტებით.<sup>41</sup>

## 5. განმარტების ობიექტი: ტექსტი ან ფაქტი

სამართლის რეალისტური დოქტრინის თანახმად, განმარტება ნებისგამოვლენის აქტია, რომელიც ვრცელდება ფაქტებზეც და ტექსტზეც. ნორმა განმარტებამდე არ არსებობს, არსებობს ტექსტი და ფაქტები, რომლებიც კანონმდებლის მიერ არის ფორმულირებული, და ისინი განმარტების პროცესში იძენენ ნორმის სტატუსს, რომლებსაც იგივე ეიარაქია გააჩნიათ რაც ფორმულირებებს საიდანაც ისინი გამომდინარეობენ.

ტექსტს განმარტება ესაჭიროება ყოველთვის, არა მხოლოდ მაშინ როდესაც ის ბუნდოვანია. თუ კანონი შეიცავს ფორმულირებას „აკრძალულია -n“, გამოხატულება -n მისი მნიშვნელობიდან გამომდინარე შეიძლება ნიშნავდეს სხვადასხვა მოქმედებებს -n 1, n 2. მაგალითი: ამგვარად, კანონი შეიცავს არა ერთ ნორმას, არამედ ბევრ სხვადასხვა პოტენციურ ნორმას შესაბამისი განმარტების მიხედვით, განმარტებელს უნევს არჩევანი ამ სხვადასხვა ნორმებს შორის. ნორმა თავდაპირველი მნიშვნელობით არ არის აღჭურვილი კონკრეტული მნიშვნელობით. ტროპერის რეალისტური თეორიის მიხედვით, განმარტებელი განსაზღვრავს ნორმას, რომელსაც მხოლოდ ფორმულირება გააჩნია. იგი იქმნება და იურიდიული სისტემის ნაწილი ხდება განმარტების პროცესში.

კელზენისა და სხვა მრავალრიცხოვანი მეცნიერების საწინააღმდეგოდ იურიდიული ნორმა ვერ იქნება განმარტების ობიექტი. რამდენადაც გარკვეული აზრის არსებობა წინ არ უსწრებს განმარტებას, იგი მისი თანმდევი შედეგია. განმარტების ობიექტია მნიშვნელობის მატარებელი ტექსტი ან ფაქტი.

**ტექსტი.** ტროპერის მიხედვით, ტექსტი ექვემდებარება განმარ-

<sup>41</sup> Troper M. Le probleme de l'interpretation et le theorie constitutionnelle. Pour une theorie juridique de l'État, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

ტებას ყოველთვის, და არა მხოლოდ როდესაც ის ბუნდოვანია, ცნობილი სენტენციის თანახმად, კი „in claris cessat interpretatio“ ან „in claris non est interpretandum“, გასაგები განმარტებას არ საჭიროებს. ამ იდეის ბევრი უარყოფა შესაძლებელია მოიძებნოს, რამდენადაც ტექსტის სიცხადე ან ბუნდოვანებაც თავისთავად შეფასებისა და განმარტების საგანია. საბოლოო ჯამში ინტერპრეტირებას განიცდის არა მხოლოდ ტექსტის შინაარსი, ასევე მისი სტატუსიც.

ამის შემდეგ ტექსტის სტატუსი განსაზღვრავს თავად იმ ორგანოს კომპეტენციას, რომელიც მას იყენებს.

**ფაქტები.** ტექსტუალურ ფორმულირებებს არ გააჩნიათ აზრი მათ განმარტებამდე. ისინი აზრს შეიძენენ მხოლოდ განმარტების შედეგად. არქიტექტურის სამსახურს შეუძლია უარი თქვას მშენებლობის ნებართვის გაცემაზე, თუ პროექტი არ ენერება გარემოს საერთო მონუმენტურ პერსპექტივაში. იმისათვის რომ შევამოწმოთ უარის კანონიერება, სასამართლომ უნდა განსაზღვროს „მონუმენტური პერსპექტივის“ მნიშვნელობა ან უნდა შეაფასოს ამ გარემოს რამდენად გააჩნია მონუმენტური პერსპექტივა. თუ იგი მეორე გზას აირჩევს, მაშინ თვლსაჩინოა რომ იგი განმარტავს არა ტექსტს, არამედ ახდენს ფაქტის კვალიფიკაციას. ასევე მაგალითად ჩვეულება. ჩვეულების არსებობა არის ფაქტი. ფაქტები კი თავისთავად არ ქმნიან სამართალს, საჭირო ხდება ნორმის არსებობა, რომელიც დაანუსხებდა ჩვეულების დაცვის ვალდებულებას<sup>42</sup>.

## 6. განმარტების სახელისუფლებო უფლებამოსილება

განმარტების რეალისტური თეორიის მიხედვით, მიშელ ტროპერი აკეთებს დასკვნას რომ საკონსტიტუციო სასამართლო პრინციპში გვევლინება კონსტიტუციის თანადამფუძნებლად. საკონსტიტუციო სასამართლო თავისუფლად განმარტავს კონსტიტუციას, რაც ხორციელდება არა მხოლოდ მოცემული კონსტიტუციური ფორმულების პირობებში, არამედ, ასეთის არარსებობის შემთხვევებშიც, მაგ. სასამართლოს მიერ დაუნერელი პრინციპების მოხმობისას. როდესაც საკონსტიტუციო კონტროლი აღჭურვილია ხელისუფლების მიერ შემუშავებული კონსტიტუციური ცვლილებების ნამდვილობის შე-

<sup>42</sup> Troper M. Le probleme de l'interpretation et le theorie constitutionnelle. Pour une theorie juridique de l'Etat, PUF, coll. « Léviathan », 1994.

მონმების უფლებამოსილებით, ასეთ შემთხვევაში, იგი გვევლინება არა თანადამფუძნებლად, არამედ მის ნამდვილ დამფუძნებლად.

აუთენტურია ის განმარტება, რომელსაც იურიდიული სისტემა უკავშირებს მნიშვნელოვან შედეგებს, რომელიც არ ექვემდებარება სასამართლოს მიერ შემდგომ გადასინჯვას და რომლის შედეგებიც ხდება ტექსტის შემადგენელი ნაწილი. ასეთია უმაღლესი ინსტანციის სასამართლოები, რომლის შედეგებიც საბოლოოა.

აუთენტური განმარტების სუბიექტი უფლებამოსილია გააფართოვოს საკუთარი უფლებამოსილება, ეს იმ შემთხვევაში, როდესაც მისი საფუძველია ტექსტი, რომელსაც ეს ორგანო აუთენტურად განმარტავს. აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ 1803 წელს განმარტა ამერიკული კონსტიტუცია, როგორც მისთვის კანონთა კონსტიტუციურობის შემონმების უფლებამოსილების მიმნიჭებელი. საფრანგეთის საკონსტიტუციო საბჭომაც მსგავსი ნაბიჯი გადადგა 1971 წელს.

## 7. განმარტების შედეგები

სამართლის რეალისტური თეორიის პირობებში ყოველგვარ განმარტებას წინ უსწრებს ტექსტის მიღება „ოფიციალური“ საკანონმდებლო შტოსაგან.

რადგანაც განმარტება თავისთავად გადანყვეტილებაა, მისი ობიექტია იმავე დონის ნორმის მიღება, რასაც წარმოადგენს ფორმულირება, რომელიც განმარტებას ექვემდებარება. განმარტების რეალისტური თეორიის თანახმად, სასამართლო ხელისუფლება ნაწილობრივ ახორციელებს საკანონმდებლო ხელისუფლებასაც.

ეპისკოპოსი ჰოდლი: „ის ვინც ფლობს წერილობითი ან დაუნერელი სამართლის განმარტების აბსოლუტურ უფლებამოსილებას წარმოადგენს მის ნამდვილ შემოქმედს, მისი დანიშნულებისა და მიზნების შემქმნელს, როგორსაც არ წარმოადგენს ის, ვინც პირველმა ჩამოაყალიბა ან გააუღერა შესაბამისი წესები“.

## პარი VI

### სამოსამართლო კონსტიტუციონალიზმი: დაბალანსება და პროპორციულობის ტესტი

„— არსებობს უაღრესი განსხვავება, როდესაც კერძო ინტერესებთან კონკურირებად სახელმწიფოებრივ აუცილებლობას აფასებენ სახალხო წარმომადგენლები და იმას შორის, როდესაც იმავეს აკეთებს სასამართლო.“

*Antonin Scalia*

მსოფლიოს ნამყვანი კონსტიტუციონალისტების შეფასებით, თანამედროვე კონსტიტუციური სამართალი იმყოფება გლობალიზაციის ეტაპზე. იგი სცდება სუვერენული სახელმწიფოების ფარგლებს და გადაიქცევა საერთო საქმედ. ბევრ ქვეყანაში კონსტიტუციური სამართალი უფრო მეტად და მეტად უახლოვდება ერთიდაიმავე მოდელს. ეს საერთო მოდელი უპირველესად მოიცავს ადამიანის უფლებათა დაცვის ორეტაპიან სისტემას, სასამართლო კონტროლის სქემასა და ადამიანის უფლებათა ირგვლივ წარმოშობილი კონფლიქტების გადაწყვეტის დოქტრინას, რომელიც პროპორციულობის დოქტრინის სახელით<sup>43</sup> არის ცნობილი. მისი გავრცელება სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემებში ძალიან სწრაფად მოხდა, რამაც წარმოშვა გლობალური კონსტიტუციონალიზმის საერთო წესები, რომელსაც დევიდ ლოუ მოიხსენიებს განზოგადებული კონსტიტუციონალიზმის სახელით. დევიდ ბიტი (Beatty) ამტკიცებს, რომ პროპორციულობის პრინციპი არის „სამართლის უკიდურესი უზენაესობა“, იგი წერტილს უსვამს კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის შესახებ დავას და ასრულებს კონსტიტუციური სამართლის ისტორიას. პროპორციულობის პრინციპი არის პასუხი უნივერსალურ სამართლებრივ პრობლემაზე.<sup>44</sup>

პროპორციულობის ტესტს, როგორც აღინიშნა, გააჩნია ორეტაპიანი სტრუქტურა. პირველ ეტაპზე უნდა დავადგინოთ, რომ მთავრობის ქმედებებით შეზღუდული აღმოჩნდა ესა თუ ის უფლება. მეორე

<sup>43</sup> Choudhry S. Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation// Indiana Law Journal. Vol.74.1999.No.3. P 819; Ackerman B. The Rise of World Constitutionalism // Virginia Law Review. Vol.83. 1997. No.4. P.771-798; Walker N. Postnational constitutionalism and the Problem Translation//European Constitutionalism Beyond the State//Ed. By J.H. Weiler, M.Wind. Cambridge; New York: Cambridge University press, 2003. P.27

<sup>44</sup> Beatty D. The Ultimate Rule of Law. Oxford; New York:Oxford University press, 2004Cambridge University press, 2003. P.27.

ეტაპზე მთავრობამ უნდა გვიჩვენოს, რომ იგი ისახავდა რომელიმე ლეგიტიმურ მიზანს და შეზღუდვა იყო პროპორციული ამ მიზნისა. ამის შემდეგ გადავდივართ პროპორციულობის ტესტზე, რომელიც მოიცავს სამ კრიტერიუმს: პირველ რიგში, საშუალება გამოყენებული მთავრობის მიერ მიზნის მისაღწევად უნდა იყოს მიზნის მიღწევის საშუალება (შესაფერისობა); მეორე რიგში, ყველა შესაბამისი შესაძლებლობიდან არჩეული უნდა იყოს ის საშუალება, რომელიც ყველაზე უფრო ნაკლები ხარისხით ზღუდავს კერძო პირის უფლებას (აუცილებლობა) და მესამე, კერძო პირისათვის მისი უფლების შეზღუდვით მიყენებული ზიანი პროპორციული უნდა იყოს მთავრობის ინტერესისა და სახელი მიზნის მიღწევა<sup>45</sup>

ანდრეას ფოსსკულე (Voßkuhle), გერმანიის საკონსტიტუციო სამართლოს თავმჯდომარე, გვთავაზობს შემდეგ შეფასებით შკალას:

- ა) გამოსადეგი/შესაფერისია საშუალება, თუ მისი მეშვეობით შესაძლებელია სასურველი მიზნის მიღწევა;
- ბ) შერჩეული საშუალების აუცილებლობას ადგილი აქვს, თუ არ არსებობს რომელიმე სხვა, ერთნაირად გამოსადეგი, მაგრამ უფრო ნაკლები ხარისხის სიმძიმის საშუალება (უფრო რბილი საშუალების არჩევანი);
- გ) თანაზომიერად (ვინრო გაგებით, ე.ი. პროპორციულად) ითლება საშუალება, თუ ინდივიდის შებოჭვის ხარისხი თანაზომიერია დასახული მიზნისა და მისი საშუალებით მთელი საზოგადოებისათვის უპირატესობების მიღებისა. საჭირო ხდება ყოველმხრივი შენონილობის ტესტის გამოყენება დაინტერესებულ პირზე ზემოქმედებასა და მეორე მხრივ, მის საპირისპირო საჯარო ინტერესს შორის.<sup>46</sup>

## 1. პროპორციულობა და სამართლიანობა

პროპორციულობის ტესტს გააჩნია დიდი ფასეულობა, იგი უკეთ ეხმარება მოსამართლეებს სწორი დასკვნების გაკეთებასა და მიღებული გადაწყვეტილებების სტრუქტურირებაში, ხდის სასამართლო პროცესს უფრო გამჭვირვალეს, ანიჭებს სასამართლო გადაწყვეტილებებს მეტ

<sup>45</sup> Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford; New York : Oxford University press, 2002; Kumm M. What Do You Have in Virtue of a Constitutional Rights : On the Place and Limits of the proportionality Requirement //Law, Rights; Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy/Ed. By G. Pavlakos. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007.

<sup>46</sup> Voßkuhle A. Juristische Schulung Bd.47. 2007. S.429-431.

ლეგიტიმურობას და ახდენს საუკეთესო მარეგულირებელ და პრევენციულ ზეგავლენას საზოგადოებასა და მთავრობაზე.<sup>47</sup>

შედეგად, მთელს მსოფლიოში მოსამართლეები რეგულარულად იკრიბებიან კონფერენციებზე და მართავენ დიალოგს, უზიარებენ თავიანთ სამოსამართლო შეხედულებებსა და პრაქტიკაში იყენებენ ერთმანეთის გამოცდილებას, რაც ინვესს სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემების სასამართლო პრაქტიკის უნიფიცირებას. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო პროპორციულობას განიხილავს როგორც სახელმწიფოსაგან დაცვას, როგორც ისეთი პრობლემატური საკითხის გადაწყვეტას, ხომ არ ამეტებს სახელმწიფო ჩარევის დასაშვებ საზღვრებს ან პირიქით, ყველაფერი გააკეთა კი მან, რაც მის შესაძლებლობებში იყო, რათა დაეცვა სადავო უფლებები და ინტერესები.<sup>48</sup>

გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომა მდგომარეობს იმაში, რომ პროპორციულობამ არა მხოლოდ შეაკავოს სახელმწიფო ზედმეტი ჩარევისაგან, არამედ იგი ასევე მოითხოვს, რომ ადგილი ჰქონდეს სათანადო ჩარევას იმ შემთხვევებში, როდესაც მოითხოვება კონკურირებადი უფლებებისა და ინტერესების დაცვა. მაგ. საკონსტიტუციო სასამართლომ ორჯერ უარყო პარლამენტის მიერ მიღებული კანონი აბორტების შესახებ, ვინაიდან მიიჩნია, რომ არასათანადოდ იცავდა ჩანასახის ინტერესებს.<sup>49</sup>

მიიჩნევენ, რომ პროპორციულობის პრინციპი ცნობილი იყო მანამდეც, ვიდრე იგი კონსტიტუციური პრინციპი გახდებოდა. იგი მნიშვნელოვან როლს იკავებდა სამართლიანობის კონცეფციებში. არისტოტელეს თქმით, სამართლიანობა დაკავშირებულია პროპორციულობასთან. მისი თქმით, სამართლიანობა პროპორციულობაა, ხოლო უსამართლობაა ის, რაც არღვევს პროპორციულობას.<sup>50</sup>

პოლიციის უპირველესი ვალდებულებაა საზოგადოების უსაფრთხოებისა და წესრიგის დაცვა. მეორე მხრივ, ადამიანის სიცოცხლე, თავისუფლება და საკუთრება უნდა იყოს დაცული ნებისმიერი პირის, მათ შორის პოლიციის, ჩარევისაგანაც. ეს ორი წინაპირობა ქმნის დილემას, შეუძლებელი ხდება ორივე ინტერესის თანაბარი დაცვა.

<sup>47</sup> M. Cohen-Eliya, I. Porat American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins//International Journal of Constitutional Law. Vol.8.2010.No.2. P.263-286.

<sup>48</sup> Slaughter A.-M.Judicial Globalization//Virginia Journal of International Law. Vol.40.2000. No.4. P. 11103-1124; Slaughter A.-M.Global Community of Courts // Harvard International Law: Jurnal. Vol.44. 2003. P.191

<sup>49</sup> Abortion Case 1, BVerfGE 39,1, 1974; Abortion Case 2, BVerfGE 88,1, 1993.

<sup>50</sup> Aristotle, Nicomachean Ethics. Book 5, 1131 B (15)// The Complete works Of Aristotle//princeton University press, 1995.

## 2. კონსტიტუციურ ფასეულობათა ჰორიზონტალური გავრცელების სტრატეგია, როგორც იურიდიული გადანყვეტილებების მიღების ახალი იდეოლოგია

კონსტიტუცია არ შემოიფარგლება მხოლოდ სახელმწიფო ნყო-  
ბილების დანესებით, ის იძლევა ადამიანის უფლებებისა და თავი-  
სუფლებათა გარანტიებს, აცხადებს საკუთრების თავისუფლებას,  
სოციალური ჯგუფების გაერთიანების უფლებას, სიტყვის თავისუფ-  
ლებასა და ა.შ. კონსტიტუცია, უპირველესად იურიდიული დოკუ-  
მენტია იმ აზრით, რომ ყოველ მოქალაქეს შეუძლია დაეყრდნოს მას  
სასამართლოში თავისი კანონიერი უფლებებისა და ინტერესების  
დაცვაში. XXI საუკუნის დასაწყისში ცენტრალური ევროპის ქვეყნებ-  
ში განვითარდა საინტერესო პროცესი საერთო სასამართლოების მო-  
სამართლეთა მიერ კონსტიტუციურ ფასეულობათა გათავისებისა და  
საკონსტიტუციო სასამართლოებთან მათი მჭიდრო თანამშრომლობის  
შესახებ, რამაც დაასუსტა სამართალთან მიმართებაში გაბატონებუ-  
ლი ტექსტუალური პოზიტივიზმი და კანონის დოგმატიკა და შეარყია  
სასამართლო გადანყვეტილებათა პოსტკომუნისტური იდეოლოგია.  
ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლო ანხორციელებს სასამართლო  
ზედამხედველობას, ერთი მხრივ, როგორც სამართლებრივი ნორმების  
კონსტიტუციურობაზე, ასევე საერთო სასამართლოების ცალკეული  
სამოსამართლო გადანყვეტილებებზეც. გერმანიის ძირითადი კანონის  
კონსტიტუციური ფასეულობების ეროვნულ მართლწესრიგში ტრანს-  
პლანტაციის სისტემა (Ausstrahlungswirkung) გაიზიარა ჯერ ესპანეთმა,  
გენერალ ფრანკოს რეჟიმის უარყოფისა და სამართლებრივი სახელმ-  
წიფოს მშენებლობის გზაზე, მოგვიანებით კი ჩეხეთის კონსტიტუციამ,  
ვაცლავ ჰაველის მეთაურობით, კომუნისტური რეჟიმისა და მისი შედე-  
გების აღმოსაფხვრელად. კონსტიტუციური სამართლის მთელ სისტე-  
მაში „გავრცელების“ დოქტრინა მიზნად ისახავს ძირითადი უფლებების  
ჰორიზონტალურ დანერგვას „მესამე მხარის“ ეფექტის გამოყენებით.  
ამ დოქტრინის მიხედვით, პირველ რიგში, მოსამართლე ვალდებული  
გახდება, ყურადღება გაამახვილოს კონსტიტუციური ნორმების ზეგა-  
ვლენაზე თვით კერძო-სამართლებრივი დავების გადანყვეტის შემთხ-  
ვევაშიც კი, ვინაიდან ამ კუთხით მის მიერ მიღებული გადანყვეტილება  
დაექვემდებარება საკონსტიტუციო ზედამხედველობას.

მთლიან სამართლებრივ სისტემაზე ძირითადი უფლებების გავრ-  
ცელება მოასწავებს, რომ მრავალ საქმეს, თუნდაც ისეთებს, რომლებიც  
მარტივად, ერთი შეხედვით (prima Facie), რეგულირდება მიმდინარე  
კანონმდებლობით, სინამდვილეში გააჩნია კონსტიტუციური პარამე-  
ტრები და შესაძლო შეუთავსებელი კონსტიტუციური უფლებები.

ცენტრალური ევროპის პოსტსოციალისტური ქვეყნებისათვის

მინც რთული გამოდგა სასამართლო გადანყვეტილებათა ამ რთული პროცესისადმი უარყოფითი განწყობების დაძლევა. საერთო იურისდიქციის მოსამართლეები არ იყენებენ ძირითადი უფლებების, ე.წ. „მესამე მხარის ეფექტს“, უპირატესობას ანიჭებენ შესაბამისი კანონების ტექსტის განმარტებას კონსტიტუციური პრინციპებისა და ფასეულობების გათვალისწინების გარეშე. სასამართლოები, როგორც წესი, არ მისდევენ საკუთარი გადანყვეტილებების კონსტიტუციურ დასაბუთებას, მისდევენ კანონს სიტყვასიტყვით, საბოლოო ჯამში, სერიოზულად ვერ აღიქვამენ ძირითად უფლებებსა და ფასეულობებს. ძირითადი უფლებების გავრცელების გერმანული დოქტრინა მიზანად ისახავს მათ საყოველთაო გამოყენებას მთელ სამართლებრივ სისტემაში, სამართლის ყველა სუბიექტის მიერ: მხარეები და მათი ადვოკატები, საერთო სასამართლოს მოსამართლეები. თუ ეს წესი შემოიფარგლებოდა მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს დონით, კონსტიტუციის ასეთი ქვეტექსტი საეჭვო ხდება. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებათა და სავალდებულო ძალისა და პრეცედენტების თემა ხდება ქვეყანაში „ახალი კონსტიტუციონალიზმის“ დანერგვის საკვანძო თემა, რომლის მიზანია ძირითადი უფლებების „პირიზონტალური ეფექტის“ გამოწვევა.

ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ პირდაპირ განაცხადა, რომ საერთო იურისდიქციის სასამართლოებისათვის კონსტიტუციური პრეცედენტების სავალდებულო ძალა არის საკონსტიტუციო სასამართლოს არსებობის შეუცვლელი პირობა, მისი „condition sine qua non“. ამ პრინციპის საწინააღმდეგოდ ყველგან ერთი და იგივე არგუმენტაცია გამოიყენება საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებათა სავალდებულო ძალის წინააღმდეგ. კონტინენტური სისტემის მოძველებული კლიშეს მიხედვით, პოზიტივიზმის ფილოსოფია გამორიცხავს სასამართლო გადანყვეტილებების სავალდებულო ძალას, მეორე მხრივ ოპონენტები პრეცედენტის მავალდებულ ძალას აღიქვამენ, როგორც რალაც აბსოლუტურს, უტოლებენ მას საკანონმდებლო აქტების სავალდებულო ძალას. პრეცედენტის სავალდებულო ძალის პრინციპის მოქმედება კი უფრო მოქნილი და რთულია.

სინამდვილეში ძირითადი უფლებების გავრცელება სამართლებრივ სისტემაზე მოასწავებს იმას, რომ ბევრი საქმე, რომელიც რეგულირდება ერთი შეხედვით, სისხლის სამართლის ან სამოქალაქო კანონმდებლობის მიერ, სინამდვილეში ფლობს კონსტიტუციურ პარამეტრებს, რომელთა დაცვის გარეშეც შეუძლებელია კონკრეტული დავის სამართლებრივი გადანყვეტა. მაგ. სამოქალაქო კოდექსის დიფამაციისა და შეურაცხყოფის ნორმების გამოყენებისას სასამართლოებმა უნდა გაითვალისწინონ სიტყვის თავისუფლების გარანტიები, რომლებიც ამ

ნორმების საპირისპიროდ გამოიყენება. ამ კონსტიტუციური ნორმების იგნორირება მიგვიყვანდა სიტყვის თავისუფლების ლიკვიდაციამდე.

კონსტიტუციის არსი მდგომარეობს არა მხოლოდ ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების რეგულირებაში, ასევე ხელისუფლების გადანყვეტილებებისადმი კანონიერი ძალის მინიჭების პროცესსა და ინსტიტუციურ მექანიზმში, ასევე სახელმწიფო ორგანოებისა და საზოგადოებრივი ორგანიზაციების ვალდებულებაში, განმარტონ და გამოიყენონ კანონი ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის გათვალისწინებით. ამ შემთხვევაში, ეს აღნიშნავს საერთო სასამართლოების ვალდებულებას, განმარტონ სამოქალაქო ან სისხლის სამართლის კოდექსის ცალკეული დებულებები კონსტიტუციით გარანტირებული ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების არსისა და მიზნის მიხედვით. „გავრცელების დოქტრინა“ გულისხმობს კონსტიტუციური სამართლის გამოყენებას მთელ სამართლებრივ სისტემაზე; იგი ავალდებულებს, პირველ რიგში, მოსამართლესა და იურიდიული პროცესის სხვა სუბიექტებს, გაითვალისწინონ კონსტიტუციური უფლებების გავლენა კერძო სამართლის ნორმებზეც მათი ინტერპრეტაციისას.

### 3. პროპორციულობის კონსტიტუციური საფუძვლები

თანამედროვე კონსტიტუციები, ერთი მხრივ, შეიცავენ უფლებათა ბილს, რომელიც მოქალაქეებისა და ასევე სხვა პირებისათვის ადგენს სხვადასხვა უფლებებსა და თავისუფლებებს. ამასთანავე, ეს კონსტიტუციები კანონმდებელს ანიჭებენ უფლებას, შეზღუდონ ეს უფლებები და თავისუფლებები, რათა კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში ხელისუფლება ჩაერიოს მათ გამოყენებაში. აქ წარმოიშობა დილემა: როგორ მოვარიგოთ ეს ნორმები? მიზნებისა და უფლებების პროპორციულობის პრინციპი ემსახურება ამ პრობლემის რეგულირებას. ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები, ასევე საკანონმდებლო ორგანოს უფლებამოსილებები უფლებებისა და თავისუფლებების შეზღუდვასა და მათ განხორციელებაში ჩარევაზე წარმოადგენს იმ ძირითად სამართლებრივ სფეროს, სადაც ამ პრინციპის გამოყენება ყველაზე უფრო მნიშვნელოვანია. აქედან გამომდინარეობს ამ პრინციპის კონსტიტუციური ფუნდამენტურობა, მან უნდა უზრუნველყოს კონსტიტუციით გათვალისწინებული ფუნდამენტური უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვა ზედმეტი შეზღუდვისა და ჩარევისაგან.

გერმანელი კონსტიტუციონალისტები მიიჩნევენ, რომ პროპორციულობის პრინციპი გამომდინარეობს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპისაგან (Rechtsstaat), რომელიც განმტკიცებულია კონსტიტუცი-

ით და რომლის მიხედვითაც სახელმწიფოს ყველა ქმედება შეთანხმებული უნდა იქნას ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების პატივისცემის პრინციპთან, ამასთანავე რეგულირებული უნდა იყოს კანონით და კონტროლირებული სასამართლოების მიერ.<sup>51</sup>

როგორც ბერნჰარდ შლინკი (Schlink) აღნიშნავს, თეორეტიკოსები მიიჩნევენ, რომ არსებობს პროპორციულობის პრინციპის მესამე საფუძველიც: და ეს თავად სამართლის ბუნებაა. ამ თვალთახედვით, პროპორციულობის პრინციპი არის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ზოგადი პრინციპი, რომლის გარეშეც სამართალს არ შეუძლია არსებობა.<sup>52</sup>

რობერტ ალექსი (Alexy) მიიჩნევს, რომ თავად კონსტიტუციაში მოცემული ფუნდამენტური უფლებებია პროპორციულობის პრინციპის კონსტიტუციური საფუძველი, ვინაიდან ფუნდამენტური უფლებები ხშირად შედის კონფლიქტში სხვა პრინციპებთან, რომლებიც არეგულირებენ სახელმწიფოს საქმიანობას დასახული მიზნების მიღწევისას. კონფლიქტის გადაწყვეტის საუკეთესო გზა ოპტიმუმის მიღწევა, რომელიც დააკმაყოფილებს კონფლიქტის ორივე მხარეს, ხოლო თუ ეს ვერ მიიღწევა, უნდა მოხდეს ორივე პრინციპის დაბალანსება. კონსტიტუციები არ ახდენენ პრინციპების იერარქიას, შედეგად ყოველი კონფლიქტი ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებასა და სახელმწიფოს მიერ დასახული მიზნის მიღწევის ინტერესს შორის გადაიქცევა თანაბარი დონის ძლიერი პრინციპების კონფლიქტად, ფუნდამენტური უფლებები აღმოჩნდება თავისი განსაკუთრებული მნიშვნელობის დაკარგვის წინაშე. უფლებებისა და მიზნების პროპორციულობის პრინციპი წარმოადგენს მეთოდს, რომელიც გვიჩვენებს რომელი შეზღუდვები და ჩარევები სახეები შესაძლოა ნებადართული იქნეს.<sup>53</sup>

მარკ ტაშნეტი (Tushnet) პარალელს ავლებს გერმანულ სამართალში გამოყენებულ პროპორციულობასა და ამერიკულ დაბალანსების დოქტრინას შორის. იგი აღნიშნავს, რომ პროპორციულობას გააჩნია სტრუქტურა, რაც დაბალანსების პროცესს აკლია. პროპორციულობის დოქტრინის მხარდამჭერები ამტკიცებენ, რომ ის უფრო ობიექტური, მარტივი და გამჭვირვალეა.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Dreier H./Grundgesetz Kommentar. Bd,1:Art. 1-19/ Aufl.2004. Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany . 2 nd ed.Durham: Duke University Press, 1997.p.46.

<sup>52</sup> Бернхард Шлинк, К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Сравнительное конституционное обозрение.— 2012. — № 2 (87).

<sup>53</sup> Alexy R. Balancing, Constitutional Review, and Representation//International Journal of Constitutional Law Vol. 3. 2005.No 4. P. 572.

<sup>54</sup> მარკ ტაშნეტი, შედარებითი კონსტიტუციური სამართლის სანყისები; ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა; თბ. 2016. გვ. 105-108.

#### 4. მიზნის ლეგიტიმურობა

გარკვეული ლოგიკა არის იმაში, რომ ტესტი იწყება მიზნის ლეგიტიმურობის შეფასებით. თუ უფლებების შეზღუდვა არ ისახავს ლეგიტიმურ მიზანს, მაშინ საშუალებები, რომლებიც გამოიყენება ამ მიზნის მისაღწევად, შეუძლებელია, იყოს ლეგიტიმური. ფაქტების შესწავლა ხდება მანამ, სანამ გადავიდოდეთ ფასეულობათა ბალანსირებაზე. უფრო ადვილია, მივალნიოთ შეთანხმებას ფაქტებთან მიმართებაში, ვიდრე მივალწვედეთ ერთიანობას ფასეულობებთან მიმართებაში. ტესტირების ყოველი ეტაპი უფრო და უფრო რთულ საფეხურს წარმოადგენს. მომდევნო ნაბიჯი შეიძლება გადაიდგას, თუ წარმატებით იქნა დაძლეული ტესტირების წინა საფეხური. ხშირად უფლების შეზღუდვის მიზნების ლეგიტიმურობა განსაზღვრულია თავად კონსტიტუციის მიერ. კონსტიტუცია განსაზღვრავს, რომ უფლებათა შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კონსტიტუციით გათვალისწინებული მიზნების მისაღწევად. მაგ. საქართველოს კონსტიტუციის მე-17 მუხლის მე-5 პუნქტის თანახმად, აზრის, ინფორმაციის, მასობრივი ინფორმაციის საშუალებათა და ინტერნეტის თავისუფლების შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კანონის შესაბამისად, დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების ან ტერიტორიული მთლიანობის უზრუნველსაყოფად, სხვათა უფლებების დასაცავად, კონფიდენციალურად აღიარებული ინფორმაციის გამჟღავნების თავიდან ასაცილებლად ან სასამართლოს დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველსაყოფად.

იმ შემთხვევაში, თუ კონსტიტუცია არ უშვებს უფლების შეზღუდვას და კრძალავს ამა თუ იმ ქმედების განხორციელებას, მაშინ ეს ქმედებები ვერ იქნება გამოყენებული ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად. საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლის თანახმად, ადამიანის ღირსება ხელშეუვალია. დაუშვებელია ადამიანის წამება, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობა, არაადამიანური ან დამამცირებელი სასჯელის გამოყენება. წამება საერთაშორისო და შიდა კანონმდებლობის თანახმად აკრძალულია ნებისმიერ შემთხვევაში, მისი გამოყენება დაუშვებელია იმ შემთხვევაშიც, თუ იგი არის ერთადერთი საშუალება მიზნის მიღწევისათვის, რომელსაც უდიდესი მნიშვნელობა გააჩნია. ასეთი აკრძალვის შემთხვევებში პროპორციულობის ანალიზის კვლევა აზრს მოკლებულია და იგი უნდა შეწყდეს.

კანადის უზენაესი სასამართლოს სტანდარტით, „დასახული მიზანი უნდა იყოს მნიშვნელოვანად საჭირო იმისათვის, რათა დასაბუთდეს კონსტიტუციით დაცული უფლებების შეზღუდვა“.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> R.v.Oakes, I S.C.R. 103, 28 february 1986.

ვერობის ადამინის უფლებათა სასამართლოც აყენებს მსგავს მოთხოვნას, თუმცა მისი მიდგომა განსხვავებულია კანადური სტანდარტისაგან, იგი მოითხოვს, რომ „მიზანი მისი ლეგიტიმურობისათვის უნდა წარმოადგენდეს არსებით საზოგადოებრივ საჭიროებას, რომელიც დაასაბუთებს ფუნდამენტური უფლებების შეზღუდვას დემოკრატიის ინტერესებისათვის.“<sup>56</sup>

## 5. დასაბუთებულობა და რელევანტურობა

დასახული მიზნის ლეგიტიმურობის საკითხთან მჭიდროდ არის დაკავშირებული საშუალებათა და მოქმედებათა თანაზომიერების პრობლემა, რომელთა საშუალებითაც იგი მიიღწევა. ბერნჰარდ შლინკის არგუმენტაციით, გამოყენებული ზომა ან ქმედებები შეიძლება განვიხილოთ როგორც თანაზომიერი საშუალებები, თუ ისინი რეალურად არის ამგვარი. ე.ი. იმ შემთხვევაში, თუ ისინი ნამდვილად დასაბუთებული და გამოსადეგია მიზნის მიღწევისათვის. შლინკის მსჯელობით, ნვლილი მიზნის მიღწევაში შესაძლებელია იყოს მნიშვნელოვანი ან მცირე, ყველას მიერ აღიარებული ან სადისკუსიოც, მაგრამ თუ გამოყენებულ ზომას ან ქმედებას საერთოდ არ შეუძლია შეიტანოს ნვლილი დასახული მიზნის მიღწევაში, ეს ნიშნავს, რომ იგი ვერ განიხილება როგორც მიზნის მიღწევის საშუალება და შესაბამისად, იგი ვერ გადის პროპორციულობის ტესტის ამ ეტაპს. პროპორციულობის აღნიშნულ ანალიზს ხშირად უწოდებენ შესაბამისობის ან გამოსადეგობის ტესტს და იგი დაკავშირებულია ემპირიულ შემონმებასთან.<sup>57</sup>

## 6. აუცილებლობა

ის, რომ აუცილებლობა ან ქმედება შესაბამისია დასახული მიზნის მისაღწევად, ეს აუცილებლად არ ნიშნავს, რომ შერჩეული ღონისძიებები ერთადერთია ყველა შესაძლო ვარიანტიდან. შესაძლებელია, არსებობდეს სხვა საშუალებებიც, რომლებიც ნაკლებ სერიოზულ ჩარევას იწვევენ ადამიანის უფლებებში; ასეთ შემთხვევებში სახელმწიფოს არ აქვს არავითარი საფუძველი, გამოიყენოს ის საშუალება, რომელიც მეტ ჩარევას იწვევს, ხოლო საშუალებები, რომელიც დაკავშირებულია

<sup>56</sup> Jowell L. Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review // public Law. 2000. P. 671-683.

<sup>57</sup> Бернард Шлинк, К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Сравнительное конституционное обозрение.— 2012. — № 2 (87).

ნაკლებ სერიოზულ ჩარევასთან, უფრო შეესაბამება მოქალაქეთა ინტერესებს და ამასთანავე თანაბრად შეესაბამება სახელმწიფოს ინტერესებსაც. საშუალებები, რომელიც დაკავშირებულია მეტ ჩარევასთან, ხშირად საჭიროების გარეშე ზედმეტად დამამძიმებელია, ამიტომ ასეთი საშუალებები უნდა უარვეყოთ, როგორც ზედმეტი და არასაჭირო და უნდა მოიძებნოს ნაკლებად დამთრგუნველი საშუალებები, რომელიც დაკავშირებულია კონფლიქტის გადაწყვეტილების ოპტიმიზაციასთან.

პროპორციულობის ეს ეტაპი სახელდებულია აუცილებლობის ტესტით. ალტერნატიული საშუალებები უნდა იყოს ისეთი, რომლებსაც ნამდვილად შეუძლიათ დასახული მიზნის მიღწევა; ეს ტესტიც ემპირიული ხასიათისაა, ვინაიდან რამდენად წარმოადგენს ალტერნატიული საშუალება ნაკლებ ჩარევას, შეფასებითი მსჯელობაა და ხშირად ასახავს იმ მხარის პოზიციას, რომლის უფლებებშიც მოხდა ჩარევა; მხარისათვის მნიშვნელოვანია ჩარევის ინტენსიურობა და არა მისი შეფასება დასახულ მიზანთან მიმართებაში.

## 7. ბალანსირება

ჩარევისა შეფასება დასახულ მიზანთან მიმართებაში წარმოადგენს პროპორციულობის მომდევნო ეტაპის ნაწილს - ესაა მიზნებისა და უფლებების ბალანსირების საკითხი. ზომები, რომელიც იწვევს ნაკლებ ჩარევას, შესაძლოა, მაინც აღმოჩნდეს ზედმეტად შემზღუდავი. ამგვარი ბალანსირება და უფლებებისა და მიზნების შეწონილობა წარმოადგენს პროპორციულობის ანალიზის კულმინაციას, რომელიც პროპორციულობის, როგორც ასეთის, ანუ პროპორციულობის შეზღუდული თვალსაზრისის ტესტის სახელით არის ცნობილი. ბალანსირება მოიცავს არა ფაქტებს, არამედ, ფასეულობებსა და მსჯელობას მათზე, ამიტომაც ეს ეტაპი პროპორციულობის ანალიზში ხდება ყველაზე უფრო სადავო. ბერნარდ შლინკი დიღემას ამგვარად წარმოაჩენს: როგორ ავიცილოთ თავიდან, რათა არ გადაიქცეს უფლებებისა და მიზნების ბალანსირება სუბიექტივიზმის სათამაშო მოედნად. რამდენად ზუსტი შეიძლება იყოს უფლებებისა და მიზნების ბალანსირება? შეიძლება კი მიღწეული შედეგი ჩავთვალოთ ობიექტურად?<sup>58</sup>

რობერტ ალექსი შეეცადა, შეემუშავებინა ყველაზე უფრო დეტალური ალგორითმი.<sup>59</sup> მისი სამეტაპიანი მიდგომა ბალანსირებისადმი

<sup>58</sup> Бернард Шлинк, К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Сравнительное конституционное обозрение. – 2012. – № 2 (87).

<sup>59</sup> Alexy R. The Construction of Constitutional Rights//Law&Ethics of Human Rights.Vol.4. 2010.No.1. P.20.

მოიცავს, პირველ რიგში, ერთი მხარის მდგომარეობის გაუარესების ხარისხის განსაზღვრას იმ შემთხვევაში, თუ გამარჯვებული გამოვა მეორე მხარე; მეორე მხრივ, ამ მხარის მდგომარეობის გაუარესების ხარისხის განსაზღვრა, თუ გამარჯვებული გამოვიდოდა პირველი; მესამე, მსჯელობის გამოტანა იმის შესახებ, ერთ-ერთი მხარის გამარჯვება რამდენად არის მნიშვნელოვანი წაგებული მხარის მდგომარეობის გაუარესების გამართლებისათვის. რობერტ ალექსი გვთავაზობს, წაგებული მხარის სიტუაციის გაუარესების ხარისხი შეეფასოს იმგვარი შკალის მეშვეობით, რომელიც განასხვავებს დაბალ, საშუალო და მაღალ ხარისხს; ეს მნიშვნელოვანია იმისათვის, რომ შევადაროთ, ავწონოთ და საბოლოოდ დავაბალანსოთ კონფლიქტში მონაწილე მხარეთა ინტერესები.

ამ საკითხში ასევე მნიშვნელოვანია პოზიცია დევიდ მ. ბეტისა, რომელიც შეეცადა, უფლებებისა და მიზნების ბალანსირება გადაეყვანა სუბიექტურიდან ობიექტურ პროცესში, შეფასებითი მსჯელობის სფეროდან მიექცია იგი ფაქტების შეფასების სფეროში ტრანსფორმაციისაკენ.<sup>60</sup>

მან წამოაყენა იდეა, რომ მოსამართლეები კონფლიქტის გადასაწყვეტად აღიარებდნენ და იყენებდნენ იმ ფასეულობებს, რომელსაც პრაქტიკაში იღებს და აღიარებს როგორც მთელი საზოგადოება, ასევე ცალკეული მხარე განსახილველ კერძო შემთხვევაში. ზოგჯერ რთული განსაზღვრელია საზოგადოება სინამდვილეში რას აფასებს და სცემს პატივს; მით უფრო, როდესაც საზოგადოება გაყოფილია, თუ რომელი უფლებები და ინტერესებია უფრო მნიშვნელოვანი და შესაბამისად, მიჩნეულ უნდა იქნას საერთოდ. ასეთ შემთხვევებში გამოსავალი არ არის საზოგადოების უმრავლესობის კონსენსუსი ჩვენთვის საინტერესო საკითხებზე, ვინაიდან, როგორც წესი, უმცირესობასაც გააჩნია არგუმენტირებული პოზიცია და შესაბამისად, უმრავლესობისაგან დაცვის უფლება. ასეთ შემთხვევებში სასამართლოსათვის აუცილებელი ხდება, აწარმოოს თავისი საკუთარი შეფასება და პროცესის წარმოებისას ისევე სამოსამართლო მიხედულებას ვუბრუნდებით. უფლებებისა და მიზნების ბალანსირების პროცესი ხდება მეთოდოლოგიურად ბუნდოვანი. ბალანსირება დიდწილად არის სუბიექტური და პოლიტიკურიც.

როგორია პოლიტიკური თავისუფლების ფარგლები, რომლითაც აღჭურვილი უნდა იყოს კანონმდებელი დასახული ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად შესაბამისი და აუცილებელ საშუალებათა შერჩევასა?

<sup>60</sup> Beatty D. Ultimate Rule of law. Oxford: New York: Oxford University Press, 2004. P.169.

ვის ეკისრება ასეთ შემთხვევაში მტკიცების ტვირთი? ვის სასარგებლოდ უნდა გადაწყვიტოთ ეჭვი? სახელმწიფო ამტკიცებს, რომ ისახავს ლეგიტიმურ მიზანს, მაგრამ მოქალაქეს არ ესმის, რატომ უნდა შესწიროს საკუთარი თავისუფლება, თუ ეს შენირვა არც თუ ისე მკაფიოდ არ არის დაკავშირებული დეკლარირებულ მიზანთან. ეს საკითხები წამოჭრის ერთი მხრივ, საკონსტიტუციო სასამართლოსა და მეორე მხრივ, პარლამენტისა და სხვა სახელისუფლებო ორგანოების ურთიერთქმედების საკითხს; ასეთ შემთხვევაში პირველხარისხოვან მნიშვნელობას იძენს კონსტიტუციის დებულებების ანალიზი. ამ პრობლემათა თვალსაჩინო მაგალითია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება „ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“. სახელმწიფოს, პარლამენტის სახით, დაეკისრა მესაკუთრის უფლებებში მისი ჩარევის აუცილებლობის მტკიცების ტვირთი.

გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო პროპორციულობას განიხილავს როგორც სახელმწიფოს ჩარევისაგან დაცვას, როგორც ისეთი საკითხების გადაწყვეტას, ხომ არ სცდება სახელმწიფო ჩარევის დასაშვებ საზღვრებს და გააკეთა თუ არა მან ყველაფერი, რაც მის შესაძლებლობებშია, რათა დაეცვა უფლება ან კანონიერი ინტერესი.<sup>61</sup>

ეს პრინციპი გვიცავს როგორც ზედმეტი ჩარევისაგან, ასევე ავალდებულებს სახელმწიფოს სათანადო ჩარევას იმ შემთხვევებში, როდესაც მოითხოვება კონკურირებადი უფლებებისა და ინტერესების დაცვა. ამ შემთხვევაში წამოიჭრება უფლებებისა და მიზნების ბალანსირების პრობლემა. მაგ. გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ორჯერ იქნა უკუგდებული პარლამენტის მიერ მიღებული კანონი, რამდენადაც არასათანადოდ იცავდა ნაყოფის ინტერესებს.<sup>62</sup> განსხვავებულია ამ საკითხში კანადის უმაღლესი სასამართლოს პოზიცია, რომელსაც მიაჩნია, რომ სასამართლოს არ გააჩნია უფლება, შეცვალოს კანონმდებლის მიერ შეთავაზებული უფლებებისა და ინტერესების ბალანსი და რომ ეს ხელისუფლების სხვა შტოების კომპეტენციაა.<sup>63</sup> მოქალაქეებს შორის უფლებათა კონფლიქტის შემთხვევებში ეს ასპექტი უკანა პლანზეა გადასული.

<sup>61</sup> Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // University of Toronto law Journal. Vol.57.2007. No.2 P. 383-397.

<sup>62</sup> 22. Abortion Case 1, BVerfGE 39,1, 25 february 1974; Abortion Case 2, BVerfGE 88, 203, 22 May 1993.

<sup>63</sup> R. v. Edwards Books and Art LTD., 2 S.C.R. 713, 18 Decemeber 1986.

## კ ა რ ი VII

### კონსტიტუციურ ფასეულობათა „ჰორიზონტალური გავრცელების დოქტრინა“ სამართლის მთელ სისტემაზე

#### 1. AMPARO:

XXI საუკუნის დასაწყისში ცენტრალური ევროპის ქვეყნებში განვითარდა საინტერესო პროცესი საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა მიერ კონსტიტუციურ ფასეულობათა გათავისუფლებისა და საკონსტიტუციო სასამართლოებთან მათი მჭიდრო თანამშრომლობის შესახებ, რამაც დაასუსტა სამართალთან მიმართებაში გაბატონებული ტექსტუალური პოზიტივიზმი და კანონის დოგმატიკა და შეარყია სასამართლო გადაწყვეტილებათა პოსტკომუნისტური იდეოლოგია. გერმანიის ძირითადი კანონის კონსტიტუციური ფასეულობების ეროვნულ მართლწესრიგში ტრანსპლანტაციის სისტემა (*Ausstrahlungswirkung*), გაიზიარა ჯერ ესპანეთმა, მოგვიანებით კი ჩეხეთის კონსტიტუციამ. ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლო ახორციელებს სასამართლო ზედამხედველობას, ერთი მხრივ, როგორც სამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციურობაზე, ასევე საერთო სამართლოების ცალკეული სამოსამართლო გადაწყვეტილებებზეც. კონსტიტუციური სამართლის მთელ სისტემაში „გავრცელების“ დოქტრინა მიზნად ისახავს ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალურ დანერგვას „მესამე მხარის“ ეფექტის გამოყენებით. ამ დოქტრინის მიხედვით, მოსამართლე ვალდებულია ყურადღება გაამახვილოს კონსტიტუციური ნორმების ზეგავლენაზე თვით კერძოსამართლებრივი დავების გადაწყვეტის შემთხვევაშიც კი.

მთლიან სამართლებრივ სისტემაზე ძირითადი უფლებების გავრცელება მოასწავებს, რომ მრავალი საქმეს, თუნდაც ისეთებს, რომლებიც მარტივად, ერთი შეხედვით (*prima Facie*), რეგულირდება მიმდინარე კანონმდებლობით, სინამდვილეში გააჩნია კონსტიტუციური პარამეტრები და შესაძლო შეუთავსებელი კონსტიტუციური უფლებები.

ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, კონსტიტუციისა და კონსტიტუციური სისტემის ერთ-ერთი ფუნქცია ძირითად უფლებებთან და თავისუფლებებთან დაკავშირებით არის მათი „გ ა ვ რ ც ე ლ ე ბ ა“ მთელს სამართლებრივ სისტემაზე. კონსტიტუციის არსი მდგომარეობს არა მხოლოდ ძირითადი

უფლებებისა და თავისუფლებების რეგულირებაში, ასევე სახელმწიფო ორგანოთა ვალდებულებაში, განმარტონ და გამოიყენონ კანონი ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის გათვალისწინებით. ეს ითვალისწინებს საერთო სასამართლოების ვალდებულებებს განმარტონ პროცესუალური კოდექსის კონკრეტული დებულებები კონსტიტუციით გარანტირებული ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების არსისა და მიზნებიდან გამომდინარე.<sup>64</sup>

როგორც ამ თემის მკვლევარი, ჩეხი კონსტიტუციონალისტი ზდენეკ ქიუნი (*Kühn Z.*) აღნიშნავს, ცენტრალური ევროპის ქვეყნებისათვის მაინც რთული გამოდგა სასამართლო გადაწყვეტილებათა ამ რთული პროცესისადმი უარყოფითი განწყობების დაძლევა. საერთო იურისდიქციის მოსამართლეები არ იყენებენ ძირითადი უფლებების ე.წ. "მესამე მხარის ეფექტს", უპირატესობას ანიჭებენ შესაბამისი კანონების ტექსტის განმარტებას კონსტიტუციური პრინციპებისა და ფასეულობების გათვალისწინების გარეშე. სასამართლოები, როგორც წესი, არ მისდევენ საკუთარი გადაწყვეტილებების კონსტიტუციურ დასაბუთებას, მისდევენ კანონს სიტყვასიტყვით, საბოლოო ჯამში, სერიოზულად ვერ აღიქვამენ ძირითად უფლებებსა და ფასეულობებს. ძირითადი უფლებების გავრცელების გერმანული დოქტრინა მიზანად ისახავს მათ საყოველთაო გამოყენებას მთელს სამართლებრივ სისტემაში, სამართლის ყველა სუბიექტის მიერ. თუ ეს წესი შემოიფარგლებოდა მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს დონით კონსტიტუციის ასეთი ქვეტექსტი საეჭვო გახდებოდა.<sup>65</sup>

საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის დამატებითი ფუნქციის მინიჭებით სახელმწიფოებს შეუძლიათ შექმნან უფრო მაღალი კონსტიტუციური კულტურა. ეს დამოკიდებულია საერთო სასამართლოების მიერ მათი გადაწყვეტილებების აღიარებასა და ამ ორ სისტემის მოსამართლეთა დიალოგსა და თანამშრომლობაზე.

საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში დაგროვილი პრობლემების გადაწყვეტის სტრატეგიაში ერთ-ერთი საინტერესო მექანიზმია ჰორიზონტალური კონსტიტუციონალიზმის პრინ-

<sup>64</sup> Judicial Pover vs. Democratic Representation: The Culture of Constitutionalism and Human Rights in the Czech Legal System// Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective/Ed. By W. Sadurski. The Hague: Kluwer Law International, 2002. P380-382;

<sup>65</sup> Kühn Z. Making Constitutionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies, // The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A. Sajó, R. Uitz, 2005

ციპის ანუ საერთო იურისდიქციის მოსამართლეთა "ძირითადი უფლებების" იდეის რეალიზაციაში აქტიური ჩართვა. ეს სტრატეგია უკავშირდება უზენაესი სასამართლოების ნევრებსა და ასევე უზენაესი და საკონსტიტუციო სასამართლოებს შორის ჩამოყალიბებულ ინსტიტუციონალურ ურთიერთობების გაღრმავებას. ამ მხრივ, საყურადღებოა ცენტრალურ ევროპაში (ჩეხეთი, პოლონეთი, სლოვაკეთი) მიმდინარე პროცესი საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა მიერ კონსტიტუციური ფასეულობების მიღებისა და ამ მოსამართლეების საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეებთან და კონსტიტუციურ გადაწყვეტილებებთან მართების შესახებ.

## 2. საკონსტიტუციო სასამართლოს ზედამხედველობა საერთო იურისდიქციის სასამართლოების ცალკეულ გადაწყვეტილებებზე

გერმანული მოდელის მსგავსად, ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლო ზედამხედველობას ახორციელებს როგორც სამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციურობაზე, ასევე საერთო იურისდიქციის ცალკეულ სასამართლო გადაწყვეტილებებზეც. ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს რეგულარულად გამოაქვს დადგენილებები საერთო იურისდიქციის სასამართლოთა კონსტიტუციურობის შესახებ, ამიტომ არსებითი პოტენციალი აქვს სასამართლო გადაწყვეტილებათა მიღების პოსტსოციალისტური იდეოლოგიის დასაძლევად. იმ ქვეყნებში, სადაც საკონსტიტუციო სასამართლო არ ფლობს ამ ფუნქციას მხოლოდ ირიბი ურთიერთობები არსებობს საერთო და საკონსტიტუციო სასამართლოებს შორის. როგორც წესი, არანაირი პროფესიული დიალოგი არ წარმოებს საკონსტიტუციო და უზენაეს სასამართლოებს შორის. მათთვის საკონსტიტუციო სასამართლოების გადაწყვეტილებები არანაირი პოპულარობით არ სარგებლობს. იმის გამო, რომ ამ გადაწყვეტილებებს სავალდებულო ძალა არ გააჩნიათ, საერთო იურისდიქციის სასამართლოების საქმიანობაში საკონსტიტუციო სასამართლოს დოქტრინების გამოყენებას საერთოდ ვერ ვხვდებით, შეიძლება ითქვას რომ ამ სასამართლოს საქმიანობას არ მოაქვს ძირითადი უფლებების დაცვის ჰორიზონტალური ეფექტი, და უფრო მეტად წარმოადგენს სახელმწიფო ორგანოთაშორის დაცვის სასამართლოს. უმოქმედოა ასევე საერთო სასამართლოების მიერ

საკონსტიტუციო სასამართლოში კანონის კონსტიტუციურობის თაობაზე წარდგინების ინსტიტუტიც.

როგორც საერთაშორისო პრაქტიკა მოწმობს, საკონსტიტუციო სასამართლო სრულფასოვან მნიშვნელობას იძენს თუ საერთო იურისდიქციის მოსამართლეები სავალდებულოდ მიიჩნევენ და შეასრულებენ მის გადანყვეტილებებს. ამასთანავე, საკონსტიტუციო სასამართლოთა ჩარევა უნდა იყოს გამონაკლისი, რეაქცია ახალ და მნიშვნელოვან საქმეებზე და არა ზოგადი წესი.

იმ ქვეყნებში სადაც არ არის გაზიარებული გერმანული მოდელი, საკონსტიტუციო სასამართლო არ არის უფლებამოსილი ჩაერიოს საერთო იურისდიქციის სასამართლოთა გადანყვეტილებებში, განახორციელოს მათი პოტენციურად არაკონსტიტუციურ გადანყვეტილებათა კონტროლი. ამ შემთხვევაში საკონსტიტუციო სასამართლოთა გადანყვეტილებებში ჩამოყალიბებული ნორმების დაცვა მოსამართლეთა თვითდისციპლინაზეა დამოკიდებული, შემცირებულია კონსტიტუციური უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტი. სწორედ ამით აიხსნება, რომ მრავალმა დასავლეთ-ევროპულმა ქვეყანამ აღიარა საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებათა ფორმალური სავალდებულო ძალა. ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ პირდაპირ განაცხადა, რომ საერთო იურისდიქციის სასამართლოებისათვის კონსტიტუციური პრეცედენტების სავალდებულო ძალა არის საკონსტიტუციო სასამართლოს არსებობის შეუცვლელი პირობა, მისი *“condition sine qua non”*. ამ პრინციპის საწინააღმდეგოდ, ყველგან ერთი და იგივე არგუმენტაცია გამოიყენება საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებათა სავალდებულო ძალის წინააღმდეგ. კონტინენტური სისტემის მოქველებული კლიშეს მიხედვით, პოზიტივიზმის ფილოსოფია გამორიცხავს სასამართლო გადანყვეტილებების სავალდებულო ძალას, მეორე მხრივ. ოპონენტები პრეცედენტის მავალდებელ ძალას აღიქვამენ, როგორც რაღაც აბსოლუტურს, უტოლებენ მას საკანონმდებლო აქტების სავალდებულო ძალას. პრეცედენტის სავალდებულო ძალის პრინციპის მოქმედება კი უფრო მოქნილი და რთულია.<sup>66</sup>

ეს პრობლემა კიდევ უფრო მწვავეა იმ ქვეყნებისათვის, სადაც საკონსტიტუციო სასამართლოები არაუფლებამოსილნი არიან გა-

<sup>66</sup> Kühn Z. Making Constitucionalism Horizontal: Three Different Central European Strategies, // The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A. Sajo, R. Uitz, 2005.

ნახორციელონ საზედამხედველო წარმოება საერთო ინსტანციის სასამართლოთა გადანყვეტილებების კონსტიტუციურობის თაობაზე, ეს განსაკუთრებით ეხება იმ შემთხვევებს, როდესაც საკონსტიტუციო სასამართლო კი არ აუქმებს კანონს, არამედ ამავე გადანყვეტილებით ანიჭებს კონსტიტუციით დასაშვებ მნიშვნელობას, და გამორიცხავს კონსტიტუციურად მიუღებელ ინტერპრეტაციას. იმის გათვალისწინებით, რომ კონტინენტურ სამართლის სისტემაში სავალდებულო ძალა გააჩნია მხოლოდ სარეზოლუციო ნაწილს, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებათა სამოტივაციო ნაწილში ჩამოყალიბებული მოსამართლეთა არგუმენტაციის მნიშვნელობა შეუმჩნეველი რჩება. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებათა და სავალდებულო ძალისა და პრეცედენტების თემა ხდება ქვეყანაში "ახალი კონსტიტუციონალიზმის" დაწერვის საკვანძო თემა, რომლის მიზანია ძირითადი უფლებების "ჰორიზონტალური ეფექტის" გამოწვევა.

ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ განაცხადა: ძირითად უფლებებთან და თავისუფლებებთან დაკავშირებით კონსტიტუციის ერთ-ერთი ფუნქციაა მისი გავრცელება მთელ სამართლებრივ სისტემაზე.<sup>67</sup>

### 3. როგორ წავახალისოთ საერთო და საკონსტიტუციო სასამართლოების მოსამართლეთა დიალოგი?

კონსტიტუციის არსი მდგომარეობს არა მხოლოდ ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების რეგულირებაში, ასევე ხელისუფლების გადანყვეტილებებისადმი კანონიერი ძალის მინიჭების პროცესსა და ინსტიტუციურ მექანიზმში, ასევე სახელმწიფო ორგანოებისა და საზოგადოებრივი ორგანიზაციების ვალდებულებაში განმარტონ და გამოიყენონ კანონი ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის გათვალისწინებით. ამ შემთხვევაში, ეს აღნიშნავს საერთო სასამართლოების ვალდებულებას განმარტონ სამოქალაქო ან სისხლის სამართლის კოდექსის ცალკეული დებულებები კონსტიტუციით გარანტირებული ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების არსისა და მიზნის მიხედვით. "გავრცელების დოქტრინა" გულისხმობს კონსტიტუციური სამართლის გამოყენებას მთელ სამართლებრივ სისტემაზე, იგი ავალდებულებს მოსამართლეს

<sup>67</sup> Alexy R. *Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

გაითვალისწინოს კონსტიტუციური უფლებების გავლენა კერძო სამართლის ნორმებზეც მათი ინტერპრეტაციისას.

მკვლევართა დაკვირვებით, აღმოსავლეთევროპის ქვეყნებში რთული აღმოჩნდა ღრმად ჩამჯდარი ზიზლის დაძლევა სასამართლოს გადაწყვეტილებების სინთეზის ასეთი რთული პროცესისადმი. საერთო იურისდიქციის სასამართლოები აშკარა უპირატესობას ანიჭებენ შესაბამისი კანონების სიტყვა-სიტყვით ინტერპრეტაციას, კონსტიტუციური პრინციპებისა და ფასეულობების გათვალისწინების გარეშე, რომლებიც სინამდვილეში ჩადებულია ამ კანონებში. გერმანული დოქტრინა ძირითადი უფლებების გავრცელების შესახებ გულისხმობს მათ საყოველთაო და ყველგან გამოყენებას სამართლებრივ სისტემაში, სამართლის ყველა სუბიექტის მიერ. თუ ეს შეიზღუდებოდა მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს დონით, მაშინ ასეთი ქვეტექსტი კონსტიტუციისა აღმოჩნდებოდა აბსურდული.

ხშირად, საქმე იქამდეც კი მივიდა, რომ საერთო სასამართლოები უზენაესი სასამართლოების ჩათვლით, ღიად გამოვიდნენ საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების მიმართ, აცხადებდნენ რომ ამ უკანასკნელის თვალსაზრისს არ გააჩნდა სამართლებრივი ძალა უზენაესი სასამართლოებისათვის, არგუმენტად უთითებდნენ იმას, რომ კონტინენტურ-ევროპული სამართლებრივი სისტემა არ ეფუძნებოდა პრეცედენტის სისტემას. საკონსტიტუციო სასამართლოებმა ჩეხეთსა და პოლონეთში ამას დაუპირისპირეს შემდეგი არგუმენტები: მათი გადაწყვეტილებების სავალდებულო ძალის პრინციპი აღემატებოდა თავისი მნიშვნელობით მეორე კონსტიტუციურ პრინციპს, რომლის მიხედვითაც, საერთო იურისდიქციის სასამართლოები ექვემდებარებიან მხოლოდ კანონს.<sup>68</sup>

ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლო ფლობს მნიშვნელოვან ინსტრუმენტს თავისი გადაწყვეტილებების იძულებითი წესით აღსასრულებლად, ესაა კონსტიტუციური საჩივარი საერთო იურისდიქციის სასამართლოების ცალკეულ გადაწყვეტილებებზე. ამ მექანიზმით მან არაერთხელ გააუქმა საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილება, რომლებიც ეწინააღმდეგებოდა საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკას. საკონსტიტუციო სასამართლოებს, რომლებიც ფლობენ კონსტიტუციური ზედამხედველობის ფუნქციას, შეუძლიათ შექმნან მაღალი კონსტიტუციური კულტურა, ეს მნიშვნელოვანწილად

<sup>68</sup> The Role of the Constitutional Court for the Application of the Constitution in Case Decisions of Ordinary Courts, 2000.

დამოკიდებულია საერთო და საკონსტიტუციო სასამართლოების დიალოგის განვითარებაზე. ექსპერტთა შეფასებით, მიუხედავად იმისა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოები თამაშობენ მნიშვნელოვან როლს თანამედროვე ევროპული სამართლის კონცეფციის ტრანსფორმაციაში, მათი საქმიანობის საბოლოო წარმატება დამოკიდებულია მათ უნარზე, რამდენად ჩართავენ საერთო სასამართლოებს კონსტიტუციონალიზმის ახალი კონცეფციის შემუშავებაში. ტექსტუალური პოზიტივიზმის ფასეულობები ძალიან ღრმად არის სასამართლო სისტემაში გამჯდარი. უნგრეთში, სადაც საკონსტიტუციო სასამართლო არ ფლობს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილებების გადასინჯვის ფუნქციას მათი არაკონსტიტუციურობის მოტივით, საერთო სასამართლოებმა ვერ აიღეს პასუხისმგებლობა ადამიანის უფლებების დაცვის სფეროში, კონსტიტუციური საჩივრის ინსტიტუტის არ არსებობის პირობებში უნგრეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ ვერ შესძლო მოსამართლეთა სწავლება "ახალი კონსტიტუციონალიზმის" გასაგებად და ასათვისებლად. საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარის მრჩეველის გაბორ ჰალმაის შეფასებით, სიტუაცია დარჩა იმგვარი „რომ საერთო სასამართლოების სისტემის მოსამართლეთა უმრავლესობა ვერ ხედავდა ურთიერთკავშირს კონსტიტუციასა და მათ საკუთარ ყოველდღიურ საქმეთა განხილვის პრატიკას შორის“.<sup>69</sup>

შესაძლოა, ამით აიხსნება ის ფაქტი რომ დასავლეთევროპის სახელმწიფოთა უმრავლესობამ ოფიციალურად აღიარა საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილებათა ფორმალური სავალდებულო ძალა.

#### 4. პოლონეთის სტრატეგია: სასამართლოთა დეცენტრალიზაცია

ცენტრალიზებული საკონსტიტუციო ზედამხედველობისაგან განსხვავებული სტრატეგია აირჩია პოლონეთმა: კონსტიტუციონალიზმისათვის ჰორიზონტალური მიმართულების მიცემა სასამართლოთა დეცენტრალიზაციის გზით. იგი ეყრდნობა ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლოს პრინციპს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ განხორციელებული ცენტრალიზებული ზედამხედველობა, არ გამორიცხავს საერთო იურისდიქციის სასამართლოთა უფლებას,

<sup>69</sup> Judicial Capacity in Hungary, 2002, p. 265-267.

თავად გააუქმონ ნაციონალური კანონი, რომელიც შეუსაბამოა შესაბამის ევროპულ ნორმასთან, ისე რომ არ დაელოდონ მის საკანონმდებლო ან სხვაგვარ გაუქმებას.<sup>70</sup>

ექპერტთა ნაწილს მიაჩნია, რომ ევროპული სამართლის დეცენტრალიზებულმა გამოყენებამ კრიზისი შეუქმნა საკონსტიტუციო სამართლოების ცენტრალიზებულ კონტროლს, რითაც დეცენტრალიზებული კონსტიტუციური ზედამხედველობა უფრო ლეგიტიმური გახდა. მათი შეხედულებით, ულოგიკო იქნებოდა მოგვეთხოვა საერთო სასამართლოებისათვის საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის მსგავსი საქმეების გადაცემა, რომელთა არაკონსტიტუციურობაც მისივე პრეცედენტული გადანყვეტილებებიდან თვალსაჩინოა. პროცესმა იურიდიული მონიზმიდან დუალიზმისაკენ, ასევე ევროპული სამართლის დეცენტრალიზებული გამოყენების მოთხოვნამ, მნიშვნელოვნად გააფართოვა საერთო იურისდიქციის სასამართლოთა მიხედულების სფერო.<sup>71</sup>

პოლონეთის საერთო იურისდიქციის მოსამართლეებმა ღიად განაცხადეს პრეტენზია კონსტიტუციური ზედამხედველობის განხორციელების ფუნქციაზე, ეჭვქვეშ დააყენეს ამ სფეროში საკონსტიტუციო ტრიბუნალის მონოპოლია. საკუთარი მოთხოვნები მოსამართლეებმა დააფუძნეს ამერიკულ მაგალითზე, დაეყრდნენ რა აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის ჯ. მარშალის (*John Marshall*) არგუმენტებს საქმეში მერბერი მედისონის წინააღმდეგ (*arbury v. Madison, 1803*), უზენაესი სასამართლოს ამ გადანყვეტილებით განისაზღვრა სასამართლოს უფლება, მიიჩნიოს პრეზიდენტის, კონგრესის და სხვა ნებისმიერი სახელმწიფო ორგანოს გადანყვეტილება უმოქმედოდ არაკონსტიტუციურობის მოტივით. კონსტიტუციისა და საკანონმდებლო აქტის კოლიზიის შემთხვევაში, მოსამართლემ უშუალოდ უნდა გადანყვეტოს ნორმის კონსტიტუციასთან შესაბამისობის საკითხი, ხოლო კონსტიტუციური ტრიბუნალისათვის მიმართვის უფლებით უნდა ისარგებლოს, როდესაც ნორმის განმარტება სადავოა, ხოლო თუ ნორმის არაკონსტიტუციურობა კანონის შინაარსისა და საკონსტიტუციო ტრიბუნალის პრეცედენტული გადანყვეტილებებიდან ცხადია, ამ შემთხვევაში, ტრიბუნალისათვის მიმართვა აზრს მოკლებულია.

<sup>70</sup> Amministrazione delle Finanze dello stato v. Simmenthal SPA (II), case 106/77, (1978) E.C.R 629.

<sup>71</sup> Wyrozumska A. Direct Application of the Polish Constitution and International Treaties to Private Conduct, 2001, p. 125.

## პარი VIII

### კონსტიტუცია და სამოქალაქო სამართალი: რამდენად ექვემდებარება კერძო სამართალი საკონსტიტუციო კონტროლს?

ბოლო პერიოდში თანამედროვე სამართლის მეთოდოლოგიის სადისკუსიო თემად იქცა კონსტიტუციისა და სამოქალაქო სამართლის ურთიერთმიმართების პრინციპი. რა ურთიერთობა გააჩნია კონსტიტუციურ უფლებებს სამოქალაქო პროცესთან, რომელშიც კერძო პირები მონაწილეობენ? შეუძლია თუ არა ამ კერძო პირთაგან ერთერთს სასამართლოში გაასაჩივროს მეორე კერძო პირის ქმედებებით თავისი კონსტიტუციური უფლებების დარღვევა? კონსტიტუციური უფლებები რამდენად მოიცავენ კერძო პირთა ურთიერთობებს? რამდენად გააჩნიათ ამ უფლებებს პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი? <sup>72</sup>

ტრადიციული გაგებით, კონსტიტუციური უფლებები წარმოადგენს სახელმწიფო ხელისუფლების მხრიდან კერძო პირთა უფლებების ხელყოფის სანინააღმდეგო გარანტიას. მაგ. საპარტიო სანსამართლოს უფლება, საჯარო სამსახურში შესვლის უფლება, საჯარო ინფორმაციის მიღება... და ა.შ., სადაც დამრღვევი შესაძლოა იყოს მხოლოდ სახელმწიფო. მაგრამ სხვა მრავალი საერთო ხასიათის კონსტიტუციური გარანტიები, რომლებიც თანამედროვე კონსტიტუციათა განუყოფელი ნაწილია - სიცოცხლის უფლება, სიტყვის თავისუფლება, სინდისის თავისუფლება, კერძო საკუთრების უფლება, თანასწორობა, არადისკრიმინაცია და ა.შ. კონსტიტუციით დაცული ეს ინტერესები შესაძლოა დარღვეულ იყოს როგორც საჯარო ხელისუფლების წარმომადგენელთა მიერ, ასევე კერძო პირების მიერაც. თუ ა- მოკლავს ბ-ს, ა- დაარღვევს ბ-ს კონსტიტუციურ უფლებას, თუ გ- ჩაიდენს დ-ს ქონების ქურდობას, მაშინ გ- არღვევს დ-ს საკუთრების უფლებას. ამგვარად, კერძო პირები იმყოფებიან თუ არა იმ პირთა შორის რომელთაც უკავშირდება კონსტიტუციური უფლებები? <sup>73</sup>

<sup>72</sup> Butler A.S. Constitutional Rights in Private Litigation : A Critique and Comparative Analysis// Anglo-American Law Review. Vol.22. 1993. No.1.

<sup>73</sup> Kumm M., Comella V. F. What is so Special about Constitutional Rights in Private litigation?// The Constitution in Private Relations :Expanding Constitutionalism/ Ed. By A.Sajo, R.Uitz. Eleven International Publishing, 2005.

ძირითადი უფლებები აწესრიგებს სახელმწიფოსა და ინდივიდს შორის ურთიერთობას. მისი მიზანია საჯარო ხელისუფლების შეზღუდვის გზით, ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველყოფა. მაგრამ არსებობს გამონაკლისებიც, როდესაც ძირითადი უფლებები „მესამე პირის“ მიმართაც, — კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების მოსაწესრიგებლადაც მოქმედებს.<sup>74</sup>

თუმცა ეს მოქმედება არ არის უშუალო, მას გაშუალებული, ირიბი მოქმედების ფორმა აქვს. ძირითადი უფლებები ირიბად მოქმედებს სამოქალაქო სამართალში ნორმების, განსაკუთრებით ზოგადი ცნებების განმარტების პროცესში, რადგან ამ დროს მათ ხსნიან ძირითადი უფლებების შესაბამისად. კერძოსამართლებრივ ურთიერთობას ძირითადი უფლებები კონკრეტულად ვერ მოაწესრიგებს, მაგრამ მათი მარეგულირებელი ნორმების ძირითადი უფლებების შესაბამისად განმარტება უზრუნველყოფს მათზე ძირითადი უფლებების ირიბ მოქმედებას.<sup>75</sup>

## 1. რა შემხებლობა გააჩნია კონსტიტუციურ უფლებებს სამოქალაქო პროცესთან, რომელშიც მონაწილეობენ მხოლოდ კერძო პირები?

საქართველოს კონსტიტუცია არ იძლევა პირდაპირ პასუხს ჩვენთვის საინტერესო კითხვაზე. სხვა ქვეყნების კონსტიტუციური ტექსტების უმრავლესობა იმგვარადაა ფორმულირებული რომ კონსტიტუციური უფლებების უმრავლესობათა დაცვის ვალდებულება მიკუთვნებულია მხოლოდ საჯარო ხელისუფლების და არა კერძო პირებისადმი. მხოლოდ კონსტიტუციათა მცირე ნაწილი იძლევა ამ საკითხზე დადებით პასუხს.

ზოგადი პრინციპის თანახმად, კონსტიტუციური უფლებები გვიცავენ სახელმწიფოს მხრიდან ჩვენი უფლებების ხელყოფისაგან და წარმოადგენენ კერძო პირების დაცვის გარანტიებს. უმრავლეს სახელმწიფოთა კონსტიტუციები მიუთითებენ რომ კონსტიტუციური უფლებების დაცვის ვალდებულება აკისრია საჯარო ხელისუფლებას და არა კერძო პირებს. გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის მესამე პუნქტის თანახმად, „ძირითადი უფლებები სავალ-

<sup>74</sup> Schwabe, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S.33; Dreier, in: Grundgesetz-Kommentar, ders. (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, S100.

<sup>75</sup> საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, (თავი მეორე, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის უფლებანი და თავისუფლებანი). თბ. 2013. გვ. 18-19.

დებულოა საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელი-სუფლებისათვის“. კანადის ქარტიის უფლებებისა და თავისუფლებების შესახებ აღნიშნულია რომ იგი გამოიყენება“ პარლამენტისა და კანადის მთავრობის მიმართ“.

საკონსტიტუციო სასამართლოების პოზიციით კონსტიტუციური უფლებები არ აკავშირებენ ინდივიდებს უშუალოდ. კონსტიტუციური უფლებები განიხილება როგორც ინდივიდების გარანტია ხელისუფლების მხრიდან ხელყოფის დასაცავად და მათ არ აკისრიათ კერძო პირებისაგან დაცვის ფუნქცია. შესაბამისად, ფიზიკური პირები თავისი უფლებების დასაცავად მიმართავენ სამოქალაქო-პროცესუალურ შესაძლებლობებს. ამგვარად, კონსტიტუციურ უფლებებს არ გააჩნიათ პირდაპირი და ჰორიზონტალური ეფექტი. რატომ არის ეს ასე?

## 2. სამოქალაქო სამართლის ავტონომია

გერმანიასა და კანადაში მიიჩნევენ რომ კონსტიტუციურ უფლებებს შეუძლიათ მხოლოდ ირიბი ზეგავლენის მოხდენა კერძო პირებს შორის აღმოცენებულ ურთიერთობებზე. მათ არ შეუძლიათ პირდაპირ დაეყრდნონ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ნორმებს სხვა კერძო პირების მოქმედებათა გასასაჩივრებლად. აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკით, გარკვეულ შემთხვევებში, სასამართლო ითვლისწინებს საჯარო ინტერესს კერძო პირებს შორის მიმდინარე სასამართლო პროცესში. რით განსხვავდება პირდაპირი და ირიბი ჰორიზონტალური ეფექტის მოქმედების შედეგები? როგორც ამ თემის მკვლევარებს მათიას კუმს (Kumm), ნიუ-იორკის უნივერსიტეტიდან და ვიქტორ ფერერა კომელას (Comella), ბარსელონას პომპეუს ფაბრის უნივერსიტეტიდან ამ ქვეყნების პრაქტიკის შესწავლის შედეგებზე დაყრდნობთ მიაჩნიათ, სხვადასხვაგვარად მუშაობს State action doctrine — ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ირიბი ჰორიზონტალური ეფექტის დოქტრინა (the indirect horizontal effect doctrine) გერმანიაში და კონსტიტუციური დოქტრინა კანადაში.<sup>76</sup>

რაც მათ საერთო აქვთ ესაა კონსტიტუციური უფლებების ინდივიდებზე პირდაპირი ზემოქმედების უარყოფა. ამასთანავე, თითოეული დოქტრინა შეიცავს სხვადასხვა მექანიზმებს ასეთი ზემოქმედებისათვის.

<sup>76</sup> Kumm M., Comella V. F. What is so Special about Constitutional Rights in Private litigation?// The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A.Sajo, R.Uitz. Eleven International Publishing, 2005.

### 3 კონსტიტუციური უფლებების ირიბი ეფექტი გერმანიაში, „Mittelbare Drittwirkung“

კონსტიტუციური უფლებები, რომლებიც გერმანიის ძირითად კანონშია განმტკიცებული ძირითადად მიმართულია საჯარო ხელისუფლების მიმართ და არა უშუალოდ ინდივიდების მიმართ. სამოქალაქო სამართლის პოზიციით ინდივიდები არ არიან კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ნორმების ადრესატები და ასეთს წარმოადგენს სახელმწიფო. კონსტიტუციური უფლებები ესაა ინდივიდების უფლებები სახელმწიფო ხელისუფლებისაგან დაცვაზე და არა სხვა ინდივიდებისაგან დაცვაზე. შესაბამისად, კონსტიტუციურ უფლებებს არ გააჩნიათ პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი. გერმანიის სასამართლოს პრაქტიკაში არ არის იმგვარი საქმეები, სადაც სასამართლო მიიჩნევდა რომ კერძო პირები ერთმანეთთან კონსტიტუციური უფლებებით არიან პირდაპირ დაკავშირებული. მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ კონსტიტუციური უფლებები არ არის დაკავშირებული სამოქალაქო დავასთან. ლუტის საქმეში, გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა რომ, კერძო სამართლის განმარტებისას სასამართლო წარმოადგენს საჯარო ხელისუფლების ორგანოს, რომელიც ვალდებულია დაიცვას კონსტიტუციური ნორმები ადამიანის უფლებების შესახებ.<sup>77</sup>

მიუხედავად ამისა, კუმი და კომელა გერმანიის მაგალითზე მიიჩნევენ რომ ირიბი ეფექტი შესაძლოა უთანაბრდებოდეს კიდევ პირდაპირ ეფექტს. ამის საილუსტრაციოდ მათ მოყავთ შემდეგი მაგალითი: კლიენტი -A, (კერძო პირი) რომელიც უმძიმეს ფინანსურ მდგომარეობაში იმყოფება დებს ხელშეკრულებას საკრედიტო კომპანიასთან-C. სარეკლამო წინადადებაში ნათქვამია რომ, კომპანია გამარტივებული წესით გასცემს დიდ კრედიტებს და არ აიღებს პროცენტებს პირველი ექვსი თვის განმავლობაში. სტანდარტული ხელშეკრულება ითვალისწინებდა რომ, ექვსი თვის გასვლის შემდეგ, წლიური საპროცენტო განაკვეთი გაიზრდებოდა 35%-მდე. მას შემდეგ რაც საპროცენტო ვალმა მაქსიმუმს მიაღწია, A-მ დააბრუნა კრედიტის სახით აღებული სანყისი თანხა, მაგრამ უარი განაცხადა პროცენტის გადახდაზე იმ საფუძვლით რომ იგი გაუმართლებლად მაღალი იყო. დარწმუნდა რა A-ს გადახდისუნარიანობაში C-მ გადაწყვიტა შეიტანოს სასამართლოში სარჩელისაგან პროცენტის ამოღების მოთხოვნით. აღნიშნულ საქმეში მთავარი საკითხი მდგომარეობს

<sup>77</sup> Luth case, BVerfGE 7, 198.

არა იმაში თუ ვინ მოიპოვებს გამარჯვებას ან რა თავისებურებებით ხასიათდება მომხმარებელთა დაცვის შესახებ კანონმდებლობა, არამედ ჩვენი ინტერესის საგანია თუ როგორ იქნება ჩამოყალიბებული დავის საგანი და როგორ იქნება ჩართული მასში კონსტიტუციური უფლებები. ერთი შეხედვით, ეს შეიძლება მოგვეჩვენოს წმინდა სამოქალაქო დავად, რომელიც კონსტიტუციურ უფლებებს საერთოდ არ ნამოჭრის, რადგანაც საქმე ეხება, ერთის მხრივ, ხელშეკრულების თავისუფლებას, ხოლო მეორეს მხრივ, უფრო სუსტი კონტრაჰენტის დაცვას მევახშური პროცენტებისაგან. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი შეიცავს დათქმას, რომლის თანახმადაც, გარიგებები რომლებიც „არღვევენ საზოგადოების ზნეობრივ ჩვეულებებს“ მიიჩნევა ბათილად. ამასთანავე, ევროპის ბევრ სახელმწიფოში მოქმედებს კანონმდებლობა მომხმარებელთა უფლებების დაცვაზე, ამას ემატება აღნიშნულ საკითხზე მიღებული ევროკავშირის დირექტივები.<sup>78</sup>

იმის გათვალისწინებით რომ, კანონმდებლობა შეიცავს ნათელ და იოლად შესასრულებელ ნორმებს, პრიორიტეტი ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპსა თუ მომხმარებელთა ინტერესების დაცვაზე დღეის მდგომარეობით ხორციელდება არა სასამართლოების, არამედ თავად კანონმდებლის მიერ. აღნიშნულ სიტუაციაში კონსტიტუციური უფლებები როგორ ინაცვლებენ წინა პლანზე?

კონსტიტუციური სამართალი, რალა თქმა უნდა პატივისცემით მიუდგება სპეციალური კანონმდებლობის მიერ შესაბამისი საკითხების რეგულირებას, მაგრამ კონსტიტუციური სამართალი, როგორც ქვეყნის უზენაესი სამართალი ვალდებულია გადაამოწმოს კანონმდებლობა, პრეცედენტები და დოქტრინა. მოქმედი კერძო სამართალი გამოყენებადი იქნება მხოლოდ იმ ხარისხით, რა დოზითაც მას შეეძლება დაანესოს გონივრული ბალანსი კონკურირებად უფლებებს შორის, სადაც თანაზომიერებას შეაფასებს საკონსტიტუციო სასამართლო, რომელიც პასუხისმგებელია კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ფასეულობების დაცვაზე.

კუმისა და კომელას შეფასებით როდესაც მოქმედი კერძო სამართალი ანებს ინტერესების სწორ ურთიერთმიმართებას, მაშინ უნდა გავამართლოთ არსებული კერძო-სამართლებრივი ნორმები კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პარადიგმის ჩარჩოში. თუ დავუშვებთ რომ სახელშეკრულებო სამართალი გარკვეული დოზით არის ძალიან ლიბერტალიანული ან პატერნალისტურად ორიენტირებული მომხ-

<sup>78</sup> (10) COUNCIL DIRECTIVE 93/13/ EEC OF 5 APRIL 1993 ON UNFAIR TERMS IN CONSUMER CONTRACTS//OFFICIAL JURNAL L 095. 1993.

მარებელთა უფლებების დაცვაზე, მაშინ კონსტიტუციური უფლებები ქმნიან იმგვარ სისტემას, რომლის ფარგლებშიც ეს კრიტიკა უნდა გადამონმდეს.<sup>79</sup>

იმავე ავტორების მითითებით, C-ს სარჩელი A-ს მიმართ უნდა გამომდინარეობდეს კერძო სამართლის ნორმებიდან და არა კონსტიტუციური ნორმების დარღვევიდან, ასეთ შემთხვევაში სამოქალაქო სასამართლო უარს იტყოდა სარჩელის განხილვაზე. მეორე მხრივ, ძირითადი უფლებები და ფასეულობები მთლიანი სამართლებრივი სისტემის გონს წარმოადგენს და ანესებენ გარკვეულ მოთხოვნებს სამოქალაქო სასამართლოების მიერ კერძო სამართლებრივი ნორმების განმარტებისას. შესაბამისად, სასამართლომ უნდა განმარტოს კერძო სამართლის ნორმები, მათ შორის კოდექსის ზოგადი დებულებები იმ ძირითად ფასეულობებთან შესაბამისობაში, რომლებიც კონსტიტუციაშია განმტკიცებული. ეს ნიშნავს რომ კერძო სამართალმა უნდა ასახოს ადეკვატური ბალანსი შესაბამის კონსტიტუციურ ინტერესებს შორის, რომლებიც სასწორზეა დადებული. (15) Mephisto case, BVerf GE 30, 173.

რა ხდება მაშინ, როდესაც კანონი ნათელია და განსაკუთრებული განმარტება არ ესაჭიროება? რამდენად შეუძლია სამოქალაქო მოსამართლეს იგნორირება გაუკეთოს კონსტიტუციურ პრინციპებს როდესაც კერძო სამართლის ნორმები ნათელია? ამ შემთხვევაში მოსამართლეს თითქოს შეუძლია თავისუფლად ამოისუნთქოს რომ კონკურირებადი ინტერესების ბალანსის რთული ამოცანა გადანყვეტილია თავად კანონმდებლის მიერ, რომელსაც არ დაუტოვებია ტექსტუალური ბუნდოვანება.

როგორც ექსპერტებს მიაჩნიათ, ასეთ შემთხვევაში ერთ-ერთი მხარის კონსტიტუციური ინტერესები შესაძლოა ადეკვატურად არ იქნას გათვალისწინებული კანონის განმარტების საჭიროების არარსებობაზე მითითებით, რამდენადაც იგი ამ შემთხვევაში ნათელი და ზუსტია. ასეთ შემთხვევაში მოსამართლის როლი, ერთი შეხედვით, შეზღუდულია. უსამართლო და მევახშური ხელშეკრულების ვალდებულება ეწინააღმდეგება კერძო პირის კონსტიტუციურ უფლებას თავისუფლებაზე. კონსტიტუციურ უფლებებს მართალია არ გააჩნიათ პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი, მაგრამ თავისუფლების ფუნდამენტური მნიშვნელობა გათვალისწინებული უნდა იქნას არა მხოლოდ სამართლის განმარტების სტადიაზე სასამართლოების მი-

<sup>79</sup> Kumm M., Comella V. F. What is so Special about Constitutional Rights in Private litigation?; Hager J. Grundrechte im Privatrecht//Juristenzeitung, 49. Jg.1994. S.374

ერ, ის უპირველესად გათვალისწინებული უნდა იქნას კანონმდებლის მიერ კერძო სამართლის ნორმების დადგენისას.

საკანონმდებლო აქტები, მათ შორის კერძო სამართლის საკითხებზე, უდავოდ საჯარო სამართლის აქტებია, შესაბამისად ისინი ექვემდებარებიან ზემოქმედებას კონსტიტუციური ნორმების მხრიდან. სამოქალაქო მოსამართლე დაარღვევს მხარის კონსტიტუციურ უფლებას თუ იგი გამოიყენებს ისეთ კანონს, რომელიც ხელყოფს ამ უფლებას. მას არ შეუძლია გააუქმოს საკანონმდებლო აქტი არაკონსტიტუციურობის მოტივით, ეს შეიძლება გააკეთოს მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლომ. მაგრამ როდესაც მოსამართლეს მიაჩნია რომ კანონი არ შეესაბამება კონსტიტუციურ სტანდარტს, მან უნდა მიმართოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, რათა მან მიიღოს შესაბამისი გადაწყვეტილება და გამოაცხადოს ასეთი კანონი არაკონსტიტუციურად. თუ სამოქალაქო მოსამართლე არ მიიღებს ასეთ გადაწყვეტილებას და დაასრულებს სამართალწარმოებას არა იმ მხარის სასარგებლოდ რომლის უფლებებსაც არასამართლიანი კანონი ლახავს, მაშინ მოსარჩელე მიმართავს საკონსტიტუციო სასამართლოს იმ საფუძვლით რომ როგორც სამოქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება, ასევე საკანონმდებლო აქტი, რომელიც მოსამართლემ გამოიყენა არღვევენ მის კონსტიტუციურ უფლებებს. გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო ახორციელებს ადამიანის უფლებებთან დაცვის ე.წ. ჰორიზონტალურ კონტროლს, რომელიც მოიცავს საერთო სასამართლოების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების კონსტიტუციით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებების სტანდარტთან შესაბამისობის კონტროლსაც.

საბოლოო ჯამში, კუმისა და კომელას დასკვნით, ჰორიზონტალური ეფექტის დოქტრინას იგივე შედეგები გააჩნია მატერიალურ-სამართლებრივი და ინსტიტუციური, რაც პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტის დოქტრინას. ორივე შემთხვევაში, სამოქალაქო სასამართლოებმა უნდა განმარტონ მოქმედი კერძო სამართალი კონსტიტუციური სტანდარტების შესაბამისად. როდესაც ეს შეუძლებელია საკანონმდებლო აქტების სიზუსტისა და არაზუნდოვანების გამო სასამართლომ, უნდა მიმართოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, რომელიც გადაწყვეტს კონსტიტუციურ საკითხს და საფუძვლიანობის შემთხვევაში ცნობს სადავო კერძო-სამართლებრივ ნორმას უმოქმედოდ. სამოქალაქო დავის თითოეულ მხარესაც შეუძლია წარადგინოს კონსტიტუციური საჩივარი, რომლითაც განაცხადებს რომ მისი კონსტიტუციური უფლებები დაირღვა და მოითხოვს კერძო

სამართლის ნორმების ან სამოქალაქო სასამართლოების მიერ გაკეთებული განმარტებების კონსტიტუციურობის შემოწმებას.

მიუხედავად ცივილისტების ელიტის წინააღმდეგობისა, კონსტიტუციურად დაცული ინტერესების დიდი სფეროს გათვალისწინებით, კერძო სამართალი გერმანიაში გარკვეული დოზით გახდა გამოყენებითი კონსტიტუციური სამართალი. ამ ქვეყნის სამოქალაქო კოდექსის მთელი რიგი ნორმები, მაგ. შრომითი ხელშეკრულებების, ქირავნობის, ქორწინებამდელი შეთანხმებების შესახებ, ფორმულირებულია საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების საფუძველზე. ამგვარად, კონსტიტუციური სამართლის ნორმებს კერძო სამართალში გააჩნიათ „რადიაციული ზემოქმედების“ ეფექტი.<sup>80</sup>

#### 4. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო: ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ

საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლისა და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული კეთილსინდისიერების პრეზუმფციის კონსტიტუციურობის შემოწმების საკითხი იდგა საქმეში ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ. მესაკუთრე აპელირებდა საკუთრების უფლებაზე, რომელიც დაცული და გარანტირებულია საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლით. საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული პრინციპებიდან და ნორმებიდან გამომდინარე, საკუთრების უფლება წარუვალი და უზენაესი ადამიანური ღირებულებაა, საყოველთაოდ აღიარებული ძირითადი უფლება, დემოკრატიული საზოგადოების სოციალური და სამართლებრივი სახელმწიფოს ქვაკუთხედაა. განსახილველი დავის შემთხვევაში, დადგა სამართლებრივი ნორმათა შეფასებისა და ძალთა ბალანსის, მათი შეპირისპირების შეფასების

<sup>80</sup> Markesinis B.M. Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany//Law Quarterly Review. Vol.115. 1999. P.47,64.

Hellner J. Unfair Contract Terms//Law and the Weaker Party:An anglo-Swedish Comparative Study. Vol.1: Swedish Experience/Ed.by A.C. Neal, Abingdon, Oxfordshire:Professional Books, 1981.

Tushnet M. The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law.\

Cheadle H. Third Party Effect in the South African Constitution// The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A.Sajo, R.Uitz. Eleven International Publishing, 2005.

საკითხი, რომელიც ეხება უზენაესი კანონის კონსტიტუციით დაცული საკუთრების უფლების გარანტიას და კეთილსინდისიერი შემძენის პრეზუმფციას.

არჩევანი მესაკუთრისა თუ უფლებების კეთილსინდისიერი შემძენის პრიორიტეტულობასთან მიმართებაში გაკეთებულია კანონმდებლის მიერ. სასამართლომ მიუთითა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლის ჩანაწერზე, „შემძენის ინტერესებიდან გამომდინარე, გამსხვისებელი ითვლება მესაკუთრედ, თუ იგი ასეთად არის რეგისტრირებული საჯარო რეესტრში, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა შემძენმა იცოდა, რომ გამსხვისებელი არ იყო მესაკუთრე“. ამავე კოდექსის 312-ე მუხლის მე-2 ნაწილი კი ადგენს, რომ „იმ პირის სასარგებლოდ, რომელიც გარიგების საფუძველზე სხვა პირისაგან იძენს რომელიმე უფლებას და ეს უფლება გამსხვისებლის სახელზე იყო რეესტრში რეგისტრირებული, რეესტრის ჩანაწერი ითვლება სწორად, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ამ ჩანაწერის საწინააღმდეგოდ შეტანილია საჩივარი, ან შემძენმა იცოდა, რომ ჩანაწერი უზუსტოა“.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ ამ თვალსაზრისით, განახორციელა კონტროლი სამოქალაქო სამართლის ნორმების შესაბამისობაზე საქართველოს კონსტიტუციის ნორმებთან.<sup>81</sup>

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მიუთითა, „იმის გათვალისწინებით, რომ საჯარო რეესტრის უზუსტობისას ნეგატიური შედეგები აუცდენელია როგორც ერთი, ისე მეორე მხარისათვის და საკითხის ნებისმიერი გადაწყვეტა შეიცავს რისკებს ამა თუ იმ მიმართულებით, იმ პირობებში, როდესაც უზრუნველყოფილია შემძენის მიერ გულისხმიერების გამოჩენის ვალდებულება და იმ ფაქტების (რეესტრის ჩანაწერის ხარვეზის ან საჩივრის წარდგენის ფაქტის ცოდნა) იგნორირების გამორიცხვა, რომელზეც შემძენს ინფორმაცია გააჩნია და, ამავე დროს, სადავო რეგულირებები შეეხება მხოლოდ საბაზრო გარიგებებს, კანონმდებელი უფლებამოსილია, უპირატესობა მიანიჭოს კეთილსინდისიერი შემძენის, სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობისა და სიმარტივის დაცვას. ამ პირობებში დადგენილი ბალანსი არ არის უსამართლო და არ ეწინააღმდეგება თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნებს“.

<sup>81</sup> იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 17 ოქტომბერის №3/4/550 გადაწყვეტილება, საქართველოს მოქალაქე ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ. დავის საგანი: საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლისა და 312-ე მუხლის მე-2 ნაწილის კონსტიტუციურობა საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის პირველ და მე-2 პუნქტებთან მიმართებით.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 17 ოქტომბერის №3/4/550 გადაწყვეტილებით, საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის პირველ და მე-2 პუნქტებთან მიმართებით არაკონსტიტუციურად იქნა ცნობილი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლის ის ნორმატიული შინაარსი, რომლის თანახმადაც, „გამსხვისებელი ითვლება მესაკუთრედ, თუ იგი ასეთად არის რეგისტრირებული საჯარო რეესტრში“, იმ შემთხვევაში, როდესაც რეესტრის ჩანაწერის წინააღმდეგ შეტანილია საჩივარი და ეს ფაქტი შემძენისათვის ცნობილია. კონსტიტუციური სარჩელი №550 („საქართველოს მოქალაქე ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“) არ დაკმაყოფილდა სასარჩელო მოთხოვნის იმ ნაწილში, რომელიც შეეხება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 312-ე მუხლის მე-2 ნაწილის არაკონსტიტუციურად ცნობას საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის პირველ და მე-2 პუნქტებთან მიმართებით.<sup>82</sup>

## 5. კანადა, კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ნორმების მნიშვნელობა სამოქალაქო პროცესში

ამ ქვეყანაში ინდივიდებს, როგორც წესი, არ შეუძლიათ პირდაპირ დაეყრდნონ ადამიანის უფლებების შესახებ კონსტიტუციურ ნორმებს, როგორც სარჩელის საფუძვლებს, სხვა კერძო პირების წინააღმდეგ. მიუხედავად ამისა, კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ნორმები მაინც თამაშობენ მნიშვნელოვან როლს სამოქალაქო პროცესში.

გერმანიაში მთლიანი კერძო სამართალი უნდა შეესაბამებოდეს კონსტიტუციური უფლებების საგარანტიო ნორმებს. თუ კანონმდებლობის ცალკეული დებულება არღვევს კონსტიტუციურ უფლებებს სამოქალაქო სასამართლომ უნდა მიმართოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, რომელიც ამგვარ დებულებას გააუქმებს. გერმანიაში კონსტიტუციურ სტანდარტს უნდა შეესაბამებოდეს როგორც კერძო სამართლის ნორმები, ასევე მათი განმარტებებიც.

კანადაში კონსტიტუციური ნორმების ჰორიზონტალური ეფექტის თვალსაჩინო მაგალითს წარმოადგენს საქმე დოლფინი დელიერის წინააღმდეგ. იგი წარმოადგენდა შრომით დავას, რომელშიც მოპასუხე-პროფკავშირი იმუქრებოდა მოსარჩელის შენობის პიკე-

<sup>82</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 17 ოქტომბერის №3/4/550 გადაწყვეტილება, საქართველოს მოქალაქე ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

ტირებით, მანამ სანამ იგი არ შეწყვეტდა საქმიან ურთიერთობას მასთან კონკურენციაში მყოფ კომპანიასთან. პირველი ინსტანციის სასამართლომ აკრძალა განმეორებითი პიკეტირება, ვინაიდან ასეთი ქმედებები წინააღმდეგობაში მოდიოდა საერთო სამართალთან, რომელიც ინვესს ხელშეკრულების ბათილობას. პროფკავშირმა აღძრა სააპელაციო საჩივარი იმ საფუძველით რომ, სასამართლო აკრძალვა ხელყოფდა კანადის უფლებათა და თავისუფლებათა ქარტიით გარანტირებულ აზრის გამოხატვის უფლებას. უზენაესმა სასამართლომ უარყო აპელაცია, იმაზე მითითებით რომ, რაიმე სამთავრობო ქმედების განუხორციელებლობის პირობებში ქარტიის დებულებები არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას. კანადაში უფლებათა ირიბი ჰორიზონტალური ეფექტის წყალობით კერძო სამართალი ნაწილობრივ გამოსულია კონსტიტუციური კონტროლიდან.

უზენაესმა სასამართლომ ამ გადაწყვეტილებაში მიუთითა რომ, უფლებათა ქარტია გამოიყენება „პარლამენტისა და მთავრობის მიმართ“. სასამართლოს განმარტებით, ამ თვალსაზრისით ხელისუფლებაში მოიაზრება საკანონმდებლო და აღმასრულებელი შტო და მასში არ შედიან სასამართლოები. ეს ნიშნავდა იმას, რომ ქარტია არ გამოიყენება კერძო პირებს შორის აღმოცენებულ სამოქალაქო დავაში, როდესაც მატერიალურ-სამართლებრივი საკითხები წყდება საერთო სამართლის საფუძველზე. თუმცა აქედან მაინც არ გამომდინარეობს, რომ კონსტიტუციურ უფლებებს არ გააჩნიათ შეხება სამოქალაქო სამართალწარმოებასთან. თუ პროცესში გამოყენებული იქნებოდა კერძო-სამართლებრივი სტატუსი, სასამართლომ გააკეთა მითითება რომ ასეთი სტატუსი დაექვემდებარებოდა კონსტიტუციურ შემოწმებას. პირველი ინსტანციის სასამართლოს აქტი პიკეტირების აკრძალვის შესახებ არ იქნა მიჩნეული სახელმწიფო ან სამთავრობო მოქმედებად, ამიტომ იგი ამოვარდა საკონსტიტუციო კონტროლიდან. თუ საქმე განხილული იქნებოდა გერმანიაში, როგორც კუმი და ფერერა მიიჩნევენ, საკონსტიტუციო სასამართლო დიდი ალბათობით მიიჩნევდა რომ ნებისმიერი ქმედება და გადაწყვეტილება უნდა შეფასდეს კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პარამეტრებით. კანადის სასამართლოს მიხედვით, გადამწყვეტია არა კერძო სამართლებრივი ნორმების სტატუსი, არამედ მათი კავშირი გარკვეულ ინსტიტუტებთან. თუ საერთო სამართლის დარღვევა, რომელიც ინვესს ხელშეკრულების შეწყვეტას გათვალისწინებული იქნებოდა კანონით, ასეთი კანონი დაექვემდებარებოდა კონსტიტუციურ ზედამხედველობას, ვინაიდან ესაა პარლამენტის აქტი, რომელიც კონსტიტუციური კონტროლის ობიექტია. საერთო სამართლის ქვეყნებში Common Law სისტემაზე დაკისრებული პასუ-

ხისმგებლობიდან გამომდინარე, გარკვეული დოზით დაცული არიან კონსტიტუციური შემონმებისაგან იმ ნორმებთან მიმართებაში, რომელთაც ისინი ქმნიან, იყენებენ და ავითარებენ.

იმ ვითარებაში, როდესაც კერძო პირი-A საერთო სამართალზე დაყრდნობით წარუდგენს სარჩელს B-ს, რომელსაც საფუძვლად არ უდევს სახელმწიფო აქტები, მაშინ დადგენილი პრაქტიკის თანახმად, კანადის ადამიანის უფლებათა ქარტია არ გამოიყენება. მიუხედავად აღნიშნული პრინციპისა, თუ გამოირკვა რომ ეს საკითხი არის განსაკუთრებული (ინდივიდუალური) და განსხვავებული დადგენილი პრეცედენტებისაგან, მაშინ სასამართლო ხელისუფლებამ უნდა გამოიყენოს და განავითაროს საერთო სამართლის პრინციპები იმ ფუნდამენტურ ფასეულობებთან შესაბამისობაში, რომლებიც კონსტიტუციითაა განმტკიცებული. ასეთ პირობებში უფლებათა ქარტია იძენს გარკვეულ ურთიერთობას სამოქალაქო პროცესთან, რომელშიც დაგები წყდება საერთო სამართლის ფარგლებში.<sup>82\*</sup>

მხარეები სამოქალაქო პროცესში არ შეიძლება სარჩელის საფუძვლად პირდაპირ დაყრდნონ კონსტიტუციურ უფლებებს, ისინი უნდა მიუთითებდნენ იმ საფუძვლებს, რომლებიც გათვალისწინებულია საერთო სამართალით.<sup>83</sup>

ამასთანავე, მტკიცების ტვირთი სხვადასხვაგვარად ნაწილდება წმინდა კერძო სამართლებრივი ხასიათის სასამართლო პროცესში და სახელმწიფოს მონაწილეობით მიმდინარე სასამართლო პროცესში, როდესაც საქმე შეეხება ქარტიით გარანტირებულ ფასეულობებს. მთავრობის წინააღმდეგ აღძრულ სარჩელებში მტკიცების ტვირთი გადასულია სახელმწიფო ორგანოზე, რომელმაც უნდა დაიცვას თავისი ქმედებები, მტკიცებულებათა არ ქონა ჩაითვლება მოწინააღმდეგის სასარგებლოდ. რამდენად შესაძლებელია იმგვარი სიტუაცია, რომ სასამართლომ ბათილად მიიჩნიოს კერძო სამართლის სტატუტური ნორმა, თუ იგი დაარღვევს კონსტიტუციურ უფლებებს და ამავე დროს გაემართლებინა ეს ნორმა, თუ იგი იქნებოდა საერთო სამართლის ნორმა? ექსპერტთა შეფასებით ეს ნაკლებად სავარაუდოა და ამისაგან გვიცავს თანაზომიერების პრინციპი, რომლის გამოყენებაც ორივე შემთხვევაში გვევალება.

როგორც სასამართლო პრაქტიკის ანალიზიდან ირკვევა, კანადის უზენაესი სასამართლო უფრო მეტი პატივისცემით ეპყრობა საერთო სამართალს რომელსაც იყენებენ საერთო სამართლის მოსამართლე-

<sup>82\*</sup> Kumm M., Comella V. F. What is so Special about Constitutional Rights in Private litigation?; Hager J. Grundrechte im Privatrecht//Juristenzeitung, 49. Jg.1994. S.374

<sup>83</sup> Hill case (1995) 2 S. C. R. 1170.

ბი, ვიდრე საკანონმდებლო აქტებს. საერთო სამართლის ცვლილებები, რომლებიც სერიოზულ შედეგებს იწვევენ რჩება კანონმდებლობის მიხედულების საგნად, ხოლო მათი ინტერპრეტაციის შემონახვა უზენაესი სასამართლოს ფუნქციაა.

## 6. სახელმწიფო მოქმედებათა დოქტრინა (State action doctrine) ამერიკის შეერთებულ შტატებში

როგორც ირკვევა ის ფაქტი რომ აშშ-ის კონსტიტუცია თავის ნორმებს აცხადებს მხოლოდ საჯარო ხელისუფლების მიმართ მოქმედებაში და არა კერძო პირების მიმართ, არ გამოორიციხავს კერძო სამართლის დაქვემდებარებას მატერიალურ კონსტიტუციურ სტანდარტებთან, მათ შორის სამოქალაქო პროცესში. იურიდიული თვალსაზრისით, ძნელად წარმოსადგენია სიტუაცია რომელშიც სახელმწიფო საერთოდ არ იქნებოდა ჩართული. მაგ. კერძო პირებს შორის დადებული ხელშეკრულებებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებისასაც კი სახელმწიფო ჩართულია ორ შემთხვევაში. პირველ რიგში, პოზიტივიზმის კონცეფციის თანახმად, სახელმწიფო არის იმ სამართლებრივი ნორმების წყარო, რომლებიც შესაძლებლობას აძლევენ ფიზიკურ პირებს დადონ სავალდებულო ძალის მქონე კონტრაქტები.<sup>84</sup>

სამოქალაქო სამართალი, როგორც სამართლის ნებისმიერი სხვა დარგი, ექვემდებარება კონსტიტუციას, როგორც სახელმწიფოს ძირითად კანონს. მეორე, სახელმწიფო სასამართლო ხელისუფლების სახით გამოდის არბიტრის როლში კერძო პირებს შორის წამოჭრილ დავებში. სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებები კი სახელისუფლებო აქტებია.

აშშ-ს კონსტიტუციით დადგენილია რომ სასამართლო ხელისუფლება სახელმწიფო ხელისუფლების შტოა, რომლის მიმართაც მოქმედებას განაგრძობენ კონსტიტუციური დებულებები. გერმანიის კონსტიტუციის პირველი მუხლის შესამე აბზაცში მკაფიოდ არის ნათქვამი, რომ კონსტიტუციაში ასახული ძირითადი უფლებები სავალდებულოა სასამართლო ხელისუფლებისთვისაც. თუ კონსტიტუციის ტექსტში ნათქვამია რომ კონსტიტუციური ნორმები ადამიანის უფლებების შესახებ მიმართულია მხოლოდ სახელმწიფო ხელი-

<sup>84</sup> The public /Private Distinction and Constitutional Limits on Private Power// Constitutional Commentary. Vol. 10. 1993. P. 361(46).

სუფლების წარმომადგენელთა მიმართ, ეს ნიშნავს იმას რომ, კერძო პირები სხვა კერძო პირების ქმედებების გასაჩივრებისას ვერ შეძლებდნენ უშუალოდ დაეყრდნონ კონსტიტუციურ უფლებებს. ასეთ შემთხვევებში კონსტიტუციური ნორმები არ გამოდგება სარჩელის აღძვრის საფუძვლად.

მაგრამ როდესაც დადგინდება კონსტიტუციის უზენაესობა ქვეყნის ყველა სხვა კანონების მიმართ, კონსტიტუციური უფლებების დასაცავად აუცილებელია უზრუნველყოთ რომ კერძო სამართალი იქნება ეს სტატუტური თუ საერთო სამართალი, რომელიც გამოყენებულ იქნება კერძო პირებს შორის დავის გადასაწყვეტად, არ არღვევდეს კონსტიტუციის ნორმებს. ასეთ სიტუაციაში რამდენად შესაძლებელია გამოვიყენოთ **State action doctrine**, პრაქტიკა გვიჩვენებს რომ ამერიკული დოქტრინა თამაშობს ისეთ როლს, რომლის ანალოგიც არ არსებობს არც გერმანიასა და არც კანადაში. რაც მას გერმანულ და კანადურ მოდელთან აერთიანებს ეს ისაა რომ კონსტიტუციური უფლებები გამოიყენება მხოლოდ ისეთი სიტუაციების შესაფასებლად, რომელშიც გამოკვეთილია სახელმწიფოს ქმედებები და იგი არ წარმოადგენს მხოლოდ კერძო პირთა ურთიერთობებს. სახელმწიფო ქმედებების სავალდებულო არსებობა გამომდინარეობს აშშ-ს კონსტიტუციის ტექსტიდან: "არცერთი შტატი.. მაგრამ, როგორც ამ თემის ექსპერტები მიიჩნევენ აქ მსგავსება მთავრდება პრაქტიკული გამოყენების თვალსაზრისით. სახელმწიფო მოქმედებათა დოქტრინა პრაქტიკაში გამოიყენება იმგვარი ფორმით, რომელიც არსებითად განასხვავებს კანადასა და გერმანიაში მოქმედ ირიბი ეფექტის კონცეფციისაგან „**Mittelbare Drittwirkung**“.

როდესაც საქმე შეეხება კერძო პირთა საკონტრაქტო ვალდებულებებს სასამართლო იყენებს შეზღუდულ მიდგომას, ანესებს სახელმწიფო მოქმედებების სავალდებულო არსებობის წინასწარ შემონმებას, რომელიც ხშირად უარყოფს კანონის კონსტიტუციურ შეფასებას ინტერესების სათანადო ბალანსირების საკითხზე. შემონმება საჯარო ხასიათის მოქმედებებზე წარმოებს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ კერძო პირი ასრულებს ფუნქციებს, რომლებიც „ტრადიციულად მიეკუთვნება სახელმწიფოს“. მაგ. თუ კორპორაცია მართულია მუნიციპალიტეტის მიერ, სასამართლო აფასებს მას როგორც საჯარო ხასიათის მოქმედებებს, ხოლო თუ კერძო პირი ფლობს კომუნალურ სანარმოს, არა.<sup>85</sup>

ურთიერთკავშირის შემონმებისას დგინდება მჭიდრო კავშირის

<sup>85</sup> Jackson v. Metro Edison Co., 419 U.S. 352 (1974); Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946).

არსებობა სახელმწიფო ხელისუფლების მოქმედებებსა და კერძო პირის ქმედებებს შორის, რომელიც შესაძლებლობას მოგვცემდა მიგვეკუთვნებინა ეს ქმედებები სახელმწიფოსათვის.

თუ ფაქტი სახელმწიფო ქმედებების შესახებ არ იქნა დადგენილი, მაშინ საკითხი კონსტიტუციური უფლებების შესახებ აღარ არის აქტუალური. აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ გერმანიისა და კანადის სასამართლოებისაგან განსხვავებით რატომ მიიჩნია აუცილებლად სახელმწიფოებრივი ქმედებების დადგენა, რა მიზანს ემსახურება ეს დოქტრინა? სახელმწიფო ქმედებათა დოქტრინის მონინაალმდეგეთა აზრით, ასეთი ქმედებების დადგენა ყოველთვის არ ემსახურება (1) ინდივიდის თავისუფლების უზრუნველყოფას; (2) და არ იცავს შტატების ხელისუფლებას ფედერალური მთავრობის ჩარევისაგან. სამართალი რომელიც გამოიყენებ აშშ-ის სამოქალაქო პროცესში, Common Law და მისი დამატებითი სტატუტური სამართალი უმეტესწილად მიეკუთვნება შტატების კომპეტენციას. ამ სამართლის დადგენასა და განვითარებას ახორციელებენ შტატების ლეგისლატურები და სასამართლოები. შესაბამისად, State action doctrine, გვევლინება ფედერალიზმის დამცველად, იცავს რა შტატებს შეუზღუდავი ფედერალური კონტროლისაგან.

სტივენ ქარდბაუმი მიიჩნევს რომ, კერძო სამართლის კანონმდებლობის კონსტიტუციური ზედამხედველობის განხორციელებისათვის სახელმწიფო ქმედებების დადგენა სულაც არ არის აუცილებელი. ამ სისტემის მომხრეებს მიაჩნიათ რომ ამ კონცეფციის უარყოფა გამოიწვევდა საჯარო და კერძო სფეროების აღრევას. არსებობს პირადი თავისუფლების გარკვეული სფერო, რომელიც არ უნდა შეიზღუდოს კონსტიტუციით და არ უნდა დაექვემდებაროს კონსტიტუციურ კონტროლს. ამასთანავე, დოქტრინა გაცილებით უფრო მეტი შინაარსის მატარებელია, ვიდრე კერძო სამართლის განმარტებაა „როგორც ნეიტრალურისა და ბუნებების“<sup>86</sup>

მონინაალმდეგეთა აზრით, უნდა შევინარჩუნოთ კერძო სფერო, რომელიც თავისუფალი იქნება სახელმწიფო ზედამხედველობისაგან. რომ არა ეს დოქტრინა მაგალითად, მოთხოვნა რომ „ოფიციალური სადილი უნდა ჩატარდეს რასობრივი თანასწორობის პირობებში“ გავრცელდებოდა ყველა შემთხვევაზე, და მისი დაუცველობა კონსტიტუციის დარღვევად იქნებოდა მიჩნეული.

<sup>86</sup> Sunstein C. The Partial Constitution. Cambridge:Harvard University Press, 1993.

## დასკვნა

ჩვენს მიერ განხილულ სამივე ქვეყანაში მიიჩნევენ რომ კონსტიტუციური უფლებები არ შეიძლება ვალდებულებებს უწესებდნენ კერძო პირებს, მაგრამ კონსტიტუციური უფლებები ყოველთვის შეიძლება გამოვიყენოთ კერძო სამართლებრივი კანონის საპირწონედ. **State action doctrine** გვაძლევს შესაძლებლობას შევამოწმოთ (1) სახელმწიფოებრივი ქმედებებით დარღვეულია თუ არა ის ინტერესი, რომელიც დაცულია კონსტიტუციური სამართლის მიერ; თუ ასეთი კონსტიტუციური ინტერესი დარღვეულია ხელისუფლების ორგანოების მიერ, მოქმედებს პრეზუმფცია რომ სამართლის დარღვევის ფაქტი დადასტურებულია. (2) საკონსტიტუციო სასამართლოების მიერ უნდა დადასტურდეს დაცული ინტერესის ხელყოფის საფუძვლიანობა.

ამასთანავე, მკვლევარები პარადოქსულ დასკვნამდე მიდიან, აშშ-ს კერძო სამართლის კონსტიტუციონალიზაციის ხარისხი უფრო მაღალია, ვიდრე ეს არის კანადასა და გერმანიაში. **State action doctrine** ინსტიტუციური თვალსაზრისით შეიძლება გაგებულ იქნას, როგორც საერთო სამართლის იმუნიტეტი კონსტიტუციური კონტროლისაგან, იმ შემთხვევების გარდა, როდესაც საქმე შეეხება სახელმწიფო მოქმედებების ფაქტის დადგენის აშკარა საჭიროებას. ეს სამოქალაქო სასამართლოებს უთითებს გარკვეულ აქცენტებს, მათ კერძო დავების განხილვისას უნდა მიმართონ უფლებების სისტემას მხოლოდ სერიოზული სამართლებრივი პრობლემების არსებობის შემთხვევებში. აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს **State action doctrine** გამოყენებით გამოქონდა გადაწყვეტილებები რასობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებულ საქმეებში, დღეისათვის აქტუალურია პრობლემები დაკავშირებული სათანადო სამართლებრივი პროცედურების დაცვასთან და სიტყვის თავისუფლებასთან.

## პ ა რ ი IX

### როგორ ავითარებენ მოსამართლეები სამართალს?

#### 1. თეორია ხელისუფლების შტოთა თავისუფალ საქმიანობაზე

ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი ეფუძნება სახელმწიფოს მატერიალური ფუნქციების სამწევროვან დაყოფას: კანონმდებლობა, მმართველობა, მართლმსაჯულება. კანონმდებელი, ადმინისტრატორი, მოსამართლე ფუნქციებს იღებენ სახელმწიფოსაგან, ამდენად თითოეული თავის სფეროში სახელმწიფოს ნების შემსრულებელია.

კანონმდებელი ქმნის აბსტრაქტულ სამართლებრივ ნორმებს, რომლებიც არეგულირებენ მრავალ შემთხვევასა და ინდივიდუალურ მდგომარეობას; სასამართლო, ცალკეულ შემთხვევაში საკანონმდებლო ნორმების საფუძველზე, ადგენს უცნობ ან სადავო უფლებებსა და ინტერესებს. მმართველობა ასრულებს სამართლებრივი ნორმებით დასახულ ამოცანებს მისთვის მინიჭებული საზღვრების ფარგლებში. გავრცელებული შეხედულებით, ზოგადად მმართველობად უნდა მივიჩნიოთ სახელმწიფოს მთელი საქმიანობა, რაც არ შედის საკანონმდებლო და სასამართლოს ფუნქციებში. აქედან გამომდინარე, ცალკეული სახელმწიფოებრივი აქტები თავისი შინაარსითა და ფორმით იყოფა კანონებად, ადმინისტრაციულ აქტებად და სასამართლო გადაწყვეტილებებად.

გეორგ ელინეკის შეფასებით, კანონები და სასამართლო გადაწყვეტილებები ყოველთვის არის სახელმწიფოს უზენაესობის აქტები. კანონი ადგენს სამართლებრივ წესებს, სასამართლოს გადაწყვეტილება კონკრეტულ შემთხვევას გაატარებს აბსტრაქტული ნორმის ქვეშ და ამგვარად წყვეტს მას. ე.ი. სახელმწიფოს ავტორიტეტის ძალით ადგენს ამ შემთხვევისა და მასთან დაკავშირებულ სამართლებრივ შედეგებს, რომლებიც აღიარებულ და რეალიზებულ უნდა იქნენ.<sup>87</sup>

ერთმანეთისაგან დამოუკიდებელი ხელისუფლების შტოები ქმნიან კბილოვან ბორბალს, რომლის თითოეული კბილისაგან

<sup>87</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве. Право современного государства. Т. 1 / Под ред. С. И. Гессена — 2-е изд., испр. и доп. — С-Пб.: Изд-е Н. К. Мартынова, 1908. 309-316.

რეგულირდება სხვების მოძრაობა. ფუნქციების ნორმალური ორგანიზაცია უნდა ხდებოდეს "checks and balances" (შემომნება-დაბალანსების) სისტემაში, რომელიც ხელს უშლის ცალკეულ შტოებს, გავიდეს კანონის მიერ განსაზღვრული სფეროების გარეთ.

ბევრი თეორეტიკოსისაზრით, საკანონმდებლო ხელისუფლებას აქვს ბუნებრივი უპირატესობა ხელისუფლების სხვა შტოებთან მიმართებით. კანონმდებლობის ზრდასთან ერთად იგი კიდევ უფრო მეტ უპირატესობას იძენს სხვა ფუნქციებთან მიმართებით. აღმასრულებელი ხელისუფლების მიზანი კანონების შესრულებაა. სასამართლოსთან მიმართებით, რომელიც მოწოდებულია განახორციელოს სამართალი, ეს თავისთავად ნათელია. სწორედ გაბატონებულ თვალსაზრისს გამოხატავდა მონტესკიეს შეფასება: „მოსამართლე – ეს მოლაპარაკე კანონია, ამიტომ მან არ უნდა გადაუხვიოს და სიტყვა-სიტყვით უნდა მისდოს მას. სასამართლო პრაქტიკა მუდამ უნდა იყოს უცვლელი, იმიტომ, რომ იგი არის კანონის ტექსტის ზუსტი გამოყენების შედეგი“. ამ პერიოდში თვით ინგლისშიც კი აღიარებდნენ ბლექსტონის დოქტრინას, რომ სასამართლოთა ვალდებულებაა, არა ის რომ განავითარონ ახალი სამართალი, არამედ დაიცვან და განმარტონ ძველი.<sup>88</sup> სასამართლოს მთელი საქმიანობა უნდა გამომდინარეობდეს კანონიდან. სამართლებრივი სახელმწიფოს კონცეფცია აღიარებს კანონის უზენაესობის იდეას. ამდენად, მმართველობა და მართლმსაჯულება ხორციელდება სამართლებრივი ნორმების საფუძველზე.

თავისუფალი საქმიანობის შეუზღუდავი ფარგლები გააჩნია მხოლოდ საკანონმდებლო ხელისუფლებას. დე-ლოლმის ცნობილი ფრაზის თანახმად, მას ქალის კაცად გადაკეთების გარდა, ყველაფრის გაკეთება შეუძლია. პარლამენტის სუვერენულობის იდეა კიდევ უფრო აძლიერებს პოზიტიური სამართლის გავლენას. პარლამენტის უზენაესობა ორგვარად შეიძლება აიხსნას – პოზიტიურად და ნეგატიურად: პოზიტიური განმარტების თანახმად, პარლამენტის ყოველი აქტი უპირობოდ უნდა იქნეს დაცული მოსამართლეთა მიერ; ნეგატიური განმარტების თანახმად, არავის არ გააჩნია უფლება, გამოსცეს პარლამენტის აქტების საწინააღმდეგო ნორმები. სასამართლოს სამართალშემოქმედებითი ფუნქცია რამდენად არის შეთავსებადი პარლამენტის უზენაესობასთან? ამ თემის ავტორიტეტის –

<sup>88</sup> Blekstone, Commentaries, 1808, 407.

პოლოკის შეფასებით, ეს მხოლოდ ერთი შეხედვით შეიძლება მოგვეჩვენოს პრობლემატურად, მაგრამ სინამდვილეში ეს ასე სრულიადაც არ არის. ინგლისის მოსამართლეებს არ გააჩნიათ და არცითხოვენ უფლებას სტატუტების უკუგდების შესახებ, პირიქით, საპარლამენტო აქტებს შეუძლიათ გააუქმონ პრეცედენტები და მოსამართლეთა მიერ დადგენილი სხვა სამართლებრივი ნორმები. ამგვარად, მოსამართლეთა საკანონმდებლო ძალაუფლება არის დაქვემდებარებული ხელისუფლება, რომელიც ხორციელდება პარლამენტის თანხმობითა და კონტროლით.<sup>89</sup>

თავისუფალი საქმიანობა განისაზღვრება მხოლოდ საერთო ინტერესების მოთხოვნით და არა რომელიმე სპეციალური სამართლებრივი ნორმებით. სამართალთან დაკავშირებული ანუ სამართლით შებოჭილია ისეთი საქმიანობა, რომელიც ხორციელდება წინასწარ დადგენილ სამართლებრივ ვალდებულებათა შესასრულებლად. თავისუფალი საქმიანობა არის ლოგიკურად პირველი, წინმსწრები და განმსაზღვრელი სხვა ორგანოთა საქმიანობისა. საქმიანობის თავისუფლების ყველაზე დიდი მოცულობა მინიჭებული აქვს საკანონმდებლო სფეროს, რომელიც თავისი ბუნებით მოითხოვს კიდევ ამას. თუმცა, გარკვეულწილად, ისიც შეზღუდულია საერთაშორისო ნორმებით.

სამართალთან დაკავშირებული საქმიანობა, ანუ სამართლით ბოჭვა, ხორციელდება მმართველობასა და სასამართლოში. კანონმდებლობის პროგრესირების ფონზე მცირდება თავისუფალი მმართველობის ფარგლები, თუმცა შეუძლებელია, მთლიანად დავუქვემდებაროთ ის კანონმდებლობას. ყველაზე მაღალი ხარისხით სამართალთან დაკავშირებული საქმიანობა წარმოჩნდება მართლმსაჯულების სფეროში, რომლის სპეციფიკური ფორმაც – სასამართლო გადაწყვეტილებები ყოველთვის უნდა იყოს სამართლებრივი ნორმების გამოყენების შედეგი ცალკეული შემთხვევისადმი. ასე რომ, არცერთ სამართლებრივი დავის გადამწყვეტ სასამართლო აქტს, როგორ ფართო სივრცესაც არ უნდა მოიცავდეს მოსამართლის თავისუფალი მიხედულება, არ შეუძლია მიიღოს სავსებით თვითნებური გადაწყვეტილების ხასიათი.

რამდენადაც პარადოქსული არ უნდა იყოს, საკანონმდებლო ხელისუფლებასთან ერთად, სხვა შტოების საქმიანობის ფარგლებშიც აღმოჩნდა საქმიანობის თავისუფლების მნიშვნელოვანი ხარისხი. აღმასრულებელ ხელისუფლებაში მთავრობის

<sup>89</sup> Pollak, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, 502.

პოლიტიკა, პრიორიტეტებისა და ინიციატივების განსაზღვრა, კადრების შერჩევა არასდროს არ არის კონკრეტიზებული სამართლებრივი ნორმებით. მთავრობა, რომლის საქმიანობაც მთლიანად შებოჭილი იქნებოდა კანონით, გახდებოდა მხოლოდ პოლიტიკური ქიშკრა. მთავრობის საქმიანობა, განსაკუთრებით საგარეო პოლიტიკაში, ხშირად არის ისეთივე თავისუფალი, როგორც საკანონმდებლო საქმიანობა. ამდენად, მმართველობა არასდროს არ არის უბრალო აღსრულება, მექანიკური გამოყენება საერთო წესებისა.

რაც შეეხება სასამართლოს საქმიანობას, ერთი შეხედვით, შეიძლება მოგვეჩვენოს, რომ თავისუფალი საქმიანობის ელემენტებს არ შეიცავს მოსამართლის ფუნქციები, რომლის არსებითი ამოცანა ცალკეული შემთხვევის გადაწყვეტისას სამართლის კონკრეტიზაციაა. ასეთ შეხედულებას მხედველობიდან რჩება ის გარემოება, რომ საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ დადგენილი ნორმები მხოლოდ აბსტრაქტული წესებია, რომლებიც უშუალო, რეალურ ნამდვილობას არ ქმნიან, არამედ მოითხოვენ დამოუკიდებელ მოტივირებულ საქმიანობას, რათა ობიექტური მდგომარეობა, რომლის მისაღწევადაც ისინია მიმართული, შეესაბამებოდეს მათ მოთხოვნებს.

სახელმწიფო ქმნის აბსტრაქტულ სამართლებრივ ნორმებს, რომლებიც მრავალჯერადი გამოყენებისაა და ინდივიდუალური მდგომარეობის დარეგულირებაზეა გათვლილი. თუ მართლმსაჯულების განხორციელებას დავიყვანთ კანონის მექანიკურ გამოყენებამდე და მოსამართლეს არ ექნებოდა არანაირი თავისუფლება, ასეთ შემთხვევაში შეგვეძლებოდა, დანამდვილებით გაგვეთვალისწინებინა ყოველგვარი სამართლებრივი დავის შედეგი და სასამართლო გადაწყვეტილებათა ერთმანეთთან წინააღმდეგობებიც სავსებით შეუძლებელი იქნებოდა. მაგრამ მართლმსაჯულების განხორციელებაში არის არანაირი წესებით განსაზღვრული ელემენტი შემოქმედებისა, მხოლოდ მართლმსაჯულების პროცესში შეიძლება მთლიანად განვითარებულ და შემეცნებულ იქნეს სამართლებრივი ნორმა თავისი სრული მნიშვნელობით. მოსამართლე ამგვარად, არის დამოუკიდებელი ფაქტორი სამართლის განვითარებაში, ამას გარდა, თანამედროვე სასამართლოთა საქმიანობა განისაზღვრება კანონით დადგენილ ცნობილ ფარგლებში, მათი თავისუფალი მიხედულებით, რომელიც თავისი შინაარსით შესაბამისია მმართველობის ორგანოთა საქმიანობისა. სასამართლოს საქმიანობას, განსხვავებით აღმასრულებელი საქმიანობისგან,

არ გააჩნია ინიციატივის უფლება. მოსამართლეს შეუძლია შეუდგეს თავისი ფუნქციების განხორციელებას, მხოლოდ მისგან დამოუკიდებელი გარეგანი ფაქტორების არსებობისას.

## 2. მოსამართლე და კანონი: დუელი თუ დიალოგი?!

თანამედროვე სამართლის თეორიაში კანონისადმი დამოკიდებულება შეიცვალა, მან კარგა ხანია დაკარგა ის შარავანდი, რითაც მოცულ იყო ადრე. სამართლის პრიმატის იდეამ კიდე უფრო გაზარდა ეს ტენდენცია. სამართლის მიზნად გამოცხადდა სახელმწიფოს გარკვეული ლიმიტაცია. მიუხედავად კოდიფიკაციის გამაღებელი პროცესისა, ნათელია, რომ კოდექსისა და კანონის ცნება ვერ ფარავს მთელ იურისპრუდენციას. სამართლად განიხილავენ არა სახელმწიფოს ხელისუფლების მიერ გამოცემულ კანონს, არამედ სხვა წყაროებს – სასამართლო პრაქტიკას, ჩვეულებებს, დოქტრინას, ბუნებითი სამართლის პრინციპებსა და ადამიანის იმანენტურ უფლებებს, რომლებიც შეიძლება მნიშვნელოვნად განსხვავდებოდნენ კანონისაგან. სოციოლოგიურმა დარეალისტურმა იურისპრუდენციამ უფრო აშკარად გამოხატეს კანონისადმი უპატივცემულობა – სამართალი აღარ არის გაიგივებული კანონთან. შესაბამისად, წინა პლანზე წამოინია სასამართლო სამართალშემოქმედების იდეა, რომელიც მოსამართლეს ანიჭებს უფრო დიდ როლს, ვიდრე კანონის განმმარტებლის როლია. მოსამართლე აღარ არის „ჩინოვნიკი“, ხელისუფლების აგენტი, რომელიც მექანიკურად აჯამებს კონკრეტულ შემთხვევებს კანონის მოქმედების ქვეშ, რომ ამგვარად მიიღოს გადაწყვეტილება. უფრო და უფრო მეტი დოზით მას ენიჭება ფართო დამოუკიდებლობა კანონის ტექსტთან მიმართებით, მისი როლი ხდება უფრო აქტიური და საპატიო, პასუხისმგებლობაც იზრდება. ამას ხელს უწყობს ე.წ. კაუჩუკისებური ნორმები, აბსტრაქტულ-შეფასებითი კრიტერიუმები, რომლებიც კანონს ანიჭებენ განუსაზღვრელობას და თავის თავში შეიცავს თავისუფალი მიხედვლების სანქციას. სასამართლო გადაწყვეტილებას არ შეუძლია გააუქმოს საკანონმდებლო აქტი, მაგრამ მას შეუძლია, მნიშვნელოვნად შეცვალოს მისი შინაარსი განმარტების გზით. ამ თვალსაზრისით, შეიძლება ითქვას, კანონი დამოკიდებული ხდება პრეცედენტზე. განმარტება ერთხელ ნორმატიული აქტის ამა თუ იმ პარაგრაფისა განაგრძობს არსებობას, უკვე „შეცვლილი სახით“, ე.ი. იძენს იმ აზრს, რომელიც მიეცა სასამართლო გადაწყვეტილებით.

ამგვარად, კანონი ხდება სასამართლო პრაქტიკის ობიექტი, ხოლო სასამართლო იღებს ფართო შესაძლებლობებს, რათა „შეასწოროს“ კანონმდებელი.

სამართალი გათავისუფლდა კანონის აბსტრაქტული ნორმების დიქტატისაგან. თანამედროვე იურისპრუდენცია აღიარებს სასამართლოს სამართალშემოქმედებით ფუნქციას. დადგადრო, მოძველებული შეკითხვიდან -- ქმნიან მოსამართლეები სამართალს? -- მივუდგეთ უფრო რთულ და წინააღმდეგობრივ საკითხს სასამართლო სამართალშემოქმედების საზღვრების შესახებ.<sup>90</sup>

ფრანგულ სასამართლო სისტემაში, მიუხედავად სამოქალაქო კოდექსის მე-4 მუხლში მოცემული დებულებისა - მოსამართლეს არ შეუძლია, უარი თქვას საქმის განხილვაზე შესაბამისი კანონის არ არსებობის, ბუნდოვანებისა და არასაკმარისობის საფუძვლით, მაინც ვერ ჩამოყალიბდა ტრადიცია, რომ განვიხილოთ სასამართლო პრაქტიკა სამართლის ნამდვილ წყაროდ. კონტრარგუმენტის სახით მიღებულია იმის თქმა, რომ ეს ეწინააღმდეგება ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს. მიუხედავად ამისა, წამყვანი სპეციალისტები სადავოდ ხდიან მოსაზრებას იმის თაობაზე, რომ სასამართლო პრაქტიკა არის სამართლის წყარო, მაგრამ მასში ხედავენ ფაქტორს, რომელიც განსაზღვრავს სამართლის ავტორიტეტს;<sup>91</sup> სხვანი მას ახასიათებენ როგორც სამართლის წყაროს. სამართლიანია მტკიცება, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებები არ წარმოადგენენ წესებს, რომლებიც ფლობენ სავალდებულო იურიდიულ ძალას, ვისთვისაც არ უნდა იყოს, გარდა პროცესში მონაწილე მხარეებისა, იმ სიტუაციებშიც კი, როდესაც სასამართლო ინსტიტუტების იერარქიის ძალით, შეიძლება არსებითი ზეგავლენა მოახდინონ გადაწყვეტილებებზე, რომლებსაც იღებენ დაბალი დონის ინსტანციები. სამართლის ყველა დარგში მოსამართლის როლია კანონის გამოყენება, მისი ინტერპრეტაცია, ცარიელი ადგილების შევსება, მისი გაცოცხლება, გაახალგაზრდავება. მიუხედავად იმისა, რომ მოსამართლის მისიაა კანონისადმი დაქვემდებარება, მისი გამოყენება და იგი ასრულებს აუცილებელი დამაკავშირებელი რგოლის როლს იურიდიული წესის გამოცემასა და მის ეფექტურ შესრულებას შორის, მას სინამდვილეში შეუძლია მისი საკამათოდ გახდა. ამიტომ ურთიერთობა საკანონმდებლო და

<sup>90</sup> Fridman, limits of Judicial lawmaking, 1966, 212

<sup>91</sup> Carbonnier, Jean (2004). Droit civil. Presses Universitaires de France, Collection Quadriges.

სასამართლო ორგანოებს შორის ზოგჯერ იღებს ქარიშხლის ხასიათს. მიღებულია, რომ ანტაგონიზმი კანონმდებელსა და სასამართლო პრაქტიკას შორის მიეკუთვნება სამართლის ფორმირების პროცესში აუცილებელ მოვლენათა რიცხვს.<sup>92</sup> ამ ორგანოებს შორის ოპოზიციურობის თანაბრად შეიძლება ჩამოყალიბდეს თანამშრომლობის ურთიერთობები.<sup>93</sup>

კანონმდებლის ზეგავლენა მოსამართლეზე, რომლის მისიაც წერილობითი სამართლის სისტემებში ემყარება კანონის გამოყენებას, თვალშისაცემი ფაქტია, მაგრამ ამ შემთხვევებში აუცილებელია დაზუსტება, როგორია მოსამართლის ზემოქმედება კანონმდებელზე და, ამასთანავე, როგორია ამ უკანასკნელის რეაქცია.<sup>94</sup>

მოსამართლეები, ვინაიდან ეჯახებიან კონკრეტულ რეალობებს, ავსებენ კანონმდებლის სიცარიელეს, განმარტავენ მას, პოულობენ მისი გამოყენების ახალ საშუალებას, ხშირად ზემოქმედებენ კანონმდებელზე, რომელიც იძულებული ხდება, მოახდინოს სასამართლო პრაქტიკის ლეგალიზება. პრაქტიკა, თავის მხრივ, ხშირად ითხოვს თავისი კანონების მიღებას. საბოლოო ჯამში, იურიდიულ სცენაზე მოქმედი ყველა პირი, ასე თუ ისე, ხელს უწყობს სამართლებრივი სისტემის შექმნას.

სასამართლო მიხედულება ხშირად მულავენდება როგორც სამართალშემოქმედების ფორმა. სასამართლო მიხედულება, ისრაელის უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის – არონ ბარაკის – შეფასებით, ესაა სასამართლოსათვის მიცემული უფლებამოსილება, გააკეთოს არჩევანი რამდენიმე კანონიერი შესაძლებლობიდან.

ჩემი სასამართლო საქმიანობის მანძილზე ხშირი იყო შემთხვევა, როცა უნდა გამეკეთებინა არჩევანი ჩემი მოქმედების რამდენიმე ვარიანტს შორის. განსჯისა და ფიქრის შემდეგ აღმოჩნდებოდა რამდენიმე შესაძლებლობა, რომელთაგანაც ყველა კანონიერი იყო. როგორ უნდა მოიქცეს მოსამართლე ამ შემთხვევაში, როდესაც აღმოჩნდება სამართლებრივი სიტუაციის წინაშე, რომელსაც ერთზე მეტი კანონიერი გადაწყვეტა აქვს? მოსამართლის არჩევანი განისაზღვრება მისი სამოსამართლო ფილოსოფიით, რომელიც არის მისი გამოცდილებისა და მსოფლმხედველობის პროდუქტი.<sup>95</sup>

პროფ. დევისი მიიჩნევდა, რომ საჯარო ჩინოვნიკი ფლობს

<sup>92</sup> Malaurie, *La Jurisprudence Source de Droit*, 1965, 423.

<sup>93</sup> Bergel, *La Loi Juge*, 1977, 321.

<sup>94</sup> *L'Interpretation per le Jude des Regles Ecrites*, 1978, 133.

<sup>95</sup> Barak, *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1999, 435.

მიხედულებას, როდესაც მისი ძალაუფლების განხორციელების ფარგლები აძლევს მას თავისუფლებას, გააკეთოს არჩევანი მოქმედებისა თუ უმოქმედების რამდენიმე ვარიანტს შორის;<sup>96</sup> რონალდ დვორკინი ამტკიცებდა, რომ ყველა სამართლებრივ პრობლემას აქვს ერთი და მხოლოდ ერთი სწორი გადაწყვეტა.<sup>97</sup> პროფ. სმიტი ასკვნიდა, რომ თავად სასამართლო მიხედულების არსებობა ნიშნავს იმას, რომ სამართლებრივ პრობლემას არ გააჩნია ერთადერთი სწორი გადაწყვეტა.<sup>98</sup>

მაინც რა არის სასამართლო მიხედულების საგანი? პირველი – ეს არის ფაქტები. სასამართლო მიხედულება ამოირჩევს ფაქტების ერთობლიობიდან იმას, რომლებიც ეჩვენება აუცილებლად კონფლიქტის გადასაწყვეტად; მეორე სფერო არის გამოსაყენებელი ნორმის შერჩევა. თავად ნორმის მიერ გათვალისწინებული სხვადასხვა მეთოდიდან სასამართლო მიხედულება შეარჩევს ერთს, რომელიც შესაბამისად მიაჩნია; მესამე სფეროა თავად ნორმის განსაზღვრა – სხვადასხვა ნორმატიული შესაძლებლობიდან შესაბამისი ნორმის გამოყენება.

მოსამართლე ზუსტმენი ასკვნიდა, რომ სამართალი – ესაა აბსტრაქტული ნორმა და მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილებას გადაყავს კანონმდებლის წესი სავალდებულო აქტში, რომელიც საზოგადოებას შეეხება. მოსამართლე აძლევს სამართალს მის რეალურ და კონკრეტულ ფორმას. ამიტომ შეიძლება ითქვას, რომ სტატუტი საბოლოო ჯამში კრისტალიზდება ფორმაში, რომელსაც მას მისცემს მოსამართლე.<sup>99</sup>

სასამართლო მიხედულება არასდროს არ არის აბსოლუტური – როგორი დიდიც არ უნდა იყოს არჩევანის თავისუფლება, ის არასდროს არ არის შეუზღუდავი. მისი ძალა ყოველთვის გამომდინარეობს სამართლის სხვადასხვა ნორმისაგან. მოსამართლე დუგლასმა ასე ჩამოაყალიბა თავისი მიდგომა: „აბსოლუტური მიხედულება, ისევე როგორც კორუფცია, ნიშნავს თავისუფლების დასასრულის დასაწყისს. სამართალმა აპოგეას მიაღწია, როდესაც მან გაათავისუფლა ადამიანი ნებისმიერი მმართველის, ნებისმიერი სამოქალაქო ან სამხედრო ჩინოვნიკის, ნებისმიერი ბიუროკრატის შეუზღუდავი მიხედულებისაგან. როდესაც მიხედულება აბსოლუტურია, ადამიანი ყოველთვის იტანჯება. აბსოლუტური მიხედულება დაუნდობელი ბატონია.

<sup>96</sup> Davis, *Discretionary Justice* 1969, 167.

<sup>97</sup> Dworkin, *Judicial discretion*, 1963, 241.

<sup>98</sup> Smith, *Judicial Review of administrative action*, 1980, 239.

<sup>99</sup> Sussman, *the Courts and the legislative branch*, 1971, 247.

ის მეტად ანგრევს თავისუფლებას, ვიდრე ადამიანის სხვა ნებისმიერი ქმნილება. სასამართლო ხელისუფლება არასდროს არ ხორციელდება მოსამართლის ნების მიხედვით, მაგრამ ყოველთვის ხორციელდება კანონმდებლის ნების მიხედვით, ანუ კანონის ნებით“.<sup>100</sup>

### 3. სასამართლო მიხედულების (დისკრეციის) ფარგლები

ცნობილი დაკვირვების თანახმად, მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი საქმიანობა – ეს ერთ-ერთი იმ საკითხთაგანია, რომელიც ყველაზე მეტად ყოფს იურიდიულ სისტემებსა და იურიდიულ აზროვნებას. სასამართლო პრაქტიკა არის წყარო, უპირველეს ყოვლისა, ექსკლუზიური და ამის შემდეგ პრინციპული, ანგლოსაქსური სამართლებრივი სისტემებისათვის. ზოგიერთი ნამედროვე სამართლებრივი სისტემა, მიუხედავად საერთო სამართალთან სიუცხოვისა, აღიარებს მოსამართლის უფლებას სამართალშემოქმედებით საქმიანობაზე. მაგ., შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსის 1-ლი მუხლი ამბობს: „იმ შემთხვევებში, როდესაც შესაბამისი დებულება კანონის სახით არ არსებობს, მოსამართლეს გამოაქვს გადაწყვეტილება ჩვეულებითი სამართლის შესაბამისად, ხოლო იმ შემთხვევაში, როდესაც არ გვაქვს ჩვეულება, იმ წესების შესაბამისად, რომელთაც ის დაამტკიცებდა, რომ შეეძლოს კანონმდებლის უფლებით მოქმედება. მოსამართლე უნდა დაეყრდნოს გადაწყვეტილებებს, რომლებიც ჩამოყალიბებულია განმარტების ტრადიციებსა და სასამართლო პრაქტიკაში“.

სამართლის წყაროთა სხვადასხვაგვარობის მიუხედავად, არ არსებობს ისეთი იურიდიული წესრიგი, რომელიც აღიარებდა მხოლოდ ერთ წყაროს და ერთმნიშვნელოვნად უარყოფდა სხვა ყველას, მაგრამ არსებობს ისეთი სამართლებრივი სისტემები, სადაც ერთ-ერთი წყარო აღემატება სხვებს: თუკი საერთო სამართლის სისტემისათვის პრიორიტეტულია პრეცედენტული სამართალი, რომანულ-გერმანული სამართლებრივი სისტემები სამართლის სხვადასხვა წყაროთაგან აღიარებენ კანონის უპირატესობას. მაგრამ ხშირად კანონში ფორმულირებული ნორმები არის იმდენად ზოგადი და აბსტრაქტული, ხშირად კი არასაკმარისიც, რომ, მიუხედავად კანონმდებლობის სრულყოფაზე მუდმივი ზრუნვისა და კოდიფიკაციის პროცესისა, კანონი აშკარად არ აღმოჩნდა ერთადერთი საკმარისი წყარო საზოგადოებრივ ურთიერთობათა რეგულირებისათვის, ამიტომაც

<sup>100</sup>Douglas, The Theory of Judicial Decision, 1983, 109

რომანულ-გერმანული სამართალი იძულებული გახდა, ეს ხარვეზი სხვადასხვა ხერხით შეეცა. ესაა კანონის ანალოგიისა და სამართლის ანალოგიის პრინციპის შემოტანა, რითაც რომანულ-გერმანულმა სამართალმა აღიარა კანონის, როგორც სამართლის ძირითადი წყაროს, არასაკმარისობა და მისი შევსების საჭიროება. თუ არ არსებობს სადავო ურთიერთობის მომწესრიგებელი კანონი, სასამართლო იყენებს კანონს, რომელიც ანესრიგებს მსგავს ურთიერთობებს (კანონის ანალოგია), ხოლო თუ ასეთი კანონიც არ არსებობს, სასამართლო ემყარება კანონმდებლობის ზოგად პრინციპებს (სამართლის ანალოგია).

ნაწილობრივ აღიარებულ იქნა ასევე სასამართლო პრაქტიკის მნიშვნელობაც. კონტინენტური სისტემის ისეთ მკაცრ ქვეყანაშიც კი, როგორცაა საფრანგეთი, უპირატესად სასამართლო პრაქტიკის საფუძველზე განვითარდა სამართლის ერთი მთლიანი დარგი – ადმინისტრაციული სამართალი. ხშირად სამართლის სხვა დარგებშიც კანონი უბრალოდ აკანონებდა სასამართლო პრაქტიკის განვითარების შედეგებს. ასევე მნიშვნელოვან როლს ასრულებს კანონის ახსნა-განმარტების ხერხები, სადაც მოსამართლეებს ეძლევათ კანონის სტატიკურ ნორმათა ინტერპრეტაციის თავისუფლება. სამართლებრივი ჰერმენევტიკა (ჰერმესი – ზევსის ვაჟი, რომელსაც სურდა ღმერთების აზრი ადამიანებამდე მიეტანა) – მოძღვრება სამართლის ნორმათა განმარტებების შესახებ, მნიშვნელოვან როლს ასრულებს კანონის სტატიკურობიდან დინამიკურ პროცესში მოსაყვანად. საკანონმდებლო ნორმების რეალიზაცია უკავშირდება მათ განმარტებასა და ინტერპრეტაციას. ესეც არის მეორე ნიშანი იმისა, რომ კანონი არ არის სამართლებრივ პრობლემათა გადაჭრის მზა რეცეპტი. მიიჩნევენ, რომ სამართლებრივი ნორმების განმარტების ყველა ხერხი სასამართლო პრაქტიკის „მუხლებზე დაიბადა“.

იმის მიხედვით, თუ ვინ განმარტავს კანონს და როგორია ამ განმარტების იურიდიული ძალა, განასხვავებენ: ავთენტიკურ განმარტებას – მას ნორმის გამომცემელი განმარტავს და ისეთივე საყოველთაო ძალა აქვს, როგორც თავად საკანონმდებლო ნორმას; ლეგალურ განმარტებას – გამოსცემს საამისოდ უფლებამოსილი ორგანო; სასამართლო განმარტებას – სასამართლო ორგანოები აკეთებენ კაზუალურ განმარტებას, რომელიც კონკრეტულ საქმესთან დაკავშირებითაა და ამ საქმისა და ამ საქმეში მონაწილე პირებისთვისაა სავალდებულო, სხვებისთვის კი სავალდებულო არაა; დოქტრინული ანუ მეცნიერული განმარტება – არავისთვის

სავალდებულო არაა, მაგრამ საკონსულტაციო მნიშვნელობა ენიჭება.

კანონის განმარტების მოცულობის მიხედვით, აღსანიშნავია: სიტყვასიტყვითი განმარტება, როდესაც ნორმის ტექსტი და აზრი ტოლია, – როგორც წერია, ისევე უნდა იქნეს გაგებული; კანონის განვრცობითი განმარტება – ნორმის შინაარსი უფრო ფართოდ უნდა იქნეს გაგებული; შეზღუდვითი განმარტება – კანონის ტექსტი არის ფართო და უნდა გავიგოთ ვიწროდ.

განმარტების ხერხების მიხედვით გამოყოფენ: კანონის ლოგიკურ განმარტებას, – როდესაც კანონის აზრის გარკვევა ხდება ლოგიკის წესების მიხედვით; გრამატიკულ განმარტებას – კანონის შინაარსის გაგებისათვის ვეყრდნობით გრამატიკულ წესებს; ისტორიულ განმარტებას – კანონის აზრის ზუსტად გარკვევა კონკრეტული ისტორიულ-საზოგადოებრივი გარემოებების შესწავლითა და დოკუმენტაციის ანალიზით; სისტემურ განმარტებას, – რომლის გამოყენების დროსაც კანონის აზრის დადგენა ხდება იმის მიხედვით, თუ რა ადგილი უჭირავს გასამარტავ ნორმას შესაბამისი სამართლებრივი აქტის სისტემაში; ტელეოლოგიური ანუ მიზნობრივი განმარტებისას მნიშვნელოვანია კანონის განმარტება ამ ნორმის მიზნიდან გამომდინარე, იმის გარკვევა, თუ რას ისახავდა ეს ნორმა მიზნად.

ჩვეულება, კანონი, სასამართლო პრაქტიკა, პრეცედენტი, კანონის განმარტება – თითოეული თავისებურად ხელს უწყობს სამართლის რეალიზაციას. სახეზეა ურთიერთგავლენა და ურთიერთშევესება სამართლებრივი წყაროებისა. საბოლოო ჯამში, სამართალი იქმნება მხოლოდ რეალიზაციის პროცესში, შესაბამისად, დიდია სამართლის რეალიზატორთა როლი ამ პროცესში. იურიდიული წესი, კანონი, ამ ტერმინის ყველაზე უფრო ფართო მნიშვნელობით ესაა „განმარტებელთა კანონი“, „მოსამართლის კანონი“, „სამართლებრივი პროცესის მონაწილეთა კანონი“.

სამართლებრივი კვალიფიკაცია მოიცავს საქმის მთელი ფაქტობრივი გარემოებების იურიდიულ შეფასებას, გარკვეული იურიდიული ნორმების მისადაგებას კონკრეტული შემთხვევისადმი (ძირითადი ფაქტებისადმი). ბუნებრივია, რომ სამართლის რეალიზაციის ამ პროცესში ჭარბობს შეფასებითი ელემენტები და მოსამართლე ფლობს მეტ თავისუფლებას.

#### 4. სასამართლო პრეცედენტი, როგორც სამართლის განსაზღვრულობისა და სტაბილურობის ფაქტორი

ინგლისური ტრადიციული დოქტრინა პრეცედენტს განიხილავს როგორც მართლწესრიგის სტაბილურობისა და მდგრადობის უზრუნველყოფის საშუალებას. პრეცედენტის გამოყენება არ არის დამოკიდებული მოსამართლის სუბიექტურ მიხედვულებაზე. ხშირად სამართლისათვის გაცილებით უფრო საჭიროა, იყოს ზუსტად ცნობილი, ვიდრე იდეალურად სრულყოფილი, რისი მიღწევა, ალბათ, ისედაც შეუძლებელია. მოსამართლის გადანყვეტილებით, რომელიც ეწინააღმდეგება პრეცედენტს, სამართლის სიზუსტე და განსაზღვრულობა მსხვერპლად ეწირება მის რაციონალურ განვითარებას. ასეთ სამართალზე დაყრდნობა სარისკო საქმეა: „პრეცედენტი, რომელიც არ არის უარყოფილი, შეიძლება გახდეს მრავალი კერძო შემთხვევის ნორმა. ასეთი ნორმის ძალას შეიძლება მრავალი ენდოს და დაუკავშიროს მას თავისი ფასეული ქონებრივი და სხვა უფლებები. მნიშვნელოვანი ხელშეკრულებები და გრძელვადიანი პროექტები შეიძლება შეიქმნას ასეთ ნორმებზე დაყრდნობით. ის შეიძლება გახდეს საფუძველი ორმხრივი კომერციული ურთიერთობისა და ანგარიშსწორებისა. აი ამიტომ აქვს მართლმსაჯულებას საფუძველი, მოითხოვოს, რომ თუნდაც მცდარი გადანყვეტილება, რომელიც პრეცედენტი გახდა, დარჩეს უცვლელი.“<sup>101</sup>

- კონტინენტური ქვეყნების მოსამართლეს, ისევე როგორც ინგლისელს, უეჭველად ყოველთვის სურდა სამართლის მდგრადობა. ამ მიზნით პირველად ის ეყრდნობოდა რომაულ სამართალს და კოდიფიკაციის წესებს, მოგვიანებით ნაპოლეონის ეპოქის კოდექსებს. ამ გარემოებებმა გახადეს ევროპული სამართალი გარკვეული ხარისხით განსაზღვრული. ინგლისში კი არ ყოფილა არც რომაული სამართლის რეცეფცია, არც კოდექსები მთელი თავისი სრულყოფილებითა და სამართლის წერილობითი დაფიქსირების ფორმით. ინგლისური მართლმსაჯულება რომ არ დარჩენილიყო ცვალებადი და მერყევი, საჭირო იყო „მტკიცე ცემენტი“. ის ნაპოვნი იქნა საერთო სამართლის მიერ შექმნილ პრეცედენტის დოქტრინაში, რომლის ძირითადი საყრდენი სიმკაცრე და განსაზღვრულობა იყო, – ამბობს გუდჰარტი სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემაში პრეცედენტის როლისადმი

<sup>101</sup> Судебный прецедент / Демченко Г.В. - Варшава: Тип. Варш. учеб. окр., 1903. 1914, 401.

მიძღვნილ თავის კვლევაში.<sup>102</sup> სასამართლო პრეცედენტის როლი ხდება სამართლებრივ ოჯახებს შორის განსხვავების საფუძველი. საერთო სამართლის (common law) ოჯახი პირველად შეიქმნა ინგლისში მოსამართლეთა მიერ ცალკეულ პირებს შორის საქმეთა განხილვისას, შემდეგ ის გადავიდა აშშ-ში, კანადაში, ავსტრალიასა და სხვა ქვეყნებში. რომანულ-გერმანული სამართლებრივი ოჯახი შეიქმნა რომაული სამართლის საფუძველზე და მისი სამართლის ძირითადი ნყაროა კანონი.

ძირითადი პრინციპი, რომელიც დაცულ უნდა იქნეს მართლმსაჯულების განხორციელებისას, ესაა – მსგავსი საქმეები მსგავსად წყდება. ამ საერთო მიზნის მისაღწევად კონტინენტური სამართლის სისტემა და საერთო სამართლის სისტემა სხვადასხვა ხერხს მიმართავს, სწორედ ეს განაპირობებს, თავის მხრივ, მათ შორის განსხვავებას. თითოეულმა სამართლებრივმა სისტემამ ევოლუციის განსხვავებული გზა განვლო.

## 5. პრეცედენტის დოქტრინის საფუძვლები

ოქსფორდის ლექსიკონი პრეცედენტის ზოგად ცნებას შემდეგნაირად განმარტავს: მაგალითი ან საქმე, რომელიც მიღებულია ან შეიძლება მიღებულ იქნეს სამაგალითოდ ან წესის სახით მომდევნო საქმეებისათვის, ან რომლის დახმარებითაც დადასტურებულ ან ახსნილ უნდა იქნეს სხვა ანალოგიური აქტი თუ გარემოება.<sup>103</sup> „პრეცედენტული სამართალი“ შედგება მოსამართლეთა მიერ გადაწყვეტილების გამოტანის პროცესში შექმნილი და გამოყენებული ნორმებისა და პრინციპებისაგან. თითქმის ყველა ქვეყანაში სასამართლო პრეცედენტი ამა თუ იმ ხარისხით ფლობს თავის მარწმუნებელ ძალას. **stare decisis** – გადაწყვეტილი ისე, როგორც გადაწყვეტილი იყო ადრე. პრეცედენტული სამართლის სისტემაში საქმის განხილვისას მოსამართლე ვალდებულია გაითვალისწინოს ის ნორმები და პრინციპები, რომლებიც მსგავს საქმეებშია ჩამოყალიბებული, მაშინ როდესაც სხვა სამართლებრივ სისტემაში ისინი წარმოადგენენ მხოლოდ იმ მასალას, რომელიც მოსამართლეს შეუძლია გაითვალისწინოს საკუთარი გადაწყვეტილების გამოტანისას. ინგლისში პრეცედენტის დოქტრინა გამოირჩევა

<sup>102</sup> Goodhart, Precedent in English and Continental Law, London, 1934.

<sup>103</sup> Oxford Dictionary, Ch.V, 1977, 292.

მკაცრად სავალდებულო ხასიათით. ხშირად ინგლისელი მოსამართლეები ვალდებული არიან, მისდიონ უფრო ადრეულ გადანყვეტილებებს იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც არსებობს საკმაოდ სარწმუნო საფუძვლები, რომლებიც, რომ არა პრეცედენტის სავალდებულო დოქტრინა, შესაძლებელი იქნებოდა, საქმე სხვაგვარად გადანყვეტილიყო. ინგლისის ყოველი სასამართლო ვალდებულია, მისდიოს უფრო მაღალი იერარქიის სასამართლოს გადანყვეტილებებს, ხოლო სააპელაციო სასამართლოები დაკავშირებული არიან თავიანთ წინანდელ გადანყვეტილებებთანაც. 1966 წლამდე თვით ლორდთა პალატაც უპირობოდ დაკავშირებული იყო თავის წინა გადანყვეტილებებთან. ამჟამად იგი უფლებამოსილია, შეცვალოს სასამართლო პრაქტიკა. სააპელაციო სასამართლოთა გადანყვეტილებები სავალდებულოა ქვემდგომი სასამართლოებისათვის და თავად სააპელაციო სასამართლოებისათვის. თუ ლორდთა პალატა ერთხელ დაანებს ახალ სამართლებრივ პრინციპს, ის გამოყენებულ უნდა იქნეს ყველა სასამართლოს მიერ, სანამ პარლამენტი არ გადანყვეტს, ლიკვიდაცია გაუკეთოს მას შესაბამისი კანონის მიღებით. ამჟამად ლორდთა პალატაც, თავის მხრივ, უფლებამოსილია, შეცვალოს თავისი წინა გადანყვეტილებები, რითაც ნორმათშემოქმედებით საქმიანობაში ერთგვარ კონკურენციას უწევს ინგლისის უმაღლეს საკანონმდებლო ორგანოს. ამგვარად, ინგლისური სამართალი, პირველ რიგში, პრეცედენტული სამართალია (*case law*), კანონმდებლობას (*statute law*) დამატებითი როლი აკისრია.

პრინციპს, რომელიც გვავალდებულებს პრეცედენტების დაცვას, ეწოდება *stare decisis*. პრაქტიკაში პრეცედენტების დაცვა არ არის მარტივი ამოცანა. პრეცედენტში სავალდებულოა არა მთელი გადანყვეტილება, არამედ, საქმის გადანყვეტის პრინციპი, მოსამართლის სამართლებრივი პოზიციის არსი, რომლის საფუძველზეც მას გამოაქვს გადანყვეტილება ან განაჩენი. სასამართლო გადანყვეტილების ამ ნაწილს ეწოდება *ratio decidendi*. საქმის სხვა მხარეებს, რომლებიც არ არის სავალდებულო სასამართლოსათვის, ეწოდება *obiter dicta*.

პრეცედენტის ინგლისური დოქტრინა იმყოფება თითქმის უწყვეტი ცვლილებების მდგომარეობაში. მიუხედავად ამისა, ის ინარჩუნებს სამ მუდმივ ნიშანს: უმაღლესი სასამართლოს ცალკე აღებული გადანყვეტილებისადმი პატივისცემა; აღიარება იმისა, რომ ასეთი სასამართლოს გადანყვეტილება არის მარწმუნებელი პრეცედენტი იერარქიაში ზემდგომი სასამართლოებისათვის; ცალკე აღებული გადანყვეტილება განიხილება როგორც

სავალდებულო პრეცედენტი ქვემდგომი სასამართლოებისათვის. ინგლისური სამართლის ზოგიერთი დარგი თითქმის მთლიანად მოსამართლეთა გადაწყვეტილებების პროდუქტია, რომელთა მოტივირებული საფუძვლებიც ქვეყნდება სასამართლო ანგარიშებში შვიდი ასეული წლის განმავლობაში.

მოსამართლე, რომელიც უგულვებლყოფს თავის ვალდებულებას – პატივისცემით მოეპყროს პრეცედენტულ სამართალს, დაიმსახურებს სავსებით უარყოფით დამოკიდებულებას და თუ ასეთი უგულვებლყოფა ოდესმე გახდება საყოველთაოდ მიღებული, ინგლისურ სამართლებრივ სისტემაში ეს იქნება უფართოესი მასშტაბის რევოლუციის შედეგი.<sup>104</sup>

## 6. რამდენად არის სასამართლო დაკავშირებული საკუთარ ადრინდელ გადაწყვეტილებებთან?

სამართლის განვითარება ძირითადად ხდება მაღალი დონის სასამართლოების მიერ. ქვედა რგოლის სასამართლოებისათვის უფრო მნიშვნელოვანია ფაქტების დადგენა, ხოლო ზემდგომი სასამართლოებისათვის სამართლებრივი საკითხები. ქვემდგომი სასამართლოს გადაწყვეტილებები, რალათქმაუნდა, მნიშვნელოვანია საქმეში მონაწილე მხარეებისათვის, მაგრამ საერთო სამართლის შემადგენელი ნაწილი ის არ ხდება. სპეციალურ სასამართლოთა გადაწყვეტილებებში ფორმულირებულია პრინციპები, რომლებიც ფუძემდებლურია მათ სპეციალურ სფეროში.

იყო დრო, როდესაც მოსამართლეები და ადვოკატები ამტკიცებდნენ, რომ სასამართლოები კი არ ქმნიან სამართალს, არამედ გადმოგვცემენ საერთო სამართლის პრინციპებს. ახლაც მოიძებნებიან მოსამართლეები, რომლებსაც არ სურთ, რომ მათ მიიჩნევდნენ სამართლის შემქმნელად. მიუხედავად ამისა, სწრაფი სოციალური გარდაქმნების ფონზე კანონის შეცვლის აუცილებლობა იმდენად დიდია, რომ მოსამართლეები იძულებულნი არიან, განავითარონ საერთო სამართლის პრინციპები საზოგადოების მოთხოვნათა დასაკმაყოფილებლად. დღეისათვის მიიჩნევენ, რომ უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეები კი არ ქმნიან სამართალს, მათ, უწინარესად, უნდა განავითარონ არსებული პრინციპები, ვიდრე გამოიგონონ საკუთარი.

ჯილმორდი მიიჩნევს, რომ ნებისმიერი სასამართლოს მთავარი

<sup>104</sup> Gross, Precedent in English Law, 1977, 114.

ამოცანაა არა სამართლის განვითარება ზოგადად, არამედ კონკრეტულ საქმეში მხარეებს შორის დავაში სამართლიანი (ინგლისის შემთხვევაში სამართლიანი და არა კანონიერი, გ.გ.) გადანყვეტილების ძიება. სამართლის განვითარება, შესაბამისად, დამოკიდებულია ფაქტობრივ სიტუაციაზე, რომელიც შესაბამისი დონის სასამართლოთა წინაშე წარმოიშობა.

პრეცედენტის დოქტრინა ეფუძნება კონცეფციას, რომლის თანახმადაც ზემდგომი სასამართლოს გადანყვეტილება ძალაში რჩება და მიიჩნევა სამართლის ნორმად მანამ, სანამ არ იქნება გაუქმებული ამავე სისტემის ზემდგომი სასამართლოს მიერ ან პარლამენტის აქტით. თუ გადანყვეტილება გახდება წამყვანი მეცნიერებისა და პრაქტიკოსი იურისტების მძაფრი კრიტიკის საგანი, უკეთესია, გვეკონდეს მტკიცე სამართლებრივი ნორმა, ვიდრე განურჩევლობა სანინაალმდეგო გადანყვეტილებებისა. არსებობს მრავალი შემთხვევა, განსაკუთრებით სავაჭრო გარიგებებში, როცა მხარეები დავაში უპირატესობას ანიჭებენ იმას, ზუსტად იცოდნენ, როგორია მათი სამართლებრივი მდგომარეობა, ვიდრე მიაღწიონ სასამართლოში იდეალური სამართლებრივი ნორმის შექმნას. პრეცედენტის დოქტრინა მკაცრად გამოიყენება სასამართლოთა იერარქიის ყველა დონეზე, ყველაზე უმაღლესი ინსტანციის გამოკლებით.

გადაწყვეტილება როგორც პრეცედენტი შეიძლება იყოს ან სავალდებულო, ან დამაჯერებელი. ეს დამოკიდებულია გადანყვეტილების გამომტანი სასამართლოს იერარქიაზე.

1966 წლამდე ლორდთა პალატა თავს მიიჩნევდა დაკავშირებულად ადრინდელ გადანყვეტილებებთან. ამჟამად იგი მიიჩნევს, რომ განსაკუთრებულ შემთხვევებში მას შეუძლია გააუქმოს თავისი ადრეული გადანყვეტილებები. ავსტრალიის უზენაესი სასამართლოც არ არის დაკავშირებული თავის ადრინდელ გადანყვეტილებებთან. ინგლისის სააპელაციო სასამართლო კი ვალდებულია, მისდიოს თავის წინა გადანყვეტილებებს.

ავსტრალიის ვიქტორიის შტატის უზენაესი სასამართლოს მთელი შემადგენლობა ვალდებულია დაიცვას საკუთარი გადანყვეტილებები, იმ შემთხვევების გარდა, როდესაც სპეციალური სრული შემადგენლობა ხუთი მოსამართლის მონაწილეობით მოახდენს წინა გადანყვეტილების ანუღირებას. როდესაც სასამართლო არ არის დაკავშირებული თავის გადანყვეტილებებთან, ის ჩვეულებისამებრ მიჰყვება მათ, ვინაიდან დარწმუნება სამართლის ნორმათა განსაზღვრულობაში იძლევა დიდ უპირატესობას.

## 7. Ratio decidendi

### (რა ხარისხით არის გადაწყვეტილება პრეცედენტი და როგორ იყენებს სასამართლო მას)

ცხოვრებაში, ჩვეულებრივ, ფაქტობრივი სიტუაციები იშვიათად მეორდება, შესაბამისად, სასამართლო სარჩელებში ფაქტობრივი დეტალები მხოლოდ ზოგიერთ შემთხვევაში შეიძლება იყოს სრულიად მსგავსი. როგორც წესი, ისინი განსხვავებულია. პრეცედენტის დოქტრინის თანახმად, სასამართლოები ვალდებული არიან დაიცვან პრინციპები, რომლებიც დადგენილია უფრო ადრეულ გადაწყვეტილებებში და არა წინა საქმეების ფაქტობრივი სიტუაციის დეტალები. საქმეში – *Donoghue v. Stevenson (1932)* – მოსარჩელე ამტკიცებდა, რომ დაავადდა არაალკოჰოლური სასმელის მიღების შედეგად. მას შემდეგ, რაც მან დალია თითქმის მთელი სასმელი, ცარიელ ბოთლში აღმოაჩინა ლოკოკინის ნარჩენები. მოსარჩელე მოითხოვდა სასმელის მწარმოებლისაგან მიყენებული ზარალის ანაზღაურებას. ამ საქმესთან დაკავშირებით ლორდთა პალატამ დაანესა ე.წ. პრინციპი „მომხმარებელთა ზრუნვაზე“, რომლის შესაბამისადაც მწარმოებელმა უნდა გაითვალისწინოს, რომ სასმელთა წარმოებისას მისმა დაუდევრობამ შეიძლება ზიანი მიაყენოს ვინმეს, ვინც მას იყენებს. პრინციპი მომხმარებელთა ზრუნვაზე გამოიყენებოდა არა მხოლოდ სასმელთა მწარმოებლების მიმართ და არ იზღუდებოდა მომხმარებელთა დაცვით სასმელში მოხვედრილი ლოკოკინებისაგან. მაგ., ის გამოყენებულ იქნა საქმეში, სადაც საქმე ეხებოდა თეთრეულის მწარმოებლის დაუდევრობას. თეთრეულის გასაწმენდად მან გამოიყენა ახალი ნივთიერებები, რაც წარმოებაში წინ გადადგმული ნაბიჯი იყო, მაგრამ დაუდევრობით ის ბოლომდე არ იქნა ქსოვილიდან ამოღებული, რის შედეგად ერთ-ერთ მყიდველს აღმოაჩნდა კანის დაავადება. ავსტრალიის ფარულმა საბჭომ საქმეში – *Crant v. Australian Knitting Mills LTD (1938)* – გამოიყენა ზემოაღნიშნულ საქმეში – *Donoghue v. Stevenson* – დადგენილი პრინციპი და მწარმოებელი მიჩნეულ იქნა პასუხისმგებლად მყიდველისათვის მიყენებული ზიანის გამო.

ლორდმა სეიდმა ასე დაახასიათა თავისი დამოკიდებულება პრეცედენტისადმი: სანამ დავადგენდეთ გადაწყვეტილების გაუქმების გარდუვალობას, ჩემთვის აუცილებელია დავრწმუნდე არა მხოლოდ ratio decidendi-ის უზუსტობაში, არამედ იმაშიც, რომ არ არსებობს სხვა შესაძლებელი საფუძვლები გადაწყვეტილების მხარდაჭერისათვის.

პრეცედენტს შესაძლებელია, არ მისდით პირდაპირ,

გააუქმო იგი (*overrule*), ან არ გაითვალისწინო (*dissent, not follow*). პრეცედენტის უარყოფა შეუძლია მხოლოდ უმაღლეს სასამართლო ინსტანციას (ლორდთა პალატასა და სააპელაციო სასამართლოს). პრეცედენტის უარყოფა შესაძლებელია იყოს პირდაპირი, კონკრეტულ სააპელაციო გადაწყვეტილებაში მითითებით, ან ირიბი, როდესაც ახალი ნორმა შემოაქვთ ისე, რომ ძველი ნორმების ანუღირება ღიად არ ხდება, ისინი მხოლოდ „თამაშიდან გადიან“. ყურადღება არ გაამახვილოს პრეცედენტზე, შეუძლია მხოლოდ თანაბარი იურისდიქციის სასამართლოს.

## 8. სასამართლო პრაქტიკის როლი ქართული სამართლის სისტემაში

ბოლო პერიოდამდე ქართული სამართალი სასამართლო პრაქტიკის მიმართ ინარჩუნებდა საბჭოთა იურისტის „გონივრულ“ პოზიციას. შეკითხვაზე – როგორია სასამართლო პრაქტიკის როლი თქვენს სამართლებრივ სისტემაში? – საბჭოთა იურისტი პასუხობდა, რომ ეს როლი ძალიან მნიშვნელოვანია, მეორე შეკითხვაზე – იყო თუ არა სასამართლო პრაქტიკა სამართლის წყარო, – უარყოფითი პასუხი არ აყოენებდა, თავისი არსით კი მეორე პასუხი გამორიცხავდა პირველს.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მეოთხე მუხლის თანახმად, სასამართლოს არა აქვს უფლება, უარი თქვას სამოქალაქო საქმეთა მართლმსაჯულების განხორციელებაზე იმ შემთხვევაშიც, თუ სამართლის ნორმა არ არსებობს, ან იგი ბუნდოვანია. სასამართლოს არა აქვს უფლება, უარი თქვას კანონის გამოყენებაზე იმ მოტივით, რომ მას კანონის ნორმა უსამართლოდ ან არაზნეობრივად მიაჩნია.

ამგვარად, კოდექსის თანახმად, კანონში ხარვეზის არსებობა სასამართლოსაგან შევსებას მოითხოვს, რაც იძლევა სამოსამართლო სამართლის განვითარების შესანიშნავ შესაძლებლობას. მსგავსი ტიპის ნორმები სხვა კონტინენტური სისტემის ქვეყნების სამოქალაქო კოდექსებშიც გვხვდება (შვეიცარია, საფრანგეთი), მაგრამ როგორც ამ ქვეყნებში, საქართველოშიც ამ ნორმას არ ჰქონია დიდი პრაქტიკული დატვირთვა. ამის მიზეზები, ჩვენი აზრით, ერთი მხრივ, მთლიანად რომანულ-გერმანული სამართლებრივი სისტემის ბუნებაში უნდა ვეძიოთ, რომელიც ეფუძნება სამართლებრივი პოზიტივიზმის თეორიას – სამართლებრივი ნორმები წერილობით

იყოს ფორმულირებული; მეორე მხრივ, იგრძნობა ამ კუთხით სამართლებრივი ტრადიციების ნაკლებობა – სუბიექტური და ობიექტური პირობების გამო, სამოსამართლო სამართლი სათანადოდ ვერ განვითარდა ჩვენში, თავი იჩინა გარკვეულმა უნდობლობამ მის მიმართ. 2004 წლის 18 მაისს მიღებულ იქნა კანონი – საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში დამატების შეტანის შესახებ, 441-ე მუხლი: „საცხოვრებელი სადგომით სარგებლობისას წარმოშობილი ურთიერთობების შესახებ“: „საქართველოს კანონში შესაბამისი ცვლილებების განხორციელებამდე სასამართლოებმა შეაჩერონ მესაკუთრესა და მოსარგებლეს შორის საცხოვრებელ სადგომთან დაკავშირებული დავების განხილვა, აგრეთვე შეჩერდეს საალსრულებო მოქმედებები და საცხოვრებელ სადგომზე მესაკუთრესა და მოსარგებლეს შეუნარჩუნდეთ შესაბამისი უფლება-მოვალეობანი“. სურვილი კანონმდებლობაში ცვლილებების შეტანის შესახებ არ უნდა იყოს მართლმსაჯულების შეჩერების იმპერატიული მოთხოვნა. ყველაზე პრიმიტიული გადაწყვეტა კანონის ხარვეზისა გადასაწყვეტი შემთხვევის ღიად დატოვებაა, – ე.ი. მისი გადაუწყვეტელობა ნორმის არარსებობის მოტივით. ცნობილმა გერმანელმა მეცნიერმა შნიტცერმა ამ მდგომარეობას სამართლიანად უწოდა მართლწესრიგის გაკოტრება.<sup>105</sup>

მეთოდოლოგიური მიდგომის გარდა, რაც შეეხება დავის სამართლებრივ მხარეს, მესაკუთრისაგან დადგენილი ფორმალობების გარეშე შექმნილი ნივთის პრობლემა ჯერ კიდევ რომის სამართალში იყო ცნობილი ბონიტარული საკუთრებისა და *Bonae Fidei possession*-ის ცნების სახით. რომის ცივილური სამართალი მოითხოვდა საკუთრების უფლების გადასაცემად გარკვეული ფორმალური აქტების დაცვას – *mancipatio* ან *jure cession*. თუკი ეს ფორმალობები არ იყო დაცული დანივთის გადაცემა მოხდა მხოლოდ *tradition*-ის წესით, მაშინ საკუთრების უფლება შემძენზე არ გადადიოდა, გამსხვისებელი ისევ რჩებოდა *dominus ex jure quaritium*, ხოლო შემძენი ხდებოდა ნივთის მფლობელი, მას *jus quiritium*-ის სტატუსის მიღება შეეძლო მხოლოდ ხანდაზმულობის გზით. შემძენს, მართალია, შეეძლო განეხორციელებინა პოსესორული დაცვა არა მხოლოდ გარეშე პირების, არამედ თვით კვირიტული მესაკუთრის მიმართაც, მაგრამ პოსესორული დაცვა არ იყო საბოლოო. თავის მხრივ, გამსხვისებელსაც შეეძლო წარედგინა პეტიტორული სარჩელი – *rei vindication*,

<sup>105</sup> Schnitzer, Vergleichende Rechtslehre, 1945, 237.

რის შემდეგაც შემძენი ვალდებული ხდებოდა, დაებრუნებინა საკუთრება გამსხვისებლისათვის. ასეთი მდგომარეობა პრეტორმა უსამართლოდ მიიჩნია, ვინაიდან არაკეთილსინდისიერ ადამიანებს შეეძლოთ ესარგებლათ ამ მდგომარეობით და გამორჩენა მიეღოთ – საკუთრების გასხვისებით მიღებული ფული უკანვე დაებრუნებინათ. ამ არაკეთილსინდისიერების პარალიზებისათვის პრეტორმა ჯერ დაიწყო მათთვის *exception rei venditae et traditae*-ის მინიჭება (*exception doli*-სახეობა) და ამით იცავდა მათ გამსხვისებელთა თავდასხმებისაგან. შემდეგ, რომის რესპუბლიკის ბოლო ასწლეულში, პრეტორმა პუბლიციუსმა გამოსცა ედიქტი, რომელმაც მიიღო *edictum publicianum*-ის სახელი, რომელმაც დააწესა ასეთი შემთხვევებისათვის სპეციალური სარჩელის სახეობა – *publiciana in rem action*. სარჩელი უკავშირდებოდა შესრულებული ხანდაზმულობის ფიქციას, ამგვარად, მესაკუთრისაგან შესაბამისი ფორმალობების დაცვის გარეშე შეძენილი ნივთის მფლობელთა ხელში აღმოჩნდა მტკიცე უფლება, რომელიც იცავდა მას როგორც მესამე პირების, ასევე კვირიტული მესაკუთრისგანაც. ასე წარმოიშვა კვირიტული საკუთრების გვერდით ბონიტარული საკუთრება, რაც იმას გულისხმობდა, რომ დადგენილი ფორმალობების გარეშე შეძენილი ნივთი მტკიცედ ხდებოდა მისი ქონების შემადგენელი ნაწილი, *in bonis ejus est*, ანუ ეკუთვნის მას საკუთრების ანალოგიური უფლებით.

მეორე გამოცდა ქართული სამოსამართლო სამართლის წინაშე გახდა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2004 წლის 21 დეკემბერის გადაწყვეტილება. საკონსტიტუციო სასამართლომ განიხილა კონსტიტუციური სარჩელი, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის შესაბამისად, გადაუდებელ შემთხვევებში მტკიცებულებების ამოღებისა და ჩხრეკის კანონიერების თაობაზე მიღებული გადაწყვეტილებისა და, ასევე, საგამოძიებო მოქმედების ჩატარების შესახებ მოსამართლისაგან მიღებული წინასწარი თანხმობისას მათი სასამართლოში გასაჩივრების აკრძალვის კონსტიტუციურობის საკითხი. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით, დაკმაყოფილდა მოსარჩელე მხარის მოთხოვნა და არაკონსტიტუციურად იქნა ცნობილი იმ დროს მოქმედი საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 290-ე მუხლის მე-7 ნაწილის დებულება – „მოსამართლის მიერ გამოტანილი დადგენილება (ჩატარებული საგამოძიებო მოქმედების კანონიერად ცნობის შესახებ – გ.გ.) არ გასაჩივრდება“ და 293-ე მუხლის მე-2 ნაწილი მთლიანად საქართველოს კონსტიტუციის 42-ე მუხლის პირველ პუნქტთან მიმართებით;

ამასთანავე, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით, ეთხოვა საქართველოს პარლამენტს, ამ გადაწყვეტილების სამოტივაციო ნაწილის შინაარსის გათვალისწინებით, შეემუშავებინა და შეეტანა საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში შესაბამისი ცვლილებები და დამატებები, რაც არ განხორციელდა.

ამგვარად, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველზე გაჩნდა კონსტიტუციური უფლება პიროვნების მიმართ კონკრეტული იძულებითი ღონისძიებების გასაჩივრების შესახებ. სასამართლოები დადგენენ დილემის წინაშე – შესაბამისი პროცესუალური ნორმების უქონლობაზე მითითებით უმოქმედოდ დაეტოვებინათ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ აღიარებული ადამიანის უფლება, თუ ამ სიცარიელის შევსება სპეციალური საპროცესო კანონის მიღებამდე სასამართლო სამართალშემოქმედებამ (პრაქტიკამ) ითავოს?!

მოსამართლეთა შეხედულებები ორ ნაწილად გაიყო: ერთთა აზრით, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესაბამისი გადაწყვეტილების საფუძველზე შემოტანილი საჩივრები არ უნდა იქნეს განხილული, რადგანაც არაკონსტიტუციურად გამოცხადებული ბრძანებების გასაჩივრების აკრძალვას არ მოჰყოლია შესაბამისი ნორმის შემოღება, რომლითაც დადგინდებოდა, თუ ვის მიერ, სად (რომელ სასამართლოში), რა ვადაში, და რა წესით (პროცედურით) უნდა იქნეს განხილული ამგვარი საჩივარი, რისი გადაწყვეტაც ცალსახად საკანონმდებლო ორგანოს პრეროგატივაა; აღმოჩნდნენ ისეთებიც, რომლებმაც საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველზე შემოტანილი საჩივრები წარმოებაში მიიღეს და განიხილეს კიდევაც, ანუ საკანონმდებლო ვაკუუმი სასამართლო პრაქტიკით შეავსეს. რომელი მხარის გადაწყვეტილება მივიჩნით სამართლიანად?

საქართველოს ორგანული კანონი საერთო სასამართლოების შესახებ აღიარებს უფლების სასამართლო წესით დაცვას, (მე-3 მუხლი): „ყოველ ადამიანს უფლება აქვს თავის უფლებათა და თავისუფლებათა დასაცავად პირადად ან წარმომადგენლის მეშვეობით პირდაპირ მიმართოს სასამართლოს“. ვფიქრობთ, უფლების რეალიზაციის მხარეზეა ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლი საქმის სამართლიანი განხილვის უფლების შესახებ: ყოველი ადამიანი მისი სამოქალაქო ხასიათის უფლებებისა და მოვალეობების, ან მისთვის წარდგენილი სისხლისსამართლებრივი

ბრალდების საფუძვლიანობის გამორკვევისას აღჭურვილია გონივრულ ვადაში მისი საქმის სამართლიანი და საქვეყნოდ განხილვის უფლებით კანონის საფუძველზე შექმნილი დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი სასამართლოს მიერ.

ამ კონვენციის ცნობილი კომენტატორების: გომიენის, ჰარისის, ზვააკის დასკვნით, მართლმსაჯულების სათანადო განხორციელებას აქვს ორი ასპექტი: ინსტიტუციური (სასამართლოს დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა) და პროცედურული (საქმის განხილვის სამართლიანი ხასიათი). კონვენციის ხელმომწერი მხარეებისათვის, მე-6 მუხლი უფრო მეტად ქმნის მოქმედების ვალდებულებას, ვიდრე იმგვარ ნეგატიურ ვალდებულებას, რომელიც, თუნდაც ნაწილობრივ, მოითხოვს სახელმწიფოსაგან ინდივიდის მიერ თავისი რომელიმე უფლების განხორციელებისას ჩარევებისაგან თავის შეკავებას. კონვენციის მონაწილე მხარეებმა ამ იმპერატიული ვალდებულების დაცვისათვის უნდა შექმნან და უზრუნველყონ ინსტიტუციური ინფრასტრუქტურების ფუნქციონირება, რომელიც აუცილებელია მართლმსაჯულების სათანადოდ წარმართვისათვის. ასევე, სახელმწიფომ მხარი უნდა დაუჭიროს და მიიღოს ის კანონები და დებულებები, რომლებიც უზრუნველყოფს სასამართლოში საქმის მიუკერძოებელ და სამართლიან განხილვას. ამგვარად, ევროპული კონვენციის მონაწილე ქვეყნების მიერ გარანტირებული უნდა იყოს აღიარებული უფლებების დაცვა სამართლიანი და საჯარო სასამართლო განხილვით.<sup>106</sup> სტრასბურგის სასამართლო კონვენციის მე-6 მუხლის განმარტებას ახდენს ფართოდ, იმ საფუძვლით, რომ ამ მუხლით გარანტირებულ უფლებებს აქვს ფუძემდებლური მნიშვნელობა დემოკრატიის ფუნქციონირებისათვის. კონვენციის არსით, დემოკრატიულ საზოგადოებაში უფლება მართლმსაჯულების სამართლიან და მიუკერძოებელ განხორციელებაზე იკავებს ისეთ ცენტრალურ ადგილს, რომ შეზღუდვითი განმარტება კონვენციის მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტისა არ იქნებოდა შესაბამისი ამ დებულების მიზნებთან და ამოცანებთან (*Delkur Case, 1971*).

სასამართლოს ხელმისაწვდომობის უფლების გარანტია ნინმსწრებია საქმის სამართლიანი განხილვისა. სამართლიანი სასამართლოს უფლება განსაზღვრავს ზოგად მახასიათებლებს, რომლებიც მოიცავს სასამართლო დანესებულებების ფუნქციონირებას და იმ ფართო პარამეტრებს, რომელთა

<sup>106</sup> Gomien/Harris/Zvaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 1998, 305-309.

მიხედვითაც, საბოლოო ჯამში, შეიძლება განვსაჯოთ ამა თუ იმ საქმის განხილვის სამართლიანობა. ოღონდ, ვიდრე გავაკეთებდეთ ასეთ შეფასებას, ინდივიდს, პირველ რიგში, უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, მიაღწიოს თავისი საქმის განხილვას. ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლომ განიხილა რამდენიმე საქმე, რომლებიც ეხებოდა პიროვნების სასამართლოში საქმის განხილვის შესაძლებლობის უზრუნველყოფას. საქმეებში, სადაც საუბარი იყო სასამართლოს ხელმისაწვდომობის უფლების დარღვევაზე, მიუთითებდნენ ერთ მნიშვნელოვან პრინციპზე, რომლის მიხედვით, სახელმწიფოს არ შეუძლია შეზღუდოს ან გააუქმოს სასამართლოს კონტროლი გარკვეულ სფეროებში ან გარკვეული კატეგორიის პირთა მიმართ.

ფრანგი მკვლევარი მორი მიიჩნევს, რომ ფრანგული პოზიტიური სამართლის არცერთი პრინციპი პირდაპირ არ უარყოფს სასამართლო პრაქტიკის როლს სამართლის წყაროს ხარისხში.<sup>107</sup> ჩვენი აზრით, სწორედ ფრანგი მკვლევრისაგან ასეთი დასკვნის გაკეთება დაუსაბუთებელია. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის მე-5 მუხლის თანახმად, მოსამართლემ თავისი გადაწყვეტილების მოტივირება უნდა მოახდინოს ნორმატიულ აქტებზე მითითებით და არ უნდა შეიზღუდოს მხოლოდ უკვე განხილული საქმეების (პრაქტიკის) გადაწყვეტილებებით. მოძღვრება სამართლის წყაროთა შესახებ არ ახდენს სამართლის წყაროთა კლასიფიცირებას ძირითად და ფაკულტატიურ წყაროებად. როგორც წესი, სამართლის წყაროთა სისტემაში შემავალ ერთ-ერთ სახეობაზე დაყრდნობა არის საკამრისი სამართლებრივი ურთიერთობების რეგულაციისათვის.

კიდევ უფრო მკაცრია ქართული სამართლის სისტემის მიდგომა სასამართლო პრაქტიკისადმი. საქართველოს ორგანული კანონი ნორმატიული აქტების შესახებ სამართლებრივი აქტის ორ სახეობას იცნობს – ესაა ნორმატიული და ინდივიდუალური სამართლებრივი აქტები. ნორმატიული აქტია კანონი, რომელიც შეიცავს მისი მუდმივი ან დროებითი და მრავალჯერადი გამოყენების ქცევის ზოგად წესს; რაც შეეხება ინდივიდუალურ სამართლებრივ აქტებს (რომელთა ნაირსახეობაც არის სასამართლო გადაწყვეტილებანი), ამავე კანონის თანახმად, ისინი ერთჯერადია და უნდა შეესაბამებოდეს ნორმატიულ აქტს. ინდივიდუალური სამართლებრივი აქტი მიიღება (გამოიცემა) ნორმატიული აქტის საფუძველზე და მის მიერ დადგენილ ფარგლებში. სასამართლო გადაწყვეტილების,

<sup>107</sup> Maury, Observation sur la Jurisprudence, 378.

როგორც ინდივიდუალური აქტის, ერთჯერადობა (*res judicata*) და მისი სავალდებულო შესაბამისობა ნორმატიულ აქტებთან, ენიხააღმდეგება პრეცედენტული სამართლის არსებობას.

გარკვეული მცდელობები სიტუაციის შეცვლის აუცილებლობისაკენ უკვე საგრძნობია. სამოქალაქო და ადმინისტრაციულ საპროცესო კანონმდებლობა ითვალისწინებს საკასაციო საფუძვლების ახლებურ გააზრებას და მათ შეზღუდვასაც. საკასაციო გასაჩივრების საფუძველი გახდა ისეთი შემთხვევები, როდესაც სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკისაგან განსხვავებულია, ან როდესაც საქმეს პრინციპული მნიშვნელობა აქვს ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკისათვის. უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის გადაწყვეტილებები გასათვალისწინებლად სავალდებულოა თავად უზენაესი სასამართლოსა და ქვემდგომი სასამართლოებისათვის. ე.ი. გარემოებათა არსებითი მსგავსების შემთხვევაში სასამართლომ უნდა მიიღოს საკუთარი ან ზემდგომი სასამართლოს ადრინდელი გადაწყვეტილების იდენტური გადაწყვეტილება, თუ კანონით განსაზღვრული წესით არ იქნება დასაბუთებული განსხვავებული გადაწყვეტილების მიღების აუცილებლობა უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის უზრუნველსაყოფად.

შესაბამისად, ახალ გარემოებებში საქართველოს უზენაესი სასამართლოს კონკრეტული მიზანი გახდა სამართლის დ ი ნ ა მ ი კ უ რ ი, პ რ ო გ რ ე ს ი რ ე ბ ა დ ი და მ ა უ ნ ი ფ ი ც ი რ ე ბ ე ლ ი განმარტების უზრუნველყოფა, რამაც გადამწყვეტი როლი უნდა შეასრულოს სამართლებრივი უსაფრთხოების განმტკიცებაში. ამ მიზნის მისაღწევად არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება უზენაესი და საკონსტიტუციო სასამართლოების გადაწყვეტილებების დეტალურ მოტივირებას, რათა ეს გადაწყვეტილებები ასახავდეს გამოყენებად სამართლებრივ და საკონსტიტუციო ნორმებს, აგრეთვე ამ სასამართლოებიდან გამომდინარე პრაქტიკას. უზენაესმა სასამართლომ უნდა უზრუნველყოს კონსტიტუციური ნორმების უშუალო გამოყენება და ამ ნორმების გათვალისწინებით კანონების განმარტება.

უზენაესი სასამართლო უნდა ასრულებდეს კონსტიტუციისა და კანონმდებლობის, ასევე იურიდიული მნიშვნელობის საერთაშორისო დოკუმენტებისა და, მათ შორის, ადამიანის უფლებათა ევროპის კონვენციის გამოყენების კონტროლის ფუნქციას, რასაც, საბოლოოდ, მოაქვს სამართლის უნიფიკაცია. ამ ფუნქციების გათვალისწინებით: უზენაესი სასამართლო უნდა ჩამოყალიბდეს წმინდა საკასაციო ინსტანციად, რომლის მთავარი

ფუნქციაც იქნება კანონის დინამიკური განმარტება და ამით სასამართლო პრაქტიკის ერთგვაროვნების უზრუნველყოფა, თავისუფლებათა და ძირითად უფლებათა იურიდიული უსაფრთხოების შენარჩუნება და მათი დაცვა.

## 9. პრეცედენტი ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში

რამდენად მისდევს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო პრეცედენტის დოქტრინას და არის თუ არა დაკავშირებული ის თავის წინა გადაწყვეტილებებთან? ამავე სასამართლოს ყოფილი თავმჯდომარის – ლუციუს ვილდჰაბერის დასკვნით, ეს საკითხი უაღრესად იშვიათად გამხდარა დისკუსიის საგანი.<sup>108</sup>

მრავალი მიზეზი არსებობს იმისა, რომ მისდით პრეცედენტებს, როგორც ეს ფორმულირებულ იქნა სტრასბურგის სასამართლოს მიერ კოსის საქმეზე: ეს კეთდება „სამართლებრივი განსაზღვრულობისა და კონვენციის თანახმად, პრეცედენტული სამართლის რეგულარული განვითარების მიზნით“. მსგავსი საქმეების განსხვავებულად გადაწყვეტას შეუძლია, სხვადასხვაგვარად მიგვიყვანოს კანონის წინაშე მოქალაქეთა უთანასწორობასთან. შედეგად, შესაძლებელია, დარღვეული აღმოჩნდეს იმათი კანონიერი ინტერესები, ვინც დაცვას მართლმსაჯულებაში ეძებს. მსგავსი საქმეების სხვადასხვაგვარად გადაწყვეტის პრაქტიკა ნიშნავს სასამართლო ხელისუფლების თვითშეზღუდვის უგულებელყოფას, რომელიც გამომდინარეობს ხელისუფლების დანაწილებისა და, ასევე, *the rule of law*-ის პრინციპებიდან. ამგვარად, პრეცედენტებზე მიყოლა არის არა მხოლოდ შეთავსებადი სასამართლოს დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობასთან, არამედ ასევე გამოხატავს შესაბამის სასამართლო პოლიტიკას. პრეცედენტის ინგლისური დოქტრინის შესაბამისად, სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს ზემდგომი სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილი ნებისმიერი მსგავსი საქმის *ratio decidendi*-ით (მოტივირებით), ხოლო სააპელაციო სასამართლოები (ლორდთა პალატის გარდა) დაკავშირებული არიან თავისთავად წინა გადაწყვეტილებებთან.

კონტინენტური ევროპის სამართლის მკვლევრები ხშირად

<sup>108</sup> Люциус Вильдхабер. «Прецедент в Европейском Суде по правам человека». Государство и право, 2001, №12.

აღნიშნავენ, რომ ინგლისური სისტემა არის ძალიან უძრავი და დახავსებული, შესაძლებელია, ისინი ვერ ამჩნევენ, რომ არსებობს მნიშვნელოვანი გამოწვევები *stare decisis*-ის (პრეცედენტის სავალდებულო ძალის) პრინციპისაგან.

მოსამართლეები საერთო სამართლის სისტემაში ცდილობენ თავიანთი გადაწყვეტილებების მოტივირებას, კეთილსინდისიერად ეყრდნობიან საქმის ფაქტობრივ გარემოებებს, მაშინ როდესაც კონტინენტური ევროპის სისტემის მოსამართლეები თავიანთი გადაწყვეტილებების მოტივირებას ახდენენ თვითნებურად, სამართლის აბსტრაქტული ნორმებიდან და პრინციპებიდან გამომდინარე.

1966 წლიდან მოყოლებული ლორდთა პალატას უფლება აქვს, გადაუხვიოს თავის წინა გადაწყვეტილებებს, თუ ეს საჭიროდ მიაჩნია. (ფაქტობრივად, ლორდთა პალატამ თავისი წინა გადაწყვეტილებების ანულორება მოახდინა 8-ჯერ 1966-1996 წლების პერიოდში). გონივრულობის ფარგლებში ორი მსგავსი საქმის ფაქტობრივ გარემოებებს შორის განსხვავებები უფლებას აძლევს სასამართლოს, განიხილოს ისინი, როგორც ერთმანეთისაგან განსხვავებულები, და ამგვარად გვერდი აუაროს პრეცედენტის სავალდებულო დაცვის პრინციპს. თავის მხრივ, ინგლისელი მკვლევრები შეიძლება შეცდომაში იყვნენ შეყვანილი ევროპელი ავტორებისა და მოსამართლეების მიერ, რომლებიც დოგმატურად ამტკიცებენ, რომ მხოლოდ სასამართლო გადაწყვეტილებათა სერიას შეუძლია შეიძინოს სავალდებულო ძალა, ვინაიდან ამგვარად ფორმირდება ჩვეულებითი სამართალი, რომ მოსამართლეები არ არიან და არც უნდა გახდნენ კანონმდებლები. ვილდჰაბერის შეფასებით, ასეთი შეხედულებები მიჩნეულ უნდა იქნეს ცალმხრივად. აქ ყურადღება არ ექცევა იმას, რომ, ფაქტობრივად, კონტინენტური ევროპის მოსამართლეებიც რეგულარულად და ჩვეულებითი წესით მისდევენ პრეცედენტის წესებს, ამასთანავე, როგორც თავის, ასევე ზემდგომი სასამართლოების მიერ გამოშვებულებს.

ავტორებს შორის ნამდვილად არის აზრთა სხვადასხვაობა იმაზე, სასამართლო გადაწყვეტილებები აღიარებულ უნდა იქნეს თუ არა სასამართლის წყაროდ, ხშირად ცდილობენ, ამით ხაზი გაუსვან საკანონმდებლო აქტებში გამოხატულ სტატუტური სამართლის პრიორიტეტს სასამართლო გადაწყვეტილებებზე. როგორც კი ეს პრიორიტეტი აღიარებულ იქნება, კონტინენტური ევროპის ავტორთა უმრავლესობა თანხმდება იმაზე, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებები პრაქტიკული მიზნით შეადგენენ: *la loi du*

**moment** (კანონს კონკრეტული შემთხვევისათვის);<sup>109</sup> **une autorite de fait** (ფაქტობრივ ხელისუფლებას)<sup>110</sup> და ფლობს „ნაგულისხმევ“, „შეზღუდულ“ ან „პირობით“ სავალდებულო ძალას, ისინი მზად არიან, აღიარონ, რომ აუცილებელია, მისდიონ პრეცედენტს ბუნებრივად.

პრეცედენტის დოქტრინაში არ არის არაფერი მექანიკური. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განაცხადა, რომ გადაუხვევს თავის ადრე მიღებულ გადაწყვეტილებებს „დამაჯერებელი საფუძვლებით“.

„იმის უზრუნველსაყოფად, რომ კონვენციის განმარტებამ ასახოს ცვლილებები საზოგადოებაში და დარჩეს დღევანდელი დღის რეალობებთან შესაბამისობაში“ (*Cossey Case, 1990*), სხვა სასამართლოებმაც განაცხადეს მზადყოფნა, არ მისდიონ პრეცედენტის წესს, თუ ეს აუცილებელია. ბრიტანეთის ლორდთა პალატამ აღიარა, რომ „ძალზე მკაცრმა დაცვამ შეიძლება მიგვიყვანოს უსამართლობასთან კონკრეტულ საქმეში, ასევე ის უსაფუძვლოდ ზღუდავს სამართლის სათანადო განვითარებას“.

ავსტრალიის უმაღლესმა სასამართლომ განაცხადა, რომ ქმნის ახალ პრეცედენტებს, თუ რომელიმე სასამართლო გადაწყვეტილება იყო „აშკარად არასწორი და მისი დაცვა გახდებოდა საზიანო საზოგადოებრივი ინტერესებისათვის“; შვეიცარიის ფედერალურმა სასამართლომ ადრე არსებული კრიტერიუმები – „უტყუარი და უდავო საფუძვლები“ შეცვალა „სერიოზული და ობიექტური მიზეზებით“, რათა ანულირებულ იქნეს წინა გადაწყვეტილება; გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ითხოვს „ახალ ფაქტებს“, „ცხოვრებისეული პირობების საფუძვლიან ცვლილებასა ან სამართლებრივი კონცეფციების“, „საზოგადოებრივი იდეების ცვლილებას“.

აშშ-ის უზენაესი სასამართლო ითხოვს „დაუძლეველ გარემოებებს“ ან „განსაკუთრებულ გარემოებებს, ან განსაკუთრებულ მიზეზებს“, რათა გადაუხვიოს და არ დაიცვას წინა გადაწყვეტილებები. ამ თემებზე დისკუსიები მიმდინარეობს ევროპული სასამართლოს შიგნით, საკმაოდ ხშირად ამჟღავნებენ უთანხმოებას ისეთ საკითხზე, როგორცაა – აუცილებელია თუ არა მისდით ადრე შექმნილ პრეცედენტებს. ეს გასაკვირი არ არის საერთაშორისო სასამართლოსათვის, რომელიც მოქმედებს უამრავი საერთაშორისო ნორმითა და ტრადიციით. ასევე,

<sup>109</sup> Zambeaux, *Le Precedent Judiciaire en Droit Penale*, 198, 354.

<sup>110</sup> Jean, *Le Precedent Judiciaire en Droit Prive*, 198, 124.

შეხედულებები იმის თაობაზე, თუ რა არის პრეცედენტი, შეიძლება იყოფოდეს: შესაძლებელია, დავეყრდნოთერთსაქმესპრეცედენტის სახით თუ ეს უნდა იყოს საქმეთა სერია; როდესაც პრეცედენტული სამართალი მთლიანობაში გადაიქცევა ჩვეულებით სამართლად, როგორ შეიძლება განვსაზღვროთ და ვიპოვოთ *ratio decidendi* (გადანწყვეტილების მოტივები); არის თუ არა პრეცედენტის არსი აშკარა განზოგადებები, თუ აქცენტი უნდა გაკეთდეს ყოველი საქმის კონკრეტულ ფაქტებზე. შეხედულებები ასევე იყოფა შემდეგ საკითხებზე: პრეცედენტს უნდა ჰქონდეს პრიორიტეტი ყოველთვის ან რეგულარულად, თუ ჩვეულებრივად ან განსაკუთრებულ შემთხვევებში. ვილდჰაბერის აზრით, გასაკვირი არაა, რომ სტრასბურგის სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი არ იძლევა ზუსტ პასუხებს ამ შეკითხვებზე. ვილდჰაბერის შეხედულებით, პრეცედენტებს უნდა მივყვეთ რეგულარულად, მაგრამ არა მუდმივად, როგორც ეს არგუმენტირებულ იქნა საქმეში – *Mirehouse v. Renel*. „ერთგვაროვნების, თანმიმდევრულობისა და განსაზღვრულობისათვის“ პრეცედენტები ჩვეულებისამებრ უნდა დავიცვათ, მხოლოდ თუ ისინი არ არის „აშკარად უსაფუძვლო ან შეუსაბამო“. ერთმა დიდმა საქმემ, როგორიცაა *Marck Case (1970)*, *Klass Case (1978)*, *Sunday Times Case (1979)* და ა.შ., შეიძლება შეადგინოს ისეთივე ნონადი პრეცედენტი, როგორიც უფრო უმნიშვნელო საქმეთა მთელმა ჯგუფმა. რეცედენტები უნდა დავიცვათ ჯერ კიდევ მანამდე, ვიდრე შეიძლება დავრწმუნდეთ იმაში, გადაიქცა თუ არა იგი ჩვეულებით სამართლად. ჯანსაღი სამოსამართლო წინდახედულება მოითხოვს, განმსაზღვრელი ლოგიკური დასაბუთება საქმეზე ფორმულირებულ იქნეს იმგვარად, რომ არ შეიმჩნეოდეს ზედმეტი დაშორება კონკრეტული ფაქტებისაგან.

საბოლოო ჯამში, შეიძლება ითქვას, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს საქმიანობის ჩვეულებრივი რეჟიმი არის პრეცედენტის დაცვა. თუ ახალი საქმის ფაქტები საკმაო ხარისხით განსხვავდება წინა საქმეებისაგან, სასამართლო, ფაქტობრივად, გამოეყოფა უფრო ადრეულ საქმეებს და დაადგენს ახალ გადანწყვეტილებას.

## კ ა რ ი X

### Clausula rebus sic stantibus, დინამიკა და სტატიკა სამართალში

1. ყოველგვარი იურიდიული სისტემა თავისი ბუნებით მოითხოვს სტატიკურობას. ობიექტური სამართლის ნორმები იქმნება იმისათვის, რათა განამტკიცოს საზოგადოებრივ ურთიერთობათა ცნობილი წესრიგი. ცხოვრებისეული მოვლენები კი, პირიქით, დინამიკურია და ბოლომდე ვერასოდეს თავსდება რაიმე ნორმების რაციონალურ სქემებში. ეს შეუსაბამობა სამართლებრივ სისტემათა სტატიკურობასა და სამართალურთიერთობათა დინამიკურობას შორის განსაკუთრებით მკვეთრად იგრძნობა დიდი საზოგადოებრივი კატაკლიზმების დროს. ყოველგვარი სამართლებრივი დებულება გათვლილია ცნობილ ფაქტობრივ მდგომარეობაზე, იგი იქმნება იმის წარმოდგენით, რომ მოვლენათა განვითარება წარიმართება სწორედ ამ რომელიმე მეტ-ნაკლებად განსაზღვრული და მოსალოდნელი სახით. ამიტომ ყოველგვარი სამართლებრივი დებულებისათვის დამახასიათებელია დათქმა შეცვლილი გარემოებების შესახებ - *Clausula rebus sic stantibus*. თუ გარემოებები, რომლებზეც გათვლილია სამართლებრივი ნორმა, მნიშვნელოვნად შეიცვლება, მაშინ ის ხშირად კარგავს აზრს და მისი ზედმინევენით დაცვა სრულიადაც არ მიგვიყვანს იმ შედეგებთან, რა მიზნისთვისაც იგი შეიქმნა.

2. დრომ გვიჩვენა, რომ მნიშვნელოვანი საზოგადოებრივ-პოლიტიკური კატაკლიზმების დროს ფორმალურ-იურიდიული მეთოდი დიდი მონონებითა და პატივისცემით არ სარგებლობს.

ყოველი ცალკეული კონკრეტული შემთხვევის ინდივიდუალური თავისებურებების გამო, იმის გამო, რომ შეუძლებელია რაციონალური სამართლებრივი ნორმებით მოიცვა ცხოვრებისეული ურთიერთობების ირაციონალური ნაკადი, აუცილებელია, მტკიცედ დავაკავშიროთ მოსამართლეები არა ფორმალური სამართლის ვიწრო ჩარჩოებთან, არამედ საჭიროა, მივცეთ მათ შესაძლებლობა, განიხილონ ყოველი შემთხვევა არსებითად, ე.ი. ნება დავართოთ, თავისუფლად შეაფასონ მოვლენები. იურიდიული მოვლენების სოციალური ცვლილებების მონყვევით შეფასება მთლიანად დაგვაშორებდა რეალობას, მაგრამ ასევე შეუძლებელია სამართლებრივი ნორმატიული მიდგომის შეცვლა წმინდა სოციოლოგიურით, ვი-

ნაიდან ეს ნიშნავს ყოველგვარი იურიდიულ გაფორმებაზე უარის თქმას. შეუძლებელია ცხოვრებისეული ცვლილებების ბოლომდე რაციონალიზაცია, მაგრამ ასევე შეუძლებელია მათი ყოველგვარი იურიდიულ რაციონალიზაციაზე უარის თქმა. ორივე მიმდინარეობა შეიცავს თავისებურ სიმართლესა და დასაბუთებას.

**3. თითოეული ადამიანის მოთხოვნაა, პირველ რიგში, მართლწესრიგის განსაზღვრულობა, მეორე — მისი სტაბილურობა და მდგრადობა.** წინასწარ უნდა იყოს მისთვის ცნობილი, რა შეასრულოს და როგორ შეასრულოს. ეს აუცილებელია იმისათვის, რათა ინდივიდს ჰქონდეს ნათელი წარმოდგენა საკუთარ უფლებამოვალეობებსა და, ზოგადად, თავის ადგილზე მთლიან სახელმწიფო ორგანიზმში. სწორედ ადამიანის ეს ინტერესი სავალდებულო ნორმათა წინასწარ განსაზღვრულობისა და მათი სიმტკიცის შესახებ გახდა მსოფლიო ისტორიაში სამართლის ერთ-ერთი უპირველესი წერილობითი წყაროს შექმნის მიზეზი — *Leges XII tabularum*.

XII ტაბულის კოდექსის ისტორია შემდეგია: პატრიციების მიმართ პლებების უკმაყოფილების ერთ-ერთი მიზეზი რესპუბლიკის ჩამოყალიბების პირველ ხანებში იყო მოქმედი ჩვეულებითი სამართლის გაურკვეველობა. სამართლის გამოყენება პატრიციელი მაგისტრატების ხელში იყო და სამართლის გაურკვეველობა იძლეოდა შესაძლებლობას, ამ უკანასკნელთა მხრიდან მისი ბოროტად გამოყენებისათვის. ამიტომ პირველი მოთხოვნა პლებებისა იყო, დაენესებინათ მოქმედი სამართალი ნათელი წერილობითი კანონების ფორმით. ამ მიზნით ჯერ კიდევ 462 წელს ქრისტეს დაბადებამდე პლებების ტრიბუნმა არსა ტრენტილმა შეიტანა პროექტი წერილობითი კოდექსის შესაქმნელად კომისიის დანიშვნისათვის. XII ტაბულის კანონი ძირძველი რომაული ჩვეულებებისაგან შედგებოდა. დეცემვირებმა სავარაუდოდ მოახდინეს მათი ფორმულირება და კოდიფიცირება, საერთო სიცხადისა და გარკვეულობისათვის მასში მხოლოდ იშვიათ შემთხვევაში ახდენდნენ ახლის შეტანას. სავალდებულო წესების წერილობითი ფორმულირების ტექნიკამ იმდენად გაამართლა, რომ XII ტაბულის კანონების საფუძველზე განვითარდა შემდეგში ეროვნულ-რომაული ნორმების სისტემა — *Jus civile*. ცივილური სამართლის განვითარება მოხდა ორი გზით: ახალი კანონმდებლობითა და XII ტაბულის პრაქტიკული განმარტებებით — *interpretation*. მას აკეთებდნენ პონტიფიკები, პირველი იურისტები და სამართლის პირველი კომენტატორები. მათი როლი

იზრდებოდა იმითაც რომ, რომაული ტრადიციების თანახმად, კანონი მიღებულ ან უარყოფილ უნდა ყოფილიყო მთლიანად, ყოველგვარი შესწორებების გარეშე, კანონის მუდმივ ცვლილებებთან შედარებით, უპირატესობა ენიჭებოდა მის ახლებურ განმარტებასა და გამოყენებას.

**4. დასავლეთ ევროპაში სამართლის უნივერსალური გაგების მიზნით დაიწყო სტატიკურ-დოგმატიკური და დინამიკურ-ტელეოლოგიური მიმდინარეობების შერწყმა.**

სამართლის ნორმატიულ, სტატიკურ სისტემაში საჭიროა შეტანილ იქნეს დინამიკური ელემენტი, შეექმნათ მასში „სასულე“, რომლის გავლითაც ახალი ცხოვრებისეული ურთიერთობები „ჩაისხმება“ იურიდიულ ფორმებში. ასეთი სასულე სამართლისათვის არის დათქმა *rebus sic stantibus*. ესაა დინამიკურობის პრინციპი სამართლის სისტემაში, რაციონალური ცნება ირაციონალურის შესახებ, რომელიც აცოცხლებს სამართალს და აახლოებს მას ცვლილებების შედეგად დამდგარ რელობებთან.

კერძო სამართალს ამ ტიპის პრობლემათა დასაძლევად არსენალში აქვს რამდენიმე მექანიზმი: მაგ., პრეზუმფცია „შესრულები-საგან გათავისუფლების“ ან „პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების“ შესახებ; უფრო მეტად ადგილი დაიმკვიდრა ფრანგული „ფორსმაჟორის“ (*Force Majeure*) ცნებამ, თუმცა ეს არ გულისხმობს მაინცდამაინც ფრანგულ ფორსმაჟორს ან სხვა ნაციონალურ დოქტრინას. ინგლისურ სამართალში ამ ინსტიტუტმა მიიღო უფრო ხატოვანი სახელწოდება — *Acts of God and Kings enemies* (უზენაესი ღმერთისა და მეფის მტერთა ქმედებანი).

**5. ნებისმიერი კონტრაქტი მხარეს აკისრებს დანაპირების შესრულების ვალდებულებას.** მიმწოდებლებსა და მომხმარებლებს სამოქალაქო კონტრაქტები სურთ იხილონ ნარმატებით შესრულებული, მაგრამ გარეშე გარემოებებს შეუძლია გახადოს შესრულება შეუძლებელი ან მთლიანად შეცვალოს მხარეთა ფინანსური ანგარიშები. შესაბამისი დათქმები მოწოდებულია, დაგვეხმაროს იმ ზიანის მინიმიზაციაში, რომელიც შეიძლება გამოიწვიოს მითითებულმა გარემოებებმა. ტიპური დათქმა ფორსმაჟორზე ითვალისწინებს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების საფუძვლებს იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც შესრულება ხდება ფაქტობრივად შეუძლებელი. ამისაგან განსხვავებით, კლაუზულა

r.s.s. — გარემოებების არსებითი შეცვლის შესახებ გამოიყენება, როდესაც პირობები იცვლება იმდენად, რომ შესრულება, მართალია, არ არის შეუძლებელი, მაგრამ მხარისათვის ეს უკიდურესად მძიმეა. ასეთი დათქმების არსებობა აუცილებელია განსაკუთრებით ფართომასშტაბიანი და გრძელვადიანი კონტრაქტებისათვის, რომელთა რეალიზაციის პერიოდში ეკონომიკური, პოლიტიკური და ფაქტობრივი პირობები შესაძლოა ძირეულად შეიცვალოს და მათ გახადონ პროექტი განუხორციელებელი. ამ პრობლემის დაძლევის მიზნით, კერძო სამართლის არსენალშია მხარეების მიერ კონტრაქტების შედგენასთან დაკავშირებული ორი ფორმალური ვარიანტი: პირველი მათგანი ამოდის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების პირობებიდან, ფორსმაჟორული დათქმა მხარეს ათავისუფლებს სახელშეკრულებო სანქციებისაგან, იწვევს შესრულების შეჩერებასა და კონტრაქტის შეწყვეტას.

მეორე — *Clausula rebus sic stantibus* - დათქმა შეცვლილი გარემოებებისას — ითვალისწინებს მოლაპარაკებათა გამართვას კონტრაქტის ადაპტაციისათვის, კონტრაქტის პირობების გადახედვას იმგვარად, რომ შესრულების გაგრძელება შესაძლებელი გახდეს.

საერთაშორისო სავაჭრო პალატამ ორივე კლავზულის არსებობა დაადასტურა და მისი რეალიზაცია მნიშვნელოვნად მიიჩნია ნებისმიერი ნაციონალური სამართლებრივი სისტემისათვის. ამ ორგანიზაციის დასკვნით, საერთაშორისო კონტრაქტებში კლავზულა შესაძლებელია უშუალოდ აისახოს, ან მოხდეს ზოგადად მასზე მითითება.

**6. საერთაშორისო სავაჭრო პალატამ შემუშავა სამოდელო საფუძვლები, რომელთა მიხედვით, მხარეს არ დაეკისრება პასუხისმგებლობა თავისი რომელიმე ვალდებულების შეუსრულებლობისათვის, თუ ის დაამტკიცებს, რომ:**

— ასეთი შესრულება გამოიწვია მისი კონტროლს მიღმა არსებული წინააღმდეგობებმა;

— მისგან შეუძლებელი იყო კონტრაქტის დადებისას ამ გარემოებების ან მისი შედეგების გონივრული განჭვრეტა და გათვალისწინება;

— მას არ შეეძლო, თვითონ აეცილებინა ან დაეძლია ასეთი წინააღმდეგობები, ან, უკიდურეს შემთხვევაში, მისი შედეგები.

ასეთი წინააღმდეგობანი შეიძლება წარმოშვას შემდეგმა მოვლენებმა (მათი ჩამონათვალი არ არის ამომწურავი):

ა) საერთაშორისო და სამოქალაქო ომები, არეულობანი და რე-

ვოლუციები, მეკობრეობა და საბოტაჟი;

ბ) სტიქიური უბედურებები, ქარიშხალი და ციკლონები, მინისძვრები, ცუნამი, წყალდიდობები, ნგრევები;

გ) აფეთქებები, ხანძრები, ფაბრიკებისა და ქარხნების განადგურება;

დ) ბოიკოტი, გაფიცვები, ლოკაუტი ნებისმიერი ფორმით, სამუშაოთა შეყოვნება და შეჩერება, რაც აღინიშნება იმ მხარის სანარმომში, რომელიც ითხოვს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას;

ე) ხელისუფლების მოქმედებანი, კანონიერი თუ უკანონო, რომლებიც აფერხებს მხარის მიერ კონტრაქტით აღებული ვალდებულებების შესრულებას, გარდა იმ შემთხვევებისა, თუ მხარემ წინასწარ თავის თავზე აიღო ასეთი რისკი.

თუ კონტრაქტით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული, ფორსმაჟორული წინააღმდეგობები არ მოიცავს, ნებართვის, ლიცენზიის ან გასასვლელი ვიზის არ ქონას ან კონტრაქტის შესრულებისათვის აუცილებელ ნებართვის არასებობას, რომელიც იმ მხარის სახელმწიფო ორგანოების მიერ უნდა იქნეს გაცემული, რომელსაც პრეტენზია აქვს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებაზე. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის პრაქტიკით, ამ შემთხვევებში ფორს-მაჟორი არ გამოიყენება.

**7. ზოგიერთ შემთხვევაში ვალდებულების შესრულება ფიზიკურად ან იურიდიულად მხარის ნებისაგან დამოუკიდებლად შეიძლება გახდეს შეუძლებელი.** მაგ., თუ მინისძვრის შედეგად დაინგრა ფაბრიკა, სადაც ხდებოდა საქონლის წარმოება და ნაკისრ ვადებში ვალდებულების შესრულება ხდება ფიზიკურად შეუძლებელი, ან, თუ კონტრაქტის დადების შემდეგ მიიღება დადგენილება ექსპორტის აკრძალვის შესახებ, ამ შემთხვევაში შესრულებაც იურიდიულად ხდება შეუძლებელი. ამგვარი შემთხვევები შეიძლება გაერთიანდეს ერთ ზოგად შეუძლებლობის ანუ ფორსმაჟორის ცნებაში.

ფორსმაჟორისაგან განსხვავებით, ზოგჯერ ვალდებულების შესასრულებლად აუცილებელი ხდება დაძლეულ იქნეს წარმოშობილი წინააღმდეგობანი, რაც დამატებით ტვირთს აკისრებს ერთ-ერთ მხარეს. მაგ., გრძელვადიანი კონტრაქტისას ნავთობის მიწოდება ფიქსირებული ფასებით ფინანსური თვალსაზრისით გამანადგურებელი ხდება მიმწოდებლისათვის, ფასების არაერთგზისი მომატების გამო. ასეთ გარემოებებში მხარეს შეუძლია

მიუთითოს გარემოებათა არსებით შეცვლაზე (hardship), როგორც სამოქალაქო ბრუნვაში შეუსრულებლობის გამამართლებელ საფუძველზე, ვინაიდან სახეზეა ეკვივალენტურობის პრინციპის დარღვევა.

**8. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 398-ე მუხლი ითვალისწინებს ხელშეკრულების მისადაგებას შეცვლილი გარემოებებისადმი.**

1. თუ ის გარემოებები, რომლებიც ხელშეკრულების დადების საფუძველი გახდა, ხელშეკრულების დადების შემდეგ აშკარად შეიცვალა და შეცვლილ ვითარებაში მხარეები არ დადებდნენ ამ ხელშეკრულებას ან დადებდნენ სხვა შინაარსით, ამ ცვლილებათა გათვალისწინებით, მაშინ შეიძლება მოთხოვნილ იქნეს ხელშეკრულების მისადაგება შეცვლილი გარემოებებისადმი. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ცალკეულ გარემოებათა გათვალისწინებით, ხელშეკრულების მხარეს არ შეიძლება მოეთხოვოს შეუცვლელი ხელშეკრულების მკაცრად დაცვა.

2. გარემოებათა შეცვლას უთანაბრდება, როცა წარმოდგენები, რომლებიც ხელშეკრულების საფუძველი გახდა, არასწორი აღმოჩნდა.

3. მხარეები ჯერ უნდა შეეცადონ, რომ ხელშეკრულება მიუსადაგონ შეცვლილ გარემოებებს. თუკი ეს შეუძლებელია, ან მეორე მხარე ამას არ ეთანხმება, მაშინ იმ მხარეს, რომლის ინტერესებიც დაირღვა, შეუძლია უარი თქვას ხელშეკრულებაზე.

ამას გარდა, მეორე მნიშვნელოვანი მომენტი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში, ესაა სპეციალური ნორმა — უარი გრძელვადიან ვალდებულებით ურთიერთობებზე (399-ე მუხლი): ხელშეკრულების ნებისმიერ მხარეს შეუძლია, პატივსადები საფუძველიდან გამომდინარე, უარი თქვას გრძელვადიან ვალდებულებით ურთიერთობებზე ხელშეკრულების მოშლისათვის დაწესებული ვადის დაუცველად. პატივსადებია საფუძველი, როცა ხელშეკრულების მოშლელ მხარეს კონკრეტული ვითარების, მათ შორის დაუძლეველი ძალისა და ორმხრივი ინტერესების გათვალისწინებით, არ შეიძლება მოეთხოვოს სახელშეკრულებო ურთიერთობების გაგრძელება შეთანხმებული ვადის ან ხელშეკრულების მოშლისათვის დაწესებული ვადის გასვლამდე.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ამ ინსტიტუტის კომენტარებში პროფ. ბ. ზოიძე შენიშნავს, რომ ნაკისრ ვალდებულებათა შესრულების სავალდებულობა არ უნდა იქნეს გაგებული აბსოლუტური

აზრით, მხარე არ შეიძლება იყოს შესრულების ყოველგვარი რისკის მატარებელი!<sup>11</sup> როცა გარემოებანი იცვლება ხელშეკრულების დადების შემდეგ —, ეს ცვლილებანი იმდენად მკვეთრად და კარდინალურად უნდა იყოს გამოხატული, რომ, თუკი მხარეები შემდგომშიც თავდაპირველ შეთანხმებას გაჰყვებოდნენ, ეს გამოინვევდა სამართლისა და სამართლიანობის ცნებებისადმი აშკარა შეუსაბამობას, — ამბობს ცნობილი გერმანელი მეცნიერი ცვაიგერტი.<sup>12</sup>

**9. ჩვენი შეხედულებით, კერძო სამართალს უფრო მეტად გააჩნია დინამიკურობის რესურსი, ვიდრე საჯარო სამართალს, სადაც სტატიკა აღემატება დინამიკას.** ეს მნიშვნელოვანწილად განპირობებულია იმითაც, რომ კერძო სამართალი აგებულია დისპოზიციური ნორმებით, ხოლო საჯარო სამართალი, პირიქით, იმპერატიული ნორმებით. მიუხედავად ასეთი უთანაბრობისა, უნდა ითქვას, რომ შეცვლილი საზოგადოებრივი ურთიერთობებისადმი მორგების აუცილებლობის პრობლემა სამართლის ორივე სფეროში არსებობს. საჯარო სამართალი შეცვლილი გარემოებების მორგებისადმი ფორმალური პრინციპების უქონლობის კომპენსირებას სამოსამართლო სამართლის განვითარებით შეეცადა.

ჩვენი აზრით კი, პირიქით, „სამოსამართლო სამართლის“ განვითარებას კიდევ უფრო მძლავრი ბიძგი მისცა სწორედ საჯარო სამართლის იმპერატიულობამ, მისი ნორმების სიმკაცრემ და სიმტკიცემ, ზუსტად განსაზღვრულობამ, ვიდრე კერძო სამართლის ელასტიკურობამ. უნდა ვივარაუდოთ, რომ ამის გამო, „სამოსამართლო სამართალი“ უფრო მეტად საჯარო სამართლის წიაღში ჩაისახა.

საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის შესახებ თეორიათა მთელ ფეიერვერკს, შესაძლებელია დამატოს კიდევ ერთი: კერძო სამართალში დინამიკურობის ბალანსი აღემატება სტატიკურობას, მაშინ როდესაც საჯარო სამართალში პირიქით, სტატიკურობა და აბსოლუტური განსაზღვრულობა მნიშვნელოვნად უსწრებს დინამიკურობას. კერძო სამართალს, საჯარო სამართალთან შედარებით, მეტი რესურსი აქვს, რათა მოერგოს შეცვლილ საზოგადოებრივ და სამართლებრივ ურთიერთობებს. მის არსენალში, დისკრეციული ნორმების გარდა, მოიპოვება მთ-

<sup>11</sup> ბ. ზოიძე საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები ტ 2. თბ. 1999; გვ. 231.

<sup>12</sup> Цвайгерт К., Кётц Х., Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права, 1998. в 2-х томах, том 2, 345.

ლიანი ინსტიტუტები — Force Majeure და Clausula rebus sic stantibus - შეცვლილ გარემოებებთან მისადაგების შესახებ, ასევე პრეზუმფცია გრძელვადიანი კონტრაქტების დარღვევის შესახებ, რაც იძლევა შესაძლებლობას, პრობლემა დავძლიოთ საკანონმდებლო ცვლილებების გარეშე, მაშინ, როცა საჯარო სამართლის არსენალი, შეცვლილ ურთიერთობებთან მორგების საკითხს და კანონიერი ინტერესების დაცვას შორის წარმოშობილ წინააღმდეგობათა თვალსაზრისით, გაცილებით მწირი და პრობლემურია. ამ კუთხით, შეიძლება ითქვას, რომ მისი პერმანენტული „ჩამორჩენილობის“ ხსნა ძირითადად „სამოსამართლო სამართლის“ კონცეფციაშია.

**10. სამართლის „დინამიკურობისა“ და „სტატიკურობის“ საკითხი არის არა ალტერნატივა, არამედ ამ ელემენტების სწორი შერწყმა.** ორივე მათგანი აუცილებელია სამართლის ამოცანების გადაწყვეტისათვის: მოქნილობა და სიფართოვე — ისტორიული ცვლილებებისა და ცხოვრებისეული პირობების განსხვავებულობათა შედეგად წარმოშობილ მოთხოვნათა დასაკმაყოფილებლად; განსაზღვრულობის სავალდებულობა კი იმისათვის, რათა მასტაბილიზებული ზეგავლენის მეშვეობით შეიქმნას შედარებითი მუდმივობა, როდესაც ერთს შეუძლია დაიცვას საზოგადოება მუდმივი, გაუთვალისწინებელი და უმართავი ცვლილებებისაგან. დასახული ამოცანების შესასრულებლად აუცილებელია ამ მომენტების შერწყმა. უცვლელია არ უნდა გახდეს დაბრკოლება იქ, სადაც აუცილებელია მანევრირება და წინსვლითი განვითარება, სხვაგვარად განვითარება გამოვა სამართლებრივი ნორმირების ჩარჩოებიდან. დინამიკურობამ არ უნდა დაამციროს და მოსპოს მასტაბილიზებული ზეგავლენის ძალის მქონე განსაზღვრულობა, სხვაგვარად შეუსრულებელი დარჩება საზოგადოებრივი თანაარსებობის მართლწესრიგის საფუძვლების შექმნის ამოცანა. სამართლის ნორმების შეცვლის საკითხი დგება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც მათი სიფართოვისა და მოქნილობის ხარისხი, უკვე აღარ გვაძლევს შესაძლებლობას, გაუუმკლავდეთ დასახულ ამოცანას.

**11. თანამედროვეობის ერთ-ერთი უდიდესი კონსტიტუციონალისტი, კონრად ჰესეს, შეფასებით, რაც უფრო ზუსტად და დეტალურად მოხდება კონსტიტუციის ობიექტური ნორმირება, მით უფრო ხშირად და სწრაფად დადგება კონსტიტუციის შეცვლის**

საჭიროება. „კონსტიტუციის ცვლილებებში“ უნდა იგულისხმებოდეს მხოლოდ კონსტიტუციის ტექსტის შეცვლა. „კონსტიტუციის დარღვევა“ ე.ი. ცალკეულ შემთხვევაში ტექსტისაგან გადახვევა უნდა განვასხვავოთ „კონსტიტუციური გადახვევებისაგან“, რომლებშიც იგულისხმება არა ტექსტის შეცვლა, როგორც ასეთის, — ის რჩება უცვლელი, — არამედ კონკრეტიზაცია კონსტიტუციური ნორმებისა, რომელთაც ბევრი კონსტიტუციური დებულების სიფართოვისა და გახსნილობის თავისებურებით შეუძლია მიგვიყვანოს შეცვლილი გარემოებებისას განსხვავებულ შედეგებამდე და ამგვარი სახით ხელი შეუწყოს „გადახვევებს“.

კონსტიტუციის შეცვლის პრობლემა დგება იქ, სადაც იწურება შესაძლებლობები „კონსტიტუციური გადახვევებისა.“ თუ კონსტიტუციური ცვლილებები გართულებულია, ხოლო გადახვევებისათვის არსებობს მხოლოდ შეზღუდული შესაძლებლობა, ამ შემთხვევაში შესაძლებელია ვილაპარაკოთ კონსტიტუციის სტატიკურობაზე; თუ, ამასთანავე, კონსტიტუციური ნორმის შინაარსი განსაზღვრულია ცალსახად, მაშინ კონსტიტუციისათვის რთულია შეასრულოს თავისი ამოცანები საზოგადოების ცხოვრების ისტორიული რეალობის ფარგლებში. უკეთესად როდია საქმე იმ შემთხვევაში, თუ კონსტიტუცია, რომლის გადახვევისთვისაც არსებობს მხოლოდ შეზღუდული შესაძლებლობა, შესაძლებელია, ნებისმიერ დროს და ყოველგვარი გართულებების გარეშე შეიცვალოს, ე.ი. ის „მობილურია.“ თუმცა ასეთი გადაწყვეტილება შესაძლებლობას გვაძლევს, სწრაფად შევეგუოთ კონსტიტუციური ტექსტის ერთმნიშვნელოვნებას, მაგრამ აქაც კონსტიტუცია საზოგადოების არსებობის ძირითადი სამართლებრივი საფუძვლის სახით ვერ შეასრულებს თავის ამოცანებს, ვინაიდან მას მნიშვნელოვანწილად მოაკლდება მასტაბილიზებელი ზემოქმედება.

პირიქით, თუ კონსტიტუციური „გადახვევებისათვის“ ტექსტის ფარგლებში დატოვებულია გარკვეული თავისუფლება, ხოლო, ამასთანავე, კონსტიტუციის შეცვლა გართულებულია, მაშინ ეს პასუხობს კონსტიტუციის არსსა და ამოცანებს. ასეთი გადაწყვეტილება ნიშნავს ერთდროულად გარკვეულ ელასტიურობასა და სტაბილურობას, რაც შესაძლებლობას აძლევს კონსტიტუციას, მთელი ქვეყნის მასშტაბით სათანადოდ განახორციელოს მასტაბილიზებელი ზეგავლენისა და წარმოშობილ განსხვავებულობათა ასახვის ფუნქცია.<sup>113</sup>

<sup>113</sup> Хесце, К. Основы конституционного права ФРГ, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland; -М.: Юрид. лит., 1981. -368 с.

12. აშშ-ის კონსტიტუციამ თავისი ორასი წლის ისტორიის მანძილზე სულ 26 ცვლილება განიცადა, რა არის ამ კონსტიტუციის სტაბილურობისა და მუდმივობის საიდუმლო? ამ მხრივ ანალიზს მოითხოვს აშშ-ის უმაღლესი სასამართლოს როლი აშშ-ის სამართლებრივ სისტემაში: უმაღლესი სასამართლოს კონსტიტუციური დოქტრინები გახდა აშშ-ის ფაქტობრივი კონსტიტუცია. ამერიკული სამართლის არცერთი დარგი არ არის იმგვარი ხარისხით უმაღლესი სასამართლოს სამართალშემოქმედების პროდუქტი, როგორც კონსტიტუციური სამართალი; უმაღლესი სასამართლოს სამართალშემქმნელი ფუნქცია უფრო ეფექტურად და ფართოდ რეალიზდება კონსტიტუციურ ნორმებში, რომლებიც სასამართლოს გადანყვეტილებათა მეშვეობით სისტემატურად ერგება ცვალებად პოლიტიკურ და ეკონომიკურ პირობებს.

მეორე მხრივ, ისევე როგორც გერმანულ სამართალში, ამერიკულ კონსტიტუციურ სამართალშიც, ყველა სხვა, მათ შორის თავად კონსტიტუციაში, ფორმალურად დადგენილი კონსტიტუციური ნორმების ცვლილებების მექანიზმი თავისი რეალური მნიშვნელობით ჩამოუვარდება უმაღლესი სასამართლოს სამართალშემოქმედებას. ფაქტობრივი კონსტიტუციის მნიშვნელოვანი ნაწილი სასამართლო ხელისუფლების საქმიანობის შედეგია. შეიძლება იმის მტკიცება, რომ ერთად აღებულ ყველა კონსტიტუციურ ცვლილებას, ასევე საკანონმდებლო ცვლილებებს, არ მოუხდენია ისეთი ინტენსიური და მრავალმხრივი ზემოქმედება აშშ-ის სამართლებრივ სისტემაზე, როგორც ეს გააკეთა უმაღლესი სასამართლოს კონსტიტუციურმა დოქტრინებმა. მთავარი მოსამართლე ჰიუზის სიტყვებით: „ჩვენ ვექვემდებარებით კონსტიტუციას, მაგრამ კონსტიტუცია ეს ისაა, რასაც მასზე ამბობენ მოსამართლეები“.

13. კონსტიტუციური სამართალშემოქმედების სფეროში უმაღლესი სასამართლოს განსაკუთრებული როლი განპირობებულია არა მხოლოდ მისი უნიკალური სახელისუფლებო უფლებამოსილებებით, ასევე მნიშვნელოვანწილად თავად 1787 წლის ამერიკის კონსტიტუციის თავისებურებებითაც. ეს დოკუმენტი ატარებს პოლიტიკური კომპრომისის ნიშანსვეტს და გამოირჩევა ტექსტის განსაკუთრებული სიმცირის და გამოხატვის ლაკონიურობით. მან თავის თავში ასახა მე-18 საუკუნის „საზოგადოებრივი ხელშეკრულებისა“ და „ხელისუფლების დანაწილების იდეები“, ასევე თავისი დროის საკმაოდ განუსაზღვრელი იურიდიული ენა.

ამერიკელი სახელმწიფომცოდნენი აღნიშნავენ, რომ „კონსტიტუცია დგას ყველაზე უფრო წინააღმდეგობრივ, ბუნდოვან და არასრულ კანონებს შორის, „სიზუსტის არასაკმარისობის გამო, ის უფრო მეტად არის პოლიტიკური დოკუმენტი, ვიდრე იურიდიული“.

სწორედ არასრულყოფილება და იურიდიული განუსაზღვრელობა კონსტიტუციის მნიშვნელოვანი დებულებებისა, როგორც გამოირკვა, აღმოჩნდა ის უაღრესად მოხერხებული თვისება, რომელმაც განაპირობა მისი მნიშვნელოვანი შემგუებლობა, სიცოცხლისუნარიანობა და გამძლეობა. დღეისათვის ის რჩება მოქმედ კონსტიტუციათაგან უძველესად, რითაც დამკვიდრდა კონსტიტუციის კულტი, იქცა იგი ამერიკელი საზოგადოების „ბიბლიად“ და ეროვნულ პოლიტიკურ სიმბოლოდ. ამას ხელი შეუწყო უმაღლესმა სასამართლომაც. მთავარმა მოსამართლე უორენმა განაცხადა: „ერს არ შეიძლება არ ჰქონდეს სინდისი, ამერიკელი ერის სინდისი მისი კონსტიტუციაა, ხოლო ამ სინდისის დამცავია უმაღლესი სასამართლო“. საბოლოო ჯამში, ძირითადი მიზეზი აშშ-ის კონსტიტუციის უცვლელელობისა მისი ცვალებადობაა. ამერიკელები სიამაყით ამბობენ, რომ ცივილიზაციის ისტორიაში მხოლოდ ბიბლიის, ყურანის, დიგესტებისა და აშშ-ის კონსტიტუციის თითოეული ნორმა გახდა საყოველთაო განმარტებისა და ახსნის საგანი.

**14. დღეისათვის „სამოსამართლო სამართალი“, ანგლო-ამერიკული „საერთო სამართლის“ ქვეყნების გარდა, გახდა მთლიანად სამართლის თეორიის განუყოფელი კომპონენტი, თუმცა მისი კონცეფცია კვლავაც რჩება ცხარე დისკუსიის საგნად, რომლის თაობაზეც განვითარდა თეორიებისა და მიმდინარეობების მთელი ნაკადი.**

და მაინც, რა არის „სამოსამართლო სამართალი“?

ყველაზე უფრო ზოგადი კუთხით, ამ კონცეფციის საგანია სასამართლოს სამართალშემოქმედებითი ფუნქცია, მაგარამ მისი უშუალო მიზანია არა იმდენად სამართლებრივი სისტემების ისტორიული ფორმირებისას სასამართლო პრაქტიკის როლის, პრეცედენტის მოქმედების მექანიზმის, კანონმდებლობაზე სასამართლო პრაქტიკის ზემოქმედების ჩვენება, რამდენადაც ერთი მთლიანი პრინციპის — „მოსამართლე ემორჩილება კანონს“- დაძლევა. ამ კონცეფციის მომხრეები მოსამართლეს, ვიდრე კანონმდებელს, აცხადებენ სამართლის უფრო მეტად სრულყოფილ გამომხატველად, ითხოვენ მისი კომპეტენციის მნიშვნელოვან გაფართოებას,

კერძოდ, მოსამართლისათვის ისეთი უფლების მინიჭებას, რომ გადაწყვიტოს კონკრეტული საქმე „კანონის წინააღმდეგ“ (Contra legem~) და მთლიანად აილოს თავის თავზე წამყვანი როლი სამართალშემოქმედების სფეროში. ანგლო-ამერიკულ ქვეყნებში, კანონმდებლობის ხვედრითი წონის ზრდასთან ერთად, ცნება „Judge made Law“, რომელიც ადრე უკავშირდებოდა პრეცედენტის სისტემას, ამჟამად უფრო მეტად გამოიყენება განსახილველ საქმესთან დაკავშირებით როგორც საფუძველი კანონის გამოყენებაზე შესაძლო უარისა.

კონტინენტური სისტემის ქვეყნებშიც აპოგეას მიაღწია კანონისა და დოგმატიკის კრიტიკამ, ძველი შეხედულება მოსამართლის შესახებ უკუგდებულ იქნა და მოსამართლე განიხილება როგორც „სოციალური არქიტექტორი“, ვინაიდან მხოლოდ მას აქვს შესაძლებლობა, სწრაფად და კონკრეტულად განიხილოს სამართლებრივი პრობლემები, რომელთაც აყენებს უსწრაფეს რიტმში მცხოვრები ჩვენი რთული ინდუსტრიული საზოგადოება.

**15. „სამოსამართლო სამართლის“ იდეის წინამორბედად შეიძლება განვიხილოთ „თავისუფალი სამოსამართლო მიხედულების“ თეორია, რომელიც წარმოიშვა მე-19 საუკუნის ბოლოს სოციოლოგიური იურისპრუდენციის ნიაღში. მაგარამ, მიუხედავად „თავისუფალ სამოსამართლო მიხედულებასა“ და „სამოსამართლო სამართალს“ შორის მსგავსებისა, მათ შორის არსებობს დიდი განსხვავებანი. „სამოსამართლო სამართლის“ მოთხოვნები უფრო და უფრო რადიკალური ხდება და მისი გავრცელებისა და გამოყენების მასშტაბებიც დღეისათვის არსებითად გაიზარდა.**

მცდელობები მოსამართლეთათვის „ხელების შეკვრისა“ შეუსაბამო გახდა საზოგადოებრივი ურთიერთობების სწრაფ ცვალებადობასთან და მათი დარეგულირების საჭიროებასთან. თუმცა, თუ გავითვალისწინებთ კანონმდებლობის ზრდის ტემპებს (მაგ., გერმანიაში ყოველი საპარლამენტო ლეგისლატურა 400-500 ახალ კანონს იღებს), ერთი შეხედვით, ისახება უცნაური სიტუაცია — კანონმდებლის მოქმედების აქტივიზაციას თან ახლავს კანონისა და მოსამართლის ურთიერთწინააღმდეგობა, მისწრაფება, გადააქციონ მოსამართლე სოციალური განვითარების წამყვან ფიგურად, სამართლის ნამდვილ შემქმნელად.

„სამოსამართლო სამართლის“ კონცეფციის წარმატებას მნიშვნელოვნად განაპირობებს თავად კანონმდებლობაც:

ა) მასში დიდი რაოდენობით კაუჩუკისებური ნორმებისა და

ცნებების შემცველობის გამო, რომელიც იძლევა სხვადასხვაგვარი შეფასებისა და განმარტების შესაძლებლობას;

ბ) გარკვეული კომპრომისული კანონების მიღება (რომელიც ასახავს საპარლამენტო პოლიტიკურ ძალებს), რომლებიც თითქმის ყოველთვის შეიძლება გაგებულ და კონკრეტიზებულ იქნეს მოსამართლეთა მიერ საჭირო მიხედულებით;

გ) კანონმდებლობის რიცხოვრივი ზრდა, რასაც მივყავართ გარკვეულწილად მის „ინფლაციამდე“ და სასამართლო მანევრირების შესაძლებლობის შეზღუდვამდე. უმაღლესი სასამართლო ინსტანციები მტკიცედ დაადგინენ „სამოსამართლო სამართალის“ გზას. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ განაცხადა, რომ კონსტიტუციის გვერდით იხელმძღვანელებს ზეკანონიერი პრინციპებითაც, მის მაგალითს გაჰყვა გერმანული იუსტიციის სხვა სისტემებიც.

**16. მკვლევართა შორის არიან ისეთნიც, რომელნიც ცდილობენ „სამოსამართლო სამართლის“ არსებობა განიხილონ არა კანონთან და კანონმდებელთან დაპირისპირებაში, არამედ როგორც პოზიტიური სამართლის სიცოცხლისუნარიანობისათვის იმანენტური მოთხოვნა. მოსამართლის აქტიური სამართალშემოქმედებითი როლის გარეშე ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა აღმოჩნდება სტაგნაციის მდგომარეობაში და ვერ შეძლებს სათანადოდ განვითარებას. საკანონმდებლო სამართალი სრულიადაც არ გამორიცხავს სამოსამართლოს. მას თავად ესაჭიროება სამოსამართლო სამართალი, რათა არ გაქვავდეს.<sup>114</sup>**

ლეონ დიუგი, ცნობილი ფრანგი კონსტიტუციონალისტი, ამბობს: „მე მივეკუთვნები მათ, რომლებიც თვლიან, რომ სამართალი საკმაოდ მცირე ხარისხით არის კანონმდებლის ქმნილება, პოზიტიური კანონები, კოდექსების მკაცრი ტექსტები შეიძლება დარჩეს ხელშეუხებელი — საგანთა ძალით, ფაქტების ზენოლით, პრაქტიკული მოთხოვნებით მუდმივად იქმნება ახალი იურიდიული ინსტიტუტები.“

ტექსტი რჩება, მაგრამ იგი კარგავს ძალასა და ცხოველმყოფელობას, ან სწავლულის მახვილი განმარტებით მას ანიჭებენ ისეთ ხარისხსა და მნიშვნელობას, როგორზეც არც კი ფიქრობდა კანონმდებელი, როდესაც მას ადგენდა. კანონმდებელი აღარ არის სამართლის ერთადერთი და მონოპოლიური შემქმნელი.

<sup>114</sup> Haudte F. Naturrecht, Richterrecht, Gesetzesrecht, 1974. p.123

17. როგორ გამოიხატება „სამოსამართლო სამართალი“ კანონის ინტერპრეტაციაში თუ ახალი ნორმის შექმნაში? მომხრეები და მოწინააღმდეგენი ორივე მიმდინარეობას ჰყავს. მ. ჰელი ამბობს, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებებს აქვს დიდი წონა და ავტორიტეტი სამართლის გამოცხადებაში, განსაკუთრებით, თუ ისინი ემთხვევიან წინა გადაწყვეტილებებს, მაგრამ არ ქმნიან საკუთარ სამართალს. ისინი „ნაკლებია, ვიდრე სამართალი“. სამართალი დამოუკიდებელია სამოსამართლო გამოხატულებისაგან.<sup>115</sup>

ამერიკელი მეცნიერი სოპერი აღნიშნავს, რომ კანონმდებლები ქმნიან სამართალს, ხოლო მოსამართლეები „პოულობენ“ მას. სტატუტის სამოსამართლო წაკითხვა ხდება, თავის მხრივ, პრეცედენტი, მაგრამ ე.წ. „განმარტების პრეცედენტი“. განმარტების პრეცედენტი განსხვავდება იმით, რომ იგი ეფუძნება კანონებს. განმარტების პრეცედენტებს შეუძლიათ, არსებითად შეცვალონ სტატუტური სამართლის შინაარსი, შეიძლება გაჩნდეს დიდი სხვაობა სტატუტის შინაარსსა და იმ შინაარსს შორის, რომელსაც დებენ მასში მოსამართლენი. ამ მოსაზრების სამართლიანობას ადასტურებს ცნობილი ინგლისელი მეცნიერი უოლკერიც: „კანონმდებლობა, როგორც სამართლის წყარო, იმყოფება ნაკლებად ხელსაყრელ მდგომარეობაში იმ თვალსაზრისით, რომ პარლამენტის აქტს ესაჭიროება სამოსამართლო განმარტებები, რომლებიც თავად ხდებიან სასამართლო პრეცედენტები, ამიტომაც საკითხის გამარტივება იქნებოდა საპარლამენტო კანონმდებლობის პრეცედენტზე ზემდგომ სამართლის წყაროდ განხილვა.“<sup>116</sup>

დღეის მდგომარეობით, პოზიტივიზმის მომხრეები აღიარებენ სამოსამართლო სამართალშემოქმედების ფაქტს (Judge made Law). პრეცედენტული სამართალი — ესაა სამართალი, შედგენილი იმ ნორმებისა და პრინციპებისაგან, რომლებიც მოსამართლეთა მიერაა შექმნილი და გამოყენებული მათ მიერ გადაწყვეტილებების გამოტანის პროცესში.

ანალიტიკური პოზიტივიზმის სკოლა აღიარებს სასამართლო პრეცედენტს როგორც სამართლის წყაროს, ხოლო სოციოლოგიური მიმართულების მომხრენი ესწრაფვიან, მთელი სამართალი აქციონ პრეცედენტულად. ანგლოსაქსურ სამართალში დომინირებს ანალიტიკური პოზიტივიზმი, ხოლო აშშ-ში სოციოლოგიური.

<sup>115</sup> M. The History of the Common law England I. 1971 p.207.

<sup>116</sup> The English legal system/ R. J. Walker ( London, 1976).

18. ბუნებრივია, სამოსამართლო სამართალს არ გააჩნია საკანონმდებლო აღიარება. (შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსის ცნობილი ნორმის მაგალითზე, რომლის თანახმადაც, მოსამართლეს არ შეუძლია, უარი თქვას დავის გადაწყვეტაზე საკანონმდებლო ნორმის არარსებობის გამო და მან ამ შემთხვევაში უნდა იმოქმედოს ისე, როგორც კანონმდებლის როლში ყოფნისას იმოქმედებდა, შეიძლება ამ დებულების სადავოდ გახდეს გ.გ.) ერთადერთი ინდოეთის კონსტიტუცია განსაზღვრავს, რომ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებებს აქვთ სავალდებულო ხასიათი. 1966 წლამდე ლორდთა პალატაც დაკავშირებული იყო თავის წინა გადაწყვეტილებებთან, მაგრამ მას შემდეგ, რაც ასეთი რამ მოიხსნა, ინგლისური პრაქტიკა არ წავიდა პრეცედენტებისადმი თავისუფალი მოპყრობის გზით. კანადაში თავად გამოკითხულ მოსამართლეთა ერთი ნაწილი მიიჩნევს, რომ პრეცედენტის დაცვის პრინციპი არის სამართლებრივი ნორმა, სხვები მას მიიჩნევენ ჩვეულებად ან სამართლის მიერ მიღებულ კონვენციურ ნორმად.

19. რომაულმა სამართალმა პირდაპირი ზეგავლენა მოახდინა კონტინენტური სამართლებრივი სისტემის (რომანულ-გერმანული სამართალი) ჩამოყალიბებაზე, განსხვავებით საერთო სამართლისაგან (ინგლისური სამართალი). ეს დებულება მნიშვნელოვანწილად მოითხოვს დაზუსტებას. რამდენადაც პარადოქსული არ უნდა იყოს, ინგლისელი მოსამართლეების მიერ შემუშავებული ტექნიკა დაახლოებულია რომაული სამართლის ინსტრუმენტირებასთან. ცვაიგერტისა და კიოტცის აღწერით: „როგორც საერთო სამართლის იურისტი, ასევე რომაელი იურისტი გაურბიან განზოგადებებს და, შეძლებისდაგვარად, ცნებებსაც. მათი მეთოდია აქტიური კაზუსტიკა. ისინი გადადიან ერთი კონკრეტული შემთხვევიდან მეორეზე და მიისწრაფვიან შექმნან თითოეული მათგანისათვის რეგულირების მოქმედი მექანიზმი“.

ინგლისელი იურისტები აღნიშნავენ, რომ ასი წლის წინ ინგლისელი მოსამართლე ინტუიციურად მივიდა რომაული სამართლის ტექნიკასთან. „აქტიურმა კაზუსტიკამ“ ზეგავლენა მოახდინა „საერთო სამართლის“ სისტემის თავისებურებებზე. იგულისხმება: სამართლებრივი კონტინუიტეტი, ნორმის კონცეფციის თავისებურებები, სამართლის სტრუქტურა, წყაროთა სისტემა.

რომანულ-გერმანულმა სამართალმა, მართალია, რომაული სამართლის ტრადიციების შემკვიდრედ გამოაცხადა თავი, მაინც უარი თქვა „აქტიურ კაზუსტიკაზე“ და კანონის უზენაესობა

ალიარა. აქედან გამომდინარე ალიარეს კონცეფცია — *res judicata*, რომლის თანახმადაც, სასამართლო გადაწყვეტილება არის სავალდებულო მხოლოდ საქმეში მონაწილე მხარეებისათვის.

**20. სამართლის მთელი სისტემა უნდა გავატაროთ სამართლიანობის პრინციპის პრიზმაში.** ამ პრინციპის სავალდებულო კორელატორია გარკვეული განუსაზღვრელობა მისი ნორმებისა. მასში ყოველთვის როდია შესაძლებელი ცალკეული შემთხვევის გადაწყვეტის პოვნა — როგორც სასჯელის განსაზღვრა სისხლის სამართალში, ასევე სამოქალაქო სამართლებრივი გადაწყვეტა ხშირად მოსამართლის თავისუფალ მიხედულებაზეა დამოკიდებული.

გერმანიის სახელგანთქმულ სამოქალაქო კოდექსს (BGB) საფუძვლად დაედო შემდეგი ცივილურ-პოლიტიკური წინამძღვარი.

კოდექსის ავტორებმა წამოაყენეს სამი პრინციპი:

1. კანონი, უპირველეს ყოვლისა, უნდა იყოს სამართლიანი;
2. კანონი უნდა ესწრაფოდეს მატერიალური და არა ფორმალური სიმართლის მიღწევას;
3. კანონმა უნდა მისცეს ფართო სივრცე სასამართლო მიხედულებას, მხოლოდ ამ შემთხვევაშია შესაძლებელი, მხარეთა ურთიერთობები განისაზღვროს სამართლიან საფუძვლებზე.

მესამე პრინციპში გამოხატულმა ამ ახალმა მიმდინარეობამ გაჟღინთა მთელი იურიდიული ატმოსფერო, გახდა ერთგვარი *communis opinio*, გადააფასა ძველი მოძღვრებანი და დოქტრინები.

სულიერ სამყაროში ზოგჯერ ფაქტობრივი გამარჯვება არ არის საკმარისი, ხშირად გამარჯვებული თავის გამართლებისა და წარმატების თეორიულად დასაბუთების მოთხოვნილებას გრძნობს. სწორედ ეს მოთხოვნილება იგრძნო ახალმა მოძღვრებამაც მოსამართლის როლზე და წამოაყენა რიგი დაკვირვებათა თავის თეორიულად გასამართლებლად.

**21. როგორ შორსაც არ უნდა წავიდეს სკეპტიკური დამოკიდებულება კანონისადმი და მისწრაფება მოსამართლის კონკრეტული სამართალშემოქმედებისადმი, ნათელია, რომ შეუძლებელია მივცეთ მოსამართლეს რაიმე თავისუფლება კანონის ნათელი და განსაზღვრული ნორმებისაგან გადახვევისა. სადაც ამ უკანასკნელის (კანონის) აზრი არ იწვევს არანაირ ეჭვებს, იქ მოსამართლის ვალია, დაემორჩილოს მას, თუნდაც ეს აზრი მნიშვნელოვნად ეწინააღმდეგებოდეს მოსამართლის შეხედულებას.**

ბას სამართლიანობაზე, მიზანშეწონილობაზე და ა.შ. დავუშვათ სასამართლო კონტროლი კანონზე ამ თვალსაზრისით, ნიშნავს სამართლებრივი ანარქიის ლეგალიზებას — ამბობს ამ თემის ერთ-ერთი თვალსაჩინო თეორეტიკოსი ფრანგი ფ. ჟენი.

მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი როლი ვრცელდება იმ შემთხვევებზე, რომლებიც კანონით პირდაპირ არ არის განსაზღვრული და სადაც ამის გამო წარმოიშობა კანონმდებლის არასაკმარისი და ბუნდოვანი ნების შევსების საჭიროება. სამეცნიერო ძიების თემა ხდება საკითხი ამ შევსების საუკეთესო მეთოდების შესახებ — პრობლემა ინტერპრეტაციის უფრო მეტად მიზანშეწონილი მეთოდის შემუშავებისა.

**22. კანონმდებელი უძლურია, მისდოს საზოგადოებრივი ურთიერთობების განვითარებას,** ჩნდება გადაუდებელი მოთხოვნილება, ცოცხალი რეგულატორის სახით ჩაერთოს მოსამართლე, მივცეთ მას დისკრეციის თავისუფლება, მაგრამ ეს არ უნდა იყოს მთლიანი თავისუფლება, სრული და დამოუკიდებელი სამოსამართლო სუბიექტივიზმის სახით. სხვაგვარად ასეთი სუბიექტივიზმი წინააღმდეგობაში მოვიდოდა ობიექტურ სამართლებრივ წესრიგთან. აუცილებელია, რომ მოსამართლემ ნორმები თავისი ლოგიკური მსჯელობისა და დასაბუთებისათვის მოიფიქროს არა თვითონ, არამედ მოიშველიოს რაიმე მის გარეთ და დამოუკიდებლად არსებული ობიექტური წყაროები.

მკვლევართა აბსოლუტური უმრავლესობის აღიარებით, პირველ ადგილზე დგას კანონი, მაგრამ მას არ გააჩნია შესაძლებლობა, თავად განსაზღვროს ყოველი კონკრეტული შემთხვევა. კანონი გვაძლევს კომპეტენტური ხელისუფლებისაგან არაუმეტეს უბრალო ინიციატივის უფლებას, ზოგად მიმართულებასა და სახელმძღვანელოს, რა როგორ უნდა იყოს.

სახელმძღვანელოს მნიშვნელობა არ უნდა იქნეს მიჩნეული ყოვლისმომცველად, როგორც ეს გააკეთა გაბატონებულმა მოძღვრებამ. კანონები ლაპარაკობენ ყოველთვის ზოგადი გამოხატულებით, ის გაუთვალისწინებლად ტოვებს პუნქტებს, რომელთა შევსებაც შემდეგ სხვა გზითა და საშუალებებით გვიხდება. გაბატონებული მოძღვრება ამ პრობლემის შესავსებად მოითხოვდა კანონმდებლის ჭკუშმარიტი ნების გამოვლენას, რამდენადაც ის შეიზლება მიგნებულ იქნას საკანონმდებლო ნორმის განმარტებათა ცნობილი ხერხების მეშვეობით.

**23. ფრანგ მკვლევარ ჟენის შეფასებით, სწორედ აქ იმალება**

**მთავარი მეთოდოლოგიური შეცდომა!**<sup>117</sup> თავად კანონი, როგორც ავტორიტეტული სახელმძღვანელო, არის კომპეტენტური ხელისუფლების მიერ გაკეთებული დასკვნა იქიდან, რაც ყოველგვარი კანონისა და სამართლის უზენაესი წყაროა — საგანთა ბუნება “nature des choses”, რომლის თანახმადაც მატერიალური სამართლებრივი წესრიგი არის სხვა წესრიგი — საგანთა უმაღლესი ბუნება, რომელიც შედგება რაციონალური პრინციპებისა და უცვლელი მორალური არსისაგან. და თუ ეს აბსოლუტური სამართლიანობა, უპირველესად, სავალდებულოა კანონმდებლისათვის, ის სავალდებულოა მოსამართლისთვისაც იქ, სადაც მატერიალურ წყაროთა სიცარიელენი აიძულებენ მას, თავად შექმნას სამართალი. ამ საგანთა ბუნების განსაზღვრისათვის მოსამართლეს ესაჭიროება მრავალმხრივი ცოდნა და ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში მოითხოვს უზარმაზარ გონებრივ სამუშაოს. გარდა ფაქტების ანალიზისა, კანონმდებლის მსგავსად, მან ყურადღებით უნდა გააანალიზოს თავის წინაშე წამოჭრილი სოციალურ მოვლენათა არსი, განსაზღვროს ინტერესები და მათი შესაძლო ჰარმონიის კანონები. სამუშაო ურთულესია, მოსამართლის დასახმარებლად ამ კუთხით გვევლინება ტრადიცია და ავტორიტეტი, ე.ი. სასამართლო პრაქტიკა და იურისპრუდენცია.<sup>118</sup>

24. ამ საკითხის მეორე მკვლევარი — ლამბერი მიიჩნევს, რომ კანონის ინტერპრეტირების მეთოდის გამოყენებისას უნდა დავეყრდნოთ არა ბუნებით სამართალს, არამედ შედარებით სამართალს, თანამედროვე კულტურული სახელმწიფოების სამართალს, რომლებიც თანაბარ სოციალურ-ეკონომიკურ პირობებში იმყოფებიან. ამ თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია მონათესავე სამართლებრივი სისტემების შესწავლა. ავტორი ეროვნული სამართლის შემქმნელთა წინაშე ხსნის შესაძლებლობათა მთელ რიგს, რომელთა საშუალებითაც სხვა ქვეყნებში რეგულირდება ერთი და იგივე სამართლებრივი პრობლემა. საუკეთესო, ე.ი. ყველაზე უფრო ხელსაყრელი ამ საშუალებათაგან, ბუნებრივად იქნება მიღებული და მოხდება სამართლის ზოგადი ინტერნაციონალიზება. ასე შეიძლება შეიქმნას საერთაშორისო ზოგადი სამოქალაქო სამართალი, რომელიც ვახდება საერთო და ობიექტური წყარო ყოველი ეროვნული სამართლის განვითარებისათვის, როგორც კანონმდებლობის, ასევე ინტერპრეტაციის გზითაც.

<sup>117</sup> F.Geny, 'Methode de interpretation', Paris 1958, p.290.

<sup>118</sup> E. Lamber, La fonction du droit compare Civile, Paris 1910, p. 178.

25. სალელი აკრიტიკებს ბუნებით სამართალს და მიიჩნევს, რომ გამოსავლის ძიებისას მოსამართლის არსენალში აღმოჩნდება მხოლოდ წმინდა სუბიექტური შეფასება და ინდივიდუალური წარმოდგენები სამართლიანობასა და მორალზე. ეს უკვე თვითნებობა იქნება. ჩვენ უნდა გვეშინოდეს კანონის თვითნებური განმარტების: თუ მოსამართლეები დაეყრდნობიან საკუთარ იდეას სამართლიანობაზე, მორალსა და რელიგიაზე — ეს ნიშნავს იმას, რომ მოსამართლე გადავაქციოთ სოციალური ანარქიის აგენტად.

თავისუფალი ინტერპრეტაცია და ფართო უფლებამოსილება — რომელთაც ჩვენ ვითხოვთ მოსამართლეთათვის, დასაშვებია მხოლოდ იმ პირობით, თუ შევძლებთ, მივცეთ მას ამ ინტერპრეტაციისათვის რაიმე ობიექტური საფუძვლები.

იმპერატიული ელემენტები, რომლებიც მოსამართლემ უნდა გამოიყენოს და რომლებსაც ის უნდა ეძიებდეს, უშუალოდ უნდა იყოს ობიექტური რეალობიდან, დამოუკიდებელი მათი სუბიექტური შემეცნებისაგან. ეს ობიექტური ელემენტები სალელის თვალსაზრისით, შეიძლება მოძიებულ იქნეს წმინდა პოზიტიური გზით შემდეგ სამ სფეროში: საკანონმდებლო ანალოგიაში (analogie legislative), საზოგადოებრივ მართლშეგნებასა (La conscience juridique collective) და შედარებით სამართალმცოდნეობაში (le droit compare).<sup>119</sup>

26. საკანონმდებლო ანალოგია კანონმდებლის ჭეშმარიტი ან შესაძლო ნების დადგენით ცდილობს იპოვოს დასაყრდენი სასამართლო ევოლუციისათვის; შედარებით სამართალმცოდნეობასაც აქვს უდიდესი მნიშვნელობა — ერთი და იგივე სამართლებრივი იდეები მეტ-ნაკლებად ერთნაირად წარმოიშობა ყველა ხალხში, რომლებიც თანაბარი ეკონომიური და სოციალური განვითარების დონეზე იმყოფებიან. ეს იდეები ზოგიერთ ხალხში შესაძლებელია არ იყოს ისე დახვეწილი და ჩამოყალიბებული, როგორც დასრულებული სახე მას უკვე მიღებული აქვს სხვა ხალხებში. უცხო კანონმდებლობის გათვალისწინებით მოსამართლე მხოლოდ შეაფასებს საკუთარი ნაციონალური კანონმდებლობის იდეებს;

მესამე და ამასთანავე, რასაკვირველია ყველაზე მთავარ სახელმძღვანელოდ მოსამართლისათვის უნდა იყოს საზოგადოებრივი მართლშეგნება. სოციალურ ცხოვრებაში ხდება მუდმივი ევოლუცია, იცვლება სოციალური პირობები, ამასთანავე იცვლება წარმოდგენები — მათიც კი, ვინც ყველაზე მეტად დაინ-

<sup>119</sup> Reimond Saleilles "De la declaration de volonte". 1919. p.109.

ტერესებულია შეინარჩუნოს status quo. იდეები აკეთებენ თავის საქმეს და არაფერს შეუძლია შეაჩეროს მათი სვლა, იმ ინტერესებსაც კი, რომლებსაც ისინი ეწინააღმდეგებიან. ნელ-ნელა დგება დრო, როდესაც თვით მდგომარეობის ბატონ-პატრონთაგანაც კი ჩნდება დათმობები და შეგუების მცდელობები, ხოლო სანინაალმდეგო შედეგები იწყებს უკმაყოფილების გამოწვევას. ასე იბადება და მტკიცდება ახალი მართლშეგნება და ამ მომენტში იწყება მოსამართლის როლი. თვით მომავალი წესრიგის მოწინააღმდეგეთა შორისაც იქმნება ისეთი მასა, რომელიც მზად არის დასათმობად და თუ ეწინააღმდეგება ახალ იდეებს, მხოლოდ იმიტომ, რომ წინააღმდეგნი არიან სხვანი. ამ მომენტის დაჭერა, გაგება იმისა, რომ პირობები ცვლილებებისათვის მომწიფდა და ამ მომწიფებულ ცვლილებათა ინიციატორად გამოსვლა — აი მოსამართლის კეთილშობილური სოციალური როლი. ამ სოციალური შემრიგებლის როლში ყოფნა არის მოსამართლის მთავარი ფუნქცია. (consiliateur social).

მოსამართლე იმას, რაც იყო მხოლოდ უმცირესობის იდეალი, გადააქცევს საბოლოო ჩვეულებად და ამგვარად ფრთხილი მცდელობები, რადიკალური გარდატეხის გარეშე, მოარიგებს ცხოვრებას ახალ სოციალურ პირობებთან, და თავად სამართალი, ამის წყალობით, მოსამართლის ხელში გადაიქცევა სოციალური პროგრესის იარაღად.<sup>120</sup>

**27. მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი როლის შესახებ გამართულ პოლემიკას შეუერთდა გერმანელი რუდოლფ შტამლერიც.** დოქტრინა სასამართლო მიხედულების თავისუფლების შესახებ არ უნდა გულისხმობდეს წმინდა პირადულ და სუბიექტურ თვალსაზრისს. სამართალი ვრცელდება მის ქვეშევრდომებზე, მას სურს, დაანესოს ამ უკანასკნელთა ცნობილი ქცევა, თანაცხოვრების ცნობილი წესრიგი, ის, თუ როგორ გახდეს შესაძლებელი, ცალკეულ პირთა ქცევა დამოკიდებული იყოს მესამე პირთა ზოგიერთ მომავალ გადაწყვეტილებაზე, რომელიც დაფუძნებული იქნება მის სუბიექტურ, თავისუფალ აზრზე. ხომ არ დაემსგავსება ეს არაბულ ანდაზას: „ქრისტიანი მუსლიმურ სამართალს მაშინ გაიგებს, როცა სასამართლოდან დაბრუნდება“. ხომ არ ნიშნავს ეს, მოვთხოვთ ქვეშევრდომებს: „მოიქცით ისე, როგორც შემდგომ საჭიროდ მიიჩნევს მოსამართლე?“<sup>121</sup>

შტამლერი ფრანგი მკვლევრებისაგან განსხვავებით ახალი,

<sup>120</sup> Reimond Saleilles "De la declaration de volonte". 1919. p. 109.

<sup>121</sup> Die Lehre von dem rechte, 1927, s. 161.

საკუთარი გზის გაკვლევასაც ცდილობს. მას გზამკვლევად ემსახურება იდეა სამართლიანობის სამართალზე. სამართალი სხვა არაფერია, თუ არა მცდელობა სოციალური იდეალის მიხედვით თანაცხოვრების რეგულირებისა. ეს სოციალური იდეალი უნდა იყოს უზენაესი სანყისი, განმსაზღვრელი, როგორც კანონმდებლის, ასევე მოსამართლის საქმიანობისა. აქედან უნდა გამოიყვანოს ამ უკანასკნელმა ნორმები თავისი გადანყვეტილებისათვის. სოციალური იდეალი შეიძლება იყოს მხოლოდ ისეთი საზოგადოება, სადაც ყოველი ცალკეული პიროვნება განიხილება, როგორც თვითმიზანი, ისეთი საზოგადოება, რომელიც შეიძლება დახასიათდეს როგორც გაერთიანება თავისუფალი ნებელობითი პიროვნებებისა.<sup>122</sup>

**28. დისკუსიას მეტი ელფერი შემატა მასში სახელგანთქმული ერლიხის ჩართვამ.** ერლიხი მიიჩნევს, რომ მოსამართლის თავისუფალი სამართალშემოქმედება (*rechtsfindung*) გარდაუვალია და თეორიულადაც სავსებით კანონიერია. რაც შეეხება ამ თემის აქილევსის ქუსლს: რა გარანტიებია იმისა, რომ ეს თავისუფალი სამართალშემოქმედება არ გადაიზრდება თვითნებობაში, სასამართლო ანარქიასა ან სასამართლო ტირანიაში, ერლიხის პასუხი მოკლე და ლაკონიურია: არ არსებობს და არ შეიძლება არსებობდეს მართლმსაჯულების სხვა გარანტიები, თავად მოსამართლის პიროვნების გარდა. იურისდიქციის სიმძიმის ცენტრის ხელოვნურად კანონმდებლობაზე გადატანამ დაჩრდილა ის უბრალო აზრი, რომ სამოსამართლო ამოცანები მოსამართლისაგან მოითხოვს ინტელექტუალური და ზნეობრივი ძალის ისეთ ხარისხს, რომელიც დიდად აღემატება ჩვეულებრივ დონეს. ყველას როდი შეუძლია, გაიზარდოს იმ დონემდე, რომ გაუძლოს გამოცდას და პრაქტიკულად გამოავლინოს ურთულეს პარაგრაფებში გარკვევის უნარი. ინსტანციურობისა და კოლეგიალობის პრინციპები მთლიანად ანადგურებს ინდივიდუალობას.<sup>123</sup>

პიროვნების კვალი მართლმსაჯულებაში ყოველთვის მნიშვნელოვანი იყო და ყველა დროში ზემოქმედებდნენ მართლმსაჯულებაზე თანამედროვეობის საზოგადოებრივი, პოლიტიკური და კულტურული მიმდინარეობები. მთავარია, ეს ფაქტი არ მივიჩნიოთ ბოროტებად, პირიქით, მივესალმებით და მთელი ძალები უნდა მივმართოთ იქით, რათა პიროვნება, რომელსაც შეხვდა ეს როლი, იყოს ამისთვის ღირსეული. თავისუფალი სამართალშემოქმედების

<sup>122</sup> „Gemeinschaft der freiwillenden Menschen“.

<sup>123</sup> E. Ehrlich „Freie rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“; 1903 p. 125.

პრობლემა არის, ამგვარად, არა მატერიალური სამართლის პრობლემა, არამედ მნიშვნელოვანწილად მოსამართლეთა შერჩევის პრობლემა, ე.ი. სასამართლო წყობილების პრობლემა, რომელმაც უნდა უზრუნველყოს ძლიერი პიროვნებისათვის გასაქანი.<sup>124</sup>

## 29. განსხვავებულია ინტერპრეტაციის ორი სახე: *Interpretation par les principes* და *interpretation les precedents*.

პირველმა - განმარტების ტრადიციულმა მეთოდმა, ფეხი მოკიდა იქ, სადაც იურიდიული საზრისი ამოიზარდა რომანისტიკის მზრუნველობით. ის გამოხატავს კანონის ბატონობის იდეას და გამომდინარეობს კანონის ნებისა და პრინციპებისაგან, რაც, საბოლოო ჯამში, ხელს უწყობს სამართლის უძრაობას და აღრმავებს ყოველდღიურად ნაპრალს სამართალსა და თანამედროვე მოთხოვნებს შორის.

რასაკვირველია, გარკვეული დროის გასვლის შემდეგ მოძველებული კანონი შეიძლება გაუქმდეს ან შეიცვალოს ახალი საკანონმდებლო აქტით, მოძველებული კოდექსი შეიძლება გადამუშავდეს, მაგრამ სამართლებრივი განვითარება ამ რეჟიმით წავა არა მწყობრად და უცვლელად, არამედ პერიოდული ნახტომებით და გარკვეული უხერხულობებით.<sup>125</sup>

მეორეა ინტერპრეტაციის თავისუფალი მეთოდი — *interpretation par les precedents*, რომელიც, პირიქით, უფრო მაღალი ხარისხით პასუხობს სოციალური ევოლუციის უწყვეტობას, ვინაიდან განიცდის ცხოვრების უშუალო და მუდმივ ზემოქმედებას. სასამართლოები უკეთესად და უფრო სწრაფად იპოვიან მეთოდებს, დააკმაყოფილონ იურიდიული სფეროს მოთხოვნები, რაც შეამსუბუქებს და დააჩქარებს სამართლებრივი განვითარების პროცესს, და რაც ხდება სოციალური პროგრესის ფაქტორი. ამ კუთხით რომანისტიკამ დამლუპველად იმოქმედა კონტინენტური ევროპის სამართლებრივ განვითარებაზე, სადაც სახეზეა კანონმდებლობის ქრონიკული ჩამორჩენა.

სამართლის ზედმეტი განსაზღვრულობა და სიმტკიცე ხშირად ხდება უსამართლო გადაწყვეტილებათა წყარო. ჯერ კიდევ პლატონმა კანონი შეადარა კერპ და უბირ ადამიანს, რომელიც ნებას არ იძლევა, შეეკითხო ან გააკეთო რაიმე მის სანინააღმდეგოდ.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> E. Ehrlich "Freie rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft"; 1903 p. 125.

<sup>125</sup> E. Lambert, La fonction, p. 812.

<sup>126</sup> Plato, Politicus, 294.

30. მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი როლის წინააღმდეგობათა ყველაზე თვალსაჩინო უარყოფა არის სამართლის წყაროთა ანგლოამერიკული სისტემა, სადაც ჩვენ ვხვდებით სამართლის სავსებით სრულყოფილ ორგანიზაციასა და სრულ სამართლებრივ კეთილდღეობას. ეს სისტემა მნიშვნელოვანწილად განსხვავდება კონტინენტური სისტემისაგან, სადაც მთავარი წყარო სამართლისა არის არა კანონი, არამედ Common Law - ჩვეულებითი სამართალი, სავსებით განსხვავებული არსით. სამართლის მთავარი წყაროა სასამართლო პრაქტიკის მიერ ფორმირებული ნორმები. ამიტომ ანგლოამერიკული სამართლის პირველი თავისებურებაა მისი კაზუალურობა; მეორე — ის თვალსაზრისი, რომელსაც ამასთან დაკავშირებით იძენს მოსამართლე; და მესამე — კანონის დამხმარე როლი, ვინაიდან მართლწესრიგი არსებობს კანონისაგან დამოუკიდებლად და მის გარეშე.

ამიტომ კონტინენტურ ევროპაში მიღებული სამართლის სისტემა არ არის ერთადერთი ცნობილი სისტემა თანამედროვე სამართლებრივი წესრიგისათვის. კონტინენტური სისტემა არის პირდაპირი შედეგი წარსულისა; კანონის გაფეტიშება არის, ერთი მხრივ, აბსოლუტიზმისა და, მეორე მხრივ, რევოლუციის შედეგი, ამიტომაც შეიძლება, ეს სისტემა სრულიადაც არ არის თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფოს აუცილებელი შემადგენელი ნაწილი. სამართლის ამოცანაა, გახადოს ცხოვრებისეული პირობები მტკიცე, მაგრამ სამართლებრივი სისტემის სიმტკიცისათვის მას უნდა გაუკეთდეს „სასუნთქი მილი“ დინამიკისათვის, ირაციონალურისათვის. ასეთი შეიძლება იყოს დინამიკის სტატიკური ფორმულები, ირაციონალურის რაციონალური ფორმულები. სწორედ პრინციპი — *clausula rebus s. st.* არის დინამიკის ერთი ასეთი ფორმულა სამართლებრივ სისტემაში.

31. სამართლის ძირითადი წყარო ვინაიდან არის კანონი, სწორედ ის ახდენს სამოსამართლო სამართლის პოზიციების გაძლიერების პროვოცირებას, რადგან აუცილებელია კანონმდებლობის მოდერნიზება და სტაბილური სამართალგამოყენების ფორმირება.

კანონმდებლობის სრულყოფილების რწმენაც დროა, სამუდამოდ დავივიწყოთ. საკანონმდებლო შემოქმედების რიტმი ვერასდროს დაენევა ორგანულად ცვალებადი ცხოვრების რიტმს. ასეთ სიტუაციაში აღარაფერი გვრჩება, გარდა იმისა, რომ გაფართოვდეს მოსამართლის როლი და ვალიაროთ მისი ის როლი, რომელიც

მას ეკუთვნის, მაგრამ დიდხანს მტკიცედ ცდილობდნენ მის უარყოფას და ყოველგვარი მეთოდებით დაფარვას.

სამართლის ფსიქოლოგიური სკოლის მამამთავარი ლევ პეტრაჟიცი სრულიად ორიგინალურად ხედავს სასამართლო პრაქტიკის ადგილს სამართლის სისტემაში. უცილობელი ფაქტია, რომ სასამართლო პრაქტიკა ზოგჯერ ადამიანთა ფსიქიკაში იძენს ნორმატიული ფაქტის მნიშვნელობას, ე.ი. ჩნდება სამართლებრივი განცდები, მას მიეწერება სამართლებრივი ვალდებულებები და უფლებები, იმაზე მითითებით, რომ ასეთია სასამართლო პრაქტიკა, რომ წინათ სასამართლოები „ყოველთვის“ ასე წყვეტდნენ შესაბამის საკითხებს, ან ასეა განსაზღვრული მთელი რიგი საკითხებისა უმაღლესი სასამართლოს მიერ. ამგვარად, ჩნდება პოზიტიური სამართლის განსაკუთრებული სახეობა, და ის შესაძლებელია ვიპოვოთ არა სასამართლო გადაწყვეტილებებში, არამედ მათ ფსიქიკაში, რომლებიც ამ გადაწყვეტილებებით, როგორც ნორმატიული ფაქტებით, განიცდიან იმპერატიულ-ატრიბუტულ აზრებს, ე.ი. იქ, სადაც სამართლის დღევანდელი მეცნიერება სამართალს არ ეძებს.<sup>127</sup>

**32. რუსმა მეცნიერმა მურომცევმა და გერმანელმა ბულოვმა ჯერ კიდევ 1880 წელს ყველა სასამართლო გადაწყვეტილების კანონთა შესაბამისობის შესახებ აზრს წმინდა წყლის ფიქცია უწოდეს, საიდანაც დაიწყო კანონის, როგორც სამართლის ძირითადი წყაროს, დოქტრინის კრიზისი. მოსამართლე ახდენს სამართლის ფორმულირებას და გამოყენებას, რომელიც არ არის გამოხატული კანონში, მაგრამ არსებობს ამ საზოგადოებაში და ამ შემთხვევაში მისი გადაწყვეტილების სისწორე სრულიადაც არ ნიშნავს გადაწყვეტილების შესაბამისობას კანონთან.**

სამართლებრივი წესრიგი არაფერია მოაზროვნე, შემფასებელი, კეთილის მსურველი მოსამართლის გარეშე — ამბობს რამფი. ამ დოქტრინამ ჩაანაცვლა მეორე დოქტრინა — მოსამართლის პასიური როლის შესახებ, რომელიც ხატოვნად გამოხატა ბეკონმა: „Optima Lex quae minimum iudici relinquit; Optimus iudex, qui minimum sibi“ — „საუკეთესო კანონია ის, რომელიც რაც შეიძლება ნაკლებ ნილს უტოვებს მოსამართლეს, საუკეთესო მოსამართლეა ის, რომელიც რაც შეიძლება ნაკლებ ნილს იტოვებს თავად“.

სამართალი და კანონი არ არის ტოლფასოვანი ცნებები, არასწორია, სამართალი წარმოვიდგინოთ აბსტრაქტული კანონის სახით,

<sup>127</sup>Л. И. Петражицкий, Теория права и государства в связи с теорией нравственности, 1910, 334.

რომელიც ყველა შემთხვევისათვის უშვებს მათემატიკურად ზუსტ გადაწყვეტას, და რომელიც შესაძლოა, წინასწარ გავითვალისწინოთ. სამართალი არის სამართლიანობის კონკრეტული ცოცხალი სტიქია, როგორც ეს გაგებულ და განხორციელებული ხალხის მიერ მოცემულ დროში. სამართალი უშუალოდ დაკავშირებულია კონკრეტულ ყოფასთან და ზნეობასთან, ამიტომ მოსამართლის გადაწყვეტილება უნდა იყოს თავისი დროის ზნეობრიობისა და სამართლებრივი შეგნების პირდაპირი გამოხატულება.

**33. თეორია სამართლებრივი ქეშმარიტებისა და სიცხადის შესახებ.** - თუ ა-მ ბ-საგან აიღო სესხი ერთი წლით, ნუთუ სასამართლოსათვის აუცილებელია სამოქალაქო კოდექსის შესაბამის მუხლებზე მითითება იმისათვის, რომ დროზე გადაუხდელობისას გამოიტანოს გადაწყვეტილება ა-ს მიერ ბ-ს სასარგებლოდ ვალის გადახდევინების შესახებ. ასეთი ნორმა რომც არ იყოს კანონში, გადაწყვეტილება ასეთი სახით მაინც შედგება და როგორც არ უნდა ეცადოს მოსამართლე ნებისმიერი არგუმენტაციისას იძულებული იქნება, აღიაროს ა-ს და ბ-ს შორის სამართალურ-თიერთობის არსებობა, ამ უკანასკნელის სასარგებლოდ. იგი ამისათვის მიუთითებს თუ არა კონკრეტულ სამოქალაქოსამართლებრივ ნორმას არსებითი გადაწყვეტისათვის, სულ ერთია.

რეინაჰმა ჩამოაყალიბა სპეციალური თეორია სამართლებრივი ქეშმარიტებების სიცხადისა და სიაშკარავის შესახებ, რაც წარმოადგენს სამოქალაქო სამართლის საფუძვლებს — ე.ი განვავითაროთ სისტემა სამართლებრივი ქეშმარიტებათა სიცხადის შესახებ ამა თუ იმ პოზიტიური ნორმისაგან დამოუკიდებლად.<sup>128</sup>

**34. კრახეს განმარტებით, პოზიტიური ნესების შინაარსი აშკარავდება მხოლოდ მათი გამოყენების პროცესში.** ყოველი კანონი იხსნება განმარტებისა და ახსნის მეშვეობით, რომელიც შეიძლება გამომდინარეობდეს სრულიად სხვადასხვა საფუძვლიდან. ხშირად, მიუხედავად კანონის წერილობითი ტექსტის არსებობისა, მხარეებს ისევე ნაკლებად აქვთ გარკვეული ობიექტური სამართალი, ისევე როგორც საერთო არანწერილობითი ნორმის შემთხვევაში.<sup>129</sup>

კრახეს დასაბუთება, რომ სამართლებრივი ნორმების შინაარ-

<sup>128</sup> S. Reinach, Die apriorische Grundlagen des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1914. p. 254.

<sup>129</sup> S. Krabbe, Die moderne Staats idee. Hague. 1923. p. 243.

სი გამომჟღავნებას იწყებს მხოლოდ მათი გამოყენების პროცესში, სადავოა. ამგვარი გაგება არასწორია და მთლიანად უარყოფს სამართლის განსაზღვრულობისა და წინასწარ დადგენილობის პრინციპებს, რაც თავისთავად ძალიან მნიშვნელოვანია. ის მხედველობიდან უშვებს იმ გარემოებას, რომ იურიდიული სუბიექტები წინასწარ უნდა ითვალისწინებდნენ სამართლებრივი ნორმის მოთხოვნებს, საკუთარ უფლებებსა და პასუხისმგებლობის საფუძვლებს. მაგ. კონტრაქტის დადებისას მხარეები წინასწარ აანალიზებენ საკუთარ პოზიციებს. ზოგიერთი სამართალურთიერთობა შესაძლებელია, საერთოდაც არ მოხვდეს სასამართლოში, ისე ამოიწიროს. სამოსამართლო სამართლის პერსპექტივები სრულიადაც არ მოასწავებს სამართლებრივი ნორმების წინასწარ განსაზღვრულობისა და მათი სიმტკიცის მოშლას, პირიქით, კანონის ზოგადი ნორმების კონკრეტიზაციითა და შევსებით პრეცედენტული სამართალი კიდევ უფრო აძლიერებს ამ ელემენტებს.

**35. ამგვარად, სამართლის ცნების ორნახევართასწლოვანი ისტორიის მანძილზე ჩამოყალიბებულია იურიდიული პოზიტივიზმის მრავალი ნაირსახეობა.** აქ შეიძლება შევაჯამოთ ამ ცნების მხოლოდ მთავარი ელემენტები. პოზიტივისტური სამართლის ყველა თეორიის საერთო თეზა ამბობს, რომ არ არსებობს აუცილებელი ურთიერთკავშირი სამართალსა და მორალს შორის. აქ „სამართალს“ მოიაზრებენ პოზიტიურ სამართლად და მორალში გულისხმობენ იმას, რაც ტრადიციულად „ბუნებით სამართლად“, „გონით სამართლად“, ანდა „სამართლიანობად“ იწოდება. აქედან გამომდინარე, პოზიტივისტური თეზა შემდეგნაირად შეიძლება ჩამოყალიბდეს, რომ ნებისმიერი შინაარსი, ისეთიც კი, რომელიც აშკარად ეწინააღმდეგება სამართლიანობის ფუნდამენტურ პრინციპებს, შეიძლება იყოს სამართალი. ამ თეზას შეესაბამება პოსტულატი, რომ, ენობრივ-ცნებითი სიზუსტიდან გამომდინარე, უნდა მოხდეს მკაცრი გამიჯვნა „სამართალს, როგორც ის არის“ და „სამართალს, როგორც ის უნდა იყოს“ შორის. სამართლის პოზიტივისტური ცნება შემოიფარგლება „სამართლით, როგორც ის არის“, ე.ი. მოქმედი სამართლით, მატერიალური სისწორე კი, როგორც დეფინიციის ელემენტი, მას ფრჩხილებს გარეთ გააქვს. ამგვარად, პოზიტივისტური თეორიები სამართლის ცნების დეფინიციისათვის იყენებს ორ მთავარ ელემენტს: უწინარესად ავტორიტარულ კანონურობას და ნორმის თუ ნორმათა სისტემის სოციალურ ეფექტიანობას.

სამართლის პოზიტივისტური ცნების წინააღმდეგ დებატებში უმთავრესად გამოიყენება უსამართლობის არგუმენტი, რომლის მიხედვით არსებობს ნორმები და ნორმათა სისტემები, რომლებიც იმდენად უსამართლოა, რომ უნდა უარყოს მათი სამართლებრივი ნამდვილობა და სამართლებრივი ხასიათი. სამართლის ფილოსოფიის ისტორიიდან ეს არგუმენტი მრავალი ვარიაციითაა ცნობილი, როგორც, მაგალითად, ტირანიისა და *lex corrupta*-ს არგუმენტი. თანამედროვე აქტიუალურობას იგი უმაღლის უახლესი პერიოდის ტოტალიტარულ დიქტატურებში, განსაკუთრებით კი „მესამე რაიხში“ მომხდარ სამართლის გაუკუღმართებებს. შესაბამისად ამისა, მას შეიძლება ეწოდოს გაუკუღმართების ანდა ტოტალიტარიზმის არგუმენტი.

გუსტავ რადბრუხის ფორმულის თანახმად, კონფლიქტი პოზიტიურ სამართალსა და სამართლიანობას შორის იმგვარად წყდება, რომ პოზიტიურ სამართალს, განსაკუთრებით სახელმწიფო კანონს, მაშინაც კი უპირატესობა აქვს, როცა მისი შინაარსი უსამართლოა, „თუკი კანონის დაპირისპირებამ სამართლიანობასთან არ მიაღწია ისეთ აუტანელ ზღვარს, რომ კანონი, როგორც „უსამართლო სამართალი“ სამართლიანობას უარყოფს“.<sup>130</sup> სამართლიანობის კრიტერიუმებს რადბრუხი იღებს ადამიანისა და მოქალაქის უფლებათა ტრადიციებიდან, უწინარესად თანასწორობის პრინციპიდან.

კრილეს მიხედვით, აუცილებელი ურთიერთკავშირი სამართლებრივ ვალდებულებასა და მორალურ ვალდებულებას შორის იმგვარია, რომ პოზიტიური სამართლის განხორციელება აუცილებელია, თუკი სამართალი ზოგადად და უმთავრესად ზნეობრიობას უწევს ანგარიშს.<sup>131</sup>

**36. გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ და ფედერალურმა კონსტიტუციურმა სასამართლომ რადბრუხისეული ფორმულა მრავალ პრინციპულ გადაწყვეტილებაში გამოიყენეს, მაგ., ფედერალური სასამართლოს 1968 წლის გადაწყვეტილება მოქალაქეობის შესახებ. მასში ლაპარაკი იყო სამართლის ნამდვილობაზე, კერძოდ კი 1941 წლის 25 ნოემბრის მოქალაქეობის კანონის შესახებ მე-11 დადგენილების სამართლებრივ ხასიათზე, რომლითაც ემიგრირებულ ებრაელებს, რასობრივი საფუძვლებიდან გამომდინარე, გერმანიის მოქალაქეობა ჩამოერთვათ. ამ გა-**

<sup>130</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1973, p 339-350.

<sup>131</sup> O. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, Kap. 5.

დანყვეტილების სამოტივაციო ნაწილის 1-3 თეზისი ასეთია:

1. ნაციონალურ-სოციალისტური „სამართლის“ ნორმებს შეიძლება სამართლის ნამდვილობაზე უარი ეთქვათ, თუკი ისინი სამართლიანობის ფუნდამენტურ პრინციპებს ისე აშკარად ეწინააღმდეგებიან, რომ მოსამართლე, რომელსაც ისინი უნდა გამოეყენებინა, ანდა მათი სამართლებრივი შედეგის ცნობა სურდა, მათ სამართლის ნაცვლად უსამართლობად მიიჩნევს;

2. მეთერთმეტე დადგენილებაში სამართლიანობისადმი დაპირისპირებამ ისეთ აუტანელ ზღვარს მიაღწია, რომ თავიდანვე ბათილად უნდა ყოფილიყო მიჩნეული;

3. ერთხელ დაკანონებული უსამართლობა, რომელიც სამართლის ფუძემდებლურ პრინციპებს აშკარად ხელყოფს, არ იქცევა სამართლად იმის გამო, რომ იგი გამოყენებულ ანდა დაცულ იქნა.

**37. თანამედროვეთაგან სამართლის ცნების ავტორიტეტული მკვლევარი რალფ დრაიერი მიიჩნევს:** ამ ცნების კვლევისას მე გამოვდივარ იმ თეზიდან, რომ სამართლის დოგმატიკა არის უპირატესად მოსამართლეებზე ორიენტირებული დისციპლინა და სამართლის თეორიამ, შესაბამისად ამისა, უნდა გამოიმუშავოს უპირატესად მოსამართლეებზე ორიენტირებული სამართლის ცნება. (ჩვენი აზრით, ეს პოსტულატი, როგორც ზემოთ, კრატეს შემთხვევაში, შენიშვნასა და შესწორებას იმსახურებს — გ.გ.)

ყველა მოსამართლეს მეტ-ნაკლები სიცხადით აქვს სამართლის ცნება წარმოდგენილი. სამართლის თეორიის ამოცანაა, რომ იგი შეიმეცნოს და გამოიკვლიოს. სამართალი მოსამართლისათვის არის ნორმათა ერთობლიობა, რომელთა მიხედვითაც იგი კაზუსებს წყვეტს. ეს ნიშნავს, მოსამართლისათვის სამართლის ცნება არის არა ემპირიული, არამედ ნორმატიული. იგი განსაზღვრავს კრიტერიუმებს, რომელთა მიხედვითაც მოსამართლე ახდენს ნორმის, როგორც ასეთის, იდენტიფიკაციას, ნორმის, რომელიც იმ სამართლის სისტემაში, რომელსაც მოსამართლე ემორჩილება, სამართლებრივად მოქმედებს და, ამგვარად, სამართლებრივად სავალდებულოა. მართალია, მოსამართლე არ იცნობს განსხვავებას „სამართალს, როგორც ის არის“, და „სამართალს, როგორც ის უნდა იყოს“ შორის. ანუ მოსამართლისეული სამართლის ცნება არის სამართლებრივად მოქმედი სამართლის ცნება, იგი სამართლებრივ ნამდვილობაში დევს მოსამართლეთათვის, ისევე როგორც ყველა იურისტისათ-

ვის საერთოდ. როგორც კელზენი ამბობს: „ნორმის სპეციფიკური არსებობა“, „არსებული სამართალი“, „პოზიტიური სამართალი“ და „სამართლებრივად ნამდვილი სამართალი“ იურიდიული თვალსაზრისით სინონიმებია.

პოზიტივისტური სტრატეგიის მიხედვით, მოსამართლე პოზიტიური სამართლის გაურკვეველ სიტუაციებში მორალური თვითშეფასებისათვის უფლებამოსილია; პრინციპების სტრატეგიის მიხედვით, ამ სფეროშიც კი, ყოველ შემთხვევაში, უფრო ფართოდ, სამართლებრივად, კერძოდ, სამართლებრივად მოქმედი პრინციპებით არის შებოჭილი. საკითხავია, რა უნდა ეწოდოს იმ ღირებულებებსა და მიზნებს, რომელთა მიმართაც არიან მოსამართლეები ორიენტირებული — მორალი თუ სამართალი. პრინციპების თეორია ასაბუთებს, რომ და როგორ შეიძლება უმძიმეს შემთხვევებშიც კი სამართლებრივი დასაბუთება. მას უპირისპირდება „ღირებულებითი წესრიგის თეორია“, რომელიც ითხოვს მზარდ სფეროს სამოსამართლო თვითშეფასებისათვის და მასთან სამართლებრივი სტრუქტურების მისადაგებას. მთავარი არგუმენტი, რომელიც ღირებულებითი წესრიგის თეორიის წინააღმდეგ მოიხმობა, ამბობს, რომ ამ თეორიასთან დაკავშირებული სამართლის მოქნილობა მოგვიტანს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპისა და სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის ჩამორთმევას და სასამართლოებისათვის გადაჭარბებული უფლებამოსილებების გადაადგილებას ხელი-სუფლებათა დანაწილების სისტემაში.

საბოლოო ჯამში, დრაიერი ცდილობს ოქროს შუალედის მოძიებას და სამართლის ცნებას აგებს ავტორიტარული კანონურობის, სოციალური ეფექტიანობისა და ეთიკურობის ელემენტების ერთ სისტემაში გაერთიანებით.

სამართალი არის ერთობლიობა იმ ნორმებისა, რომლებიც მიეკუთვნებიან სახელმწიფოებრივად ორგანიზებულ ან სახელმწიფოთაშორის ნორმათა სისტემას, რამდენადაც იგი მთლიანად და სრულად სოციალურად ეფექტურია და წარმოაჩენს ეთიკური გამართლების ან გამართლებაუნარიანობის მინიმუმს, და ასევე ერთობლიობა იმ ნორმებისა, რომლებიც ამ სისტემის წყობილების შესაბამისად არიან დადგენილნი, რამეთუ ისინი, თავისთავად აღებულნი, სოციალური ეფექტურობის მინიმუმს და ამ ეფექტურობის შანსებს და ეთიკური გამართლების ან/და გამართლებაუნარიანობის მინიმუმს წარმოაჩენენ.<sup>132</sup>

<sup>132</sup> ურნალი „სამართალი“, 1995, 1-2.

38. დრაიერის ცნების ელემენტებს, ჩვენი აზრით, უფრო მკაფიოდ საერთო სამართალი შეიცავს. სოციალური ეფექტურობის, შეცვლილი გარემოებებისადმი მისი მისადაგების, სამართლის ნორმების მორალისა და სამართლიანობის პრიზმაში გატარების რესურსით ინგლისური სამართალი აღემატება კონტინენტური სამართლის სისტემას. ინგლისურ სისტემაში სამართლის კანონურობისა და წინასწარგანსაზღვრულობის პრობლემის კომპენსირება ხდება კანონის მაგიერ სხვა ფაქტორებით. კონკრეტული პრეცედენტები სიმტკიცითა და თუნდაც თავიანთი მოქმედების პერიოდებით არ ჩამოუვარდებიან კანონებს. შესაბამისად, დღეისათვის მიმდინარეობს ამ ორი ძირითადი სამართლებრივი სისტემის წარმატებული ელემენტების შერწყმის პროცესი.

მოსამართლის როლისა და კანონთა განმარტების საკითხი, ისევე როგორც სამართლებრივი პოლიტიკის უმრავლესი საკითხი არ უშვებს, ერთ საერთო და საბოლოო გადაწყვეტას ყველა დროისა და ყველა ხალხისათვის. საკითხის გადანყვეტა ყოველთვის დამოკიდებულია გარემოებათა კონკრეტულ პირობებზე. მოსამართლის მეტ-ნაკლებად აქტიური მდგომარეობა მოითხოვს გარკვეული პირობების არსებობას, კერძოდ, მოსამართლეთა სპეციალურ მომზადებას, რაც განაპირობებს ერთგვაროვან მიდგომას პრაქტიკაში არსებულ პრობლემებთან, მათ გადასაწყვეტად, სამართლებრივი ტრადიციების დამკვიდრებასა და ქვეყანაში სამართლებრივი კულტურის მაღალ დონეს, საბოლოო ჯამში კი ეს იწვევს საერთო მართლშეგნების დაახლოებას მოსამართლის მართლშეგნების დონესთან.

სამართლის ისტორიკოსთა დაკვირვებით, იქ, სადაც ეს პირობები არ არის სახეზე, კანონის პრეტენზია სამართალშემოქმედების მონოპოლიით პოულობს ხელსაყრელ პირობებს. მართალია, კანონს აქაც ვერ გამოსდის, დაიკავოს სამართლის ერთადერთი წყაროს პოზიცია, მაგრამ მოსამართლის როლი ამ შემთხვევებში მნიშვნელოვნად მოკრძალებულია და კანონი იცემა უფრო მეტად ადმინისტრაციის ბრძანებულებებითა და ჩვეულებებით, ვიდრე მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი საქმიანობით. მაგრამ ამ შემთხვევებშიც კი, საერთო თვალსაზრისით, არასოდეს იქნება შესაძლებელი, რომ მოსამართლე გადავაქციოთ ყოველგვარ სამართალშემოქმედებით როლს მოკლებულ, კანონმდებლის პასიურ იარაღად.

## პ ა რ ი XI

### საჯარო სამართალი, კერძო სამართალი და სასამართლო პრაქტიკა

#### 1. მცირე ისტორია

რომანულ-გერმანული სამართლებრივი ოჯახის ყველა ქვეყანაში იურისპრუდენცია სამართლის სფეროებს ორ დიდ სისტემად ყოფს – საჯარო სამართლად და კერძო სამართლად. თეორეტიკოსები ხშირად სვამენ საკითხს, თუ რა კრიტერიუმი და აზრი აქვს ამგვარ დაყოფას. რენე დავიდის შეფასებით, ისტორიის გაკვეთილებზე „აღზრდილი“ პრაქტიკა არ დაეჭვებულა მის მნიშვნელობაში. განსხვავება საჯარო და კერძო სამართალს შორის რომაულმა სამართალმა ჩამოაყალიბა, ოღონდ მხოლოდ იმისათვის, რომ საჯარო სამართალი, თუკი იგი არსებობდა, სასამართლოს სფეროდან ამოელო და არაიურისტებისათვის გადაელოცა. მრავალი საუკუნის განმავლობაში ევროპის კონტინენტზე სამართლად მხოლოდ კერძო სამართალი ითვლებოდა. სახელმწიფოს მიერ შექმნილ თუ აღიარებულ სასამართლოებს თავიანთი საქმიანობის განხორციელება და დავის მიუკერძოებლად გადაწყვეტა მხოლოდ კერძო სამართლის სფეროში შეეძლოთ. დავას არ იწვევდა ის საკითხი, რომ საჯარო და კერძო პირთა ინტერესები ერთი არ არის და მათი ერთ სასწორზე დადება შეუძლებელია. მხოლოდ ახლა, ჩვენი გადასახედიდან არის ძნელი წარმოსადგენი, თუ როგორ შეუძლია სახელმწიფოს, არ ემორჩილებოდეს სამართალს.

პრაქტიკაში წამოიჭრა საკითხი – როგორ მოქცეულიყვნენ, რომ მოსამართლეებს, სახელმწიფოსა და კერძო პირებს შორის დავა სრული დამოუკიდებლობითა და მიუკერძოებლობით გადაეწყვიტათ?

ბუნებითი სამართლის სკოლამ აღკვეთა საჯარო სამართალზე დადებული ტაბუ. მისი გავლენით აღიარეს, რომ მმართველსა და მართულს, ადმინისტრაციასა და კერძო პირებს შორის ურთიერთობების სფეროზე სამართალი უნდა გავრცელებულიყო და ისე მოწყობილიყო სასამართლოები, რომ მათ გადაწყვეტილებები, ერთი მხრივ, სახელმწიფოს სახელით მიეღოთ და მაინც მისგან საკმაოდ დამოუკიდებელნი ყოფილიყვნენ.

რომანულ-გერმანული სამართლისაგან განსხვავებით, საერთო სამართალი არ იყენებს სამართლის სისტემის საჯარო და კერძო

სფეროებად კლინიფიკაციას. ამის ახსნა ინგლისური სამართლის ისტორიულ განვითარებაში უნდა ვეძიოთ. Common law ანუ საერთო სამართალი წარმოიშვა ადგილობრივი ჩვეულებების საპირისპიროდ, როგორც მთელი ინგლისისათვის საერთო სამართალი. 1066 წლამდე ის ჯერ კიდევ არ არსებობდა და იმ პერიოდში მართლმსაჯულებას საგრაფო სასამართლოდ და ასეულთა სასამართლოდ წოდებული თავისუფალი ხალხის საკრებულოები ახორციელებდნენ უაღრესად ლოკალური ჩვეულებითი სამართლის საფუძველზე. საეკლესიო იურისდიქციის სფეროში მთელი საქრისტიანოსათვის საერთო კანონიკური სამართალი გამოიყენებოდა. საერთო სამართალი ანუ მთელი ინგლისისათვის საყოველთაო სამართალი მხოლოდ სამეფო სასამართლოებიდან წარმოიშვა. სამეფო სასამართლოებს სანყის ეტაპზე უნივერსალური კომპეტენცია არ გააჩნდათ, ამიტომ მათი მოქმედების სფეროს გაფართოების გარეშე შეუძლებელი იყო საერთო სამართლის დამკვიდრება; მეორე მხრივ, მეფე ცდილობდა საკუთარი ძალაუფლების განმტკიცებას და თავისი სასამართლო ძალაუფლების გაფართოებას, ამრიგად სამეფო იურისდიქცია ნიადაგ ფართოვდებოდა და შუა საუკუნეების ბოლოს ყოვლისმომცველი გახდა. ყველა სხვა სასამართლომ პრაქტიკულად მნიშვნელობა დაკარგა. კონტინენტისაგან განსხვავებით, ინგლისში სამეფო იურისდიქციის კომპეტენციის გაფართოება არ ხორციელდებოდა მასთან ადგილობრივი თუ საბატონო სასამართლოების გათანაბრებით, რომლებიც მონოდებულნი იყვნენ, კერძო ხასიათის დავები განეხილათ. ინგლისში სამეფო სასამართლოები გვირგვინის ინტერესების მოშველიებით აფართოებდნენ თავიანთ კომპეტენციას, რის გამოც ყველა დავას, რომელთაც სამეფო სასამართლოებს გადასცემდნენ, ინგლისში საჯარო სამართლის დავად მიიჩნევდნენ. საბოლოო ჯამში, მათ სრული იურისდიქცია მიიღეს. გაქრა სასამართლოები, რომლებიც კერძო სამართლის დავებს იხილავდნენ და მათთან ერთად ინგლისში გაქრა თვით კერძო სამართლის ცნებაც.<sup>133</sup>

ადმინისტრაციული სამართლის ავტონომიურობის ფრანგულ კონცეფციას ხშირად უპირისპირებენ ანგლოსაქსურს, რომლის თანახმადაც, ადმინისტრაცია და მისი წარმომადგენლები ექვემდებარებიან საერთო სამართლის ნორმებს დაისი, ინგლისური სამართლის კლასიკოსი, ამას ზოგადად ინგლისური სისტემის ძირითადი პრინციპის – სამართლის ბატონობის იდეით ხსნის, რაც გულისხმობს იმას, რომ ყველა მიუხედავად წოდებისა და მდგომარეობისა, ექვემდებარება ჩვეულებრივ კანონს, რომელსაც

<sup>133</sup> დავიდი, თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი სისტემები, თბილისი, 1993, 213.

იყენებენ ჩვეულებრივი სასამართლოები. გარკვეული კლასისათვის, თუნდაც სახელმწიფო ჩინოვნიკებისათვის, პრივილეგიების დანესება და მათი განსაკუთრებულ რეჟიმში ჩაყენება ეწინააღმდეგება კანონის წინაშე თანასწორობასა და ერთი კანონისადმი მორჩილებას. ჩვენთან ყოველი თანამდებობის პირი, პირველი მინისტრით დაწყებული და გადასახადების ამკრეფით დამთავრებული, ექვემდებარება ისეთსავე პასუხისმგებლობას, როგორც რიგითი მოქალაქე. სამართლის ბატონობის იდეა გულისხმობს იმას, რომ მთელ ერზე ერთი კანონი ვრცელდება. აქედან გამომდინარე, ფრანგული *droit administratif* ინგლისელისათვის გაუგებარია. საფრანგეთში, ისევე როგორც სხვა კონტინენტური სამართლის ქვეყნებში, ჩინოვნიკები არ ექვემდებარებიან ჩვეულებრივ კანონებს, ისინი ექვემდებარებიან ადმინისტრაციულ სამართალს, რომელსაც იყენებენ ადმინისტრაციული დანესებულებები.<sup>134</sup> თუმცა დღეისათვის ასეთი კონტრასტი შერბილებულია და ინგლისურ სამართალშიც მიმდინარეობს ადმინისტრაციული ელემენტების გამოცალკევების ტენდენცია.

## 2. საჯარო და კერძო სამართლის გამოჯენის თანამედროვე მნიშვნელობა

ქართული სამართალი რომანულ-გერმანული სამართლის სისტემის მსგავსად იყოფა საჯარო (*jus publicum*) და კერძო (*jus privatum* ან *jus civile*) მართლწესრიგად. საჯარო სამართლის სფეროს განეკუთვნება: საკონსტიტუციო და საერთაშორისო სამართალი, ადმინისტრაციული სამართალი, სისხლის სამართალი, საბაჟო, საგადასახადო და პროცესუალური კანონმდებლობა; კერძო სამართლის სფეროს ტრადიციულად მიეკუთვნება სამოქალაქო სამართალი და საკორპორაციო სამართალი. თანამედროვე პირობებში ამგვარმა დაყოფამ პრაქტიკული მნიშვნელობა შეინარჩუნა იურიდიული ფაქტების კლასიფიკაციისა და მართლმსაჯულების გეზის განსაზღვრისათვის.

კერძოსამართლებრივი დავები განიხილება სამოქალაქო სამართალწარმოების წესით შეჯიბრებითობის საფუძველზე.

საჯაროსამართლებრივი დავების განხილვა წარმოებს ადმინისტრაციული სამართალწარმოების წესითა და ინკვიზიციურობის ელემენტებით.

<sup>134</sup> Даиси, Основы конституционного права Англии, Москва, 1907, 33.

ადმინისტრაციული ორგანო ფლობს კანონით ზუსტად განსაზღვრულ სპეციალურ უფლებამოსილებას, მაშინ როდესაც ფიზიკური და კერძო სამართლის იურიდიული პირები უფლებამოსილი არიან, განახორციელონ კანონით აუკრძალავი ნებისმიერი მოქმედება. ადმინისტრაციული ორგანო შეზღუდულია კანონიერების პრინციპისა და სახელმწიფოებრივი ინტერესების დაცვით, მასზე არ ვრცელდება კერძო სამართალით გათვალისწინებული ნების ავტონომიურობის პრინციპი. სწორედ ამ ფუძემდებლური განსხვავებების გამო ვერ ხერხდება საჯარო სამართლის იურიდიული პირების ჩაყენება კერძო პირების მსგავს საერთო სამოქალაქო სამართლებრივ რეჟიმში. ამიტომ უცილებელი ხდება საჯარო სამართლის იურიდიულ პირთა საქმიანობისათვის სპეციფიკური რეჟიმის შემოღება.

ადმინისტრაციული სამართალი ადმინისტრაციის საქმიანობის მარეგულირებელი სამართალია. გავრცელებული თვალსაზრისით, ადმინისტრაციული სამართალი არსებობს მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც ამ ნორმათა ერთობლიობა თავისი არსით განსხვავდება კერძო პირებს შორის ურთიერთობებში გამოყენებული ნორმებისაგან. ფაქტია, რომ მხოლოდ კერძო სამართალი ვერ ფარავს ადმინისტრაციული ორგანოს საქმიანობასა და მასთან დაკავშირებული ურთიერთობების სივრცეს, დამატებით აუცილებელი ხდება სპეციალური კანონები, მაგ.: ადმინისტრაციული ორგანოს განსაზღვრისათვის, მისი პრეროგატივების რეგლამენტაციისათვის, რომელსაც მხოლოდ საჯარო სამართლის იურიდიული პირები ფლობენ, საჯარო შესყიდვებისა და ლიცენზირების წესების განსაზღვრისათვის. მაგრამ შეიძლება აღმოჩნდეს ისეც, რომ ადმინისტრაციულ ურთიერთობებში კერძო სამართალი გახდეს წესი, ხოლო სპეციალური კანონები გამონაკლისი.

შეიძლება ითქვას, რომ გარკვეულწილად ასეთ ბალანსს ინარჩუნებს ქართული სამართალიც საჯარო და კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების რეგულირებისას. ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 1-ლი II მუხლის თანახმად თუ კოდექსით სხვა რამ არ არის დადგენილი, ადმინისტრაციულ სამართალწარმოებაში გამოიყენება საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის დებულებანი. ასევე ჩვეულებრივი წესია, სამოქალაქო სამართლის მატერიალური ნორმებისა და ინსტიტუტების მთელი რიგის გამოყენება ადმინისტრაციულ ურთიერთობებში.

ამგვარად, გავრცელებული მოსაზრებით, ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი რეგულირება ზოგადად არის არა არსებითად სხვა, არამედ გამონაკლისების ერთობლიობა კერძო სამართლის

მიერ სამართლებრივი ურთიერთობების რეგულირებაში. მიუხედავად ამისა, მრავალი ფუძემდებლური პრინციპისა და განსხვავების გამო, შეიძლება დავასკვნათ, რომ ადმინისტრაციული სამართალი სამოქალაქო სამართლისაგან განსხვავებული სპეციფიკური დარგია. ადმინისტრაციულ საქმიანობაში შეიძლება გამოყენებულ იქნეს „კერძო მმართველობის“ საშუალებები, რომლებიც ინვევენ კერძო სამართლის ნორმების გამოყენებას. პრაქტიკული თვალსაზრისით, კერძო მმართველობა ადმინისტრაციული საქმიანობის განხორციელების ერთ-ერთი სახეობაა. ადმინისტრაციული სამართალი თავის თავში იტევს ორ სფეროს: საჯარო სამართალსა და კერძო სამართალს (კერძო სამართლის იმ ნორმათა ერთობლიობას, რომლებიც გამოიყენება საჯარო მმართველობაში და რომელიც ასრულებს დამხმარე როლს ადმინისტრაციის მიერ საჯარო ფუნქციის განხორციელებაში).

საფრანგეთის 1958 წლის კონსტიტუციამ დააფუძნა პრეზუმფცია – ნებისმიერ საჯარო სახელმწიფოებრივ საქმიანობას აქვს ადმინისტრაციული ხასიათი, თუ სხვა რეჟიმის არსებობა არ დადგინდება (საკანონმდებლო, სასამართლო) განსახილველი საქმიანობის სახეობასთან დაკავშირებით. აქედან გამომდინარე: ადმინისტრაციული რეჟიმი – ეს არის სამართლის სპეციფიკური რეჟიმი, რომელიც არეგულირებს სახელმწიფოსა და საჯარო იურიდიული პირების საქმიანობას.

მმართველობა არის სახელმწიფოსა და საჯარო იურიდიული პირების მოქმედებათა ერთობლიობა, რომელიც მრავალი სპეციფიკურობის გამო არ ეკუთვნის სხვა რეჟიმს, გარდა ადმინისტრაციულისა.

ადმინისტრაციული სამართალი არის საჯარო ხელისუფლების საერთო სამართალი. საფრანგეთში დებულებამ ადმინისტრაციული სამართლის ავტონომიის შესახებ მკვეთრი ფორმულირება პირველად მიიღო 1873 წელს ცნობილ გადაწყვეტილებაში ბლანკოს საქმეზე. მართალია, ეს გადაწყვეტილება გულისხმობდა მხოლოდ ნორმებს, რომლებიც შეეხებოდა ადმინისტრაციის პასუხისმგებლობას, მისი ფორმულირებები გავრცელდა მთლიანად ადმინისტრაციულ სამართალში:

„პასუხისმგებლობა, რომელიც ეკისრება სახელმწიფოს, საჯარო სამსახურში მომუშავე პირების მიერ კერძო პირებისათვის მიყენებული ზიანის გამო არ შეიძლება რეგულირებულ იქნეს სამოქალაქო კოდექსის ნორმებით, რომლებიც დადგენილია კერძო პირთა ურთიერთობებისათვის...“

ანალოგიურა, სამოქალაქო კოდექსის ნორმები, რომლებიც

გარიგებებს მიეკუთვნება, არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების მიმართ. ფუძემდებლური დებულება, რომ „კანონიერად დადებული შეთანხმებები იკავებენ კანონის ადგილს მათთვის, ვინც ისინი დადო“, არ გამოიყენება ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების მიმართ, რომლებიც, პირიქით, გარკვეულ პირობებში შეიძლება ცალმხრივი წესით შეცვალოს ადმინისტრაციამ. იმ ქონების სამართლებრივი რეჟიმი, რომელიც შეადგენს ადმინისტრაციის საჯარო სექტორის ნაწილს, ეფუძნება სპეციალურ პრინციპებს (განუსხვისებლობა, განუყოფლობა) და პრინციპულად განსხვავებულია სამოქალაქო კოდექსით დადგენილი საკუთრების მარეგულირებელი ნორმებისაგან. ადმინისტრაციული ორგანო არ არის უფლებამოსილი, თავისი შეხედულებით გაასხვისოს ქონება, ისარგებლოს სახელშეკრულებო ავტონომიით. აღმასრულებელი გადაწყვეტილებების მთელი თეორია სრულიად ორიგინალურია და ანალოგი არ მოეძებნება კერძო სამართალში.

ადმინისტრაციული სამართლის სრულ ავტონომიურობას ბევრი მონინაალმდევე ჰყავს. ადმინისტრაციული მოსამართლე ვალინი ეჭვქვეშ აყენებს ადმინისტრაციული სამართლის მნიშვნელობას. ადმინისტრაციული მოსამართლის მიერ დავის გადაწყვეტისას კერძო სამართლის კოდექსებსა და კანონებში მოცემული ნორმების გამოყენება უფრო მრავალმხრივია, ვიდრე საკუთრივ ადმინისტრაციული სამართლისა: ამიტომ ტრადიციული წარმოდგენა ადმინისტრაციული სამართალს ავტონომიურობაზე, რომელიც „მთლიანად“ განსხვავებულია კერძო სამართლისაგან, ხდება ძალზე სადავო.

საწინააღმდეგო მოსაზრებას აყალიბებს ვედელი, რომლის მიხედვით, ადმინისტრაციული რეჟიმი – საჯარო ხელისუფლების საერთო სამართლის რეჟიმი – შეიცავს შემდეგ ძირითად პრინციპებს:

პირველი – ადმინისტრაციული და სამოქალაქო სასამართლოს გამიჯვნის პრინციპი, განსაზღვრავს იმ საკითხთა წრეს, რომლებიც არ შედის საერთო სამოქალაქო სასამართლოს იურისდიქციაში და მიეკუთვნება ადმინისტრაციული მოსამართლის იურისდიქციის ფარგლებს;

მეორე პრინციპი შეეხება ადმინისტრაციული აქტების განსაკუთრებულ რეჟიმს. ერთი მხრივ, ადმინისტრაცია ფლობს აღმასრულებელი გადაწყვეტილებების მიღების უფლებას, ე.ი. ცალმხრივი წესით გამოსცემს ნორმატიულ აქტებს, რომლებიც წარმოშობენ სამართლებრივ შედეგებს იმ კერძო პირთა თანხმობის გარეშე, რომელთაც ისინი უწესებენ ვალდებულებებს. სხვა

მხრივ, ადმინისტრაცია ფლობს განსაკუთრებულ პრეროგატივებს ადმინისტრაციულ რეჟიმს დაქვემდებარებული ხელშეკრულებების დადგენისას.<sup>135</sup>

ამგვარად, ადმინისტრაციულსამართლებრივი ურთიერთობები თავისი ბუნებით პრინციპულად განსხვავებულია კერძოსამართლებრივი ურთიერთობებისაგან, კერძო სამართლის ნორმები ყოველთვის როდი ფარავს ადმინისტრაციულ სამართალურთიერთობებს და მათი რეგულირება სპეციალური ადმინისტრაციული კანონმდებლობისა და პროცედურების გარეშე შეუძლებელია.

ფრანგულმა სასამართლო პრაქტიკამ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების სამოქალაქო ხელშეკრულებებისაგან გასამიჯნად შეიმუშავა ორი კრიტერიუმი: „საჯარო სამსახურის მიზნები“ და „საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი ხელშეკრულების პირობები“, ერთ-ერთი კრიტერიუმის არსებობა საკმარისია იმისათვის, რომ ხელშეკრულება ჩაითვალოს საჯაროსამართლებრივად. პირობებად, რომლებიც ვერ თავსდებიან საერთო სამართლის ჩარჩოებში, შეიძლება ჩაითვალოს ხელშეკრულების ის პუნქტები, რომლებიც განსხვავებულია თავისი ბუნებით და არ შეიძლება ჩაინეროს ანალოგიურ სამოქალაქოსამართლებრივ ხელშეკრულებაში. მაგ.: ხელშეკრულების ცალმხრივი შეწყვეტის უფლება, ინსტრუქციების მიცემის უფლებამოსილება და ა.შ. შესაძლებელია, ასეთი დათქმების ჩადება არ იყოს აკრძალული სამოქალაქო ნორმებით, მაგრამ, როგორც წესი, ისინი კერძო ხელშეკრულებებში არ გვხვდებიან.

ასეთი მიდგომის ჩამოყალიბების ტენდენცია შეიმჩნევა ქართულ სასამართლო პრაქტიკაშიც. თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო და სამენარმეო საქმეთა კოლეგიას სარჩელით მიმართა შპს „საქართველოს გაზის ტრანსპორტირების კომპანია“ მოპასუხის – კავშირის „საქართველოს ელექტროენერჯის საბითუმო ბაზრის“ (ელექტრობაზარი) მიმართ დავალიანების გადახდევინებისა და ხელშეკრულების დარღვევის გამო მიყენებული ზიანის ანაზღაურების შესახებ. სასამართლო კოლეგიამ განიხილა საქმის განსჯადობის საკითხი და მიიჩნია, რომ იგი არის ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადი. ელექტრობაზარი, მართალია, კერძო სამართლის იურიდიული პირია, მაგრამ აღჭურვილია ისეთი უფლებამოსილებებით, რომლებიც მხოლოდ ადმინისტრაციული ორგანოების საქმიანობასთან შეიძლება იყოს დაკავშირებული. მაგ., ელექტრობაზარი გასცემს მითითებებს, რომელთა შესრულებაც სავალდებულოა დისპეტ-

<sup>135</sup> Ведель, Административное право Франции, Москва, 1985, 205.

ჩერიზაციის ლიცენზიანტებისათვის; ლიცენზიანტები და ენერგობაზრის ნევრები ვალდებული არიან, ელექტრობაზარს წინასწარ შეუთანხმონ პირდაპირი ხელშეკრულებები და დაგენილი წესით მიანოდონ ინფორმაცია ხელშეკრულებების შესახებ; ელექტრობაზრის გენერალური დირექტორი თავისი კომპეტენციის ფარგლებში გამოსცემს ინდივიდუალურსამართლებრივ აქტებს და ახორციელებს მათი შესრულების კონტროლს. სასამართლო კოლეგიამ მიიჩნია, რომ მსგავსი ანგარიშვალდებულების წესს იცნობს მხოლოდ ადმინისტრაციული სამართალწარმოება, აქედან გამომდინარე, ურთიერთობა ელექტრობაზარსა და ლიცენზიანტებს ან მომხმარებლებს შორის არ შეიძლება იყოს კერძო-სამართლებრივი ხასიათის, ვინაიდან კერძოსამართლებრივი შეიძლება იყოს მხოლოდ ისეთი ურთიერთობა, რომელიც ნებაყოფლობითობისა და მხა-რეთა თანასწორობის პრინციპზეა დამყარებული. ეს გადაწყვეტილება კიდევ ერთი გარემოებით არის მნიშვნელოვანი: მან პრაქტიკაში დაამკვიდრა მიდგომა, რომ კერძო სამართლის იურიდიული პირი შეიძლება ახორციელებდეს საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებებს, რითაც კიდევ უფრო გაზარდა სამართლებრივ ურთიერთობათა სუბიექტების კრიტერიუმის მიხედვით კლასიფიკაციის კრიზისი.

ამასვე ადასტურებს მეორე პრეცედენტი თბილისის საოლქო სასამართლოს პრაქტიკიდან. მამაცაშვილმა სარჩელი აღძრა ქარელის რაიონულ სასამართლოში მოპასუხეების: ქარელის ქონების მართვის განყოფილებისა და განათლების განყოფილების მიმართ საცხოვრებელ ფართზე საკუთრების უფლების აღდგენის მოტივით. რაიონულმა სასამართლომ სარჩელი არ დააკმაყოფილა, რაც გასაჩივრებულ იქნა თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატაში. სამოქალაქო პალატამ საქმეში ადმინისტრაციული ორგანოების მონაწილეობის გამო დავა დააკვალიფიცირა ადმინისტრაციული ხასიათის მქონედ და განსჯადობის დაცვით გადასცა ადმინისტრაციულ პალატას. ადმინისტრაციული პალატა არ დაეთანხმა სამოქალაქო პალატის დასკვნას, იმის თაობაზე რომ, „სახელმწიფო ქონებაზე ფიზიკური პირის მესაკუთრედ ცნობა წარმოადგენს ადმინისტრაციული დავის საგანს“, ვინაიდან იგი არ გამომდინარეობს ადმინისტრაციული კანონმდებლობიდან. სახლზე საკუთრების უფლების ცნობა არის სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობიდან წარმოშობილი დავა, რომელიც გამომდინარეობს არა ადმინისტრაციული სამართლის კანონმდებლობიდან, არამედ სამოქალაქო კოდექსის საკუთრების ინსტიტუტიდან. აქედან გამომდინარე, ის გარემოება,

რომ საქმეში მოპასუხეებად მითითებულია ადმინისტრაციული ორგანოები, ადმინისტრაციული პალატის დასკვნით, არ ცვლის დავის სამოქალაქო ხასიათს.

### 3. კოლიზია სამოქალაქო სამართალსა და ადმინისტრაციულ სამართალს შორის

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1-ლი მუხლი განსაზღვრავს სამოქალაქო სამართლის მოქმედების სფეროს – იგი აწესრიგებს „პირთა თანახმობაზე დამყარებულ კერძო ხასიათის ქონებრივ, საოჯახო და პირად ურთიერთობებს“. სამოქალაქო კოდექსის მე-8 I მუხლის თანახმად, „კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების სუბიექტი შეიძლება იყოს ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი. ეს წესი გამოიყენება როგორც სამენარმეო, ასევე არასამენარმეო პირების, საქართველოსა თუ სხვა ქვეყნის პირების მიმართ“.

სახელმწიფო ორგანოებისა და საჯარო სამართლის იურიდიული პირების კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები სხვა პირებთან ასევე წესრიგდება სამოქალაქო კანონებით, თუკი ეს ურთიერთობები, სახელმწიფოებრივი ან საზოგადოებრივი ინტერესებიდან გამომდინარე, არ უნდა მონესრიგდეს საჯარო სამართლით (სამოქალაქო კოდექსის მე-8 II მუხლი).

სამოქალაქო კოდექსის მე-8 I მუხლის თანახმად, „კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების ობიექტი შეიძლება იყოს ქონებრივი ან არაქონებრივი ღირებულების მატერიალური და არამატერიალური სიკეთე, რომელიც კანონით დადგენილი წესით ბრუნვიდან არ არის ამოღებული“. მე-10 I მუხლის თანახმად, „სამოქალაქო უფლებათა განხორციელება არ არის დამოკიდებული პოლიტიკურ უფლებებზე, რომლებიც განისაზღვრება კონსტიტუციით ან საჯარო სამართლის სხვა კანონებით“.

„სამოქალაქო ურთიერთობების მონაწილეებს შეუძლიათ განახორციელონ კანონით აუკრძალავი, მათ შორის პირდაპირ გაუთვალისწინებელი, ნებისმიერი მოქმედება“ (სამოქალაქო კოდექსის მე-8 II მუხლი).

რაც შეეხება ადმინისტრაციული სამართლის მოქმედების სფეროს, საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის მე-2 I მუხლის მიხედვით, საერთო სასამართლოში ადმინისტრაციული წესით „განიხილება დავა იმ სამართლებრივ ურთიერთობებთან დაკავშირებით, რომლებიც გამომდინარეობს ადმინისტრაციული“.

ციული სამართლის კანონმდებლობიდან“.

ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის მე-2 II მუხლის მიხედვით, სასამართლოში ადმინისტრაციული დავის საგანი შეიძლება იყოს: ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტის შესაბამისობა საქართველოს კანონმდებლობასთან; ადმინისტრაციული გარიგების დადება ან შესრულება; ადმინისტრაციული ორგანოს ვალდებულება ზიანის ანაზღაურების, ადმინისტრაციულსამართლებრივი აქტის გამოცემის ან სხვა რაიმე ქმედების განხორციელების თაობაზე.

ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-2 I „ა“ მუხლის მიხედვით, ადმინისტრაციული ორგანოა ყველა სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობისა და მმართველობის ორგანო ან დანესებულება, აგრეთვე ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი, რომელიც კანონმდებლობის საფუძველზე ასრულებს საჯარო-სამართლებრივ უფლებამოსილებებს.

ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი არის ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ კანონმდებლობის საფუძველზე გამოცემული ინდივიდუალური სამართლებრივი აქტი (ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-2 I „დ“ მუხლი).

სასამართლო პრაქტიკაში განსაკუთრებით სადავო გახდა ადმინისტრაციული გარიგების ცნება. სასამართლო პრაქტიკა ვერ ჩამოყალიბდა იმასთან დაკავშირებით, ადმინისტრაციული გარიგების განსაზღვრისათვის გადამწყვეტია გარიგების ბუნება, სამართალურთიერთობის შინაარსი თუ ამ გარიგებაში მონაწილე სუბიექტების სტატუსი. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-2 I „ზ“ მუხლის თანახმად, ადმინისტრაციული გარიგება გაგებულია როგორც „ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ ფიზიკურ ან იურიდიულ პირთან, აგრეთვე სხვა ადმინისტრაციულ ორგანოსთან დადებული სამოქალაქოსამართლებრივი გარიგება (ხელშეკრულება)“.

საჯარო და კერძო ურთიერთობების გამიჯვნისას ქართული კანონმდებლობისათვის დამახასიათებელია კოლიზიურობა. სამოქალაქო კოდექსი აკეთებს ზოგად დათქმას, რომ ანესრიგებს პირთა თანასწორობაზე დამყარებულ კერძო ხასიათის ურთიერთობებს, იმისდა მიუხედავად, თუ ვინ არიან ამ ურთიერთობების მხარეები. სამოქალაქო სამართლისათვის ამოსავალი არის ურთიერთობის ხასიათი – ის უნდა იყოს თანასწორობაზე დამყარებული და კერძო ხასიათისა.

როგორც ამ კოდექსის ერთ-ერთი ავტორი ჯორბენაძე შენიშნავს, „კერძოსამართლებრივი ხასიათის ქონებრივი ურთიერთობა

მხარეთა უფლებრივი თანასწორობის პრინციპზე დაფუძნებული, რაც ჰორიზონტალურ სასაქონლო-ფულადი ურთიერთობების არსებობას გულისხმობს და ითვალისწინებს იურიდიულ თანასწორობას სამოქალაქო ბრუნვის სუბიექტებს შორის, მათ ქონებრივ დამოუკიდებლობას, მათი მხრივ ინიციატივის გამოჩენას, გარეშე პირთა ჩაურევლობას მათ საქმიანობაში. ამით სამოქალაქო ქონებრივი ურთიერთობა ემიჯნება საგადასახადო, საფინანსო და ადმინისტრაციულ დაქვემდებარებაზე დამყარებულ ქონებრივ ურთიერთობებს, რომლებზეც ეს კოდექსი არ ვრცელდება<sup>136</sup>.

საპირისპირო პოზიცია გააჩნია საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსს – კოდექსის მიხედვით, ადმინისტრაციული გარიგება არის როგორც სამოქალაქოსამართლებრივი, ისე ყველა სხვა გარიგება, რომელშიც ადმინისტრაციული ორგანო მხარედ არის წარმოდგენილი, მიუხედავად კონტრაქტის ვინაობის ან სტატუსისა. ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებული ყველა გარიგება რომელიც ემსახურება საჯარო მიზნებს ითვლება ადმინისტრაციულ გარიგებად, მაგრამ სახელი არ გულისხმობს, რომ ამ გარიგებათა მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნეს მხოლოდ ადმინისტრაციული სამართლის ნორმები. კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში სახელმწიფო მონაწილეობს და მოქმედებს როგორც სამოქალაქო სამართლის სუბიექტი. ამ ურთიერთობებში იგი მთლიანად თანასწორია მეორე მხარისა (თუნდაც მეორე მხარე მოქალაქე იყოს) და მას არ შეიძლება რაიმე პრივილეგია დაუწესდეს. მიუხედავად ამისა, ახალი ადმინისტრაციული კანონმდებლობის მიხედვით, თუკი ადმინისტრაციული ორგანო დებს გარიგებას, ამ გარიგებასთან დაკავშირებით წარმოშობილი დავა სასამართლომ აუცილებლად უნდა განიხილოს ადმინისტრაციული კანონმდებლობის ნორმების გათვალისწინებით.<sup>137</sup>

მაგ., საბურთალოს გამგეობამ სარჩელით მიმართა რაიონულ სასამართლოს და მოითხოვა ბინის ფართზე ა. და გ. მარდანოვების უფლებადაკარგულ პირებად ცნობა. სარჩელის დაკმაყოფილების შემდეგ მარდანოვები ცნობილ იქნენ სადავო ბინაზე უფლებადაკარგულ პირებად, რაც მათ მიერ გასაჩივრებულ იქნა თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატაში. სამოქალაქო პალატამ საცხოვრებელი ბინის გამოყოფის თაობაზე მოქალაქესა და ადგილობრივი მმართველო-

<sup>136</sup> ჯორბენაძე, ახვლედიანი/ჭანტურია/ჯორბენაძე/ზოიძე (რედ.), საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, 1999, 29.

<sup>137</sup> ადვიშვილი, ადვიშვილი/ვინტერი/ქიტოშვილი (რედ.), საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის კომენტარი, თბილისი, 2002, 16, 178.

ბის ორგანოს შორის დადებული გარიგება ადმინისტრაციულ გარიგებად ჩათვალა და დაუქვემდებარა ადმინისტრაციულ განსჯადობას;

საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიასა და სააქციო საზოგადოება „ეი-ეს თელასს“ შორის მოქმედებდა ზეპირი ხელშეკრულება, რომლის თანახმადაც, „ეი-ეს თელასი“ აკადემიას აწვდიდა ელექტროენერგიას, ხოლო ეს უკანასკნელი უხდიდა მას მოხმარებული ელექტროენერგიის ღირებულებას. საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიამ სარჩელი აღძრა მოპასუხის – სააქციო საზოგადოება „ეი-ეს თელასის“ მიმართ, რომლითაც მოითხოვა, სასამართლოს ბათილად ეცნო „ეი-ეს თელასის“ 2002 წლის 29 იანვრის აქტი მეცნიერებათა აკადემიის მიერ მოხმარებული ელექტროენერგიის საფასურის გადახდევინების თაობაზე. რაიონულმა სასამართლომ სარჩელი არ დააკმაყოფილა, რაც სააპელაციო წესით გასაჩივრებულ იქნა თბილისის საოლქო სასამართლოში. ადმინისტრაციული და საგადასახადო საქმეთა პალატამ დავა დააკვალიფიცირა სამოქალაქო ურთიერთობად და საქმე განსახილველად გადასცა ამავე სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატას. თავის მხრივ, სამოქალაქო პალატა არ დაეთანხმა ადმინისტრაციული პალატის გადაწყვეტილებას და განსჯადობის თაობაზე წარმოშობილი დავის გადასაწყვეტად საქმე გადასცა საქართველოს უზენაეს სასამართლოს, იმ მოტივით, რომ არ ეთანხმება ადმინისტრაციულ პალატას დავის სამოქალაქო ურთიერთობად მიჩნევის შესახებ, შემდეგ გარემოებათა გამო: ვინაიდან მეცნიერებათა აკადემია არის საბიუჯეტო ორგანიზაცია და საჯარო სამართლის იურიდიული პირი, მის მიერ დადებული გარიგება ფიზიკურ ან იურიდიულ პირთან ადმინისტრაციული გარიგებაა, ამიტომ დავა ადმინისტრაციული სამართალწარმოების წესით ადმინისტრაციულმა სასამართლომ უნდა გადაწყვიტოს.

სამოქალაქო და ადმინისტრაციულ სასამართლოებს შორის წარმოშობილი დავების თაობაზე გადაწყვეტილებას იღებს საქართველოს უზენაესი სასამართლო, თუმცა სასამართლო პრაქტიკა ჯერჯერობით არ შეიძლება ჩამოყალიბებულად ჩაითვალოს. ამის საილუსტრაციოდ გთავაზობთ ერთ-ერთ ყველაზე უფრო თვალსაჩინო მაგალითს სასამართლო პრაქტიკიდან:

სახელმწიფო ქონების მართვის სამმართველომ სარჩელი აღძრა კოოპერატივ „ნობათის“ მიმართ და მოითხოვა საწარმოს რეგისტრაციის შესახებ სასამართლოს დადგენილების გაუქმება და მისთვის გადაცემული სახელმწიფო ქონების დაბრუნება სათბურების სამეურნეო გაერთიანებისათვის. რაიონულმა სასამართლომ სარ-

ჩელი არ დააკმაყოფილა უსაფუძვლოების გამო. თბილისის საოლქო სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის მიერ გაუქმდა გასაჩივრებული გადაწყვეტილება და ახალი გადაწყვეტილებით დაკმაყოფილდა ქონების მართვის სამმართველოს სარჩელი, ეს გადაწყვეტილება კოოპერატივმა „ნობათმა“, თავის მხრივ, გაასაჩივრა უზენაეს სასამართლოში, რომელმაც გააუქმა გადაწყვეტილება და საქმე განსახილველად დაუბრუნა ადმინისტრაციული სამართლისა და საგადასახადო საქმეთა სააპელაციო პალატას განსჯადობით. თავის მხრივ, ადმინისტრაციული პალატა არ დაეთანხმა განსახილველი დავის ადმინისტრაციულ სამართალურთიერთობად მიჩნევას და საქმე განსჯადობის თაობაზე წარმოშობილი დავის გადასაწყვეტად დაუბრუნა უზენაეს სასამართლოს შემდეგ საფუძვლებზე მითითებით: – ადმინისტრაციულმა პალატამ არ გაიზიარა მოსაზრება, რომ, რადგანაც საქმეში მხარედ მონაწილეობს ადმინისტრაციული ორგანო, ამის გამო დავა უნდა ჩაითვალოს ადმინისტრაციულად და, შესაბამისად, მისი გადაწყვეტა უნდა მოხდეს ადმინისტრაციული წესით. ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის თანახმად, ადმინისტრაციული წესით განიხილება დავები, გამომდინარე ადმინისტრაციული კანონმდებლობიდან, ანუ ამ ურთიერთობის წარმოშობის საფუძველი უნდა იყოს ადმინისტრაციული კანონმდებლობა. ადმინისტრაციული პალატის არგუმენტაციით, კანონმდებელმა სასამართლოებს შორის განსჯადობის ელემენტად მიუთითა სამართლებრივ ურთიერთობებზე, იმ კანონმდებლობაზე, საიდანაც გამომდინარეობს ეს ურთიერთობა და სწორედ ეს ელემენტი განაკუთვნებს დავას ადმინისტრაციულ საქმეთა კატეგორიას, რაც იმთავითვე გამორიცხავს სუბიექტების მიხედვით დავების კლასიფიკაციას. დებულება, რომ, თუ მხარე წარმოადგენს ადმინისტრაციულ ორგანოს, საქმე უნდა ჩაითვალოს ადმინისტრაციულად, არ შეესაბამება თავად ადმინისტრაციულ კანონმდებლობას. ადმინისტრაციული პალატა აღნიშნავს, რომ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი სამოქალაქო საქმეთა განსაზღვრისას ეყრდნობა სამართლებრივ ურთიერთობებს და არ ადგენს სუბიექტის ნიშნით დავის სამოქალაქო კატეგორიისათვის მიკუთვნებას, კერძოდ, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-111 „ა“ მუხლის თანახმად, სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით დადგენილი წესით სასამართლო განიხილავს „სამოქალაქო, საოჯახო, შრომის, საადგილმამულო, ბუნებრივი რესურსების გამოყენებისა და გარემოს დაცვის ურთიერთობებიდან წარმოშობილ დავებს, მოქალაქეებს, მოქალაქეებსა და იურიდიულ პირებს, აგრეთვე იურიდიულ პირებს შორის“.

კონკრეტულად, განსახილველ საქმეში დავის საგანს წარმოად-

გენდა ორი მოთხოვნა: რაიონული სასამართლოს დადგენილების გაუქმება საწარმოს რეგისტრაციის შესახებ, რომელიც მიიღება „მენარმეთა შესახებ“ კანონის საფუძველზე და თავისი ბუნებით სამოქალაქოსამართლებრივი ხასიათისაა; მეორე მოთხოვნა შეეხებოდა კოოპერატივისაგან ქონების დაბრუნებას, რაც ასევე სამოქალაქოსამართლებრივი ინსტიტუტია და მოწესრიგებულია სამოქალაქო კოდექსის 155-ე 169-ე მუხლებით. შესაბამისად, დავა ამ ნაწილშიც წარმოშობილია სამოქალაქო კანონმდებლობიდან, მით უმეტეს, ქონება კოოპერატივს მიღებული ჰქონდა არა ადმინისტრაციული აქტისა და ხელშეკრულების საფუძველზე, არამედ საიჯარო სასათბურე კომბინატის საერთო კრების გადაწყვეტილებით.

საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის პრაქტიკული საჭიროებიდან გამომდინარე მნიშვნელოვანი ხდება სამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნის იმ კრიტერიუმთა დადგენა, რომელთა გამოყენებაც შესაძლებელს გახდის პრაქტიკაში საჯარო და კერძო ურთიერთობების სწორ კლასიფიკაციას. აღნიშნული პრობლემა ძველია და სამართლის თეორიაში სხვადასხვა დროს გამიჯვნის განსხვავებული კრიტერიუმები და თეორიები შემუშავდა. საფრანგეთში საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის პრობლემის გადასაწყვეტად შექმნილია სპეციალური ორგანო – კონფლიქტების შესახებ ტრიბუნალი, რომელიც პარიტეტულ საწყისზე კომპლექტდება: მას თავმჯდომარეობს იუსტიციის მინისტრი, საკასაციო სასამართლო თავისი რიგებიდან ნიშნავს სამ წევრს ტრიბუნალის სხდომებში მონაწილეობის მისაღებად, ამავე მიზნით სამ წარმომადგენელს აგზავნის სახელმწიფო საბჭო (ადმინისტრაციულ საქმეთა განმხილველი ორგანო), შემდეგ დანიშნული მოსამართლეები თავად ირჩევენ კიდევ ორ წევრს. იურისდიქციის თაობაზე კონფლიქტი პოზიტიურია, როდესაც ადმინისტრაციული ხელისუფლება საერთო სასამართლოების იურისდიქციიდან ამოიღებს სადავო საქმეს ადმინისტრაციული სასამართლოს კომპეტენციის კუთვნილების მოტივირებით. თავის მხრივ, სამოქალაქო სასამართლო არ არის უფლებამოსილი, ადმინისტრაციული იურისდიქციიდან ამოიღოს საქმე და დაუქვემდებაროს თავის კომპეტენციას. კონფლიქტი განსჯადობის თაობაზე ნეგატიურია, როდესაც განსახილველ საქმეს სამოქალაქო სასამართლო მიაკუთვნებს ადმინისტრაციულ იურისდიქციას, ხოლო ადმინისტრაციული სასამართლო მას სამოქალაქო სასამართლოს განსჯადად მიიჩნევს. საბოლოო გადაწყვეტილებებს იურისდიქციის საკითხზე იღებს სწორედ კონფლიქტების შესახებ ტრიბუნალი.

#### 4. საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის კლასიკური თეორიები

ინტერესების თეორიისათვის ამოსავალი არის წარმოშობილი სამართლებრივი ურთიერთობებისა და მათი შედეგების ინტერესთა მიმართულება. საჯარო სამართალი მოიცავს იმ სამართლებრივ ნორმებს, რომლებიც ემსახურებიან საზოგადოებრივ ინტერესებს, კერძო სამართალი კი ემსახურება ინდივიდუალურ ინტერესებს. ეს მიდგომა ჩამოყალიბდა ჯერ კიდევ რომაელი იურისტის ულპიანეს (170-228) დებულებაში: *publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*.

კერძო და საზოგადოებრივი ინტერესების რადიკალური გამიჯვნა შეუძლებელია, ამიტომ გამიჯვნის ეს თეორია ვერ იძლევა სამართლებრივი ურთიერთობების კვალიფიკაციის ზუსტ შესაძლებლობას, პირველ რიგში იმის გამო, რომ სამართლებრივი ნორმებისა და ურთიერთობების უმრავლესობა ითვალისწინებს როგორც საზოგადოებრივ, ასევე კერძო ინტერესებს. ამას გარდა, საზოგადოებრივი ინტერესი არ არის მხოლოდ კერძო ინტერესთა რაოდენობა. ასეთ შემთხვევაში საზოგადოებრივ ინტერესს წარმოადგენდა, მაგალითად, ალკოჰოლური სასმელის მწარმოებელთა ინტერესებისა და ალკოჰოლიზმის მსხვერპლთა ინტერესების სინთეზი. მეორე მხრივ, ასევე თვითმოტყუება იქნებოდა, გვეფიქრა, რომ საზოგადოებრივ ინტერესს არა აქვს არაფერი საერთო ინდივიდებთან ან ჯგუფებთან, რომლებიც საზოგადოებას შეადგენენ.

ეს შეცდომა საფუძვლად უდევს გარკვეულ ადმინისტრაციულ მოქმედებას, როცა ლაპარაკობენ საგზაო სამსახურის ინტერესებზე, რკინიგზის სამსახურის ან საერთოდ ადმინისტრაციის ინტერესებზე, ე.ი. სახელმწიფო ვერ ამჩნევს, რომ ამ ინტერესს არა აქვს აზრი, თუ მისგან, საბოლოო ჯამში, სარგებელს არ მიიღებენ ცოცხალი ადამიანები ან მათი მემკვიდრეები.

ვედელის მიხედვით თვით ყველაზე მაღალი ინტერესებიც კი, – სამშობლოს ინტერესები, – საბოლოო ჯამში, არის დღევანდელი ფრანგების ან მათი მემკვიდრეების ინტერესები. ეს რეალისტური შეხედულება საზოგადოებრივ სარგებელზე კი არ ამცირებს, არამედ ამაღლებს მას და ამტკიცებს, რომ ინდივიდუალური ან კერძო ინტერესის საზოგადოებრივი ინტერესებისათვის მსხვერპლად გაღება არის არ მისტიფიკაცია, არამედ მხოლოდ მსხვერპლი, გაღებული ადამიანის მიერ სხვა ადამიანთათვის.<sup>138</sup>

<sup>138</sup> Вельд, Административное право Франции, 1985, 213.

ამასთანავე, თუ გათვალისწინებული იქნება საჯარო საქმიანობის მხოლოდ მატერიალური ნიშანი, გამოდის, რომ ნებისმიერი საქმიანობა, რომელიც შეესაბამება კანონიერ კოლექტიურ მოთხოვნებს, დაწყებული საფუნთუშეთი და დამთავრებული სამუსიკო კონცერტით, იქნებოდა საჯარო სამსახური. ამიტომ შემდგომ მატერიალურ ნიშანს დაემატა ორგანული (ფორმალური) ასპექტი – საჯარო საქმიანობა გახდა უშუალოდ საჯარო იურიდიული პირის საქმიანობა.

სუბორდინაციის თეორიისათვის ამოსავალი არის მონანილეთა ურთიერთობის ხასიათი. საჯარო სამართალი ხასიათდება ამ ურთიერთობის მონანილეთა ურთიერთდაქვემდებარებით, კერძო სამართალი ამ ურთიერთობის მონანილეთა თანასწორობით. ამიტომ საჯარო სამართლისათვის ტიპიურია სამართლებრივი ურთიერთობის სავალდებულო ცალმხრივი რეგულირება (კანონი, ადმინისტრაციული აქტი), კერძო სამართლისათვის – ხელშეკრულება. ამ თეორიამ დიდი მხარდაჭერა მოიპოვა სასამართლო პრაქტიკაში, თუმცა ისიც არ აღმოჩნდა სამართალურთიერთობათა კლასიფიკაციის სრულყოფილი კრიტერიუმი. თანამედროვე საჯარო სამართალი თავისი მისიის განხორციელებაში ფართოდ იყენებს ხელშეკრულებებსა და გარიგებებს, რაც, ერთი მხრივ, კერძო სამართლისთვისაა დამახასიათებელი. დღეისათვის სპეციალური მიმდინარეობაც კი გაჩნდა – კერძო სამართალი საჯარო მმართველობის სფეროში. თვით სისხლის სამართლის პროცესშიც, რომელიც თავისი იმპერატიული ბუნებით გამოირჩევა საჯარო სამართლის დარგებს შორის, მოიძებნება მთელი რიგი ნორმებისა და ინსტიტუტებიც კი, რომლებიც მხარეთა ნების გათვალისწინებაზეა ორიენტირებული, მაგ. – შეთანხმება ბრალის აღიარების თაობაზე. თუ პროკურორი და ბრალდებულის დამცველი შეთანხმდებიან, რომ ბრალდებული თანახმაა, ითანამშრომლოს ბრალდების მხარესთან, აღიარებს წაყენებულ ბრალდებას და პროკურორი მიიჩნევს, რომ ბრალდებულისათვის ბრალდების შემცირება თანამ-შრომლობის სანაცვლოდ გამართლებულია, პროკურატურას უფლება აქვს, უარი თქვას საბრალდებო დასკვნაზე და მის ნაცვლად სასამართლოს წარუდგინოს შუამდგომლობა დასჯის ბრძანების გაცემის თაობაზე. კერძო სამართალშიც გამოიყენება იმპერატიული ნორმები, რომლებიც სამართალურთიერთობის მხარეთაგან დამოუკიდებლად განსაზღვრავენ მათ უფლება-მოვალეობებს.

სუბორდინაციის თეორიის შემდეგ აღიარება სუბიექტების თეორიამ მოიპოვა. ამ თეორიის თანახმად, სამართალურთიერთ-

ბათა კლასიფიკაციის საფუძველია მასში მონაწილე სუბიექტების სტატუსი. თუ სამართალურთიერთობაში მონაწილეობს სახელმწიფო ან საჯარო სამართლის სხვა პირი, ეს საჯარო სამართალია, ხოლო თუ მონაწილეები არიან კერძო სამართლის პირები ან სახელმწიფო სამართალურთიერთობაში საჯარო ორგანოდ კი არ გამოდის, არამედ როგორც კერძო პირი, მაშინ საქმე გვაქვს კერძო სამართალთან. ამ თეორიამ გერმანულ სამართალში მოდიფიკაცია განიცადა და ჩამოყალიბდა სპეციალური სამართლის თეორია, რომლის მიხედვითაც, სამართალურთიერთობებში საჯარო სამართლის სუბიექტების მონაწილეობასთან ერთად საჭიროა, ეს ურთი ერთობები მოითხოვდეს საჯაროსამართლებრივ რეგულირებას. სწორედ სპეციალურ სამართლის თეორიას ეყრდნობა ქართული ადმინისტრაციული სამართალი ერთი მნიშვნელოვანი თავისებურებით. სამართლებრივ გარიგებაში, ხელშეკრულებაში ადმინისტრაციული ორგანოს მონაწილეობა რამდენად მოითხოვს სპეციალურ ადმინისტრაციულ რეგულირებას, ამ საკითხის გადწყვეტა მან გახადა შეფასების საგანი დაეყრდნო რა ადმინისტრაციული ორგანოს სპეციალურ უფლებამოსილებას. ადმინისტრაციულ ორგანოს ნებისმიერი გარიგების დადება სჭირდება მხოლოდ საჯარო ფუნქციის განხორციელებისათვის, ამ ძირითადი მისიის შესრულების ფაქულტატიურ, დამხმარე საშუალებად. აქედან გამომდინარე, ამ თეორიის მიხედვით, ყველა კერძო გარიგებაც კი, დადებული შეზღუდული სპეციალური უფლებაუნარიანობის მქონე სუბიექტების მიერ, ადმინისტრაციული ხასიათისაა. ქართველმა კანონმდებელმა თავდაპირველად აირჩია საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის შედარებით მარტივი გზა – ის შეეცადა შეფასებითი ელემენტების გამორიცხვას. ამ ფორმულამ, საბოლოო ჯამში, შემდეგი სახე მიიღო – ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებული სამოქალაქო გარიგება ადმინისტრაციული გარიგებაა იქიდან გამომდინარე, რომ ადმინისტრაციული ორგანო შეზღუდულია სპეციალური უფლებაუნარიანობის ფარგლებით და ერთადერთი მიზნით – თავისი საჯარო მისიის განსახორციელებლად იყენებს მას, სხვა შემთხვევაში ვერ დადებდა გარიგებას, ვინაიდან მასზე არ ვრცელდება ნების ავტონომიის პრინციპი. მომდევნო ეტაპზე ადმინისტრაციული ხელშეკრულების გამსახლვრელი გახდა მიზანი - საჯარო სამართლებრივი მიზნების მიღწევა, ჩანაცვლა რა მან სუბიექტების თეორია. სხვა შემთხვევებში საჯარო და კერძოსამართლებრივი ურთიერთობათა ხასიათის გამოკვლევას მაინც ვერ ავცდებით, ვინაიდან, გარდა ადმინისტრაციული (ხელშეკრულებისა), ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია

დავები, გამომდინარე ადმინისტრაციული კანონმდებლობიდან. პრაქტიკაში დადგა იმის პრობლემაც, უპირატესობა მიენიჭებინათ დავის ადმინისტრაციული ხასიათისათვის თუ რეგულირების პროცესუალური რეჟიმისათვის. თბილისის საოლქო სასამართლომ საკითხი ამ უკანასკნელის სასარგებლოდ გადაწყვიტა.

ოძელაშვილმა სასამართლოსაგან მოითხოვა პოლიტიკური რეპრესიების მსხვერპლად აღიარება და განცხადებით მიმართა ადმინისტრაციულ სასამართლოს, ვინაიდან ეყრდნობოდა კანონს – „საქართველოს მოქალაქეთა პოლიტიკური რეპრესიების მსხვერპლად აღიარებისა და რეპრესირებულთა სოციალური დაცვის შესახებ“. იმის გამო, რომ მოსარჩელე მოითხოვდა ფაქტის დადასტურებას, არ იყო მიმართული კონკრეტული პირის მიმართ და საქმეს არ გააჩნდა სადავო ხასიათი, ადმინისტრაციულმა სასამართლომ ის მიიჩნია სამოქალაქო განსჯადად. უდავო წარმოების წესით საქმეთა განხილვა გათვალისწინებულია სამოქალაქო საპროცესო კანონ-მდებლობით და არ შეესაბამება ადმინისტრაციული პროცესის სპეციფიკას. ადმინისტრაციული სამართალწარმოებით განხილვას ექვემდებარება სადავო ურთიერთობები, რაც, თავის მხრივ, გულისხმობს სასარჩელო წარმოებას. მიუხედავად იმისა, რომ კანონი პოლიტიკური რეპრესიების მსხვერპლად აღიარების შესახებ ადმინისტრაციული კანონმდებლობას მიეკუთვნება, ამ ურთიერთობის რეგულირების სპეციფიკური რეჟიმი გათვალისწინებულია სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით. ამიტომ ადმინისტრაციულმა პალატამ მიიჩნია, რომ უდავო წარმოების ინსტიტუტი უცხოა ადმინისტრაციული პროცესისათვის და არ შეესაბამება ადმინისტრაციული დავის ბუნებას.

საჯარო სამართლებრივი და კერძო სამართლებრივი ურთიერთობების გამიჯვნის კრიტერიუმად ანალიტიკოსთა დიდი ნაწილი მატერიალურ ნიშანს მიიჩნევს, საჯარო და კერძო სამართლის განსხვავება თავად მატერიაში, თავად რეგულირებულ ურთიერთობათა შინაარსშია. სამოქალაქო სამართლის სფეროა ქონებრივი ურთიერთობები. ანალიტიკოსთა მეორე ნაწილი გამიჯვნის კრიტერიუმად აღიარებს სასამართლო დაცვის სახეობას: საჯარო სამართალია ის, რომლის დაცვაც ხდება ხელისუფლების ინიციატივით ადმინისტრაციული ან სისხლის სამართლის სასამართლო წესით; სამოქალაქო სამართალია ის, რომელიც დაცულია კერძო პირის ინიციატივითა და სამოქალაქო სამართალწარმოების გზით.

## 5. სამოქალაქო სამართლისა და ადმინისტრაციული სამართლის გამიჯვნის პრობლემა რეგულირების საგნის მიხედვით

ცივილისტთა დიდი უმრავლესობა მიიჩნევს, რომ სამოქალაქო სამართლის საგანია ქონებრივი ურთიერთობები – საკუთრების ნებელობითი ურთიერთობები; ანალიტიკოსთა მეორე ნაწილის აზრით, სამართლის დარგები (სამოქალაქო და ადმინისტრაციული სამართალი) იმიჯნება ერთმანეთისაგან უპირატესად რეგულირების საგნის მიხედვით. სამოქალაქო სამართალი არეგულირებს პირთა (მოქალაქეთა და იურიდიული პირების) ქონებრივ ურთიერთობებს, რომლებიც იმყოფებიან ერთმანეთის მიმართ თანასწორ მდგომარეობაში, ხოლო იმ ქონებრივი ურთიერთობების მიმართ, რომლებიც დაფუძნებულია ერთი მხარის მეორისადმი ადმინისტრაციულ დაქვემდებარებაზე, ასევე საგადასახადო და საბიუჯეტო ურთიერთობების მიმართ სამოქალაქო სამართალი არ გამოიყენება.

სამოქალაქო სამართალურთიერთობის სუბიექტთა თანასწორი მდგომარეობა გამოიხატება იმით, რომ ისინი სამართალურთიერთობაში გამოდიან როგორც დამოუკიდებელი პირები, რომლებიც არ იმყოფებიან ერთმანეთის მიმართ სამსახურებრივ ან სხვაგვარ დაქვემდებარებაში. სამოქალაქო სამართალურთიერთობაში მხარეები გამოდიან როგორც თანასწორი პირები.

აქედან გამომდინარე, სამოქალაქო სამართალი გამოიყოფა სამართლის სხვა დარგებისაგან არა მხოლოდ საგნის მიხედვით, არამედ სამართლებრივი რეგულირების მეთოდითაც. სამართლებრივი რეგულირების მეთოდის შინაარსში შედის ოთხი რგოლი: სამართალსუბიექტობა, მხარეთა ზოგადი იურიდიული მდგომარეობის გამოხატულებით; იურიდიული ფაქტები; სამართალურთიერთობათა შინაარსი; იურიდიული სანქციები.

სამოქალაქო სამართლის მიმართ პირველი რგოლი გამოხატავს მხარეთა თანასწორობას, რომელიც აისახება სამოქალაქო სამართალურთიერთობის მონაწილეთა ქონებრივ-განკარგულებით დამოუკიდებლობაში; იურიდიული ფაქტები (მეორე რგოლი) სამოქალაქო სამართალში არის მხარეთა ნებელობითი აქტები, მიმართული სამართალურთიერთობის წარმოშობისაკენ; სამოქალაქო სამართალურთიერთობის შინაარსის სპეციფიკური ნიშანი (მესამე რგოლი) მოიცავს დისპოზიციურობის პრინციპს, ხელშეკრულება არის არა მხოლოდ იურიდიული ფაქტი, არამედ ქვენორმატიული საშუალება მხარეთა მოქმედების რეგულირებისათვის; და ბოლოს, მეოთხე რგოლი – ესაა სამოქალაქო სამართალურთიერთობათა

უზრუნველყოფის იურიდიული ფორმების თავისებურება, ძირითადად არა რეპრესიული, არამედ აღდგენითი ხასიათის (დაზარალებულის ქონებრივი მდგომარეობის აღდგენის თვალსაზრისით). მხარეთა თანასწორობის საწყისი მაინც არის მეთოდის ნამყვანი სპეციფიკური ნიშანი.<sup>139</sup> სამართლებრივი რეგულირების მეთოდისა და სამართლებრივი ურთიერთობის ხასიათის შეფასებისას პირველი მათგანისათვის სამართლებრივ ურთიერთობათა კლასიფიკაციისას გადაწყვეტი მნიშვნელობის მინიჭება მოკლებულია დასაბუთებას.

გენკინის შეხედულებით, ადმინისტრაციული დაქვემდებარების არსებობა ჯერ კიდევ არ გამორიცხავს სახელშეკრულებო ურთიერთობებს ზემდგომ და ქვემდგომ რგოლებს შორის, თუკი ისინი იმყოფებიან დამოუკიდებელ ბალანსზე და წარმოადგენენ იურიდიულ პირებს. ამ ურთიერთობებში ეს რგოლები ერთმანეთის თანასწორნი არიან და ატარებენ ქონებრივ პასუხისმგებლობას ვალდებულებათა შესრულებისათვის.<sup>140</sup>

მხოლოდ სამართალურთიერთობის ხასიათიც არ არის ამოსავალი კლასიფიკაციისათვის, ვინაიდან ქონებრივი ურთიერთობები, ანუ მონაწილეთა ნებაზე დაფუძნებული ურთიერთობები, რეგულირდება როგორც სამოქალაქო, ისე ადმინისტრაციული სამართლის მიერაც, კერძოდ ისეთი ურთიერთობები, რომლებიც ხასიათდება ერთი მხარის მეორისადმი ადმინისტრაციული დაქვემდებარებით. მაგ.: სახელმწიფო ბანკი სამეურნეო ორგანიზაციებთან საკრედიტო ურთიერთობებში განსაზღვრავს ოპერაციათა წარმოების თანმიმდევრობას, ახორციელებს საკრედიტო ურთიერთობათა კონტროლს აღნიშნული ადმინისტრაციული უფლებამოსილების გამო, ხდება ადმინისტრაციული სამართალურთიერთობის მხარე. ამ ურთიერთობისაგან ადვილი გასამიჯნია ის შემთხვევები, როდესაც სახელმწიფო ბანკი სამართლებრივ გარეგნობაში კლიენტის თანასწორ მხარედ გამოდის.<sup>141</sup>

სამართლებრივი ურთიერთობის შინაარსი თავისთავად არ განსაზღვრავს სამართლებრივი რეგულირების ფორმას. სამართლის დარგების კლასიფიკაცია სამი კრიტერიუმის მიხედვით ხდება: საგანი, მეთოდი და ფუნქციები, რომელსაც ასრულებს სამართლის თითოეული დარგი.

<sup>139</sup> Алексеев, Право, азбука, теория, практика, Москва, 2002, 180.

<sup>140</sup> Генкин, Предмет и система советского гражданского права, советское государство и право, №6, Москва, 1940.

<sup>141</sup> Агарков, Предмет и система советского гражданского права, советское государство и право, №8, Москва, 1940.

ადმინისტრაციულსამართლებრივი ურთიერთობები წარმოიშობა ცალმხრივი აქტის – ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილების საფუძველზე, სახელისუფლებო უფლებამოსილებიდან გამომდინარე. ამასთან, ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილება მიიღება კანონის საფუძველზე და მეორე მხარის კანონიერი მოთხოვნების გათვალისწინებით. ადმინისტრაციული სამართალურთიერთობისათვის ყოველთვის დამახასიათებელია, რომ ადმინისტრაციული ორგანო თავის გადაწყვეტილებას უქვემდებარებს სხვა ორგანოს ან მოქალაქეს. ეს უკანასკნელი ვალდებულია თავის მოქმედება შეუსაბამოს გამოტანილ გადაწყვეტილებას. შესაბამისად, ადმინისტრაციული სამართალურთიერთობები ყოველთვის ხდება ძალაუფლებისა და დაქვემდებარების სფერო.

იოფეს განმარტებით, ადმინისტრაციული სამართალურთიერთობების სახელისუფლებო არსი მდგომარეობს იმაში, რომ კონკრეტული ადმინისტრაციული აქტის გამოტანის გადაწყვეტილება და მისი შესაბამისი ადმინისტრაციული სამართალურთიერთობის წარმოშობის საკითხი ხორციელდება ერთი მხარის ნებით.<sup>142</sup>

სამოქალაქო სამართლისათვის დამახასიათებელია სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის ნებაყოფლობითობა. სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის ხასიათი კერძო და საჯარო სამართლის განსხვავების მნიშვნელოვანი თვისებაა: „როცა ვალდებულება სხვისი ბრძანების მეშვეობით აღმოცენდება, იგი არის სწორედ საჯარო სამართალი, მაშინ როცა კერძო სამართლებრივი ვალდებულებები ვალდებული პირის თვითდამორჩილების მეშვეობით წარმოიშობა“ (გუსტავ რადბრუხი), „საჯარო სამართალი არ შეიძლება შეიცვალოს კერძო პირთა ხელკმეკრულებებით“ (იუსტინიანეს დიგესტები).

პენსიონერის უფლება – მისთვის პენსიის დანიშვნაზე, აბიტურიენტისა – სასწავლებლად მიღებაზე, მრავალშვილიანი დედისა – მისთვის დახმარების თაობაზე და ა.შ. ჯერ კიდევ არ მონაშობს დაინტერესებული მხარისათვის შესაბამისი გადაწყვეტილებების გამოტანაში მონაწილეობის მიღების უფლებამოსილების მინიჭებას. ასეთი გადაწყვეტილებების მიღება მხოლოდ სახელმწიფო ადმინისტრაციული მმართველობის კომპეტენციაა. მხარეთა თანასწორობა სამოქალაქო სამართალურთიერთობებში გამოიხატება არამხოლოდ იმით, რომ ურთიერთობები რეგულირდება დისპოზიციური ნორმებით, ანუ მხარეები თავისი შეხედულებით აწესებენ ხელშეკრულების ამა თუ იმ პირობებს. მაგ., თუ მხარე-

<sup>142</sup> Иоффе, Система Советского гражданского права, Москва, 1963, том I, 210.

ბს არ შეუძლიათ შეცვალონ ხანდაზმულობის ვადები, საგნის ხარისხის ფორმები, ნათელია, რომ ნორმათა იმპერატიულობა არ შეიძლება აისახოს მხარეთა იურიდიულ თანასწორობაზე, ვინაიდან ორივე მხარეს ურთიერთშეთანხმებით, მით უმეტეს ყოველ მხარეს ცალ-ცალკე, არ შეუძლია შეცვალოს იმპერატიული ნორმებით გათვალისწინებული პირობები. ეს ნიშნავს იმას, რომ არც ერთ მხარეს არ შეუძლია მიანეროს რაიმე მეორე მხარეს, რაც მოწმობს მხარეთა იურიდიულ თანასწორობას მოცემულ სამართალურ-თიერთობაში.

## 6. ადმინისტრაციული სამართალი – სამართალი, შექმნილი უპირატესად მოსამართლეთა მიერ

საჯარო და კერძო სამართლის განსჯადობის კრიტერიუმები ყველა ქვეყანაში ცვალებადია და ბევრ დავას წარმოშობს. ვინაიდან გამიჯვნის ზუსტი კრიტერიუმების საკანონმდებლო წესით ამომწურავი დადგენა ვერ ხერხდება, ბევრი რამ ამ სფეროში სასამართლო პრაქტიკამ ჩამოაყალიბა. თვით საფრანგეთშიც კი, რომელიც რომანულ-გერმანული სამართლებრივი სისტემის ტრადიციული ქვეყანაა და სამართლის ძირითად წყაროდ კანონსა და სხვა წერილობით ნორმებს აღიარებს, პრეცედენტულმა სამართალმა გადამწყვეტი როლი შეასრულა ადმინისტრაციული სამართლის შექმნასა და განვითარებაში.

ადმინისტრაციული სამართალი არაკოდინციირებულია (თვით საფრანგეთშიც კი ადმინისტრაციული კოდექსი, კანონებისა და დეკრეტების კრებული, შეკრებილი რეგულირების საგნის მიხედვით არ არსებობს), უფრო მეტიც, ადმინისტრაციული სამართალი უმეტესად არ ატარებს საკანონმდებლო ხასიათს. ამის შედეგია ის, რომ ადმინისტრაციულ სამართალში მნიშვნელოვანი ნორმები დადგინდა მოსამართლეთა მიერ. ეჭვგარეშეა, რომ კონტინენტური სამართლის სხვა დარგებშიც სასამართლო პრაქტიკის როლი ძალიან დიდია. კანონი არ შეიძლება იყოს ერთდროულად ისეთი ზოგადი და ზუსტი, რომ ზედმიწევნით ერგებოდეს ყველა შემთხვევას და მოსამართლის როლი მხოლოდ კერძო შემთხვევისათვის მისი მექანიკური გამოყენებით განისაზღვრებოდეს. მოსამართლე განმარტავს კანონს (რომელიც ხშირად ბუნდოვანი ან წინააღმდეგობრივია), მან იგი უნდა გამოიყენოს ისეთ ახალ პირობებში, რომლის გათვალისწინებაც ვერ შეძლო კანონმდებელმა, უნდა შეავსოს ხარვეზები. ეს ყველაფერი კონკრეტული მოსამართლის

შეხედულებაზეა დამოკიდებული და პრობლემის წარმატებული გადაწყვეტა, როგორც წესი, ხდება პრეცედენტი შემდეგში მსგავსი საქმეების გადაწყვეტისას.

საფრანგეთის სამოქალაქო საკასაციო სასამართლომ თავდაპირველად ჩამოაყალიბა მიდგომა, რომლითაც სამოქალაქო სასამართლოთა იურისდიქცია წარმოადგენდა ზოგად წესს, ხოლო ადმინისტრაციული სასამართლოს იურისდიქცია — გამონაკლისს. ასეთი მიდგომა არ გაიზიარა სახელმწიფო საბჭომ. ეს ორგანო მიიჩნევდა, რომ არსებობდა სადავო ადმინისტრაციული საქმეები, რომლებიც სრული უფლებით, და არა გამონაკლისის სახით, მოითხოვდნენ ადმინისტრაციული სასამართლოს იურისდიქციის გამოყენებას.

სახელმწიფო საბჭომ სამოქალაქო და ადმინისტრაციულ საქმეთა გამიჯვნის ერთ-ერთ პირველ კრიტერიუმად წამოაყენა სახელმწიფო დებიტორის ცნება. სახელმწიფო საბჭომ უარყო სამოქალაქო სასამართლოთა უფლება — სახელმწიფოსათვის დაეკისრებინათ ნებისმიერი თანხის გადახდა, როგორც არ უნდა ყოფილიყო ვალის წარმოშობა. ამ კრიტერიუმს საფუძვლად დაედო პრინციპი, რომ მხოლოდ საკანონმდებლო ხელისუფლებას შეუძლია, თავისი შეხედულებით განკარგოს სახელმწიფო საშუალებები და რესურსები. საჯარო ფინანსების კუთხით ეს იმას ნიშნავდა, რომ კერძო სამართლის ნორმები არ შეიძლებოდა გამოყენებულიყო სახელმწიფოს წინააღმდეგ;

გამიჯვნის მეორე კრიტერიუმმა — მბრძანებლური აქტის ცნებამ (*acte d'autorite*) — ნაკლებად მოიკიდა ფეხი სასამართლო პრაქტიკაში. იგი ეფუძნება მბრძანებლური და მმართველობითი აქტის განსხვავებას. ადმინისტრაციის მიერ გამოცემულ აქტებს შორის უნდა განვასხვავოთ ისეთები, რომლებიც მოიცავენ საჯარო ხელისუფლების გამოყენებას (მბრძანებლური აქტები) და ისეთები, რომლებიც ამ ელემენტს არ მოიცავენ (მმართველობითი აქტები). პირველი არ არის სამოქალაქო სასამართლოს განსჯადი, ხოლო მეორე სახის აქტები მისი განსჯადია;

მესამე კრიტერიუმია საჯარო მმართველობის ცნება (*gestion publique*). გარკვეულ სფეროებში (ადმინისტრაციის კერძო სექტორის მართვა, კერძოსამართლებრივი ხასიათის ხელშეკრულებები) ადმინისტრაცია იყენებს საქმიანობის იმავე მეთოდებს, რასაც კერძო პირები, ამიტომ ადმინისტრაციული და სამოქალაქო სფეროების გამიჯვნის წესები არ უნდა გამოიყენებოდეს ასეთ კერძო მმართველობაში. სხვა სფეროებში, პირიქით, საჯარო მმართველობა ხორციელდება და ადმინისტრაციული და სამოქალაქო

ფუნქციების გამიჯვნის წესები გამოყენებულ უნდა იქნეს საჯარო მმართველობიდან წარმოშობილ დავებზე. სწორედ ამ კრიტერიუმმა მოიპოვა სამოქალაქო სასამართლოთა უპირატესი მხარდაჭერა და ასეთი იყო მდგომარეობა, ვიდრე 1873 წელს კონფლიქტების შესახებ ტრიბუნალი მიიღებდა თავის სახელგანთქმულ გადაწყვეტილებას ბლანკოს საქმეზე:

ქალაქ ბორდოში, მცირეწლოვანი ბავშვი, აგნეს ბლანკო, დააზიანა ვაგონმა თამბაქოს ფაბრიკის ორ შენობას შორის. სამოქალაქო სასამართლომ განსჯადობის კოლიზიის დადგენილებით საქმე განსახილველად გადასცა კონფლიქტების შესახებ ტრიბუნალს, რათა გადაეწყვიტა – დაზარალებულის მამის მიერ აღძრული სარჩელი ანაზღაურების გადახდევინების თაობაზე მიეკუთვნებოდა ადმინისტრაციულ თუ სამოქალაქო სასამართლოს იურისდიქციას. კონფლიქტების შესახებ ტრიბუნალმა გადაწყვეტილება მიიღო ადმინისტრაციული იურისდიქციის სასარგებლოდ. სიახლე ის იყო, რომ ამ გადაწყვეტილებამ მოახდინა გადატრიალება. ტრიბუნალი დაეყრდნო არა ცნობილ სახელმწიფო დებიტორის კრიტერიუმს, არამედ სხვა ახალ კრიტერიუმს. გადაწყვეტილებით, პირველ რიგში, დადგინდა, რომ მიყენებული ზიანის წყარო იყო საჯარო სამსახურის საქმიანობა და ამ საფუძვლით უპირატესობა უნდა მისცემოდა ადმინისტრაციულ იურისდიქციას. გადაწყვეტილებაში ფორმულირებულ იქნა იდეა, რომ პასუხისმგებლობა საჯარო სამსახურების მიერ მიყენებული ზიანისათვის ექვემდებარებოდა რეგლამენტირებას არა სამოქალაქო კოდექსით კერძო პირთა ურთიერთობისათვის დადგენილი ნორმებით, არამედ სხვა დამოუკიდებელი ნორმებით. ამგვარად, გადაწყვეტილებამ მოახდინა განსჯადობის ახალი კრიტერიუმის ფორმულირება – საჯარო სამსახური და განამტკიცა კერძო სამართალთან მიმართებით ადმინისტრაციული სამართლისა და ადმინისტრაციული მოსამართლის ავტონომია. მრავალი ავტორის თვალსაზრისით, ეს იყო რევოლუცია სასამართლო პრაქტიკაში, რომელმაც მთლიანად განყვიტა კავშირი წარსულთან, ყველა ძველი კრიტერიუმი შეცვალა ახალით. საჯარო სამსახურის კრიტერიუმმა მოგვიანებით იმდენად ფართო აღიარება მოიპოვა, რომ მან საფუძველი დაუდო ფრანგული ადმინისტრაციული სამართლის ზოგად თეორიას.

საჯარო სამსახურის სკოლის ფუძემდებლური თეზისით, ადმინისტრაციული სამართალი აიხსნება საჯარო სამსახურის ცნების მეშვეობით. შესაბამისად, აუცილებელია განხილვა, რა არის საჯარო სამსახური, რა აზრით დომინირებს იგი მთელ ადმინისტრაციულ სამართალში და როგორ ქმნის განსჯადობის კრიტერიუმს.

საჯარო სამსახური არის „დანესებულება, რომელიც წარმოადგენს საზოგადოებრივ ინტერესს და განკუთვლილია საზოგადოების კოლექტიური მოთხოვნების დასაკმაყოფილებლად“ (როლანი); მეორე განსაზღვრების თანახმად, „საჯარო სამსახური არის საჯარო კოლექტივის ნებისმიერი საქმიანობა, რომლის მიზანდასახულია საზოგადოებრივი ინტერესის მქონე მოთხოვნების დაკმაყოფილება; ამგვარად, საჯარო სამსახურს ახასიათებს სამი ნიშანი, ესენია: საქმიანობა ან მოქმედება; მას ახორციელებს საჯარო კოლექტივი; იგი მიმართულია საზოგადოებრივი ინტერესების დაკმაყოფილებისაკენ“.<sup>143</sup>

ადმინისტრაციული სამართალი – ეს არის „საჯარო სამსახურების“ სამართალი. ამ იდეაში პოულობს საფუძველს ყველა მისი ნორმა და, რაც მთავარია, საჯარო სამსახური განსაზღვრავს ადმინისტრაციული სასამართლოს იურისდიქციის კრიტერიუმებს. მისი განსჯადია ყველა დავა, რომელიც შეადგენს საჯარო სამსახურის საქმიანობას, და პირიქით, ამ საქმიანობის მიღმა, ადმინისტრაციის მიმართ მოსამართლედ შეიძლება გამოვიდეს სამოქალაქო სასამართლო, მაგალითად, იმ შემთხვევებში, როცა იგი მართავს თავის კერძო სექტორს, ან დებს ხელშეკრულებებს, რომელთაც არა აქვთ პირდაპირი კავშირი საჯარო სამსახურთან.

ამ უკანასკნელ პუნქტთან მიმართებით სასამართლო პრაქტიკა მიემხრო საჯარო სამსახურის სკოლის შეხედულებებს. ამის დასადასტურებლად მოყავთ სამი გადანყვეტილება ფრანგული სასამართლო პრაქტიკიდან:

პირველი – ესაა გადანყვეტილება ტერეს საქმეზე. ამ თავისებურ საქმეში დავა შეეხებოდა გენერალური საბჭოს ლუარის დეპარტამენტის გადანყვეტილებას, რომლის თანახმადაც დეპარტამენტი კერძო პირებს ერთი ცალი გველგესლას განადგურებისათვის 0.25 ფრანკ პრემიას აძლევდა. ნადირობა იმდენად სარფიანი აღმოჩნდა, რომ დეპარტამენტის ბიუჯეტით გათვალისწინებული კრედიტები პრემიების გადახდისათვის სწრაფად ამოიწურა, ამის გამო დეპარტამენტმა უარი თქვა ზოგიერთი პრემიის გადახდაზე, მით უმეტეს, გაჩნდა ეჭვი, მერების მიერ გაცემულ მონადირეთა შედეგების დამადასტურებელ ცნობებზე. ერთ-ერთმა მონადირემ, ტერემ მიმართა სახელმწიფო საბჭოს და მოსთხოვა დაევალებინა დეპარტამენტისათვის, გაეცა გადახდას დაქვემდებარებული თანხები. დავა გამოიწვია იურისდიქციის საკითხმა. საუბარი იყო იმის გარკვევაზე, გამოიყენება თუ არა საჯარო სამსახურის კრი-

<sup>143</sup> Ведель, Административное право Франции, Москва, 1985, 218.

ტერიუმები ადგილობრივი სამსახურების საქმიანობის მიმართ და ნამდვილად შექმნა თუ არა გენერალურმა საბჭომ გველგესლათა განადგურების საჯარო სამსახური. ორივე საკითხს სახელმწიფო საბჭომ სამთავრობო კომისიის სახით დადებითად უპასუხა. ამგვარად, აღიარებულ იქნა, რომ, ერთი მხრივ, საჯარო სამსახურის კრიტერიუმები არის საერთო და გამოიყენება ყველა დავაში, ადგილობრივი კოლექტივების საქმიანობასთან დაკავშირებითაც კი და მეორე მხრივ, საჯარო სამსახურის შექმნისათვის სავალდებულო არ არის საჯარო მოსამსახურეთა კორპუსის წარმოქმნა, იგი შეიძლება გამოიხატებოდეს მხოლოდ კოლექტივის მოქმედებით, რომელიც მიზნად ისახავს საზოგადოებრივი ინტერესის მქონე მოთხოვნების დაკმაყოფილებას.

კონფლიქტების შესახებ ტრიბუნალმა გამოიყენა საჯარო სამსახურის კრიტერიუმები ადგილობრივი კოლექტივების საქმიანობის მიმართ, როცა ერთ-ერთ საქმეში გადანყვიტა, რომ სარჩელი, დეპარტამენტის ქუჩასუსტების სახლიდან სულით ავადმყოფების გაქცევით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების დეპარტამენტზე დაკისრების შესახებ, განსახილველად უნდა გადასცემოდა ადმინისტრაციულ სასამართლოს, ვინაიდან იგი ეხებოდა დეპარტამენტის საჯარო სამსახურის ფუნქციონირებას.

ნაციონალიზაციის შესახებ კანონმდებლობიდან გამომდინარე, დღითიდღე გაიზარდა სამრეწველო და სავაჭრო ხასიათის (საჯარო სამართლის იურიდიული პირები სამრეწველო და სავაჭრო ფუნქციებით) საჯარო სანარმოთა რიცხვი, რომლებიც ფუნქციონირებდნენ კერძო სანარმოთა მსგავს პირობებში, გააჩნდათ იგივე მიზნები და არ იყენებდნენ საჯარო ხელისუფლების პრეროგატივებს. ამდენად, სასამართლო პრაქტიკამ მათი საქმიანობა დაუქვემდებარა სამოქალაქო სასამართლოების იურისდიქციას, რამაც გააძლიერა დაშორება საჯარო სამსახურის კრიტერიუმებსა და იურიდიულ პრაქტიკას შორის. ვინაიდან უალრესად რთული გახდა იმის განსაზღვრა, თუ სად იწყებოდა და სად მთავრდებოდა საჯარო სამსახურის ცნება, ვინაიდან ნებისმიერი საქმიანობა, რომელსაც გააჩნდა საზოგადოებრივი ინტერესი შეიძლებოდა ჩათვლილიყო საჯარო სამსახურად, თუ ადმინისტრაციას ექნებოდა მასზე მეტ-ნაკლებად სრული კონტროლი ან აღმოუჩენდა დახმარებას, „საჯარო სამსახურის“ ცნება გახდა იმდენად ყოველსმომცველი, რომ მან დაკარგა ყოველგვარი იურიდიული ინტერესი.

განსჯადობის კრიტერიუმთა კრიზისის გამო ადმინისტრაციულმა სასამართლომ და კონფლიქტების შესახებ ტრიბუნალმა მიმართეს ახალ ფორმულირებას, ასეთი გახდა: „საჯარო-

სამართლებრივი ურთიერთობები“ ან „კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები,“ ასევე ფორმულა „საჯაროსამართლებრივი ნორმებისა“ და „კერძოსამართლებრივი ნორმების“ შესახებ. ადმინისტრაციული სასამართლოს იურისდიქცია სავალდებულოა იქ, სადაც განსახილველი ურთიერთობები არის საჯაროსამართლებრივი და რეგლამენტირებულ უნდა იქნეს საჯარო სამართლის ნორმებით.

ამასთანავე, „საჯარო სამსახურის“ ცნება უცხო იყო ფრანგული კონსტიტუციური სამართლისათვის, ამიტომ ადმინისტრაციული სამართლის აგება ამ ცნებაზე ქმნიდა გაუგებრობას ადმინისტრაციულ სამართალსა და საკონსტიტუციო სამართალს შორის. ამიტომ ძალისხმევა მიმართულ იქნა იქითკენ, რომ განსჯადობის კრიტერიუმები კონსტიტუციაზე დაფუძნებით ყოფილიყო მიღებული. ხელისუფლების დანაწილების პრინციპიდან გამომდინარე, აღმასრულებელი ხელისუფლება არის სასამართლო ხელისუფლებისაგან დამოუკიდებელი შტო, ამიტომ მისი საქმიანობა ექვემდებარება ადმინისტრაციულ იურისდიქციას, ადმინისტრაციული სასამართლოს იურისდიქციას მიეკუთვნა საჯაროსამართლებრივი მეთოდების გამოყენებისას აღმასრულებელი ხელისუფლების საქმიანობიდან წარმოშობილი დავები, დავას საფუძვლად უნდა ედოს საჯარო ხელისუფლების აქტები და მოქმედებები.

ფრანგულ სასამართლო პრაქტიკაში ადმინისტრაციულ სასამართლოს არ ექვემდებარება სარჩელები კერძო პირთა წინააღმდეგ. კერძო პირის სარჩელი მეორე კერძო პირის მიმართ არ ეხება არანაირ საჯარო საქმიანობას, იგივე მიდგომაა კერძო პირისადმი მიმართული ადმინისტრაციის სარჩელისადმი, ვინაიდან დავის წყარო არის არა ადმინისტრაციის, არამედ კერძო პირის საქმიანობა. ადმინისტრაციული და სამოქალაქო იურისდიქციის პრინციპი არ უნდა დაირღვეს შეგებებული სარჩელის განხილვის დროსაც. მაგ., კერძო პირის ავტომობილის ადმინისტრაციის ავტომანქანასთან შეჯახების შემთხვევაში ადმინისტრაციული მოსამართლე ფლობს უფლებას, გამოიტანოს გადაწყვეტილება კერძო პირის მიერ წარდგენილ ზიანის ანაზღაურების სარჩელზე, მაგრამ არ შეუძლია გამოიტანოს გადაწყვეტილება კერძო პირის მიმართ წარდგენილ ზიანის ანაზღაურების შეგებებულ სარჩელზე. ადმინისტრაციული მოსამართლე ფლობს იურისდიქციას საჯარო სამართლის იურიდიული პირების მიმართ აღძრულ სარჩელებზე.

## 7. ადმინისტრაციული სამართლის სავალდებულო საზოგადოებრივი მისია

ადმინისტრაციული სამართლის მიზანია მოაწესრიგოს ურთიერთობები სახელმწიფო მმართველობის სფეროში (administratio – მმართველობა). ამ ამოცანის მნიშვნელობას კიდევ უფრო ზრდის ის როლი, რომელიც მმართველობას უკავია თანამედროვე საზოგადოებრივ ცხოვრებაში. სახელმწიფო მმართველობის სფერო მოიცავს საზოგადოებრივი წესრიგისა და უშიშროების უზრუნველყოფას, საზოგადოების ჯანმრთელობის დაცვას, განათლებაზე ზრუნვას, მოქალაქეთა ეკონომიკური კეთილდღეობისათვის ხელშეწყობას და ა.შ. ადამიანთა საქმიანობის სხვა ფორმებისაგან სახელმწიფო მმართველობა განსხვავდება თავისი სავალდებულო საზოგადოებრივი მისიით.

სახელმწიფო მმართველობის ამოცანებს ეძლევა საზოგადოების თანაცხოვრებისათვის აუცილებელი ხასიათის ფუნქცია, რომლებიც უნდა განხორციელდეს საზოგადოების ცალკეული წევრის ნებისაგან დამოუკიდებლად. ამგვარად, თავისი მიზნებიდან გამომდინარე, სახელმწიფო მმართველობისათვის იმთავითვე დასაბუთებული და გამართლებულია ინდივიდთა ცხოვრებაში ღრმა და მბრძანებლური შეჭრა.

სახელმწიფო მმართველობის განხორციელებისას საჯარო მოსამსახურებთან ურთიერთობების დამყარება ჩვენ გვინევს ყოველ ფეხის ნაბიჯზე. ფოსტით წერილის ან დეპეშის გაგზავნისას ჩვენ ასევე გარკვეულ ურთიერთობებში შევიდვართ ხელისუფლებასთან, მეტროთი მგზავრობისას ჩვენ გარკვეული ურთიერთობები გვიყალიბდება ქალაქის სატრანსპორტო სამსახურთან, რომელიც, თავის მხრივ, სახელმწიფო მმართველობის ფუნქციებს ასრულებს. მაშინაც კი, როდესაც უბრალოდ ვსეირნობთ ქუჩაში, ჩვენ ვიმყოფებით იმ ურთიერთობების ჯაჭვში, რომელიც აწყობილია სახელმწიფო მმართველობის საფუძველზე: ქუჩა საერთო მოხმარებისათვის კეთილმოწყობილია ქალაქის სპეციალური სამსახურების მიერ, აქვე მოძრაობის წესებს არეგულირებს პოლიცია და ეს მაშინ, როდესაც ჩვენ, შესაძლებელია, სრულიადაც არ გვსურდეს რაიმე ურთიერთობა ხელისუფლებასთან, მაგრამ იძულებული ვართ, ეს რეალობაა.

## 8. ხელისუფლება – საჯარო ურთიერთობის უცვლელი კონტრაქტენტი

იმის გათვალისწინებით, რომ ინდივიდს გარდუვალად აქვს ურთიერთობა მმართველობის სფეროში ხელისუფლებასთან, ჩვენ არ შეგვიძლია უარვყოთ ამ ურთიერთობების მონესრიგებისა და დარეგულირების აუცილებლობა. ასეთი აუცილებლობიდან გამომდინარე, საჯარო ურთიერთობებში ჩვენ არასოდეს არა გვაქვს კონტრაქტის არჩევის თავისუფლება. ჩვენი კერძო ინტერესების განხორციელებისას ჩვენ ვფლობთ შესაძლებლობას, ავირჩიოთ ის სუბიექტი, რომელთანაც გვსურს დავამყაროთ ქონებრივი ან პირადი არაქონებრივი ურთიერთობა (ცოლის ან ქმრის არჩევა, ბინის ქირავნობა ამა თუ იმ მოქირავნესთან, ჩვენთვის სასურველი საქონლის შეძენა და ა. შ.).

სახელმწიფო მმართველობის ამოცანები ხორციელდება განსაზღვრული თანამდებობის პირების მიერ, რომლებიც თავმოყრილია სახელმწიფო დაწესებულებაში. ყოველ თანამდებობის პირსა და დაწესებულებას აქვს თავისი კომპეტენცია გარკვეულ საქმეებსა და განსაზღვრული ტერიტორიის ფარგლებში. შედეგად, ვინაიდან ვიმყოფებით გარკვეულ ადგილას, ვიღებთ შეუცვლელ კონტრაქტებს ადგილობრივი სამთავრობო დაწესებულებების სახით. რაც შეეხება ცენტრალურ ორგანოებს, რომლებიც თავის ხელისუფლებას ავრცელებენ განსაზღვრული კატეგორიის საქმეებზე მთელი სახელმწიფო ტერიტორიის ფარგლებში, ეს დაწესებულებები ხდებიან შეუცვლელი კონტრაქტები ქვეყნის მთელი მოსახლეობისათვის. რა თქმა უნდა, დროის განმავლობაში იცვლებიან ცენტრალური და ადგილობრივი, არჩევითი და დანიშვნითი თანამდებობის პირები – მაგრამ, სანამ ისინი ინარჩუნებენ თავიანთ სამსახურებრივ მდგომარეობას, მოქალაქეს არ შეუძლია გააკეთოს არჩევანი მათ შორის ისე, როგორც შეუძლია აირჩიოს თავისი კონტრაქტები კერძო ურთიერთობებისას.

გარდა ამისა, საჯარო სამართალსა და კერძო სამართალს შორის განსხვავებას განსაზღვრავს საჯაროსამართლებრივ და კერძოსამართლებრივ ურთიერთობათა ხასიათი. საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობებში ერთ მხარეს ყოველთვის წარმოადგენს სახელმწიფო, მისი ორგანოებისა და საჯარო მოსამსახურეთა სახით. ურთიერთობებს ახასიათებს იმპერატიული ხასიათი, მათი სუბიექტები უფლებამოვალეობათა მოცულობას განსაზღვრვენ არა დამოუკიდებლად ურთიერთშეთანხმების საფუძველზე, არამედ ისინი ნებაყოფლობის გარეშე საჯაროსამართლებრივ

ურთიერთობებში სავალდებულო შესვლით ვალდებულნი ხდებიან, დაემორჩილნონ წინასწარ დადგენილ თამაშის წესებს. საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობათა ხასიათს განსაზღვრავს სახელმწიფო ხელისუფლების ნება, ამ ურთიერთობების მონაწილე ცალკეული ინდივიდის ნება ურთიერთობის განსაზღვრაში არ მონაწილეობს, მისი მონაწილეობა თეორიულად შესაძლებელია ხელისუფლების წყაროს სახით. საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობებში ნება, ინიციატივა სახელმწიფოს ეკუთვნის, რომელიც ცალმხრივად, თავისი კარნახითა და ბრძანებით არეგულირებს ურთიერთობებს. კერძოსამართლებრივი ხასიათი აქვს ისეთ ურთიერთობებს, რომელშიც მხარეები ურთიერთშეთანხმებისა და კონსენსუსის საფუძველზე განსაზღვრავენ თავიანთ უფლება-მოვალეობათა მოცულობას.

### 9. Jus cogens / Jus dispositivum

იურიდიული ნორმები, რომლებიც სამართალურთიერთობებს არეგულირებენ, შესაძლებელია იყოს მბრძანებლური ან აღმჭურველი. მბრძანებლური ნორმები (jus cogens) ზუსტად განსაზღვრავენ სამართლებრივი ურთიერთობების შინაარსს, არ უტოვებენ მის მონაწილეებს არანაირ სივრცეს მათ დადგენად. პირიქით, ე.წ. დისპოზიციური ნორმები (jus dispositivum) აძლევენ საჯარო ან კერძო პირებს მეტ ან ნაკლებ თავისუფლებას მათი ორმხრივი ურთიერთობების განსაზღვრისას. საჯარო სამართლის პრინციპია: ის, რაც კანონით ნებადართული არ არის, აკრძალულია; კერძო სამართლის სულისკვეთებას გამოხატავს პრინციპი: ის, რაც აკრძალული არ არის, ნებადართულია. სახელმწიფო საჯარო სამართალსა და კერძო სამართალში ასრულებს სრულიად განსხვავებულ როლს. საჯარო სამართალში სახელმწიფო გახლავთ შეუზღუდავი ძალაუფლებით აღვსილი ძლევამოსილი იმპერატორი, კერძო სამართალში კი მხოლოდ მთვლემარე ღამის დარაჯი. კანტის შეფასებით, კერძო სამართალი – ეს ისეთი სამართალია, რომლის შესაბამისადაც ვალდებულება და იძულება ეფუძნება არა უშუალოდ კანონს, არამედ სამართლიანობასა და ადამიანის თავისუფლებას – იყოს საკუთარი თავის ბატონი.

კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები კონტრასტულად განსხვავებულია საჯაროსამართლებრივი ურთიერთობებისაგან და აგებულია ნებისა და ინტერესების თეორიებზე. სუბიექტი ასეთ ურთიერთობებში ფლობს ნებას – გამოიყენოს ძალაუფლება თა-

ვისი შეხედულებით, თავისი ინტერესების შესაბამისად. საკუთარი ინტერესების გათვალისწინებით მესაკუთრე უფლებამოსილია, გაყიდოს კუთვნილი ნივთი, გადააკეთოს იგი, გადაადგოს ან გაანადგუროს. თავისი ინტერესებიდან გამომდინარე კრედიტორი უფლებამოსილია, მოითხოვოს ვალის გადახდა, მაგრამ შეუძლია, ასევე აპატიოს ვალი თავის მოვალეს ან შეუმსუბუქოს მას ვალის პირობები. საჯაროსამართლებრივ ურთიერთობებში მოვალეობის მომენტი, ანუ ვალდებულებები, განარგძობს დომინირებულ მნიშვნელობას. ის სამართლებრივ ვალდებულებათა პირველმნიშვნელოვანი როლით ხასიათდება და არა პირის უფლებით – გამოიყენოს თავისი მდგომარეობა საკუთარი შეხედულებისამებრ, საკუთარი ინტერესებით. ამგვარად, საჯარო სამართალი არის ვალდებულებების, კერძო სამართალი – უფლებების სამართალი.

ბრძანებითი ნორმები კერძო სამართალში გვხვდება მხოლოდ გამონაკლისების სახით (მაგ. საოჯახო სამართალში); ბრძანებითი ნორმებში „ნების ბატონობა“ შეუთავსებელია. ბრძანებითი ნორმა თავისი ბუნებით გამორიცხავს უფლებამოსილი პირის შეხედულების თავისუფლებას. ის აუცილებლობის შემთხვევაში ამცირებს სუბიექტურ უფლებას სამართლებრივი ვალდებულებების საზღვრებამდე.

კერძო სამართლის სუბიექტების „ნების ბატონობის“ გამომხატველია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-1011 მუხლში ჩამოყალიბებული ფორმულა – „სამოქალაქო ურთიერთობის მონაწილეებს შეუძლიათ განახორციელონ კანონით აუკრძალავი, მათ შორის კანონით პირდაპირ გაუთვალისწინებელი, ნებისმიერი მოქმედება“. „ნების ბატონობაზე“ აგებული სამოქალაქო სამართლის ძირითადი ინსტიტუტები – გარიგებანი და ხელშეკრულებები. 50-ე მუხლის თანახმად „გარიგება არის ცალმხრივი, ორმხრივი ან მრავალმხრივი ნების გამოვლენა, რომელიც მიმართულია სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის, შეცვლის ან შეწყვეტისაკენ“. 52-ე მუხლით „ნების გამოვლენის განმარტებისას ნება უნდა დადგინდეს გონივრული განსჯის შედეგად და არა მარტოდენ გამოთქმის სიტყვასიტყვითი აზრიდან“. ასევე „ნების ბატონობა“ გამომხატულია ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპში.

კერძო სამართლის სუბიექტებს შეუძლიათ, კანონის ფარგლებში თავისუფლად დადონ ხელშეკრულებები და განსაზღვრონ ამ ხელშეკრულებათა შინაარსი. მათ შეუძლიათ დადონ ისეთი ხელშეკრულებებიც, რომლებიც კანონით გათვალისწინებული არ არის, მაგრამ არ ეწინააღმდეგება მას. თუ საზოგადოების ან პიროვნების არსებითი ინტერესების დაცვისათვის ხელშეკრულების ნამდვილობა დამოკიდებულია სახელმწიფოს ნებართვაზე, მაშინ ეს უნდა

მონესრიგდეს ცალკე კანონით.

შვეიცარიის ვალდებულებითი სამართლის შესახებ კანონის მე-191 მუხლი მიუთითებს, რომ „ხელშეკრულების შინაარსი კანონის ფარგლებში შესაძლებელია ნებისმიერი სახით განისაზღვროს“. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1134-ე მუხლში მოცემულია ცნობილი ფორმულირება: „მართლზომიერი ხელშეკრულებები კანონია მათი გამფორმებელი პირებისათვის“.

რა მიზეზით აღიარებს თანამედროვე მართლწესრიგი კერძო პირთა ხელშეკრულებების სავალდებულო ბუნებას და მათი სასამართლო წესით შესრულების უზრუნველყოფას? ცვაიგერტისა და კოტცის განმარტებით, აღნიშნულის თაობაზე დოქტრინაში მრავალი მოსაზრება არსებობს, მაგრამ ძირითადი ორია: პირველის თანახმად, მართლწესრიგის უმთავრესი ამოცანაა ინდივიდის თავისუფლებისა და თვითგამორკვევის შექმნა და უზრუნველყოფა. სახელმწიფოს ან სხვა სახელისუფლო სტრუქტურათა ზეგავლენისაგან დამოუკიდებლად ყველა უნდა სარგებლობდეს მოქმედების თავისუფლებით. ინდივიდს უნდა მიეცეს შესაძლებლობა, თავისი ურთიერთობები სხვა ინდივიდებთან ააგოს საკუთარი შეხედულებისამებრ და არა წინასწარ დადგენილი, სავალდებულო დებულებების მიხედვით. მას ენიჭება თავისუფლება იმ მიზნების განსახორციელებლად, რომლებსაც მართლზომიერად მიიჩნევს, მაგრამ იმ პირობით, რომ არ დაზარალდება სხვა პირთა ანალოგიური თავისუფლება.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი სწორედ ამ კუთხით მიიჩნევს დასაშვებად კერძო სამართალში იმპერატიული ნორმების გამოყენებას. მე-10 მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად, „უფლებათა ბოროტად გამოყენებისაგან სხვათა თავისუფლებას იცავს სამოქალაქო კანონების იმპერატიული ნორმები. მოქმედებები, რომლებიც ეწინააღმდეგება ამ ნორმებს, ბათილია, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა კანონი პირდაპირ მიუთითებს სხვაგვარ შედეგებზე. ცალკეული ჩარევები ადმინისტრაციული აქტების მეშვეობით აკრძალულია, თუ ეს აქტები კონკრეტული კანონის საფუძველზე არ არის გამოყენებული“.

ამრიგად, სახელმწიფომ ანგარიში უნდა გაუწიოს ინდივიდის თავისუფლებას და მას დაუთმოს უფლება – დამოუკიდებლად განსაზღვროს თავისი არსებობის პირობები. ინდივიდისათვის ეს ნიშნავს არა მხოლოდ აღმსარებლობის, სიტყვის, კერძო საკუთრების უფლებას, ვაჭრობისა და მენარმეობის თავისუფლებას, არამედ ხელშეკრულებების თავისუფლებასაც – დაამყაროს ვისთანაც სურს, გაცვლითი ურთიერთობები. აღნიშნულ ურთიერთობათა შინაარსი, პრინციპში, ხელშეკრულებაში მონაწილე მხარეების პრე-

როგატივად უნდა დარჩეს და დამოკიდებული უნდა იყოს თითოეულის გადანყვეტილებასა და მათ ერთობლივ თანხმობაზე.

ხელშეკრულების იდეა ისაა, რომ მასში შეთანხმებული პირობები სავალდებულოა პარტნიორებისათვის, რადგან თითოეული მეორეს ნებაყოფლობით უდასტურებს, რომ ისინი უნდა ჩაითვალოს მართებულად. ხელშეკრულებათა თავისუფლება, როგორც ინდივიდის ავტონომიის განსაკუთრებული გამოხატულება, ისტორიულად მჭიდროდ უკავშირდება ე.წ. „ნების ავტონომიის თეორიას“. აღნიშნული თეორიის თანახმად, სახელშეკრულებო ვალდებულებათა აღიარება და შესრულება ემყარება გაიგივებას, რომ ხელშეკრულებაში მონაწილე მხარეებმა „ნებაყოფლობით ისურვეს“ თავიანთი ვალდებულებების აღება.

მეორე თვალსაზრისის თეორიული საფუძველია უტილიტარიზმი. მოცემული მოძღვრების მომხრეთა ინტერესის საგანია საზოგადოებაში სახელისუფლო სტრუქტურების ფუნქციონირების, ოპტიმიზაციის პრობლემა და მათ მიერ მიღებული გადანყვეტილებების ეფექტურობა. აღნიშნულს მოწმობს შემდეგი მოსაზრება: რაიმე ნივთის მფლობელი თავის საკუთრებას აფასებს 500 მარკად და, როგორც წესი, მზადაა იგი გაყიდოს 600 მარკად. რა თქმა უნდა, ეს მოხდება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც მოძებნის მყიდველს, რომელიც ამ ნივთს 600 და მეტ მარკად აფასებს და ამიტომ მზადაა ასეთი თანხა გადაიხადოს მისი შესყიდვისათვის. თუ მსგავსი მყიდველი მოინახა, იგი, როგორც გონიერი და საკუთარ ინტერესებზე მზრუნველი ადამიანი, დადებს ხელშეკრულებას ამ ნივთის 600 მარკად შესყიდვის თაობაზე.<sup>144</sup>

## 10. საჯარო სამართალი — იურიდიული ცენტრალიზაციის სისტემა

საჯაროსამართლებრივი და კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების შედარებითი ანალიზი თვალსაჩინოდ გამოხატავს ამ ორ სხვადასხვა ტიპის მართლწესრიგთა შორის არსებულ კონტრასტს. მიუხედავად იმისა, რომ სამართლის ზოგადი მიზანია ადამიანებს შორის ურთიერთობების რეგულირება, დიდად განსხვავებულია ამ რეგულირების ხერხები და მექანიზმები. ერთ სფეროში ურთიერთობები რეგულირდება მხოლოდ ბრძანებებით, რომლებიც გამომდინარეობს ერთადერთი ცენტრიდან, როგორცაა სახელმწიფო

<sup>144</sup> ცვაიგერტი/კოტცი, შედარებითი სამართალმცოდნეობის შესავალი კერძო სამართლის სფეროში, თბილისი, 2000, ტომი I, 13.

ხელისუფლება. ეს უკანასკნელი თავისი ნორმებით უთითებს ყოველ ცალკეულ პირს მის იურიდიულ ადგილს, მის უფლებებსა და ვალდებულებებს მთლიანი სახელმწიფო ორგანიზმისა და სხვა ცალკეული პირების მიმართ.

ი. პოკროვსკი გამოყენებულ მეთოდებში ხედავს ძირითად განსხვავებას კერძო და საჯარო მმართველობას შორის. მხოლოდ სახელმწიფო ხელისუფლებისაგან შეიძლება მოდიოდეს განკარგულებები, რომლებიც განსაზღვრავს ყოველი ცალკეული ადამიანის მდგომარეობას ურთიერთობის ამ სფეროში და ეს მდგომარეობა არ შეიძლება შეცვალოს არანაირი კერძო ნებით, არანაირი კერძო შეთანხმებებით (ჯერ კიდევ რომაელი იურისტები ამბობდნენ – *publikum jus pactis privatorum mutari non potest*). სახელმწიფო ხელისუფლება მთელ ამ ურთიერთობებს საკუთარი თაოსნობითა და მხოლოდ თავისი ნებით არეგულირებს და პრინციპულად არ შეუძლია დაუშვას ამ სფეროში თავის გვერდით არანაირი სხვა ნება, სხვა ინიციატივა. ამიტომ სახელმწიფო ხელისუფლებიდან გამომდინარე, ნორმებს აქ აქვთ უპირობო სავალდებულო ხასიათი (*jus cogens*). მის მიერ მინიჭებულ უფლებებს, ამავე დროს, აქვს სავალდებულო ხასიათი: ისინი უნდა იქნეს განხორციელებული, ვინაიდან უფლებათა განუხორციელებლობა მასთან დაკავშირებული ვალდებულებების შეუსრულებლობაა.

ტიპიური და ყველაზე უფრო მკაფიო მაგალითი აღწერილი სამართლებრივი რეგულირების ხერხისა არის თავდაცვის თანამედროვე ორგანიზაცია. აქ ყველაფერი უკავშირდება ერთადერთ მმართველ ცენტრს, მხოლოდ მისგან შესაძლებელია მომდინარეობდეს ნორმები, რომლებიც განსაზღვრავენ მთლიანის ცხოვრებას და ყოველი ცალკეული ინდივიდის მდგომარეობას. ეს ნორმები განსაზღვრავს, ექვემდებარება მოცემული პირი სამხედრო სამსახურს თუ არა; თუ ექვემდებარება, ის იძულებით მიუჩენს თავის ადგილს ჯარის რიგებში, განსაზღვრავს მის მდგომარეობას, როგორც რიგითის ან ოფიცრისა ამა თუ იმ პოლკში და ა.შ. და არანაირ კერძო შეთანხმებებს არ შეუძლიათ შეცვალონ ამ მდგომარეობაში არცერთი ხაზი: მე არ შემიძლია შეგცვალოთ თქვენ სამსახურში, გავცვალო თქვენთან ლეგიონები ან ავილო ჩემთვის ოფიცრის სტატუსი. ყველაფერი აქ ექვემდებარება ერთ მმართველ ნებას, ერთ ხელმძღვანელ ცენტრს – აქ ყველაფერი ცენტრალიზებულია.

იურიდიული ცენტრალიზაციის ეს ხერხი საჯარო სამართლის ძირითადი არსია. ის, რაც ნათლად და უშუალოდ შეიგრძნობა სამხედრო სამართლის სფეროში, ზოგადი მახასიათებელი ნიშანია საჯარო სამართლის ყველა დარგისათვის.

## 11. კერძო სამართალი — სისტემა იურიდიული დეცენტრალიზაციისა

სრულიად სხვა ხერხს მიმართავს სამართალი იმ სფეროებში, რომლებიც მიეკუთვნება კერძო სამართალს. აქ სახელმწიფო ხელისუფლება თავს იკავებს ურთიერთობების უშუალო და ძალაუფლებრივი რეგულირებისაგან. აქ ის თავის თავს არ აყენებს ერთადერთი განმსაზღვრელი ცენტრის მდგომარეობაში, პირიქით, ანიჭებს ასეთ რეგულირებას სხვა მრავალ პატარა ცენტრს, რომლებიც მოიაზრებიან როგორც დამოუკიდებელი სოციალური ერთეულები, როგორც სამართლის სუბიექტები. ასეთი სუბიექტები უმრავლეს შემთხვევაში არიან ცალკეული ინდივიდები — ადამიანები, უფრო მეტიც, სხვადასხვა ხელოვნური გაერთიანებები — კორპორაციები ან დანესებულებები, ე.წ. იურიდიული პირები. ყველა ეს პატარა ცენტრი ივარაუდება საკუთარი ნებისა და საკუთარი ინიციატივის მატარებლად და სწორედ მათ ენიჭებათ ერთმანეთს შორის ორმხრივი ურთიერთობის რეგულირება. სახელმწიფო არ განსაზღვრავს ამ ურთიერთობებს თავისი ნებითა და იძულებით, არამედ აქვს მხოლოდ იმ ორგანოს პოზიცია, რომელიც იცავს იმას, რაც განსაზღვრულია სხვების მიერ. ის არ უბრძანებს კერძო პირს, გახდეს მესაკუთრე, მემკვიდრე ან შექმნას ოჯახი — ყველაფერი ეს დამოკიდებულია თავად კერძო პირზე ან რამდენიმე კერძო პირზე; მაგრამ სახელმწიფო ხელისუფლება დაიცავს იმ ურთიერთობებს, რომლებიც დადგენილ იქნება კერძო ნებით. თუკი ის რაიმეს განსაზღვრავს ზოგადი წესით, მხოლოდ რაიმე დანაკლისის შესავსებად. მაგალითად, ანდერძის არ არსებობის შემთხვევაში სახელმწიფო განსაზღვრავს კანონით მემკვიდრეობის თანმიმდევრობას. ამის გამო, კერძო სამართლის ნორმებს, ზოგადი წესის მიხედვით, აქვთ არა იძულებითი, არამედ მხოლოდ სუბსიდიალური, შევსებითი ხასიათი და შესაძლებელია გაუქმდეს და შეცვალოს კერძო განსაზღვრებებით (*jus dispositivum*). ამის შედეგად სამოქალაქო უფლებები (ნორმები) არის მხოლოდ უფლებები, და არა ვალდებულებები. სუბიექტი, რომელსაც ისინი ეკუთვნან, უფლებამოსილია, გამოიყენოს და უფლებამოსილია, არ გამოიყენოს; უფლებათა განუხორციელებლობა არ არის არანაირი სამართალდარღვევა.

ამგვარად, თუკი საჯარო სამართალი არის ურთიერთობათა იურიდიული ცენტრალიზაციის სისტემა, სამოქალაქო სამართალი, პირიქით, არის სისტემა იურიდიული დეცენტრალიზაციისა

— ის თავისი არსებით მოიცავს თავისი ყოფისათვის მრავალი

თვითგანმსაზღვრელი ცენტრის არსებობას. თუ საჯარო სამართალი არის სუბორდინაციის სისტემა, სამოქალაქო სამართალი არის კოორდინაციის სისტემა; თუკი პირველი არის ძალაუფლებისა და დაქვემდებარების სფერო, მეორე არის თავისუფლებისა და კერძო ინიციატივის სფერო.<sup>145</sup>

## 12. საჯარო სამართლისა და კერძო სამართლის მაგალითები

სამართლის დაყოფა საჯარო და კერძო სფეროებად ატარებს არა მხოლოდ საკლასიფიკაციო ხასიათს, არამედ ეს დაყოფა კონცეპტუალური ხასიათისაა. იგი შეეხება სამართლის საფუძვლებს, მის ადგილსა და როლს ადამიანთა ცხოვრებაში, მის განმსაზღვრელ ფასეულობებს. ამ მიზნით შეიძლება განხილულ იქნეს ორი მაგალითი:

პირველი – საგადასახადო ურთიერთობები და მათი იურიდიული რეგულირება. გადასახადების გადახდა არის იმ მოქალაქეთა ვალდებულება, რომლებიც ფლობენ საკუთრებას. გადახდის ვალდებულება, მისი ოდენობა და პირობები დადგენილია კანონით. ურთიერთობა გადასახადების გადახდის სფეროში იმპერატიული ხასიათისაა: სურს თუ არა გადამხდელს გადასახადების გადახდა, სურს თუ არა საგადასახადო ინსპექციას, მისცეს შელავათები ამა თუ იმ პირებს გადახდისას – ამას იურიდიული მნიშვნელობა არ გააჩნია. თუ აქვს პირს ქონება, რომელიც დაბეგრას ექვემდებარება – გადასახადის გადახდის ვალდებულება ჩნდება ავტომატურად, პირდაპირ „კანონის მიხედვით“. ამასთანავე, გადამხდელები, მოქალაქეები თუ ორგანიზაციები რაიმე სახით გადასახადის გადახდის პირობებზე ვერანაირ ზეგავლენას ვერ მოახდენენ, ამის უფლება მათ არ გააჩნიათ (პირიქითაც, ამის თაობაზე შეთანხმება საგადასახადო ინსპექციის მუშაკთან კანონსაწინააღმდეგო აქტია, რომელსაც მოჰყვება ბრალეულთა იურიდიული პასუხიმგებლობა). შელავათების გამოყენება – ნაწილობრივი გადახდა, გადასახადისაგან გათავისუფლება და ა.შ. შესაძლებელია მხოლოდ კანონის და კომპეტენტური თანამდებობის პირის დანყვეტილების საფუძველზე;

მეორე შემთხვევა – მოქალაქის მიერ ბინის შესყიდვა. იურიდიული ურთიერთობები ამ სფეროში პრინციპულად განსხვავებულია, ვიდრე ურთიერთობები გადასახადების სფეროში. იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც მოქალაქე ბინას იძენს მუნიციპალური

<sup>145</sup> Покровский, Основные проблемы, гражданского права, Москва, 2002, 77.

სახელმწიფო ორგანიზაციისაგან, ეს უკანასკნელი გამოდის კერძო სუბიექტის სახით, რომელსაც არ გააჩნია არანაირი უპირატესობები ცალკეულ მოქალაქესთან შედარებით. ამიტომ ურთიერთობა ბინის ყიდვაგაყიდვისას ვითარდება, ასე ვთქვათ, თანასწორ და კეთილ ნებაზე დაყრდნობით, მხოლოდ მხარეთა შეთანხმებით და ე.ი., ასევე მყიდველის მოქალაქის ნებითაც. უფრო მეტიც, ბინის გამყიდველი და მყიდველი და მხოლოდ ისინი – თვითონ ორმხრივი შეთანხმებით განსაზღვრავენ ვალდებულებათა პირობებს, მათ შორის: ფასს, გადახდის თანმიმდევრობას, სანქციებს ვალდებულებათა შეუსრულებლობისას და ა.შ.

ამასთანავე, კიდევ ერთი არსებითი მომენტი! მხარეთა ნებითა და ინტერესებით დადებული ხელშეკრულება ყველა პირობით, რომლებიც დამოუკიდებლად განსაზღვრულია მყიდველისა და გამყიდველის მიერ, ხდება იურიდიულად სავალდებულო დოკუმენტი. იურიდიულად იმდენად სავალდებულო, რომ ის პრინციპში არ ჩამოუვარდება კანონს.

სამოქალაქო კოდექსის თანახმად, გამყიდველის ვალდებულება უძრავი ქონება გადასცეს მყიდველს, შესრულებულად ითვლება ამ ქონების გადაცემის შემდეგ, თუ სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული ხელშეკრულებით. (ასეთ ნორმებს ეწოდებათ დისპოზიციური. კანონის ნორმა ამოქმედდება იმ შემთხვევაში, როდესაც ამ საკითხზე მხარეებს შორის არ არის შეთანხმება, აქ შეთანხმება კერძო პირებს შორის აღმოჩნდება კანონზე უფრო „ძლიერიც“ კი!).<sup>146</sup>

### 13. დასკვნები

ჩვენ მიერ განხილული თითოეული თეორია, მიუხედავად ცალკეული ხარვეზისა, შეიცავს რაციონალურ მარცვლებს, რომელთა საფუძველზეც კეთდება ზოგადი დასკვნა: კერძო სამართლებრივი სანყისი თავისი არსით არის ისეთი იურიდიული წესრიგი, რომლის შესაბამისადაც, ცალკეული პირი უფლებამოსილია, დამოუკიდებლად, ავტონომიურად, საკუთარი ნებით, სახელმწიფო ხელისუფლების გარეშე განსაზღვროს თავისი ქმედების იურიდიულად მნიშვნელოვანი პირობები, ხოლო სახელმწიფო ხელისუფლების დანესებულებები, როგორი პარადოქსულიც არ უნდა იყოს, ვალდებულნი არიან, ცნონ და იძულებითი ძალით მხარი დაუჭირონ

<sup>146</sup> Алексеев, Частное право, Москва, 2002, 8.

ამ გადაწყვეტილებას და უზრუნველყონ ყველა სადავო საკითხის გადაწყვეტა დამოუკიდებელი სასამართლოს მიერ.

სხვაგვარი ამოსავალი საწყისი ახასიათებს საჯარო სამართალს – ესაა, ზოგადად რომ ვთქვათ, წესრიგი „ძალაუფლება-დაქვემდებარებისა“, წესრიგი, რომლის შესაბამისადაც, პირი, რომელიც ძალაუფლებას ფლობს, უფლებამოსილია, ცალმხრივად და უშუალოდ განსაზღვროს სხვა პირთა (დაქვემდებარებულთა) მოქმედება და ამის შესაბამისად, ძალაუფლებრივ-რეპრესიული დანესებულებების მთელი სისტემა ვალდებულია, იძულებით უზრუნველყოს ხელისუფლების ბრძანებებისა და მითითებების სრული და ზუსტი რეალიზაცია, ხოლო „ყველა სხვა“ პირი ვალდებულია, უპირობოდ დაემორჩილოს მას. საჯარო სამართლის შინაარსი გამოიხატება ფორმულით: იურიდიული ვალდებულებები + იურიდიული პასუხისმგებლობა; კერძო სამართალი – სუბიექტური უფლებები + იურიდიული გარანტიები. უფრო კონკრეტულად, სამართალურ-თიერთობა მაშინ ატარებს ადმინისტრაციულ ხასიათს, ანუ თავისი ბუნებით თვისებრივად არის განსხვავებული სამოქალაქოსამართლებრივი ურთიერთობისაგან, როდესაც ადმინისტრაციული ორგანო, ერთი მხრივ, წარმოადგენს მხარეს ამ ურთიერთობაში და მეორე მხრივ, ახორციელებს საჯაროსამსახურებრივ მისიას (ფუნქციას). საჯაროსამსახურებრივი ფუნქციის განხორციელება სახეზეა, როდესაც ადმინისტრაციული ორგანო ახორციელებს ადმინისტრაციული კანონმდებლობით გათვალისწინებულ და რეგულირებად მოქმედებას.

ადმინისტრაციული სამართალი, სამართლის სხვა დარგებთან შედარებით, ერთდროულად შეიცავს კოდიფიკაციისა და პრეცედენტულობის ელემენტებს, განსაკუთრებით რთულია განსჯადობის შესახებ ნორმების ჩამოყალიბება. ეს პროცესი იმყოფება განუწყვეტელ დინამიკაში. შესაბამისად, სამოქალაქო სამართლისა და ადმინისტრაციული სამართლის კონსტრუქციის, რეგულირების სფეროს განსაზღვრისა და მათი ურთიერთგამიჯვნისას თეორია და პრაქტიკა ურთიერთგადაჯაჭვულია.

## კ ა რ ი XII

### საქართველა ადმინისტრაციულ სამართალში (კერძო სამართალი საჯარო მმართველობის სფეროში)

#### 1. სამართლის საჯარო და კერძო სფერო

სამართლის სისტემამ ლოგიკურად უნდა გამოხატოს საზოგადოებრივ ძალთა ცხოვრებისეული წონასწორობა, პირადასა და საზოგადოებრივ შორის წონასწორობის მიღწევა ხდება სამართლიანობის იდეა, სამართლის სულის, ლოგოსის არსის შემადგენელი. როგორც მოვლენათა განვითარება მოწმობს, ეს წონასწორობა ისტორიულად ცვალებადია. მეტიც, შეიძლება ითქვას, რომ ის არასდროს არაა დასრულებული და ისტორიის ამა თუ იმ ეტაპზე მუდმივად იხრება, ერთ-ერთი ინტერესის მხარეს. ეს არამდგრადი წონასწორობა ხდება სამართლის ისტორიის მამოძრავებელი ძალა, დარღვეული ძალთა ბალანსი აჩენს წონასწორობის აღდგენისაკენ სწრაფვას. სადაც სამართლის საჯარო და კერძო სფეროს წონასწორობა ირღვევა, იქ ხდება სამართლებრივი მართლწესრიგის რღვევაც, სამართალი დროის დიდ ინტერვალში ვერ ეგუება ამ მდგომარეობას, სამართლიანობისაკენ სწრაფვა, დარღვეული ბალანსის აღდგენა წარმოადგენს მის იმანენტურ თვისებას.

აღმოსავლურ-დასავლურ სისტემაში განსხვავებულია საზოგადოების კოლექტივიზმისა და ინდივიდუალიზმის წონასწორობის სანყისი, რაც ხდება უფლებათა და მოვალეობათა არათანაბარი განაწილების კანონზომიერება. აღმოსავლურ სამართლის სამყაროში პიროვნება მიჩქმალულია ოჯახით, თემით, სახელმწიფოთი და ამიტომ მას თავისი სამართლებრივი განსაზღვრება არ გააჩნია. აღმოსავლურ სამართალში პირველ პლანზეა წამოწეული მოვალეობის მომენტი. თუ კი დასავლური სამართალი აგებულია უფლებების სისტემაზე, სამართლის აღმოსავლური სისტემა ეფუძნება დაქვემდებარებისა და ვალდებულების მომენტს. ნებისმიერი ფორმაციის საზოგადოებაში, შეუძლებელია ცალკეული პიროვნების განადგურება, ინდივიდუალური შემეცნებისა და ინდივიდუალური ყოფის შთანთქმა. ამ შემთხვევაში გაუგებარი ხდება რისთვის არსებობს საზოგადოება, როგორც მთლიანი და რა საჭიროა მისი კეთილდღეობა, რომელსაც თავისი გამოცალკეებული ცნობიერება არ გააჩნია. მართალია აღმოსავლური სამყარო ბოლომდე არ უარყოფს პიროვნებას, მაგრამ მას განიხილავს

ძირითადად ჯგუფის კონტექსტში, რომელშიც ის შედის. დასავლური ტრადიციის თანახმად ყველაფერი პირიქითაა. განმსაზღვრელი როლი არ ეკუთვნის ჯგუფს, პირიქით, ინდივიდი თავისი შესვლით დასაწყისს აძლევს ჯგუფს არსებობას.

ბუნებითი სამართლის თანახმად, მხოლოდ ინდივიდუმი მომდინარეობს ბუნებისაგან, ხოლო საზოგადოება ამ თუ იმ სახით არის ხელოვნური წარმონაქმნი. ბერძნები იყვნენ პირველი ხალხები რომლებმაც განავითარეს თავისუფალი სახელმწიფოებრივი ფორმები და საერო კულტურა, პოეზია, ფილოსოფია, მეცნიერება, ხელოვნება, ისევე როგორც პირველად გამოიმყლავნდა ისტორიულ ცხოვრებაში განვითარებული პიროვნების როლი. ამ პერიოდში აღმოსავლეთში პიროვნული სანყისი დათრგუნული იყო, ერთი მხრივ დესპოტიზმით, რომელიც გაბატონებული იყო სახელმწიფოებრივ ცხოვრებაში, მეორე მხრივ, ტრადიციულ კულტურათა დოგმატიზმით. ჰუმანიზმისა და რეფორმაციის ნიაღში განვითარდა პიროვნული სანყისი, რომელმაც დიდი მნიშვნელობა შეიძინა დასავლეთ ევროპის ახალ ისტორიაში. ნიშანდობლივია, რომ ტრადიციულ აღმოსავლურ სამართლის სამყაროში, კერძოდ კი მუსლიმურ სამართლებრივ სისტემაში სამართალი არ იმიჯნება საჯარო და კერძო სფეროებად. არ არსებობს კერძო სამართალი, როგორც თავისუფლების სამეფო, მისი ნების თავისუფალი გამოვლენისა და სახელშეკრულებო ავტონომიის პრინციპით. კანტის შეფასებით, კერძო სამართალი ეს ისეთი სამართალია, რომლის შესაბამისადაც ვალდებულება და იძულება ეფუძნება არა უშუალოდ კანონს, არამედ სამართლიანობასა და ადამიანის თავისუფლებას იყოს საკუთარი თავის ბატონი. დაისი სამართალს ორ ძირითად სფეროდ ყოფს, ესაა საჯარო სამართალი და კერძო პირთა უფლებები. არაბული ანდაზა ირონიულად შენიშნავს: სარფიანი გარიგებების დადება მხოლოდ მაშინაა შესაძლებელი თუ თავზე მხოლოდ უღრუბლო ცა დაგყურებს. პიროვნების როლის უგულვებელყოფა გახდა ეკონომიკური მატერიალიზმის აქილევსის ქუსლი, კოლექტიური დოქტრინის საფუძველზე აგებულ ქვეყნებში კერძო სამართლისა და საკუთრების არსებობა იკრძალებოდა ან უკიდურეს შემთხვევებში იძენდა გაუკულმართებულ ფორმებს.

უნდა ითქვას, რომ სამართლის საჯარო და კერძო სფეროებად დაყოფა სათავეს იღებს ზოგადად საზოგადოების ორმხრივი ბუნებისაგან. წარმოადგენს რა ერთ მთლიანს საზოგადოება შესდგება ორი ელემენტისაგან - პიროვნული სანყისისა და კოლექტიური ერთიანობისაგან, პირველ სანყისზე დაყრდნობით

აღმოცენდება ინდივიდუალიზმი, ხოლო მეორე სანყისი არის კოლექტივიზმის საფუძველი. ამ ორი სანყისის წონასწორობა, თავის მხრივ, განაპირობებს საზოგადოების ჰარმონიულ განვითარებას, თუმცა, ისტორია იცნობს უკიდურესობებს, როდესაც ერთ-ერთი სანყისი გადანონიდა მეორეს, რაც განაპირობებდა ცალმხრივობას. მაგ. მატერიალიზმი უპირატესობას ანიჭებდა კოლექტივიზმს, ხოლო ბუნებითი სამართალი და საზოგადოებრივი ხელშეკრულება ინდივიდუალიზმს. თავის მხრივ, ინდივიდსაც არ ძალუძს გამოყოს თავისი არსებობა იმ საერთო მთლიანობისაგან, რომელშიც ის ცხოვრობს. მხოლოდ საზოგადოების სხვა წევრებთან ურთიერთობაში ის ხდება პიროვნება. საბოლოო ჯამში, ისლა დაგვრჩენია ვალიაოთ საზოგადოების ორმხრივი ბუნება, პირადი და საერთო ინტერესების მომენტის წონასწორობა, რისთვისაც საჭირო ხდება ინდივიდუალიზმისა და კოლექტივიზმის სინთეტური გაერთიანება. სამართალი, თავის მხრივ, წარმოადგენს ერთ-ერთ სოციალურ მოვლენას და ამიტომ, მისი სრული აღქმა შესაძლებელია მხოლოდ საზოგადოების ბუნებიდან გამომდინარე. საზოგადოების ინდივიდუალური სანყისი ხდება სამართლის კერძო სფეროს სანყისი, ხოლო საჯარო სამართალი წარმოადგენს კოლექტივიზმის გამოხატულებას. კერძო სამართალი უარს ამბობს, უპირატესობა მიანიჭოს საერთო ინტერესების დაცვის საზოგადოებრივ ფუნქციას, ხოლო საჯარო სამართალი უარყოფს ნებაყოფლობით დაქვემდებარებისა და ნების ავტონომიის პრინციპს. აქედან გამომდინარე სამართალშიც სავალდებულოა ორივე მომენტის თანაარსებობა, კერძო სამართალი საჯარო სამართლის გარეშე და პირიქით - საჯარო კერძოს გარეშე, ვერ შეძლებს საზოგადოებრივი ურთიერთობების უნივერსალურ რეგულირებას. კერძო სამართლის სანყისის მოშლით პიროვნება კარგავს თავისი ინდივიდუალობის გამოხატულების საშუალებას, ხოლო საჯარო სამართლის სანყისის მოშლით ზარალდება საერთო საზოგადოებრივი ინტერესების დაცვის ფუნქცია, გასაქანი ეძლევა ანარქიასა და უწყესრიგობას. საბოლოო ჯამში, ორივე სანყისის თანაარსებობა აუცილებელია საზოგადოების ჰარმონიული განვითარებისათვის.

იურიდიული ნორმა უნდა ესწრაფვოდეს თავისუფლებისა და საზოგადოებრივი ინტერესის წონასწორობას, წინააღმდეგ შემთხვევაში გამოვა რომ იგი არ პასუხობს სამართლის იდეას, იგი ატარებს ცრუ სამართლის სახელს, იგი იქნება მცდარი სამართლის ნორმა. კანონმა უნდა განამტკიცოს ბუნებრივი საზოგადოებრივი

წონასწორობა. სოლოვიოვი ამტკიცებს, რომ არ შეიძლება გავაუქმოთ ერთი ინტერესი მეორის სასარგებლოდ, რადგანაც ამით დაირღვეოდა წონასწორობა და გაქრებოდა თავად სამართალიც, გადაიზრდებოდა რა ანარქიაში ან დესპოტიზმში. ამიტომ სამართალი ხდება იძულებითი წონასწორობა ორი ზნეობრივი ინტერესისა - პირადი თავისუფლებისა და საერთო კეთილდღეობისა. საზოგადოების ამ ორმხრივი ბუნების გათვალისწინებით, უშედეგოა სამართლის ცნების ცალმხრივი განსაზღვრებაც, საჭიროა მისი იმგვარი გაგება, რომ ერთი მხრივ, არ დაიკარგოს სამართლის ცალმხრივი თეორიების ღირებულებები, რომლებიც იცავს საჯარო თუ კერძო ინტერესების პრიორიტეტულობას, მაგრამ საბოლოო ჯამში სამართლის უნივერსალურმა ცნებამ, თავის თავში უნდა მოიცვას როგორც ინდივიდუალური, ასევე საზოგადოებრივი საწყისი, გააერთიანოს, ერთი შეხედვით, ორი ურთიერთსაწინააღმდეგო ლეგიტიმური ნება, უზრუნველყოს ამ ორი ძირითადი ინტერესის ბალანსი.

სამართალი არის პირადი თავისუფლებისა და საერთო კეთილდღეობის წონასწორობა. იგი იბადება როგორც საზოგადოებრივი ცხოვრების ორი ურთიერთსაწინააღმდეგო მიმდინარეობათა შედეგი — პირადი თავისუფლების უპირატესი დამკვიდრების, ინდივიდუალური ეგოიზმისა და ინტერესების და საზოგადოებრივი კეთილდღეობისაკენ მისწრაფება. სამართალში ყოველთვის ორი ელემენტი გვაქვს, საზოგადოებრივი ავტორიტეტი და პირადი ავტონომია, პირველი გამოიხატება ობიექტურ სამართალში, მეორე სუბიექტურ უფლებებში. სამართალი არის მშვიდობიანი შეთანხმება პირად თავისუფლებასა და საერთო კეთილდღეობას შორის. მხოლოდ ამ ორი საწყისის ერთიანობის მიღწევა გადააქცევს მას სამართლიანობის ცოცხალ სტიქიად.

## 2. ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებათა ფილოსოფია

საჯარო სამართლის სფეროში სახელშეკრულებო ურთიერთობების გავრცელებას დიდი ხნის განმავლობაში ეწინააღმდეგებოდა კლასიკური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი დოქტრინა, რომელიც ადმინისტრაციული მმართველობის საქმიანობის ადეკვატურ ფორმად განიხილავდა ადმინისტრაციულ აქტს. ამ სკოლის თვალსაჩინო წარმომადგენელი ოტო მაიერი მიიჩნევდა რომ ხელშეკრულებები მოქალაქეებსა და სახელმწიფო ხელისუფლებას შორის, ე.წ. სუბორდინაციულ-სამართლებრი-

ვი ხელშეკრულებები, მიუღებელია როგორც თავისი ფორმით, ასევე განსაზღვრებითაც, რადგანაც ამ შემთხვევაში არ გვაქვს სახელშეკრულებო სამართლისათვის სავალდებულო მხარეთა თანასწორობა. ხელშეკრულება გულისხმობს ნების ავტონომიასა და "თანასწორი კონტრაქტების, კოორდინირებული სუბიექტების არსებობას". ადმინისტრაციულ სამართალში ადმინისტრაციული ორგანოს სპეციალური უფლებამოსილებების გამო დაკნინებულია ნების ავტონომიის პრინციპი. ასევე აღსანიშნავია ადმინისტრაციული ურთიერთობის სუბორდინაციული ბუნება, მაშინ როდესაც სამოქალაქო სამართალურდ ერთობები კოორდინაციული ხასიათისაა. კერძო სამართლის სუბიექტები ერთმანეთის მიმართ მოქმედებენ ჰორიზონტალურ სიბრტყეში, მაშინ როცა ადმინისტრაციულ ურთიერთობის სუბიექტთა მიმართება ვერტიკალურია, ადმინისტრაციული ორგანოს პრიორიტეტულობით. ადმინისტრაციული აქტით ხდება სამართალურდ ერთობათა ძალაუფლებრივი რეგულირება, იგი ქვეშევრდომებისათვის ცალმხრივად განსაზღვრავს კონკრეტულ შემთხვევაში რა იქნება მათთვის კანონიერი. ადმინისტრაციული აქტი მთლიანად წარმოადგენს საჯარო სამართლის ქმნილებას. ადმინისტრაციული აქტის გამოცემისათვის დაწესებულია გარკვეული პროცედურები, როგორიცაა საზოგადოების მონაწილეობის გარანტია, გამჭვირვალობა, წინასწარი განხილვა და კანონიერება, ხელშეკრულებების დადებისას კი ყოველივე ეს არ არის გარანტირებული, ამიტომაც პრინციპში, ადმინისტრაციული აქტი ზუსტად პასუხობს ადმინისტრაციული მმართველობის ბუნებას, ვიდრე ხელშეკრულება.

ხელშეკრულება წარმოადგენს კერძო სამართლის ძირითად ინსტიტუტს. საჯარო სამართლის დოგმატიკა მოქალაქეთა დაქვემდებარებას სახელმწიფო ხელისუფლებისადმი მიიჩნევს საჯარო-სამართლებრივი ურთიერთობის იმანენტურ თვისებად. ამიტომაც, საჯარო ურთიერთობები ადმინისტრაციული ორგანოს მონაწილეობით თავისი სპეციფიკურობის გამო მნიშვნელოვანწილად კარგავს თავის იმანენტურ თვისებას — მხარეთა თანასწორობისა და ნების ავტონომიის პრინციპს. კერძო სამართალი კი წარმოადგენს თავისუფლების სამეფოს. როგორც ძველგერმანული თქმულება ამბობს, პრუსიის მეფე, რომელიც საკუთარ სამეფოში მოგზაურობდა ერთ-ერთი გლეხის მეურნეობაში შეჩერდა დასასვენებლად, რომელიც იმდენად მოეწონა, რომ მის მფლობელს გაყიდვა შესთავაზა, გლეხმა უარი განუცხადა. მაგრამ მე ხომ მეფე ვარ! - თუ არ დათანხმდები გაყიდვას მე შემიდლია ჩამოგართვა. - ჩამომართ-

ვით, მაგრამ მე აღარ დავიჯერებ, რომ ამ სამეფოში სამართალი და სამართლიანობა არსებობს.

სახელმწიფოსა და მისი ორგანოების პრიორიტეტულობის გამო საბჭოთა ხელისუფლება სავესებით უარყოფდა მოქალაქესთან მიმართებაში ადმინისტრაციული ორგანოს თანასწორ მხარედ გამოსვლას. დავას იმდენად არ ინვევდა ადმინისტრაციულ ორგანოებს შორის ხელშეკრულებების დადება, რამდენადაც საჯარო ორგანოების მიერ მოქალაქეებთან ხელშეკრულებების დადების შესაძლებლობა. როგორც საბჭოთა სამოქალაქო სამართლის ისტორიის მკვლევარი გოიხბარგი აღნიშნავს ამ პერიოდში მხოლოდ გამონაკლისის სახით თუ გვხვდება სახელმწიფოს მიერ მწყემსებთან და დარაჯებთან გაფორმებული ხელშეკრულებები. პირვლი საბჭოთა სამოქალაქო კოდექსის შედგენისას ლენინს პირად კონტროლზე ჰყავდა აყვანილი ეს სფერო და მუდმივად ახდენდა იუსტიციის ნარკომის კურსკის ლოზუნგებით დაბომბვას: "ჩვენ არანაირ კერძოს არ ვცნობთ, ჩვენთვის ყველაფერი მეურნეობის სფეროში საჯარო-სამართლებრივია და არა კერძო". 1922 წელს ნების გამოცხადებიდან მალევე პარტიამ გამოაცხადა: უკან დახევა დასრულებულია, ჩვენ კვლავ ვუბრუნდებით შეტევას! უკან დახევვაში იგულისხმებოდა კერძო საკუთრების დაშვება შეზღუდულ ფარგლებში.

საბჭოთა ცივილისტიკის ლიდერმა ს. ბრატუსმა წამოაყენა სამოქალაქო სამართლის სუბიექტების სამწევროვანი კლასიფიკაცია, პირველია ფიზიკური პირები, მეორე-იურიდიული პირები და მესამე - განსაკუთრებული სუბიექტი სახელმწიფო. ეს კონცეფცია გაბატონებული იყო და გამომდინარეობდა იმ წარმოდგენებიდან, რომ სახელმწიფო არ არის ჩვეულებრივი იურიდიული პირი და მის მიმართ არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას იურიდიული პირის ცნება.

სამართლიანობა მოითხოვს აღინიშნოს რომ, 1920-იან წლებში საბჭოთა იურიდიულ ლიტერატურაში გაჩნდა პროფ. ს. კეჩეკიანის მომცრო ნიგნი "კერძო და საჯარო სამართლის განსხვავების შესახებ", სადაც ავტორი ჰანს კელზენზე დაყრდნობით ამტკიცებდა, რომ სამართლებრივ სახელმწიფოში სახელმწიფო საერთოდ უნდა ემორჩილებოდეს სამართალს, იგი ისეთივე სუბიექტია სამართლისა, როგორც ყველა დანარჩენი". გასაგები მიზეზების გამო კეჩეკიანის კონცეფციამ მხარდამჭერები ვერ მოიპოვა და მალევე მიეცა დავინყებას.

გუსტავ რადბრუხის სწორი შენიშვნით, ისევე როგორც ყოველთვის ერესი ინვეს აპოლოგეტიკას და ამასთანავე დოგმატი-

კას, მხოლოდ სოციალიზმმა გამოაღვიძა სამოქალაქო მეცნიერებაში მისი პრინციპების განსჯა და მან გვიბიძგა იმით, რომ დაიწყო კერძო საკუთრებისა და მთლიანად სამოქალაქო სამართლის უარყოფა. დრომ აჩვენა რომ ამგვარი მდგომარეობის შენარჩუნება შეუძლებელი იყო. უკვე საბჭოთა პერიოდში ო. იოფეს რედაქტორობით ჩნდება გამოკვლევები სახელმწიფო საწარმოების სამეურნეო საქმიანობისა და მისი სამოქალაქო სამართალსუბიექტობის რეალიზაციის პრობლემების შესახებ. ამ პროცესმა თავისი უწყვეტი განვითარება მიიღო. პოსტსაბჭოთა იურიდიულ სისტემებში გავრცელება ჰპოვა სახელმწიფოს სამართალუნარიანობის სხვა კონცეფციებმა, რომლის თანახმადაც სახელმწიფოს სამართალუნარიანობა მიზნობრივია, იმიტომ რომ ის გამომდინარეობს საჯარო ხელისუფლების მატარებლის ფუნქციიდან, რომელსაც ასრულებს სახელმწიფო მთელი საზოგადოების ინტერესებისათვის. სახელმწიფო როგორც სუბიექტი თავის ძირითად საქმიანობას ახორციელებს საჯარო სამართლის ფარგლებში და ამასთან დაკავშირებით ესაჭიროება სამოქალაქო ბრუნვაში გამოსვლა. ნამოიჭრა ამ მიდგომის კორექტირების საჭიროებაც, რადგანაც მთელ რიგ შემთხვევებში გარდა იმისა რომ სახელმწიფო მონაწილეობას იღებს სამოქალაქო ბრუნვაში ისე რომ, პრინციპულად მაინც რჩება საჯარო სამართლის ფარგლებში, გარდა ამისა იგი მონაწილეობს სხვა მიზნებითა და განზრახვებითაც.

ადმინისტრაციული გარიგების შემოტანა უპირველესად პრაქტიკული საჭიროებით გახდა განპირობებული, ნიშანდობლივია, რომ ადმინისტრაციულ კანონმდებლობაში ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ფორმის დაკანონებამდე, სასამართლოები მივიდნენ საჯარო სამართალში გარიგებითი და სახელშეკრულებო სამართლებრივი აქტების არსებობამდე და აღიარეს ადმინისტრაციულ საქმიანობაში შემათანხმებელი პროცედურების გამოყენების ფაქტები. კერძო სამართლის შემოსვლა საჯარო მმართველობის სფეროში თავის მხრივ მნიშვნელოვანი იყო ადმინისტრაციული პროცესისათვის, რაც განაპირობებდა სამოქალაქო მატერიალური სამართლის ნორმების გამოყენებას ადმინისტრაციული სამართალურთიერთობის რეგულირებისას, რაც მოასწავებდა ადმინისტრაციული სამართლის განვითარების ახალი ეტაპის დადგენას.

მეოცე საუკუნის ბოლოს პოლიციური სახელმწიფოს კონცეფცია ჩაანაცვლა სამართლებრივმა და დემოკრატიულმა სახელმწიფომ, რამაც თავის მხრივ შეამცირა ადმინისტრაციული აქტის ფუნქციური დატვირთვა, მან დაკარგა ადმინისტრაციულ საქმიანობაში ცენტრალური მდგომარეობა, სახელმწიფოს პრიორიტე-

ტების ცვლილებათა გამო. საჯარო ადმინისტრაციამ თანდათან შექმნა მისი საქმიანობის ახალი სახელშეკრულებო და კერძო-სამართლებრივი ფორმები. ადმინისტრაციული აქტის ნამდვილობა და აქტიულობა შენარჩუნებულია მმართველობის კანონიერებისა და სახელმწიფოს ამოცანების აღსრულებით, სხვა ფორმებთან ერთად ცალმხრივი ძალაუფლებრივი ადმინისტრაციული გზით. ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი გარიგების ცნება პრინციპულად ცვლის ტრადიციულ ფილოსოფიას სახელმწიფოს შესახებ, რომელიც განიხილავდა სახელმწიფოს სუვერენად, რომელიც მოქალაქეთა თანასწორ დონეზე არ დაიყვანებოდა. თანამედროვე გაგებით, ადმინისტრაციული გარიგება მოქალაქეს გადააქცევს მართველობის ობიექტიდან სუბიექტამდე, რაც მოასწავებს მოქალაქის სამართლებრივი სტატუსის არსებით ცვლილებას. ამგვარად, თუ ტრადიციული ადმინისტრაციული სამართლის გაგებით სუვერენული ხელისუფლების საქმიანობისათვის ტიპური ინსტიტუტი იყო ადმინისტრაციული აქტი, თანამედროვე დემოკრატიული მმართველობის სფეროში უფრო და უფრო იკიდებს ფეხს ადმინისტრაციული ხელშეკრულება, რომელსაც მოქალაქე აყავს მმართველობის ობიექტიდან მმართველობის სუბიექტის ხარისხში. ხელშეკრულება ხდება თანამედროვე დემოკრატიული მმართველობის მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტი, რამაც თავის მხრივ თანამედროვე ადმინისტრაციულ სამართალში შემოიტანა "შემათანხმებელი სამართლებრივი პროცედურების", თანაზომიერების, უფლებამოსილებათა კეთილსინდისიერი შესრულების პრინციპები.

თავისუფალია კი ადმინისტრაციული ორგანო თავისუფლად აირჩიოს მოქმედების ფორმა? გერმანიის ფედერალური ადმინისტრაციული სასამართლოს განმარტებით, "ხელშეკრულება თავის ძალას არ კარგავს მხოლოდ იმიტომ, რომ ადმინისტრაციულ ორგანოს სურდა საერთოკომუნალური მიზნის მიღწევა სამოქალაქო-სამართლებრივი ხელშეკრულების მეშვეობით. კანონი არ უწესებს კომუნას მოქმედების გარკვეულ ფორმას, იმიტომ პრინციპში ის თავისუფალია კერძო ან საჯარო სამართლის ფორმების გამოყენებაში, მის წინაშე მდგარი ამოცანების გადაწყვეტისას. კომუნას უფლება აქვს კანონიერი საზოგადოებრივი ინტერესების დაკმაყოფილებისას იყენებდეს კერძო სამართლის საშუალებებს, თუ იგი მას მიაჩნია უფრო მეტად შესაბამისად და თუ ამას არ ეწინააღმდეგება საჯარო სამართლებრივი ნორმები ან სამართლის პრინციპები. არც კონსტიტუციიდან და არც სხვა კანონებიდან არ გამომდინარეობს დასკვნა, რომ ადმინისტრაციულმა ორგანომ უნდა

გადაწყვეტის მის წინაშე მდგარი ამოცანები, უპირატესად საჯარო სამართლის ფორმების მეშვეობით.”

უფრო პირდაპირია პრობლემის ქართული გადაწყვეტა: საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის თანახმად, “ადმინისტრაციული ორგანო უფლებამოსილია კონკრეტული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი ურთიერთობა, რომლის ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემის გზით მონესრიგების უფლებამოსილება მას კანონით აქვს მინიჭებული, მოაწესრიგოს ადმინისტრაციული ხელშეკრულების დადების გზით”. ჩვენის აზრით, აღნიშნული დებულება მნიშვნელოვანწილად მოითხოვს დაზუსტებას, ნებართვა ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების დადებაზე არ უნდა განვიხილოთ, როგორც ადმინისტრაციული ორგანოს აბსოლუტური მიხედულება. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების დადების პრინციპული აღიარების შემდეგ, უნდა განხილულ იქნას ადმინისტრაციული საჯარო-სამართლებრივი ურთიერთობების სახელშეკრულებო რეგულირების კანონიერების საკითხი- სპეციალური სამართლებრივი რეგულირების საფუძველზე, სანქციონირებულია თუ არა კონკრეტულ შემთხვევაში მისი დადება კანონიერების, სამართლის უზენაესობისა და მიზანშეწონილობის თვალსაზრისით.

ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების არსებობის შესახებ დავა დღესდღეობით შეწყვეტილია, პოლემიკის საგანს წარმოადგენს 1. ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ფარგლების რა შემთხვევაში დაიშვება საჯარო-სამართლებრივი ხელშეკრულებების გამოყენება, როგორც ადმინისტრაციულ ორგანოთა საქმიანობის ფორმა; (ფორმის საკითხი) 2. როდის არის საჯარო-სამართლებრივი ხელშეკრულება თავისი შინაარსით კანონიერი. (შინაარსის საკითხი); 3. როდის ჩაითვლება საჯარო-სამართლებრივი ხელშეკრულება ბათილად; (შედეგების პრობლემა).

საჯარო სამართლის სუბიექტებს გააჩნიათ კანონით ზუსტად განსაზღვრული სახელისუფლებო კომპეტენცია. უკანასკნელ პერიოდში ადმინისტრაციული სამართლის გამოყენების გავრცელების სფერო მნიშვნელოვნად გაიზარდა და შეიძინა ახალი ასპექტიც. ადმინისტრაციული სამართლის გენერალურ პრინციპს-კანონიერების ცნებას დაემატა ადმინისტრაციულ სამართალურთიერთობაში მონაწილეთა ორმხრივი ნდობის, თანაზომიერების წესისა და უფლებამოსილებათა კეთილსინდისიერად აღსრულების პრინციპი. ყოველივე ეს მოითხოვს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უფრო დინამიურ და ელასტიურ ურთიერთობებს. ადმინისტრა-

ციულმა ხელშეკრულებებმა თანაბრად როდი დაიმკვიდრა ადგილი ადმინისტრაციული საქმიანობის ყველა სფეროში, პოლიციურ და საგადასახადო სამართალში იგი დღესაც გამონაკლისს წარმოადგენს. საჯარო სამართლის სფეროში სამართალურთიერთობა ხელშეკრულებიდან შესაძლებელია წარმოიშვას, თუ ეს არ ეწინააღმდეგება კანონს.

## 2. საჯარო-სამართლებრივ ხელშეკრულებათა ტიპოლოგია

ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია დავები თუ:

\* ისინი გამომდინარეობენ ადმინისტრაციული ხელისუფლების საქმიანობისაგან, რომელიც ამისათვის იყენებს საჯარო-სამართლებრივ მეთოდებს;

\* დავები წარმოშობილია საჯარო სახელისუფლებო აქტებიდან ან ქმედებებიდან;

\* თუ ქმედების მიზანია საჯარო სამსახურის განხორციელება;

\* თუ განსახილველი ურთიერთობები არის კერძო სამართლისაგან სპეციფიური (საჯარო-სამართლებრივი) და მოითხოვს საჯარო სამართლებრივი ნორმებით რეგლამენტირებას;

## 3. ადმინისტრაციული იუსტიციის საგანი

ბრიტანული დოქტრინის თანახმად, კერძო სამართლის სუბიექტების გადაწყვეტილებები (ან უარი გადაწყვეტილებათა მიღებაზე) შესაძლებელია გახდეს ადმინისტრაციული სასამართლოს კონტროლის ობიექტი, თუ:

\* გადაწყვეტილებები არსობრივად ატარებენ საჯარო-სამართლებრივ ხასიათს;

\* პირები, რომლებზეც გადაწყვეტილებათა მოქმედება ვრცელდება არ იმყოფებიან სახელშეკრულებო ურთიერთობებში გადაწყვეტილებით დაინტერესებულ ორგანიზაციასთან;

\* გადაწყვეტილება გავლენას ახდენს საზოგადოების მნიშვნელოვან ნაწილზე (განსაკუთრებით მათ კანონიერ უფლებებთან მიმართებაში).

უდავოა რომ სამინისტროები, ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოები და საჯარო კორპორაციები, წარმოადგენენ ორგანიზაციებს, რომლებიც თავის უფლებამოსილებებს ახორციელებენ საჯარო სამართლის სფეროში და მათ მიმართ გამოყენებულ უნდა იქნას სასამართლო დაცვის საჯარო-სამართლებრივი საშუალებები. თუმცა პრივატიზაციის პერიოდში, მთავრობის მიერ უფლებამოსილებათა დელეგირებისას, განსაკუთრებით კერძო ფინანსური მომსახურების შეთავაზებისას ურთიერთობების სა-

ჯარო-სამართლებრივი და კერძო-სამართლებრივი მსჯელობისას ბრიტანული სასამართლოები სირთულეებს წაანყდნენ. ერთ-ერთ საქმეში (**Regina v. Panel on Takeovers and Mergers, ex parte Datafin, 1987**) ადმინისტრაციული სასამართლო იხილავდა სარჩელს კერძო პირების მიერ დაფუძნებულ კერძო, ავტონომიური ასოციაციის-კომიტეტის მოქმედებაზე, რომელმაც დაანესა აქციონერული კომპანიათა შერწყმის მოქმედების წესები. სასამართლომ მიიჩნია რომ ვინაიდან კომიტეტი თავის უფლებამოსილებებს ახორციელებდა საზოგადოებრივი ინტერესებიდან და გააჩნდა სამთავრობო მხარდაჭერა მისი საქმიანობა უნდა გაკონტროლებულიყო საჯარო-სამართლებრივი საშუალებებით. მოგვიანებით 1993 წელს მსგავს საქმეში, ადმინისტრაციულმა სასამართლოს მიერ დადგენილ იქნა რომ ჟოკეი კლუბის საქმიანობა, რომელიც კერძო ორგანიზაციას წარმოადგენდა და ახორციელებდა დოლის ორგანიზებას არ შეიძლებოდა მოქცეულიყო საჯარო-სამართლებრივ სფეროში, მიუხედავად იმისა რომ კლუბის უფლებამოსილება ბევრ შემთხვევაში შეიძლება შეფასებულიყო როგორც საჯარო-საზოგადოებრივი;

განსჯადობის საკითხის გადანყვეტისას სასამართლოები სირთულეების წინაშე დგებიან ისეთ შემთხვევებში, როცა მუნიციპალური ხელისუფლებები ახორციელებენ კერძო ორგანიზაციისათვის დამახასიათებელ ფუნქციებს, მაგ. მათი კუთვნილი უძრავი ქონების გაქირავებისას. ადმინისტრაციული სასამართლოსათვის ამოსავალია საჯარო კორპორაციების დაცვის აუცილებლობა, ამიტომაც ადმინისტრაციულ კონტროლს უპირატესობა აქვს უფლებების დაცვის სხვა საშუალებებთან შედარებით. ადმინისტრაციულმა მოსამართლემ შემდეგი პრინციპები ჩამოაყალიბა: - ისეთ შემთხვევებში, როდესაც სავსებით ნათელი არ არის კერძო-სამართლებრივ თუ ადმინისტრაციულ განსჯადობას ექვემდებარება თუ არა საქმე, სარჩელით უნდა მივმართოთ ადმინისტრაციულ სასამართლოს, ვინაიდან ამ შემთხვევაში არ იქმნება საჯარო კორპორაციებისათვის ადმინისტრაციული კონტროლით გათვალისწინებული დაცვის თავის არიდების მიზნით სასამართლო პროცედურების ბოროტად გამოყენების საფრთხე.

### 1) საჯარო და კერძო სამართლებრივ ხელშეკრულებათა გამიჯვნის ფრანგული მოდელი;

იშვიათ შემთხვევებში კანონმდებელი თავად განსაზღვრავს ხელშეკრულების ბუნებას, უთითებს რა ხელშეკრულებიდან წარმოშობილი დავის გადანყვეტისათვის უფლებამოსილ ამა თუ იმ მართლწესრიგის სასამართლო დანესებულებაზე. ამგვარად, გან-

სახილველ საქმეზე კომპეტენტური მოსამართლის დანიშვნა ამავე დროს მიუთითებს ხელშეკრულებათა გარკვეული კატეგორიის იურიდიულ რეჟიმზეც.

თუმცა უმრავლეს შემთხვევებში, არსებობს ადმინისტრაციის მრავალგვარი ხელშეკრულებები, რომელთა მიმართაც კანონმდებელს არ გაუკეთებია გარკვეული დასკვნები, და არსებობს იმგვარი ხელშეკრულებებიც, რომლებიც შეუძლებელია მივაკუთვნოთ არცერთ წინასწარ განსაზღვრულ კატეგორიას. მათი კლასიფიცირებისათვის აუცილებელია დავეყრდნოთ გარკვეულ კრიტერიუმებს.

სასამართლო პრაქტიკა ამ კუთხით გვთავაზობს ორ კრიტერიუმს: **"საჯარო სამსახურის მიზანი"** და **"საერთო (კერძო) სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი ხელშეკრულების პირობები"**. შედარებით მცირერიცხოვან გადანყვეტილებებში სახელმწიფო საბჭომ ხელშეკრულების ადმინისტრაციული ხასიათი დააფუძნა იმაზე, რომ იგი ისახავდა **ს ა ჯ ა რ ო ს ა მ ს ა ხ უ რ ი ს მ ი ზ ა ნ ს**. სხვა გადანყვეტილებებში (ისინი უმრავლესია) გამოყენებულ იქნა საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი ხელშეკრულების პირობების არსებობის კრიტერიუმი.

ამასთანავე როგორ კომბინირდება ეს ორი კრიტერიუმი ერთმანეთთან: ერთიანდება ერთმანეთში თუ ორმხრივად გამოორიციხავს ერთმანეთს? აუცილებელი და არასაკმარისია თვითოეული მათგანი, თუ ერთ-ერთი კრიტერიუმის არსებობა საკმარისია. სახელმწიფო საბჭოს დადგენილებით, ადმინისტრაციული ხელშეკრულების კრიტერიუმი არის ორი, რომელთაგან თვითოეული თავისთავად საკმარისია, მათი კომბინაცია არის ალტერნატიული და არა სავალდებულო.

ა) საჯარო სამართლის იურიდიული პირების მიერ დადებული ხელშეკრულება ატარებს ადმინისტრაციულ ხასიათს, თუ იგი მიზნად ისახავს ხელშეკრულების მეორე მხარისაგან საჯარო სამსახურის განხორციელებას და ასეთ ტიპს წარმოადგენს, თუნდაც არ შეიცავდეს საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალ არანაირ პირობას;

საქმე შეეხება ხელშეკრულებებს, რომლის მიხედვითაც კერძო პირი თავად უზრუნველყოფს საჯარო სამსახურის განხორციელებას და არა მხოლოდ მონაწილეობს მის განხორციელებაში: ამგვარადაა საქმე საჯარო სამსახურის კონცესიისას, ადმინისტრაციასა და მის წარმომადგენელს შორის დადებული ხელშეკრულებისას, რომლითაც ამ უკანასკნელს დაეკისრა საჯარო სამსახურის ნაწილობრივი განხორციელება; ხელშეკრულების თუნდაც ზეპირი ფორმით, რომლის მეშვეობითაც კერძო პირები უზრუნველყოფენ

რეპატრიანტების კვებას, რაც ამ შემთხვევაში წარმოადგენს საჯარო სამსახურის მიზანს.

ამგვარად საჯარო სამსახურის მიზანი განისაზღვრება ამ სიტყვის ვიწრო გაგებით. აუცილებელია, რომ საჯარო სამსახურის განხორციელება დაევალოს კერძო პირს.

ბ) საჯარო სამართლის იურიდიული პირის მიერ დადებული ხელშეკრულება საჯარო სამსახურთან მისი მიმართების მიუხედავად ადმინისტრაციულ ხასიათს ატარებს, თუ იგი შეიცავს საერთო სამართლის ფარგლებიდან გამავალ პირობებს; ამ ფორმულას დაზუსტება ესაჭიროება.

1. რას წარმოადგენს "საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი პირობები"? საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალ პირობებად მიჩნეულ უნდა იქნას ხელშეკრულების ის პუნქტები, რომლებიც მიზნად ისახავენ მხარისათვის იმგვარი უფლებებისა თუ ვალდებულებების მინიჭებას, რომლებიც სხვაგვარია თავისი ბუნებით, ვიდრე ისინი, რომელთა მიღებაზეც ვინმეს მიერ შესაძლოა მიცემულ იქნას თავისუფალი თანხმობა სამოქალაქო თუ სავაჭრო კანონმდებლობის ფარგლებში, ან ეს პირობები თავისი ბუნებით განსხვავებულია იმათგან, რომლებიც შესაძლოა ჩანერილ იქნას ანალოგიურ სამოქალაქო-სამართლებრივ ხელშეკრულებაში.

მეორე მნიშვნელოვანი საკითხი რომელიც წარმოიშობა არის ის, საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი ხელშეკრულების ის პუნქტები, რომლებიც არ იდება კერძოსამართლებრივ ხელშეკრულებებში იმიტომ რომ ნებადართული არ არის კანონით, თუ მხოლოდ იმიტომ, რომ ხელშეკრულების მხარეებს არ გააჩნიათ მისი მიმართვის პრაქტიკა. უმრავლესი პუნქტები, რომლებსაც სასამართლო პრაქტიკა განიხილავს, როგორც საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალ პირობებს, არ წარმოადგენს არაკანონიერს კერძოსამართლებრივ ხელშეკრულებაში, მაგრამ პრაქტიკაში ისინი არ გამოიყენება. ამგვარად, საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გადიან "სადამსჯელო" პირობები, რომლებიც ითვალისწინებენ ადმინისტრაციის სასარგებლოდ ცალმხრივ შეწყვეტას, ინსტრუქციების მიცემის უფლებამოსილებას. ესენი არ არის მანიცადამანც არაკანონიერი კერძოსამართლებრივ ხელშეკრულებებში, მაგრამ გვხვდება უკიდურესად იშვიათად.

საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი პირობები გულისხმობს მხარეთა დაქვემდებარებას საჯარო ხელისუფლების რეჟიმისადმი. ამ პირობების ხელშეკრულებით გათვალისწინების

შემთხვევებში, მხარეებს ვეღარ გააკეთებენ დათქმას, რომ იგი მიუხედავად ამისა რჩება კერძოსამართლებრივ ხელშეკრულებად.

2. საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი პირობები ხელშეკრულებას ადმინისტრაციულ ხასიათს ანიჭებს მაშინაც, თუ ამ ხელშეკრულებას კავშირი არ აქვს საჯარო ხელისუფლებასთან. ბუნებრივია ხელშეკრულება რომელიც შეიცავს საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი პირობებს უპირველესად არის ადმინისტრაციული, მაშინაც კი თუ მას არ გააჩნია კერძო პირის მიერ საჯარო ხელისუფლების განხორციელების მიზანი... იმ შემთხვევაში თუ მიზანი ამგვარია, მაშინ საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი პირობები ხდება ზედმეტი კრიტერიუმი. ე.ი. ხელშეკრულება მოკლებულიც რომ იყოს საჯარო ხელისუფლებასთან ყოველგვარ ურთიერთობას, ატარებს ადმინისტრაციულ ხასიათს, თუ იგი შეიცავს საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი პირობებს. ამ თეორიას მოწინააღმდეგეებიც ყავს, რომლებსაც მიაჩნიათ რომ საერთო სამართლის ჩარჩოებიდან გამავალი პირობები ხელშეკრულებას ვერ მისცემენ ადმინისტრაციულ ხასიათს, თუ საქმე ეხება სამრეწველო და სავაჭრო ხასიათის საჯარო სამსახურების მიერ მათ კლიენტურასთან დადებულ ხელშეკრულებებს. (იხ. ჟ. ვედელი, 98.)

### 3. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები კანონის მიხედვით

ზემოთთქმული ეხება ყველა ხელშეკრულებას, რომლებსაც არ გააჩნიათ კანონისმიერი კვალიფიკაცია. ზოგიერთ შემთხვევაში კანონმდებელმა თავად იზრუნა მიეცა ხელშეკრულებებისათვის გარკვეული ხასიათი: საჯარო ან კერძო გარიგებად მოახდინა მისი კვალიფიცირება, რითაც დავის შემთხვევაში განსაზღვრა მისი იურისდიქცია. ამ შემთხვევაში, პრაქტიკაში გამიჯვნის კრიტერიუმების გამოყენება აღარ გვჭირდება, ვინაიდან ხელშეკრულების ხასიათის ფიქსირება მოხდა თავად კანონის მიერ. მაგ. ფრანგული კანონმდებლობის მიხედვით, ადმინისტრაციული ხასიათისაა: ხელშეკრულებები საზოგადოებრივი სამუშაოების წარმოების შესახებ, გარიგებები საჯარო სექტორის კუთვნილი ქონების გამოყენებისა და სახელმწიფოს კუთვნილი მინერალური რესურსების მიმართ. პირიქით, კანონის მიხედვით კერძოსამართლებრივი ხასიათი გააჩნია მუნიციპალური ქონების ქირავნობას, არმიის მომარაგებას და ა.შ.

ადმინისტრაციული და კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებების განსხვავება არ მოიცავს ხელშეკრულების ყველა ელემენტს.

ა) ადმინისტრაციული ხელშეკრულება იდება რთული პროცედურების შედეგად, რომლის გარკვეულ ელემენტებსაც ცალმხრივი ხასიათი გააჩნიათ.

ბ) ადმინისტრაციის წარმომადგენელი, რომელსაც ხელშეკრულების დადების კომპეტენცია გააჩნია, ამისათვის სპეციალურად უნდა იყოს უფლებამოსილი.<sup>147</sup>

<sup>147</sup> Ведель, Административное право Франции, Москва, 1982, 218.

## კ ა რ ი XIII

### კაზუსის ამოხსნის მეთოდика (საჯარო მმართველობის სფერო)

#### 1. ადმინისტრაციული სამართლის სისტემა

ადმინისტრაციული სამართალი, როგორც საჯარო ხელისუფლების საქმიანობის მარეგულირებელი სამართალი ეფუძნება ოთხ ძირითად პრინციპს: ესაა, უპირველესად, ადმინისტრაციული სამართლის ავტონომია, რაც მოიცავს მისი მოქმედების არეალის განსაზღვრას; ამის შემდგომ მოდის ადმინისტრაციული ორგანოებისა და ადმინისტრაციული საქმიანობის განხორციელების ფორმების, მათი სპეციფიკის საკითხი; ეს ორი პრინციპი შეიძლება ითქვას რომ წარმოადგენს ადმინისტრაციის პრეროგატივას, მომდევნო ორი პრინციპი უკვე მისი ვალდებულებაა: ესაა, კანონიერების პრინციპი და საჯარო ხელისუფლების ანგარიშვალდებულებისა და პასუხისმგებლობის პრინციპი. თვითოეული პრინციპი მთლიანად ადმინისტრაციული სისტემის ავტონომიურობისა და სპეციფიურობის განმსაზღვრელია. გარკვეული სამართალური თითობებზე ადმინისტრაციული იუსტიციის გავრცელებისას საწყისი ეტაპია იურისქციის განსაზღვრის საკითხი.

#### 2. ადმინისტრაციული სამართლის ავტონომია (როდის?)

ადმინისტრაციული და კერძოსამართლებრივი იურისდიქციის გამიჯვნა, რომელიც განსაზღვრავს იმ საკითხთა წრეს, რომელიც არ შედის კერძო სამართლის იურისდიქციაში და წარმოადგენს ადმინისტრაციული სამართლის ფარგლებს, ეს პრინციპი განსაზღვრავს ადმინისტრაციული სამართლის გამოყენების სფეროს. ადმინისტრაციული იუსტიციის იურისდიქციის განსაზღვრა წარმოადგენს ადმინისტრაციული სამართალური თითობის რეგულირების საწყის და ერთ-ერთ ყველაზე მნიშვნელოვან ეტაპს, ვინაიდან განსჯადობის საკითხის არასწორი გადაწყვეტა შემდგომში ინვევს შედეგების ანულირებას.

ამიტომ, რომელი საკითხები ექვემდებარება კერძოსამართლებრივ და რომელი საკითხები ადმინისტრაციულ რეგულირებას, სა-

ჯარო და კერძო სფეროს გამიჯვნის კრიტერიუმების ცოდნა დავის წარმატებული გადაწყვეტის (კაზუსის ამოხსნის) საწინდარია.

ადმინისტრაციული სფეროს განსაზღვრისათვის ცენტრალური მნიშვნელობა აქვს ადმინისტრაციული ორგანოს ცნებას. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსით განსაზღვრული ამ ორგანოს დეფინიცია ეყრდნობა შეფასებით ელემენტს - "საჯარო სამართლებრივი უფლებამოსილების განხორციელება", რაც ყოველთვის არ იძლევა a priori დასკვნის გაკეთების საშუალებას. სზაკ-ის მუხლი 2.(ა) - „ადმინისტრაციული ორგანო-ყველა სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობის და მმართველობის ორგანო ან დაწესებულება, საჯარო სამართლის იურიდიული პირი, (გარდა პოლიტიკური და რელიგიური გაერთიანებებისა), რომელიც კანონმდებლობის საფუძველზე ასრულებს საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებებს“.

ამგვარად, ადმინისტრაციული ორგანოს განმარტებისას კანონმდებლის მიერ ერთდროულად გამოყენებულია ერთის მხრივ, პოზიტიური მეთოდი: ყველა სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობის და მმართველობის ორგანო ან დაწესებულება, საჯარო სამართლის იურიდიული პირები ადმინისტრაციული ორგანოებია; მეორე მხრივ, გამოყენებულია განსაზღვრების ნეგატიური (გამორიცხვის) მეთოდი: პოლიტიკური და რელიგიური გაერთიანებები არ წარმოადგენენ ადმინისტრაციულ ორგანოებს; და ბოლოს გამოყენებულია ადმინისტრაციული ორგანოს განსაზღვრის მესამე - შეფასებითი კრიტერიუმი: „აგრეთვე ნებისმიერი სხვა პირი, რომელიც კანონმდებლობის საფუძველზე ასრულებს საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებებს“.

აქედან გამომდინარე, იმისათვის რომ წარმატებით დაძლეულ იქნას პირველივე სირთულე და მივიდეთ ადმინისტრაციული ორგანოს სწორ კვალიფიკაციამდე საჭიროა აღნიშნულ დეფინიციაში მოხსენიებული სხვა ცნებების ცოდნაც:

სახელმწიფო ორგანოს ცნება (რომელია სახელმწიფო ორგანოები და სახელმწიფო ორგანოდ მიჩნევის ნიშნები) - სახელმწიფო ბიუჯეტის სახსრებზე შექმნილი და ბიუჯეტის დაფინანსებაზე მყოფი დაწესებულება, რომლის ძირითადი ამოცანაა საჯარო ხელისუფლების განხორციელება; (საჯარო სამსახურის შესახებ კანონი).

ამგვარად, გასათვალისწინებელია რომ ადმინისტრაციული ორგანოს ცნება უფრო ფართოა და ფარავს სახელმწიფო ორგანოს ცნებას, ადმინისტრაციული ორგანოს დეფინიციისათვის ბიუ-

ჯეტის სახსრებით შექმნა და ბიუჯეტის დაფინანსებაზე ყოფნა არასავალდებულო ფაქულტატიური ნიშანია, მხოლოდ საჯარო ხელისუფლების განხორციელებაც საკმარისია მისი ასეთად მიჩნევისათვის;

ამასთანავე, აღსანიშნავია, რომ ყველა ადმინისტრაციული ორგანო საახელმწიფო ორგანო არ არის. ადმინისტრაციულ კანონმდებლობაში მნიშვნელოვანია ასევე ადგილობრივი თვითმმართველობისა და მმართველობის ცნება (თვითმმართველობისა და მმართველობის ორგანოები, მათი ნიშნები, საჭიროა ასევე ცოდნა იმისა თუ რატომ არ გააჩნიათ მათ სახელმწიფო ორგანოთა სტატუსი, ეს უკანასკნელნი დამოუკიდებელი საჯარო სამართლის იურიდიული პირებია, ექსკლუზიური უფლებებითა და ავტონომიური საბიუჯეტო სისტემებია) და საჯარო სამართლის იურიდიული პირის ცნება; დასკვნა: ეს ორგანოები ადმინისტრაციული ორგანოებია; პოლიტიკური გაერთიანებისა და რელიგიური გაერთიანების ცნება, დასკვნისათვის: ეს ორგანოები არ არიან ადმინისტრაციული ორგანოები;

და ბოლოს, მნიშვნელოვანია ადმინისტრაციული ორგანოს ფუნქციონალური განმარტება - საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილების შინაარსის დადგენა. კანონმდებელი არ იძლევა ამ დეფინიციის განმარტებას და მის შინაარსის დასადგენად უნდა მივმართოთ სამართლის ნორმის ინტერპრეტაციას. აღიარებით სარგებლობს ამ ცნების შემდეგი ინტერპრეტაცია: **საჯარო სამართლებრივი ფუნქცია-სახელისუფლებო ფუნქციის განხორციელება, ანუ ისეთი ფუნქციის განხორციელება, რომელის მიზანიცაა საჯარო ინტერესების დაკმაყოფილება, არ საჭიროებს მეორე მხარის თანხმობას და რომლის უკანაც სახელმწიფო იძულების მექანიზმი დგას.**

სამართალურთიერთობაში ადმინისტრაციული ორგანოს სტატუსის დადგენა, ჯერ კიდევ არ ნიშნავს ამ სამართალურთიერთობის საჯარო-სამართლებრივ ხასიათს, ვინაიდან სახელმწიფო და ადმინისტრაციული ორგანოები, შესაძლებელია მოქმედებდნენ, როგორც კერძო სამართლის სუბიექტები, რაც სამართალურთიერთობას კერძოსამართლებრივ ხასიათს ანიჭებს და შესაბამისად, იგი ამოღებულია ადმინისტრაციული კანონმდებლობის მიერ რეგულირების სფეროდან; ამ მხრივ ანალიზს მოითხოვს საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგადი დებულებების ნორმებიც.

და ბოლოს, ფიზიკური და კერძო სამართლის იურიდიული პირებიც, თავისი საქმიანობის სპეციფიკიდან სავსებით შესაძლებელია სარგებლობდნენ ადმინისტრაციული ორგანოს სტატუსით.

სით, შესაბამისად, მათი საქმიანობის ეს მხარე მოითხოვს საჯარო (ადმინისტრაციულ)-სამართლებრივ რეგულირებას; ამის ყველა-სათვის თვალსაჩინო მაგალითი: შპს "სიტი-პარკის" საქმიანობა იყო.

მაგ. შპს "სიტი პარკი" წარმოადგენს კერძო სამართლის იური-დიულ პირს. 2009 წლის მაისში "სიტი-პარკმა" გაიმარჯვა თბილი-სის მერიის მიერ გამოცხადებულ ტენდერში დედაქალაქის ტერი-ტორიაზე ავტომანქანების პარკირების რეგულირების ფუნქციის მოპოვებასთან დაკავშირებით. შპს "სიტი-პარკს" დაევალა დე-დაქალაქის მასშტაბით ავტომობილების პარკირების ადგილების განსაზღვრა, შესაბამისი ნიშნების დამაგრება, ხოლო აკრძალულ ადგილებზე ავტომობილების გაჩერებისასა და მრღვევი პირების დაჯარიმება.

ამას გარდა, როგორც შპს "სიტი-პარკის" წესდებიდან ირკვე-ვა დედაქალაქში პარკირების რეგულირების გარდა აღნიშნული კომპანია ახორციელებს სხვა ტიპის სერვისსაც. კერძოდ, მისი სა-ქმიანობის მეორე ძირითადი მიმართულებაა საქართველოს ტერი-ტორიაზე ავტომობილებისა და სხვა ტვირთების გადაზიდვა, რის თაობაზეც შპს "სიტი-პარკსა" შესაბამის კლიენტებს შორის ფორ-მდება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული გადაზიდვის ხელშეკრულებები. გადაზიდვის ტარიფები და ანა-ზღაურების პირობები წინასწარ დადგენილია შპს "სიტი-პარკის" მიერ.

ამგვარად, კაზუსის ამოხსნისას სანყის ეტაპზე, როგორც წესი, დგებიან სამართალურთიერთობის მხარის სტატუსის განსაზღ-ვრის დილემის წინაშე, კერძოდ გადასწავყვითა რამდენიმე მნიშ-ვნელოვანი საკითხი:

- შპს "სიტი-პარკის" ზემოთაღწერილი საქმიანობის მიმართუ-ლებების გათვალისწინებით ჩაითვლება თუ არა იგი ადმინისტრა-ციულ ორგანოდ?

- შესაძლებელია თუ არა კერძო სამართლის იურიდიული პირი-შპს ამავდროულად წარმოადგენდეს ადმინისტრაციულ ორგანოს?

- იმის გათვალისწინებით რომ მას გააჩნია დაჯარიმების უფლე-ბა, აღნიშნული ხომ არ ანიჭებს მას ადმინისტრაციული აქტების უფლებამოსილებას?

- შპს "სიტი-პარკის" მიერ ტვირთების გადაზიდვის განხორციე-ლებისას როგორია მისი სამართლებრივი სტატუსი? საქმიანობის ეს სფერო მოითხოვს ადმინისტრაციული თუ სამოქალაქო კანონმ-დებლობით რეგულირებას;

ადმინისტრაციული ორგანოსაგან განსხვავებულია ადმი-ნისტრაციული კანონმდებლობით გათვალისწინებული საჯარო

დანესებულების ცნება საჯარო ინფორმაციის გაცემის ნაწილში; საჯარო დანესებულება-ადმინისტრაციული ორგანო, სახელმწიფო ან ადგილობრივი ბიუჯეტის სახსრებიდან დაფინანსებული კერძო სამართლის იურიდიული პირი ასეთი დაფინანსების ფარგლებში; ადმინისტრაციული ორგანოს ფუნქციონალური განმარტება ჩანაცვლებულია დაფინანსების წყაროს-საბიუჯეტო დაფინანსების კრიტერიუმით.

მაგ. ჟურნალი "სამართალი" თავისი სტატუსით წარმოადგენს შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოებას (შპს), ამასთანავე მას სახელმწიფო ბიუჯეტიდან ყოველწლიურად გამოყოფილი აქვს 5500 ლარი. ჟურნალის საერთო წლიური ბიუჯეტი შეადგენს 13500 ლარს. საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციამ განცხადებით მიმართა ჟურნალს და მოითხოვა ინფორმაცია ჟურნალის მთლიანი თანხების განკარგვისა და ამით მიღებული შედეგების შესახებ. ჟურნალის რედაქტორმა არ დააკმაყოფილა ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის მოთხოვნა, იმის გამო, რომ ჟურნალი წარმოადგენდა კერძო სამართლის იურიდიულ პირს და მას გარდა სახელმწიფო ბიუჯეტიდან მიღებული თანხებისა გააჩნდა საკუთარი თანხებიც, რომელიც არანაირ რევიზიას არ ექვემდებარებოდა. ამ შემთხვევაში, კაზუსის ამოხსნისას საჯარო დანესებულების დეფინიციის თავისებურების გათვალისწინებით, უნდა შეფასდეს კანონიერია თუ არა ჟურნალის რედაქტორის პოზიცია.

### 3. ადმინისტრაციული სამართლის განხორციელების სპეციფიკა (რა ფორმით?)

ადმინისტრაციული საქმიანობის განხორციელების ფორმები: ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტებისა და ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების განსაკუთრებული სამართლებრივი რეჟიმი. ერთის მხრივ ადმინისტრაციას გააჩნია აღმასრულებელი გადაწყვეტილებების მიღების უფლება, ე.ი. ცალმხრივი ნების რეალიზაციის შედეგად ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების გამოცემა, რომელსაც მოსდევს სამართლებრივი შედეგები, როგორც წესი, იმ კერძო პირთა თანხმობის გარეშე, რომლებსაც ამ აქტით განესაზღვრათ ვალდებულებები, რაც სრულიად მიუღებელია კერძო სამართალში არსებული ნების ავტონომიისა და მხარეთა თანახმობის პრინციპისათვის; მეორე მხრივ, ადმინისტრაციული ორგანოების საქმიანობაში განსაკუთრებული გავრცელება ჰპოვა კერძოსამართლებრივი საშუალებების გამოყენებამ, კერ-

ძოდ ადმინისტრაციულ სამართალს სამოქალაქო სამართლისაგან ნასესხები აქვს ამ დარგის ძირითადი ინსტიტუტი-ხელშეკრულებები. ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებული ხელშეკრულება შესაძლებელია იყოს როგორც ადმინისტრაციულსამართლებრივი, როდესაც მიზანი საჯაროსამართლებრივია (შესაბამისად რეგულირდება ადმინისტრაციული კანონმდებლობით), ასევე კერძოსამართლებრივი, რაც სამოქალაქო კოდექსის სფეროს წარმოადგენს.

თავისუფალია კი ადმინისტრაციული ორგანო თავისუფლად აირჩიოს მოქმედების ფორმა? რეგულირებისას რომელს მიენიჭოს უპირატესობა აქტის გამოცემას თუ ხელშეკრულების დადებას? გერმანიის ფედერალური ადმინისტრაციული სასამართლოს განმარტებით, "ხელშეკრულება თავის ძალას არ კარგავს მხოლოდ იმიტომ, რომ ადმინისტრაციულ ორგანოს სურდა საერთოკომუნალური მიზნის მიღწევა სამოქალაქო-სამართლებრივი ხელშეკრულების მეშვეობით. კანონი არ უწესებს კომუნას მოქმედების გარკვეულ ფორმას, ამიტომ პრინციპში ის თავისუფალია კერძო ან საჯარო სამართლის ფორმების გამოყენებაში, მის წინაშე მდგარი ამოცანების განხორციელებისას. არც კონსტიტუციიდან და არც სხვა კანონებიდან არ გამომდინარეობს დასკვნა, რომ ადმინისტრაციულმა ორგანომ უნდა გადაწყვიტოს მის წინაშე მდგარი ამოცანები, უპირატესად საჯარო სამართლის ფორმების მეშვეობით."

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის თანახმად, "ადმინისტრაციული ორგანო უფლებამოსილია კონკრეტული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი ურთიერთობა, რომლის ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემის გზით მოწესრიგების უფლებამოსილება მას კანონით აქვს მინიჭებული, მოაწესრიგოს ადმინისტრაციული ხელშეკრულების დადების გზით".

უნდა ითქვას, რომ თავისი ბუნებიდან გამომდინარე რაოდენობრივად ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტები მნიშვნელოვნად აღემატებიან ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებს; ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების კანონიერებასთან დაკავშირებით, მეტნაკლები თანხმობა არსებობს იმ კრიტერიუმების მიმართ, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდეს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი; კერძოდ იგი უნდა აკმაყოფილებდეს ფორმალური და მატერიალური კანონიერების კრიტერიუმებს.

ფორმალური კანონიერების ნიშნები: უპირველესად ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი გამოცემული უნდა იყოს უფლებამოსილი ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საკუთარი

კომპეტენციის ფარგლებში (ამ კრიტერიუმის დაუცველობა იწვევს ადმინისტრაციული აქტის არარა აქტად მიჩნევას; იგი გამოცემული უნდა იყოს სათანადო ადმინისტრაციული წარმოების სახეობის გამოყენებით: მარტივი, ფორმალური ან საჯარო ადმ. წარმოება) (ამ კრიტერიუმის დაუცველობა იწვევს აქტის ბათილობას); უნდა გააჩნდეს კანონით განსაზღვრული სავალდებულო რეკვიზიტები (მაგ. გასაჩივრების უფლების განმარტების არ ქონა ადმ. აქტში იწვევს კანონით დადგენილი გასაჩივრების ვადების გადაწვევას); ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის დასაბუთებულობა - მისი სამოტივაციო და აღწერილობითი ნაწილი, რომელიც გვეხმარება მისი კანონიერების გადამოწმებაში;

მატერიალური კანონიერების ნიშნებიდან აღსანიშნავია: გამოცემული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის შესაბამისობა ნორმატიული აქტების იერარქიის პრინციპთან, ზემდგომ ნორმატიულ აქტთან წინააღმდეგობა იწვევს მის ბათილობას; ამიტომ ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი ყოველთვის გამოიცემა კანონის საფუძველზე და სახეზე უნდა იყოს მისი შესაბამისობა კანონთან; მის გამოცემას საფუძველად შეიძლება დაედოს ის მტკიცებულებები, რომლებიც სათანადოდ იქნა გამოკვლეული ადმინისტრაციული წარმოებისას; დისკრეციული მიხედულების არსებობისას ასევე უნდა მოხდეს გადაწყვეტილების არჩეული ვარიანტის საჯარო და კერძო ინტერესების ბალანსის პრიორიტეტულობის ჩვენება.

#### 4. კანონიერების პრინციპი (როგორ?)

კანონიერების პრინციპი, ერთის მხრივ, მოითხოვს ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების კანონთან შესაბამისობას, მეორეს მხრივ, ადმინისტრაციულ ორგანოს ვალდებულებებს პატივი სცეს და დაიცვას ნორმები, მათ შორის მის მიერ მიღებული ნორმებიც. კანონიერების პრინციპში "კანონი" გაგებულ უნდა იქნას ძალიან ფართოდ, როგორც "სამართლის" სინონიმი. კანონიერება გამოხატავს მოქმედ სამართალთან შესაბამისობას და წარმოადგენს იურიდიული მართლზომიერების სინონიმს. კანონიერების პრინციპი ადმინისტრაციასთან მიმართებაში ადგენს ვალდებულებას, რომლის თანახმადაც ადმინისტრაცია ვალდებულია იმოქმედოს სამართლის შესაბამისად.

კანონიერების პრინციპი გათვალისწინებულია საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-5 მუხლით, უფლებამო-

სიღების განხორციელება კანონის საფუძველზე: ადმინისტრაციულ ორგანოს უფლება არა აქვს კანონმდებლობის მოთხოვნების საწინააღმდეგოდ განახორციელოს რაიმე ქმედება; უფლებამოსილების გადამეტებით გამოცემულ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ აქტს, აგრეთვე ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ განხორციელებულ ქმედებას არა აქვს იურიდიული ძალა და ბათილად უნდა გამოცხადდეს. (აქვე უნდა ითქვას რომ, უფლებამოსილების გადამეტებით ადმინისტრაციული აქტის გამოცემა არის არა ბათილობის, არამედ მისი არარა აქტად მიჩნევის საფუძველი; აუცილებელია აღნიშნული სერიოზული ლაფსუსის გასწორება საკანონმდებლო დონეზე). ამგვარად, ქართული კანონმდებლობის მიერ "კანონიერების" პრინციპის გაგება უკავშირდება ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ მის კომპეტენციის ფარგლებში მოქმედებას, რაც როგორც ამ ტერმინის ევოლუცია მოწმობს "კანონიერების" ცნების შინაარსის მხოლოდ ერთ-ერთი შემადგენელი კომპონენტია.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენების თანამედროვე პრაქტიკა გამოყოფს "კანონიერების" ცნების ოთხ ძირითად მნიშვნელობას: "კანონიერების" ცნებაზე მითითება, გულისხმობს სამართლებრივი რეგულირების არსებობას (ასეთის არარსებობის საწინააღმდეგოდ). სასამართლო მიმართავს გამოსაყენებელი დებულების ფართო ინტერპრეტაციას და ამატებს საჯარო ხელისუფლების ვალდებულებას მიიღოს გონივრული სამართლებრივი ნორმები ამ ნორმათა ეფექტურობისათვის. ყოველი უფლების აღიარებას უნდა გააჩნდეს ნაციონალურ კანონმდებლობაში მისი რეალიზაციისათვის "საკმაოდ ეფექტური სამართალგამოყენებითი მექანიზმები";

მეორე, "კანონსა" და "კანონიერებაზე" მითითება შეიძლება მოითხოვდეს, ამა თუ იმ სფეროში სამართლებრივი რეგულირებას უნდა ჰქონდეს გარკვეული ხარისხობრივი მახასიათებლები; სახელმწიფო ორგანოთა ქმედება კანონს უნდა ეფუძნებოდეს, ამ შემთხვევაში "კანონს" უნდა მიეცეს არა ტექნიკური განმარტება, არამედ სტრასბურგის ადამიანის უფლებათა სასამართლოს ინტერპრეტაციით, საზოგადოებრივი ურთიერთობის მარეგულირებელი ნებისმიერი სამართლებრივი ნორმა, უნდა იყოს ხელმისაწვდომი, საკმაოდ ზუსტი და გასაგები, რათა მისი გამოყენება გაეხადოთ გამოსაცნობი და განჭვრეტადი. საქმეში "სანდი თაიმსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ" ნათქვამია, რომ "სამართლებრივი ბაზა უნდა იყოს ხელმისაწვდომი, იმდენად რომ მოქალაქემ შესძლოს ადეკვატური წარმოდგენის მიღება იმ

წესებზე, რომლებიც ამოქმედდება მის სიტუაციაში; ამას გარდა, სამართლებრივი ნორმა მხოლოდ მაშინ შეესაბამება "კანონის" კრიტერიუმებს, როდესაც იგი ზუსტად არის ფორმულირებული, რომელიც შესაძლებლობას გვაძლევს შეუთანხმოთ მას ჩვენი ქმედება: მოქალაქეს უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა -თუ ეს საჭიროა პროფესიული კონსულტაციის დახმარებით- საკმაო ალბათობით განჭვრიტოს კონკრეტული საქმის გარემოებებში თავისი მოქმედებათა შედეგები". აღიარებს რა პრაქტიკაში სამართლებრივი ნორმების აბსოლუტური სიზუსტით გამოყენების შეუძლებლობას, სასამართლო განსაკუთრებით აღნიშნავს სახელმწიფო ორგანოთა თვითნებობისაგან დაცვის ადეკვატური მექანიზმების შექმნის აუცილებლობას. ასეთია სახელმწიფო ორგანოთა გადაწყვეტილებების სრულფასოვანი სასამართლო კონტროლი, ასევე ამ ორგანოთა ვალდებულება განმარტონ თავისი მოქმედების მიზეზები. ამ მექანიზმების გაუთვალისწინებლობა, სახელმწიფო ორგანოთა ფართო უფლებამოსილება, რომელიც არანაირ ფარაგლებსა და შეზღუდვებს არ შეიცავს, არ არის რეგლამენტირებული სახელისუფლებო უფლებამოსილებათა განხორციელების პირობები, ყოველივე ეს წარმოადგენს კონვენციით გათვალისწინებული "კანონიერების" კრიტერიუმის დარღვევას. (alone v. The United Kingdom, Judgment of 2 August 1984, series A no.82) სამართლებრივი სახელმწიფოს დოქტრინა გულისხმობს სახელმწიფო ორგანოთა თვითნებობის შეზღუდვას, ვაიძულოთ სახელმწიფო იფუნქციონიროს გარკვეული წესების შესაბამისად, რომელიც გამოხატული იქნება კონსტიტუციის, კანონებისა და სხვა სამართლებრივი აქტების ფორმებში.

სახელმწიფო ორგანოთა მოქმედების "კანონიერება" შეიძლება განმარტებულ იქნას სტრასბურგის სასამართლოს მიერ როგორც სათანადოდ უფლებამოსილი სუბიექტის, კომპეტენტური პირის ან ორგანოს სახელით მოქმედება; ცნების ეს მიმართულება ეხება არა სამართლებრივი ნორმების შინაარსს, არამედ სახელმწიფო ორგანოთა მოქმედებების შემონმებას ფაქტებით, მათი ეროვნული სამართლის წესებთან და პროცედურებთან შესაბამისობის თვალსაზრისით. ამ კუთხით შესაძლებელია ვისაუბროთ "კანონიერებაზე", როგორც საჯარო ორგანოების ვალდებულებაზე დაიცვან კომპეტენციის ფარგლები, ე.ი. იმოქმედონ სათანადოდ უფლებამოსილი ორგანოს ან პირის სახით, ასევე არა მხოლოდ კომპეტენციის ფარგლებში, ამასთანავე ნაციონალური კანონმდებლობის ყველა სხვა წესებისა და პროცედურების შესაბამისად. ცნების ამ მიმართულებას გააჩნია ორი ასპექტი: სახელმწიფო უნდა მოქმედებდეს კომპეტენტური (უფლებამოსილი) ორგანოს სახით (სუ-

ბიექტის კანონიერება) და მინიჭებული კომპეტენციის ფარგლებში (საგნობრივი კომპეტენცია);

და ბოლოს "კანონისა" და ეროვნული სამართლის მოხსენიება შეიძლება გულისხმობდეს არა მხოლოდ შესაბამისი ორგანოს კომპეტენციის წესების დაცვას, ამასთანავე ეროვნული კანონმდებლობით გათვალისწინებული პროცედურულ და სხვა კრიტერიუმებთან შესაბამისობასაც; ანუ ადმინისტრაციული ორგანო უნდა მოქმედებდეს კანონიერად, ახორციელებდეს კომპეტენციით განსაზღვრულ ფუნქციას, ასევე "კანონით განსაზღვრული თანმიმდევრობით" ე.წ. ფორმალური კანონიერების დაცვითაც. იგი მოიცავს იერარქიით განსაზღვრული თანმიმდევრობის დაცვასა და კანონზე დაფუძნებული ქმედების განხორციელებას.

### 5. საჯარო ხელისუფლების ანგარიშვალდებულებისა და პასუხისმგებლობის პრინციპი (ვის მიერ?)

საჯარო ხელისუფლების ანგარიშვალდებულებისა და პასუხისმგებლობის პრინციპი, რომლის თანახმადაც საჯარო იურიდიული პირები ვალდებულნი არიან აანაზღაურონ ზიანი, რომელიც გამოწვეულია მათი ბრალით ან სხვა მიზეზებით და მის შედეგად დადგა ზიანი.

სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა მისი ორგანოების მიერ მიყენებული ზიანისათვის დადგენილია საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის XIV თავის დებულებებით.

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 207-ე მუხლის თანახმად, თუ ამ კოდექსით სხვა რამ არ არის დადგენილი, ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურებისას გამოიყენება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით დადგენილი წესი. იმავე კოდექსის 208-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, სახელმწიფო ადმინისტრაციული ორგანოს, აგრეთვე მისი თანამდებობის პირის ან სხვა სახელმწიფო მოსამსახურის მიერ სამსახურებრივი მოვალეობის განხორციელებისას მიყენებული ზიანისათვის პასუხისმგებელია სახელმწიფო.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციული საქმეთა პალატის განმარტების თანახმად, (საქმე ბს-648-623(2კ-13), 10.04.2014წ), „ადმინისტრაციული ორგანოს ზიანის მიმყენებელი ქმედება არსებითად არ განსხვავდება კერძო პირის ანალოგიური

ქმედებისაგან, შესაბამისად, კოდექსის 207-ე მუხლით განსაზღვრულ იქნა კერძო სამართალში დადგენილი პასუხისმგებლობის ფორმებისა და პრინციპების გავრცელება სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის შემთხვევებზეც, რაც გამოიხატა პასუხისმგებლობის სახეების დადგენით სამოქალაქო კოდექსზე მითითებით, იმ გამოჩაკლისის გარდა, რაც თავად ამ კოდექსით არის გათვალისწინებული. ამასთან, ადმინისტრაციული კოდექსის 208-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, სახელმწიფო ადმინისტრაციული ორგანოს, აგრეთვე, მისი თანამდებობის პირის მიერ ან სხვა სახელმწიფო მოსამსახურის მიერ მისი სამსახურებრივი მოვალეობის განხორციელებისას მიყენებული ზიანისათვის პასუხისმგებელია სახელმწიფო.“

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატამ (საქმე №ბს-52-47(კ-13)23.07.2013წ) განმარტა, რომ „დელიქტური ვალდებულება ზიანის მიყენების შედეგად წარმოშობილი ვალდებულებაა და არასახელშეკრულებო ვალდებულების ერთ-ერთი სახეა. ზიანი შეიძლება იყოს ხელშეკრულების დარღვევიდან წარმოშობილი ვალდებულების დარღვევის შედეგი, ხოლო დელიქტის დროს კი თვით ზიანის მიყენების ფაქტი წარმოადგენს ვალდებულების წარმოშობის საფუძველს, რომელი ვალდებულების ძალითაც დაზარალებულს უფლება აქვს, მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება მიმყენებლისაგან. ამასთან, ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების დაკისრება შესაძლებელია, თუ სახეზეა ზიანი, ზიანი მიყენებულია მართლსაწინააღმდეგო მოქმედებით, მართლსაწინააღმდეგო მოქმედებასა და ზიანს შორის არსებობს მიზეზობრივი კავშირი.“

ანაზღაურებას ექვემდებარება მხოლოდ ის ზიანი, რომელიც წარმოადგენს ზიანის გამომწვევი მოქმედების უშუალო შედეგს, ანუ უნდა არსებობდეს ქმედებასა (უმოქმედობას) და შედეგს შორის პირდაპირი მიზეზობრივი კავშირი. სახეზე უნდა იყოს ადმინისტრაციული ორგანოს მართლსაწინააღმდეგო ქმედება, რასაც შედეგად მოჰყვა პირის კანონიერი უფლებების შეზღუდვა და მატერიალური ზიანი.

ამასთან, მოხელის ქმედება, რომელმაც პირისათვის ზიანი გამოიწვია, უნდა გამომდინარეობდეს მოხელის სამსახურებრივი მოვალეობიდან და იყოს ბრალეული, განზრახი ან უხეში გაუფრთხილებელი ბრალის სახით, რაც გამოიხატება პირის შეგნებულ, მიზანმიმართულ უმოქმედობაში ან უხეშ გაუფრთხილებლობაში ანუ პირი შეგნებულად უნდა უშვებდეს პირისათვის ზიანის მიმყენებელი გარემოების

დადგომას და არ ახორციელებდეს მისთვის კანონით დაკისრებულ ვალდებულებებს მის თავიდან ასაცილებლად. ამასთან, უნდა არსებობდეს პირდაპირი და არა სავარაუდო მიზეზობრივი კავშირი, რამდენადაც სავარაუდო კავშირი საკმარის ობიექტურ საფუძვლად ვერ გამოდგება სამართლებრივი პასუხისმგებლობისათვის.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1005-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად თუ სახელმწიფო მოსამსახურე განზრახი ან უხეში გაუფრთხილებლობით არღვევს თავის სამსახურეობრივ მოვალეობას სხვა პირთა მიმართ, მაშინ სახელმწიფო ან ის ორგანო, რომელშიც მოსამსახურე მუშაობს, ვალდებულია აანაზღაუროს ზიანი. განზრახვის ან უხეში გაუფრთხილებლობის დროს მოსამსახურე სახელმწიფოსთან ერთად სოლიდარულად აგებს პასუხს.

## 6. სამართლებრივი დილემის გადაწყვეტის (კაზუსის ამოხსნის) ძირითადი სტადიები (რა უფრო)

თუ შევაჯამებთ პრობლემის (კაზუსის) ამოხსნის ზოგად მეთოდებს უნდა გამოვყოთ შემდეგი ეტაპები:

- \* რა დილემის წინაშე გვაყენებს კაზუსი?
- \* რამდენია ასეთი პრობლემა კაზუსში?
- \* შესაფასებელი ფაქტების დადგენა/გამოყოფა;
- \* რომელი ნორმატიული აქტი/სამართლებრივი ნორმა უნდა გამოვიყენოთ პრობლემის გადასაწვეტად? კვალიფიკაციის საკითხი;
- \* გამოსაყენებელი ნორმის შინაარსის ადეკვატური დადგენა ინტერპრეტაციის გზით; ინტერპრეტაციის სათანადო ხერხები;
- \* დისკრეციის შესაძლებლობის არსებობა; არჩეული ვარიანტის პრიორიტეტულობის ჩვენება;
- \* საქმის გარემოებებისა და მტკიცებულებების შემოწმება; მიზანშეწონილობის განსაზღვრა;
- \* გადაწყვეტილების მიღება / მისი დასაბუთებულობა;

მაინც რა არის მთავარი სამართლებრივი დილემის გადასაწყვეტად? პირველი-ეს არის შესაფასებელი ფაქტების მონიშვნა. პრობლემის გადაწყვეტისას მოვნიშნავთ ფაქტების ერთობლიობიდან იმას, რომლებიც გვეჩვენება აუცილებლად კონფლიქტის გადასაჭრელად. მეორე სფეროა გამოსაყენებელი ნორმის ზუსტი შერჩევა. თავად ნორმის მიერ გათვალისწინებული სხვადასხვა მე-

თოდიდან შევარჩევთ ერთს, რომელიც უფრო მეტად შესაბამისად მიგვაჩნია; მესამე სფეროა შესაბამისი ნორმის განსაზღვრა-სხვადასხვა ნორმატიული შესაძლებლობიდან შესაბამისი ნორმის გამოყენება და საკითხის სამართლიანი გადაწყვეტა. კაზუსის სწორ კვალიფიკაციასთან ერთად ადმინისტრაციული აქტის დასაბუთებულობა წარმოადგენს მნიშვნელოვან ეტაპს; მნიშვნელოვანია თავად წერის სტილიც; საინტერესოა ამ საკითხებზე მოსამართლეთა გამოცდილება, კაზუსის ამოხსნა, ქვაზი-სასამართლო საქმის გადაწყვეტაა, როგორ აფასებენ ისინი მათ წინაშე მდგარ ამოცანებს, როგორ სახავენ პრიორიტეტებსა, და მათი გადაწყვეტის გზებს.

**კაზუსის ამოხსნის მეთოდика მოიცავს რამდენიმე უმნიშვნელოვანეს კომპონენტს: ფაქტიური გარემოებების შესწავლა, მათი სამართლებრივი კვალიფიკაცია; სათანადო ნორმის მოძიება და ინტერპრეტაციით მისი შინაარსის დადგენა, სამართლის ნორმის შეფარდება; პრობლემის გადაწყვეტა, მისი დასაბუთება.**

შეიძლება ითქვას, რომ კაზუსის ამოხსნისას იგივე სირთულეების წინაშე ვდგებით, რა სირთულეების წინაშეც დგებიან მოსამართლეები საქმის გადაწყვეტისას. მოსამართლე გადაწყვეტილების ტექსტზე მუშაობისას მიზნად ისახავს დაარწმუნოს ეჭვის მქონე პირები ან თავად მოწინააღმდეგეებიც კი რომ მიღებული გადაწყვეტილება იურიდიულად მართლზომიერია. ამ მიზანს დომინირებული მდგომარეობა უკავია და მასთან დაკავშირებულია რამდენიმე სხვა მისგან გამომდინარე ამოცანა, რომელიც ტრანსფორმირდება საქმის ტიპისა და ხასიათიდან გამომდინარე.

გაიგებს კი წაგებული მხარე რატომ დამარცხდა? ჩვენ არ ველით რომ წაგებული მხარე დარწმუნდება ამაში, მაგრამ იმედი გვაქვს სასამართლო გადაწყვეტილების ნაკითხვის შემდეგ წაგებული დარწმუნებული იქნება იმაში, რომ პირველ რიგში, სასამართლოს მიერ მოსმენილი და გაგებულ იქნა მისი არგუმენტები და მეორეს მხრივ, ყოველი პატიოსანი, პასუხისმგებელი და გონიერი მოსამართლე ამავე დასკვნამდე მივიდოდა.

მესამე მომენტი, რომელიც განსაზღვრავს მოსამართლის მიზანს - წინა საქმეთა რომელი შესაძლებელი განმარტებები ეჩვენება მას უფრო ჯანსაღად. მოსამართლე ბუნებრივია კანონს განიხილავს იმ მიმართულებით, რომელიც მიაჩნია უფრო გონივრულ განმარტებად.

და ბოლოს მეოთხე მოტივი, რომელიც მართავს მოსამართლეს

- გადაწყვეტილების მომზადებისას, როგორც წესი, მოსამართლე ისწრაფვის იმისკენ რომ საქმის გაცნობისას პირისათვის საინტერესო იყოს გადაწყვეტილების ტექსტის კითხვა ან უკიდურეს შემთხვევაში იყოს იგი მაქსიმალურად ხელმისაწვდომი; გარდაუვალია კანონში გარკვეული რაოდენობის პროფესიული ცნებების გამოყენება, რაც დამახასიათებელია ნორმატიული ტექსტებისათვის, მაგრამ რომლის თავიდან აცილებასაც ვცდილობთ გადაწყვეტილების წერის კარგი სტილისას. კანონები არ იწერება ჩვეულებრივი ყოველდღიური სალაპარაკო ენით, მაგრამ ეს არ ნიშნავს რომ მოსამართლემ თავისი გადაწყვეტილება წეროს ისე, რომ უღერდეს როგორც კანონის ტექსტი.

როგორც ამერიკელი მოსამართლეები მიიჩნევენ, რაც უფრო მსუბუქი იქნება სასამართლო გადაწყვეტილებების კითხვა, მით მეტია ვარაუდი იმისა, რომ იგი წაკითხულ იქნება და შესაბამისად მოახდენს ზეგავლენასაც. მიუხედავად იმისა რომ ელექტრონული ბაზის თანამედროვე სისტემები თემატურად ძიების შესაძლებლობას იძლევა, მათგან ისეთი რომლებიც დაწერილია უფრო საინტერესოდ და დახვეწილად, აქვთ დიდი შანსი მიიპყრონ მომავალი მოსამართლეებისა და მათი თანამემნებების ყურადღება, ხოლო ზოგჯერ უფრო ფართო პუბლიკისაც კი. მოსამართლეებს, როგორც წესი ეს მოსწონთ, მათ არ სურთ იყვნენ უსახური ბიუროკრატიები. ეს მომენტები გასათვალისწინებელია მომავალი მოსამართლეებისათვისაც, რომლებიც საქმეთა გადაწყვეტის პრაქტიკას ამ სტადიაზე კაზუსების ამოხსნის სახით სწავლობენ.

## კაზუსი (1)

ტელეკომპანია "პანორამას" საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ გაცემული ლიცენზიის თანახმად მიენიჭა რეგიონალური ტელემაუწყებლობის განხორციელების უფლება; ამავე ლიცენზიით გათვალისწინებული იქნა პირობა, რომ რეგიონალური მაუწყებლობა ტელეკომპანიის მიერ უნდა განხორციელდეს არა უგვიანეს 1 წლისა ლიცენზიის გაცემიდან. ტელეკომპანიის მიერ 1 წლის გასვლის შემდეგ არ მომხდარა რეგიონალური მაუწყებლობის განხორციელება, თუმცა როგორც შემონმებით გაირკვა, ტელეკომპანიამ გარკვეული სამუშაოები შეასრულა სალიცენზიო პირობების განსახორციელებლად, მის მიერ შექმნილი იქნა სპეციალური ტექნიკა, მონვეულ იქნენ ოპერატორები და ა.შ. მაგრამ კომპანიაში შექმნილი ფინანსური კრიზისის გამო საქმე ბოლომდე ვერ იქნა მიყვანილი. ლიცენზიის გაცემიდან ერთი წლის გასვლის შემდეგ, კომუნიკაციების ეროვნულ კომისიას განცხადებით მიმართა სხვა ტელეკომპანიამ ანალოგიური რეგიონალური მაუწყებლობის განხორციელებისათვის ლიცენზიის გაცემის მოთხოვნით. კომუნიკაციების ეროვნული კომისია დაინტერესდა რა ვადაში იქნებოდა შესაძლებელი ტელეკომპანია "პანორამას" მიერ რეგიონალური მაუწყებლობის დაწყება და მოითხოვა მისგან ამ საკითხზე საკუთარი მოსაზრებებისა და ლიცენზიით ნაკისრი ვალდებულების შესრულების უზრუნველყოფის დამადასტურებელი მტკიცებულების წარდგენა. ტელეკომპანია "პანორამას" მიერ კომისიაში წარდგენილ ინფორმაციაში ნათქვამია, რომ მას რეგიონალური მაუწყებლობის დასაწყებად დასჭირდება მინიმუმ კიდევ ერთი წელი. ამ ინფორმაციის მიღების შემდეგ კომისიამ მიიღო გადაწყვეტილება ტელეკომპანია "პანორამასათვის" მინიჭებული ლიცენზიის გაუქმებისა და აღნიშნული ლიცენზიის მოპოვებაზე აუქციონის გამოცხადების შესახებ. აუქციონის დასრულების შემდეგ გამოვლინდა ლიცენზიის მფლობელი ახალი კომპანია.

კომისიის გადაწყვეტილებას სასამართლოში ასაჩივრებს ტელეკომპანია "პანორამა", იგი ითხოვს მისთვის ლიცენზიის ჩამორთმევის ნაწილში კომისიის გადაწყვეტილების გაუქმებას და ზიანის ანაზღაურებას. მას ასევე უკანონოდ მიაჩნია კომისიის მხრიდან ახალი ადმინისტრაციული წარმოების დაწყება, რასაც მოყვა მისთვის ჩამორთმეული ლიცენზიის სხვა კომპანიისათვის გაცემა.

გთხოვთ, დაასაბუთოთ სარჩელის დასაშვებობა და დასაბუთებულობა. ასევე გადაწყვიტოთ, გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების საკითხი.

## კაზუსის ამოხსნა

### 1. უწყებრივი ქვემდებარეობა და განსჯადობა

ადმინისტრაციული სამართლის ავტონომია განსაზღვრავს იმ საკითხთა წრეს, რომელიც არ შედის კერძო სამართლის იურისდიქციაში და წარმოადგენს ადმინისტრაციული სამართლის ფარგლებს, ეს პრინციპი განსაზღვრავს ადმინისტრაციული სამართლის გამოყენების სფეროს. ადმინისტრაციული იუსტიციის იურისდიქციის განსაზღვრა წარმოადგენს ადმინისტრაციული სამართალური თიერთობის რეგულირების საწყის და ერთ-ერთ ყველაზე მნიშვნელოვან ეტაპს, ვინაიდან განსჯადობის საკითხის არასწორი გადაწყვეტა შემდგომში იწვევს შედეგების უპირობო ანუღირებას. ამიტომ, რომელი საკითხები ექვემდებარება კერძოსამართლებრივ და რომელი ადმინისტრაციულ რეგულირებას, საჯარო და კერძო სფეროს გამიჯვნის კრიტერიუმების ცოდნა დავის წარმატებული გადაწყვეტის (კაზუსის ამოხსნის) საწინდარია.

ადმინისტრაციული სფეროს განსაზღვრისათვის ცენტრალური მნიშვნელობა აქვს ადმინისტრაციული ორგანოს დეფინიცია. ადმინისტრაციულ სამართლებრივი ურთიერთობის განსაზღვრისათვის სავალდებულო ელემენტია ურთიერთობის ერთ-ერთ მხარედ ადმინისტრაციული ორგანოს გამოსვლა. თუმცა ეს ელემენტიც არ წარმოადგენს გადამწყვეტ ფაქტორს ურთიერთობის საჯარო სამართლებრივი ბუნებისათვის. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის თანახმად, სახელმწიფო ორგანოები კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში საქმიანობენ კერძოსამართლის იურიდიული პირის თანაბარი სტატუსით, მათი საქმიანობის ეს მხარე სამოქალაქო კოდექსის რეგულირების სფეროა. ადმინისტრაციული იურისდიქციის სფეროა ადმინისტრაციული ორგანოს არა ყველა საქმიანობა, არამედ მისი - "საჯარო სამართლებრივი უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით განხორციელებული ქმედება".

ჩვენს მიერ განსახილველ შემთხვევაში, განსჯადობის საკითხის გადასაწყვეტად, უნდა განისაზღვროს ერთის მხრივ, საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის სამართლებრივი სტატუსი და მეორეს მხრივ, უნდა შევადგასოთ კაზუსში აღწერილი ამ ორგანიზაციის სადავოდ მიჩნეული ქმედების სამართლებრივი ბუნება.

საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისია წარმოადგენს საჯარო სამართლის იურიდიულ პირს. იგი არის მუდმივმოქმედი დამოუკიდებელი მარეგულირებელი ორგანო, რომელიც არ

ექვემდებარება არც ერთ სახელმწიფო უწყებას. "მაუწყებლობის შესახებ" საქართველოს კანონის თანახმად, კომისიის ფუნქციაა სალიცენზიო პირობების დადგენა, აგრეთვე ლიცენზიების გაცემა, მოდიფიცირება, ლიცენზიების მოქმედების შეჩერება და განახლება, ლიცენზიების გაუქმება. ამავე კანონის თანახმად, კომისია კანონმდებლობით დადგენილი წესით, თავისი უფლებამოსილების ფარგლებში, იღებს (გამოსცემს) სამართლებრივ აქტებს. კომისიის სამართლებრივ აქტებს განეკუთვნება კომისიის დადგენილება, კომისიის გადაწყვეტილება და კომისიის თავმჯდომარის ბრძანება. კომისიის დადგენილება ნორმატიული სამართლებრივი აქტია, ხოლო კომისიის გადაწყვეტილება არის ინდივიდუალური სამართლებრივი აქტი, რომელიც მიიღება კანონმდებლობით კომისიისთვის მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებში. კომისიის სამართლებრივი აქტები შეიძლება გასაჩივრდეს სასამართლოში, კანონმდებლობით დადგენილი წესით.

ამგვარად, როგორც საქართველოს კანონმდებლობის ანალიზი ცხადყოფს, საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისია საჯარო სამართლის იურიდიული პირია, კანონმდებლობით მინიჭებული აქვს საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების ფუნქცია და ამ სფეროში სარგებლობს ადმინისტრაციული აქტების გამოცემის უფლებამოსილებით, შესაბამისად იგი ადმინისტრაციული ორგანოა.

ჩვენს მიერ განსახილველ შემთხვევაში დავის საგანს წარმოადგენს საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება-ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი სატელეკომუნიკაციო ლიცენზიის გაუქმების ნაწილში, რაც წარმოადგენს ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებას.

საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის მეორე მუხლი განსაზღვრავს ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯად საქმეებს, რომლის თანახმადაც, სასამართლოში ადმინისტრაციული დავის საგანი შეიძლება იყოს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის შესაბამისობა საქართველოს კანონმდებლობასთან. დაინტერესებული მხარე სასამართლოსაგან ითხოვს კომისიის ინდივიდუალურ-ადმინისტრაციულ სამართლებრივი აქტის გაუქმების კანონიერების შემოწმებას, რაც განსაზღვრავს კიდევ დავის საჯაროსამართლებრივ ხასიათს, ვინაიდან დავის საგანია დამოუკიდებელი ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებისას მიღებული ინდივიდუალური

ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის კანონიერება, რაც უწყებრივად ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია.

**შუალედური დასკვნა:** საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისია წარმოადგენს დამოუკიდებელ ადმინისტრაციულ ორგანოს, მისი გასაჩივრებული ქმედება უშუალოდ უკავშირდება საჯაროუფლებამოსილების განხორციელებას, რაც დავის შემთხვევაში საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 2-ე მუხლის პირველი ნაწილის ა) პუნქტის თანახმად, ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია.

## II. სარჩელის დასაშვებობა

საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისია დამოუკიდებელი მარეგულირებელი ორგანოა, რომელიც არ ექვემდებარება არცერთ სახელმწიფო უწყებას, შესაბამისად მის მიერ გამოცემული სამართლებრივი აქტები სასამართლოს უწყებრივი განსჯადია. ამ შემთხვევაში არ იმოქმედებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის მე-2 მუხლის მეხუთე ნაწილის მოთხოვნა, სადავო აქტის ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში გასაჩივრების შესახებ. განსჯადობის გადაწყვეტის შემდეგ შემომწმებას მოითხოვს სამართალწარმოების დანყებისათვის მეორე მნიშვნელოვანი საკითხი -სარჩელის დასაშვებობის თემა, ვინაიდან ზოგჯერ სარჩელი შესაძლებელია იყოს სასამართლოს უწყებრივად ქვემდებარე, მაგრამ არა ყოველთვის დასაშვები. ამიტომ განვიხილოთ სარჩელის დასაშვებობის კომპონენტები:

### 1. სარჩელის სათანადო სახე

ტელეკომპანია "პანორამა" ითხოვს საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ მისთვის მინიჭებული სიხშირის ჩამორთმევისა და სხვა კომპანიისათვის გაცემის გადაწყვეტილების გაუქმებას. სასამართლოში წარდგენილია სარჩელი კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ მიღებული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გაუქმების თაობაზე. მოსარჩელის მიერ სწორად არის განსაზღვრული სარჩელის სახე: განსახილველ შემთხვევაში საქართველოს საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული უფლების დაცვის სხვა საშუალებები მაგ. სარჩელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემის თაობაზე ან სარჩელი ქმედების განხორციელების თაობაზე, ასევე აღიარებითი

სარჩელის წარდგენა ჩაითვლებოდა უფლების დაცვის არასათანადო სახედ. სარჩელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გაუქმების თაობაზე, რომლითაც მოსარჩელეს ჩამოერთვა სატელეკომუნიკაციო სიხშირე წარმოადგენს მიზნის მიღწევის ადეკვატურ საშუალებას: მოთხოვნის დაკამაყოფილების შემთხვევაში ტელეკომპანია "პანორამა" დაიბრუნებს რეგიონალური მაუნციფლობის განხორციელების უფლებას. ამგვარად, დაინტერესებული მხარის მიერ საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლის თანახმად, სწორად არის შერჩეული უფლების დაცვის მექანიზმი.

## 2. განსახორციელებელი ღონისძიების სამართლებრივი ბუნება

სარჩელის მიზანი: არ გულისხმობს ახალი ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემას. ვინაიდან კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ ერთხელ უკვე გამოცემულ იქნა აღმჭურველი იასა, რომელმაც მას მიანიჭა დასახული საქმიანობის განხორციელების უფლება. ტელეკომპანია "პანორამა" ითხოვს აღმჭურველი ინდივიდუალურ-ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილობის გაუქმებას, ანუ ძველ უფლებებში აღდგენას, ვიდრე მას ჩამოერთმეოდა რეგიონალური მაუნციფლობის განხორციელების უფლება. მისი მოთხოვნის დაკამაყოფილება მას ავტომატურად აღადგენს ძველ სტატუსში, იგი უფლებამოსილი იქნება აღმჭურველი აქტის საფუძველზე განახორციელოს სათანადო მოქმედება. სასარჩელო მოთხოვნა თავისი მიზნიდან გამომდინარე ადეკვატური და კანონიერია. საქართველოს საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლის თანახმად, სარჩელი შეიძლება აღძრულ იქნას ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობის ან ძალადაკარგულად გამოცხადების მოთხოვნით.

სარჩელის საგანია ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება- ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, რომლითაც მან ძალადაკარგულად გამოაცხადა დაინტერესებული მხარის მიმართ გამოცემული აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი. სარჩელის ავტორის მიერ სწორად არის შერჩეული გასაჩივრების ობიექტი.

### **3. პირდაპირი და უშუალო ზიანი**

კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ ტელეკომპანია "პანორამას" მიმართ გამოცემული ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილობა პირდაპირ და უშუალო ზიანს აყენებს მის ადრესატს, ვინაიდან იგი კარგავს რეგიონალური ტელემაუწყებლობის განხორციელების უფლებას; ეჭვს არ იწვევს "ტელეკომპანია "პანორამას" დაინტერესებულ მხარედ მიჩნევის საკითხი.

### **4. სარჩელის წარდგენის საპროცესო ვადები**

კაზუსის ფაბულა არ იძლევა საფუძველს ვიმსჯელოთ სარჩელის ხანდაზმულობაზე. თუ დაინტერესებული მხარის მიერ დავის საგანი გასაჩივრებულ იქნა გადაწყვეტილების გაცნობიდან 1თვეში, ეს გამორიცხავს სარჩელის დაუშვებლობას ხანდაზმულობის ვადის გაშვების გამო.

### **5. ადმინისტრაციული საჩივრის ინსტიტუტი**

გამოცემული აქტების ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში ერთჯერადი გასაჩივრების მოთხოვნა არ ვრცელდება საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის ადმინისტრაციულ აქტებზე, ვინაიდან იგი დამოუკიდებელი მარეგულირებელი ორგანოა, რომელიც არ ექვემდებარება არცერთ სახელმწიფო უწყებას, შესაბამისად მის მიერ გამოცემული სამართლებრივი აქტები პირდაპირ სასამართლოს უწყებრივი განსჯადია.

### **6. საპროცესო უფლებაუნარიანობა და ქმედუნარიანობა**

სარჩელი წარდგენილია დაინტერესებული მხარის მიერ გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამომცემი ადმინისტრაციული ორგანოს მიმართ, რაც გვაძლევს საფუძველს დავასკვნათ რომ მოსარჩელის მიერ სწორად არის შერჩეული სათანადო მოპასუხე.

სარჩელი აკმაყოფილებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლით დადგენილ დასაშვებობის მოთხოვნას, არ არსებობს საქმის წარმოების შეწყვეტის საფუძველები. ვინაიდან დასაშვებობის საკითხი არ არის საეჭვო, არ არსებობს სარჩელის დაუშვებლად ცნობის საფუძველები, სასამართლომ განმწესრიგებელი სხდომის ჩატარების გარეშე უნდა გადაწყვიტოს

სარჩელის წარმოებაში მიღება.

*შუალედური დასკვნა:* ტელეკომპანია "კანორამა" წარმოადგენს დაინტერესებულ მხარეს, მის მიერ სწორად არის შეჩერებული სარჩელის სახე და მოპასუხე, შესაბამისად სარჩელი დასაშვებია საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლის საფუძველზე და იგი სასამართლოს განჩინებით წარმოებაში უნდა იქნას მიღებული.

### III. გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების საკითხი

ზოგადი წესის თანახმად, სარჩელის მიღება სასამართლოში აჩერებს გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედებას. კანონი ამასთანავე ითვალისწინებს ზოგადი წესიდან გადახვევის შესაძლებლობას. საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის მეორე ნაწილი ამომწურავად განსაზღვრავს პირობებს, როდესაც გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედება არ შეჩერდება. ჩვენს მიერ განსახილველი შემთხვევაში სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს გასაჩივრებული ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების გაგრძელების საგამონაკლისო ნორმებით, კერძოდ, ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის მეორე ნაწილის ე) პუნქტით: გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედება არ შეჩერდება, როდესაც გასაჩივრებული აქტი აღსრულებულია ან იგი წარმოადგენს აღმჭურველ აქტს და მისი შეჩერება მნიშვნელოვან ზიანს მიაყენებს სხვა პირის კანონიერ უფლებას ან ინტერესს. კაზუსის ფაბულიდან ირკვევა, რომ რეგიონალური მაუწყებლობის ლიცენზიის გაუქმება აღსრულებულია, კომისიის მიერ ახალი აღმჭურველი აქტის გამოცემით მოხდა მისი სხვა კომპანიისათვის გაცემა, შესაბამისად ამ გადაწყვეტილების შეჩერება მნიშვნელოვან ზიანს მიაყენებს ახალ კომპანიას, რომელმაც აუქციონში გამარჯვების საფუძველზე მოიპოვა სატელეკომუნიკაციო სიხშირე.

*შუალედური დასკვნა:* საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის მეორე ნაწილის ე) პუნქტის თანახმად გასაჩივრებული იასა-ს მოქმედება არ შეჩერდება.

## IV. სარჩელის/შესაგებელის დასაბუთებულობა

### 1. მტკიცების ტვირთი

ზოგადი წესის თანახმად, მოსარჩელე ვალდებული დაასაბუთოს თავისი სარჩელი და წარადგინოს შესაბამისი მტკიცებულებები. განსახილველ შემთხვევაში მოქმედებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 17-ე მუხლით გათვალისწინებული საგამონაკლისო წესი, რომლის თანახმადაც, თუ კანონით სხვა რამ არ არის დადგენილი, ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის არარა აქტად აღიარების, ბათილად ცნობის ან ძალადაკარგულად გამოცხადების შესახებ სარჩელის წარდგენის შემთხვევაში, მტკიცების ტვირთი ეკისრება ადმინისტრაციულ ორგანოს, რომელმაც გამოსცა ეს აქტი. როგორც კაზუსის ფაქტობრივი გარემოებებიდან ირკვევა, სარჩელის ავტორი უკანონოდ მიიჩნევს საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული მომსახურების დასაცემის მისთვის მინიჭებული სატელეკომუნიკაციო ლიცენზიის გაუქმებისა და შემდგომ მისი სხვა კომპანიისათვის გაცემასთან დაკავშირებით. მხარე სადავოდ არ ხდის კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის მიერ გამოცემული იასა-ს ფორმალურ კანონიერებას, მაგ. უნდა ვივარაუდოთ, რომ ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი გამოცემულ იქნა სათანადო ადმინისტრაციული წარმოების ფორმის გამოყენებით. განსახილველ შემთხვევაში კანონი ადმინისტრაციული ორგანოსაგან ითხოვს საჯარო ადმინისტრაციული წარმოების გამოყენებას. ამ მოთხოვნის დაუცველობა ბათილობის პირდაპირი საფუძველია. ამგვარად, როგორც კაზუსის ფაბულიდან ირკვევა, მოსარჩელეს სადავოდ მიაჩნია გასაჩივრებული იასა-ს არა ფორმალური, არამედ მატერიალური კანონიერების ნიშნები. მოპასუხემ უნდა დაასაბუთოს თავისი გადაწყვეტილების კანონიერი საფუძველი: გასაჩივრებული გადაწყვეტილების მიღებისას რამდენად მოქმედებდა იგი კანონის საფუძველზე და მიღებული გადაწყვეტილების შესაბამისობა კანონთან, მანვე უნდა უზრუნველყოს გადაწყვეტილების დასაბუთებულობა. წინააღმდეგ შემთხვევაში სასამართლო უფლებამოსილი იქნება დააკმაყოფილოს მოსარჩელის მოთხოვნა.

სასამართლო განსახილველ შემთხვევაში გადაწყვეტილების გამოტანისას იხელმძღვანელებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 32-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით, რომლის მიხედვითაც, თუ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი ან მისი ნაწილი კანონს ეწინააღმდეგება და ის პირდაპირ და უშუალო (ინდივიდუალურ) ზიანს აყენებს მოსარჩელის კანონიერ

უფლებას, ან ინტერესს ან უკანონოდ ზღუდავს მის უფლებას, სასამართლო ამავე კოდექსის 22-ე მუხლში აღნიშნულ სარჩელთან დაკავშირებით გამოიტანს გადაწყვეტილებას ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობის შესახებ. აღნიშნული ნორმის მოთხოვნებიდან გამომდინარე სასამართლოს გადაწყვეტილება ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობის სარჩელთან დაკავშირებით დამოკიდებულია ერთის მხრივ, გასაჩივრებული ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ან მისი ნაწილის კანონთან წინააღმდეგობის ფაქტის დადგენაზე და, მეორეს მხრივ, კანონის დარღვევის და მოსარჩელის კანონიერ უფლებების და ინტერესების შეზღუდვასთან მიზეზობრივ კავშირზე.

## **2. ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გადაწყვეტილების მიღება მოხდა კანონის საფუძველზე**

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-5 მუხლი აყალიბებს ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ უფლებამოსილების კანონის საფუძველზე განხორციელების ფუნდამენტურ პრინციპს: ადმინისტრაციულ ორგანოს უფლება არა აქვს კანონმდებლობის მოთხოვნების საწინააღმდეგოდ განახორციელოს რაიმე ქმედება. უფლებამოსილების გადამეტებით გამოცემულ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ აქტს, აგრეთვე ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ განხორციელებულ ქმედებას არა აქვს იურიდიული ძალა.

მოპასუხის წარმომადგენელმა სასამართლოში წარადგინა შესაგებელი მისდამი რწმუნებული კომპანიის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების კანონიერების დასადასტურებლად. მისი მტკიცებით, კომუნიკაციების ეროვნული კომისია განსახილველ შემთხვევაში მოქმედებდა კანონის საფუძველზე და გასაჩივრებული გადაწყვეტილებაც კანონთან შესაბამისია. აღნიშნულის დასადასტურებლად იგი უთითებს "მაუწყებლობის შესახებ" საქართველოს კანონის 5-ე მუხლზე, სადაც აღწერილია მაუწყებლობის სფეროში კომისიის ფუნქციები, კერძოდ, ამავე მუხლის ბ) პუნქტის თანახმად, კომისიის ფუნქციაა სალიცენზიო პირობების დადგენა, აგრეთვე ლიცენზიების გაცემა, მოდიფიცირება, ლიცენზიების მოქმედების შეჩერება და განახლება, ლიცენზიების გაუქმება. ამავე კანონის 8-ე მუხლის თანახმად, კომისია კანონმდებლობით დადგენილი წესით, თავისი უფლებამოსილების ფარგლებში, იღებს (გამოსცემს) სამართლებრივ აქტებს.

შუალედური დასკვნა: კომისია განსახილველ შემთხვევაში მოქ-

მედებდა მისთვის კანონით დადგენილ სპეციალური უფლებამოსილების ფარგლებში, მისი მხრიდან ადგილი არ ჰქონია უფლებამოსილების გადამეტებას, შესაბამისად არ არსებობს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 32 მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული გასაჩივრებული იასა-ს ბათილად გამოცხადების საფუძველი.

### **3. გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის დასაბუთებულობა და შესაბამისობა კანონთან**

კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის წარმომადგენელი მისდამი რწმუნებული კომპანიის მოქმედების კანონთან შესაბამისობის დასადასტურებლად, უთითებს საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 61-ე მუხლზე. ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალადაკარგულად გამოცხადების უფლება აქვს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამომცემ ადმინისტრაციულ ორგანოს. მართალია, განსახილველ შემთხვევაში ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გაუქმებულ იქნა აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, რომლის მიმართაც მოსარჩელეს კანონიერი ნდობა გააჩნდა, მაგრამ მოპასუხის მტკიცებით, ადმინისტრაციული ორგანოს ქმედება ამ შემთხვევაშიც კანონის შესაბამისია. ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 61-ე მუხლის მეორე ნაწილი ადგენს კანონის საფუძველზე გამოცემული აღმჭურველი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტების ძალადაკარგულად გამოცხადების განსაკუთრებულ შემთხვევებს. ჩვენს შემთხვევაში, ადმინისტრაციულმა ორგანომ იხელმძღვანელა ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 61-ე მუხლის მეორე ნაწილის გ) პუნქტით: ადმინისტრაციული ორგანო უფლებამოსილი არ არის ძალადაკარგულად გამოაცხადოს კანონის შესაბამისად გამოცემული აღმჭურველი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ დაინტერესებულმა მხარემ არ შეასრულა ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტით დადგენილი ვალდებულება, რომლის შეუსრულებლობაც კანონმდებლობის შესაბამისად შეიძლება გახდეს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალადაკარგულად გამოცხადების საფუძველი. კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის წარმომადგენელი უთითებს ტელეკომპანია „პანორამას“ მიერ სალიცენზიო პირობების შეუსრულებლობაზე, კერძოდ მან ვერ უზრუნველყო ლიცენზიის მიღებიდან ერთი წლის ვადაში რეგიონალური ტელემაუწყებლობის დაწყება, რაც წარმოადგენდა სიხშირის მინიჭების

ერთ-ერთ პირობას. მან ნაკისრი ვალდებულების შესასრულებლად ითხოვა კიდევ ერთნაირი ვადის მიცემა, რაც მიუღებლად მიიჩნია იასა-ს გამომცემმა ადმინისტრაციულმა ორგანომ.

**შუალედური დასკვნა:** მოპასუხის გადაწყვეტილება დასაბუთებულია და მიღებულია საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 61-ე მუხლის მეორე ნაწილის გ) პუნქტის საფუძველზე.

#### 4. კანონიერი ნდობა და ზიანის ანაზღაურება

როგორც წესი, აღმჭურველი იასა-ს გაუქმებას, რომლის მიმართაც დაინტერესებულ მხარეს გააჩნდა კანონიერი ნდობა უნდა მოჰყვეს ამ აქტის გაუქმებით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურება. განსახილველ შემთხვევაში კანონიერი ნდობა მოსარჩელის მხრიდან სახეზეა, მაგრამ მას არ გააჩნია ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძველი. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მიხედვით (61-ე მუხლის მეოთხე ნაწილი), აღმჭურველი იასა-ს ძალადაკარგულად გამოცხადების შემთხვევაში ზიანი არ ანაზღაურდება თუ იგი გაუქმებულ იქნა იმ საფუძველით, როდესაც დაინტერესებულმა მხარემ არ შეასრულა ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტით დადგენილი ვალდებულება, რომლის შეუსრულებლობაც კანონმდებლობის შესაბამისად შეიძლება გახდეს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ძალადაკარგულად გამოცხადების საფუძველი.

**შუალედური დასკვნა:** არ არსებობს გაუქმებული აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გაუქმებით ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძველი, თანახმად, საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 61 -ე მუხლის მეოთხე ნაწილისა.

#### საბოლოო დასკვნა:

სარჩელი არის დასაშვები, მაგრამ არა დასაბუთებული, შესაბამისად სასარჩლო მოთხოვნა სასამართლოს მიერ არ უნდა იქნას დაკმაყოფილებული.

## კაზუსი (2)

ჰოლანდიურმა სავაჭრო კომპანია "მეგასერვისმა" გადანყვიტა სავაჭრო ოპერაციის განხორციელება საქართველოს ტერიტორიაზე, რისთვისაც მან უნდა შემოიტანოს გარკვეული პროდუქცია საქართველოს საბაჟო ტერმინალის გავლით. აღნიშნული პროდუქცია ნაწარმოებია ჩინეთში ჰოლანდიური კომპანიის ექსკლუზიური დაკვეთით.

ჰოლანდიურმა კომპანიამ პროდუქციის შემოტანამდე წერილით მიმართა საქართველოს საბაჟო დეპარტამენტს იმის გასარკვევად, დაიბეგრებოდა თუ არა მის მიერ შემოტანილი პროდუქცია 12%-იანი განაკვეთით, რაზედაც მან მიიღო ასევე წერილობითი პასუხი, რომ მითითებული პროდუქციის შემოტანისას მასზე გავრცელდებოდა დაბეგვრის საშელავათო 5% საბაჟო განაკვეთი.

აღნიშნული წერილის გაცემიდან ერთი თვის თავზე, მთავრობის სპეციალურ სხდომაზე, რომელსაც უძღვებოდა პრემიერ-მინისტრი, მკაცრად იქნა გაკრიტიკებული საბაჟო-საგადასახადო ორგანოების მუშაობა ამოღებული თანხებისა და საბიუჯეტო შევსების ნაწილში, ფინანსთა მინისტრთან კონსულტაციის შემდგომ დათხოვნილ იქნა საბაჟო დეპარტამენტის სრული ხელმძღვანელობა, მათ შორის ჰოლანდიური კომპანიისადმი გაგზავნილი წერილზე ხელმოწერი პირიც, კერძოდ საბაჟო დეპარტამენტის თავმჯდომარის პირველი მოადგილე ა. ნადიბაიძეც, რომელსაც უშუალოდ ჰქონდა შესწავლილი ეს საკითხი და აყვანილი ყავდა პერსონალურ კონტროლზე.

საბაჟო დეპარტამენტის ახალ ხელმძღვანელობას მთავრობისაგან დაევალა მკაცრად გააკონტროლოს ტვირთების შემოტანისა და განბაჟების პროცედურები, რათა საფინანსო კრიზისის პირობებში გაიზარდოს ბიუჯეტში შეტანილი თანხების მოცულობები. პრემიერ-მინისტრმა საბაჟო დეპარტამენტის ახალ ხელმძღვანელობას განუცხადა - "გაითვალისწინეთ ქვეყანაში არსებული საფინანსო კრიზისი, იხელმძღვანელებთ სახელმწიფოს ინტერესებით, არ მიიღოთ სახელმწიფოს სანინალმდებო გადანყვიტალებები, წინააღმდეგ შემთხვევაში წინა ხელმძღვანელობის მსგავსად დათხოვნილ იქნებით სამსახურიდან".

თავის მხრივ, ჰოლანდიურმა კომპანიამ ტექნიკური საკითხების მოგვარების შემდეგ გადანყვიტა საბაჟო დეპარტამენტთან შეთანხმებული პროცედურების განხორციელება. ჰოლანდიური კომპანიის წარმომადგენელმა საქართველოში მათ განუცხადა, რომ ამჟამად საბაჟო დეპარტამენტს ახალი ხელმძღვანელობა

მართავდა. ჰოლანდიური კომპანიის აღმასრულებელი დირექტორი დაინტერესდა ბოლო ერთი თვის მანძილზე ხომ არ იყო შესული საბაჟო კანონმდებლობის განბაჟების ნაწილში საკანონმდებლო ცვლილებები, რაზედაც მას უპასუხეს რომ კანონის ამ ნაწილში ცვლილებები არ იყო შეტანილი, თუმცა შეცვლილი საგადასახადო პოლიტიკის პირობებში მოსალოდნელი იყო განბაჟებისას არსებული შეღავათების გადახედვა.

ჰოლანდიურმა კომპანიამ დაიწყო საქართველოში შესაბამისი პროდუქციის ტრანსპორტირება, საბაჟო დეპარტამენტის ახალმა ხელმძღვანელობამ მათგან მოითხოვა 12% საბაჟო განაკვეთის გადახდა, მათ განუმარტეს რომ შეიცვალა საბაჟო დეპარტამენტის ხელმძღვანელობა და შესაბამისად ქვეყნის საბაჟო-საგადასახადო პოლიტიკაც.

ჰოლანდიური კომპანიის მმართველმა მათ მიუთითა დეპარტამენტის წინა ხელმძღვანელობის მიერ ერთი თვის წინ გაცემულ წერილზე, რომლის მიმართაც მათ კანონიერი ნდობის უფლება აღეძრათ. საბაჟო დეპარტამენტის ახალმა ხელმძღვანელობამ კატეგორიული უარი განაცხადა ძველი ხელმძღვანელობის მიერ აღებული ვალდებულებების შესრულებაზე, მითუმეტეს რომ აღნიშნულ წერილზე ხელმოწერი პირი აღარ იყო დეპარტამენტის მუშაკი და მთლიანად შეცვლილი იყო საბაჟო-საგადასახადო პოლიტიკა ქვეყანაში.

ჰოლანდიური კომპანიის მმართველმა მოითხოვა საბაჟო დეპარტამენტისაგან უარის სათანადო სამართლებრივი დასაბუთება, საბაჟო დეპარტამენტისაგან მიღებულ წერილში, რომელსაც ხელს აწერს დეპარტამენტის თავმჯდომარე, ნათქვამია რომ ადმინისტრაციული ორგანო ამ შემთხვევაში ხელმძღვანელობს საჯარო ინტერესების პრიორიტეტულობის პრინციპით, რომლის თანახმადაც ადმინისტრაციულ ორგანოს უფლება არა აქვს სახელმწიფოს სანინალმდეგოდ განახორციელოს რაიმე ქმედება. ამასთანავე, პერსონალური პასუხისმგებლობის პრინციპიდან გამომდინარე, მათ მიაჩნიათ რომ, საჯარო მოხელე პასუხს არ აგებს მეორე მოხელის მიერ გაცემული ვალდებულებების შესრულებაზე, ყველა პირი პასუხისმგებელია მხოლოდ საკუთარ ქმედებაზე. შესაბამისად, მათ მიაჩნიათ, რომ ჰოლანდიურ კომპანიას შექმნილი გაუგებრობის თავიდან ასაცილებლად ევალეზობდა საკითხის საბაჟო დეპარტამენტის ახალ ხელმძღვანელობასთან შეთანხმება.

საბაჟო დეპარტამენტისაგან მიღებული უარი ძველი ხელმძღვანელობის მიერ გაცემული დაპირების შესრულების შესახებ ჰოლანდიურმა კომპანიამ მიღებიდან ერთი თვის ვადაში წერილობით

გაასაჩივრა ფინანსთა სამინისტროში. თავისი საჩივრით, იგი ითხოვს საბაჟო დეპარტამენტის ძველი ხელმძღვანელობის გაცემულ დაპირებაზე მის კანონიერი ნდობის უფლების დადასტურებასა და საშელავათო განაკვეთის გავრცელებას. ფინანსთა სამინისტროს მიერ საჩივარი წარმოებაში იქნა მიღებული და რეგისტრაციიდან მეორე დღესვე იგი დასკვნისა და სხვა მტკიცებულებების წარმოდგენისათვის გადაეგზავნა საბაჟო დეპარტამენტს. ფინანსთა სამინისტრომ დაიწყო წარმოება ადმინისტრაციული საჩივრის განხილვასთან დაკავშირებით. დაინტერესებული მხარეები ითხოვენ ადმინისტრაციული საჩივრის განხილვისათვის ზეპირ სხდომაზე დასწრებასა და საკუთარი პოზიციების დაცვას.

კაზუსში მოყვანილი მხარეთა პოზიციების გათვალისწინებით, გადანყვიტეთ ადმინისტრაციული საჩივრის დასაშვებობისა და დასაბუთებულობის საკითხი, შეაფასეთ არსებობს თუ არა ჰოლანდიური კომპანიის კანონიერი ნდობის უფლება საბაჟო დეპარტამენტის ძველი ხელმძღვანელობის მიერ გაცემული წერილის მიმართ, და ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ როგორ უნდა იქნას მოთხოვნა გადანყვიტილი.

## კაზუსის ამოხსნა

### 1. საჩივრის სუბიექტი და ობიექტი: ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გაცემული დაპირების გასაჩივრების უფლება

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 177-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, დაინტერესებულ მხარეს უფლება აქვს გაასაჩივროს ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გაცემული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი. ამავე კოდექსის მე-9 მუხლის მეოთხე ნაწილის მიხედვით, ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გაცემული დაპირების მიმართ გამოიყენება ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გასაჩივრებისათვის კანონმდებლობით დადგენილი წესები. საბაჟო დეპარტამენტი თავისი საქმიანობიდან გამომდინარე (საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება) წარმოადგენს ადმინისტრაციულ ორგანოს. საჩივრის სუბიექტი-ჰოლანდიური კომპანიის სახით წარმოადგენს დაინტერესებულ მხარეს, ვინაიდან საბაჟო დეპარტამენტის უარი ძველი ხელმძღვანელობის მიერ გაცემული დაპირების შესრულების შესახებ გამოცემულია მის მიმართ, რომელიც მას აყენებს პირდაპირ და უშუალო ზიანს, იგი ამით ვალდე-

ბული ხდება საშელავათო პირობების ნაცვლად გადაიხადოს განბა-  
უების 12% განაკვეთი.

**შუალედური დასკვნა:** ერთის მხრივ, ჰოლანდიური კომპა-  
ნია "მეგასერვისი" წარმოადგენს დაინტერესებულ მხარეს და  
საჩივრის სათანადო სუბიექტია, მეორეს მხრივ, საბაჟო დეპარ-  
ტამენტის უარი გაცემული დაპირების შესრულების შესახებ  
გასაჩივრებას ექვემდებარება ინდივიდუალური ადმინისტრა-  
ციულ-სამართლებრივი აქტის გასაჩივრებისათვის კანონმდებ-  
ლობით დადგენილი წესებით, სზაკ 9-ე მუხლის მიხედვით.

## 2. ადმინისტრაციული საჩივრის განმხილველი უფლებამო- სილი ადმინისტრაციული ორგანო

ადმინისტრაციული ორგანოს ხელმძღვანელი თანამდებობის  
პირის მიერ გამოცემული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი  
აქტის თაობაზე წარდგენილი საჩივარი უნდა განიხილოს და გა-  
დანყვეტოს ზემდგომმა ადმინისტრაციულმა ორგანომ, თანახ-  
მად საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 2-ე  
მუხლის მეხუთე ნაწილისა. იმის გათვალისწინებით, რომ საბაჟო  
დეპარტამენტისაგან მიღებული უარი დაპირების შესრულების  
შესახებ ხელმოწერილია საბაჟო დეპარტამენტის პირველი პირის  
მიერ, ცხადია ამავე ორგანოში მისი გასაჩივრების შესაძლებლო-  
ბა აღარ არსებობს და იგი განხილულ უნდა იქნას ფინანსთა სა-  
მინისტროს, როგორც საბაჟო დეპარტამენტის ზემდგომი ადმი-  
ნისტრაციული ორგანოს მიერ. ამ შემთხვევაში დაინტერესებული  
მხარის მიერ სარჩელის პირდაპირ ადმინისტრაციულ სასამართ-  
ლოში წარდგენაც არ იქნებოდა მართებული, ვინაიდან საჩივრის  
ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში წარდგენის დაუცველობა  
სასამართლოს მიერ გახდებოდა სარჩელის მიღებაზე უარის თქმის  
საფუძველი.

**შუალედური დასკვნა:** საჩივარი დაინტერესებული მხარის  
მიერ სწორად არის წარდგენილი, ფინანსთა სამინისტრო, რო-  
გორც საბაჟო დეპარტამენტის ზემდგომი ადმინისტრაციული  
ორგანო წარმოადგენს ადმინისტრაციული საჩივრის განმხილ-  
ველ უფლებამოსილ ადმინისტრაციულ ორგანოს, თანახმად,  
საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 2-ე  
მუხლის მეხუთე ნაწილისა.

### **3. გასაჩივრების ვადა და ადმინისტრაციული საჩივრის წარმოების დაწყების საფუძველი;**

ზოგადი წესის თანახმად, ადმინისტრაციული საჩივარი წარდგენილ უნდა იქნას ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოქვეყნების ან ოფიციალური წესით გაცნობის დღიდან ერთი თვის ვადაში (სზაკ 180-ე მუხლი). როგორც კაზუსის ფაბულიდან ირკვევა, საჩივრის ავტორს გასაჩივრების ვადა არ დაურღვევია, საბაჟო დეპარტამენტის უარის მიღებიდან ერთ თვეში მან ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში შეიტანა საჩივარი. ადმინისტრაციულ ორგანოში მხოლოდ წერილობითი ფორმით შედგენილი საჩივრის წარდგენა წარმოადგენს ადმინისტრაციული საჩივრის შესახებ წარმოების დაწყების საფუძველს. ადმინისტრაციული ორგანო, განსხვავებით იასა-ს გამოცემის შესახებ წარმოებისა, საკუთარი ინიციატივით საჩივრის შესახებ წარმოებას ვერ დაიწყებს. ჰოლანდიური კომპანიის მიერ საჩივრის შეტანა ფინანსთა სამინისტროსათვის გახდა ადმინისტრაციული საჩივრის შესახებ წარმოების დაწყების ფორმალური საფუძველი.

**შუალედური დასკვნა: სახეზეა ადმინისტრაციული წარმოების დაწყების ფორმალური საფუძველი და საჩივარი წარდგენილია კანონით განსაზღვრულ ვადაში, ვინაიდან დაცულია საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 180-ე მუხლის მოთხოვნები.**

### **4. ადმინისტრაციული საჩივრის შინაარსი და მის მიღებაზე ან განხილვაზე უარის თქმის საფუძველები**

ადმინისტრაციული საჩივარი უნდა აკმაყოფილებდეს კანონმდებლობით დადგენილ მოთხოვნებს, რაც გათვალისწინებულია სზაკ 181-ე მუხლით:

კერძოდ, იგი უნდა შეიცავდეს იმ ადმინისტრაციული ორგანოს დასახელებას, სადაც წრდგენილია საჩივარი, ჩვენს შემთხვევაში იგი წარდგენილ იქნა ფინანსთა სამინისტროში და საჩივარი აკმაყოფილებს აღნიშნულ რეკვიზიტს, ასევე საჩივარი ხელმოწერილია ჰოლანდიური კომპანიის აღმასრულებელი დირექტორის მიერ, მითითებულია კომპანიის მისამართი და საკონტაქტო ინფორმაცია. საჩივრის მოთხოვნა: ადმინისტრაციულ საჩივარში მითითებულია რომ საჩივრდება საბაჟო დეპარტამენტის მიერ გაცემული უარი დაპირების შესრულებაზე. საჩივრის ადრესატი ითხოვს დაპირების გამცემი ორგანოს მიერ ნაკისრი ვალდებულების შესრულებას და

უთითებს წინა ხელმძღვანელობის მიერ წერილობით გაცემულ დაპირებაზე, რომელიც საჩივარს თან ერთვის.

საჩივრის შინაარსის შემოწმების შემდგომ ფინანსთა სამინისტრო გადაამოწმებს ხომ არ არის საჩივრის მიღებაზე ან მის განხილვაზე უარის თქმის საფუძვლები (სხაკ 182 მუხლის მიხედვით). კაზუსის ფაბულიდან გამომდინარე, როგორც ფინანსთა სამინისტროს შემოწმებით გაირკვა, ამავე დავაზე არ არსებობს სასამართლოს ან ზემდგომი ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილება და არ მიმდინარეობს წარმოება ამავე საფუძვლით შესაბამის ორგანოებში. საჩივარი შეტანილია ქმედუნარიანი და დაინტერესებული კომპანიისაგან უფლებამოსილი პირის მიერ.

**შუალედური დასკვნა:** ადმინისტრაციული საჩივარის შინაარსი შესაბამისობაშია საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილ მოთხოვნებთან და არ არსებობს ადმინისტრაციული საჩივრის მიღებაზე ან განხილვაზე უარის თქმის საფუძვლები, შესაბამისად, ფინანსთა სამინისტროს მიერ იგი წარმოებაში უნდა იქნას მიღებული თანახმად სხაკ 181-182 მუხლებისა.

##### **5. გასაჩივრებული ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების შეჩერება ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენისას;**

რადგანაც ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გაცემული დაპირების მიმართ გამოიყენება ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გასაჩივრებისათვის კანონმდებლობით დადგენილი წესები, საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსიდან გამომდინარე გასაჩივრებული აქტის მოქმედება შეჩერდება ადმინისტრაციული საჩივრის რეგისტრაციის მომენტიდან, თანახმად, 184-ე მუხლის პირველი ნაწილისა. ამის შესახებ ადმინისტრაციული ორგანო გამოსცემს ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ აქტს. აქედან გამომდინარე, საბაჟო დეპარტამენტის უარი საშელავათო პირობების გავრცელებაზე ფინანსთა სამინისტროს მიერ საჩივრის განხილვის დასრულებამდე შეჩერებულ უნდა იქნას და შეჩერებულად ჩაითვლება საბაჟო დეპარტამენტის მოთხოვნა 12 პროცენტიანი განაკვეთით განბაჟების შესახებ. კაზუსის ფაბულიდან გამომდინარე არ არსებობს გასაჩივრებული აქტის მოქმედების გაგრძელების პირდაპირი საფუძველი და როგორც ირკვევა ამის შესახებ არც საბაჟო დეპარტამენტს წარუდგენია ცალკე მოთხოვნა ფინანსთა სამინისტროსათვის.

**შუალედური დასკვნა:** გასაჩივრებული აქტი, კერძოდ საბა-  
უო დეპარტამენტის უარი საშელავათო პირობებით დაბეგვრისა  
და 12 პროცენტიაანი განაკვეთის გადახდასთან დაკავშირებით  
ფინანსთა სამინისტროს მიერ უნდა იქნას შეჩერებული თანახ-  
მად, სზაკ-ის 184-ე მუხლის პირველი ნაწილისა.

**შუალედური დასკვნა:** ფინანსთა სამინისტროს მიერ  
უზრუნველყოფილია მხარეთა ადმინისტრაციულ წარმოებაში  
მონაწილეობისა და თანასწორობის პრინციპი.

### 6. მტკიცებულებების გამოკვლევა და ზეპირი მოსმენის ჩა- ტარება ადმინისტრაციული საჩივრის გადაწყვეტისათვის

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 199-ე  
მუხლის თანახმად, ფინანსთა სამინისტრო უფლებამოსილი იქნე-  
ბოდა ზეპირი მოსმენის გაუმართავად განეხილა და გადაწყვიტა  
ადმინისტრაციული საჩივარი, მხოლოდ კანონით გათვალისწი-  
ნებულ ორ შემთხვევაში: თუ იქნებოდა ადმინისტრაციული საჩი-  
ვრის განხილვაზე უარის თქმის საფუძველი ან ადმინისტრაციულ  
წარმოებაში მონაწილე ყველა დაინტერესებული მხარე თანახმა  
იქნებოდა საქმის განხილვაზე ზეპირი მოსმენის გაუმართავად.  
ჩვენს მიერ განსახილველ შემთხვევაში, არ გამოვლინდა ადმი-  
ნისტრაციული საჩივრის განხილვაზე უარის თქმის საფუძველები  
და იგი წარმოებაში იქნა მიღებული. ასევე გაირკვა რომ ორივე  
მხარემ მოითხოვა საჩივრის განხილვისათვის ზეპირ მოსმენაზე  
მონაწილეობა, ამიტომ ფინანსთა სამინისტრომ გადაწყვეტილება  
შესაძლებელია მიიღოს, მხოლოდ ზეპირი მოსმენის გამართვის შე-  
მდგომ 5 დღეში. დაინტერესებულ მხარეებს 7 დღით ადრე უნდა  
ეცნობოთ დღე ზეპირი მოსმენის გამართვისა და მასში მონაწი-  
ლეობის მისაღებად.

სხდომის თავმჯდომარემ ზეპირი მოსმენისას უნდა უზრუნ-  
ველყოს საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე გარემოებათა გა-  
მოკვლევა, დაინტერესებულ მხარეებს უნდა მიეცეთ საქმეს-  
თან დაკავშირებით საკუთარი აზრის გამოთქმის უფლება. იმის  
გათვალისწინებით, რომ მხარეები არ ითხოვენ სხდომის დახურვას  
სახელმწიფო, კომერციული, პროფესიული ან მხარის პირადი საი-  
დუმლოების დაცვის უზრუნველყოფის მიზნით სხდომა საჯაროდ  
უნდა იქნას ჩატარებული.

**შუალედური დასკვნა:** ფინანსთა სამინისტროს მიერ გან-  
სახილველი საჩივარზე გადაწყვეტილება მისაღებად აუცილე-

**ბელია ზეპირი სხდომის ჩატრება საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 199-ე მუხლის თანახმად.**

**7. საჩივრის განმხილველი ორგანოს მიერ მხარეთა მტკიცებულებებისა და არგუმენტაციის გამოკვლევა და შეფასება;**

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-9 მუხლის მეოთხე ნაწილის მიხედვით, ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გაცემული დაპირების მიმართ გამოიყენება ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გასაჩივრებისათვის კანონმდებლობით დადგენილი წესები.

ზოგადი წესის თანახმად, გადაწყვეტილებას მხოლოდ ის მტკიცებულებები შეიძლება დაედოს საფუძვლად, რომელიც საჩივრის განმხილველი ორგანოს მიერ ზეპირ მოსმენაზე შესწავლილი და გამოკვლეული იქნება. იმისათვის, რომ ყველა მნიშვნელოვანი გარემოება შევაფასოთ და სწორ შედეგამდე მივიდეთ, კაზუსში მოცემული გარემოებები უნდა მოვაქციოთ შესაბამისი სამართლებრივი ნორმის სუბსუმციის ქვეშ, რაც სამი მთავარი ეტაპისაგან შესდგება:

ა) მთავარი წინადადების გამოყოფა და სამართლებრივი შედეგის მისადაგება მის ფაქტობრივ გარემოებებთან;

ბ) ქვემდგომი წინადადება (სხვა ფაქტებისა და გარემოებების შედარება, სამართლებრივი ნორმის მოთხოვნებთან);

გ) დასკვნა: პასუხის გაცემა სამართლებრივ შედეგზე;

**მთავარი წინადადება:** "ჰოლანდიურმა კომპანიამ წერილით მიმართა საქართველოს საბაჟო დეპარტამენტს იმის გასარკვევად, როგორ დაიბეგრებოდა მის მიერ შემოტანილი პროდუქცია საქართველოში, რაზედაც მან მიიღო ასევე წერილობითი პასუხი, რომ მითითებული პროდუქციის შემოტანისას მასზე გავრცელდებოდა დაბეგრის საშელავათო 5% საბაჟო განაკვეთი".

**დეფინიცია:** "ადმინისტრაციული ორგანოს დაპირება არის ადმინისტრაციული ორგანოს წერილობითი დოკუმენტი, რომელიც ადასტურებს, რომ მოცემული ქმედება განხორციელდება, რაც შეიძლება გახდეს დაინტერესებული მხარის კანონიერი ნდობის საფუძველი" სზაკ 9-ე მუხლის პირველი ნაწილი;

**ქვემდგომი წინადადება:** არსებობს თუ არა კანონიერი ნდობის საფუძველი საბაჟო დეპარტამენტის მიერ გაცემული წერილობითი დაპირების მიმართ, ხომ არ არსებობს საქართველოს ზოგადი

ადმინისტრაციული კოდექსით გათვალისწინებული კანონიერი ნდობის გამომრიცხავი გარემოებანი;

1. ფორმის საკითხი: ზეპირი დაპირებები არ წარმოშობს კანონიერ ნდობას. კანონიერი ნდობის საფუძვლად მიიჩნევა მხოლოდ წერილობითი ფორმით შესრულებული დაპირება, რომლის შინაარსიდანაც აშკარად გამომდინარეობს, რომ ადმინისტრაციული ორგანო (თანამდებობის პირი) ვალდებულია იღებს ამ სახით შეასრულოს რაიმე ქმედება: საბაჟო დეპარტამენტმა წერილობით დაადასტურა, რომ ჰოლანდიურ კომპანიაზე გავრცელდებოდა საბაჟო კოდექსით გათვალისწინებული დაბეგვრის საშეღავათო 5% საბაჟო განაკვეთი ანუ მის მიერ გაცემული დაპირების ფორმა შეესაბამება კანონის მოთხოვნას.

2. ჰოლანდიურმა კომპანიამ საბაჟო დეპარტამენტიდან მიღებული პასუხის შემდეგ გადაწყვიტა საბაჟო დეპარტამენტთან შეთანხმებული პროცედურების განხორციელება.

**შუალედური დასკვნა:** საბაჟო დეპარტამენტის მიერ წერილობითი დოკუმენტი წარმოადგენს ადმინისტრაციული ორგანოს დაპირებას, რომლის მიმართაც ჰოლანდიურ კომპანიას წარმოეშვა კანონიერი ნდობა სზაკ 9-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით.

3. ჰოლანდიური კომპანიის აღმასრულებელი დირექტორი დაინტერესდა ბოლო ერთი თვის მანძილზე ხომ არ იყო შესული საბაჟო კანონმდებლობის განბაჟების ნაწილში საკანონმდებლო ცვლილებები, ("ადმინისტრაციული ორგანოს დაპირების მიმართ კანონიერი ნდობა არ შეიძლება არსებობდეს თუ შესაბამისი ნორმატიული აქტის შეცვლის გამო პირი ველარ აკმაყოფილებს დანესებულ მოთხოვნებს"- სზადკ 9-მუხლის მეორე ნაწილის ბ) ქვეპუნქტი), რაზედაც მას უპასუხეს რომ კანონის ამ ნაწილში ცვლილებები არ იყო შეტანილი, თუმცა შეცვლილი იყო საგადასახადო პოლიტიკა;

კანონიერი ნდობის უფლება ისპობა იმ შემთხვევაში, თუ კი ადმინისტრაციული ორგანოს დაპირების შესრულება შეუძლებელი გახდება იმის გამო რომ ეს გამოიწვევს დაპირების გაცემის შემდეგ გამოცემული იმ ნორმატიული აქტის დარღვევას, რომელიც კანონსაწინააღმდეგოდ მიიჩნევა დაპირებული ქმედების განხორციელებას. ამ შემთხვევაში ადმინისტრაციული ორგანო ლეგალურად თავისუფლდება აღებული ვალდებულების შესრულებისაგან, რასაც განსახილველ შემთხვევაში ადგილი არ ჰქონია.

4. ადმინისტრაციული ორგანოს დაპირების კანონით გათვალისწინებული გამომრიცხავი სხვა გარემოებები: მაგ. ადმინისტრაციული ორგანოს კანონსაწინააღმდეგო დაპირება ან ჰოლანდიური კომპანიის უკანონო მოქმედება, კაზუსის ფაქტობრივი მხარიდან არ იკვეთება.

**შუალედური დასკვნა:** არ არსებობს ადმინისტრაციული ორგანოს დაპირების გამომრიცხავი კანონით გათვალისწინებული გარემოებები (სზაკ 9-ე მუხლის მეორე ნაწილი).

5. არსებობს თუ არა ადმინისტრაციული ორგანოს მხრიდან გაცემული დაპირებაზე შესრულების უარის თქმის ლეგალური საფუძვლები:

"დაუშვებელია კანოსაწინააღმდეგო აღმჭურველი ადმინისტრაციული აქტის ბათილად ცნობა, თუ დაინტერესებულ მხარეს კანონიერი ნდობა აქვს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მიმართ, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც ადმინისტრაციული აქტი არსებითად არღვევს სახელმწიფო, საზოგადოებრივ ან სხვა პირის კანონიერ უფლებებს ან ინტერესებს" (სზაკ 601 მუხლის მეოთხე ნაწილი) - ჰოლანდიური კომპანიის ქმედება არ არის წინააღმდეგობაში კანონმდებლობის მიერ პრიორიტეტულად მიჩნეულ ზემოთაღნიშნულ ინტერესებთან.

6. "დაინტერესებული მხარის კანონიერი ნდობა არსებობს იმ შემთხვევაში, თუ მან ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის საფუძველზე განახორციელა იურიდიული მნიშვნელობის მოქმედება და უკანონო ადმინისტრაციული აქტის ბათილად ცნობით მას მიაღებდა ზიანი." (სზაკ 601 მუხლის მეხუთე ნაწილი) - ჰოლანდიურმა კომპანიმ წერილობითი დაპირების მიღების შემდეგ განახორციელა ქმედება, კერძოდ საქართველოში შემოიტანა საბაჟო დეპარტამენტთან წინასწარ შეთანხმებული პროდუქცია, და სავარაუდოდ, საბაჟო დეპარტამენტიდან მიღებული დაბეგვრის საშუალო პირობების გათვალისწინებით დაადგინა სარეალიზაციო ფასი, გააფორმა შესაბამისი ხელშეკრულებები სადისტრიბუციო კომპანიებთან ანუ საბაჟო დეპარტამენტიდან მიღებული პასუხს დაუკავშირა თავისი სამომავლო ქმედებები. სავსებით ცხადია, საბაჟო დეპარტამენტიდან დაპირებული 5% დაბეგვრის ნაცვლად, 12% განაკვეთით დაბეგვრის შემთხვევაში, იმპორტიორი კომპანიის მიერ სხვაგვარად განისაზღვრებოდა შემოტანილი სარეალიზაციო პროდუქციის ფასი, ჩვენს შემთხვევაში იგი გაცილებით მაღალი იქნებოდა, ვიდრე ის ნავარაუდევო იყო დაბეგვრის საშუალო პირობებში.

7. საბაჟო დეპარტამენტის უარი შეასრულოს წერილობითი დაპირება, არ წარმოადგენს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებულ ხელშეკრულებების შეცვლილ გარემოებებთან მისადაგების ლეგალურ საფუძველს, ანუ ჰოლანდიური კომპანია ამ შემთხვევაში ვალდებული იქნება ადრე შეთანხმებული ტარიფით მიანოდოს პროდუქცია კონტრაჰენტებს, საბაჟო დეპარტამენტიდან მიღებული უარი ვერ გახდება კონტრაჰენტ კომპანიებთან ნაკისრი ვალდებულებების (წინასწარ შეთანხმებული ფასის) გადახედვის პირობა, რაც ამკარად დააზარალებს იმპორტიორი კომპანიის ინტერესებს.

**შუალედური დასკვნა:** საჩივრის ავტორმა ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის საფუძველზე განახორციელა იურიდიული მნიშვნელობის მოქმედება და უკანონო ადმინისტრაციული აქტის ბათილად ცნობით მას მიადგება ზიანი (სზაკ 601 მუხლის მეოთხე და მეხუთე ნაწილის მიხ).

**დასკვნა/შედეგი:** ჰოლანდიური კომპანიის საჩივარი დასაშვები და დასაბუთებულია, ფინანსთა სამინისტროს მიერ საჩივრის მოთხოვნა სრულად უნდა იქნას დაკმაყოფილებული. საბაჟო დეპარტამენტის წერილობითი უარი შეასრულოს წინა ხელმძღვანელობის დაპირება, რომლის მიმართაც საჩივრის ავტორს გააჩნდა კანონიერი ნდობა ბათილად უნდა იქნას ცნობილი და საბაჟო დეპარტამენტს უნდა დაევალოს ქმედების განხორციელება-დაპირებით ნაკისრი ვალდებულების, ჰოლანდიური კომპანიის მიერ ტრანსპორტირებული პროდუქციის საშეღავათო პირობებით განბაჟება.

### კ ა ზ უ ს ი (3)

შპს "ტრასმშენმა" გაიმარჯვა თბილისის მერიის მიერ გამოცხადებულ ტენდერში, რომელიც შეეხება თბილისის ერთ-ერთი რაიონის ტერიტორიის მოასფალტებას, რისთვისაც თბილისის მერიამ მას გამოუყო 1 მილიონი ლარი. პროექტის დასრულების შემდეგ საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციამ განცხადებით მიმართა შპს "ტრასმშენს" და მოითხოვა ინფორმაცია ამ პროექტის ფარგლებში გზების რეაბილიტაციის თანხების განკარგვისათან დაკავშირებით. შპს "ტრასმშენის" აღმასრულებელმა დირექტორმა, განცხადების მიღებიდან 10 დღის შემდეგ არ დააკმაყოფილა ახალგაზრდა

იურისტთა ასოციაციის მოთხოვნა და უარი განაცხადა ინფორმაციის გაცემაზე, იმის გამო, რომ მათი კომპანია, ჯერ ერთი, წარმოადგენს კერძო სამართლის იურიდიულ პირს და ამასთანავე, მას გარდა მეორის ბიუჯეტიდან მიღებული თანხებისა გააჩნია საკუთარი თანხებიც, რაც მათი კომერციული საიდუმლოა და არანაირ რევიზიას არ ექვემდებარება. შპს "ტრანსმენის" უარს ინფორმაციის გაცემაზე სასამართლოში ასაჩივრებს საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და ითხოვს სასამართლომ დაავალოს შპს "ტრანსმენს" მათ მიერ მოთხოვნილი ინფორმაციის გაცემა, რაც მათ საჯარო ინფორმაციად მიაჩნიათ. მოსარჩელის მიერ სასამართლოში წარდგენილია სარჩელი ქმედების განხორციელების თაობაზე.

გთხოვთ, დაასაბუთოთ სარჩელის დასაშვებობა და დასაბუთებულობა.

## კაზუსის ამოხსნა

### 1. უწყებრივი ქვემდებარეობა და განსჯადობა

საწყის ეტაპზე უნდა მოვახდინოთ ადმინისტრაციული და კერძოსამართლებრივი იურისდიქციის გამოიჯვნა, რომელიც განსაზღვრავს იმ საკითხთა წრეს, რომელიც არ შედის კერძო სამართლის იურისდიქციაში და წარმოადგენს ადმინისტრაციული სამართლის ფარგლებს, ეს პრინციპი განსაზღვრავს ადმინისტრაციული სამართლის გამოყენების სფეროს. ადმინისტრაციული იუსტიციის იურისდიქციის განსაზღვრა წარმოადგენს ადმინისტრაციული სამართალურთიერთობის რეგულირების საწყის და ერთ-ერთ ყველაზე მნიშვნელოვან ეტაპს, ვინაიდან განსჯადობის საკითხის არასწორი გადაწყვეტა შემდგომში იწვევს შედეგების ანულირებას. ამიტომ, რომელი საკითხები ექვემდებარება კერძოსამართლებრივ და რომელი საკითხები ადმინისტრაციულ რეგულირებას, მათი გამოიჯვნა დავის წარმატებული გადაწყვეტის საწყისი ეტაპია.

განსახილველ შემთხვევაში სარჩელის ადრესატი კომპანია "ტრანსმენი" წარმოადგენს კერძო სამართლის იურიდიულ პირს (შპს), რაც გარკვეული გამოწვევების გარდა, გულისხმობს მისი საქმიანობის საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით რეგულირებას. გამოწვევებში იგულისხმება კერძო სამართლის იურიდიული პირების მიერ "საჯარო სამართლებრივი უფლებამოსილების განხორციელება", რაც მათ ანიჭებს ადმინისტრაციული ორგანოს სტატუსს

და მათ საქმიანობას ამ სფეროში ანიჭებს საჯარო-სამართლებრივი ურთიერთობის ხასიათს. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მიხედვით, ადმინისტრაციული ორგანოსაგან გარკვეულნილად განსხვავებულია საჯარო დაწესებულების ცნება საჯარო ინფორმაციის გაცემის ნაწილში; სზაკ-ის 27-ე მუხლი მოიცავს საჯარო დაწესებულების განმარტებას: ადმინისტრაციული ორგანო, სახელმწიფო ან ადგილობრივი ბიუჯეტის სახსრებიდან დაფინანსებული კერძო სამართლის იურიდიული პირი ასეთი დაფინანსების ფარგლებში; ამგვარად, საჯარო დაწესებულება, რომელიც ვალდებულია საჯარო ინფორმაციის გაცემაზე, გარდა ადმინისტრაციული ორგანოსი, შესაძლებელია იყოს კერძო სამართლის იურიდიული პირი სახელმწიფო ან ადგილობრივი ბიუჯეტის დაფინანსების ფარგლებში. ვათვალისწინებულ უნდა იქნას, რომ ადმინისტრაციული ორგანოსა და საჯარო დაწესებულების ცნება ინფორმაციის თავისუფლებისა და საჯარო ინფორმაციის გაცემის ნაწილში იდენტური არ არის, ადმინისტრაციული ორგანოს ფუნქციონალური ელემენტი ჩანაცვლებულია დაფინანსების წყაროს-ცენტრალური ან ადგილობრივი საბიუჯეტო დაფინანსების კრიტერიუმით.

იმის გათვალისწინებით რომ, განსახილველ შემთხვევაში შპს "ტრანსმშენი" დაფინანსებულ იქნა თბილისის მერიის მიერ გამოყოფილი თანხებით, სზაკ-ის 27-ე მუხლის ა) პუნქტიდან გამომდინარე, მან შეიძინა საჯარო დაწესებულების სტატუსი მერიის ბიუჯეტიდან გამოყოფილი თანხების განკარგვის ნაწილში და შესაბამისად, საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 2-ე მუხლის მესამე ნაწილის თანახმად, იგი მოექცა ადმინისტრაციული კანონმდებლობის მოქმედების არეში. ამავე კოდექსიდან გამომდინარე საჯარო დაწესებულებას ეკისრება იმ ინფორმაციის გაცემის ვალდებულება, რომელიც არ წარმოადგენს პირის პერსონალურ ინფორმაციას და არ არის კომერციული, პროფესიული ან სახელმწიფო სადუმლოების შემცველი. აღნიშნული საკითხების შემოწმება უწყებრივად ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია. ამასთანავე, ვინაიდან სარჩელის ადრესატს წარმოადგენს კერძო სამართლის იურიდიული პირი, ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენის ვალდებულება ვერ იქნება რეალიზებული.

**შუალედური დასკვნა: სარჩელის ადრესატი შპს "ტრანსმშენი" სადავო შემთხვევაში წარმოადგენს საჯარო დაწესებულებას მერიის ბიუჯეტიდან გამოყოფილი თანხების განკარგვის ნაწილში და სარჩელი ინფორმაციის გაცემასთან დაკავშირე-**

**ბული დავის შემთხვევაში საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 2-ე მუხლის შესამე ნაწილის თანახმად, ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია.**

## II. სარჩელის დასაშვებობა

ვინაიდან სარჩელის ადრესატს წარმოადგენს კერძო სამართლის იურიდიული პირი, ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენის ვალდებულება განსახილველ შემთხვევაში ვერ იქნება რეალიზებული და სარჩელი პირდაპირ სასამართლოში უნდა იქნას წარდგენილი.

განსჯადობის გადაწყვეტის შემდეგ შემონმებას მოითხოვს სამართალწარმოების დაწყებისათვის მეორე მნიშვნელოვანი საკითხი -სარჩელის დასაშვებობის თემა, ვინაიდან ზოგჯერ სარჩელი შესაძლებელია იყოს სასამართლოს უწყებრივად ქვემდებარე, მაგრამ არა ყოველთვის დასაშვები. ამიტომ განვიხილოთ სარჩელის დასაშვებობის კომპონენტები:

### 1. სარჩელის სათანადო სახე

საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია ითხოვს სასამართლომ დაავალოს შპს "ტრასმენს" მათ მიერ მოთხოვნილი იმ ინფორმაციის გაცემა, რაც მათ საჯარო ინფორმაციად მიაჩნიათ. ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის მიერ წარდგენილია სარჩელი ქმედების განხორციელების თაობაზე. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 24-ე მუხლის თანახმად, სარჩელი შეიძლება აღიძრას ისეთი მოქმედების განხორციელების ან ისეთი მოქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნით, რომელიც არ გულისხმობს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემას. ამგვარად, მოსარჩელის მიერ სწორად არის განსაზღვრული სარჩელის სახე: განსახილველ შემთხვევაში საქართველოს საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული უფლების დაცვის სხვა საშუალებები მაგ. სარჩელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობისა ან მისი ძალადაკარგულად გამოცხადების მოთხოვნით, ასევე აღიარებითი სარჩელის წარდგენა ჩაითვლებოდა უფლების დაცვის არასათანადო სახედ. მოსარჩელის მოთხოვნის დაკმაყოფილება, რაც გულისხმობს მოპასუხისათვის ინფორმაციის გაცემის ვალდებულების დაკისრებას წარმოადგენს მიზნის მიღწევის ადეკვატურ საშუალებას.

**შუალედური დასკვნა: ამგვარად, დაინტერესებული მხარის მიერ საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 24-ე მუხლის თანახმად, სწორად არის შერჩეული უფლების დაცვის მექანიზმი.**

## **2. განსახორციელებელი ღონისძიების სამართლებრივი ბუნება**

სარჩელის მიზანი: საჯარო ინფორმაციის გაცემა არ მოითხოვს ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემას. ინფორმაციის თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე საჯარო ინფორმაციის გაცემა რეალიზებულ უნდა იქნას საჯარო დაწესებულების მიერ შესაბამისი ქმედების განხორციელებით. სასარჩელო მოთხოვნა თავისი მიზნიდან გამომდინარე ადეკვატური და კანონიერია. საქართველოს საპროცესო კოდექსის 24-ე მუხლის თანახმად, სარჩელი შეიძლება აღძრულ იქნას ქმედების განხორციელების მოთხოვნით.

სარჩელის საგანია კომპანია "ტრასმშენის" უარი გასცეს მოსარჩელის მიერ მოთხოვნილი ინფორმაცია, როგორც მოპასუხეს მიაჩნია აღნიშნული ინფორმაციის გაცემის ვალდებულება მას არ აკისრია. სარჩელის ავტორის მიერ სწორად არის შერჩეული გასაჩივრების ობიექტი.

## **3. პირდაპირი და უშუალო ზიანი**

სარჩელი ქმედების განხორციელების თაობაზე დასაშვებია, თუ ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ რაიმე მოქმედების განხორციელება ან რაიმე მოქმედებისაგან თავის შეკავება პირდაპირ და უშუალო (ინდივიდუალურ) ზიანს აყენებს მოსარჩელის კანონიერ უფლებას ან ინტერესს. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 37-ე მუხლის თანახმად, ყველას აქვს უფლება მოითხოვოს საჯარო ინფორმაცია, რისთვისაც პირი წარადგენს წერილობით განცხადებას. განცხადებაში აუცილებელი არ არის მიეთითოს საჯარო ინფორმაციის მოთხოვნის მოტივი ან მიზანი. შესაბამისად, ვინაიდან კანონი ყველას ანიჭებს საჯარო ინფორმაციის მოთხოვნის უფლებას კომპანია "ტრასმშენის" უარით, უნდა ვივარაუდოთ, რომ შეზღუდულ იქნა ინფორმაციის მომთხოვნის კანონიერი უფლებები და ინტერესები.

#### 4. სარჩელის წარდგენის საპროცესო ვადები

კაზუსის ფაბულა არ იძლევა საფუძველს ვიმსჯელოთ სარჩელის ხანდაზმულობაზე. თუ დაინტერესებული მხარის მიერ დავის საგანი გასაჩივრებულ იქნა გადაწყვეტილების გაცნობიდან 1 თვეში, ეს გამოორიცხავს სარჩელის დაუშვებლობას ხანდაზმულობის ვადის გაშვების გამო.

#### 5. ადმინისტრაციული საჩივრის ინსტიტუტი

ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში ერთჯერადი გასაჩივრების მოთხოვნა ვერ გავრცელდება კერძო სამართლის იურიდიულ პირებზე, ამიტომ მათ მიერ უფლებების დარღვევა პირდაპირ სასამართლო წესით დაცვას ექვემდებარება.

#### 6. საპროცესო უფლებაუნარიანობა და ქმედუნარიანობა

სარჩელი წარდგენილია დაინტერესებული მხარის მიერ იმ ორგანოს მიმართ, რომელიც უარს აცხადებს ინფორმაციის გაცემაზე, რაც გვაძლევს საფუძველს დავასკვნათ რომ მოსარჩელის მიერ სწორად არის შერჩეული სათანადო მოპასუხე.

სარჩელი აკმაყოფილებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსით დადგენილ დასაშვებობის მოთხოვნებს, არ არსებობს საქმის წარმოების შეწყვეტის საფუძველები. ვინაიდან დასაშვებობის საკითხი არ არის საექვო, არ არსებობს სარჩელის დაუშვებლად ცნობის საფუძველები. სასამართლომ განმწესრიგებელი სხდომის ჩატარების გარეშე უნდა გადაწყვიტოს სარჩელის წარმოებაში მიღება.

*შუალედური დასკვნა: საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია წარმოადგენს დაინტერესებულ მხარეს, მის მიერ სწორად არის შერჩეული სარჩელის სახე და მოპასუხე, შესაბამისად სარჩელი დასაშვებია საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 24-ე მუხლის საფუძველზე და იგი სასამართლოს განჩინებით წარმოებაში უნდა იქნას მიღებული.*

### III. სარჩელის/შესაგებელის დასაბუთებულობა

#### 1. მტკიცების ტვირთი

ზოგადი წესის თანახმად, მოსარჩელეა ვალდებული დაასაბუთოს თავისი სარჩელი და წარადგინოს შესაბამისი მტკიცებულებ-

ბები. მოპასუხე ვალდებულია წარადგინოს წერილობითი პასუხი (შესაგებელი) და შესაბამისი მტკიცებულებები. როგორც კაზუსის ფაბულიდან ირკვევა, მოპასუხემ უარი განაცხადა ინფორმაციის გაცემაზე ორი საფუძვლით: იგი კერძო სამართლის იურიდიული პირია და მასზე არ ვრცელდება ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსით საჯარო დაწესებულებისათვის განსაზღვრული ინფორმაციის გაცემის ვალდებულება და ამასთანავე, როგორც მოსარჩელეს მიაჩნია ფინანსური დოკუმენტაცია და მისი ხარჯვითი ნაწილი კომპანიის კომერციული საიდუმლოა.

## 2. აკისრია თუ არა შპს "ტრანსმშენს" ინფორმაციის გაცემის ვალდებულება?

მოპასუხე კომპანია "ტრანსმშენი" წარმოადგენს კერძო სამართლის იურიდიულ პირს (შპს), რაც გარკვეული გამოწვევების გარდა, გულისხმობს მისი საქმიანობის საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით რეგულირებას. მოპასუხე -საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია თავისი მოთხოვნის დასაბამებლად უთითებს, სზაკ-ის 27-ე მუხლით გათვალისწინებულ საჯარო დაწესებულების განმარტებაზე: ადმინისტრაციული ორგანო, სახელმწიფო ან ადგილობრივი ბიუჯეტის სახსრებიდან დაფინანსებული კერძო სამართლის იურიდიული პირი ასეთი დაფინანსების ფარგლებში წარმოადგენს საჯარო დაწესებულებას. ამგვარად, აღნიშნული დეფინიციიდან გამომდინარე საჯარო დაწესებულება, რომელიც ვალდებულია საჯარო ინფორმაციის გაცემაზე, შესაძლებელია იყოს კერძო სამართლის იურიდიული პირიც სახელმწიფო ან ადგილობრივი ბიუჯეტის დაფინანსების ფარგლებში. ჩვენს მიერ განსახილველ შემთხვევაში მოსარჩელის მიერ გამოთხოვილ იქნა ის ინფორმაცია, რომელიც თბილისის მერიის მიერ გზების რეაბილიტაციის განხორციელებისათვის იქნა გამოყოფილი შპს "ტრანსმშენისათვის", როგორც მოსარჩელე ასაბუთებს, თბილისის მერიის მიერ გამოყოფილი თანხის ნაწილში შპს "ტრანსმშენი" წარმოადგენს საჯარო დაწესებულებას და შესაბამისად, ვალდებულებას იქნეს მოხდინოს საჯარო ინფორმაციის გაცემა. თუ კი ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის მოთხოვნა გასცდებოდა მერიის მიერ დაფინანსების ფარგლებს, კომპანია "ტრანსმშენი" ამ შემთხვევაში იმოქმედებდა როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირი, იგი დარჩებოდა სამოქალაქო კოდექსის მოქმედების არეში და მასზე შესაბამისად, არ გავრცელდებოდა საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსით საჯარო

დანესებულებისათვის გათვალისწინებული ინფორმაციის გაცემის ვალდებულებები.

*შუალედური დასკვნა: განსახილველ შემთხვევაში შპს "ტრანსმშენი" დაფინანსებულ იქნა თბილისის მერიის მიერ გამოყოფილი თანხებით, სზაკ-ის 27-ე მუხლის ა) პუნქტიდან გამომდინარე, მან შეიძინა საჯარო დანესებულების სტატუსი მერიის ბიუჯეტიდან გამოყოფილი თანხების განკარგვის ნაწილში და შესაბამისად, ამით მას ეკისრება საჯარო ინფორმაციის გაცემის ვალდებულება.*

**3. წარმოადგენს თუ არა მოსარჩელის მოთხოვნა საჯარო ინფორმაციას?**

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსიდან გამომდინარე, საჯარო დანესებულებას ეკისრება იმ ინფორმაციის გაცემის ვალდებულება, რომელიც არ წარმოადგენს პირის პერსონალურ ინფორმაციას და არ არის კომერციული, პროფესიული ან სახელმწიფო საიდუმლოების შემცველი. მოპასუხეს მიაჩნია რომ საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის მიერ მოთხოვნილი ინფორმაცია წარმოადგენს მის კომერციულ საიდუმლოს. მოპასუხის ამ პოზიციას არ იზიარებს მოსარჩელე და უთითებს საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 272-ე მუხლით განსაზღვრულ კომერციული საიდუმლოების დეფინიციაზე. კომერციულია ისეთი ინფორმაცია, „რომელიც უშუალოდ დაკავშირებულია მოგების მიღებასთან, ან ინფორმაცია, რომლის გამჟღავნებამაც შესაძლოა ზიანი მიაყენოს პირის კონკურენტუნარიანობას“. მისი მტკიცებით, მერიის მიერ დაფინანსებული თანხის განკარგვის ნაწილში შპს "ტრანსმშენი" ვალდებულია გასცეს ინფორმაცია, აღნიშნული არ შეიცავს კომერციული ინფორმაციის ნიშნებს და იგი გაცემას ექვემდებარება. მოსარჩელე სასამართლოსაგან ითხოვს დაევალოს შპს "ტრანსმშენს" ქმედების განხორციელება: საჯარო ინფორმაციის დაუყოვნებლივ გაცემა.

*შუალედური დასკვნა: მოსარჩელის მიერ მოთხოვნილი ინფორმაცია არ შეიცავს საიდუმლო ინფორმაციის კანონმდებლობით დადგენილ ნიშნებს და იგი წარმოადგენს საჯარო ინფორმაციას.*

**საბოლოო დასკვნა:**

*სარჩელი არის დასაშვები და დასაბუთებული, შესაბამისად სასარჩელო მოთხოვნა სასამართლოს მიერ უნდა იქნას დაკმაყოფილებული და უნდა დაევალოს შპს "ტრანსშენს" მოსარჩელის მიერ მოთხოვნილი ინფორმაციის დაუყოვნებლივ გაცემა.*

**კაზუსი (4)**

სამშენებლო კომპანია შპს "ძველი თბილისის" გენერალურმა დირექტორმა ა. ჭკუასელმა თავისი განცხადების საფუძველზე, თბილისის მერიის არქიტექტურის დეპარტამენტის მიერ გამოცემული აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, რომელიც ითვალისწინებს თბილისის ერთ-ერთ ძველ უბანში 8 სართულიანი საცხოვრებელი კორპუსის მშენებლობას, გაასაჩივრა ზემდგომ ადმინისტრაციულ ორგანოში, იმ საფუძველით, რომ სამშენებლო კომპანია "ძველი თბილისი" თავისი განცხადებით ითხოვდა ნებართვას არა 8 სართულიან, არამედ 10 სართულიან მშენებლობაზე. ადმინისტრაციული საჩივარი მიღებულ იქნა განსახილველად. საჩივრის განხილვის მსვლელობისას, სამშენებლო კომპანიის წარმომადგენელს შეექმნა შთაბეჭდილება, რომ მათი საჩივარი არ იქნებოდა დაკმაყოფილებული და გადაწყვეტილების გამოტანამდე უარი განაცხადა საჩივარზე, რისი უფლებამოსილებაც წარმომადგენლობის შესახებ გაცემული დოკუმენტიდან მას გააჩნდა. ამასთანავე, მან მოითხოვა ადმინისტრაციული საჩივრის წარმოების შეწყვეტა, რის შესახებაც მიუთითა საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 179-ე მუხლზე, რომლის თანახმადაც, ადმინისტრაციული წარმოება ადმინისტრაციული საჩივრის განხილვასთან დაკავშირებით წარმოებს მხოლოდ ადმინისტრაციული საჩივრის წარდგენისას, ადმინისტრაციული ორგანო არაუფლებამოსილია თავისი ინიციატივით დაიწყოს ეს წარმოება, თუ არ არსებობს დაინტერესებული პირის მოთხოვნა. ვინაიდან სამშენებლო კომპანია, მისივე წარმომადგენლის სახით უარს აცხადებს წარდგენილ საჩივარზე, მათ მიაჩნიათ რომ არ არსებობს აღნიშნული წარმოების გაგრძელების სამართლებრივი საფუძველები და შესაბამისად იგი შეწყვეტილ უნდა იქნას.

ამ პოზიციას არ დაეთანხმა საჩივრის განმხილველი ზემდგომი ადმინისტრაციული ორგანო, მას მიაჩნია რომ გაცემული ნებართვა 8 სართულიანი კორპუსის მშენებლობის შესახებ არაკანონიერია,

ვინაიდან ამ უბანში თავისი ისტორიულ-არქიტექტურული თავისებურებებიდან გამომდინარე, საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით, ნებადართულია არაუმეტეს 6 სართულიანი მშენებლობების წარმოება, საჩივრის განმხილველმა ადმინისტრაციულმა ორგანომ ამ საფუძვლით გააუქმა 8 სართულიანი კორპუსის მშენებლობაზე გაცემული ნებართვა, რაც გადაწყვეტილების გამოტანიდან ერთი თვის ვადაში სასამართლოში გასაჩივრებულ იქნა კომპანია "ძველი თბილისის" მიერ, იგი თავის მხრივ, სასამართლოსაგან ითხოვს საჩივრის განმხილველი ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების გაუქმებას. გთხოვთ, დაასაბუთოთ შპს "ძველი თბილისის" სარჩელის დასაშვებობა და დასაბუთებულობა. ასევე, გთხოვთ შეაფასოთ, გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების საკითხი.

## კაზუსის ამოხსნა

### I. უწყებრივი ქვემდებარეობა და განსჯადობა

საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსით განსაზღვრულია ადმინისტრაციული საქმეების განხილვისა და გადაწყვეტის საპროცესო წესები. ამავ კოდექსის მეორე მუხლი განსაზღვრავს ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯად საქმეებს, რომლის თანახმადაც, სასამართლოში ადმინისტრაციული დავის საგანი ამ მუხლით განსაზღვრული კატეგორიის საქმეებთან ერთად შეიძლება იყოს ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის შესაბამისობა საქართველოს კანონმდებლობასთან, ასევე სასამართლოში ადმინისტრაციული სამართალწარმოების წესით განიხილება სხვა საქმეებიც იმ სამართლებრივ ურთიერთობებთან დაკავშირებით, რომლებიც გამომდინარეობს ადმინისტრაციული სამართლის კანონმდებლობიდან. ჩვენს მიერ განსახილველ შემთხვევაში დავის საგანს წარმოადგენს თბილისის მერიის არქიტექტურის დეპარტამენტის მიერ გაცემული აღმჭურველი ინდივიდუალური-ადმინისტრაციულ სამართლებრივი აქტის კანონიერების საკითხი, რომელიც ადმინისტრაციული საჩივრის წარმოების ფარგლებში გაუქმებულ იქნა ზემდგომი ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ. დაინტერესებული მხარე სასამართლოსაგან ითხოვს ინდივიდუალური-ადმინისტრაციულ სამართლებრივი აქტის გაუქმების კანონიერების შემოწმებას, რაც განსაზღვრავს

კიდევ დავის საჯაროსამართლებრივ ხასიათს, ვინაიდან დავის საგანია ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ მიღებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის კანონიერება, რაც საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის მეორე მუხლით გათვალისწინებული ადმინისტრაციული იუსტიციის ქვემდებარეობის თანახმად, უწყებრივად ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია.

**შუალედური დასკვნა:** დავა საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 2-ე მუხლის პირველი ნაწილის ა) პუნქტის თანახმად, ადმინისტრაციული სასამართლოს განსჯადია.

## II. სარჩელის დასაშვებობა

სასამართლოს უწყებრივი განსჯადობის დადგენის შემდეგ შემონგებას მოითხოვს სარჩელის დასაშვებობის საკითხი, ვინაიდან სარჩელი შესაძლებელია იყოს სასამართლოს უწყებრივად ქვემდებარე, მაგრამ არა დასაშვები. ამ თემის მნიშვნელოვანი კომპონენტია საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსით განსაზღვრული უფლების დაცვის მექანიზმი- სარჩელის ავტორის მიერ სწორად უნდა იქნას შერჩეული უფლების დაცვის ადეკვატური საშუალება- სარჩელის სახე.

### 1. სარჩელის სათანადო სახე

შპს "ძველი თბილისის" მიერ სწორად არის განსაზღვრული სარჩელის სახე: მის მიერ სასამართლოში წარდგენილია სარჩელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილობის საფუძვლით მისი გაუქმების თაობაზე. განსახილველ შემთხვევაში საქართველოს საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული უფლების დაცვის სხვა საშუალებები მაგ. სარჩელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემის თაობაზე ან სარჩელი ქმედების განხორციელების თაობაზე, ასევე აღიარებითი სარჩელის წარდგენა ჩაითვლებოდა უფლების დაცვის არასათანადო სახედ. სარჩელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გაუქმების თაობაზე წარმოადგენს მიზნის მიღწევის ადეკვატურ საშუალებას: მოთხოვნის დაკამაყოფილების შემთხვევაში, "ძველი თბილისი" უფლებამოსილი იქნება განახორციელოს რვასართულიანი ობიექტის მშენებლობა, რაც მისი მოთხოვნის საბოლოო მიზანია. ამგვარად, დაინტერესებული მხარის მიერ საქართველოს ადმინისტრაციულ

საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლის თანახმად, სწორად არის შერჩეული უფლების დაცვის მექანიზმი: წარდგენილია სარჩელი ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობის თაობაზე. სარჩელის სათანადო სახის დადგენის შემდეგ შემომგებას მოითხოვს სარჩელის დასაშვებობის სხვა კომპონენტები.

## **2. განსახორციელებული ღონისძიების სამართლებრივი ბუნება**

სარჩელის მიზანი: არ გულისხმობს ახალი ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემას. სამშენებლო კომპანია "ძველი თბილისი" ითხოვს აღმჭურველი ინდივიდუალურ-ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილობის გაუქმებას, რომლითაც მან დაკარგა ძველი თბილისის უბანში რვასართულიანი მშენებლობის უფლება. მოთხოვნის დაკმაყოფილება მას ავტომატურად აღადგენს ძველ სტატუსში, იგი უფლებამოსილი იქნება აღმჭურველი აქტის საფუძველზე განახორციელოს სათანადო მოქმედება. სასარჩელო მოთხოვნა თავისი მიზნიდან გამომდინარე ადეკვატური და კანონიერია. საქართველოს საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლის თანახმად, სარჩელი შეიძლება აღძრულ იქნას ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობის ან ძალადაკარგულად გამოცხადების მოთხოვნით.

სარჩელის საგანია ადმინისტრაციული საჩივრის განმხილველი ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება- ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, რომლითაც გაბათილდა თბილისის მერიის არქიტექტურის დეპარტამენტის მიერ დაინტერესებული მხარის მიმართ გამოცემული აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი. სარჩელის ავტორის მერ სწორად არის შერჩეული გასაჩივრების ობიექტი.

## **3. პირდაპირი და უშუალო ზიანი**

ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ აღმჭურველი აქტის ბათილობამ პირდაპირი და უშუალო ზიანი მიაყენა შპს "ძველი თბილისის" კანონიერ უფლებას და ინტერესს, მან ამ გადაწყვეტილებით დაკარგა რვასართულიანი მშენებლობის უფლება. როგორც მოსარჩელეს მიაჩნია გასაჩივრებული აქტი უკანონოდ ზღუდავს მის უფლებას.

#### 4. სარჩელის წარდგენის საპროცესო ვადები

როგორც კაზუსიდან ირკვევა დაინტერესებული მხარის მიერ დავის საგანი გასაჩივრებულ იქნა ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსით რეგლამენტირებულ ვადაში (გადანყვეტილების მიღებიდან 1 თვეში), რაც გამორიცხავს სარჩელის დაუშვებლობას ხანდაზმულობის ვადის გაშვების გამო.

#### 5. ადმინისტრაციული საჩივრის ინსტიტუტი

შპს "ძველი თბილისის" მიერ სასამართლოში გასაჩივრებულია ზემდგომი ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ ადმინისტრაციული საჩივრის წარმოების ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილება, რაც დაინტერესებულ მხარეს ანიჭებს სარჩელის სასამართლოში წარდგენის შესაძლებლობას.

#### 6. საპროცესო უფლებაუნარიანობა და ქმედუნარიანობა

სარჩელი წარდგენილია დაინტერესებული მხარის მიერ გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემი ადმინისტრაციული ორგანოს მიმართ, რაც გვაძლევს საფუძველს დავასკვნათ რომ, სარჩელი აკმაყოფილებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 22-25-ე მუხლებით დადგენილ დასაშვებობის მოთხოვნებს, არ არსებობს საქმის წარმოების შეწყვეტის საფუძვლები.

**შუალედური დასკვნა:** შპს "ძველი თბილისის" მიერ წარდგენილი სარჩელი დასაშვებია საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 22-ე მუხლის საფუძველზე და იგი სასამართლოს განჩინებით წარმოებაში უნდა იქნას მიღებული.

### III. გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედების საკითხი

ზოგადი წესის თანახმად, სარჩელის მიღება სასამართლოში აჩერებს გასაჩივრებული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედებას. საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის მეორე ნაწილი ამომწურავად განსაზღვრავს პირობებს, როდესაც გასაჩივრებუ-

ლი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მოქმედება არ შეჩერდება. ჩვენს მიერ განსახილველი შემთხვევა არ შეიცავს ზემოთმითითებული ნორმით გათვალისწინებულ რომელიმე შემთხვევას. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ გასაჩივრებული იასა გამომცემი ორგანოს მიერ არ ყოფილა დაუყოვნებლივ აღსასრულებლად მიქცეული, გადაუდებელი აღსრულების აუცილებლობის საფუძველით და სარჩელის ადრესატი სასამართლოსაგან არ ითხოვს იასას მოქმედების შეჩერების გაუქმებას. საბოლოო ჯამში კაზუსის ფაბულიდან გამომდინარე არ არსებობს გასაჩივრებული იასას მოქმედების გაგრძელების კანონით განსაზღვრული რომელიმე საფუძველი.

*შუალედური დასკვნა: საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 29-ე მუხლის პირველი ნაწილის საფუძველზე სასამართლოს მიერ მიღებულ უნდა იქნას განჩინება გასაჩივრებული იასა-ს შეჩერების თაობაზე.*

#### IV. სარჩელის/შესაგებელის დასაბუთებულობა

##### 1. მტკიცების ტვირთი

ზოგადი წესის თანახმად, მოსარჩელეა ვალდებული დაასაბუთოს თავისი სარჩელი და წარადგინოს შესაბამისი მტკიცებულებები. განსახილველ შემთხვევაში მოქმედებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 17-ე მუხლით გათვალისწინებული საგამონაკლისო წესი, რომლის თანახმადაც, თუ კანონით სხვა რამ არ არის დადგენილი, ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის არარა აქტად აღიარების, ბათილად ცნობის ან ძალადაკარგულად გამოცხადების შესახებ სარჩელის წარდგენის შემთხვევაში, მტკიცების ტვირთი ეკისრება ადმინისტრაციულ ორგანოს, რომელმაც გამოსცა ეს აქტი. როგორც კაზუსის ფაქტობრივი გარემოებებიდან ირკვევა, სარჩელის ავტორი უთითებს მოპასუხის მხრიდან საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 179-ე მუხლის დარღვევაზე, ასევე ამ დარღვევიდან გამომდინარე, მას უკანონოდ მიაჩნია ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება.

სასამართლო განსახილველ შემთხვევაში გადაწყვეტილების გამოტანისას იხელმძღვანელებს საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსის 32-ე მუხლის პირველი ნაწილის მიხედვით,

რომლის მიხედვითაც, თუ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი ან მისი ნაწილი კანონს ეწინააღმდეგება და ის პირდაპირ და უშუალო (ინდივიდუალურ) ზიანს აყენებს მოსარჩელის კანონიერ უფლებას, ან ინტერესს ან უკანონოდ ზღუდავს მის უფლებას, სასამართლო ამავე კოდექსის 22-ე მუხლში აღნიშნულ სარჩელთან დაკავშირებით გამოიტანს გადაწყვეტილებას ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობის შესახებ. აღნიშნული ნორმის მოთხოვნებიდან გამომდინარე სასამართლოს გადაწყვეტილება ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილად ცნობის სარჩელთან დაკავშირებით დამოკიდებულია ერთის მხრივ, გასაჩივრებული ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ან მისი ნაწილის კანონთან წინააღმდეგობის ფაქტის დადგენაზე და, მეორეს მხრივ, კანონის დარღვევის და მოსარჩელის კანონიერ უფლებების და ინტერესების შეზღუდვასთან მიზეზობრივ კავშირზე.

განსახილველ შემთხვევაში მოსარჩელეს სადავოდ მიაჩნია იასა-ს მატერიალური კანონიერების საკითხი: ადმინისტრაციული ორგანოს მოქმედება სპეციალური უფლებამოსილების ფარგლებში და მიღებული გადაწყვეტილების კანონთან შესაბამისობა, რაც სარჩელის განმხილველი ორგანოსაგან სპეციალურ შემონმებას მოითხოვს, იასა- ფორმალური კანონიერების სხვა მხარეებს: იასა-ს გამომცემი სუბიექტის ადმინისტრაციული ორგანოს სტატუსს, წარმოების სათანადო სახის გამოყენებასა თუ იასა-ს სავალდებულო რეკვიზიტებს იგი განსახილველ შემთხვევაში სადავოდ არ ხდის, შესაბამისად, უნდა ვივარაუდოთ რომ გასაჩივრებული იასა აკმაყოფილებს ფორმალური კანონიერების ნიშნებს. ამგვარად განვიხილავთ გასაჩივრებული იასა-ს მატერიალური კანონიერების კომპონენტებს:

## **2. გასაჩივრებული აქტის შესაბამისობა საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 179-ე მუხლის მოთხოვნებთან (ადმინისტრაციული წარმოების გაგრძელების ნაწილში)**

კაზუსის ფაბულიდან გამომდინარე, შპს "ძველი თბილისის" იურისტი სადავოს ხდის ადმინისტრაციული ორგანოს ქმედებას ადმინისტრაციული საჩივრის წარმოების დასრულებამდე, დაინტერესებული მხარის მიერ საჩივრის განხილვაზე უარის თქმის შემთხვევაში ადმინისტრაციული წარმოების გაგრძელებასთან დაკავშირებით და უთითებს გასაჩივრებული აქტის გამომცემი ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საქართველოს ზოგადი ადმი-

ნისტრაციული კოდექსის 179-ე მუხლის დარღვევაზე. მათი არგუმენტაციით, ვინაიდან სამშენებლო კომპანიამ, მისივე წარმომადგენლის მეშვეობით, საჩივრის განხილვის დასრულებამდე უარის განაცხადა წარდგენილ საჩივარზე, მათ მიაჩნიათ, რომ აღარ არსებობდა აღნიშნული წარმოების გაგრძელების სამართლებრივი საფუძვლები და შესაბამისად იგი საჩივრის განმხილველი ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ შეწყვეტილ უნდა ყოფილიყო.

მოსარჩელის პოზიციას არ ეთანხმება ადმინისტრაციული ორგანო, იგი უარყოფს ადმინისტრაციული საჩივრის განხილვის პროცესში მის მიერ პროცედურული ნორმების დარღვევის ფაქტს, მოპასუხის მტკიცებით, საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 179-ე მუხლზე მითითება მცდარია, ვინაიდან იგი შეეხება ადმინისტრაციული საჩივრის წარმოების დაწყების საფუძვლებს და არ ჩაითვლება განსახილველ შემთხვევაში საჩივრის საფუძველზე დაწყებული წარმოების უპირობო შეწყვეტის საფუძველად..

**სუბსუმცია:** საჩივრის განმხილველმა ადმინისტრაციულმა ორგანომ სწორად იხელმძღვანელა საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 191-ე მუხლით. ადმინისტრაციული საჩივრის წარმდგენი პირის მიერ გადანყვეტილების გამოტანამდე ადმინისტრაციულ საჩივარზე უარის თქმა არ აჩერებს მის განხილვას, თუ საჩივრის განუხილველობას შეიძლება მოჰყვეს სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი ინტერესების შელახვა ან მნიშვნელოვანი ზიანი. ვინაიდან საჩივრის განხილვის მსვლელობისას გამოიკვეთა 8 სართულიანი მშენებლობის ნებართვის გაცემით კანონის დარღვევის ფაქტი, რომელიც კრძალავს ქალაქის ამ უბანში ექვსსართულიანზე მეტ მშენებლობებს. ზემდგომმა ადმინისტრაციულმა ორგანომ აღნიშნული სამართლიანად მიიჩნია სახელმწიფო და საზოგადოებრივი ინტერესების შელახვის შემცველ ქმედებად. სავარაუდოდ, დაინტერესებულმა მხარემ ამავე მიზეზით მოითხოვა საჩივრის შეწყვეტაც, რათა ადმინისტრაციულ ორგანოს არ დაედასტურებინა კანონის დარღვევის ფაქტი და ამით თავიდან აეცილებინათ მათი საწინააღმდეგო გადანყვეტილების მიღება.

საჩივრის განმხილველმა ადმინისტრაციულმა ორგანომ სწორად მიიჩნია რომ საჩივრის განუხილველობას შეიძლება მოჰყოლოდა სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი ინტერესების შელახვა ან მნიშვნელოვანი ზიანი, რაც მას ანიჭებს საჩივრის განხილვის გაგრძელების კანონიერ საფუძველს.

**შუალედური დასკვნა:** მოპასუხის მიერ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 179-ე მუხლის დარღვევა არ დადასტურდა.

**3. საჩივრის განმხილველი ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილების შესაბამისობა საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 193-ე მუხლის მოთხოვნებთან (საუარესოდ შებრუნების აკრძალვის პრინციპის დარღვევის ნაწილში).**

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 193-ე მუხლი ადგენს ადმინისტრაციული წარმოების მოცულობას ადმინისტრაციული საჩივრის განხილვასთან დაკავშირებით. ამ ნორმის მიხედვით, თუ კანონით ან მის საფუძველზე გამოცემული კანონქვემდებარე აქტით სხვა რამ არ არის დადგენილი, ადმინისტრაციული საჩივრის განმხილველი ადმინისტრაციული ორგანო იხილავს ადმინისტრაციული საჩივარს მასში აღნიშნული მოთხოვნის ფარგლებში, ხოლო კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევაში შეუძლია გასცდეს მას.

კაზუსის ფაბულის მიხედვით, ადმინისტრაციული საჩივრის ინიციატორია შპს "ძველი თბილისი", რომლის მოთხოვნაცაა თბილისის ისტორიულ უბანში 10 სართულიანი მშენებლობის შესახებ ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემა. რვასართულიანი მშენებლობის შესახებ უფლება არქიტექტურის დეპარტამენტის მიერ გამოცემული აღმჭურველი ინდივიდუალური აქტით მას მინიჭებული აქვს. საჩივრის განმხილველი ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილებით, მას მოთხოვნილი 10 სართულიანი მშენებლობის ნებართვა შეეზღუდა არაუმეტეს ექვსსართულიანი მშენებლობის შესაძლებლობით. საჩივრის განმხილველი ადმინისტრაციული ორგანო თავისი გადაწყვეტილებით გასცდა ადმინისტრაციული საჩივრის განხილვის ფარგლებს და მიიღო საჩივრის ინიციატორის საზიანო გადაწყვეტილება.

მოპასუხე თავის ქმედებას ამ ნაწილშიც კანონიერად მიიჩნევს. მისი არგუმენტაციით, ვინაიდან კანონი საჩივრის განმხილველ ადმინისტრაციულ ორგანოს ანიჭებს უფლებას, განსაკუთრებულ შემთხვევებში, კერძოდ სახელმწიფო და საზოგადოებრივი ინტერესებიდან გამომდინარე განაგრძოს წარმოება საჩივრის წარმდგენი სუბიექტის მიერ საჩივარის განხილვაზე უარის თქმის შემთხვევაშიც, აღნიშნული ნორმის ლოგიკური განმარტებიდან გამომდინარე, ამ შემთხვევაში იგი უფლებამოსილი უნდა იყოს მიიღოს კიდევ შესაბამისი გადაწყვეტილება კანონიერებისა და საჯარო და კერძო ინტერესების პროპორციულობის დაცვით.

განსახილველი შემთხვევა, საყურადღებოა იმითაც, რომ ადმინისტრაციული წარმოების პროცესში საჩივრის განმხილველი ორგანო დადგა არჩევანის წინაშე: მას ან უნდა გაეთვალისწინებინა კანონით დადგენილი საჩივრის განხილვის ფარგლების დაცვის

მოთხოვნა-არ დაეშვა საჩივრის შებრუნება საუარესოდ და ძალაში დაეტოვებინა თბილისის მერიის არქიტექტურის დეპარტამენტის მიერ გაცემული ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტი, რომელიც, როგორც გამოირკვა, კანონს ეწინააღმდეგებოდა ან მას აღნიშნულ პრინციპის დაცვასთან მიმართებაში უპირატესობა უნდა მიენიჭებინა სახელმწიფო და საზოგადოებრივი ინტერესების დაცვისათვის და მის საფუძველზე მიეღო შესაბამისი გადაწყვეტილება.

ადმინისტრაციულმა ორგანომ, განსახილველ შემთხვევაში, საჯარო და კერძო ინტერესების პროპორციულობის გათვალისწინებით, დილემა გადაწყვიტა საზოგადოებრივის ინტერესების დაცვის სასარგებლოდ. მან სამართლიანად მიიჩნია რომ, ქალაქის ისტორიული უბნის უნიკალურობის დაცვის მნიშვნელობა აღემატებოდა სამშენებლო კომპანიისათვის დაპირებული მშენებლობის უფლების დაცვას და ამ გადაწყვეტილებით, პირის კანონით დაცული უფლებებისა და ინტერესებისათვის მიყენებული ზიანი არ აღემატებოდა იმ სიკეთეს, რომლის მისაღებადაც იგი გამოიცა.

საჩივრის განმხილველმა ორგანომ უფრო მნიშვნელოვანი ინტერესის დაცვის უზრუნველსაყოფად, ადმინისტრაციული საჩივრის საუარესოდ შებრუნების აკრძალვა კონკრეტულ შემთხვევაში არ ჩათვალა შეუვალ პრინციპად. სხვა შემთხვევაში, თუ დაპირებას ვერ გადაწონდა სახელმწიფო და საზოგადოებრივი ინტერესების დაცვა, ადმინისტრაციული ორგანოს უნდა ემოქმედა საჩივრის ფარგლებში და არ უნდა მიეღო საჩივრის ინიციატორის სანინააღმდეგო გადაწყვეტილება.

**შუალედური დასკვნა:** საჩივრის განმხილველი ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დასაბუთებულია გასაჩივრებული გადაწყვეტილების მიმართება საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 193-ე მუხლის მოთხოვნებთან.

#### 4. კანონიერი ნდობა და ზიანის ანაზღაურება

ადმინისტრაციული აქტის გაუქმების კანონიერების შემოწმების შემდეგ, სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილ უნდა იქნას მნიშვნელოვანი საკითხი: აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის ბათილობით სამშენებლო კომპანია "ძველ თბილისს" წარმოუშვება თუ არა ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა?

ამ საკითხის გადაწყვეტა პირდაპირ დამოკიდებულია კანონიერი ნდობის პრინციპთან. საქართველოს ზოგადი

ადმინისტრაციული კოდექსის მე-60 მუხლის მეხუთე ნაწილის მიხედვით, "დაინტერესებული მხარის კანონიერი ნდობა არსებობს იმ შემთხვევაში, თუ მან ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის საფუძველზე განახორციელა იურიდიული მნიშვნელობის მოქმედება და უკანონო ადმინისტრაციული აქტის ბათილად ცნობით მას მიადგება ზიანი". როგორც კაზუსის ფაბულის შესწავლით ირკვევა, სამშენებლო კომპანია "ძველ თბილისს" გაუქმებული აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის საფუძველზე მშენებლობა ან სხვა იურიდიული მნიშვნელობის მოქმედება არ განუხორციელებია, შესაბამისად, სახეზე არ გვაქვს კანონიერი ნდობის არსებობისათვის სავალდებულო კომპონენტი, რაც საბოლოოდ გამორიცხავს გაუქმებული აქტის მიმართ მოსარჩელის კანონიერი ნდობის არსებობასა და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის სამართლებრივ საფუძველს.

**შუალედური დასკვნა:** არ არსებობს გაუქმებული აღმჭურველი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის მიმართ მოსარჩელის კანონიერი ნდობა და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძველი.

**საბოლოო დასკვნა:**

სარჩელი არის დასაშვები, მაგრამ არა დასაბუთებული, შესაბამისად სასარჩელო მოთხოვნა სასამართლოს მიერ არ უნდა იქნას დაკმაყოფილებული.

**Giorgi Gogiashvili**

**STUDIA IURIDICA:  
Judge-Made Law**

## HOW DO JUDGES DEVELOP LAW

“Moses did not provide us with every kind of law,  
but instead left some things to the judges’ opinion...”  
Mkhitar Gosh Code of Law, 12th Century

### 1. Theory on the Separation of the Branches of Power

The Principle of separation of powers is based on the division of material functions of the state into three parts: legislative, executive, and, judicial. A lawmaker, an administrator and a judge acquire their duties from the state, thus each of them is the executor of state will in their respective fields of activities.

The lawmaker develops abstract legal rules, which regulate many cases and individual situations. A court determines unidentified or disputable rights and interests based on legal rules on a case-by-case basis. The administration fulfils the tasks identified by legal rules within their terms of reference. According to the established opinion, all activities of the state that do not fall within duties of the legislature or judiciary should be considered as executive functions. Thus, according to their content and format, individual state acts are divided into statutes, administrative acts and court decisions.

According to the assessment of Georg Jellinek, the laws and court decisions are always the acts of state supremacy. The law sets forth legal rules, while court puts each of individual cases through an abstract rule and resolves it in this manner, i.e. determines the outcomes of the case concerned and legal consequences thereof, which should be acknowledged and implemented.<sup>148</sup>

Independent from each other branches of the state power make a cogwheel. Each of them regulates the movement of the others. The manifestation of normal organisation of duties is the system of “checks and balances”, which prevents individual branches from overstepping their terms of reference set out by law.

Many theoreticians consider that the legislature enjoys natural advantage as compared with the other branches of power. Together with its growth, the legislature acquires greater advantage with respect to other functions. The goal of executive power is to insure compliance with statutes. As for the judiciary, which aims at the implementation of law, this is apparent by itself. Montesqu-

\* Candidate for Legal Sciences. In memorial of the young judge and scientist Gocha Utiashvili.

<sup>148</sup>Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Russian translation), 1903, 309-316.

ieu's assessment expressed the prevailing opinion – judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law, thus they must not depart from it and must follow it accurately. Judicial practice must never change, as it is the outcome of accurate application of the text of a statute. In that period the Blakstone doctrine was very popular even in England, according to which the obligation of a court was not the development of a new law, but rather compliance with and interpretation of the old one.<sup>149</sup> The whole of the activities of the judiciary should be based on statutes. The concept of the state governed by the rule-of-law admits the supremacy of law. Thus, administration and justice are carried out based on legal rules.

Only the legislative power enjoys unlimited terms of reference. According to the famous phrase of de Lolm, it is capable of everything except for transformation of a woman into a man. The idea of the sovereignty of the parliament reinforces the influence of positive law. Supremacy of the parliament can have a twofold explanation: positive and negative. According to the positive explanation, judges must unconditionally comply with every act of the parliament. In accordance with the negative explanation, no one is entitled to issue rules contradicting a parliamentary act. To what extent are the legislative activities of the parliament compatible with the supremacy of the parliament? According to the assessment of the great authority in this field, Polok, this issue seems to be problematic only at first sight, but in fact, the situation is quite different. English judges do not enjoy and do not claim the right to reject statutes; on the contrary, parliamentary acts may overrule precedents (case law) and other legal rules introduced by judges. Thus, the lawmaking power of judges is a subordinate power, which is executed under the consent and control of the parliament.<sup>150</sup>

The determinant of discretion is only the demand of common interests and not a specific legal rule. An activity is law-related or bound by law when it is performed for the fulfilment of predetermined legal obligations. Logically, discretion comes first, which precedes and determines the activities of other bodies. The legislature enjoys the freest discretion, as this field requires such due to its nature. However, it is also bound by international rules.

It is the function of the administration and courts to carry out the legally mandated obligations. Against the background of advancement of the legislature, the limits of free administration are narrowed; however it is not possible to totally subordinate it to the legislature. The most qualitative law-related activity is conducted in the field of justice, the specific form of which – court judgements should always be the result of application of legal rules with respect to individual cases. Thus, no judicial act resolving a judicial dispute can have the

<sup>149</sup> Blekstone, Commentaries, 1808, 407.

<sup>150</sup> Pollok, Essays in Jurisprudence and Ethics, 502.

nature of a totally self-willed decision, irrespective of the scope of the margin of appreciation of a judge.

It may seem very paradoxical, but along with the legislative power, quite a high level of discretion can be detected in terms of references of the other branches of state power. In the executive power, state policy, identification of priorities and initiatives and selection of personnel have never been specified by legal rules. The Government would have become a political chimera as its activities would have been totally bound by law. Government activities, particularly in the field of foreign policy, are often as free as legislative activities. Thus, the activities of the administration are never a mere execution, or mechanical application of general rules.

As regards the activities of the judiciary, on its face it may seem that there is no element of discretion in judges' duties, whose essential task is the application of law in the settlement of individual cases. Such an opinion omits one detail, that being that the provisions set forth by a legislative act are only abstract rules, which as such do not create concrete reality, but rather require motivated activities, independent from these rules, in order for the objective situation, which they aim to attain, to comply with these requirements.

The state develops abstract legal rules, designed for multiple application and regulation of individual situations. If we carry the administration of justice to mere mechanical application of a statute, and the judge enjoys no discretion, the outcome of every legal dispute would be easily and indisputably predictable, thus and there would be no room for contradictions of court judgements. But the administration of justice implies the element of creativity, which is never subject to any rules. Only in the process of administration of justice may a legal rule be fully developed and comprehended in its full meaning. Thus, a judge is an independent factor in the development of law; apart from this, the activities of modern courts are determined by their margin of appreciation within the framework provided by a statute, which, according to its content, is similar to the activities of administration bodies. Unlike the activities of the executive, activities of the judiciary do not imply any element of initiative. Thus a judge is able to perform his duties only when external factors, independent from him, are present.

## **2. A Judge and a Statute: a Duel or a Dialogue?!**

In the theory of modern law, the attitude towards statutes has changed; for a long period now it has lost the nimbus by which it was surrounded in earlier times. The idea of the primacy of law has ever more intensified this trend. Limiting the state became to a certain extent became the purpose of law. Despite the enhanced process of codification, it is apparent that the concepts of

a code and of a statute no longer embody the whole of jurisprudence. Law is not comprised solely of statutes adopted by the state, but rather includes additional sources such as: court practice, habits, doctrine, principles of natural law, and prevailing principles of human rights, which may considerably differ from statutory law. Sociological and realistic jurisprudence has demonstrated more clear-cut disrespect for a statute, and thus law is no longer equated only with statutes. Consequently, the idea of judicial lawmaking has moved forward, granting judges a greater role, than that of a mere interpreter of a statute. The judge is no longer "an official", an agent of state authority, who mechanically summarises specific cases under the application of a statute, in order to make a decision. He acquires ever-increasing independence with respect to the text of the statute, his role becomes more active and esteemed, and his responsibility thus also increases. All this is promoted by the so-called "rubber rules", abstract-assessment criteria, which make a statute indeterminate and thereby increase the possible discretion of a judge. A court judgement is not capable of overruling a legal act, but may considerably change its content through its interpretation. In this context, it can be said, that a statute becomes dependent on precedent. A single case interpretation of a paragraph of a normative act continues to exist, but in a changed form, i.e. it acquires the implication, given to it by a court judgement. Thus, the statute becomes the object of judicial practice, while the court acquires wide possibilities to "correct" the lawmaker.

The law has thus freed itself from the dictate of the abstract rules of the statute. Modern jurisprudence acknowledges the lawmaking function of the judiciary. It is the time to move from the outdated question, whether judges make law, to a more complicated and contradictory one concerning the limits of judicial lawmaking.<sup>151</sup>

Despite the provision of Article 4 of the Civil Code, in the French judicial system the judge is not entitled to refuse the consideration of a case due to the absence of a respective statute, its ambiguity or insufficiency. The tradition of considering judicial practice as a real source of law has yet to develop. A counterargument to the above is that this is contradictory to the principle of separation of powers. However, though leading specialists dispute the notion of judicial practice as a source of law, they still admit the latter as a factor which provides for the authority of law.<sup>152</sup> But others do characterise it as a source of law. It is fair to assert that court judgements are not rules which are legally binding solely for the parties to the proceedings and for no one else, but, even in such situations, due to the hierarchy of judicial institutions, they may have essential influence upon the judgements of the courts of lower instances. In every field of law, the role of judges includes the application of a statute, its

<sup>151</sup> Fridman, *Limits of Judicial Lawmaking*, 1966, 212.

<sup>152</sup> Carbonier, *Droit Civil*, 1971, 376.

interpretation, removal of gaps, as well as revival and rejuvenation of the statute. Although the mission of a judge implies the subordination to statutes and their application, and though he plays the role of an indispensable link between the issuance of a legal rule and its efficient implementation, he may dispute it. Thus, sometimes relations between the legislative and judicial authorities become hurricane-like. It is admitted that antagonism between the lawmaker and judicial practice belongs to the phenomena, which are indispensable peculiarities of the process of formation of law.<sup>153</sup> Similar to the opposition between these parties, cooperative relations may also be established between them.<sup>154</sup>

The influence of a lawmaker over a judge, the mission for which within the framework of written law, is based on the application of statutes, is apparent. But in these cases, it is necessary to clarify the exact influence of the judge over the lawmaker, as well as the reaction of the latter.<sup>155</sup>

As far as judges fill in gaps, interpret them, find new means of their application when facing real situations, they often influence the lawmaker, who becomes obliged to legalise judicial practice. For its part, judicial practice often requires the adoption of statutes. As a result all the participants in a "legal play" more or less promote the development of the legal system.

Judicial discretion is often manifested as a form of law making. According to the assessment of the Chairman of the Supreme Court of Israel – Aaron Barak – judicial discretion is the authorisation granted to courts to make a choice between several statutory alternatives.

In my own judicial practice there were frequent cases, when I had to make a choice between several variants for possible action. Thorough thinking and deliberations of several alternatives often presented themselves, each of which was absolutely legal. What should a judge do in such a case, when he faces a legal situation which has more than one solution? The choice of the judge is biased by judicial philosophy, which is the product of his experience and ideology.<sup>156</sup> Professor Davis considered that a public official has discretion when the relevant situation enables him to make a choice between several courses of actions or omissions.<sup>157</sup> Ronald Dvorkin asserts that each of legal problem has only one solution.<sup>158</sup> Professor Smith believes that the existence of judicial discretion itself means that a legal problem cannot have only one correct solution.<sup>159</sup>

<sup>153</sup> Malaurie, *La Jurisprudence Source de Droit*, 1965, 423.

<sup>154</sup> Bergel, *La Loi Juge*, 1977, 321.

<sup>155</sup> *L'Interpretation per le Jude des Regles Ecrites*, 1978, 133.

<sup>156</sup> Barak, *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1999, 435.

<sup>157</sup> Davis, *Discretionary Justice*, 1969, 167.

<sup>158</sup> Dvorkin, *Judicial Discretion*, 1963, 241.

<sup>159</sup> Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 1980, 239.

What is the subject of judicial discretion? First of all, these are the facts. From among a variety of facts, judicial discretion chooses those which in its opinion are necessary for the solution of the conflict. The second field is the selection of the applicable provision. Of several methods envisaged by the provision, judicial discretion will choose the method which in its opinion is the most suitable one. The third field is the identification of the provision itself – application of the most suitable provision from among various normative alternatives. Judge Sussman has proposed that law is an abstract concept, and only a court judgement can transform the lawmaker's rule into a mandatory act with application for the whole of society. Thus a judge gives real and specific form to the law. Therefore, it can be said, that a statute is finally crystallised in the form given to it by a judge.<sup>160</sup> Judicial discretion is never absolute; despite the wide variety of alternatives, it is never unlimited. Its power always derives from various provisions of the law. According to judge Douglas's approach, "Absolute discretion, similar to corruption, means the beginning of the end of freedom. The law reaches its apogee when it frees an individual from the unlimited discretion of any ruler, any civil or military official, or any bureaucracy. An individual always suffers when discretion is absolute. Absolute discretion is an unmerciful master. It destroys freedom to a greater extent than any human being. Judicial power is never executed for the purpose of accomplishment of a judge's will, but rather for the purpose of accomplishing the will of the lawmaker, i.e. it is executed under the law".<sup>161</sup>

### 3. Limits of Judicial Discretion

According to a famous observation, the lawmaking activity of a judge is one of the issues that most of all divides legal systems and legal thinking. Judicial practice is first of all a particular, as well as fundamental source of Anglo-Saxon legal systems. Some modern legal systems, despite their estrangement from common law, acknowledge the right of a judge to be engaged in lawmaking activities. E.g. Section 1 of Swiss Civil Code states, that "In cases, when there is no respective statutory provision, the judge may deliver a judgement in compliance with customary law, while in cases, when there is no custom, then according to the rules, which he would have provided if he had the right to act in the capacity of a lawmaker. The judgement must be based on reasoning which is in the tradition of interpretation and judicial practice".

Despite the variety of the sources of law, there is no legal order which acknowledges only one source of law, and explicitly renounces all the others. However there are legal systems in which one of the sources prevails over the ot-

<sup>160</sup> Sussman, *The Courts and the Legislative Branch*, 1971, 247.

<sup>161</sup> Douglas, *The Theory of Judicial Decision*, 1983, 109.

hers. If case law prevails in common law systems, Roman-German law systems acknowledge the primacy of statutory over other sources of law. But quite often the provisions of a statute are so general and abstract and even insufficient, that despite permanent concern for the improvement of the legislation and the process of codification, the statute did not prove to be the only sufficient source for the regulation of social relations. Thus, Roman-German law was obliged to fill this deficiency through various means, such as the introduction of the principle of analogy by statute and analogy of law, through which the Roman-German law acknowledged the insufficiency of statutes in their capacity as the primary source of law, and the necessity of complimenting it through additional means. If there is no statute regulating disputed relations, the court applies a statute that regulates similar relations (analogy by statute), but if there is not such statute, the court bases its decisions on general principles of law (analogy by law).

The importance of judicial practice has been partially admitted. In such strict countries of continental system as France, an entire branch of law, administrative law, developed mainly on the basis of judicial practice. Quite often statutes are used to legalise the consequences of developments in judicial practice and the other fields of law. The methods of interpretation of a statute also play an important role, where judges have been granted the freedom to interpret the static rules of statutes. Legal hermeneutics (named for Hermes, Zeus's son who wanted to bring the ideas of the gods to people), the doctrine of the interpretation of rules of law, plays an important role in the transformation of law from a static into a dynamic process. The realisation of legal rules is related to their explanation and interpretation. This is the second indication of statutes being the ready recipe for the solution of legal problems. It is presumed, that all the methods of interpretation of legal rules were "born on the knees" of judicial practice.

Depending on the interpreter of the statute, and the legal validity of this interpretation, the following types of interpretations may be identified: authentic interpretation, which is given by the issuer of the rule and is a common value, similar to the legal rule itself; legal interpretation, which is issued by a duly authorised authority; judicial interpretation, where judicial authorities make informal interpretations related to a specific case and which are binding for the case concerned and parties thereto, but which are not binding for the others, and; doctrinal or scientific interpretation, which is not binding on anyone, and is purely advisory in nature.

Within the scope of statutory interpretation, mention should also be made of literally interpretation, which occurs when the text and idea of the provision are identical, i.e. the provision is to be understood as it is written; extended interpretation of a statute, where the content should be understood in a wider

sense, and; limited interpretation, in which the text of the statute is broad, but its meaning should be understood in a narrower context.

Listed below are the methods of interpretation: logical interpretation, in which the idea of the statute is identified according to the rules of logic; grammatical interpretation, which involves the comprehension of a statute based on rules of grammar; historical interpretation, in which the idea of the statute is identified through the study of specific historical and social circumstances and analysis of documents. Of a systemic nature is identification of the primary meaning of the statute according to the location of the provision to be interpreted within the respective legal system. In the case of teleological or targeted interpretation, it is important to interpret the statute on the basis of the purpose of the provision by identifying its primary goal.

Custom, statute, judicial practice, precedent, interpretation of law – each of them contributes to the realisation of law in its own way. This is a case of mutual influence and mutual complementarity of the sources of law. Ultimately, law is created only by the process of its realisation, and thus the role of its “realisers” is of particular importance in this process. As a legal rule, a statute in the widest meaning of this term is the “interpreted statute” or “judge’s statute”, the “statute of the parties to legal proceedings”.

Legal qualification includes the legal assessment of a number of factual circumstances of the case by matching certain legal provisions to a specific case (essential factors). Naturally, the assessment elements prevail in the realisation of law, and the judge will enjoy a higher level of discretion.

#### 4. Judicial Precedent, as a Factor of Certainty and Stability of Law

Traditional English doctrine treats precedent as a means of securing the stability and sustainability of the legal order. Application of a precedent does not depend on the subjective discretion of a judge. Quite often it is of greater necessity for the law to be known exactly rather than perfectly, an ideal which in any case probably cannot be attained. When a judge delivers an opinion that contradicts precedent, preciseness and certainty of law are sacrificed to its rational development. It is quite risky to rely on such law. “A precedent which is not rejected may become the provision for many specific cases. Many may trust the validity of such a rule and relate to it their valuable property and other rights. Important agreements and long-term projects may be developed on the basis of this provision. It may become the basis for bilateral commercial relations and settlement. That is why justice is entitled to demand that even an incorrect decision having become precedent remain unchanged”.<sup>162</sup>

Judges in continental countries, similar to their English counterparts, always

<sup>162</sup> Demchenko, *Judicial Precedent*, Warsaw, 1914, 401.

longed for the stability of law. To this end he initially based his decisions on Roman law and codification rules, and later on the codes of the Napoleonic era. These circumstances made the European law certain to a particular extent. But in England there was no reception of Roman law, neither of the codes with their perfection, nor the form of written statements of law. Solid cement was necessary so that English justice did not remain variable and unstable. The solution was found in the doctrine of precedent, created by common law, the main foundation of which was stringency and certainty, as stated by Goodhart in his study dealing with the role of precedent in various legal systems.<sup>163</sup> The role of judicial precedent underlies the difference between various legal families. The family of common law was first created in England when judges were examining cases between individual persons, then it spread in the USA, Canada, Australia and other countries. The Roman-Germanic legal family was created on the foundations of Roman law, and the basic source of its law was the statute.

The basic principle, to be followed in the process of administration of justice, is that similar cases are settled in a similar manner. For the attainment of this common goal, the continental legal system and the common law system sought recourse to different methods. This very factor provides for the difference between them. Each of the legal systems chose different ways of evolution.

### 5. Basic Principles of the Doctrine of Precedent

The Oxford Dictionary gives the following definition of the general concept of precedent

– “an example or a case, which is taken or may be taken as an example or as a rule for the next cases, or with the help of which a similar act or situation should be certified or explained”.<sup>164</sup> Case law consists of the provisions and principles developed and applied by judges in the process of delivering judgements. In nearly all countries judicial precedent has persuasive force to some extent. *Stare decisis* means to decide in the same manner as it was done earlier. In the case law system, a judge must take account of the provisions and principles, developed in similar cases when considering a case, while in other legal systems, they are only information of which a judge may take account when delivering his own judgement. In England, the doctrine of precedent is characterised by a strongly binding nature. Quite often in England, judges are required to follow earlier decisions, even if there are sufficient reliable grounds, which, if not for the binding doctrine of precedent, would have enabled them to decide a case in some other way. Each of the English courts is obliged to follow the decisions of the court of higher instance, while appellate courts are bound by their earli-

<sup>163</sup> Goodhart, *Precedent in English and Continental Law*, London, 1934.

<sup>164</sup> Oxford Dictionary, Ch.V, 1977, 292.

er judgements. Until 1966 even the House of Lords was unconditionally bound to its earlier decisions, though presently it is authorised to change its judicial practice. The judgements of appellate courts are binding on the courts of lower instance and even for appellate courts. If the House of Lords sets forth a new legal principle once, it should be applied by all the courts until Parliament decides to alter it through the adoption of a respective statute. Nowadays the House of Lords is entitled to change its own decisions delivered earlier, and in this way it somehow competes with the supreme legislative authority in rule-making activities. Thus, English law is first of all the case law, with the statutory law playing a subsidiary role.

The principle that obliges us to follow the precedent is called *stare decisis*. In practice, though it is not an easy task to follow precedent. In a precedent it is not the entire judgement that is binding, but rather the principle of resolution of the case, which constitutes the essence of the legal position of the judge, and provides the basis upon which he delivers a judgement or a ruling. This part of the judgement is called the *ratio decidendi*. The other parts of the case which are not binding for the court are called *obiter dicta*.

The English doctrine of precedent is almost constantly changing. Despite this fact, it maintains three enduring features: respect for an individual judgement of the superior court; acknowledgement that the decision of such a court is binding precedent for the superior courts, according to the hierarchy, courts; lower courts regard individual judgements as binding precedent. General fields of English law are almost entirely the product of judicial decisions, the rationales for which have been published in court reports for seven hundred years now.

A judge who disregards his obligation to respect precedent will be subjected to unequivocal pressure, and if at some time such disregard becomes commonly acknowledged, the English legal system will then be facing a revolution of the largest scale.<sup>165</sup>

## 6. To What Extent Is a Court Bound by Its Earlier Judgements?

Law is mainly developed by courts of high instance (appellate courts). Establishment of facts is important for courts of lower instance, while for the courts of higher instance, questions of law are of primary importance. Judgements of the courts of lower instance, of course, are important for the parties to the proceedings, but they do not become an integral part of the common law. Judgements of special courts formulate principles that are fundamental in their specific fields.

Some time ago, judges and lawyers at the bar used to assert that the co-

<sup>165</sup> Gross, *Precedent in English Law*, 1977, 114.

urts were not creating law, but rather elaborating principles of common law. Even nowadays, there can be found some judges who do not wish to be regarded as developers of law. Despite this, against the background of speedy social transformations, the necessity of change of a statute is so great, that judges become obliged to develop the principles of common law in order to meet the requirements of the society. Presently, it is presumed, that judges of supreme courts create law, but primarily they develop existing, as opposed to inventing new ones.

Jillmord believes that the main task of a court is not the development of law in general, but rather the search for a fair (in the case of England fair and not lawful, G.G.) resolution of the dispute between the parties to a specific case. Consequently, the development of law depends on the particular situation that arises between the courts of respective instances.

The doctrine of precedent is based on the concept, according to which the judgement of a court of higher instance is upheld and considered as a provision of law until it is overruled by the court of superior instance of the same system or a parliamentary act. If a judgement is severely criticised by leading scientists and academic lawyers, it is better to have a stable legal provision than the confusion produced by controversial judgements. There are many cases, especially in trade dealings, when parties to a dispute prefer to know their exact legal position, as opposed to contributing to the further development of an ideal legal provision by the court. The doctrine of precedent is widely used at every level of judicial hierarchy, except at the highest instance.

A judgement in the capacity of a precedent may be binding or persuasive. This depends on the hierarchy of the court delivering the judgement.

Until 1966, the House of Lords believed that it was bound by its decisions. The prevailing opinion today is that in special cases it is entitled to overrule its earlier decisions. The Supreme Court of Australia is also not bound by its earlier judgements. The appellate courts of England are obliged to follow their earlier decisions.

The entire composition of the Supreme Court of the State Victoria, Australia, is obliged to uphold its own judgements, except for cases in which a special panel of five judges overrules the previous judgement. Though the court is not bound by its own judgements, it generally follows them, as their persuasive authority is of great value in defining the nature of legal provisions.

## 7. Ratio decidendi

### (To What Extent Is a Judgement a Precedent and How Does a Court Apply It)

In everyday life, factual situations rarely repeat themselves. Consequently, the factual details of actions, which only in certain cases may be fully identical,

differ from one another as a general rule. According to the doctrine of precedent, a court should uphold principles that have been established in previous judgements, and not the detailed factual situations of previous cases. In the case of *Donoghue v. Stevenson* (1932) the plaintiff asserted that he became ill after drinking soft drinks. After drinking the entire bottle of a soft drink he found remains of a snail in it. The plaintiff demanded damages from the manufacturer of the drink. With respect to this case, the House of Lords introduced the so-called principle "care for consumers". According to this principle, a manufacturer must realise that his negligence during the process of manufacturing drinks may cause damage to those, who drink them. The principle of care for customers was applied not only with respect to manufacturers and was not limited to the protection of customers against snails remaining in drinks, but was also applied in the case concerning the negligence of a producer of linen. For linen cleaning he used some new substances (which had been a step forward in production), but due to some negligence, they were not fully removed from the cloth. As a result of this negligence one of the customers suffered from skin diseases. In the case *Crant v. Australian Knitting Mills LTD* (1938), British Privy Council on Australian matters applied the principle developed in *Donoghue v. Stevenson*, and the manufacturer was found liable for damage caused to the buyer.

Lord Seid expressed his attitude towards precedents in the following manner: before establishing whether a judgement is to be overruled or not, I consider it necessary to be convinced that not only the ratio decidendi is incorrect, but also that there are some other possible grounds for upholding the judgement.

It is possible not to follow the precedent directly, to overrule it, or to dissent from it. Precedent may be rejected by the court of higher instance (the House of Lords and the Court of Appeals). A precedent may be rejected directly, through reference in the specific appellate decision, or indirectly, when a new provision is introduced without explicitly overruling the old provisions, and thus merely drop out of the game. Only a court of the same jurisdiction is capable of overruling a precedent.

### **8. The Role of Judicial Practice in the System of Georgian Law**

For the time being, it could be said, that Georgian law maintained the "rational" position of the Soviet lawyer towards judicial practice. The Soviet lawyer was able to give the following answer to the question: What is the role of judicial practice in your legal system? – This role is very important. To the next question: Is judicial practice a source of law? – The answer was quick and negative. However, the second answer excludes the first.

Pursuant to Article 4 of the Civil Code of Georgia, a court is not entitled to refuse the administration of justice with respect to civil cases, even when there is no applicable legal provision or it is otherwise deficient. A court is not entitled to refuse the application of law on the basis that it considers the provision of law to be unfair or immoral.

Thus according to the Code, the existence of a deficiency in a statute requires its removal by court, thereby providing an excellent opportunity for the development of judge-made law. Similar provisions can be found in the Civil Codes of the countries of continental Europe (Sweden, France). But both in both of these countries, as well as in Georgia, this provision does not have much practical implication. In our opinion, this situation is fully conditioned by the nature of the Roman-Germanic legal system, on the one hand, which is based on the theory of legal positivism, the view that a legal provision must be formulated in writing. On the other hand, the lack of legal traditions of this type is noticeable. Due to both subjective and objective reasons, judge-made law did not duly develop in our country. A certain distrust of judge-made law has also presented itself. On May 18, 2004, the Law on Amendment to Article 441 of the Civil Code of Georgia was adopted which provides the following: "Before the adoption of respective changes to the Law of Georgia on Relations resulting from the Usage of a Dwelling Place, the courts shall be required to suspend the consideration of disputes between the owners and inhabitants of the dwelling places, in addition, all enforcement proceedings shall be suspended, and the respective rights and obligations of owners and inhabitants with respect to dwelling places shall be maintained". A desire to make changes to legislation must not become the imperative for the suspension of the administration of justice. The most primitive way of removal of a deficiency of a statute would be to leave the case under consideration unconsidered due to the lack of a particular legal provision. The outstanding German Scientist Schnitzer was correct when he called this situation the bankruptcy of legal order.<sup>166</sup>

Along with the methodological approach, which concerns the legal aspect of the dispute, the problem of purchase of a thing from an owner without following the established formalities was known even to Roman law as bonitary possession under a concept of *Bonae Fidei* possession. The Roman Civil Law required the observance of certain formal acts for the transfer of a title *mancipatio* or *jure cession*. If these formalities were not observed and the thing was transferred only according to some tradition, the title was not transferred to an acquirer, the alienator remained *dominus ex jure quiritium*, while the acquirer of the thing used to become its possessor. Only through the expiration of a limitation period, was the latter able to acquire the status of *jus quiritium*. Although the acquirer was capable of possessory protection against not only third persons, but the quiritary owner as well, this possessory protection was

<sup>166</sup> Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, 1945, 237.

not final. For his part, the alienator was able to file a petition – *rei vindication*, the result of which was that the acquirer was obliged to return the property to the alienator. Praetors considered such a situation as unfair, as dishonest people could have benefited from this situation and received some gain, as they could have regained the property after alienation and the receipt of money. With a view to ending such unfairness, praetors began granting those who had received property the exception *rei venditae et traditae* (exception *doli* – type), thereby protecting them against the attacks of alienators. Then, in the last century of the Roman Republic, the Praetor Publicius issued the edict entitled *Edictum Publicianum*, which introduced a special type of action for such cases – the action of *publiciana in rem*. This type of action was related to the fiction of the limitation period having lapsed, and thus the possessors of property acquired from an owner without the required formalities were able to obtain a very strong possessory right, that protected them against both third persons and the quiritary owner. Thus along with quiritary property, bonitary property arose, thus, meaning that property acquired without formalities was able to become property of those who acquired it, in *bonis ejus est*, meaning that the property belongs to its owner according to analogous title.

Another example of Georgian judge-made law was the Decision of the Constitutional Court of Georgia, dated December 21, 2004. The constitutional Court considered an action concerning the constitutionality of the prohibition of the right to appeal against a decision of the lawfulness of a search and seizure and concerning the carrying out of investigative actions in emergency cases provided for by the Criminal Procedure Code of Georgia, related to the requirement of obtaining the consent of a judge in advance. In its decision, the Constitutional Court agreed with the complaining party that the relevant provision of Article 290 VII of the Criminal Procedure Code was acknowledged as unconstitutional – “A decision delivered by a judge (recognising the lawfulness of the investigative action carried out, G.G.) is not subject to appeal”, as is the case with the whole of Article 293 II with respect to Article 42 I of the Constitution of Georgia; Furthermore, under this decision of the Constitutional Court, the Parliament of Georgia was requested to develop and make respective changes and amendments to the Criminal Procedure Code of Georgia with due consideration given to the reasoning of the decision concerned. This has not yet occurred.

Thus, on the grounds of the Decision of the Constitutional Court, a constitutional right to appeal against a specific coercive measure applied with respect to an individual has been recognized. The courts thus face the dilemma of having to abandon a human right acknowledged by the Constitutional Court by noting the absence of particular procedural provisions, or making resort to judicial lawmaking (practice) by assuming the obligation to fill in this gap until the adoption of a special procedural law!

Judicial opinion is divided on this question. In one opinion, applications filed on the grounds of a particular decision of the Constitutional Court are not to be considered, as the prohibition against appealing such orders, acknowledged as unconstitutional, was not followed by the adoption of the required provisions that would have provided for the authority, place (in which court), timeframe, and procedure of considering such applications, the adoption of which is an explicit prerogative of legislative authority.

There are also judges who would accept the applications filed on the basis of the decision of the Constitutional Court for consideration, and would even consider the deficiencies on legislation to have been filled in through judicial practice. Which of the above decisions should be admitted as the correct one?

The Organic Law of Georgia on the Courts of General Jurisdiction provides for judicial protection of a right (Article 3). "Each person is entitled to apply to a court directly or through a representative for the protection of his rights and freedoms". We believe that Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms upholds the realisation of the right to a fair trial. In the determination of his civil rights and obligations, or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

According to the opinion of famous commentators of this Conventions, Gomien, Harris, Zvaak, due administration of justice has two aspects: institutional (independence and impartiality of the court) and procedural (fairness in examining the case). For signatories to the Convention, Article 6 establishes an obligation to act as opposed to a purely negative obligation, which, even partially, will require of the state concerned that it refrain from interference in the exercise of any of his rights by an individual. With a view to protection of this imperative obligation, parties to the Convention must develop and secure the operation of institutional infrastructure, which is necessary for the due administration of justice. In addition, the state is to uphold and adopt statutes and provisions that secure the impartial and fair consideration of a case by courts. Thus the parties to the European Convention should guarantee the protection of acknowledged rights through fair and public hearings in court.<sup>167</sup>

The Strasbourg Court has broadly interpreted Article 6 of the Convention, based on the notion that the rights secured by this Article have fundamental importance for the functioning of democracy. Under this understanding of the Convention, the right to fair and impartial administration of justice occupies such a central position in a democratic society, that limited interpretation of

<sup>167</sup> Gomien/Harris/Zvaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 1998, 305-309.

Article 6 I of the Convention would not be compatible with the goals and tasks of this provision (Delkur Case, 1971).

The right to the availability of judicial examination is a precondition for fair hearing. The right to a fair trial provides for its general features, which include the operation of judicial bodies, including those wide parameters according to which, ultimately, it becomes possible to judge about fairness of the examination of a particular case. But before making such an assessment, an individual is, first of all, to be able to achieve the consideration of his case. The European Court of Human Rights has considered several cases on securing the possibility of examination of a case of an individual by a court. In these cases, which concerned the violation of the right to court proceedings, there was a reference to one important principle that the state is not entitled to limit or prevent access to court in certain fields, or with respect to certain category of persons.

The French academician Maury considers that none of the principles of French positive law directly renounces the role of judicial practice in its capacity as a source of law.<sup>168</sup> In our opinion, such opinions of the French scientist are not justified. According to Article 5 of the Civil Code of France, a judge is to justify his decision through reference to normative acts that may not be limited to judgements delivered with respect to already considered cases (practice). The doctrine of the sources of law does not divide into basic and optional sources. As a rule, recourse to one of the constituents of the system of the sources of law is not sufficient for the regulation of legal relations.

Even more stringent is the approach of the Georgian legal system towards judicial practice. The Organic Law of Georgia on Normative Acts differentiates two types of legal acts. These are normative and individual legal acts. A normative is an act that embodies a general rule of conduct of permanent, provisional, or multiple application. As for individual legal acts, of which one type are court judgements, under this conception they are single occasion acts, and they must be compatible with a normative act. An individual legal act is adopted (issued) on the grounds of a normative act, and within the framework provided by the former. In fact, the non-recurrent nature of a court judgement in its capacity as an individual act, as well as its mandatory compliance with normative acts precludes the existence of case law (as a source of law).

Currently there are on-going attempts to change this situation. A draft Law on Amendments to Civil and Administrative Procedure is under consideration, which would provide for a new approach to the basics of limiting civil and administrative appeals. According to the submitted draft, the subject of appeal may be only those cases in which the judgement of an appellate court diverges from the practice of the Supreme Court, or which is a matter of principle for routine judicial review. However, even this approach to the problem has one

<sup>168</sup> Maury, *Observation sur la Jurisprudence*, 378.

deficiency. The question, of whether there is an obligation to follow judicial practice in Georgian law, remains unanswered. We do not employ the principle of *stare decisis*, under which previous judgements should be followed in order for similar cases to be resolved in a similar manner without a relevant provision or principle. But with the help of procedural legislation, we would introduce the non-observance of judicial practice as one of the grounds for the dismissal of a case. But still unanswered is the question, "Where is such an obligation and who imposed it?" Introduction of such a requirement without a material provision or specific principle would have to be devoid of legal grounds. In the opinion of one group of experts, the problem can be remedied by adding the following language to our legislation: "in the event of the essential similarity of circumstances (facts) between two cases, a court must deliver a judgement, identical to its own earlier judgement or judgment of a court of higher instance, unless otherwise necessary to secure the protection of rights and freedoms".

Consequently, in view of current circumstances, the primary purpose of the Supreme Court of Georgia should be the guaranteeing of dynamic, progressive and unifying interpretations of law that will play a decisive part in the reinforcement of legal security.

With a view to attaining this purpose, essential is the detailed reasoning of Supreme Court and Constitutional Court judgements, in order that these judgements reflect the applicable legal and constitutional provisions, as well as those practices, developed by the courts.

The Supreme Court must exert control over the Constitution and legislation, including international instruments of legal importance such as the European Convention for the Protection of Human Rights, which will finally result in the unification of law. Taking due account of these functions, the Supreme Court must become solely a court of appeals, the main function of which would be the dynamic interpretation of a statute, and thereby securing the uniformity of judicial practice, the maintenance and protection of fundamental rights.

## 9. Precedents in the Practice of the European Court of Human Rights

How close does the European Court of Human Rights follow the doctrine of *stare decisis* and is it bound by its earlier judgements? In the opinion of the Chairman of the Court, Lucius Wildhaber, this issue has seldom been disputed.<sup>169</sup>

There are many reasons for following precedent. As stated by the Strasbourg Court in the *Koss* case, this is done "in accordance with legal certainty and the Convention, with a view to regular development of case law". Differencing settlement of similar cases may lead us to inequality of citizens before the law

<sup>169</sup> Wildhaber, *Case Law of the European Court of Human Rights* (Russian translation), 2001, 12.

in some manner. As a result, the legal interests of those who depend on courts for their protection may be violated. Different settlement of similar cases means the disregard of self-restraint on judicial power, a concept that derives from the principle of separation of powers, as the principle of the rule of law. Thus, the practice of following the precedents is not only compatible with the independence and impartiality of courts, but also is the manifestation of this judicial policy. According to the English doctrine of precedent, each court is to be guided by *ratio decidendi* of a similar case resolved by a superior court, while appellate courts (excluding the House of Lords) are bound by their previous judgements.

Researchers of the law of continental Europe often state that the English system is very static and mouldy. Probably, they do not notice that there are substantial exemptions from the principle of *stare decisis* (mandatory force of precedent).

Within the framework of the common law system, judges always try to justify their decision while, treating the facts of the case impartially. On the other hand, judges of the continental European legal system rationalise their decisions wilfully, based on the abstract provisions and principles of law.

Since 1966 the House of Lords has been entitled to deviate from its earlier judgements, if so required (actually the House of Lords has overruled its previous judgements 8 times during the period 1966-1996). The differences between the facts of two cases, within reasonable limits, enable the court to consider them as different from each other, and thus avoid the application of the principle of mandatory compliance with the precedent. On the other hand, the English jurists may be misled by European authors and judges who assert dogmatically that only a series of court judgements may become legally binding, as this is the way of formation of customary law, and that judges are thus not and must not become lawmakers. According to the Wildhaber's assessment, such observations must be considered as unilateral. In such cases, it is not taken into account that judges from continental Europe regularly and habitually follow the rules of precedent, both their own and those developed by the courts of appellate jurisdiction.

There is definitely a difference of opinion among authors as to whether court judgements are to be regarded as a source of law. They often attempt to stress the primacy of statutory law, manifested in legislative acts, over the court judgements. As soon as this primacy is admitted, the majority of the authors of continental Europe agree that, for practical purposes, court judgements are *la loi du moment*, (statute for specific cases)<sup>170</sup>, *une autorite de fait* (actual power)<sup>171</sup> and have "implied", "limited" or "conditional", mandatory force. They

<sup>170</sup> Zambeaux, *Le Precedent Judiciaire en Droit Penale*, 198, 354.

<sup>171</sup> Jean, *Le Precedent Judiciaire en Droit Prive*, 198, 124.

are ready to admit that it is mandatory and natural to follow precedent.

There is nothing mechanical in the doctrine of precedent. The Court of Human Rights has stated that it will deviate from its earlier judgments when there are "credible grounds" for this.

"In order to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal changes and remains in line with present-day conditions" (Cossey case, 1990), other courts as well have stated that they are ready to deviate from precedent, if it is necessary. The House of Lords of the United Kingdom admitted that "very strict protection of the rules of precedent may lead us to unfairness in a specific case. It also restricts the due development of law without any grounds".

The Supreme Court of Australia has stated that it was ready to create new precedents if any court judgement was "manifestly wrong and its observance would have been detrimental to public interests". The Swiss Federal Court replaced the earlier existing criteria – "doubtless indisputable grounds" with "material and objective reasons" for overruling its previous judgements. The German Federal Constitutional Court requires "new facts", "fundamental change of living condition or legal concepts", in addition to a "change of social ideas".

The Supreme Court of the United States requires "force majeure", "special circumstances" or "special reasons" for deviation from and non-observance of previous judgements.

These issues are also discussed within the European Court of Justice. There are frequent disagreements with respect to the issue of whether it is necessary to follow the court's earlier decisions. It is not unusual for an international court to apply numerous international rules and traditions. Also, opinions may differ about the idea of a precedent itself: it is possible to make recourse to a single case as a precedent, or whether there must be a series of decisions; when case law becomes customary law, how can we define and find the *ratio decidendi* (reasoning of the judgement); is the generalisation the essence of precedent or rather must specific facts of each of the cases be stressed. There are also different opinions concerning how frequently precedent must prevail: always or ordinarily. In Wildhaber's opinion, it is not surprising, that the case law of the Strasbourg court does not give precise answers to these questions. Wildhaber considers that precedent should be followed regularly, but not permanently, as it was elaborated in the case of *Mirehouse v. Rennell* – "for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty", precedent should be followed habitually, unless they are "plainly unreasonable and inconvenient". One major case, such as the *Marck Case* (1970), *Klass Case* (1978), *Sunday Times Case* (1979), etc. may make one particular decision equal in value to an entire line of minor cases. Precedent should be followed even before it is possible to be sure whether it has indeed already become customary law. Sound judicial

deliberation requires a decisive and logical justification of the decision of the court, and that it be worded in such a manner as excessive deviation from the particular facts does not become common.

Finally, it can be said, that the routine regime of the European Court of Human Rights is to follow its own precedents. If the facts of a new case qualitatively differ from previous cases, the court actually separates itself from earlier cases and delivers a new judgment.

## CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS, DYNAMICS AND STATICS IN LAW

All legal systems require a static foundation. The rules of objective law are being created in order to strengthen the well-known order of public relations whereas social activities and events are very dynamic in nature and are never able to be fully legalised within rational schemes of rules. This kind of conflict between the static nature of legal systems and their dynamicity within are particularly visible during great social cataclysms. Any legal provision is designed for a well-known factual situation and created with the assumption that the situation will develop in a more or less defined and possible way. The clause on a change of circumstances is typical to any legal provision; that is, the *clausula rebus sic stantibus*. If there is a fundamental change to the circumstances for which the legal rule is designed, the main idea is often lost and a strict adherence will not lead to the objective to which it was aiming.

2. Time has shown that the formal-legal approach is not appreciated nor respected during major socio-political cataclysms.

Because each and every case has its individual features and with it being impossible to cover an irrational flow of social relations with rational legal rules, judges cannot be strictly limited within the narrow framework of formal law but, rather, allowed to consider each case by its essence; that is, to assess the case freely. Assessing legal events separately from social changes would lead to a total isolation from the reality of the situation but it is also impossible to change the legal-normative approach because it would mean a negative answer to any legalisation. It is impossible to fully rationalise the social changes and, at the same time, to refuse any legal regionalisation. Both approaches contain some truth and some grounds.

3. Every person, first of all, needs to have the rule of law defined and, secondly, to have it stable and secure. He should know in advance what to do and how to do it. It is necessary for the individual to have a clear understanding of his rights and duties and, in general, his place inside the state organism. This very interest of a human being to have the mandatory rules defined in advance and to have them remain stable served as the grounds in world history for the writing of one of the first legal manuscripts, the *Leges XII Tabularum*.

The history of the creation of the Law of Twelve Tables dates to the period of the beginning of the Republic wherein the uncertainty of customary law was one of the reasons for the conflict between the Plebs and the Patricians. The application of the law was in the hands of Patrician magistrates and its uncertainty allowed its abuse by the Patricians. To this end, the first demand of the

Plebs was to make a set of statutes in a clear written form. In the year BC 462, the Tribune C. Terentilius Arsa proposed the setting up of a commission for the preparation of a set of laws which, in the form of The Law of Twelve Tables, consisted of ancient Roman customs. In fact, Decemvirs formulated and codified these customs and, for the sake of common certainty and understanding, only seldom added new provisions. The technique of a written formulation of mandatory rules was so successful that The Law of Twelve Tables later became a foundation for the National Roman Rules System, the *Jus civile*. The Civil Law developed in two directions; that is, a new legislature and the practical interpretation of The Twelve Tables which was done by pontificates who were the first lawyers and law commentators. Their role gained even more significance by the fact that, pursuant to Roman traditions, the statute had to be adopted or repealed wholly without any amendment. Rather than constantly making changes to the statute, it was preferred to have its new interpretation and application.

4. For the purpose of a universal understanding of the law, static-dogmatic and dynamic-teleological trends have begun to merge in Western Europe.

A normative, static system of law needs to include a dynamic element and to allow a space through which new social relationships would be legally formulated. Such a space for the law is the clause *rebus sic stantibus*. It is the principle of dynamicity in the legal system; that is, the rational notion about the irrational which enlivens the law by approximating it to the realities caused by changes.

To overcome these kinds of problems, private law has several mechanisms within its scope. There is, for example, the presumption of "release from performance" or "release from liability" where the French notion of *force majeure* has prevailed. This, however, does not exactly pertain to the French *force majeure* or other national doctrine. In English law, this notion has a rather artistic name, the Acts of God and Kings' Enemies.

5. Any contract obliges the parties to keep the promise within. Suppliers and customers want to see civil agreements successfully performed, for example. External circumstances, however, could make the performance impossible or entirely change the financial accounts of the parties involved. A typical clause on *Force Majeure* provides for the grounds of release from liability in cases where performance is, in fact, impossible. On the other hand, the clause *rebus sic stantibus*; that is, a change of circumstances, is applied if the terms and conditions change to the extent that performance is not impossible but extremely difficult for the party. Such a clause is necessary especially in consideration of large-scale and long-term contracts.

During the implementation of such contracts, economic, political and factual conditions might change fundamentally within and make the project unworkable. To solve this problem, the scope of private law provides parties with two formal alternatives in the formation of contracts. The first one derives from the conditions of release from liability; the clause of Force Majeure releases the party from contractual penalties and causes the suspension of performance and the termination of the contract.

Clausula rebus sic stantibus, the clause on the change of circumstances, provides for negotiations on adaptation of the contract; that is, a review of the contract's terms and conditions to allow the prolongation of its performance.

The International Chamber of Commerce confirmed the existence of both clauses and recognised the importance of its implementation for any national legal system. According to this organisation, the clause may appear directly in the contract, if it is an international contract, or in a general reference within.

6. The International Chamber of Commerce has elaborated model principles, under which a party will not bear the responsibility for non-performance of any of his obligations, if he proves that:

- Such non-performance was caused by an impediment which is beyond the reasonable control of that party;
- He would not have been able to reasonably foresee and provide for the circumstances concerned or the consequences thereof at the time of conclusion of the contract;
- He was not able to personally prevent or overcome such impediments or, at least, their consequences.

Such impediments may be caused by the following events which include but are not limited to:

- a) international and civil wars, riots, revolutions, sabotage or piracy.
- b) natural disasters, storm, cyclone, hurricane, earthquake, landslide, flood.
- c) fires, explosions, destruction of factories and plants.
- d) strike or boycott, any form of lockout, delay and suspension of works happening in the undertaking of the party requesting the excuse.
- e) acts of governments or any other acts of authority whether lawful or unlawful, impeding the performance of obligations assumed by the party under the contract, unless the party has assumed this risk from the beginning.

Unless otherwise provided for by the contract, Force Majeure impediments do not cover the unavailability of permits, licenses or exit visas or a necessary permission for the performance of a contract to be issued by the state authorities of the party which claims to be released from liability. Under the practice of the International Chamber of Commerce, Force Majeure does not apply in such cases.

7. At times, the performance of an obligation, physically or legally, might become impossible independently from the party's will. If an earthquake, for example, has destroyed a factory where goods were being produced, it then becomes physically impossible to perform the obligations of the contract within the time frame assumed or it can be that the performance becomes legally impossible if a decree on the prohibition of export is adopted after the conclusion of the contract. Such cases may be covered under one general impossibility; that is, the notion of Force Majeure.

Unlike Force Majeure, performing obligations means that it is sometimes necessary to overcome the occurred impediments imposing an additional burden upon one of the parties. In the case of a long-term contract on the supply of oil at fixed prices, for another example, and in light of a continuous increase in the prices which is financially destructive for the supplier, the party may refer to a hardship clause as grounds for justifying the non-performance in civil circulation in such circumstances in that it is a violation of the principle of equivalence.

8. Article 398 of the Civil Code of Georgia stipulates an adjustment of the contract to changed circumstances: "1) If the circumstances that constituted the grounds for execution of the contract have evidently changed after execution of the contract and the parties, had they taken these changes into account, would not have executed the contract or would have executed it with different contents, then it may be demanded to adjust the contract to the changed circumstances. Otherwise, taking into account the individual circumstances, a party to the contract may not be required to strictly observe the unchanged contract. 2) It is the same as a change in circumstances when the understandings, which constituted the grounds for execution of the contract, have turned out to be incorrect. 3) In the first instance, the parties should try to adapt the contract to the changed circumstances. If such adaptation is impossible, or if the other party does not agree to it, the party whose interest has been harmed may then repudiate the contract".

In addition, a further significant aspect of the Georgian Civil Code is the special regulation on repudiation of a long-term relationship of obligation (Article 399). Any party to the contract may, on legitimate grounds, repudiate a long-term relationship of obligation without observing the time period fixed for the termination of the contract. The grounds are legitimate when, taking into account the specific situation – including Force Majeure and the mutual interests of the parties – the party seeking to terminate the contract cannot be obliged to continue the contractual relationship until the lapse of the agreed period of time or until the expiration of the period of time fixed for the termination of the contract.

9. In our opinion, private law is more dynamically resourceful than public law where statics, prevail over dynamics. This is also significantly conditioned by the fact that private law consists of discretionary rules whereas public law has peremptory rules. Despite such an inequality, it should be mentioned the problem related to the need of adjustment to a changed social relationship exists in both fields of law. Public law has tried to compensate for the lack of formal principles of adjustment to changed circumstances by developing judge-made law.

On the other hand, we think that the development of "judge-made law" was strongly inspired by the imperative nature of public law with its strictness and firmness of rules and its clarity compared to the flexibility of private law. Presumably, and for this reason, public law has paved the way to "judge-made law".

A further theory could be added to the plethora of theories regarding the separation of public and private laws: in private law, the balance of dynamicity exceeds a static character whereas a static character and absolute clarity significantly exceeds dynamicity in public law. Compared to public law, private law has more resources to adjust to changed social and legal relationships. The set of legal tools includes, besides the discretionary rules, all of the institutions: Force Majeure and Clausula rebus sic stantibus and the adjustment to changed circumstances as well as the presumption of a violation of long-term contracts which allows the solution of the problem without legislative changes. On the other hand, the scope of public law, in terms of adjustment to changed relations and overcoming the barriers encountered in the protection of legitimate interests, is rather small and problematic. In this regard, it could be said that the solution of its permanent "backwardness" falls mostly within the concept of "judge-made law".

10. The matter of the "dynamicity" and "static nature" of law is not an alternative but a proper combination of these elements. Both are necessary to solve the missions of the law: flexibility and extent and to meet the requirements caused by historical changes and social conditions. There is a need for clarity in order to create more or less of a permanence under the stabilising influence which can protect the public against permanent, unforeseen and uncontrollable changes. These elements should be combined in order to achieve the set goals. Stability should not become a barrier where manoeuvring and progress is necessary so as to avoid any progress falling out of the legal regulation framework. Dynamicity should not degrade and eliminate the clarity capable of becoming a stabilising influence otherwise the task to create a legal basis of social coexistence will fail. A change of legal rules becomes necessary only if their extent and flexibility prevents the solution of the set task.

11. According to Konrad Hesse, one of the great Constitutionalists, the more precisely and comprehensively the constitution is objectively regulated, the more often and rapidly is the change of a constitution needed. "Amendments to a Constitution" shall be understood as a modification of the text of a constitution. "Violation of a Constitution;" that is, the derogation from the text of a constitution, should be distinguished in certain cases from "constitutional derogations" which refers not to the modification of the text, as such, because it remains unchanged, but to the concrete definition of constitutional rules which, having the extent and flexibility of many constitutional provisions, may lead in changed circumstances to different consequences and, therefore, facilitate "derogations."

The problem of amendment of a constitution becomes actual where the possibilities of "constitutional derogations" are exhausted. If constitutional amendments are complicated, and there is only a restricted possibility for derogations, then we can speak about the static character of a constitution. Moreover, if the contents of a constitutional rule are prescribed explicitly, then it is difficult for the constitution to fulfil its tasks in the historical reality of social life. The situation is no better when a constitution, in which derogations take place only in rare cases, can be amended at any time and without any complications; that is, when it is "flexible." Such a decision, however, allows the possibility to quickly adapt to the uniqueness of the text of a constitution although the constitution, serving as the main legal basis of social existence, will fail to fulfil its tasks because of significantly losing the stabilising influence.

On the other hand, if the text allows for a certain freedom of constitutional "derogation" but the amendment of constitution is complicated, then it meets the idea and goals of a constitution. Such a decision means that there is some flexibility and stability at the same time which allows the constitution to properly implement the function of a stabilising influence and a reflection of occurring differences throughout the whole country.<sup>172</sup>

12. Throughout its two hundred years of history, the US Constitution has undergone twenty-six amendments. What is the secret of the stability and permanence of this constitution? In this regard, the role of the US Supreme Court in the US legal system should be analysed: the constitutional doctrines of the Supreme Court became the Constitution of the USA. Nothing amongst the fields of American law is so much the product of the Supreme Court's legislation as is the constitutional law and the Supreme Court's legislative function is more effectively and extensively implemented in the field of constitutional rules which, by means of court decisions, systemati-

<sup>172</sup> (Hesse, *Fundamentals of German Constitutional Law* (in Russian), 1985, 123).

cally adjusts to changing political and economic conditions.

On the other hand, the mechanism of amendment of any rule, including the constitutional one which is formally established in the constitution itself, by its actual meaning falls behind the Supreme Court's legislation both in German law and American constitutional law. The major part of the actual constitution is the result of the work of a judicial authority. We can prove that all constitutional amendments taken together, as well as legislative changes, have failed to make an exhaustive and multilateral influence on the US legal system when compared to the constitutional doctrines of the Supreme Court. According to the Chief Justice Hughes, "We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is".

13. The special role of the Supreme Court in the field of constitutional legislating is conditioned not only by its unique governmental authorities but, for the most part, also by the characteristics of the US Constitution of 1787. This document bears the nature of political compromise and is small in size and laconic in wording. It reflects the ideas of "social contract" and "separation of powers" of the 18th century as well as a quite unclear legal language which was typical of that time. American statesmen say that "the Constitution stands between the most incompatible, vague and incomplete statutes. Due to a lack of clarity, it is more a political than a legal document".

This very incompleteness and legal uncertainty of important provisions of the US Constitution, apparently, is a very convenient feature which has conditioned its adaptation, feasibility and sustainability. Today it is the oldest of all existing constitutions thereby establishing the cult of the constitution which has become the Bible of American society and a national political symbol. This has also been supported by the Supreme Court. The Chief Justice, Warren, stated: "Any nation must have conscience, the American nation's conscience is its Constitution and the Supreme Court protects it". Ultimately, the main reason for the stability of the US Constitution is its instability. Americans proudly say that in the history of civilisation, it is only the Bible, the Koran, the Digestae, and the US Constitution where each rule within became the subject of universal discussion and interpretation.

14. Today, judge-made law has become not only the law of the Anglo-American common law countries but an integral part of entire legal theory. Its concept, however, continues to be the subject of heated debates about which a whole line of theories and trends have developed.

Nevertheless, what exactly is "judge-made law?" In the most general terms possible, the subject of this concept is the court's function to legislate. Its immediate goal, however, is not so much to show the role of court

practice in the historical formation of legal systems, the mechanism of case application and the impact of court practice on the legislature but, rather, to overcome the general principle of "judge obeys the statute." The supporters of this concept consider that it is the judge, and not the legislator, who most perfectly communicates the law and, as such, requires a significant expansion of his terms of reference. This means, namely, authorising the judge to decide the case "against the statute" (*contra legem*) and to undertake the leading role in the field of legislation. Along with increasing the role of legislature in Anglo-American countries, the definition of "judge-made law," formerly related to the case system, is now applied more in regards to the specific case as grounds for a potential refusal on the application of the statute.

In continental law countries, the critique about statute and dogmatics has reached its zenith where the old perception of the judge has been abandoned and where the judge is now regarded as a "social architecture" because only he is able to speedily and explicitly decide legal problems created by our complicated industrialised and fast-paced society.

15. The predecessor of the idea of "judge-made law" could be considered to be the theory of the "freedom of discretion of judges" which originated at the end of the 19th century in the situation of sociological jurisprudence. Together with the similarity of the "freedom of discretion of judges" and "judge-made law", however, there are differences, too. The requirements of "judge-made law" become more and more radical with the scope of its application having significantly expanded at present time.

The efforts "to tie the hands" of judges have become incompatible with rapidly changing social relationships and the need for their regulation. Considering the growth pace of legislatures, however, as, for example, in Germany where each Parliamentary Legislature adopts 400-500 new statutes, a strange picture appears. The activation of a legislator's action is accompanied by the conflict of the statute and the judge wherein there is an intention to turn the judge into a leader of social development; that is, the real lawmaker.

The success of the concept of "judge-made law" is significantly conditioned by the legislature itself:

a) covering a large amount of flexible rules and notions which allows for miscellaneous judgment and interpretation. b) adoption of certain compromise statutes (which reflects parliamentary political powers), almost always could be understood and specified at the judges' discretion. c) increase of legislature in number leading to its "inflation" to some extent and disallowing judicial manoeuvring. Supreme judicial bodies will firmly establish the way of "judge-made law". The German Federal Constitutional Court states that it will guide, along

with the Constitution, with supra-legal principles with other systems of German justice having followed this example.

16. There are scholars who discuss the existence of "judge-made" law, not in opposition to the statute and lawmaker, but as an immanent requirement for the feasibility of positive law. Without the active lawmaking role of a judge, a country's legal system would become stagnated and fail to develop properly. Legislative law does not at all exclude the "judge-made" one. On the contrary, it needs "judge-made law" in order not to solidify (Haudte, *Naturrecht, Richterrecht, Gesetzesrecht*, 1974, 123).

Leon Duge, the famous French Constitutionalist, said: "I belong to ones who think that law is only slightly a creation of a lawmaker; positive statutes, stringent texts of codes may remain untouched: by force of subjects, by influence of facts, by practical requirements, new legal institutions continuously originate". The law texts remain but they lose their power and life as a result of some scholars or a new interpretation which give them a degree and importance which they did not have when they were drafted by the legislator. The legislator is no longer the only and dominant maker of law.<sup>173</sup>

17. Where does the "judge-made law" find its use in the interpretation of a statute or in the laying down of a new rule? Both approaches have supporters and critics. Hale said that court judgements have a considerable weight and authority in the declaration of a law, especially if they coincide with previous judgements. They do not, however, create their own law because they "are less than law." Law is independent from judicial manifestation.<sup>174</sup>

The American scholar, Soper, noted that legislators lay down the law and judges "find" it. The judicial reading of a statute becomes a precedent but only a so-called "precedence of interpretation." Precedence of interpretation is different because it is based upon the statutes. Precedents of interpretation can fundamentally change the contents of statutory law with a possibility for the contents of statute and the contents taken by judges to become very different. This opinion is justified by the English scholar, Walker, who stated that: "Legislature as a source of law is in a less favourable situation because a Parliamentary Act needs judicial interpretation which then becomes a court case. Therefore, things would become easier if parliamentary legislature would be considered as a source of law superior than precedence".<sup>175</sup>

Currently, the supporters of positivism acknowledge the fact of "judge-ma-

<sup>173</sup> (Duge, *General Transformations of Civil Law since the Code of Napoleon* (in Russian), 1910, 33).

<sup>174</sup> (Hale, *The History of the Common Law in England*, 1971, 207).

<sup>175</sup>. (Walker, *The English Judicial System* (in Russian), 1980, 112)

de law." Case law is law consisting of rules and principles laid down and applied by judges whilst making decisions.

The school of analytical positivism acknowledges the court case as a source of law whereas the supporters of sociological trend intend to make the entire law one of being "judgemade". It is analytical positivism which prevails in Anglo-Saxon law whereas it is sociological positivism in the USA.

18. Naturally, "judge-made law" is not acknowledged on a legislative level. Following the example of the famous rule within the Swiss Civil Code that stipulates that in the absence of an applicable legal provision, the judge shall not be allowed to refuse the case and shall decide it according to the rule which he would establish as a legislator, this provision may become disputable as well. Only the Constitution of India stipulates that judgements of the Supreme Court are binding. Before 1966, the English House of Lords was also attached to its past judgements but, since its abolishment, the English practice did not develop in favour of precedents. In Canada, one part of surveyed judges thinks that the principle of judicial precedent is a legal provision whilst others believe that it is a custom or conventional rule established by the law.

19. Roman law directly affected the establishment of the continental legal system (Roman-German law) unlike the common law (English law). This provision needs to be specified. However paradoxical it may be, the technique developed by English judges is close to the instruments of Roman law. According to Zweigert-Kötz, "Lawyers of both common and Roman law avoid generalisations and, if possible, notions, too. Their method is an active casuistry. They move from one particular case to another and try to establish an effective mechanism of regulation for each of them".

English lawyers note that the English judge intuitively came to the Roman law techniques a hundred years ago. "Active casuistry" influenced the characteristics of the "common law" system. Herein, this refers to legal continuity, the characteristics of the notion of the rule, the structure of law and the system of sources.

Although declaring itself a successor of Roman law traditions, the Roman-German law still denied "the active casuistry" and accepted the rule of law. It recognised, then, the concept *res judicata* according to which a court judgement is binding only for parties to the case.

20. The whole system of law should be seen in the light of the principle of equity. The compulsory correlator of this principle is some uncertainty of its rules. It is not always possible to find a solution of individual cases in it such as, for

example, when determining the sentence in criminal law, the civil law solution often depends on judge's discretion.

The following civil-political prerequisite served as basis for the famous German Civil Code.

The authors of the Code outlined three principles:

a) The statute should be impartial.

b) The statute should strive to achieve material and not formal truth.

c) The statute should give a wide scope to judicial discretion so it is possible to define parties' relations on a fair basis.

This new trend reflected in the third principle prevailed throughout the entire legal atmosphere and became a kind of *communis opinio* and re-evaluated old doctrines and principles.

In a spiritual world, factual victory is sometimes not enough and the winner often wants to justify himself and theoretically substantiate the success. This need was felt by the new theory on the role of judges wherein numerous observations were made to justify themselves theoretically.

21. However far the sceptical attitude towards the statute and interest of a judge's particular legislative activity goes, it is clearly impossible to free a judge from the clear and definite rules of the statute. If the idea of the law does not cause doubts, then the judge can only obey even if this idea significantly conflicts with the judge's opinion on impartiality or reasonableness. "If we allow a judicial review of the statute," said Gény, a prominent French theorist, "it means the legalisation of legal anarchy".<sup>176</sup>

The judge's role of legislative activity applies to cases wherein the statute neither directly specifies nor provides for a lawmaking rule and where, for this reason, there is a need for filling the gap of the missing will of the legislator. The topic of scientific research becomes the subject of finding the best method of filling such a gap; that is, the issue of a more reasonable method of interpretation.

22. If the legislator is unable to follow the development of social relations, there is an urgent need to involve a judge as a living regulator and to give him discretion but it should not be a totally free, absolute and independent judicial subjectivism. Such subjectivism would come into conflict with the objective legal order. For a logical judgement and substantiation, the judge should guide with rules not from himself but with those existing independently from the outside and with absolutely objective sources.

The absolute majority of researchers consider that the statute enjoys a dominant position herein even though it is not able to individually provide for

<sup>176</sup>. (Gény, *Méthode de interprétation et source en droit privé positif*, Paris, 1899)

every case. The statute is merely an initiative of a competent authority providing for the trend and general guidance for what to do and how it should be done.

The meaning of guidance should not be overwhelming as in the case of prevailing doctrine. Statutes always speak generally and do not take account of innumerable clauses which we have to fill through other ways and means. The prevailing doctrine for the solution of this problem required the true will of a legislator as much as it can be achieved by the well-known techniques of the interpretation of legal provisions.

23. According to Gény, the main methodological mistake is hidden exactly herein. The statute itself as an authoritative guidance is the conclusion of a competent government which is the supreme source of all statutes and laws – of the nature of subjects, the “nature des choses,” according to which a substantive legal system is another arrangement – with the supreme nature of subjects consisting of rational principles and having a stable moral meaning. With an absolute impartiality binding for a legislator, it is binding for the judge, as well where the gaps of substantive sources force them to create the law themselves. To define the nature of these subjects, the judge needs to have a broad background of knowledge and perform tremendous intellectual work in each particular case. Besides analysing the facts, like a legislator, he must carefully analyse the essence of the social events he is facing and identify the interests and the statutes on their probable harmony. The work is extremely difficult but there is support for the judge as appears in tradition and authority; that is court practice and jurisprudence.<sup>177</sup>

24. Lambert, another researcher in this field, believes that one should base himself upon comparative law, not natural law, for the method of interpretation of a statute and base himself also on the laws of modern cultural states in equal social and economic conditions. In this respect, it is important to study related legal systems which will show the creators of national law the opportunities which, in other countries, regulate one and the same legal problem. The most useful examples from within these opportunities will be received naturally and cause a general internationalisation of law. In this way, an international general civil code could be developed which could become a common and impartial source of development of any national law through either legislature or interpretation.<sup>178</sup>

25. Saleilles criticises natural law and believes that the judge will be left with only pure subjective judgment and individual opinions about justice and morality in search of a solution. It would be wilful, and we should be afraid of wilful interpretation of a statute, if judges base their decision upon their own opinions about

<sup>177</sup> (Gény, *Méthode de interprétation et source en droit privé positif*, 1899, 290)

<sup>178</sup> (Lambert, *La Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris, 1903, 178)

justice, morality and religion. In this case, we will have a judge who is an agent of social anarchy.

The free interpretation and wide authority that we require from judges is permissible only if it can give some objective grounds for such interpretation.

Imperative elements that a judge must use and seek should necessarily have an objective reality independent from the subjective cognition of those who use it. Such objective elements, in the opinion of Saleilles, could be sought by purely positive ways in the following three fields: legislative analogy, public legal awareness and comparative law.<sup>179</sup>

26. Legislative analogy tries to find the basis for judicial evolution by establishing the legislator's true or possible will. Comparative jurisprudence is also of great importance. One and the same legal ideas originate almost similarly amongst all peoples being on equal economic and social development levels. These ideas might not be as sophisticated and established in one nation as they would be in another. By taking the foreign legislation into consideration, the judge would merely supplement the ideas of its own domestic legislation.

The third and most important guide for judges should be the public legal conscience. Social life is permanently evolving and social conditions are changing and, simultaneously, so do the views of those who are especially interested in maintaining the status quo. Ideas do their work and nothing, even the interests conflicting with them, can stop their movement. Gradually, the attempts of compromise and tolerance appear, even by masters of the situation, or dissatisfaction will result. This is how a new legal conscience originates and establishes itself and where the role of the judge first appears. There are those who are ready to compromise and those who oppose new ideas, merely following the lead of others, even amongst the objectors of the future system. The noble and social role of a judge should be to seize this opportunity, to realise that the conditions have matured for changes and to initiate these matured changes (*consiliateur social*).

The judge will convert what was the ideal of the minority into an ultimate custom with such careful attempts helping to adapt new social conditions to life without radical transformation and turning the law, in the hands of a judge, into an instrument of social progress.<sup>180</sup>

27. The German, Rudolf Stammler, joined the dispute regarding role of judge's lawmaking activity. According to him, the doctrine of judicial margin of appreciation shall not mean purely personal and subjective appreciation. The law applies to its subordinates, it strives to stipulate their behaviour within the well-known order of coexistence, it seeks how to make an individual's behaviour dependant on a third person's potential decisions based on his subjective,

<sup>179</sup>. (Saleilles, *De la Declaration de Volonte*, 1919, 109)

<sup>180</sup>. (Saleilles, *De la Declaration de Volonte*, 1919, 286)

discretionary opinion. Would it mean the same as the famous Arab proverb: "A Christian will understand the Islamic law on the way back from the court". Would it mean to require the subordinates "to behave the way the judge would later decide appropriate?" (Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, 161).

Stammler, unlike another French scholar, also tried to pave a new, personal way with his guide being the idea of law of equity. Law is nothing else but an attempt to regulate coexistence according to a social ideal. This social ideal was a supreme source and a determinant of the work of both a legislator and a judge and he should draw the norms for his decision from this reality. A social ideal can only be a society where each person is considered an end in himself with a society characterised as a community of free willed persons or *Gemeinschaft der freiwillenden Menschen*.

28. The dispute was coloured by the involvement of Ehrlich who believed that a judge's discretionary lawmaking (*Rechtsfindung*) is inevitable and even theoretically absolutely legitimate. The proverbial Achilles' heel of this question is to ask where the guarantees are that this discretionary lawmaking would not turn into self-will and judicial anarchy or judicial tyranny. Ehrlich's answer to this is brief and laconic: there are none and cannot be any other guarantees of justice but a judge's personality. Since the centre of gravity of jurisdiction has been artificially moved to legislature, it became possible to popularise the opinion that a judge is required to have the degree of intellectuality and moral power which greatly exceeded the normal level for the fulfilment of his judicial tasks. Not everyone succeeded in achieving this level or showing in practice the ability to comprehend the most difficult paragraphs. The principles of instances and that of collectivity totally destroyed the individuality.<sup>181</sup>

Personality has always left a mark on the judiciary and at all times was influenced by contemporary social, political and cultural movements. The only point is not to regard this fact as wrong \_even unavoidable\_ but that we should welcome and try to understand that the person who happened to have this role should deserve it. The problem of free lawmaking, then, is the problem not of substantive law but the problem of selection of judges; that is, of a judicial system which should ensure to open the way to strong persons.<sup>182</sup>

29. There are two types of interpretation; namely, interpretation *pare les principes* and interpretation *les precedents*. The first, the traditional method of interpretation, originated where the legal opinion emerged from Roman law. It reflects the idea of the supremacy of the statute and derives from its will and principles which

<sup>181</sup> (Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, 125)

<sup>182</sup> (Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, 30)

ultimately facilitates a stagnation of law and day-by-day increases the gap between the law and contemporary needs.

After some time, of course, the outdated statute can be annulled or amended by a new legislative act and the outdated code can be revised. In this way, however, legal development will not proceed consistently and in a stable manner but will be marked with periodic jumps and certain obstacles within.<sup>183</sup>

The second type is the free method of interpretation which greatly appreciates the continuity of social evolution directly as it constantly affects daily life. Herein, courts will find better and quicker methods to meet the needs of legal life, they will relieve and accelerate the process of legal development and become the factor of social progress. In this regard, Roman law has made a chilling effect on the legal development of continental Europe whose legislature always falls behind.

Over-certainty and firmness of law often becomes the source of unfair decisions. Even Plato compared the statute to a stubborn man not allowing anyone to ask him something or to have anything done against him.<sup>184</sup>

30. The most vivid denial of all the objections of a judge's lawmaking role is the Anglo-Saxon system of legal sources where we see the absolutely perfect organisation of law and full legal welfare. This system significantly differs from the continental system where the main source of law is not the statute but common law which is customary law with a completely different essence. The main source of law is the rules formulated by court practice. The first characteristic of Anglo-Saxon law, then, is its casuistic nature, the second is what a judge acquires in this regard and the third is the auxiliary role of the statute because the law and order exists independently from and without the statute.

The law system applicable in continental Europe, as a consequence, is not the only system known to contemporary law and order. The continental system is the direct outcome of the past and of worshipping the statute which was the result of absolutism, on one hand, and of revolution, on the other. It can be said, perhaps, that this system is not at all an integral part of a modern rule-of-law state. The law aims at strengthening social conditions but it needs room for dynamics and for something irrational in order to make for a strong law system. Such can be the static formulas of dynamics and rationalistic formulas of something irrational. The principle *clausula rebus sic stantibus* is one of such formulas of dynamics in the law system.

31. Since the statute is the main source of law, it provokes a strengthening of case-law positions because legislature needs to be modernised and a stable application of law established.

<sup>183</sup> (Lambert, *La Fonction du Droit Civil Comparé*, Paris, 1903, 812)

<sup>184</sup> (Plato, *Politicus*, 294)

We should forget the belief about a perfect legislature. The pace of legislative drafting can never catch up with the pace of organically changing life. In such a situation, nothing else remains but to expand a judge's role and to accept this role which belongs to him but which had been strongly rejected and covered with all kinds of methods for a very long time.

The founder of the psychological school of law, Leon Petrazycki, has an original view of the role of court practice in the law system. Court practice should sometimes, and necessarily so, acquire the meaning of normative fact in the human mind. In other words, there are legal feelings, including legal duties and rights, by making a reference that such is the court practice and that this is formerly how courts had "always" decided the relevant issues or, as well, that this is how the Supreme Court had defined many issues. A special type of positive law, then, appears which cannot be found in court decisions but in the minds of those who feel these decisions as imperative-attributive ideas through normative facts. In other words, it is where the contemporary science of law does not look for justice.<sup>185</sup>

32. The Russian scholar, Muromtsev, and the German, Bulov, named the idea of compliance of all court decisions with statutes as purely fiction from where the crisis of a doctrine of statute as of main source of law begins as early as 1880. A judge formulates and applies the law, not demonstrated as a statute but existing in the society, and the appropriateness of his decision in this case does not at all mean the compliance of the decision with the statute.

Law and order is nothing without an intelligent, observable, eager judge. So said Ramph. This doctrine replaced the other doctrine regarding a judge's passive role and artistically expressed by Bacon who stated: "Optima Lex quae minimum iudici relinquit; Optimus iudex, qui minimum sibi" or "That law is the best which leaves the least discretion to the judge. He is the best judge who relies as little as possible on his own discretion".

Law and statute are not equivalent notions and it is not right to think of law as an abstract statute which adopts mathematically accurate decisions for all predictable occasions. Law is an actual living element of justice as understood and implemented by people in a particular period of time. Justice is directly linked with a specific life and morality with a judge's decision having to demonstrate the moral and legal conscientiousness of that period.

33. If A took a ten-year loan from B, we can ask the question whether or not it is necessary for the court to make reference to the relevant articles of the Civil Code in order to adopt a decision in favour of B to be repaid by A. Even if

<sup>185</sup> (Petrazycki, *Common Law Theory in View of Moral Theory* (in Russian), 1910, Vol. 2, 334)

the statute had lacked such a rule, the decision would still be made in this way with the judge having to acknowledge the legal relationship between A and B in spite of how hard he might try to make his argument one way or another. It does not matter whether or not he makes reference to particular civil law rules.

Reinach has established a special theory on the certainty and clarity of legal truth as serving as grounds for civil law. In other words, it is necessary to develop the system of the certainty of legal truths independently from any positive rules.<sup>186</sup>

34. According to Krabbe, the essence of positive rules becomes obvious not otherwise and no later than in the process of their application. Every statute becomes exposed through commentary and explanation which might derive from an absolutely different basis. Often, even if the statute is available in a written text, objective law is as clarified for the parties as in the case of general unwritten rule.<sup>187</sup>

Krabbe's argumentation, however, that the essence of legal rules becomes obvious only in the process of their application, is questionable. Such an understanding is wrong and entirely denies the principles of legal certainty and predictability which, clearly, are very important. The idea forgets that legal entities shall predict the requirements of legal rules which are their own rights and basis of their liability. When signing a contract, for example, parties preliminarily analyse their own positions. Some legal relationships might exhaust themselves without arriving before the court at all. The prospects of "judge-made law" do not at all mean the predictability of legal rules and elimination of their firmness. By specifying and supplementing the general rules of statute case-law, its elements are strengthened even more.

35. Many different types of legal positivism have been established throughout the two thousand year history of the notion of law. Only the key elements of this notion could be summarised here. The general thesis of all theories of positivistic law states that there is no necessary link between the law and moral. "Law" herein means positive law and moral is what is traditionally called a "natural law," "reasonable law" or "justice." Consequently, a positivistic thesis could be that any subject matter, even clearly conflicting the fundamental principles of justice, may become law. The postulate, which corresponds this thesis, is that on the basis of the accuracy of linguistic terms, there should be a distinction between the law as it exists and the law as it should have been. The positivistic notion of law is limited to law as it exists. In other words, the applicable law, whereas material correctness of a rule or set of rules as an ele-

<sup>186</sup> (Reinach, *Die apriorische Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1914, 254)

<sup>187</sup> (Krabbe, *Die moderne Staatsidee*, Hague, 1923, 43)

ment of definition, is taken out of context. The positivist theories use two main elements for the definition of the notion of law: firstly, there is authoritarian legitimacy and, secondly, the social effectiveness of a rule or system of rules.

In debates against the positivistic notion of law, the argument of injustice, about the rules and system of rules which are so unjust that their legal validity and legal character must be denied, is the one most used. From the history of legal philosophy, this argument is renowned in its various forms such as, for example, the argument of tyranny and *lex corrupta*. Its topicality in modern times is thanks to recent totalitarian dictatorships, especially distortions of law occurring in the German "Third Reich." Consequently, it could be called the argument of distortion or totalitarianism.

Pursuant to the formula of Gustav Radbruch, the conflict between positive law and justice is solved the following way: positive law, especially the state statute, takes priority even if its contents are unjust "unless the conflict of the statute with justice reaches to the point of unbearable that the statute as "an unjust law" denies justice" (Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1973, 339-350). Radbruch takes the criteria of justice from the traditions of human and civil rights and, first of all, from the principle of equality.

According to Kriele, the necessary link between legal obligation and moral obligation is that the implementation of positive law is an obligation if the law generally and principally takes account of morality.<sup>188</sup>

36. The German Federal Supreme Court and the Federal Constitutional Court have used the Radbruchian formula in many fundamental decisions. The decision of Federal Court of 1968, for example, on citizenship regarding validity of law, namely the legal character of No 11 enactment of the Statute on Citizenship of 25 November 1941, under which the immigrant Jews on racial grounds were deprived of German citizenship. The 1-3 thesis of motivational part of this decision is as follows:

1) The rules of national-socialist "law" might be refused the legal validity if they contradict the fundamental principles of justice so clearly that judge who should have applied them or who wanted to acknowledge their legal consequence, deems them as injustice and not as law;

2) The debate about justice in the 11th enactment has become so unbearable that it should have been deemed null and void from the beginning.

3) Injustice once legalised, clearly violating the fundamental principles of law, will never become law because it was applied or protected.

37. Ralf Dreier, a contemporary researcher of the notion of law, states: "I base on thesis that dogmatics of law is the discipline primarily oriented on judges

<sup>188</sup> (Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, Kap. 5)

and consequently theory of law must develop a notion of law oriented primarily on judges".<sup>189</sup>

Every judge has a more or less clear notion of the law. The task of the theory of law is to understand and examine this notion of law. For a judge, law is a set of rules according to which he decides cases. It means that a judge's legal notion is not empirical but a normative one. It stipulates criteria that a judge uses to identify the rules as such which, in the legal system that the judge follows, are applied legally and, consequently, are legally binding. At the same time, the judge is not aware of a distinction between the law as it exists and the one as it should be. In other words, the notion of law in a judge's understanding is the legally applicable legal notion which, for judges as well as for all lawyers, in general lies in legal validity. As Kelzen said, "specific availability of rule," "existing law," "positive law" and "legally valid law" are synonyms in legal terms.

Positivistic strategy states that the judge is authorised for moral self-assessment in unclear situations of positive law. The strategy of principles says that even in this field, at least in a broader sense, the judge is limited to legally applicable principles. It is interesting to see how the values and goals should be named on which the judges are oriented; that is, moral or law. The theory of principles confirms that and how the legal substantiation is possible even in the heaviest cases.

It is opposed by "the theory of valuating order" which requires the increasing scope of a judge's self assessment and adaptation of legal structures to them. The key argument used against the theory of "valuating order" states that the flexibility of law related with this theory will lead to the deprivation of the principle of rule of law and state independence and movement of over-authorisation to the courts in the system of the separation of powers.

Finally, Dreier tries to find a golden mean and constructs the notion of law by integrating the elements of authoritarian legitimacy, social effectiveness and ethics into one system.

Law is the combination of rules belonging to the system of rules organised on the state level or between states because it is socially effective, wholly and fully, and expresses the minimum of ethical justification or justifiability as well as the set of rules laid down in accordance with the order of this system because they themselves express the minimum of social effectiveness and chances of effectiveness and ethical justification and or the minimum of justifiability (Reiner, *Notion of Law*, Samartali 1995, 1-2).

38. The elements of Dreier's notion, in our opinion, are more clearly contained in the common law. English Law by the resource of considering its so-

<sup>189</sup> (This postulate deserves a similar comment to that expressed about Krabbe, G.G.)

cial effectiveness, its adaptation to changed circumstances and legal rules in the light of moral and law, exceeds the system of continental law. The English system compensates for the problem of legitimacy and predictability of law by other factors instead of the statute. Specific cases do not differ from statutes in terms of their firmness and even by the periods of application. Consequently, the process of merging successful elements of these two main legal systems is on going today.

The issue of a judge's role and interpretation of statutes, as well as a major part of legal policy issues, does not allow for the one common and final solution for all times and all peoples. The solution of a problem always depends on specific conditions of circumstances. The more or less active role of a judge requires the availability of certain conditions. These include, namely, special training of judges leading to the uniform approach to solution of problems in practice and the establishment of legal traditions and a high level of legal culture in the country which ultimately lead the approximation of common legal consciousness to the level of the legal consciousness of a judge.

As law historians observe, if such conditions are lacking, the statute's claim of monopoly in legislative activity finds useful conditions. Although the statute does not manage to take the position of the only source of law, the judge's role in such cases is significantly modest and the statute is supplemented mainly by orders and customs of administration rather than judge's legislative activity. Even in such cases, however, and in general understanding, it will never be possible to turn a judge into a passive instrument of a lawmaker without a legislative role.

## PUBLIC LAW, PRIVATE LAW AND COURT PRACTICE

### 1. Background

In all countries of the Romano-Germanic legal family, jurisprudence divides the fields of law into two major systems: public law and private law. Theorists often raise the question of the criteria and idea of such a division. According to Rene David the practice "grown" at the history lessons has not doubted its importance. Public and private laws was differentiated by Roman law but its only purpose was to take public law from the judicial field and pass it to laymen. Throughout many centuries the European continent recognised only private law as law in general. The courts established and recognised by states could carry out their activities or settle disputes impartially only in the field of private law. There was no doubt that public interests and the interests of private individuals are not the same and can not be weighed in the same balance. From today's standpoint it is hard to imagine how a state can not obey the law.

In practice there was raised a question – how to do in order to make judges to settle the dispute between the state and private person impartially and independently?

The Natural Law School broke the taboo laid on public law. Under its influence it was declared that the relations between the governor and those who are governed, administration and private persons should be regulated by the law and courts should be arranged in a way to enable them to adopt decisions in the name of the state and at the same time be sufficiently independent of it.

Unlike Romano-Germanic law, Common law does not classify the legal system into public and private fields. Its explanation is found in the historical development of English law. Common law, as distinct from local customs, emerged as the law common to all England. It had not existed until 1066 when justice was rendered by the assemblies of free men, called County or Hundred Courts, by applying only local customary law. Within the scope of ecclesiastic jurisdiction the Canon law common to all Christianity was applied. The creation of Common law, an English law truly common to the whole of England, was to be the exclusive work of the royal courts of justice. At the beginning, royal courts had no general jurisdiction, so without enlargement of its jurisdiction it was impossible to establish common law. On the other hand, the king tried to fortify his influence and extend judicial power and so royal jurisdiction was enlarging and by the end of Middle Ages became overpowering. All other courts practically lost meaning. Unlike on the Continent, the scope of royal jurisdiction was extended not by bringing the local or County courts (which adjudicated private disputes) up to its level. The royal courts in England enlarged their jurisdiction by developing the basic idea that their intervention was justified in the interests of the crown and the

kingdom. Due to this reason all cases submitted to royal courts were deemed as public law disputes. In the end they acquired full jurisdiction. Courts adjudicating the private law disputes gradually disappeared, and with them the idea of private law disappeared in England.<sup>190</sup>

The French conception of autonomy of administrative law is often considered to be opposed to the Anglo-Saxon conception, according to which administration and its representatives are subjected to the rules of common law. Dicey, a classical scholar of English law explains this in general by the major principle of the English system. This is the idea of dominance of law, which means that everyone irrespective of title and status is subject to ordinary law applied by ordinary courts. Any preferential and special treatment of a certain class, even of public officials, contradicts equality before the law and obedience of one law. In Britain every official from the prime minister to tax collector is subject to the same liability as an ordinary citizen. The idea of dominance of law means that one law applies to the whole nation. Consequently, the French *le droit administratif* is unclear for an Englishman. In France, like other continental countries, state officials are subject not to common law but administrative law applied by administrative institutions.<sup>191</sup> However today such a contrast is not that rough and the trend of separation of administrative elements is apparent in English law too.

## 2. Modern Meaning of Separation of Public and Private Laws

Georgian law like Romano-Germanic law is divided into public (*jus publicum*) and private (*jus privatum* or *jus civile*) law-order. Public law comprises constitutional, international, administrative and criminal laws as well as customs, taxation and procedure legislation. Traditionally civil and company law fell within the scope of private law. Today such a division has retained its practical importance for the classification of legal facts and the identification of the course of justice.

Private law disputes are adjudicated under civil proceedings on an adversarial basis.

Public law disputes are adjudicated under administrative proceedings and with inquisitional elements.

An administrative body has a special authority precisely prescribed by the law whereas natural persons and legal persons of private law are entitled to carry out any action not forbidden by the law. An administrative body is bounded by the principle of observing legitimacy and state interests; the principle of autonomy of will provided for by private law does not apply to it. Due to this fundamental distinction, legal persons of public law can not be treated like pri-

<sup>190</sup> David, *Major Legal Systems in the World Today*, Tbilisi, 1993, 213. 'Dicey, *Basics of English Constitutional Law*, Moscow, 1907, 33.

<sup>191</sup> Dicey, *Basics of English Constitutional Law*, Moscow, 1907, 33.

vate persons under a common civil law regime. Thus it becomes necessary to introduce special regime for the activity of legal persons of public law.

Administrative law is the law regulating the activity of administration. According to prevailing viewpoint administrative law exists as far as the set of these rules differ, in their essence, from the rules applied in the relations between private persons. It is a fact that only private law can not cover the activity of an administrative body and the related scope of relations. Thus, special laws are found necessary. These include the necessity to define an administrative body, regulate its prerogatives, which are held only by the legal persons of public law, define the rules on public procurement and licensing. However, it might also happen that private law becomes a rule in administrative relations whereas special laws are an exception.

It could be said that in regulating public and private law relations Georgian law also keeps such balance. Pursuant to Article 1 II of the Administrative Procedure Code of Georgia unless the Code stipulates otherwise, the provisions of the Civil Procedure Code are applied in administrative proceedings. It is also common to apply substantive rules of civil law and several institutions in administrative relations.

Thus, according to popular opinion, administrative legal regulation in general is not essentially something different but the set of exceptions in the regulation of legal relations by private law. Nevertheless, due to numerous fundamental principles and distinctions it could be concluded that administrative law is a specific branch that is different from civil law. Administrative activity applies the means of "private management" leading to the application of the rules of private law. In practice private management is one of the types of implementation of administrative activity. Administrative law comprises two fields: public and private law (i.e. a set of rules of private law applied in public governance and which plays an auxiliary role in the performance of a public task by the administration).

The 1958 French Constitution established the presumption according to which any public activity bears an administrative character, unless there is another regime (legislative, judicial) applicable to the type of activity concerned. Consequently an administrative regime is a special regime regulating the activity of the state and public legal persons.

Governance is the set of actions by the state and public legal entities, which due to numerous specifications belong to the administrative regime.

Administrative law is the common law of public governance. The provision about autonomy of administrative law in France was first distinctly formulated in the 1873 famous decision on the Blanco case. Although this decision meant only the rules concerning the administration's liability, its wordings were applied to administrative law in general:

"Liability imposed on the state for the damage caused to private persons by the employees of public service can not be regulated by the rules of the Civil Code re-

gulating the relationships between private persons..."

Similarly the rules of the Civil Code on transactions can not be applied to administrative contracts. The fundamental provision according to which "contracts concluded lawfully take up the place of the laws for the persons concluding them" is not applied to administrative contracts, which vice versa could be unilaterally changed by the administration. The legal regime of the property being the part of administration's public sector is based upon specific principles (inalienability, impartibility) fundamentally different from the Civil Code rules regulating ownership. An administrative body is not authorised to gift or otherwise dispose of property in a discretionary manner, or to enjoy contractual autonomy. The whole theory of executive decisions is unique and has no analogy in the private law.

The full autonomy of administrative law has many opponents. The administrative law judge Valine raises a doubt about the meaning of administrative law. When an administrative law judge adjudicates in a dispute, the application of the rules of private law codes and laws is more multilateral than administrative law itself: thus the traditional understanding of the autonomy of administrative law, which is "absolutely" different from private law, becomes arguable.

Vedel opposes this view. According to him the administrative regime – the common law regime of public governance – comprises the following key principles.

The first principle of separation of administrative and civil courts identifies the scope of issues, which do not fall within the jurisdiction of a general civil court but of the administrative law court;

The second principle concerns the specific regime of administrative acts. On the one hand, the administration is entitled to adopt executive decisions i.e. to issue normative acts leading to legal consequences without the consent of private persons to whom they impose obligations. On the other hand, the administration has special prerogatives in concluding contracts subject to the administrative regime.<sup>192</sup>

Thus administrative-law relations by nature fundamentally differ from private-law relations. The rules of private law do not always cover administrative-law relations and it is impossible to regulate them without special administrative legislation and procedures.

To differentiate between administrative and civil contracts the French court practice elaborated two criteria: "objectives of public service" and "terms of contract going beyond the framework of common law". The existence of one of these criteria is enough to deem contract as the public-law contract. Terms not falling within the framework of common law are the clauses of the contract, which in their nature are different and can not be introduced in a similar civil-law-contract, such as the right to the unilateral termination of a contract, the right to give instructions etc. The inclusion of such clauses may not be prohibited under civil rules but generally they are not met in private contracts.

The establishment of such an approach is observed in Georgian court practi-

<sup>192</sup> Vedel, *Administrative Law of France*, Moscow, 1985, 205.

ce. The Georgian Gas Transportation Company brought an action to the Panel of the Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases of Tbilisi District Court against the Georgian Wholesale Electricity Market (GWEM) claiming payment of arrears and compensation of damages caused by a breach of the contract. The Court Panel considered the admissibility of the case and found that it fell within the jurisdiction of the administrative court. Although GWEM is a legal person of private law, it is granted with such authorities that are related only to the activity of administrative bodies. For example, GWEM gives instructions which dispatch licensees are obliged to fulfil; licensees and members of GWEM seek its consent on direct contracts and supply information about such contracts according to the established rule. The Director General of GWEM within his competence issues individual legal acts and carries out control over their enforcement. The Court Panel considered that the rule of similar accountability is familiar only to the administrative proceeding and thus the relationship between GWEM and licensees or direct customers can not be of a private law nature because the relationship is based on the principle of voluntarism and equality of parties. This decision is even more significant because it established in practice the approach under which a legal person of private law may carry out public law authorities. This increases the crisis of classification of legal relations according to the criteria of subjects.

Another case from Tbilisi District Court practice proves this. Mamatsashvili brought an action to Kareli Regional Court against the Property Management Department and Education Department of Kareli. He claimed the restoration of ownership right on a dwelling space. The regional court dismissed the claim and it was appealed at Tbilisi District Court's Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases. Due to the involvement of administrative bodies in the case, the Civil Chamber categorised the case as administrative and under jurisdiction transferred it to the Administrative Chamber. The Administrative Chamber did not agree with the Civil Chamber's finding that "recognition of an individual as an owner of state property is the object of administrative dispute", referring to the argument that it did not derive from administrative legislation. The recognition of ownership right on a house is a dispute originating from the civil-law-relation which derives not from administrative legislation but from the ownership institution under the Civil Code. Consequently, although administrative bodies are defendants in the case, according to the finding of the Administrative Chamber, this circumstance does not change the civil nature of the dispute.

### 3. Conflict of Civil and Administrative Laws

Article 1 of the Civil Code of Georgia defines the scope of application of civil law – it "regulates property, family and personal relations of a private nature,

based on the equality of persons". Pursuant to Article 8 I of the Civil Code, "any natural or legal person may be a subject of private law relations. This rule applies to both entrepreneurial and non-entrepreneurial persons of Georgia or of other countries".

"Private law relations between state bodies and legal persons of public law, on the one hand, and other persons on the other hand, shall likewise be regulated by civil laws unless these relations, in the interests of the state or the public, are to be regulated by public law" (Article 8 II of the Civil Code).

Pursuant to Article 7 of the Civil Code "an object of private legal relations may be a material or non-material good, of property or non-property value, which has not been excluded from [commercial] circulation by law". According to Article 10 I "the exercise of civil rights shall not depend upon political rights regulated by the Constitution or by other laws of public law".

"Participants in a civil relation may exercise any action not prohibited by law, including any action not directly foreseen by law" (Article 10 II of the Civil Code).

As for the scope of application of the administrative law, pursuant to Article 2 I of the Administrative Procedures Code, a common court shall hear disputes arising from legal relations that are regulated by administrative legislation.

Pursuant to Article 2 II of the Administrative Procedure Code of Georgia the subject of an administrative dispute may be in conformity of an administrative act with Georgian legislation; conclusion or performance of an administrative transaction; and the obligation of administrative body relating to compensation of damage, issuance of administrative act, or taking any other action.

Under Article 2 I a of the General Administrative Code an administrative body is any state or local self-government body or agency and any other natural or legal person that exercises public-law authority in accordance with law.

An administrative act is an individual legal act issued by an administrative body pursuant to law (Article 2 I d of the General Administrative Code).

The notion of administrative transaction has raised quite a serious dispute. Court practice can not be deemed well-defined with regard to the issue whether for the definition of administrative transaction, the nature of transaction is decisive, contents of legal relation or status of subjects parties to the transaction. As for Article 2 I g of the General Administrative Code of Georgia an administrative transaction means "a civil-law-contract concluded between an administrative body and a natural or legal person or another administrative agency".

Georgian legislation is characterised by a conflict of laws with regard to the separation of public and private law relations. The Civil Code includes the general clause that it regulates relations of a private nature based on equality of persons no matter who are the parties to these relations. The cornerstone of civil law is the nature of the relationship. It must be based on equality and of private nature.

One of the authors of the Civil Code Djorbenadze notes that "property relations

of private law nature is based on the principle of equality of rights of parties, which means the existence of horizontal commodity-money relations and provides for legal equality between the subjects of civil circulation, their property independence, taking of initiative by them, non-interference of other persons in their activity. This makes the civil property relation different from property relations based on taxation, financial and administrative subordination to which this Code does not apply".<sup>193</sup>

The authors of the General Administrative Code are of the opposite opinion. According to the Code an administrative transaction is a civil or any other transaction to which an administrative body is a party despite the counterpart's identity and status. All transactions concluded by an administrative body are deemed as administrative transactions but the name does not mean that only administrative law rules should be applied to such transactions. The state participates in civil law relations as a subject of civil law. In these relations it is equal with another party (even if the other party is a natural person) and it may not be treated preferentially. However, as per the new administrative legislation, if an administrative body concludes a transaction, any dispute arising with regard to this transaction must be adjudicated by the court in accordance with the rules of administrative law.<sup>194</sup>

Pursuant to the administrative legislation civil law transactions concluded by an administrative body or with an administrative body are the public law relations i.e. the nature of legal relations is not distinctive, but the status of subjects participating in the relations is. Under the Civil Code a civil transaction concluded by a ministry is a private law relation whereas under the Administrative Code the same dispute is of a public law nature due to the involvement of a public law body in it. Such conflicts of law are directly reflected in court practice. The following provides examples.

The Chief Treasury Department of the Ministry of Defence of Georgia brought an action against the joint-stock company "Kurort Aveji" claiming compensation of damages caused by the non-performance of the contract of manufacture and supply of furniture. The first-instance court satisfied the claim, which was appealed by the defendant at the Tbilisi District Court's Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases. After considering its admissibility, the Chamber transferred it to the Appellate Chamber of Administrative Law and Taxation Cases. The Civil Chamber substantiated its decision with the argument that according to the administrative legislation, the object of administrative dispute is the conclusion or performance of an administrative transaction. Since the object of the dispute in the case concerned was originated from the transaction concluded between an administrative body and a legal person of

<sup>193</sup> Djorbenadze in: Akhvlediani/Chanturia/Djorbenadze/Zoidze (eds.), *Commentary to the Civil Code of Georgia*, Book I, Tbilisi, 1999, 29. 'Adeishvili in: Adeishvili/Winter/Kitoshvili (eds.), *Commentary to the General Administrative Code of Georgia*, Tbilisi, 2002, 16, 178.

<sup>194</sup> *Commentary to the General Administrative Code of Georgia*, Tbilisi, 2002, 16, 178.

private law, the Civil Chamber considered that it fell within the jurisdiction of the Administrative Chamber;

The Civil Chamber's decision with regard to some other cases is similar. For instance the local government (Gamageoba) of Saburtalo District brought a claim to the Saburtalo Regional Court and claimed to declare A. and G. Mardanovs' right on the apartment dwelling space lost. After satisfying the claim the Mardanovs' right on the disputed apartment was declared lost. They appealed at the Tbilisi District Court's Chamber for Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases. The Civil Chamber considered the transaction concluded between the citizen and local government on the allocation of dwelling apartment as an administrative transaction and subject to administrative law;

An oral agreement was concluded between the Georgian Academy of Sciences and the joint-stock company "AES Telasi" according to which AES Telasi supplied the Academy with electricity and the Academy paid for the consumed electricity. The Academy of Sciences brought an action against AES Telasi claiming to declare a 29 January 2002 Decree of AES Telasi about payment of consumed electricity by the Academy. The Regional Court dismissed the claim, which was appealed at the Tbilisi District Court. The Chamber of Administrative and Taxation Cases categorised the dispute as a civil relationship and transferred it for consideration to the Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases of the same Court. In its turn, the Civil Chamber objected to the Administrative Chamber's decision and transferred the case to the Supreme Court to resolve the dispute on jurisdiction. The Civil Chamber's argument was that it did not agree with the Administrative Chamber in deeming the dispute as a civil relationship due to following circumstances. Since the Academy of Sciences is a budgetary organisation and a legal person of public law, the agreement concluded by it with a natural or legal person is an administrative transaction and thus the dispute should be adjudicated under administrative proceedings at the administrative court.

The Supreme Court of Georgia makes decisions on these disputes between civil and administrative courts. However court practice can not be seen as already formed. For illustration we would like to offer one of the best examples from the court practice:

The State Property Management Department brought an action against the cooperative "Nobati" and claimed the nullification of the court's registration of the enterprise and return of state property transferred to the enterprise to the Hothouse Farming Union. A regional court found the claim ill-founded and dismissed it. The Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases of Tbilisi District Court repealed the decision of the Regional Court and a new decision satisfied the claim of the Property Management Department. In its turn the Cooperative "Nobati" appealed this decision at the Supreme Court, which repealed the decision and returned the case for consideration to the Appellate

Chamber of Administrative and Taxation Cases under jurisdiction. In its turn the Administrative Chamber objected that the dispute was an administrative law relationship and returned the case to the Supreme Court to resolve the dispute on jurisdiction by referring to the following grounds. The Administrative Chamber did not share the opinion that since an administrative agency was involved in the case the dispute should be deemed as administrative and thus it should be resolved under the administrative rule. According to the Administrative Procedure Code, an administrative court shall adjudicate disputes arising from administrative legislation i.e. administrative legislation shall be the grounds for origination of this relationship. According to the Administrative Chamber, the legislator referred to legal relations, i.e. the legislation from which arise these relations, as a criterion for splitting of the jurisdiction between the courts and this element makes the dispute attributable to the category of administrative cases, which initially excludes classification of disputes according to the subjects. The provision stipulating that if a party is an administrative body then the case shall be deemed as administrative, is incompatible with the administrative legislation itself. The Administrative Chamber noted that the Civil Procedure Code, when defining civil cases bases itself upon legal relations and does not provide for attributing the dispute to the civil category according to the subject. Namely pursuant to Article 11 I a of the Civil Procedure Code, the court adjudicates "the disputes between citizens, citizens and legal persons as well as between legal persons arising from civil, family, labour, estate, utilisation of natural resources and environment protection relations" in accordance with the rule prescribed by the civil procedure legislation.

In particular the object of dispute in the case concerned were two claims: the nullification of the regional court decision on registration of the enterprise, which was adopted on the basis of the Law on Entrepreneurs and bore the nature of civil law and the return of property by the cooperative, which was also an institution of civil law and thus regulated by Articles 155-169 of the Civil Code. Consequently, this second part of dispute also originated from civil legislation. The cooperative had got the property not on the basis of an administrative act or transaction but on the bases of the decision of the general meeting of the Hothouse Farming Union.

Since in practical terms it is necessary to differentiate between public and private law, it is also important to set criteria for a differentiation of legal relations the application of which allows the proper classification of public and private relations in practice. This problem has a long history and in legal theory, at various times distinct criteria and theories of differentiation have existed. For the solution of this problem in France a special body, the Tribunal of Conflicts, was set up. The Tribunal of Conflicts is staffed on parity basis. It is chaired by the Minister of Justice. The Cassation Court appoints three members to participate in the Tribunal's sessions, for the same purpose three representatives are delegated from the Council of

State (body adjudicating administrative cases). Appointed judges elect two more members. A conflict regarding jurisdiction is positive when administrative authority takes a disputable case from the jurisdiction of general courts under the pretence that it falls within the jurisdiction of an administrative court. In its turn a civil court is not entitled to take a case from administrative jurisdiction and subject it to its competence. A conflict regarding jurisdiction is negative when a civil court attributes a case to an administrative jurisdiction but an administrative court vice versa attributes it to the civil court's jurisdiction. The Tribunal of Conflicts adopts final decisions concerning jurisdiction.

#### 4. Classical Theories of Differentiation between Public and Private Law

The cornerstone of the theory of interests lies in the direction of interests of legal relations and their consequences. Public law comprises legal rules serving the public interests whereas private law serves individual interests. This approach was established in the statement of the Roman lawyer Ulpian (170-228): *publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*.

A radical differentiation of private and public interests is impossible and that is why this theory of differentiation does not allow for a precise classification of legal relations. First of all a majority of legal rules and relations envisage both public and private interests. In addition, public interest is not only the number of private interests. In such a case public interest is for example a synthesis of interests of producers of alcoholic beverages and the victims of alcoholism. On the other hand, it would also be a self-deceit to think that public interest has nothing to do with individuals or groups, which make up a society.

This error serves as a basis of certain administrative action. When one talks about traffic service interests, railway service or in general administration's interests, the state does not notice that this interest makes no sense unless living people or their successors benefit from it in the end.

According to Vedel, even the interest of homeland in the end becomes the interest of contemporary French people or their successors. Such a realistic opinion of public benefit does not diminish but increases and proves that sacrificing of individual or private interest for the sake of a public interest is not a mystification but only a victim sacrificed by a man for the sake of another man.<sup>195</sup>

Moreover, if only the material aspect of public activity is taken into account, it means that any activity which serves lawful collective requirements be it a bakery or music concert, would be a public service. That is why later material aspect was supplemented by an organic (formal) aspect – public service became the activity of public legal person.

<sup>195</sup> Vedel, *Administrative Law of France*, Moscow, 1985, 213.

The cornerstone for the theory of subordination is the nature of the relationship between the parties. Public law is characterised by subordination of parties of this relationship whereas private law – by the equality of the parties. Thus, obligatory unilateral regulation (law, administrative act) of legal relations is typical for public law, while in private law it is the contract. This theory was greatly supported by court practice. However, it has not turned out to be a perfect criterion for classification of legal relations. When performing its mission, contemporary public law broadly applies contracts and transactions, which on the one hand is of private law nature. At present even a special trend has originated – private law in the field of public governance. Even in criminal procedure, the imperative nature of which is distinguishable among public law fields, there are a number of rules and institutions oriented on the parties' will, such as private criminal prosecution. Criminal proceedings on crimes provided for by Articles 120, 125 and 148 of the Georgian Criminal Code can only be brought upon aggrieved party's complaint but proceedings should be terminated in case an aggrieved party reconciles with the accused. A new draft of the Georgian Criminal Procedure Code goes even farther and introduces a new institution into public law, which is called plea bargaining. If a prosecutor and accused person's defender agree that the accused will cooperate with the prosecution and plead guilty and the prosecutor deems that a reduction of charge is justified in exchange for cooperation, the prosecutor has the right to refuse indictment and instead submit to the court a petition on issuance of the warrant of punishment. Punishment imposed on the accused person by the warrant of punishment shall not be more than two thirds of the penalty stipulated by the criminal law for this offence. Imperative rules are applied in private law as well. They determine the rights and obligations independently from the parties of a legal relationship.

After the theory of subordination, the theory of subjects (persons) was acknowledged. According to this theory, the basis of classification of legal relations is the status of the subjects involved. If the state or other public law person participates in a legal relation we are dealing with public law. If the parties are private law persons or if in the legal relations the state acts not as a public authority but as a private person, then we are dealing with private law. This theory was modified in German law and a special law theory was developed according to which together with the involvement of public law persons, the relations should require the regulation under public law. Georgian administrative law is based on this special law theory with one peculiarity. The question of how much the involvement of administrative body in a legal transaction requires special administrative regulation was not made the subject matter of assessment, based upon the special power of an administrative body. An administrative body needs to conclude any transaction only for the purpose of the implementation of a public task, as an optional, auxiliary means of fulfilment of this main task. As a result, according to this theory all transactions, even private ones, concluded by the subjects with special limited capacity are administrative transactions. The authors of the Georgian administrative law chose a rather

simple way of differentiation between public and private laws. They tried to exclude evaluating elements. This formula in the end looks as follows. A civil transaction concluded by the administrative body is an administrative transaction because the administrative body is limited to a special capacity and applies it only for one purpose – the fulfilment of its mission. Otherwise it could not have concluded a contract because the principle of autonomy of will does not apply. However, we can not avoid investigation of the nature of public and private legal relations because, besides administrative transactions under the administrative court's jurisdiction, disputes arise from administrative legislation. In practice there is the issue of whether to prefer an administrative character of a dispute or a procedural regime of regulation. Tbilisi District Court resolved the case in favour of the latter.

Odzelashvili claimed to be a victim of political repressions and applied to the administrative court. He based his claim upon the Law of Georgia on the Declaration of Citizens of Georgia as Victims of Political Repression and on Social Protection of the Repressed. Since the plaintiff claimed the confirmation of a fact and thus the claim was not directed to a particular person and the case did not have the nature of a dispute, the administrative court deemed it as falling within civil jurisdiction. An uncontested trial is provided for by the civil procedure legislation and does not comply with the specificity of administrative procedure. Under administrative proceedings disputable relations are adjudicated, which implies adversary proceedings. Although the law on Declaration as Victims of Political Repression is administrative, the specific regime of regulation of this relationship is provided for by civil procedure legislation. Thus, the administrative court deemed that the institution of an uncontested trial is new for administrative procedure and incompatible with the nature of administrative dispute.

Most analysts deem material aspect as the criterion of differentiation between public and private law relations. The distinction between public and private law lies in the substance itself, in the essence of regulated relations. Property-related relationship is the field of civil law. Other analysts think that the criterion of differentiation is a type of judicial remedy. Public law is defended by the state's initiative under administrative or criminal proceedings. Civil law is defended by a private person's initiative under civil proceedings.

## **5. The Differentiation between Civil and Administrative Laws According to the Object of Regulation**

Most civil law specialists believe that the object of civil law is property-related relations – ownership relations based on the will of parties. Other analysts argue that the fields of law (civil and administrative laws) are differentiated mainly ac-

According to the objects of regulation. Civil law regulates property-related relations of persons (natural and legal persons), which is based on the equality of parties. However, property-related relations where one party is administratively subordinated to the other, as well as tax and budget-related relations are not regulated by civil law.

The equal status of the subjects of civil legal relations means that they act as independent persons who are not subordinated to each other in terms of service or otherwise. Parties to civil law relations are equal.

Thus civil law is distinct from other fields of law not only according to the subject but the method of legal regulation as well. The content of the method of legal regulation contains four units: legal personality reflected in a general legal status of parties; legal facts; the content of legal relations and legal sanctions.

In civil law the first unit means the equality of parties reflected in property-disposal independence of parties. Legal facts (second unit) in civil law mean the parties' voluntary actions aimed at the creation of a legal relation. The specific character of the content of a civil legal relation (third unit) covers the principle of disposition. A contract is not only a legal fact but a sub-normative instrument for the regulation of the parties' action. Finally, the fourth unit is the peculiarity of legal forms for ensuring civil legal relations. This mainly bears not a repressive but restorative character (in terms of restoration of aggrieved party's property status). The element of parties' equality is still the leading specific aspect of the method.<sup>196</sup> When assessing the method of legal regulation and the character of legal relations, giving priority to the first one in the classification of legal relations is groundless.

In the view of Genkin, the existence of administrative subordination does not exclude contractual relations between superior and inferior bodies, if they are financially independent and have a legal personality. In these relations these bodies are equal to each other and bear property liability for the performance of their duties.<sup>197</sup>

The nature of legal relations alone is not a cornerstone of classification, because property relations or the relations based on the will of parties are regulated both by civil and administrative law, in particular the relations where one party is administratively subordinated to another. For instance, in credit-related relations with business organisations, the state bank defines the sequence of operations, carries out control over credit relations due to administrative power, and becomes the party of administrative legal relations. It is easy to distinguish from these relations the case when the state bank appears in a legal transaction as an equal party with a customer.<sup>198</sup>

<sup>196</sup> Alekseev, *Law, Alphabet, Theory, Practice*, Moscow, 2002, 180.

<sup>197</sup> Genkin, *Object and System of Soviet Civil Law, Social State and Law*, N6, Moscow, 1940.

<sup>198</sup> Agarkov, *Object and System of Soviet Civil Law, Social State and Law*, No. 8, Moscow, 1940.

The content of legal relations does not itself define the form of legal regulation. Fields of law are classified according to three criteria: object, method and functions fulfilled by each field of law.

Administrative legal relations originate on the basis of unilateral acts – a decision of an administrative body, taken within the limits of its public authority. In addition an administrative body adopts a decision on the basis of the law and with due account of another party's lawful interests. In administrative relations an administrative body always subjects its decision to another body or individual. The latter is obliged to comply with the adopted decision. Thus, administrative legal relations always become the area of power and subordination.

In Joffe's view the authoritative essence of administrative legal relations lies in the peculiarity that a decision to issue a particular administrative act and to create administrative legal relations under this act is taken by one party's will.<sup>199</sup>

Civil law is characterised by the voluntary nature of the creation of a legal relation. This is an important feature for the differentiation of private and public law. "If an obligation originates from another's order it is public law whereas private law obligations originate from the self-obedience of an obliged person" (Gustav Radbruch), "Public law can not be replaced by the contracts between private persons" (Justinian Digests).

A pensioner's right to a pension, a school-leaver's right to be enrolled in university; the right of a mother to many children to receive allowances does not mean that an interested party has the right to participate in taking relevant decisions. Taking such decisions is the competence of state administrations. The equality of parties in civil legal relations is revealed not only in the circumstance that relations are regulated by dispositive rules i.e. parties at their discretion set any term of contract. For instance if parties can not alter statutes of limitation, provisions on quality of thing, it is clear that the imperative nature of rules can not affect the legal equality of parties because neither by mutual agreement nor indeed unilaterally can they alter the terms stipulated by the imperative rules. This means that neither party can prescribe anything to the other. This proves the parties' legal equality in the legal relation concerned.

## 6. Administrative Law – Law Made Mainly by Judges

The criteria to differentiate competences of public and private laws vary in every country and cause many disputes. Since legislation can not comprehensively define the precise criteria of differentiation, many matters are solved by court practice. Even in France, which is a traditional country of Romano-Germanic legal system, and which acknowledges a law and other written rules as a main source of law, case law has played a decisive role in the establishment and development of administrative law.

<sup>199</sup>Joffe, Soviet Civil Law, Moscow, 1963, Vol. I, 210.

Administrative law is not codified (even in France administrative code – collection of laws and decrees unified according to the object of regulation – does not exist). Moreover administrative law for the most part does not have a legislative character. Consequently, many important rules of administrative law have been defined by judges. There is no doubt that the role of case law is great in other fields of continental law. Law can not be both so general and precise as to suit every case and to limit the judge's role to a mechanical application on a particular case. A judge interprets the law (often vague or contradicting) and he has to apply it in situations, which were not envisaged by the lawmaker and fill the gaps. All this depends on a particular judge's attitude. Generally a successful solution of a problem becomes a precedent for the resolution of similar cases.

Initially the French Civil Cassation Court elaborated an approach under which jurisdiction of civil courts was a general rule, whereas jurisdiction of administrative courts was an exception. This approach was not shared by the Council of State. This body believed that there were disputable administrative cases deserving full, and not exceptional, adjudication under administrative jurisdiction.

The Council of State formulated the concept of state-debtor as one of the criteria to differentiate between civil and administrative cases. The Council rejected the civil courts' right to charge the state with payment of any sum of money whatever the origination of the debt. This was based on the principle under which only the legislative branch may, at its discretion, dispose state means and resources. In terms of public finances, it meant that the rules of private law could not have been used against the state.

Other criterion of differentiation, the concept of *acte d'autorite* was less successful in court practice. It is based upon the difference between authoritative and management acts. Among administrative acts should be distinguished acts involving the application of public authority (authoritative acts) and acts not involving this element (management acts). The first does not fall within the jurisdiction of the civil court whereas the second type does.

The third criterion is the concept of public governance (*gestion publique*). In some areas (management of private sector of administration, contracts under private law) the administration applies the same methods of activity as do private persons. This is why the rules of differentiation between administrative and civil law are not applied in private management. In other areas public governance takes place and thus the rules of differentiation between administrative and civil law apply to disputes arising from public governance. This criterion had been primarily supported by the civil courts until the Tribunal of Conflicts adopted its famous decision on Blanko's case in 1873.

A child Agnes Blanko was injured by the wagon between the two buildings of a tobacco factory in the city of Bordeaux. The civil court under the ruling on the conflict of jurisdictions transferred the case to the Tribunal of Conflicts to decide whether the action brought by the aggrieved party's father on compensation of

damage fell within the administrative or civil court's jurisdiction. The Tribunal of Conflicts decided in favour of the administrative court's jurisdiction. This decision caused a revolution. The Tribunal based its decision not on the famous criterion of state-debtor but another criterion. The decision first of all ruled that the source of damage was the activity of public service and on these grounds preference should be granted to administrative jurisdiction. The idea of the decision was that liability for damage caused by public services was the object of regulation not by the rules of the civil code regulating relations between private persons but by other independent rules. Thus, the decision gave birth to a new criterion of jurisdiction "public service" and strengthened the autonomy of administrative law and administrative judges towards private law. Many authors believe that this was a revolution in court practice, which replaced all the old criteria. Criterion of public service later became broadly recognised and served as the basis of the general theory of French administrative law.

Pursuant to fundamental thesis of the school of public service administrative law is explicated by means of the concept of public service. Consequently it is necessary to discuss what public service is; why it dominates in administrative law overall and how it creates the criterion of jurisdiction.

Public service is "an institution representing the public interest and its purpose is to meet the collective requirements of society" (Rolane). According to a second definition "public service is any activity of public collective the aim of which is to meet the requirements bearing public interest. Thus, public service has three characters: activity or action; carried out by public collective; aims at meeting the public interests".<sup>200</sup>

Administrative law is the law of "public services". This idea serves as basis for all its rules. What is most important, public service provides the criteria for administrative court jurisdiction. It adjudicates all disputes arising from public service activities, while all the disputes arising from other activities of administration are adjudicated by civil court, for instance, in cases when it manages its private sector or concludes contracts not directly related to public service.

With regard to this last point court practice supports the views of the school of public service. The following three decisions from French case law confirm this:

The Terre case deals with a dispute raised in relation to the decision of the Department of Loire of the General Council, which paid 0.25 Francs as a bonus for killing one certain kind of snake. Hunting turned out to be so profitable that the Department's budget soon was exhausted. The department refused payment of some bonuses. In addition there was a suspicion concerning the certificates issued by the Mayors to hunters. One of the hunters named Terre applied to the Council of State and claimed payments from the department. The dispute was caused by the question of jurisdiction. The question concerned whether

<sup>200</sup> Wedel, *Administrative Law of France*, Moscow, 1985, 218.

criterion of public service is applicable to the activity of local authorities and whether the General Council has really established the public service for killing of snakes. The Council of State in the form of a governmental commission positively responded to both questions. So it was recognised that on the one hand criterion of public service is a common criterion applicable to all disputes even with regard to the activity of local collectives and on the other hand for the establishment of public service, it is not obligatory to create the corpus of public servants. It could be reflected only in the collective's action aimed at meeting the requirements having public interest.

The Tribunal of Conflicts applied public service criterion to the activity of local collective when in one of its cases it decided that the claim on a department's liability to compensate damages caused by the fleeing of mentally diseased persons from the house for mentally disordered persons of the Department should be transferred for adjudication to the administrative court because this claim concerned the operation of the department's public service.

Due to nationalisation legislation a number of industrial and commercial public enterprises (public law legal persons with industrial and commercial functions) were growing. They operated under conditions analogous to private enterprises, aimed at the same objectives and did not enjoy the prerogatives of public authority. Court practice subjected their activity to the civil courts' jurisdiction. This caused a distance between public service criterion and legal practice. Since it was extremely difficult to determine where the concept of public service began and where it ended and since any activity bearing public interest could have been deemed as a public service, if the administration had more or less full control thereon or helped it. The concept of "public service" became so comprehensive that it lost legal interest.

Due to the crisis of criteria of jurisdiction the administrative court and Tribunal of Conflicts applied the new wordings "public law relations" or "private law relations" and the formula on "public law rules" and "private law rules". The jurisdiction of administrative court is obligatory where the disputable relation falls within public law and requires regulation by public law rules.

In addition the concept of "public service" was not familiar in French constitutional law. Basing administrative law on this concept caused a disparity between administrative law and constitutional law. To this end all efforts were focused on setting such a criterion of jurisdiction that would be based on the constitution. Proceeding from the principle of separation of powers, executive authority is an independent branch from judicial authority and its activity is subjected to administrative jurisdiction. Disputes arising from the activity of executive authority while applying public law methods fall within the jurisdiction of the administrative court. Grounds of dispute should be the acts and actions of public authority.

In French court practice claims against private persons are not subjected to ad-

ministrative courts. A private person's claim against another private person does not concern any public activity. The same applies to an administration's claim against a private person because the source of dispute is not administrative but a private person's activity. The principle of administrative and civil jurisdiction should not be violated even in the case of an adjudication of a counter-claim. For example, if a private person's car runs into an administration car, the administrative judge is entitled to adopt decision on the claim for compensation of damages filed by a private person. However, he can not adopt a decision on a counter-claim for compensation for damages filed by the administration against a private person. The administrative judge has the jurisdiction over claims filed against legal persons of public law.

### **7. Compulsory Public Mission of Administrative Law**

Administrative law aims at regulating relations in the field of public administration (administratio). The importance of this task is strengthened by the role of administration in contemporary public life. The field of public administration covers the provision of public order and security, protection of public health, provision of education, the promotion of economic welfare of citizens etc. From other forms of human activity public administration differs by its compulsory public mission.

Public administration acquires functions necessary for the cohabitation of the society to be fulfilled independently from the will of individual members of society. Thus, in terms of its objectives, public administration's deep and authoritative interference in the individuals' life is substantiated and justified from the beginning.

We contact with public servants exercising public administration nearly at every step. When mailing a letter or telegram we enter in a relationship with the administration, when using a subway we also make certain relations with the city transport service, which in its turn fulfils the functions of public administration. Even when we just walk in the streets we become linked to the chain of relations built up based on public administration. A city's special services equip the streets for common use, police regulates traffic rules and even if we do not want to have any relationship with the government at all, we still have to recognise the realism of the relationship with the government.

### **8. Government – an Irreplaceable Party of Public Relations**

Since an individual has an inevitable relation in the management field with the government we can not deny the need to regulate these relations. Proceeding from such a need we are never free in the choice of a partner in public

relations. In exercising our private interests we are able to choose the person with whom we would like to make property-related or private non-property relation (choice of wife or husband, rental of apartment with this or that landlord, purchase of goods of our choice etc.).

Public administration functions are implemented by certain officials gathered in a certain state institution. Every official and institution has its official competence on certain affairs and within a certain territory. Consequently, wherever we are we acquire irreplaceable partners in the form of local government and public institutions. As for the central governmental bodies applying their authority over a certain category of affairs within the entire territory of the state, these institutions become irreplaceable partners for the country's entire population. Certainly central and local governments, officials appointed and elected are changed from time to time. However, while they occupy their positions a citizen can not make a choice among them in the way that he can choose partners in private relations.

In addition, the difference between public and private law lies in the character of public-law and private-law relations. In public law relations, one party is always a state in the form of its bodies and public servants. The characteristic of public law relations is its imperative nature. Parties of public-law relations define the scope of their rights and obligations not independently by mutual agreement but by involuntarily entering into public-law relations, they become obliged to obey the pre-determined rules of the game. The nature of public-law relations is totally predetermined by the will of the state. The will of separate individuals of these relations does not participate in the determination of the relations. Its participation is theoretically possible in the form of the government's source. The initiative in public-law relations belongs to the state, which unilaterally by dictating and ordering regulates the relations. Relations where parties determine the scope of their rights and obligations based on mutual agreement and consensus are of a private-law character.

### 9. Jus cogens and Jus dispositivum

Legal rules regulating legal relations may be imperative or dispositive. Imperative rules (*jus cogens*) precisely define the content of legal relations and leave no space to its parties to define it. So-called dispositive rules (*jus dispositivum*) grant public or private persons with more or less freedom of determination of their relations. The principle of public law is that what is not permitted by the law is prohibited. Whereas the principle of private law is that what is not prohibited is permitted. The state's role in public and in private law is different. In public law a state appears as an emperor granted with unlimited power whereas in private law it appears just as a drowsy night guard. According to Kant pri-

vate law is the law according to which obligation and compulsion are based not upon the law but upon justice and human freedom to be a master of oneself.

Private-law relations are in contrast to public-law relations and are built on the theories of will and interests. The subject of such relations possesses a will – use power at his discretion, in his interests. An owner has the right to sell his own thing, change it, throw it away or destroy it at his own discretion. A creditor guided with his interests has the right to require payment of a debt but he may also acquit the debtor of a debt or mitigate the conditions of debt. The element of duty i.e. the obligations retains dominant significance in public-law relations. It is characterised with the primary role of legal obligations and not with person's right to enjoy his status at his discretion in his interests. Thus, public law is the law of obligations and private law - law of rights.

Imperative rules in private law are met in the form of exception (e.g. family law). The "supremacy of will" is incompatible in imperative rules. By its nature these rules exclude the freedom of discretion of a competent person. If necessary it limits the subjective right to the legal obligations.

The provision of Article 10 II of the Georgian Civil Code reflects the "supremacy of will" of the subjects of private law - "participants in a civil relation may exercise any action not prohibited by law including any action not directly foreseen by law". Transactions and contracts, basic institutes of civil law, are based on "the supremacy of will". Pursuant to Article 50 "transaction is a unilateral, bilateral or multilateral declaration of will aimed at creating, changing or terminating of legal relations". Pursuant to Article 52 "in interpreting the declaration of will, the will shall be ascertained as a result of reasonable deliberation and not only from the literal meaning of its wording". In addition "supremacy of will" is reflected in the principle of freedom of contract.

Persons of private law may freely conclude contracts and determine the contents of this contract within the framework of the law. They can conclude contracts not foreseen by the law but they shall not contradict the law. If, for the protection of essential interests of society or individual the validity of contract depends on the state's permission, then it should be regulated by a separate law.

Article 19 I of the Swiss Act on the Law of Obligations points out: "there may be determined any content of the contract within the framework of the law". Article 1134 of the French Civil Code states the well-known wording "lawful contract is the law for its parties".

By what reason does modern law order recognise the obligatory nature of private persons' contracts and secures their performance under court proceedings? According to Zweigert and Kötz there are numerous opinions concerning this doctrine but the following two are basic. The major task of the law order is to provide and secure an individual's freedom and self-determination. Independen-

dently from the influence of the state or other governmental body, everyone should enjoy the freedom of action. An individual should be allowed to make his relations with others at his own discretion and not according to pre-determined mandatory provisions. He is free in achievement of goals that he considers lawful provided other's similar freedom is not violated.

The Georgian Civil Code admits the application of imperative rules in private law from this view. Pursuant to Article 10 III "imperative rules of civil law protect the freedom of others from the abuse of rights. Actions that contravene these rules shall be invalid, except when the law explicitly defines other effects. Individual interventions through administrative acts shall be prohibited unless these acts are applied on the grounds of a specific law."

Thus, the state should take account of individual freedom and assign the right to determine independently the conditions of his living. For an individual this means not only freedom of religion, expression, private property, commerce and business, but also freedom of contract to enter into relations with a person of his choice. The content of this relationship, basically, should remain as a prerogative of the parties to the contract and depend on the decision of each of them and on their joint consent.

The idea of contract is that the agreed terms are mandatory to the parties because each of them voluntarily confirms to the other that they should be considered proper. Freedom of contracts as an expression of individual's autonomy is historically closely linked with the so-called "theory of autonomy of will". Pursuant to this theory, recognition and fulfilment of contractual obligations is based upon the identification that parties to the contract have "voluntarily wished" to assume their obligations.

The theoretical basis of the second opinion is utilitarianism. Supporters of this doctrine are interested in the question of the functioning and optimisation of government bodies in society, and the efficiency of decisions adopted by them. The following example proves this. An owner values his property at 500 Marks and as a rule is ready to sell it for 600 Marks. Certainly it will only happen if he finds a buyer who values this thing at 600 or more Marks and thus is ready to pay this sum to buy it. If such buyer is found he, as a smart person who cares about his interests, will conclude a contract on the purchase of this thing for 600 Marks.<sup>201</sup>

## 10. Public Law – System of Legal Centralisation

A comparative analysis of public-law and private-law relations illustrates the contrast between these two different types of law orders. Although the law generally aims at the regulation of relations between individuals, the methods

<sup>201</sup> Zweigert/Kötz, Introduction to the Comparative Law in the Field of Private Law (in Georgian), Tbilisi, 2000, Vol. I, 13.

and mechanisms of such regulation differ significantly. In one area relations are regulated by orders from the single centre such as the state government. The latter stipulates for each person its legal place, its rights and duties before the state as a whole and before other individuals.

According to Pokrovsky the major difference between private and public laws is observed in the methods applied. Only a state may issue ordinances defining the status of separate individuals in this field of relations and no private will, no private agreement can change this status (Roman lawyers believed that – *publikum jus pactis privatorum mutari non potest*). Regulating all these relations on its initiative and at its own will the state government can not admit any other will or anyone else's initiative in this field. Consequently, the rules from the state have an unconditional mandatory nature (*jus cogens*). At the same time the rights granted by it have a mandatory nature. They should be exercised because otherwise the obligations related to these rights will not be fulfilled.

A typical and the illustrative example of such method of legal regulation is how state defence is organised. Here everything is related with the single governing centre, which is the only one to issue rules defining the life of the whole and status of each individual. These rules define whether the person concerned is subject to military service or not; if yes it will allocate him in the ranks of the army, determine his status as of an ordinary or officer in this or that regiment etc. No private agreement may change any line in this position. I can not substitute you at work, exchange legions with you or take officer's status for myself. Everything here is subject to one governing centre and everything is centralised.

This method of legal centralisation is the essence of public law. What is clearly and directly observable in the area of military law is the general characteristic of all fields of public law.

### 11. Private Law – System of Legal Decentralisation

The law applies different methods in the fields falling within the category of private law. In this case, the state principally refrains from direct and authoritative regulation of relations. Here it treats itself not as the only governing centre but grants such regulation to other small centres deemed as independent social units as subjects of law. Such subjects of law are mostly individuals – human beings or various artificial unions – corporations or institutions, i.e. legal persons. Each of these small centres is presumed to carry its own will and initiative and they themselves regulate bilateral relations between each other. The state does not define these relations under its own will. It enjoys the status of protecting what is determined by others. It does not order a private person to be an owner, heir or get married. Everything depends on the private person or persons. However, the state will protect

the relations established. If it defines anything as a general rule then it will apply only to cases where private persons have not defined it on their own initiative, in other words only for filling a gap. For instance, if there is no testament the state defines the sequence of intestate succession. For this reason the rules of private law, as a general rule, bear not a mandatory but only a subsidiary, supplementary character and may be cancelled and altered by private definitions (*jus dispositivum*). Consequently, civil rights (rules) are rights and not obligations. A person to whom they belong is entitled to use or not to use them. The non-exercise of rights does not mean any violation of law.

If public law is the system of legal centralisation of relations, civil law is the system of legal decentralisation. In its essence it comprises many self-defining centres for its existence. If public law is the system of subordination, civil law is the system of coordination. If the first one is the field of power and subordination the second one is the field of freedom and private initiative.<sup>202</sup>

## 12. Examples of Public and Private Law

The division into public and private law is not only classificatory but also conceptual. It concerns the basics of law, its place and role in people's life and its defining values. Two examples bear this out.

The first concerns taxation relations and their legal regulation. The payment of taxes is the obligation for persons owning property. The obligation to pay tax, the amount of tax and terms of its payment are stipulated by law. Relations in the field of tax payment are of imperative nature. Whether the taxpayer wishes to pay the taxes or whether the tax inspection wishes to set allowances for this or that taxpayer does not have any legal meaning. When a person owns property that is subject to taxation, the duty of tax payment originates automatically, "in compliance with the law". Moreover, taxpayers, individuals or organisations should not have any impact on the terms of payment of taxes. They do not have this right (in addition, agreement on this matter with the employee of tax inspection is an unlawful action followed by legal liability of guilty persons). The application of allowances – partial payment or exemption from taxes is available only based on the law and the decision of a competent official.

The second example is when an individual purchases an apartment. Legal relations in this field are principally different from taxation relations. Even if an individual purchases an apartment from a municipal state organisation, the latter appears in the form of a private person who does not enjoy any privileges over separate individuals. For this reason the relationship on the sale of the apartment develops, so to say, on an equal basis and good will, only with parties' agreement and also at the will of a purchaser – the citizen. In addition,

<sup>202</sup> Pokrovsky, *Basic Problems of Civil Law*, Moscow, 2002, 77.

the seller and buyer of an apartment define by mutual agreement the terms of obligations including price, sequence of payment, sanctions for non-performance of obligations etc.

In addition there is another essential element. A contract, including all its terms, concluded at parties' will and in their interests, which is defined by the buyer and seller, becomes a legally binding document. In legal terms it is almost as binding as the law.

Pursuant to the civil code, a seller's obligation to transfer immovable property to a buyer is deemed fulfilled upon transfer of this property, unless otherwise prescribed by the law. (Such rules are called dispositive. The legal rule applies if the parties have not agreed thereon and here the agreement between private persons will turn out to be even "stronger" than the law).<sup>203</sup>

### 13. Conclusions

Each theory discussed, despite certain shortcomings, has rational roots because of which the following general conclusion can be drawn. The basis of private law is a legal order under which an individual is entitled to independently, autonomously, at his own free will, without state authority define the legally important conditions of his action. State authorities, however paradoxical it may sound, are obliged to recognise and under constraint support this decision and ensure the resolution of every disputable matter by an independent court.

The basis of public law is different. In general, it is the order of "power-subordination". The order under which a person having a power is authorised to define unilaterally and directly another person's action and consequently the whole system of authoritative-repressive bodies is obliged, under constraint, to ensure full and precise realisation of government orders and instructions. All other persons are obliged to obey it unconditionally. The content of public law is reflected in the formula: legal obligations + legal liability; private law: subjective rights + legal guarantees. To make it even specific a legal relation is administrative (i.e. by its nature it is essentially different from civil law relations) when an administrative agency is the party to this relation on the one hand and on the other implements a public law function. The implementation of a public law function takes place when an administrative agency carries out an action foreseen and regulated by administrative legislation.

Administrative law unlike other fields of law comprises the elements of codification and precedence simultaneously. It is especially difficult to formulate the rules on jurisdiction. This process is in a constant dynamic. Consequently, when defining civil and administrative laws, their scopes of application and making differentiation between them, the theory and practice become closely linked.

<sup>203</sup> Alekseev, *Private Law*, Moscow, 2002, 8.

## სარჩევი/ Contents

ტიმოთი ბალანდის წინასიტყვაობა .....	4
Foreword by Timothy Balland .....	7
შესავალი/ Introduction .....	9

## კარი/ Section 1

სამართლის რომანულ-გერმანული და  
ანგლო ამერიკული სისტემები

**Romano-Germanic and Anglo-American systems of Law I.**

1. სამართლის განსაზღვრულობის პრობლემა ინგლისურ და კონტინენტურ სისტემებში .....	13
2. რომის სამართლის ზეგავლენა სამართლის სისტემებზე .....	17
3. სამართლის წყაროები .....	19
4. კოდიფიკაცია .....	21
5. პრეცედენტი .....	26

## კარი/ Section 2

განუსაზღვრელობა და ხარვეზი კანონმდებლობაში,  
სამართლის პოზიტიური თვისება თუ სამართლებრივი  
რეგულირების დეფექტი?

**Uncertainty and Gaps in Legislation, a Positive  
Feature of Law or a Defect in Legal Regulation?**

1. საკანონმდებლო ვაკუუმი თუ სამართლებრივი ვაკუუმი .....	29
2. განუსაზღვრელობა, როგორც სამართლის პოზიტიური თვისება .....	30
3. განუსაზღვრელობა, როგორც სამართლებრივი რეგულირების დეფექტი .....	33
4. ტექსტუალური პოზიტივიზმი - სამართლის აღქმის პოსტკომუნისტური გადმონაშთი .....	34
5. სამართლებრივი პუბლიკაციები .....	38

6. იურიდიული გამოცემები საერთო  
სამართლის იურისდიქციის სისტემებში .....39
7. სამართლებრივი გამოცემები სამოქალაქო  
სამართლის (რომანულ-გერმანულ)  
იურისდიქციის სისტემებში .....40
8. ეროვნულ სამართლებრივი საინფორმაციო ბაზები .....41
9. როგორ ვრცელდება აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს  
გადაწყვეტილებები .....43

### კარი/ Section 3

#### ჭეშმარიტება და სამართალი

#### Truth and Law

1. Jus naturale/Jus positivum, პოზიტიური თუ ბუნებითი  
სამართალი, რომელს გააჩნია უპირატესობა მათი  
კონფლიქტისას? .....44
2. შეჯიბრებითობა თუ ჭეშმარიტების ძიება .....46
3. სამართლის ნორმის შეფარდება .....54
4. სასამართლო პროცესი .....57
5. ნათქვამის არსი: რაზე ფიქრობენ  
მოსამართლეები საქმის გადაწყვეტისას? .....61

### კარი/ Section 4

#### მოსამართლეობრივი დამოუკიდებლობა

#### Judicial Independence

1. სამსახურებრივი ზედამხედველობა მოსამართლეზე .....64
2. სად უნდა გადიოდეს სამსახურებრივი  
ზედამხედველობის საზღვრები .....65
3. აქვს თუ არა აღმასრულებელ ხელისუფლებას,  
ჩაერთოს სასამართლოს მუშაობის პროცესში  
თუნდაც იმ მიზნით, რომ მოსამართლის საქმიანობა  
უფრო ეფექტური გახადოს .....66

4. სად გადის მოსამართლის პარტიულ-პოლიტიკური მოღვაწეობის საზღვრები, რისი თქმის უფლება აქვს მოსამართლეს საზოგადოებისთვის და ასევე პირიქით .....67
5. დაცულნი არიან თუ არა მოსამართლეები პრესისა და ტელევიზიის არაკონსტრუქციული ინფორმაციისაგან .....68
6. აქვთ თუ არა მთავრობისა და პარლამენტის წევრებს უფლება ეჭვქვეშ დააყენონ განაჩენი .....70
7. დასაშვებია კი საერთოდ მოსამართლეთა სამსახურებრივი საქმიანობის შეფასება .....71

### კარი/ Section 5

#### სამართლის ნორმის პროკონსტიტუციური განმარტება

#### Proconstitutional Interpretation of a Rule of Law

1. კონსტიტუციის განმმარტებელთა ღია საზოგადოება .....72
2. კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის მეთოდოლოგია .....74
3. სამართლის რეალისტური თეორია .....76
4. სანალიზი განმარტების თეორიის პოზიციიდან (მიშელ პროპერი) .....77
5. სგანმარტების ობიექტი: ტექსტი ან ფაქტი .....78
6. განმარტების სახელისუფლებო უფლებამოსილება .....79
7. განმარტების შედეგები .....80

### კარი/ Section 6

#### სამოსამართლო კონსტიტუციონალიზმი: დაბალანსება

#### და პროპორციულობის ტესტი

#### Judicial Constitutionalism: Balancing and Proportionality Test

1. პროპორციულობა და სამართლიანობა .....82
2. კონსტიტუციურ ფასეულობათა ჰორიზონტალური გაერცელების სტრატეგია, როგორც იურიდიული გადაწყვეტილებების მიღების ახალი იდეოლოგია .....84

3. პროპორციულობის კონსტიტუციური საფუძვლები .....86
4. მიზნის ლეგიტიმურობა .....88
5. დასაბუთებულობა და რელევანტურობა ..... 89
6. აუცილებლობა .....89
7. ბალანსირება ..... 90

### კარი/ Section 7

კონსტიტუციურ ფასეულობათა „ჰორიზონტალური გავრცელების დოქტრინა“ სამართლის მთელ სისტემაზე

The “Doctrine of Horizontal Spread” of Constitutional Values Over The Whole System of Law

1. AMPARO 93
2. საკონსტიტუციო სასამართლოს ზედამხედველობა საერთო იურისდიქციების სასამართლოების ცალკეულ გადაწყვეტილებებზე ..... 95
3. როგორ წავახალისოთ საერთო სა კონსტიტუციო სასამართლოების მოსამართლეთა დიალოგი ..... 97
4. პოლონეთის სტრატეგია: სასამართლოთა დეცენტრალიზაცია ..... 99
13. დასკვნები ..... 160

### კარი/ Section 8

კონსტიტუცია და სამოქალაქო სამართალი: რამდენად ექვემდებარება კერძო სამართალი საკონსტიტუციო კონტროლს?

Constitution and Civil Law: Whether the Private Law is a Subject of Constitutional Control ?

1. რა შემხებლობა გააჩნია კონსტიტუციურ უფლებებს სამოქალაქო პროცესთან, რომელშიც მონაწილეობენ მხოლოდ კერძო პირები? ..... 102
2. სამოქალაქო სამართლის ავტონომია..... 103

3. კონსტიტუციური უფლებების ირიბი ეფექტი  
გერმანიაში, „Mittelbare Drittwirkung“ ..... 104
4. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო:  
ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის  
წინააღმდეგ ..... 108
5. კანადა, კონსტიტუციურ-სამართლებრივი  
ნორმების მნიშვნელობა სამოქალაქო პროცესში ..... 110
6. სახელმწიფო მოქმედებათა დოქტრინა  
(State action doctrine) ამერიკის შეერთებულ შტატებში ..... 113
7. დასკვნა ..... 116

### კარი/ Section 9

როგორ ავითარებენ მოსამართლეები სამართალს?

#### How Do Judges Develop Law?

1. თეორია ხელისუფლების შტოთა  
თავისუფალ საქმიანობაზე ..... 117
2. მოსამართლე და კანონი: დუელი თუ დიალოგი?! ..... 121
3. სასამართლო მიხედულების (დისკრეციის) ფარგლები ..... 125
4. სასამართლო პრეცედენტი, როგორც  
სამართლის განსაღვრულობისა და  
სტაბილურობის ფაქტორი ..... 128
5. პრეცედენტის დოქტრინის საფუძვლები ..... 129
6. რამდენად არის სასამართლო დაკავშირებული  
საკუთარ ადრინდელ გადაწყვეტილებებთან 1..... 31
7. *Ratio decidendi* ..... 133
8. სასამართლო პრაქტიკის როლი ქართული  
სამართლის სისტემაში ..... 134
9. პრეცედენტი ადამიანი უფლებათა  
ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში ..... 141

## კარი/ Section 10

**Calausula Rebus Sic Stantibus,  
დინამიკა და სტატიკა სამართალში**

**Clausula rebus sic stantibus, Dynamic and Static in Law**

1. დინამიკა და სტატიკა სამართალში ..... 145

## კარი/ Section 11

**საჯარო სამართალი, კერძო სამართალი და  
სასამართლო პრაქტიკა**

**Public law, Private law and Court Practice**

1. მცირე ისტორია ..... 175
2. საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის  
თანამედროვე მნიშვნელობა ..... 177
3. კოლიზია სამოქალაქო სამართალსა და  
ადმინისტრაციულ სამართალს შორის ..... 183
4. საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის  
კლასიკური თეორიები ..... 189
5. სამოქალაქო და ადმინისტრაციული  
სამართლის გამიჯვნის პრობლემა რეგულირების  
საგნის მიხედვით ..... 193
6. ადმინისტრაციული სამართალი — სამართალი,  
შექმნილი უპირატესად მოსამართლეთა მიერ ..... 196
7. ადმინისტრაციული სამართლის სავალდებულო  
საზოგადოებრივი მისია ..... 202
8. ხელისუფლება — საჯარო ურთიერთობის  
უცვლელი კონტრაჰენტი ..... 203
9. *Jus cogens / Jus dispositivum*
10. საჯარო სამართალი — იურიდიული  
ცენტრალიზაციის სისტემა ..... 207

- |  |     |
|--|-----|
| 11. კერძო სამართალი — სისტემა იურიდიული<br>დეცენტრალიზაციისა ..... | 209 |
| 12. საჯარო სამართლისა და კერძო<br>სამართლის მაგალითები .....       | 210 |
| 13. დასკვნები .....  | 211 |

### კარი/ Section 12

**ხელშეკრულება ადმინისტრაციულ სამართალში  
(კერძო სამართალი საჯარო მმართველობის სფეროში)**

**Agreement in Administrative Law  
(Private Law in Public Administration)**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. სამართლის საჯარო და კერძო სფერო .....              | 213 |
| 2. ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებათა ფილოსოფია .....      | 216 |
| 3. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები კანონის მიხედვით .. | 226 |

### კარი/ Section 13

**კაზუსის ამოხსნის მეთოდოლოგია  
(საჯარო მმართველობის სფეროში)**

**Methodology of Case Resolution  
(in the field of public administration)**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. ადმინისტრაციული სამართლის სისტემა .....  | 228 |
| 2. ადმინისტრაციული სამართლის<br>ავტონომია (როდის?) .....                                      | 228 |
| 3. ადმინისტრაციული სამართლის განხორციელების<br>სპეციფიკა (რა მეთოდით?) .....                  | 232 |
| 4. კანონიერების პრინციპი (როგორ?) .....   | 234 |
| 5. საჯარო ხელისუფლების ანგარიშვალდებულებისა<br>და პასუხისმგებლობის პრინციპი (ვის მიერ?) ..... | 237 |
| 6. სამართლებრივი დილემის გადაწყვეტის<br>(კაზუსის ამოხსნის ძირითადი სტადიები (რა უფრო) .....   | 239 |

## ოთხი კაზუსი

### Four Cases

კაზუსი 1 .....	242
ამოხსნა .....	243
კაზუსი 2 .....	253
ამოხსნა .....	255
კაზუსი 3 .....	263
ამოხსნა .....	264
კაზუსი 4 .....	271
ამოხსნა .....	272

### STUDIA IURIDICA: Judge-Made Law

How Do Judges Develop Law .....	283
1. Theory on the Separation of the Branches of Power .....	283
2. A Judge and a Statute: a Duel or a Dialogue?! .....	285
3. Limits of Judicial Discretion .....	288
4. Judicial Precedent, as a Factor of Certainty and Stability of Law .....	290
5. Basic Principles of the Doctrine of Precedent .....	291
6. To What Extent Is a Court Bound by Its Earlier Judgements? .....	292
7. Ratio decidendi .....	93
8. The Role of Judicial Practice in the System of Georgian Law .....	294
9. Precedents in the Practice of the European Court of Human Rights 2.....	99

<b>Clausula rebus sic stantibus, Dynamics and Statics in Law .....</b>	<b>303</b>
<b>Public Law, Private Law and Court Practice .....</b>	<b>323</b>
1. Background .....	323
2. Modern Meaning of Separation of Public and Private Laws .....	324
3. Conflict of Civil and Administrative Laws .....	327
4. Classical Theories of Differentiation between Public and Private Law .....	332
5. The Differentiation between Civil and Administrative Laws According to the Object of Regulation .....	334
6. Administrative Law – Law Made Mainly by Judges .....	336
7. Compulsory Public Mission of Administrative Law .....	340
8. Government– an Irreplaceable Party of Public Relations .....	340
9. Jus cogens and Jus dispositivum .....	341
10. Public Law – System of Legal Centralisation .....	343
11. Private Law – System of Legal Decentralisation .....	344
12. Examples of Public and Private Law .....	345
13. Conclusions .....	346

