

№ 21

2022

მარტი  
MARCH

## სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის  
სამართლის ინსტიტუტის  
საერთაშორისო სამეცნიერო  
რეზერირებადი ჟურნალი

## LAW AND WORLD

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

სამართალი და მსოფლიო – თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND WORLD – Your Guide in Legal World

თბილისი  
Tbilisi

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



ჟურნალის საერთაშორისო აღიარება  
International Recognition of Journal



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

ჟურნალი ფლობს საერთაშორისო ლიცენზიას CC BY-SA.

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

The journal holds International license: CC BY-SA.

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

იოსებ კელენჯერიძე  
მარინა შინამირაშვილი  
მარიამ ბობოხიძე  
თამარ ქავჯარაძე

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

IOSEB KELENJERIDZE  
MARINA SHIKHAMIRASHVILI  
MARIAM BOBOKHIDZE  
TAMAR QAVZHARADZE

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

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



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

# სარედაქციო კოლეგია

**იოსებ კვლევანაძე**  
მთავარი რედაქტორი, საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

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

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

**თამარ ლალიაშვილი**  
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

**შალვა შურდაძე**  
სამართლის დოქტორი,

გურამ თავართქილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი, ადვოკატი

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

**ანა ჭილიტაშვილი**  
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

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

**ბაკურ ლილუაშვილი**  
სამართლის დოქტორი,

ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

**თათული დოლიძე**  
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

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

**ეკატერინე ლაფარი**  
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

**გიორგი გორაძე**  
სამართლის დოქტორი, სულხან საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის პროფესორი

**გიორგი ხაბიძე**  
საქართველოს საზოგადო-

ებრივ საქმეთა ინსტიტუტის (GIIPA) სამართლის და პოლიტიკის სკოლის ასოცირებული პროფესორი

**პაპა გომბაძე**  
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

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

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

## უცხოელი წევრები

**ჰანს იურგენ ბახორპ**  
ევროპული ინსტიტუტის ლიბერტას დირექტორი, ყოფილი ევროპარლამენტარია, ევროკავშირის საგარეო საქმეთა ჟურნალის მთავარი რედაქტორი, ადვოკატი (გერმანია)

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

**დემიდ კოლბე**  
ვალპარაისოს უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი,

ინდიანას შტატის ადვოკატთა ასოციაციის წევრი (აშშ)

**უილიამ ბილ ვოტკინსი**  
სამხრეთ კაროლინას მოქმედი პროკურორი. ოუკლენდის დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი (აშშ)

**მარკ სპეისერი**  
ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (აშშ)

**მარტინ კოლე**  
Panthéon-Assas-ის (Paris II) უნივერსიტეტის პროფესორი (საფრანგეთი)

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

**ფრანჩესკო ლონგობუკო**  
კერძო სამართლის ასოცირებული პროფესორი — MIUR სრული პროფესორის კვალიფიკაცია, იურისტი უმაღლესი მაგისტრატურის ეკონომიკის დეპარტამენტში, Roma Tre University Erasmus-ის აკადემიური კოორდინატორი

**პაროლ პარსკი**  
სამართლის დოქტორი, ვარშავის უნივერსიტეტის პროფესორი და სამართლისა და ადმინისტრირების ფაკულტეტზე საერთაშორისო საჯარო სამართლის დეპარტამენტის უფროსი, ევროპის უნივერსიტეტის საპატიო დოქტორი, თბილისი, ევრო პარლამენტის წევრი

**ამირ ალიმევი**  
ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტის UNESCO-ს ადამიანის უფლებათა და საინფორმაციო სამართლის იურიდიული ფაკულტეტის კათედრის გამგე, სამართლის დოქტორი, პროფესორი

# EDITORIAL BOARD

**IOSEB KELENJERIDZE**  
Editor-in-Chief, Doctor of International Law, Affiliated professor of European University

**MERAB TURAVA**  
Doctor of Law, Professor of Grigol Robakidze University.  
President of the Constitutional Court of Georgia

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

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

**SHALVA KURDADZE**  
Doctor of Law, Professor of Guram Tavartkiladze Tbilisi

Teaching University, Advocate

**ALEKSANDRE GLONTI**  
J.D. Candidate at Freiburg University. Founder of an International Cybersecurity Company The Project Andromeda

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

**LEVAN MESKHORADZE**  
Head of the European Union projects, international/national consultant of the Council of Europe/American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI)/Promoting Rule of Law in Georgia (PROLoG)/Georgia Bar Association (GBA)

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

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

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

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

**GEORGE GORADZE**  
Doctor of Law, professor Sulkhana Saba Orbeliani University

**GEORGE KHATIDZE**  
Associate Professor at the Georgian Institute of Public Affairs, School of Law and Politics (GIPA)

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

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

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

## FOREIGNER MEMBERS

**HANS-ÜRGEN ZAHORKA**  
The director of European Institute „Liberta”, Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EUFAJ), Advocate (Germany)

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

**DAVID C. KOLBE**  
Doctor of Law at Valpara-

iso University, Lawyer of Indiana State Bar Association (USA)

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

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

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

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

**FRANCESCO LONGOBUCCO**  
Associate Professor of Private Law – MIUR qualification as Full Professor, Lawyer at the Higher Magistrates Department of Economics, Roma Tre University Erasmus Academic Coordinator

**KAROL KARSKI**  
Ph.D. (Law), Dr. Hab.

Iur., Professor of the University of Warsaw and the Head of the Department of Public International Law at the Faculty of Law and Administration, Doctor honoris causa of the European University in Tbilisi, Member of the European Parliament

**AMIR ALIYEV**  
Head of UNESCO Chair of Human Rights and Information Law of Law Faculty at Baku State University, Doctor of Laws, Professor

- 8** AFRICA IN THE EYE OF THE STORM: NAVIGATING LAW AND STRUCTURAL INEQUALITY IN GLOBAL ENVIRONMENTAL RELATIONS  
Olalekan Moyosore Lalude, Ayoyemi Lawal-Arowolo
- 27** JUDICIAL APPROACH AMIDST GROWING LIVE-IN RELATIONSHIP  
Arpit Sharma, Sinta Umpo
- 35** WHAT ARE THE APPLICABLE NORMS AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW DELIMITATION OF THE CASPIAN SEA?  
Sedigheh Zarei, Henning Jessen
- 53** SEVERAL LEGAL PECULIARITIES OF THE REGULATION OF BUSINESS ENVIRONMENT IN GERMANY  
Mikheil Bichia
- 68** DIGITAL TRANSFORMATION OF LEGAL EDUCATION IN THE TIME OF CORONAVIRUS  
Khatuna Burkadze
- 76** CONFIDENTIALITY IN MEDIATION IN RESOLVING PROPERTY DISPUTES: REALITY AND CHALLENGES  
Irina Batiashvili
- ქონებრივი დაპყების გადაწყვეტიანს კონფიდენციალობის  
დასვის ფარგლები შედინსიაში: რეალობა და  
გამონსვებები  
ირინა ბათიაშვილი

- 117 საზოგადოებრივ ადგილას განხორციელებული სექსუალური შევიწროება – არსებული ადმინისტრაციულ სამართლებრივი რეგულირება და პრობლემური ასპექტები  
ნატი გელოვანი  
SEXUAL HARASSMENT IN PUBLIC PLACE – EXISTING ADMINISTRATIVE REGULATION AND PROBLEMATIC ASPECTS  
Nati Gelovani
- 136 ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის როლი არასრულწლოვნისათვის სასჯელის დანიშნავდების საუკეთესო ინტერესის განსაზღვრისათვის (სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი)  
სალომე გულიაშვილი  
THE ROLE OF THE INDIVIDUAL ASSESSMENT REPORT IN DETERMINING THE BEST INTEREST OF A JUVENILE BEFORE SENTENCING (Case law Analysis)  
Salome Guliashvili
- 159 სმარტ-კონტრაქტში გამოყენებული ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის არსი და სამართლებრივი პრობლემები  
სალომე თეზელაშვილი  
THE ESSENCE OF THE BLOCKCHAIN TECHNOLOGY USED IN THE SMART CONTRACT AND LEGAL PROBLEMS  
Salome Tezelashvili
- 177 სტრასბურგის სასამართლოს 2020 წლის იურისპრუდენცია ევა გოცირიძე  
JURISPRUDENCE OF THE STRASBOURG COURT OF 2020  
Eva Gotsiridze

207

ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნებაში საჯარო  
უფლებამოსილების ლოგიკის დასუსტება კონკურენციული  
ლოგიკის არსებობით

ივანე ბალახაშვილი

WEAKENING THE LOGIC OF PUBLIC AUTHORITY  
IN THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE CONTRACT  
BY THE EXISTENCE OF COMPETITIVE LOGIC

Ivane Balakhashvili

223

საპროცესო თანამონაწილეობის პრობლემა საქართველოს  
სამოქალაქო საპროცესო სამართალში

ბაკურ ლილუაშვილი

THE PROBLEM OF PROCEDURAL COMPLICITY IN GEORGIAN  
CIVIL PROCEDURAL LAW

Bakur Liluashvili

# Africa in the Eye of the Storm: Navigating Law and Structural Inequality in Global Environmental Relations

**Olalekan Moyosore Lalude**

*PhD Candidate in Law, Babcock University School of Law & Security Studies, Nigeria*

**Ayoyemi Lawal-Arowolo**

*Professor of Law, Babcock University School of Law & Security Studies, Nigeria*

**KEYWORDS:** Environmental Racism, Africa, E-waste, Environmental Rule of Law

## ABSTRACT

Environmental racism is a phenomenon defined by an unfair allocation of environmental risks. It is a systematic violation of the right to a safe and healthy environment. Environmental racism takes root in the colonial prioritisation of race in the distribution of social and environmental benefits. The environment should not be treated like an infinite garbage can. The economic polarity of the world will always have some people on the receiving end of an ordeal. In contradistinction to the ideal, in Africa, environmental justice is a concept of privilege. The costs of industrialisation such as environmental degradation and the generation of toxic waste have brought about imbalances in the environment. These imbalances have caused variant problems, both short term and long term

This article discussed environmental racism and what it means for the realisation of environmental justice. This article further compared the successes of the Bamako Convention to the Basel Convention in the light of the realities of the dumping of hazardous waste in Africa and the conduct of activities injurious to the environment. It further examined the activities of multinational companies in Africa and how weak regulatory environments aid the impunity of environmental pollution.



## INTRODUCTION

Environmental racism is the type of structural racism that causes people of color to be disproportionately affected by policies and practices that necessitate them to live close to places with toxic waste like landfills, sewage works, mines, power stations and other such locations that poses a risk to their health or safety.<sup>1</sup> As Weintraub stated, environmental racism is the deliberate placement of toxic waste sites, landfills, incinerators and industries that pollute the environment in communities of people of color.<sup>2</sup> In a broader context, environmental racism poses a significant risk to the poorest countries in the world, most of which are in Africa.<sup>3</sup> Besides the inefficient environmental policymaking in many African countries, the flow of plastics to Africa is contributing to the buildup of an immense environmental crisis. There has been a consistent dumping of electronic products in Africa, this alone accounts for a significant share of the environmental risk that Africa is exposed to.<sup>4</sup>

In the wake of environmental racism, indigenous populations are often at risk.<sup>5</sup> This is because the gentrification of indigenous land can inspire the need for resettlement. Environmental racism is a racial injustice that is often not real-

ly considered in the severity of its impact on the environment of vulnerable racial communities.<sup>6</sup> Africa is a region that is trapped in the toxicity of environmental racism. The history of environmental racism in Africa dates back to colonialism, when the exploitation of the African environment led to the creation of systems that currently burden the African environment and has led to the displacement of indigenous communities.<sup>7</sup> In examining environmental racism and its impact on Africa, there is the question whether toxic waste dumping in Africa is based on a calculation of cost benefit analysis or on environmental racism. Cost benefit analysis is the systematic process through which businesses explore decisions to take and which to forego. In cost benefit analysis, the expected rewards of an action are weighed against the costs.<sup>8</sup> This determines whether the action would be taken. The use of cost benefit analysis in the evaluation of environmental regulations especially in developed countries like the US has been criticized to lack an ethical foundation, and therefore not the right fit for the problems it was hoped it would resolve since environmental regulation is about moral issues.<sup>9</sup> The argument against the ethical value of cost benefit analysis in environmental protection was further treated in Hsu's article, which captured debates on the relevance of cost benefit analysis in environmental law.

One of the most prominent scholars, amongst critics of the economic approach to measuring impact of environmental law and policy, Lisa

1 Beech, P., (2020). *What is environmental racism and how can we fight it?* World Economic Forum. <<https://www.weforum.org/agenda/2020/07/what-is-environmental-racism-pollution-covid-systemic/>> [Last seen: March 18, 2022]

2 Weintraub, I., (1994). Fighting environmental racism: a selected annotated bibliography. *Electronic Green Journal*, 1 (1). <<https://doi.org/10.5070/g31110155>>

3 Focus Economics., (2020). *The poorest countries in the world*. FocusEconomics | Economic Forecasts from the World's Leading Economists. <<https://www.focus-economics.com/blog/the-poorest-countries-in-the-world>> [Last seen: March 18, 2022]

4 UN Environment., (2022). Africa waste management outlook: Summary for decision makers. <[https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/25515/Africa\\_WMO\\_Summary.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/25515/Africa_WMO_Summary.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>

5 Beech, P., (2020). *What is environmental racism and how can we fight it?* World Economic Forum. <<https://www.weforum.org/agenda/2020/07/what-is-environmental-racism-pollution-covid-systemic/>> [Last seen: March 18, 2022]

6 The Lancet Planetary Health., (2018). Environmental racism: time to tackle social injustice. *The Lancet Planetary Health*, 2 (11), e462. <[https://doi.org/10.1016/s2542-5196\(18\)30219-5](https://doi.org/10.1016/s2542-5196(18)30219-5)>

7 Dominguez, L. & Luoma, C., (2020). Decolonising conservation policy: how colonial land and conservation ideologies persist and perpetuate indigenous injustices at the expense of the environment. *Country*, 9 (3), 65. <<https://doi.org/10.3390/land9030065>>

8 Hayes, A., (2021). *How Cost-Benefit analysis (CBA) process is performed*. Investopedia. <<https://www.investopedia.com/terms/c/cost-benefitanalysis.asp>> [Last seen: March 18, 2022]

9 Ackerman, F. & Heinzerling, L., (2002). Pricing the priceless: cost-benefit analysis of environmental protection. *University of Pennsylvania Law Review*, 150 (5), 1553. <<https://doi.org/10.2307/3312947>>

Heinzerling, is known for her intense engagement of the debate where through a confrontational approach, she has held ground on the ethical indignation of environmental issues.<sup>10</sup> Cost benefit analysis have rightly been considered amoral, until an environmental outcome defines its use. An instance is when oil industry players decide to use international politics to influence environmental regulation on plastics in Kenya, where it is obvious that economically for them, it's more profitable to find a ready market for their environmentally harmful goods than to have to be mindful of its impact on the environment.<sup>11</sup> This is despite Kenya's struggle with the management of plastic waste. When cost benefit analysis is used to calculate the benefits of toxic waste dumping in countries with weak environmental protection mechanisms, and there is a choice to protect economic interests above environmental wellbeing of communities concerned, then cost benefit analysis stop appearing in its amoral sartorial, but adopt an ethical pose.

## THE HISTORY OF ENVIRONMENTAL RACISM

Environmental racism emerged from the events that defined the mission of the environmental justice movement in the America of the 1980s. Events such as the hazardous mass of the Warren Country waste disputes in North Carolina and the 'racially distributed spread of petrochemical pollution in "Cancer Alley", Louisiana' were evidence of the contemporary problem that environmental racism is. The idea that detritus is a social process, conceptually frames the historical essence in which environmental racism developed in. It especially captures the social problems and constructions that have long defined

environmental relations. The interpretations of race and waste and their influences on each other reach to the foundations of American nationhood.<sup>12</sup> Environmental racism was essentially an American idea, since it was discovered that waste management policies had a racist undertone. Environmental racism is a problem that can be contextualized and it is often judged based on the effect that environmental risks have on a racial demographic, stemming from the actions of the privileged race.

The existence of racial privilege has long been the foundation for environmental racism. In the African context, the history of environmental racism is the history of colonial exploitation. White argued that colonialism wreaks violence on the human relationship with the environment. He further showed how environmental racism is connected with colonialism by creating a link on the negative impact of colonialism on the lives of indigenous people and their environment.<sup>13</sup> The Scramble for Africa in 1884 to 1885 set the pace for the environmental exploitation that was to define the power balance of environmental relations and the framing of Africa as the dumping ground in today's environmental politics. The colonial power claims that made the Berlin Conference of 1884-85 necessary were so strong that the mediative purpose of the conference was defeated. The colonial power claims was one of the major factors that brought about the First World War.<sup>14</sup> The Scramble for Africa was a scramble for resources.<sup>15</sup> It was a commodification of the

10 Shi-Ling Hsu, "On the Role of Cost-Benefit Analysis in Environmental Law" 2004 Northwestern School of Law Draft Paper

11 Tabuchi, H., Corkery, M. & Mureithi, C., (2020). *Big oil is in trouble. Its plan: Flood Africa with plastic.* The New York Times. <<https://www.nytimes.com/2020/08/30/climate/oil-kenya-africa-plastics-trade.html>> [Last seen: March 18, 2022]

12 Davies, T., (2017). Clean and white: a history of environmental racism in the United States. *Ethnic and Racial Studies*, 40 (8), 1360–1362. <<https://doi.org/10.1080/01419870.2017.1287425>>

13 Whyte, K., (2018). Settler Colonialism, Ecology, and Environmental Justice. *Environment and Society*, 9(1), 125–144. <<https://doi.org/10.3167/ares.2018.090109>>

14 Joplin, S., (2019). *Scramble for Africa – New World Encyclopedia.* New World Encyclopedia. <[https://www.newworldencyclopedia.org/p/index.php?title=Scramble\\_for\\_Africa&oldid=1026554](https://www.newworldencyclopedia.org/p/index.php?title=Scramble_for_Africa&oldid=1026554)> [Last seen: March 18, 2022]

15 Al Jazeera. (2010, Sept. 5). *The scramble for Africa: A History of independence.* Independence News | Al Jazeera. <<https://www.aljazeera.com/videos/2010/9/5/the-scramble-for-africa-a-history-of-independence>> [Last seen: March 18, 2022]

African environment without regard for its systemic implications. Weingaf pointed out that Africa had long suffered from astonishing levels of inequality, poverty and oppression since the end of colonialism. He argued that tying the cause of underdevelopment and poverty to corruption and governance is falling far from the real cause of Africa's problems which is the frustration of industrial development in the stifling atmosphere that was created by colonialism.<sup>16</sup> Environmental racism has evolved with colonialism. Today, colonialism far from being a subject of occupation has thrived in an international system of environmental regulation and with it, environmental racism is perpetuated not just with the way it gives more representation to Western interests, but also in how it controls the narratives from Africa.<sup>17</sup>

## GERBOISE BLEUE AND THE NUCLEAR PRECEDENCE

When the Gerboise Bleue happened, it marked as one of the many expressions of environmental racism in a region that is often the target of exploitative actions by the developed world. The Gerboise Bleue was a French nuclear testing operation that started on the 13<sup>th</sup> of February 1960. The name had meant 'blue jerboa' after the blue part of the French tricolor flag and a small Saharan rodent. The nuclear bomb had a blast capacity of 70 kilotons. More powerful than the bomb the United States had dropped after the Second World War in Hiroshima. The first of the nuclear bombs that France had tested was in Tanezrouft area of the Sahara Desert. Over the span of two years, France had tested four nuclear bombs above Tanezrouft. During these two years, Algeria which was a country close to

the test site was under the colonial occupation of France. When Algeria got independence in 1962, still reeling from a long-term revolutionary war, France had kept a military presence in the area and had tested 13 nuclear bombs in a facility that was hidden underneath the Hoggar Mountains, 400 miles from Reggane in the Sahara. Upon leaving, the French had buried hazardous materials from the nuclear tests in the areas it had tested.

Some Algerians who did not know that the buried materials were contaminated started to harvest the materials for their useful parts. After that time, the inhabitants of Reggane had recorded the prevalence of medical problems such as babies that were born with atrophied limbs; stomach cancer, skin cancer and liver cancer; and there also were reports of temporary blindness among those that saw the vicious flash of light that lit up the Maghreb in the early morning hours. The French government's response to the criticism that attended the Gerboise Bleue was about its recklessness in its management of the nuclear operation. In 2014, the French newspaper *Le Parisien* had revisited the Gerboise Bleue operation by publishing an article titled 'choc sur la bombe A en Algeria,' (the shocking document regarding the A-bomb in Algeria. The article which had been written by Sébastien Ramnoux exposed information which contradicted what the French government had earlier claimed. Along with it was a copy of a French military map from the 1960s that showed the test area of the initial explosion at Reggane in the Sahara with a distance of 1,300 kilometres in the southwest of the Algerian capital, Algiers. The map further showed the spread of the operation's aftereffects from the test area to different parts of Africa and Southern Europe. The radiation had been more intense and had reached farther places than the French government had admitted before 2014.<sup>18</sup> The Gerboise Bleue emphasised the environmental impact of colonialism and its tendency of

16 Weingraf, L., (2019). *Legacies of colonialism in Africa* | International Socialist Review. International Socialist Review. <<https://isreview.org/issue/103/legacies-colonialism-africa/>> [Last seen: March 18, 2022]

17 DeCastro, D., (2017). The Colonial Aspects of International Environmental Law: Treaties as Promoters of Continuous Structural Violence. *Groningen Journal of International Law*, 5 (2), 168-190. <<https://doi.org/10.21827/5a6af9c46c2ff>>

18 Panchasi, R. 2019. "No Hiroshima in Africa": The Algerian war and the question of French nuclear tests in the Sahara. *History of the Present*, 9(1), 84. <<https://doi.org/10.5406/historypresent.9.10084>>

environmental racism.<sup>19</sup> The colonial experience of Africa and the imbalance in the environmental relations it created, justified a dangerous precedence like the Gerboise Bleue. The Gerboise Bleue, as it should, has become a reference point for the complex evolution of environmental racism and its structural violence against Africa.

## THE SCOURGE OF E-WASTE

Thirteen significant levels of copper, cadmium, lead, iron, chromium, and nickel.<sup>20</sup> At the Agbogbloshie dump, it was discovered that the workers at an e-waste recycling facility had a high level of blood lead, cadmium, chromium, and urinary nickel more than non-e-waste workers.<sup>21</sup> The impact of e-waste in Ghana is underemphasized as the country makes about 105 to 268 million dollars per annum from materials that were gotten from e-waste.<sup>22</sup> It also provides jobs for around 200,000 people<sup>23</sup> and forms what would be con-

sidered an extra source of foreign exchange. The long term effect is however not considered.

The trade of e-waste in Nigeria and Ghana is further motivated by the rising costs of new electronic equipment, and the exportation of old and used Electronic and Electrical Equipment (EEE) to developing countries like Nigeria and Ghana is on the basis that there is the lack of capacity to purchase new equipment while there is need to keep up with the technological trend.<sup>24</sup> The toxicity of the e-waste trade is a highly significant evident of the changing faces of environmental racism, especially against the most vulnerable people in Africa. The exploitation of their socioeconomic vulnerability touches on the fundamental question about the right to a healthy environment and the protection of such right as it is contained in Article 4 of the African Charter on Human and People's Rights (Banjul Charter). Article 24 provides that 'All people shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development.'<sup>25</sup> A 'general satisfactory environment' would mean an environment healthy and safe by global standards. However the scale of balances in global trade has seen that the African environment and its sustainable development are threatened by the toxicity of e-waste trade and governmental incapacity in addressing its importation.

## HAZARDOUS WASTE MANAGEMENT IN AFRICA

The danger of environmental racism in Africa is that it is costly both financially and environmentally. This is because hazardous waste management is expensive and complex to handle. Akpan and Olukanni have found that the improper management of hazardous waste in Africa has led to the proliferation of health chal-

- 19 Magdaleno, J., (2015). *Algerians suffering from French atomic legacy, 55 years after nuke tests*. Aljazeera. <<http://america.aljazeera.com/articles/2015/3/1/algerians-suffering-from-french-atomic-legacy-55-years-after-nuclear-tests.html>> [Last seen: March 18, 2022]
- 20 Chama, M., Amankwa, E. & Oteng-Ababio, M., (2014). Trace metal levels of the Odaw river sediments at the Agbogbloshie e-waste recycling site. *Journal of Science and Technology (Ghana)*, 34 (1), 1. <<https://doi.org/10.4314/just.v34i1.1>>
- 21 Wittsiepe, J., Feldt, T., Till, H., Burchard, G., Wilhelm, M. & Fobil, JN 2016. Pilot study on the internal exposure to heavy metals of informal-level electronic waste workers in Agbogbloshie, Accra, Ghana. *Environmental Science and Pollution Research*, 24 (3), 3097-3107. <<https://doi.org/10.1007/s11356-016-8002-5>>
- 22 Lebbie, TS, Moyebi, OD, Asante, KA, Fobil, J., Brune-Drissé, MN, Suk, WA, Sly, PD, Gorman, J. & Carpenter, DO 2021. E-Waste in Africa: A Serious Threat to the Health of Children. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18 (16), 8488. <<https://doi.org/10.3390/ijerph18168488>>
- 23 Lebbie, TS, Moyebi, OD, Asante, KA, Fobil, J., Brune-Drissé, MN, Suk, WA, Sly, PD, Gorman, J. & Carpenter, DO 2021. E-Waste in Africa: A Serious Threat to the Health of Children. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18 (16), 8488. <<https://doi.org/10.3390/ijerph18168488>>

- 24 Albuquerque, CA, Mello, CHP, Paes, VC, Balestrassi, PP & Souza, LB (2017, July). *Electronic junk: Best practice of recycling and production forecast case study in Brazil*. International Joint Conference – ICIEOM-ADINGOR-IISE-AIM-ASEM, Valencia, Spain.
- 25 African Charter on Human and People's Rights (Banjul Charter) 1970.

lenges such as birth deficiencies and cancers.<sup>26</sup> In Nigeria, management of hazardous waste is unwieldy as its continued importation over several decades has proliferated in tons of toxic material that threatens the environment, economic growth, development and the enjoyment of human rights.<sup>27</sup> The disposal of hazardous waste is expensive as it requires special procedures and technical expertise to execute. Since e-waste is often left to informal waste management and recycling processes that employ crude techniques, in the absence of recycling infrastructure and competent waste management system, e-waste has now become a leading environmental pollutant and a threat to human health in Nigeria.<sup>28</sup>

The lack of competence in the management of hazardous waste is not only a Nigerian problem, in Kenya, Ghana and Tanzania too, e-waste management goes through informal processes that make it a dangerous environmental problem. Besides the governmental indifference to hazardous waste management in Nigeria, Kenya, Ghana and Tanzania, its management is further pressured by environmental racism. In other parts of the world, there are stories that show how environmental racism puts people at risk when it is evident that they have nothing to alleviate the risk. Bullard's study in 2007, found that race was more likely to predispose a population to environmental pollution than socioeconomic status.<sup>29</sup> In the case of Africa, the perception of the region, its

people and its relevance, in the developed world has often influenced its environmental relations. The extreme faith in the quality of goods from developed countries like the United States and the UK often validate the market for foreign-used goods. However Azuka has argued that the preference for used electronic goods is motivated by economic forces.<sup>30</sup> Although used electronic goods can be cheap, there is no evidence that shows that the price differences between the new and the old is significant. One of the most problematic issues with e-waste management in Africa is that it is processed by people who have little knowledge about its dangers to the health and the environment, hence toxic components often find their way into places where they can easily cause havoc.

## AFRICA'S PLIGHT IN A NEAR ENVIRONMENTAL APOCALYPSE

Environmental racism presents challenges to Africa, especially when combined with the effects of climate change and poverty. Africa's most significant challenge in legally addressing environmental pollution from environmental racism is poverty. Africa's delicate situation is accentuated by the fact that Africa approached the 21<sup>st</sup> century as the poorest region.<sup>31</sup> Africa's plight is further made critical as it has been established that poverty contributes to environmental damage. Environmental pollution threatens human health in many African countries. Pona and others found that environmentally-linked health problems are a major concern in Nigeria as there are many sources of environmental pollution such as air and water pollution, oil spillage, deforestation, desertification, erosion, and flooding resulting

26 Akpan, VE & Olukanni, DO 2020. Hazardous Waste Management: An African Overview. *Recycling*, 5 (3), 15. <<https://doi.org/10.3390/recycling5030015>>

27 Ijaiya, H., Abbas, WI & Wuraola, OT 2018. Re-Examining Hazardous Waste in Nigeria: Practical Possibilities within the United Nations System. *African Journal of International and Comparative Law*, 26 (2), 264-282. <<https://doi.org/10.3366/ajicl.2018.0231>>

28 Nnorom, IC & Odeyingbo, OA 2020. *Electronic waste management practices in Nigeria*. ScienceDirect. [Last seen: March 18, 2022, from <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780128170304000140#:~:text=Nigeria%20lacks%20the%20necessary%20recycling,E%2Dwaste%20disposal%20at%20dumpsites>>

29 NRDC. (2007, March). *Toxic wastes and race at twenty: 1987–2007*. <<https://www.nrdc.org/resources/toxic-wastes-and-race-twenty-1987-2007>> [Last seen: March 18, 2022]

30 Azuka, A.I., (2009). The influx of used Electronics into Africa: A perilous trend. *The influx of used electronics into Africa: A Perilous Trend*, 5 (1).

31 Hope, K.R., (2007). Poverty and environmental degradation in Africa: towards sustainable policy for reversing the spiral. *International Journal of Environment and Sustainable Development*, 6 (4), 451. <<https://doi.org/10.1504/ijesd.2007.016246>>

from a lack of good drainage system.<sup>32</sup> Most of the significant causes of death in Nigeria have been linked to environmental risk factors. Over the years, lower respiratory infection from air pollution in Nigeria has emerged from its fourth position in 2007 to be at the topmost rung of ranked causes of death in 2017.<sup>33</sup> Cobbinah and others have shown that in Ghana, the situation is no less severe, with increasing poverty predisposing the population to environmental pollution.<sup>34</sup> According to Srivastava and Pawlowska, Accra's main source air pollution is the burning of e-waste at the Agbogbloshie dumpsite with carcinogenic materials dispersed in the air and toxic metals spread in the waterways and oceans. The exposure to this dangerous materials causes health problems that costs millions of dollars in treatment.<sup>35</sup> The problem of environmental pollution is however compounded by the poor health infrastructure, especially in the countries most affected.

Minja of the National Bureau of Statistics in Tanzania, showed that Tanzania is a major consumer of used electronic goods that quickly become e-waste. She further pointed out that the country has a poor management system for e-waste.<sup>36</sup> Like in Nigeria and Ghana, there

is no effective implementation of regulations in Tanzania. The increasing demand for such obsolete electronic goods poses a serious long term problem since there is hardly a viable plan to control its inflow into Tanzania.<sup>37</sup> Although there are recyclable parts in such electronic goods, yet the unusable parts contain toxic materials that are often left in streets and in office stores.<sup>38</sup> In Kenya, the situation is no less dire. Before smart phones became ubiquitous in 2007, Kenya generated 2,800 tons of e-waste from television sets, Kenya churns out 44,000 tons of e-waste annually and has no law regulating the management of e-waste. The Nairobi River that serves as a source for many streams is heavily polluted by e-waste.<sup>39</sup>

The Kenyan government has responded to the problem of e-waste by developing the National E-Waste Management Strategy, an action plan to combat the scourge of e-waste. The Kenyan National E-Waste Management Strategy, which is an action plan with a times-span of 2019/20 to 2023/24. It intends to fill the gaps in its management of e-waste at all political levels, and ensure a monitoring and evaluation apparatus for e-waste management, encourage research and innovation in E-waste management and put in place legal and regulatory framework for e-waste management in Kenya.<sup>40</sup> 150 tons from mobile phones and 2,500 tons from personal computers. The problem of e-waste in Nigeria, Kenya, Ghana and Tanzania mirrors the bigger picture of a serious futuristic public health emergency that

32 Pona, HT, Xiaoli, D., Ayantobo, OO & Narh Daniel Tetteh., (2021). Environmental health situation in Nigeria: current status and future needs. *Heliyon*, 7 (3), e06330. <<https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2021.e06330>>

33 Pona, HT, Xiaoli, D., Ayantobo, OO & Narh Daniel Tetteh., (2021). Environmental health situation in Nigeria: current status and future needs. *Heliyon*, 7 (3), e06330. <<https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2021.e06330>>

34 Cobbinah, P.B., Poku-Boansi, M. & Peprah, C., (2017). Urban environmental problems in Ghana. *Environmental Development*, 23, 33-46. <<https://doi.org/10.1016/j.envdev.2017.05.001>>

35 Srivastava, S. & Pawlowska, A.E. (2020, September 26). *Ghana: Balancing economic growth and depletion of resources*. World Bank Blog. <<https://blogs.worldbank.org/african/ghana-balancing-economic-growth-and-depletion-resources>> [Last seen: March 18, 2022]

36 Minja, R., (2019). *Tanzania's experience in compilation of e-waste statistics*. UNStats. <[https://unstats.un.org/unsd/environment/FDES/EGES6/Session%202\\_8Tanzania\\_E-waste%20statistics.pdf](https://unstats.un.org/unsd/environment/FDES/EGES6/Session%202_8Tanzania_E-waste%20statistics.pdf)>

37 Minja, R., (2019). *Tanzania's experience in compilation of e-waste statistics*. UNStats. <[https://unstats.un.org/unsd/environment/FDES/EGES6/Session%202\\_8Tanzania\\_E-waste%20statistics.pdf](https://unstats.un.org/unsd/environment/FDES/EGES6/Session%202_8Tanzania_E-waste%20statistics.pdf)>

38 Minja, R., (2019). *Tanzania's experience in compilation of e-waste statistics*. UNStats. <[https://unstats.un.org/unsd/environment/FDES/EGES6/Session%202\\_8Tanzania\\_E-waste%20statistics.pdf](https://unstats.un.org/unsd/environment/FDES/EGES6/Session%202_8Tanzania_E-waste%20statistics.pdf)>

39 Odhiambo, R., (2018). *Kenya's e-waste problem*. DW.COM. [Last seen: March 18, 2022, from <<https://www.dw.com/en/kenya-needs-to-step-up-efforts-to-recycle-e-waste/a-43252169>>

40 Ministry of Environment and Forestry. 2019. *National e-waste management strategy*. <<http://www.environment.go.ke/wp-content/uploads/2019/05/NATIONAL-E-WASTE-MANAGEMENT-STRATEGY-APRIL-29th-1.pdf>>

would take from the lean resources of the vulnerable people in these countries. The asymmetric environmental relations with the source of the pollution defines the environmental racism that the region is confronted with. Asante and others have expressed that Africa is the most significant recipient of the burden of e-waste.<sup>41</sup> What this means for the region is that there is a looming environmental crisis that it would not be able to resolve since the region lacks the financial resources, infrastructure and strong institutions to attend to the problem.

## BASEL CONVENTION

Environmental racism is not new to Africa. It has long been occurring in many forms, especially as toxic waste dumping and dangerous natural resource exploitation that would often have negative effects on indigenous people. The development of legal frameworks to address the issue of environmental racism has often encountered significant challenges that touch upon implementation, monitoring and assessment of environmental risks and damages. The Basel Convention was an instrument that promised to tackle the problem of toxic waste dumping but failed. The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal 1992 is an international instrument that was made in response to the risks of environmental pollution. As far as the early 1980s, the international community had been interested in managing hazardous waste. It was one of the three main environmental concerns and was in the United Nations Environment Programme's (UNEP) first Montevideo Programme on Environmental Law in 1981.<sup>42</sup> The aspiration of the Basel Convention

was to protect developing states from the scourge of hazardous waste dumping, in the light of the fact that exported waste was finding its way from more developed countries to developing ones. The international community decided to adopt the Basel Convention in 1989.<sup>43</sup> Although during the negotiations that culminated into the Basel Convention, there was the general consensus that it was morally inappropriate to dump toxic waste in developing countries with weak regulatory framework, yet there was disagreement over what materials would qualify as toxic and whether such materials could be exempted in the event that they are being exported for recycling and recovery purposes.<sup>44</sup> The resolution of that disagreement was leaving it to the discretion of states to prohibit whatever they deem as hazardous waste.<sup>45</sup> This was in line with the reasoning that states would act in their best interests and would prohibit what they need to prohibit.

The obligation of the state as contained in the instrument was towards ensuring that the state prohibiting toxic waste, would inform other parties to the treaty of its intention to enforce the prohibition.<sup>46</sup> States were also mandated not to allow the exportation of hazardous waste from its jurisdiction to states that have prohibited the exportation so far as there has been a notification of the prohibition. The convention also provides for states to exercise their rights to accept or refuse the importation of toxic waste.<sup>47</sup> Import-

41 Asante, KA, Amoyaw-Osei, Y. & Agusa, T., (2019). E-waste recycling in Africa: risks and opportunities. *Current Opinion in Green and Sustainable Chemistry*, 18, 109-117. <<https://doi.org/10.1016/j.cogsc.2019.04.001>>

42 UN Environment Programme. 2011. *Basel Convention > The Convention > Overview>History > Overview*. <<http://www.basel.int/TheConvention/Overview/History/Overview/tabid/3405/Default.aspx#:~:text=Law%20in%201981,-,The%20Basel%20Convention%20on%20the%20Control%20of%20Transboundary%20Movements%20of%20world%20of%20deposits%20of%20toxic>> [Last seen: March 18, 2022]

43 Ahmad Khan, S., (2020). Clearly hazardous, obscurely regulated: Lessons from the Basel Convention on waste trade. *AJIL Unbound*, 114, 200-205. <<https://doi.org/10.1017/aju.2020.38>>

44 Clapp, J., (2010). *Toxic Exports: The Transfer of Hazardous Wastes from Rich to Poor Countries* (Illustrated ed.). Cornell University Press.

45 The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal 1992, Article 3.

46 The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal 1992, Article 4(1)(b).

47 The Basel Convention on the Control of Transbound-

ant to the treaty was the right of a party state to exercise its sovereignty in accepting or rejecting the importation of hazardous waste. The progress of the Basel Convention was weighed by the evolving trend of international politics, the empowerment of capitalism and what this meant for its compliance. The weakness of the international treaty came from the rise of multinationals and their growing power to influence local politics. The Basel Convention did not also take into consideration the asymmetric environmental relations between wealthy countries and poor countries. Khan observed that despite the existence of international law prohibiting hazardous waste dumping yet, many African countries have continued to be victims of the toxic waste trade.<sup>48</sup> This concern is rooted in the failure of the instrument to have considered the weak regulatory systems of the developing countries who are parties to the convention and how the regulatory systems were susceptible to exploitation.

## BAMAKO CONVENTION

The protection of the environment in developing African countries was made necessary by the realities of the trade in toxic waste and its management. Ajibo found that over 90 percent of toxic waste generated and traded every year are from developed countries. The toxic waste is then shipped to developing countries to be recycled and to be disposed.<sup>49</sup> The making of the Bamako Convention on the Ban of the Import to Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes in Africa (Bamako Convention) was a reaction to Article 11 of the Basel Convention that provided

that parties could enter into bilateral, multilateral and regional agreements on toxic wastes to developing countries.<sup>50</sup> The failure of the Basel Convention to protect the African environment from toxic waste dumping, culminated into the conception of the Bamako Convention as an instrument that would address the asymmetric environmental relations between poor African countries and developed countries that would attempt to exploit weak regulatory systems of these poor African countries.<sup>51</sup>

The Bamako Convention was negotiated in January 1991, by 12 countries which were then members of the Organisation of African Unity (OAU) and it came into force in 1998.<sup>52</sup> The Bamako Convention as an instrument to address the environmental racism of toxic waste dumping was timely gauging the history of toxic waste dumping in Africa. The Probo Koala and the Koko dumping are instances that spurred the Bamako Convention into realization. The Probo Koala incident in 1996 was about the dumping of 500 cubic meters of highly toxic waste in Abidjan, Cote d'Ivoire, by a Panama-registered cargo tanker, which had been chartered by Trafigura, a commodities trading multinational company.<sup>53</sup> The toxic waste had been generated onboard the ship from the refining of a dirty petroleum product called coker naphtha that would be added to petrol, before being sold. Trafigura had the knowledge that the waste that had

ary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal 1992, Article 6(2).

- 48 Ahmad Khan, S., (2020). Clearly hazardous, obscurely regulated: Lessons from the Basel Convention on waste trade. *AJIL Unbound*, 114, 200-205. <<https://doi.org/10.1017/aju.2020.38>>
- 49 Ajibo, K.I., (2016). Transboundary hazardous wastes and environmental justice. *Environmental Law Review*, 18 (4), 267-283. <<https://doi.org/10.1177/1461452916675538>>

- 50 Ajibo, K.I., (2016). Transboundary hazardous wastes and environmental justice. *Environmental Law Review*, 18 (4), 267-283. <<https://doi.org/10.1177/1461452916675538>>
- 51 Agbor, A. A., (2016). The ineffectiveness and inadequacies of international instruments in combatting and ending the transboundary movement of hazardous wastes and environmental degradation in Africa. *African Journal of Legal Studies*, 9(4), 235-267. <<https://doi.org/10.1163/17087384-12340010>>
- 52 UNEP. 2018. *The Bamako Convention*. UNEP – UN Environment Programme. <<https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/meeting-international-environmental>> [Last seen: March 18, 2022]
- 53 UNEP. 2018. *The Bamako Convention*. UNEP – UN Environment Programme. <<https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/meeting-international-environmental>> [Last seen: March 18, 2022]



been generated was hazardous but they did not know how they were going to dispose them. This was made evident in an internal Trafigura mail that Amnesty International had gotten and which someone in the company had written: *I don't know how we dispose of the slops and I don't imply we would dump them, but for sure there must be some way to pay someone to take them.*<sup>54</sup>

The incident had had more impact than the deaths that had been recorded, with over 100,000 people needing medical intervention.<sup>55</sup> Trafigura had refused to allow a company to safely dispose the waste in the Netherlands for 620,000 US dollars, rather they hired a local company in Côte d'Ivoire that illegally disposed the waste for 17,000 US dollars and this caused a public health emergency.<sup>56</sup> The Koko dumping which occurred in 1988 was by an Italian company. Some Nigerian students that had been studying in Italy had gotten the information and had written to major Nigerian newspapers and the attendant public attention it gained had spurred the Nigerian government into investigating the incident and it had discovered that above 3,884 tons of toxic waste had been shipped into Nigeria by an Italian company with Nigerian associates. The Italian company had used its Nigerian registered company to aid the Italian multinationals, Ecomar and Jelly Wax dump toxic waste in the Mid-Western town of Koko.<sup>57</sup> In reflection on these incidents, the Bamako Convention provides a preambular recognition of the complexity in the transboundary trade in toxic waste.<sup>58</sup>

54 Amnesty International. 2021. *Trafigura: A toxic journey*. <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/trafigura-a-toxic-journey/>> [Last seen: March 18, 2022]

55 Amnesty International. 2021. *Trafigura: A toxic journey*. <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/trafigura-a-toxic-journey/>>

56 Amnesty International. 2021. *Trafigura: A toxic journey*. <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/trafigura-a-toxic-journey/>> [Last seen: March 18, 2022]

57 Ladapo, O.A., (2013). The contribution of cartoonists to environmental debates in Nigeria: The Koko toxic-waste-dumping incident. *RCC Perspectives, Eco-Images: Historical Views and Political Strategies, 1*.

58 Bamako Convention on the Ban of the Import to Africa and the Control of Transboundary Movement and

The convention places an obligation in Article 1, on all parties to it, to prohibit the import of all toxic wastes.<sup>59</sup> This call to action realizes the lack of regulation in some African countries in checking the importation of toxic waste in its jurisdiction, just as in the case of Tanzania that has no well-defined e-waste legislation despite that e-waste is a major concern to its environment. The Bamako Convention in Article 4(1)(b) further allows for member states to protect other parties to the convention by preventing and interfering in the shipping of toxic wastes by a non-member to the Bamako Convention.<sup>60</sup>

The Bamako Convention's promise is in its tone of determination to stop the deleterious toxic waste trade in Africa that threatens the health and the environment of countries in the region. The convention's appeal to solidarity is a recognition of the asymmetric environmental relations between developed countries and developing countries. Eze has argued that the duty of checking the illegal disposal of toxic waste has been daunting even where strict regulation is concerned.<sup>61</sup> The unchecked flow of e-waste in the form of used electronics to African countries like Nigeria, Kenya, Ghana and Tanzania proves that Eze's argument is still relevant to the discussion on environmental racism and the challenge it poses to environmental justice in African countries. It is in this context that the Bamako Convention's potential in tackling the e-waste trade at a regional level becomes essential. It has also become quite imperative to explore its appeal to a solidarity approach to the regulation of e-waste in the region.

Management of Hazardous Wastes in Africa 1991.

59 Bamako Convention on the Ban of the Import to Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes in Africa 1991.

60 Bamako Convention on the Ban of the Import to Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes in Africa 1991.

61 Eze, C. N., (2007). The Bamako Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of the Transboundary Movement and Management of Hazardous wastes within Africa: A milestone in environmental Protection? *African Journal of International and Comparative Law, 15* (2), 208 – 229. <<https://doi.org/10.3366/ajicl.2007.15.2.208>>

## MULTINATIONAL COMPANIES AND ENVIRONMENTAL LOBBYING IN AFRICA

The discovery of oil, which is often referred to as the 'black gold' in many African countries brought along with it, economic development, pollution and immense corruption. Behind the scene of oil pollution and reckless environmental engagement, were African governments devoted to the interests of multinational oil companies, who for instance in a country like Nigeria, was linked to the persecution and violation of the rights of environmental activists who challenged the environmental damage that oil exploitation caused in their communities. The environmental racism that framed the reckless oil exploitation in Nigeria has had lasting impact on the lives of rural dwellers in the Niger Delta region of Nigeria. Oil was found in Oloibiri in 1956 by the Royal Dutch/Shell in what is now known as Bayelsa in the southern region of Nigeria.<sup>62</sup> This was before the Nigerian Independence. Oil production took place in 1958 and continued even after the Nigerian Independence in 1960.

The Nigerian subsidiary of the Shell Company, Shell Petroleum Development Corporation (SPDC), produces around 14 percent of the oil production of the Shell company and outside the United States, is the largest producer of its subsidiaries. Ogoniland which accommodates the most oil facilities in the Niger Delta region of Nigeria. It is made up of three local governments: Khana, Gokana, and Tai-Elleme. It measures an area of 404 square miles and with a population of around 500,000 Ogoni people in 1996, was one of the most densely-populated areas in Nigeria. The SPDC with its oilfields in Bomu, Korokoro, Yorla, Bodo West, and Ebubu had above-ground pipes that were badly managed and would create oil spills often.<sup>63</sup> At the time, the discovery

of oil seemed to have held a lot of promises for the people of the community, but the ensuing pollution disrupted their livelihoods through the degradation of farmlands and its devastating effects on aquatic life.<sup>64</sup> This meant that the fishing and farming, which were the major occupations in the community became difficult. The rise of Ken Saro-Wiwa, a Nigerian journalist and environmental activist and the Movement for the Survival of the Ogoni People (MOSOP) against the environmental destruction that SPDC's operations caused Ogoniland, pitted Ken Saro Wiwa and MOSOP against the military regime of General Sani Abacha who was actively looking out for SPDC's interests.<sup>65</sup> Ken Saro Wiwa after he and eight others from the MOSOP had been tried by judges, who were loyal to the Abacha regime, they were executed<sup>66</sup> despite interventions from the international community.

The environmental pollution in the Niger Delta which is a result of SPDC's activities has not just affected the livelihoods of the communities where the oil spills have occurred, but also threatens their health too as their source of drinking water is contaminated too.<sup>67</sup> The United Nations Environmental Programme (UNEP) in 2011 produced a report that contained the environmentally disastrous impact of oil production in Ogoniland and recommended the immediate cleanup of the environment. However, the recommendations of UNEP concerning the cleanup of oil spills in Ogoniland have been improperly attended to, and the Nigerian government's bil-

*and Conflict Resolution in Africa*, 43 (2).

62 Ndimele, P. E. & Okotie, S., (2018). The Nigerian Economy before the discovery of crude oil. In *The political ecology of oil and gas activities in the Nigerian Aquatic Ecosystem*. Essay, Academic Press, an imprint of Elsevier.

63 Cayford, S., (1996). The Ogoni uprising: Oil, human rights, and a democratic alternative in Nigeria. *Conflict*

64 Atanda, O., (2015). *An overview of the legal framework for oil pollution in Nigeria*. ResearchGate. <[https://www.researchgate.net/publication/281102181\\_AN\\_OVERVIEW\\_OF\\_THE\\_LEGAL\\_FRAMEWORK\\_FOR\\_OIL\\_POLLUTION\\_IN\\_NIGERIA](https://www.researchgate.net/publication/281102181_AN_OVERVIEW_OF_THE_LEGAL_FRAMEWORK_FOR_OIL_POLLUTION_IN_NIGERIA)>

65 Brittain, V., (2014). Ken Saro-Wiwa: a hero for our times. *Race & Class*, 56 (3), 5-17. <<https://doi.org/10.1177/0306396814556220>>

66 Brittain, V., (2014). Ken Saro-Wiwa: a hero for our times. *Race & Class*, 56 (3), 5-17. <<https://doi.org/10.1177/0306396814556220>>

67 Amnesty International. 2013. *No clean up, no justice: Shell's oil pollution in the Niger Delta*. <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/06/no-clean-up-no-justice-shell-oil-pollution-in-the-niger-delta/>> [Last seen: March 18, 2022]

lion-dollar cleanup project in 2016 did not resolve the pollution.<sup>68</sup> The presence of multinational companies in Ghana is hinged on the fact that the country is endowed with natural resources such as gold, diamonds, manganese, oil, and bauxite. Gold contributes significantly to the Ghanaian economy.<sup>69</sup> According to Sasu, gold contributed 7.8 billion Ghanaian cedis (GHS), which is about 1.3 billion U.S. dollars in 2020 to Ghana's Gross Domestic Product.<sup>70</sup> This was about 2.03 of the Ghana's GDP in 2020 which was 68.35 billion dollars.<sup>71</sup> Essah has argued that while mining companies in the Global North adopt sustainable mining practices, it is not the case in the Global South. Abosso Goldfields, a mining company that owns one of Ghana's largest gold mine, the Damang mine, was acquired by the multinational mining company, Gold fields in 2002.<sup>72</sup> Essah has opined that Gold fields as a multinational company engaged more with the community and provided a lot of opportunities such as jobs and a boost of their agricultural productivity.

However environmental displacement was a part of the reality in the mining communities and in Damang, Abosso Goldfields would take lands from community members without consultation.<sup>73</sup>

In Kenya, the situation was the same as it was in Nigeria, as in the shown in the case of *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*,<sup>74</sup> corruption and lack of transparency defined some of the contracts and deals that emanated from the mining industry. The case involved a mining project that was not in compliance with domestic environmental law.<sup>75</sup> It mirrors a concern about the collusion of government and multinationals in the big politics of natural resource management, that corruption is certain to encourage the lack of compliance with environmental regulations and regard for the host communities. Environmental racism is often in the power dynamics that exist between the multinational company and the host community where the multinational company is politically protected by the state. Such that the deliberate avoidance of responsibility where environmental pollution takes place is a disregard of the host community's right to life and to a safe environment.

## ENVIRONMENTAL RULE OF LAW AND AFRICA

Environmental rule of law is essential to the realisation of environmental justice. It represents an essential foundation for environmental and international law governance.<sup>76</sup> In establishing how environmental rule of law can act as a safeguard against the devastating effects of environmental racism in Africa, it is important to understand the environmental rule of law and its purpose in the international environmental law system. The rule of law as a legal concept is the principle of governance, whereby persons, institutions, and entities are subject to the law and are without the exception of favour, held towards the fulfillment

68 Amnesty International. 2013. *No clean up, no justice: Shell's oil pollution in the Niger Delta*. <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/06/no-clean-up-no-justice-shell-oil-pollution-in-the-niger-delta/>> [Last seen: March 18, 2022]

69 Kwakyewah, C. & Idemudia, U., (2017). Canada-Ghana engagements in the mining sector: Protecting human rights or business as usual. *Transnational Human Rights Review*, 4.

70 Sasu, D.D. 2021. *Annual contributions of gold to GDP in Ghana 2013–2020*. <<https://www.statista.com/statistics/1272300/annual-contributions-of-gold-to-gdp-in-ghana/>> [Last seen: March 18, 2022]

71 O'Neill, A., (2021). *Gross domestic product (GDP) in Ghana 2026*. Statista. <<https://www.statista.com/statistics/447486/gross-domestic-product-gdp-in-ghana/>> [Last seen: March 18, 2022]

72 Business Excellence. 2020. *Abosso Goldfields Ltd / Business Excellence*. <<https://www.bus-ex.com/article/abosso-goldfields-ltd>> [Last seen: March 18, 2022]

73 Essah, M., (2016). *Addressing community development through sustainable mining practices: The Case of Abosso Goldfields*. York University, Toronto Ontario, Canada.

74 ICSID Case No. ARB/15/29.

75 Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29.

76 Kreilhuber, A. & Kariuki, A., (2020). Environmental rule of law in the context of sustainable development. *The Georgetown Environmental Law Review*, 32.

of laws that were promulgated, equally enforced and adjudicated independently in accordance with international human rights norms and standards.<sup>77</sup> In an environmental context, the rule of law is represented by environmental justice, as its elements and definition suggests that its essence is the realization of a safe environment for everyone regardless of their socio-economic status, nationality or race. What this means is that, at the national level, the law would protect vulnerable communities from being subjected to the health risks of environmental pollution. At the international level, states would ensure that in their environmental relations with less developed states, the responsibility of not exploiting the socio-economic and political incapacity of such states is taken seriously. This is the cooperation needed for environmental justice to be realised globally. Nemesio has noted that environmental rule of law in developing countries is compromised because of a lack of cooperation between government, the private sector, and individual citizens.<sup>78</sup> This she attributed to the weakness of regulatory systems.<sup>79</sup> Raine and Pluchon argued along Nemesio's observation that effective laws and powerful institutions are needed to push the global climate agenda. According to them, the 2030 Agenda for Sustainable Development could only be realised if laws by states become more effective and institutions stronger.<sup>80</sup> At the international level, the distribution of culpability for environmental pollution indicates that global environmental rule of law is problematic. Oxfam's 2015 study showed that developed countries are

responsible for more carbon emissions to the detriment of vulnerable developing countries that emit less. The study puts it thus: *The poorest half of the global population are responsible for only around 10% of global emissions yet live overwhelmingly in the countries most vulnerable to climate change – while the richest 10% of people in the world are responsible for around 50% of global emissions.*<sup>81</sup>

Environmental racism in this context is the lack of consideration in the environmental scheme of things. The Oxfam study demonstrated that while consumption footprints of richer and poorer citizens in many countries assists in proving that while countries like China, India, Brazil and South Africa because of their expanding economies have a significant level and emissions that is increasing rapidly, the lifestyle consumption emissions of even their wealthiest citizens still does not match that of their counterparts in wealthy OECD countries.<sup>82</sup> Although there have been plans to transition from fossil fuels to sustainable energy sources in many developed countries, yet the urgency of environmental vulnerability in least developed countries is lacking in global environmental actions. For least developed countries, the combination of toxic environmental pollution and climate change are two environmental problems that have aggravated vulnerability and the challenges that come with it, however more attention is focused on climate change. Marcantonio and others have argued that there is a correlation between the effects of toxic pollution and climate change and both should be jointly examined, so as to arrive at exact solutions towards mitigation or reduction.<sup>83</sup>

77 UNEP Governing Council, Advancing Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability (U.N. Doc. UNEP/GC.27/17 February 2013).

78 Nemesio, I.V., (2014). Strengthening environmental rule of law: Enforcement, combatting corruption, and encouraging citizen suits. *The Georgetown International Environmental Law Review*, 27.

79 Nemesio, IV, 2014. Strengthening environmental rule of law: Enforcement, combatting corruption, and encouraging citizen suits. *The Georgetown International Environmental Law Review*, 27.

80 Raine, A. & Pluchon, E., (2019). UN Environment—Advancing the environmental rule of law in the Asia-Pacific. *Chinese Journal of Environmental Law*, 3 (1), 117-126. <<https://doi.org/10.1163/24686042-12340037>>

81 Oxfam. 2015. *Extreme carbon inequality: Why the Paris climate deal must put the poorest, lowest emitting and most vulnerable people first*. Oxfam Media Briefing. <[https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file\\_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf](https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf)>

82 Oxfam. 2015. *Extreme carbon inequality: Why the Paris climate deal must put the poorest, lowest emitting and most vulnerable people first*. Oxfam Media Briefing. <[https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file\\_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf](https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf)>

83 Marcantonio, R., Javeline, D., Field, S. & Fuentes,

The lack of an environmental rule of law in the global environmental relations is evident in the unequal environmental burden that is borne by developing countries and in the lip service that world leaders pay to the urgency that attends the challenges. In the midst of all of these, Africa is the most affected, because it is home to the poorest countries in the world. The environmental racism which is the consequence of a lack of environmental rule of law in global environmental relations can be resolved through the establishment of an environmental rule of law. There are three ways an environmental rule of law can be established in global environmental relations. These three ways involve African governments, environmental NGOs in the region, and governments of developed countries.

Firstly African governments have to understand the urgency that attends environmental challenges in the region and how collusion with the structural inequality exacerbates the problems. Environmental NGOs in the region are the voice of vulnerable communities and have a good knowledge of the environmental realities at the grassroots of many African countries. This is why environmental NGOs are vital to the resolution of the problem. African environmental NGOs must realise that the challenges that confront the African environment demand a different approach from those elsewhere. Therefore environmental NGOs in the region must ensure that they are heard more by improving on networks outside the region and should also approach local environmental problems through coalitional efforts. The governments of developed countries are often concerned more about the climate change than toxic waste dumping, however the correlated effects suggest that the same urgency should attend both environmental problems. There is need more than ever for the governments of developed countries to scrutinise the overseas environmental activities of multinationals registered in their countries following the ob-

ligation in the Basel Convention that demands that governments must not allow exportation of hazardous waste from their jurisdiction to states that have prohibited the exportation, especially states that have notified of the prohibition. The governments of developed countries could also work with environmental NGOs in Africa, so as to encourage non-state participation in the realisation of environmental justice.

## CONCLUSION

Environmental racism continues to chip away at Africa's resilience to climate change and pollution. What prior studies have proven about environmental racism in Africa is that it has continued to evolve since the colonial times. From brazen environmental misadventures in Africa like the Gerboise Bleue to the Koko toxic waste dumping and now to the e-waste problem, environmental racism is becoming more complex in its manifestations and this is because it currently involves a multilayer complicity that puts Africans at the heart of environmental pollution and the toxic waste trade. The rising rate of pollution and crippling effects of climate change exacerbates Africa's environmental vulnerability, especially because it is a region that is home to the world's poorest communities and urban residential inequities. What makes environmental racism so established is the lack of an environmental rule of law in the global environmental relations system in which Africa gets a hard bargain. In the resolution of this environmental precarity, African governments must realise the urgency of the situation and must be willing to cooperate through multilateral efforts in combating environmental pollution. Environmental NGOs in the region must internalise and externalise their networking efforts and share information on the pattern of environmental pollution at the grassroots where there is little government presence so as to drive the realisation of environmental justice in Africa.

---

A., (2021). Global distribution and coincidence of pollution, climate impacts, and health risk in the Anthropocene. *PLOS ONE*, 16(7), e0254060. <<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0254060>>

## BIBLIOGRAPHY:

1. Abalansa, S., El Mahrad, B., Icely, J., & Newton, A., (2021). Electronic Waste, an Environmental Problem Exported to Developing Countries: The GOOD, the BAD and the UGLY. *Sustainability*, 13 (9), 5302. <<https://doi.org/10.3390/su13095302>> (In English)
2. Ackerman, F., & Heinzerling, L., (2002). Pricing the priceless: cost-benefit analysis of environmental protection. *University of Pennsylvania Law Review*, 150 (5), 1553. <<https://doi.org/10.2307/3312947>> (In English)
3. African Charter on Human and Peoples Rights (Banjul Charter), 1970 (In English)
4. Agbor, A. A., (2016). The ineffectiveness and inadequacies of international instruments in combatting and ending the transboundary movement of hazardous wastes and environmental degradation in Africa. *African Journal of Legal Studies*, 9 (4), 235-267. <<https://doi.org/10.1163/17087384-12340010>> (In English)
5. Ahmad Khan, S., (2020). Clearly hazardous, obscurely regulated: Lessons from the Basel Convention on waste trade. *AJIL Unbound*, 114, 200-205. <<https://doi.org/10.1017/aju.2020.38>> (In English)
6. Ajibo, K.I., (2016). Transboundary hazardous wastes and environmental justice. *Environmental Law Review*, 18 (4), 267-283. <<https://doi.org/10.1177/1461452916675538>> (In English)
7. Akpan, VE, & Olukanni, DO (2020). Hazardous Waste Management: An African Overview. *Recycling*, 5 (3), 15. <<https://doi.org/10.3390/recycling5030015>> (In English)
8. Albuquerque, CA, Mello, CHP, Paes, VC, Balestrassi, PP, & Souza, LB (2017, July). Electronic junk: Best practice of recycling and production forecast case study in Brazil. International Joint Conference – ICIEOM-ADINGOR-IISE-AIM-ASEM, Valencia, Spain. (In English)
9. Al Jazeera. (2010, Sept. 5). The scramble for Africa: A History of independence. *Independence News | Al Jazeera*. <https://www.aljazeera.com/videos/2010/9/5/the-scramble-for-africa-a-history-of-independence> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
10. Amechi, E.P., & Oni, B.A., (2019). Import of Electronic Waste into Nigeria: the Imperative of a Regulatory Policy Shift. *Chinese Journal of Environmental Law*, 3 (2), 141-166. <<https://doi.org/10.1163/24686042-12340040>> (In English)
11. Amnesty International. (2021). Trafigura: A toxic journey. <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/04/trafigura-a-toxic-journey/>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
12. Amnesty International. (2013). No clean up, no justice: Shell's oil pollution in the Niger Delta. <<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/06/no-clean-up-no-justice-shell-oil-pollution-in-the-niger-delta/>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
13. Asante, KA, Amoyaw-Osei, Y., & Agusa, T., (2019). E-waste recycling in Africa: risks and opportunities. *Current Opinion in Green and Sustainable Chemistry*, 18, 109-117. <<https://doi.org/10.1016/j.cogsc.2019.04.001>> (In English)
14. Atanda, O., (2015). An overview of the legal framework for oil pollution in Nigeria. *ResearchGate*. <[https://www.researchgate.net/publication/281102181\\_AN\\_OVERVIEW\\_OF\\_THE\\_LEGAL\\_FRAMEWORK\\_FOR\\_OIL\\_POLLUTION\\_IN\\_NIGERIA](https://www.researchgate.net/publication/281102181_AN_OVERVIEW_OF_THE_LEGAL_FRAMEWORK_FOR_OIL_POLLUTION_IN_NIGERIA)> (In English)
15. Azuka, A.I., (2009). The influx of used Electronics into Africa: A perilous trend. *The influx of used electronics into Africa: A Perilous Trend*, 5 (1). (In English)

16. Bamako Convention on the Ban of the Import to Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes in Africa 1991. (In English)
17. Beech, P., (2020). What is environmental racism and how can we fight it? World Economic Forum. Retrieved March 18, 2022, from <https://www.weforum.org/agenda/2020/07/what-is-environmental-racism-pollution-covid-systemic/> (In English)
18. Brooke, J., (1988). Waste dumpers turning to West Africa. The New York Times. <<https://www.nytimes.com/1988/07/17/world/waste-dumpers-turning-to-west-africa.html#:~:text=At%20the%20urg-ing%20or%20Nigeria.waste%20dumps%20in%20their%20territories>> (In English)
19. Brittain, V., (2014). Ken Saro-Wiwa: a hero for our times. Race & Class, 56 (3), 5-17. <<https://doi.org/10.1177/0306396814556220>> (In English)
20. Business Excellence. (2020). Abosso Goldfields Ltd | Business Excellence. <<https://www.bus-ex.com/article/abosso-goldfields-ltd>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
21. Cayford, S., (1996). The Ogoni uprising: Oil, human rights, and a democratic alternative in Nigeria. Conflict and Conflict Resolution in Africa, 43 (2). (In English)
22. Chama, M., Amankwa, E., & Oteng-Ababio, M., (2014). Trace metal levels of the Odaw river sediments at the Agbogbloshie e-waste recycling site. Journal of Science and Technology (Ghana), 34 (1), 1. <<https://doi.org/10.4314/just.v34i1.1>> (In English)
23. Clapp, J., (2010). Toxic Exports: The Transfer of Hazardous Wastes from Rich to Poor Countries (Illustrated ed.). Cornell University Press. (In English)
24. Cobbinah, P.B., Poku-Boansi, M., & Peprah, C., (2017). Urban environmental problems in Ghana. Environmental Development, 23, 33-46. <<https://doi.org/10.1016/j.envdev.2017.05.001>> (In English)
25. Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/15/29 (In English)
26. Cotta, B., (2020). What goes around, comes around? Access and allocation problems in Global North–South waste trade. International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, 20 (2), 255-269. <<https://doi.org/10.1007/s10784-020-09479-3>> (In English)
27. Davies, T., (2017). Clean and white: a history of environmental racism in the United States. Ethnic and Racial Studies, 40 (8), 1360-1362. <<https://doi.org/10.1080/01419870.2017.1287425>> (In English)
28. Dominguez, L., & Luoma, C., (2020). Decolonising conservation policy: how colonial land and conservation ideologies persist and perpetuate indigenous injustices at the expense of the environment. Country, 9 (3), 65. <<https://doi.org/10.3390/land9030065>> (In English)
29. DeCastro, D., (2017). The Colonial Aspects of International Environmental Law: Treaties as Promoters of Continuous Structural Violence. Groningen Journal of International Law, 5 (2), 168-190. <<https://doi.org/10.21827/5a6af9c46c2ff>> (In English)
30. Focus Economics., (2020). The poorest countries in the world. FocusEconomics | Economic Forecasts from the World's Leading Economists. <<https://www.focus-economics.com/blog/the-poorest-countries-in-the-world>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
31. Essah, M., (2016). Addressing community development through sustainable mining practices: The Case of Abosso Goldfields. York Uni-

- versity, Toronto Ontario, Canada. (In English)
32. Eze, C. N., (2007). The Bamako Convention on the Ban of the Import into Africa and the Control of the Transboundary Movement and Management of Hazardous wastes within Africa: A milestone in environmental Protection? *African Journal of International and Comparative Law*, 15 (2), 208-229. <<https://doi.org/10.3366/ajicl.2007.15.2.208>> (In English)
  33. Hayes, A., (2021). How Cost-Benefit analysis (CBA) process is performed. Investopedia. <<https://www.investopedia.com/terms/c/cost-benefitanalysis.asp>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
  34. Hope, K.R., (2007). Poverty and environmental degradation in Africa: towards sustainable policy for reversing the spiral. *International Journal of Environment and Sustainable Development*, 6 (4), 451. <<https://doi.org/10.1504/ijesd.2007.016246>> (In English)
  35. ICSID Case No. ARB/15/29, <<https://www.italaw.com/cases/3974>> (In English)
  36. Ijaiya, H., Abbas, WI, & Wuraola, OT (2018). Re-Examining Hazardous Waste in Nigeria: Practical Possibilities within the United Nations System. *African Journal of International and Comparative Law*, 26 (2), 264-282. <<https://doi.org/10.3366/ajicl.2018.0231>> (In English)
  37. Joplin, S., (2019). Scramble for Africa – New World Encyclopedia. *New World Encyclopedia*. <[https://www.newworldencyclopedia.org/p/index.php?title=Scramble\\_for\\_Africa&oldid=1026554](https://www.newworldencyclopedia.org/p/index.php?title=Scramble_for_Africa&oldid=1026554)> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
  38. Kreilhuber, A., & Kariuki, A., (2020). Environmental Rule of Law in the Context of Sustainable Development. *The Georgetown Environmental Law Review*, 32. (In English)
  39. Kwakyewah, C., & Idemudia, U., (2017). Canada-Ghana engagements in the mining sector: Protecting human rights or business as usual. *Transnational Human Rights Review*, 4. (In English)
  40. Ladapo, O.A., (2013). The contribution of cartoonists to environmental debates in Nigeria: The Koko toxic-waste-dumping incident. *RCC Perspectives, Eco-Images: Historical Views and Political Strategies*, 1. (In English)
  41. Lebbie, TS, Moyebi, OD, Asante, KA, Fobil, J., Brune-Drisse, MN, Suk, WA, Sly, PD, Gorman, J., & Carpenter, DO (2021). E-Waste in Africa: A Serious Threat to the Health of Children. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18 (16), 8488. <<https://doi.org/10.3390/ijerph18168488>> (In English)
  42. Magdaleno, J., (2015). Algerians suffering from French atomic legacy, 55 years after nuke tests. *Aljazeera*. <<http://america.aljazeera.com/articles/2015/3/1/algerians-suffering-from-french-atomic-legacy-55-years-after-nuclear-tests.html>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
  43. Ministry of Environment and Forestry. (2019). National e-waste management strategy. <<http://www.environment.go.ke/wp-content/uploads/2019/05/NATIONAL-E-WASTE-MANAGEMENT-STRATEGY-APRIL-29th-1.pdf>> (In English)
  44. Nemesio, I.V., (2014). Strengthening environmental rule of law: Enforcement, combatting corruption, and encouraging citizen suits. *The Georgetown International Environmental Law Review*, 27. (In English)
  45. Ndimele, P. E., & Okotie, S., (2018). The Nigerian Economy before the discovery of crude oil. In *The political ecology of oil and gas activities in the Nigerian Aquatic Ecosystem*. Essay, Academic Press, an imprint of Elsevier. (In English)



46. Nnorom, IC, & Odeyingbo, OA (2020). Electronic waste management practices in Nigeria. ScienceDirect. <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B9780128170304000140#:~:text=Nigeria%20lacks%20the%20necessary%20recycling,E%2Dwaste%20disposal%20at%20dumpsites>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
47. NRDC. (2007, March). Toxic wastes and race at twenty: 1987–2007. <<https://www.nrdc.org/resources/toxic-wastes-and-race-twenty-1987-2007>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
48. Odhiambo, R., (2018). Kenya's e-waste problem. DW.COM. <<https://www.dw.com/en/kenya-needs-to-step-up-efforts-to-recycle-e-waste/a-43252169>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
49. Olaiya, TT (2017, March 16). Inside the toxic graveyard of Lagos. The Guardian Nigeria News – Nigeria and World News. <<https://guardian.ng/features/inside-the-toxic-graveyard-of-lagos/>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
50. Akpan, VE, & Olukanni, DO (2020). Hazardous Waste Management: An African Overview. Recycling, 5 (3), 15. <<https://doi.org/10.3390/recycling5030015>> (In English)
51. O'Neill, A., (2021). Gross domestic product (GDP) in Ghana 2026. Statista. <<https://www.statista.com/statistics/447486/gross-domestic-product-gdp-in-ghana/>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
52. Oxfam. (2015). Extreme carbon inequality: Why the Paris climate deal must put the poorest, lowest emitting and most vulnerable people first. Oxfam Media Briefing. <[https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file\\_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf](https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf)> (In English)
53. Oxfam. (2015). Why the Paris climate deal must put the poorest, lowest emitting and most vulnerable people first. Oxfam Media Briefing. <[https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file\\_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf](https://oi-files-d8-prod.s3.eu-west-2.amazonaws.com/s3fs-public/file_attachments/mb-extreme-carbon-inequality-021215-en.pdf)> (In English)
54. Panchasi, R. (2019). “No Hiroshima in Africa”: The Algerian war and the question of French nuclear tests in the Sahara. History of the Present, 9 (1), 84. <<https://doi.org/10.5406/historypresent.9.10084>> (In English)
55. Pona, HT, Xiaoli, D., Ayantobo, OO, & Narh Daniel Tetteh., (2021). Environmental health situation in Nigeria: current status and future needs. Heliyon, 7 (3), e06330. <<https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2021.e06330>> (In English)
56. Premium Times. (2021, Nov. 15). Experts say Nigeria “dump site for e-waste”. Premium Times Nigeria. <<https://www.premiumtimesng.com/news/more-news/495506-experts-say-nigeria-dumpsite-for-e-wastes.html>> (In English)
57. Raine, A., & Pluchon, E., (2019). UN Environment-Advancing the environmental rule of law in the Asia-Pacific. Chinese Journal of Environmental Law, 3 (1), 117-126. <<https://doi.org/10.1163/24686042-12340037>> (In English)
58. Sasu, D.D. (2021). Annual contributions of gold to GDP in Ghana 2013-2020. <<https://www.statista.com/statistics/1272300/annual-contributions-of-gold-to-gdp-in-ghana/>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
59. Shi-Ling Hsu, “On the Role of Cost-Benefit Analysis in Environmental Law” (2004) Northwestern School of Law Draft Paper. (In English)
60. Srivastava, S., & Pawlowska, A.E. (2020, September 26). Ghana:

- Balancing economic growth and depletion of resources. World Bank Blog. <<https://blogs.worldbank.org/africacan/ghana-balancing-economic-growth-and-depletion-resources>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
61. Tabuchi, H., Corkery, M., & Mureithi, C., (2020). Big oil is in trouble. Its plan: Flood Africa with plastic. The New York Times. <<https://www.nytimes.com/2020/08/30/climate/oil-kenya-africa-plastics-trade.html>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
  62. The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal 1992, Article 3. (In English)
  63. The Lancet Planetary Health., (2018). Environmental racism: time to tackle social injustice. The Lancet Planetary Health, 2 (11), e462. <[https://doi.org/10.1016/s2542-5196\(18\)30219-5](https://doi.org/10.1016/s2542-5196(18)30219-5)> (In English)
  64. UN Environment., (2022). Africa waste management outlook: Summary for decision makers. <[https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/25515/Africa\\_WMO\\_Summary.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/25515/Africa_WMO_Summary.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> (In English)
  65. UNEP. (2018). The Bamako Convention. UNEP – UN Environment Programme. <<https://www.unep.org/explore-topics/environmental-rights-and-governance/what-we-do/meeting-international-environmental>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
  66. UNEP Governing Council, Advancing Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability, (U.N. Doc. UNEP/GC.27/17 February 2013) (In English)
  67. UN Environment Programme. (2011). Basel Convention > The Convention > Overview > History > Overview. <<http://www.basel.int/TheConvention/Overview/History/Overview/tabid/3405/Default.aspx#:~:text=Law%20in%201981.,The%20Basel%20Convention%20on%20the%20Control%20of%20Transboundary%20Movements%20of.world%20of%20deposits%20of%20toxic>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
  68. Weingraf, L., (2019). Legacies of colonialism in Africa | International Socialist Review. International Socialist Review. <<https://isreview.org/issue/103/legacies-colonialism-africa/>> [Last seen: March 18, 2022] (In English)
  69. Weintraub, I., (1994). Fighting environmental racism: a selected annotated bibliography. Electronic Green Journal, 1 (1). <<https://doi.org/10.5070/g31110155>> (In English)
  70. Whyte, K., (2018). Settler Colonialism, Ecology, and Environmental Justice. Environment and Society, 9 (1), 125-144. <<https://doi.org/10.3167/ares.2018.090109>> (In English)
  71. Wittsiepe, J., Feldt, T., Till, H., Burchard, G., Wilhelm, M., & Fobil, JN (2016). Pilot study on the internal exposure to heavy metals of informal-level electronic waste workers in Agbogbloshie, Accra, Ghana. Environmental Science and Pollution Research, 24 (3), 3097-3107. <<https://doi.org/10.1007/s11356-016-8002-5>> (In English)

# Judicial Approach Amidst Growing Live-in Relationship

**Arpit Sharma**

*Assistant Professor, Institute of Law, Nirma University, India, Ahmedabad*

**Sinta Umpo**

*Assistant Professor, Jarbom Gamlin Government Law College, India, Itanagar*

**KEYWORDS:** Domestic violence, Judicial approach, Live-in relationship, Social changes

## ABSTRACT

**Purpose:** The purpose of this article is to comprehend the Judiciary's response and apprehend the pace of change in the social dynamics of the society about live-in relations. This article also comprehends the inter-linkage of the concept of live-in relationships vis-à-vis other laws, which require more clarity.

**Design/Methodology:** In this study, the research brings down the concept of a live-in relationship by analyzing various judgments down the link from pre-independence to post-independence through the *Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005* (PWDVA). This study analyzed the data of the Supreme Court and High Courts down the line from 2010 to 2021 and analyzed the high courts that have the maximum number of cases. The approach is to identify how Judiciary interprets the live-in relationship in different facts under the light of various laws.

**Practical Implication:** This study helps to identify the way forward in the absence of the legislative framework on live-in relationships through the interpretation by the Hon'ble Supreme Court and other High Courts.

**Originalities/Value:** This study is predominantly based upon the question placed before the larger bench by Madras High Court as to whether the woman is entitled to get a pension in a live-in relationship. The resultant of this work is based upon the opinion of the existing judgment that brings support to reach out to the conclusion.

**Outcome/Finding:** The dimension of the social changes and changing the mindset of youth is an accepted fact to give legal recognition to live-in relationships. The Court has paved the way for a live-in relationship in property, maintenance, and domestic violence. This is high time for the legislature to code the separate statute for the live-in relationship so that the women from this relationship have not exploited due to the non-presence of the statute.

## INTRODUCTION

In the present era, the social structure changes because of the change in the mindset of the people and social dynamics. The factors that change society's mindset are globalization, freedom, privacy, and profession. They are chiefly responsible for fading society's cultural normative ideology towards 'live-in relationship.'

Through a process of amendment, the law takes its time to explain such societal changes. As a result, the law cannot afford to remain stagnant in a changing world. If one examines the evolution of Hindu law across time, it becomes apparent that it was never static and has altered to meet the challenges of changing societal patterns at various times<sup>1</sup>.

In the case of Velusamy vs. D. Patchaiamm<sup>2</sup> the expression "relationship in the form of marriage," which is contained under the definition of "domestic relationship," as not being crystal clear, as respects the scope of the definition as would have been necessary. So the Hon'ble Supreme Court defines the "relationship in the nature of marriage," in conjunction with the eligibility criteria being read into it.

The Supreme Court and various High courts pronounce the judgment on many issues which involve property, alimony, and the rights of the children born out from the relationship. Recently,

the Madras High Court referred to the question of whether a woman in a live-in relationship can be entitled to a pension of the deceased partner to the larger bench. The present case brings many issues concerning the live-in relationship in the absence of any statute. Therefore, the solution related to the issue requires an analytical view from various judicial pronouncements on the subject matter.

## 1. LITERATURE REVIEW

Anuja Agrawal describes in her paper *Law and live-in relationships in India (2012)* that the nature of heterosexual relations is in focus since the early recommendations were made by Malimath Committee Report. However, she opines that the nature of the legal sanction accorded to the live-in relationships in India is far from reaching the legal consensus that has arrived in western countries.

In his research, *Judicial approach to the live-in relationship in India; Its impact on other related Statutes (2014)*, the author Sonali Abhang examines the judicial approach and finds that the laws need to change for the child borne out of such relations are not getting the full access to the rights which the other children born out of the legally sanctioned marriage are given. For instance, the former is not liable to avail the ancestral properties. Moreover, she also finds out

1 Revanasiddappa v. Mallikarjun, 2011 11 SCC 1.

2 2010 10 SCC 469.

that most countries have given legal sanctions to the live-in relationship. Furthermore, she also calls for amendments to CrPC, IEA, and the Hindu Marriage Act.

Dr. Swarupa N Dholam examines the context and relevance of the impugned inquiry and explains that there ought to be separate law. Furthermore, he states in his paper *Socio-legal dimensions of live-in Relationship in India* (2015) that such separately existing law is necessary because such cohabitation affects them and the children born out of such relationship.

Sweta Gupta describes the state of those in such relationships in her Ph.D. thesis entitled *Women and law in India with particular reference to the live-in relationship* (2017) as ones with too many dilemmas about succession, divorce, maintenance, guardianship, domestic violence, etc. One fundamental question she arouses is the unanswered question of law in terms of the break-up. She opines that sanctity ought to be given to such live-in relationships after a certain period. This endeavor will undoubtedly enhance the nature of legal rights envisaged by the parties when they consented to cohabit together. The law has to play a central role in reforming and bringing positive modern values into the relationships built thereupon by two adult consenting parties.

Astha Saxena, in her paper *Live in a relationship and Indian Judiciary* (2019), states that so far, the Judiciary has shied away from treating all the living relationships as in nature of marriage. This eventually has led to no similar judgments being pronounced in like cases. Moreover, she reiterates a need for a definite law so that the scope of different opinions is slided away.

On theme *Social and legal provisions related to live-in relationship in India: an Evaluation* (2021), its author Shyam Prakash Pandey states that the Indian Judiciary has a divergent view on the current topic and therefore underscores the need for the law. He furthermore opines that law traditionally has been biased in favour of the marriage, however, where two-person consent

to live together in nature of marriage. However, without marrying, then in such a case, the law must come to protect the women as they are not equal to men due to patriarchal society.

Meanwhile, Choudhary Laxmi Narayan and ors. in their paper entitled *Live-in relationships in India; legal and psychological implications* (2021), delves upon the issue under consideration and states that it is good to be in a good-quality relationship from the perspective of mental health. He states the research carried on by Harvard University wherein the findings published in 2012 after many years of the study show that health and happiness do not result from wealth, fame, or hard work but instead from relationships.

## 2. JUDICIAL DEVELOPMENT ON LIVE-IN RELATIONSHIP

In India, there is no law explicitly addressing live-in relationships. In the absence thereof, many provisions are read into for understanding the implications of such a relationship. One such law is *The Hindu Marriage Act of 1955* which establishes the legitimacy of children born of invalid or voidable marriages and their succession and property rights.

### 2.1. Privy Council view on the Concept of Living partners before Independence

The Privy Council<sup>3</sup> elucidates on the concept of Living partners by stating that if a man and a woman are proven to have lived together as husband and wife, the law will postulate that they were living together as a result of legitimate marriage and not in a condition of concubine unless the reverse is convincingly demonstrated. The case of the Privy Council was referred in the case of *Tulsa & Ors vs. Durghatiya & Ors*<sup>4</sup>, wherein the Supreme Court held that there is a

3 A. Dinohamy v. W.L. Blahamy AIR 1927 P.C. 185.

4 AIR 2008 SC 1193.

'presumption of marriage' u/S.114<sup>5</sup>, when a man and a woman live together as husband and wife for a prolonged period. In another case where the Lahore High Court<sup>6</sup> said that when a man and a woman have cohabited regularly for several years, the law presumes in favor of marriage and against concubine.

## 2.2. The Hon'ble Supreme Court precedents on the Concept of Living partners

The Supreme Court, in various judgments, streamlines the concept of a live-in relationship. In the case of *Badri Prasad v. Dy. Director of Consolidation*<sup>7</sup> the Court held that very few of the married couple would succeed if they require proof as husband and wife in a society where they have to establish by an eye-witness proof that they were legitimately married fifty years earlier after half a century of wedlock.

There is a strong conjecture in favor of wedlock in the scenario in which the couples have lived as husband and wife for a more extended period. Whereas, the presumption is rebuttable on the ground that the person seeking to deprive the relationship of its legal genesis bears a hard difficulty to prove it. When oral and other trustworthy evidence shows that the couple lived as husband and wife, the family record does not reflect them as husband and wife is not conclusive evidence to dispute their husband and wife connection.<sup>8</sup>

In the case of *Madan Mohan Singh v. Rajni Kant*<sup>9</sup> The Court categorically referred that the long-term relationship cannot be considered a walk-in and walk-out relationship. The Court inferred through this point that the long-term relationship could be treated as like marriage. In another case of *S. Khushboo v. Kanniammal*<sup>10</sup>

the Court ruled that a living relationship falls within Article 21 of the Indian Constitution's right to life. The Court went on to say that live-in relationships are legal and that the act of two adults living together is not illegal or criminal.

### The Hon'ble Supreme Court precedent on the point of maintenance under S. 125 CRPC of Live-in partners

A question raised before the apex court<sup>11</sup> whether the partners live-in together as husband and wife are entitled to get maintenance under S. 125 of CRPC. The Court held that the term 'wife' includes a man and a woman living together as husband and wife for an extended period. To fulfill the true spirit and essence of the beneficial provision of maintenance under Section 125 of the Cr.P.C, strict proof of marriage should not be a pre-condition for maintenance under Section 125 of the Cr.P.C.

In the case of *Chanmuniya v. Virendra Kumar Singh Kushwaha*<sup>12</sup>, the question was raised before the Court whether the women entitled to get maintenance if not legally wedded, under sec. 125 Cr.P.C. The Court held that the cause of maintenance should be read in the light of sec. 26 of Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005 (PWDVA), and hence the maintenance was granted in this case.

## 2.3 The Hon'ble Supreme Court precedent on the point of an aggrieved person under Domestic Violence Act, 2005

For the first time in the field of the live-in partner, the statute to provide the structural support by acknowledging the live-in relationship was under the ambit of Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005 (PWDVA). The act protected the woman who is not married but living with the male partner in a relationship akin to

5 Indian Evidence Act, 1872.

6 *Indar Singh v. Thakar Singh* (2 Lah, 207).

7 1978 AIR 1557, 1979 SCR (1) 1.

8 *Lalta v. District IVth upper Distt. Judge Basti*, AIR 1999 All 342.

9 2010 9 SCC 209.

10 2010 5 SCC 600.

11 *Captain Ramesh Chander Kaushal v. Veena Kaushal and Ors.* [AIR 1978 SC 1807].

12 2011 1 SCC 141.

the idea of marriage. The definition of 'domestic relationship'<sup>13</sup> means a relationship of two-person people living together in a shared household, and the definition expressly used the term 'in the nature of marriage.'

The question frequently raised before the Court is about the maintenance of a woman who lived together with a man as husband and wife, wherein the Court has to decide what a *relationship like marriage* is. The Court mentions the elements of a 'Common Law Marriage,' stating that not all "live-in relationships" are equivalent to "marriage-like relationships." As an example, the Court adds that simply spending weekends together, or "a one-night stand" in a case, is not enough. The Court also added into it that "Indian society is changing, and this change has been reflected and recognized by Parliament by enacting The Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005".

In the case of *Indra Sarma v. V.K.V. Sarma*, the Court emphasized the facts of the case and held that if a woman is aware that the man is married, knowing the fact entered into a relationship, and under that circumstances, the Court denies the relief, which evidently is a gross injustice to the victim of such relationship. This case brings out many folds on a live-in relationship where the Supreme Court requests the parliament to legislate the statute to bring down the clarity for the Judiciary and society.

## 2.4. Malimath Committee Report on Live-in Relationship

The Committee give its suggestion regarding the maintenance of a second wife in the presence of the first wife. An attempt was made to address injustice with the second wife-like relationship of a woman. The committee referred that the illegal act of the man should not give unnecessary suffering to a woman who might be under dark relating to the information of his marriage. During 2008, the state of Maharashtra

13 Section 2(f) of Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005.

tra brought into effect the suggestion and incorporated into law which brought the legal status for 'live-in relationship' into the public domain. A critical examination of some of the Malimath Committee's recommendations and aspects, as well as the debates surrounding the Protection of Women from Domestic Violence Act 2005, reveals that the legal changes are primarily aimed at recognizing women's vulnerable position within traditional forms of non-marital relationships<sup>14</sup>.

## 3. THE PRESENT QUESTION IS WHETHER THE WOMAN IN A LIVE-IN RELATIONSHIP CAN BE ENTITLED TO THE DECEASED PARTNER'S PENSION

The concept of a live-in relationship or live-in partner does not have a statute. In contrast, the change in the mind of the society and the judicial interpretation progressively focussed on the social justice to the woman who is in the long period of a relationship. The Hon'ble Supreme Court in the case of *Captain Ramesh Chander Kaushal v. Veena Kaushal and Ors*<sup>15</sup> held that Section 125 is essentially the same as Section 488 of the Cr.P.C. of 1898, except that parents are now included in the group of people entitled to support. It was noted that this provision is a measure of social justice explicitly designed to safeguard and prevent the neglect of women, children, the elderly, and the infirm and that it fits within the constitutional sweep of Art. 15(3), which Art reinforces. 39.

Justice Krishna Iyer observed that – "We do not doubt that sections of statutes calling for construction by courts are not petrified print but vibrant words with social functions to fulfill. The brooding presence of the constitutional empathy for the weaker sections like women and children must inform interpretation if it is to have social relevance. So viewed, it is possible to be selec-

14 Agrawal, A. 2012. Law and 'live-in' relationships in India. *Economic and Political Weekly*, XLVII (39), 50-56.

15 AIR 1978 SC 1807.

tive in picking that interpretation out of two alternatives which advance the cause – the cause of the derelicts."

In the case of *Savitaben Somabhat Bhatiya v. State of Gujarat & others*<sup>16</sup>, the Court held that it was desirable to recognize the predicament of an unfortunate lady who inadvertently comes into wedlock with a married man, as there is no scope to include a woman who is not lawfully married under the word of 'wife.' Only the Legislature, according to the Court, may correct this legal shortcoming.

#### 4. STATISTICAL ANALYSIS OF SUPREME COURT AND HIGH COURTS FROM 2010 TO 2021

The term 'live-in relationship' was searched in the database of manupatra from the year 2010 to 2021, and the researchers found a mixed analysis of the increase and decrease of cases in the apex courts. The database of manupatra filter out by selecting the judgment of Supreme Court and High Courts down the line year-wise

that there is the constant increase of cross-laws like from property acquisition to succession; from claim-maintenance to maintenance entitlement which leads the legislature to integrate the live-in relationship law into various other existing statutes.

The above graphical shows the structure of increase and decrease of cases whereas in the year 2020 due to pandemic there is less number of the case whereas the increase of case is the resultant of the year 2020. The case related to live-in relationships saw a sharp rise in 2021 because, during the pandemic, not many cases were entertained, but after, there was a significant rise of cases before the high courts.

The above represent that in the year 2021, the Court that leads in terms of case related to live-in relationship followed by Punjab and Haryana High court, which are neighbouring state and the reason behind these high statistics based on the societal change. The cosmopolitan nature in this area is the core reason for an increasing live-in relationship which creates issues that land in the courts for resolution.

16 AIR 2005 SC 1809.

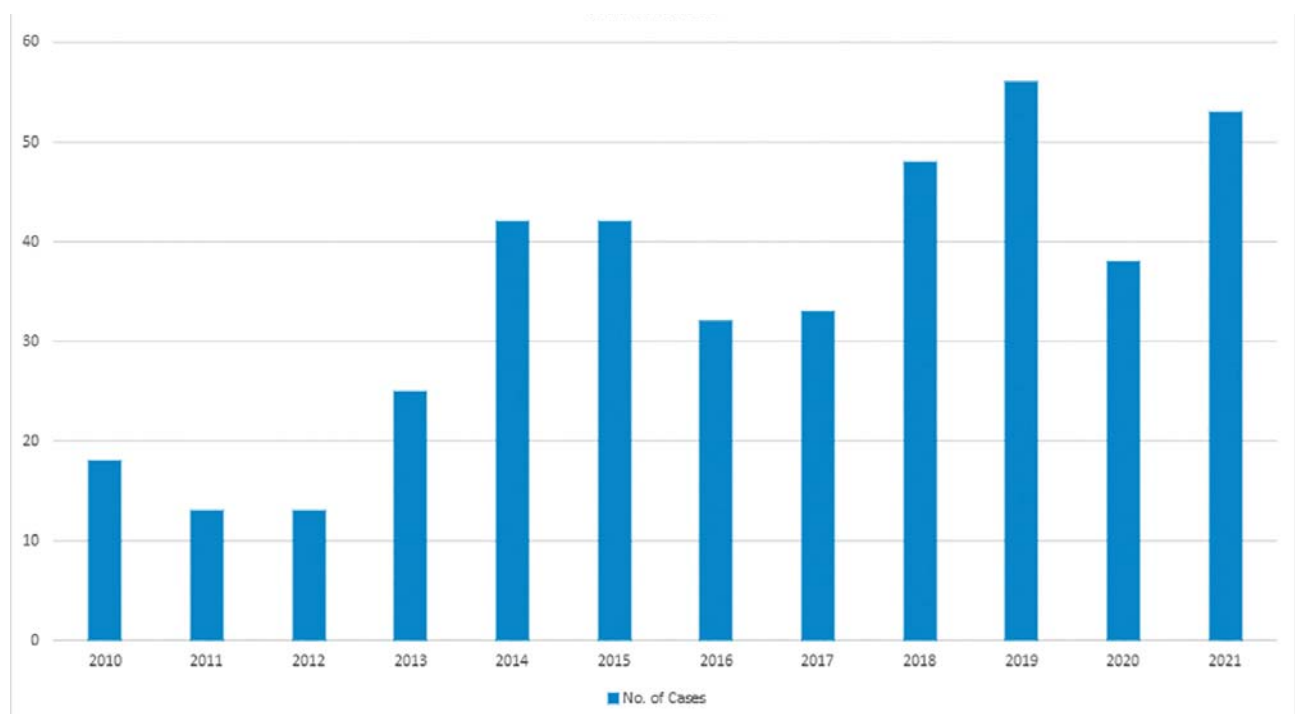


Fig. 1 The year-wise case on the live-in relationship of Supreme Court and High Courts



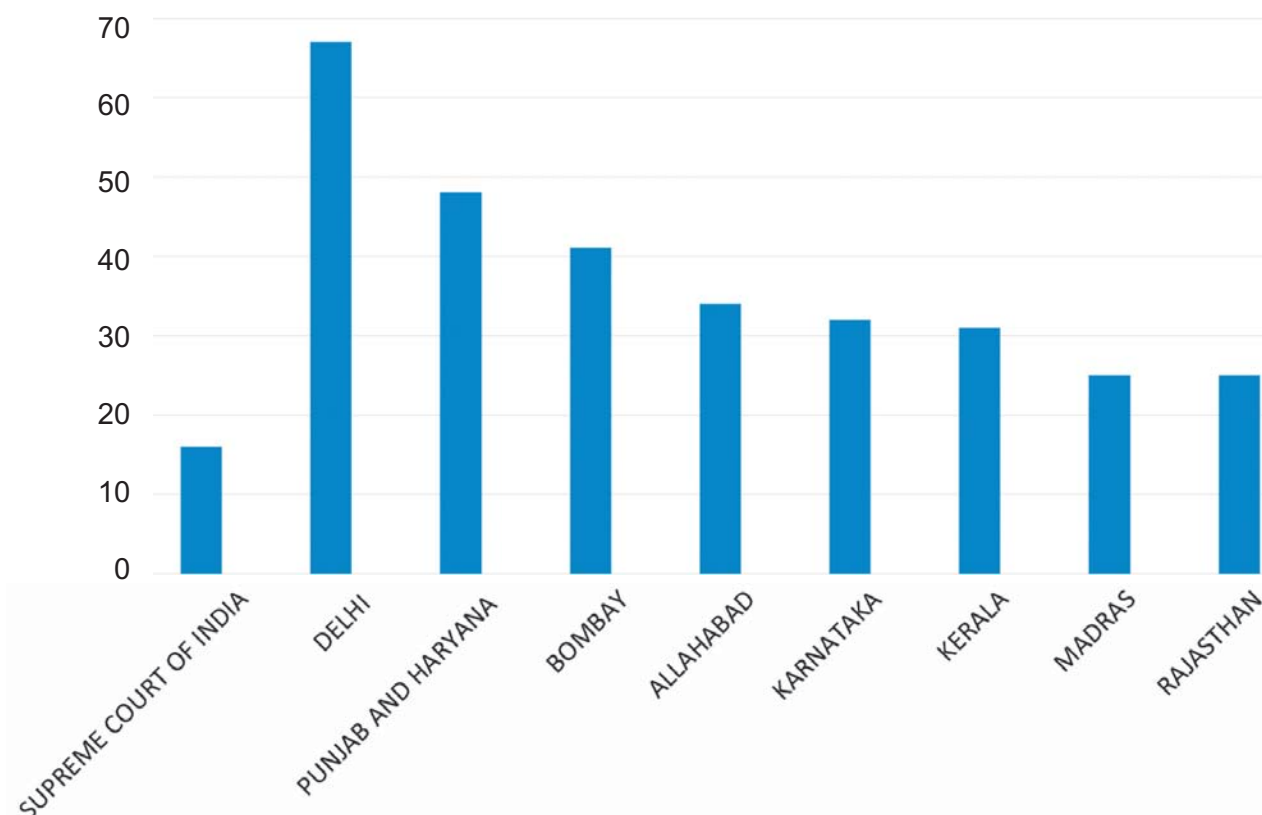


Fig. 2 Cases in Supreme Court and High Courts (top ten based on no. of the case)

## 5. CONCLUSION & SUGGESTION

Inadvertent relationships or relationships made in an attempt to evade the controversies with the society may promote live-in relationships among the newer generation. They are not legally wedded by cohabiting together in a relationship in the nature of husband and wife. In such circumstances, what would be the rights and duties of the parties therein? There ought to be a legal statute on that issue to address such a question. However, if any such particular law is absent, then what? Such was the question before us in the present context of live-in relationships.

It is found, as stated, that there is no statute specifically dealing with the matter under consideration. So should it be assumed that the parties have no rights and obligations? Should no Acts affect such instances? It seems any strict interpretation of laws would deprive many of the rights that could have been brought in under the assumption of various provisions. Furthermore, therefore, the people in a consensual relation-

ship would have borne hardship had no obligations been imposed upon them as per some Acts. Furthermore, various statutes have implications for the live-in relationship, by way of judicial interpretation, in the absence of any specific laws, such as *Protection of Women from Domestic Violence Act, 2005*, *Hindu Marriage Act, Cr.P.C.*, etc. Hence the judicial interpretation is that no person should be allowed to walk in and walk out on any other person with whom they have cohabited for an extended period in a relationship in nature of marriage.

However, merely because the live-in relationship can be read into with the help of the other statutes does not necessitate the absence of specific law to regulate it. There comes the point when there may be conflicting judgments of the courts on issues *pari-materia*, such as maintenance, pension, children born thereof, and other miscellaneous matters. Hence it becomes effectively *sine qua non* to have laws dealing mainly on matters which have gained eminence in the society, such as live-in relationships. More so because the function of the Court is to interpret

the laws and not to legislate. The graphical representation of the data in various high courts where there are more cases is directly linked with the change in the lifestyle dynamics in the metro cities.

Moreover, the definition as provided by the *Protection of Women from Domestic Violence*

*Act, 2005* is of minimal scope. Nor can it deal with matters under consideration effectively. Therefore, the legislature ought to draw out a bill to effectively address live-in relationships. Any such bill must consider the implications upon the women and the children, for they are more likely to be abused.

#### BIBLIOGRAPHY:

1. Abaranji, P. S., (2021). Stigmatising the Taboo against Pre-Marital Sex and Live in Relationships in India: An Analysis of *S. Khushboo v. Kaniammal & Anr. Supremo Amicus*, 25, 148. (In English)
2. Abhang, S., (2014). Judicial approach to “live-in-relationship” in India-its impact on other related statutes. *J Human Soci Sci*, 19. (In English)
3. Acharya, K. & Udgata, S., (2019). Live-In-Relationships in India and Their Impact-A Sociological Study. Available at SSRN 3451288. (In English)
4. Agrawal, A., (2012). Law and ‘live-in’ relationships in India. *Economic and Political Weekly*. (In English)
5. Chatterjee, S., (2020). Legal Recognition of Live-In Relationship: An Emerging Trend of Social Transformation in India. *Indian JL & Just.*, 11, 1. (In English)
6. Choudhary, A. A., (2015). Live-in Relationships Now Acceptable Norm in Society: SC. *The Times of India*. (In English)
7. Naik, K. & Maley, D. G., (2017). Legal Recognition of Live-In Relationship and Its Challenges to the Institution of Marriage. *Indian Journal of Law and Human Behavior*, 3(1). (In English)
8. Narayan, C. L., Narayan, M. & Deepanshu, M., (2021). Live-In Relationships in India-Legal and Psychological Implications. *Journal of Psychosexual Health*, 3(1), 18-23. (In English)
9. Shreya, S., (2017). A Socio-Legal Study of Live in Relationships and Its Impact on the Institution of Marriage. *Supremo Amicus*, 2, 360. (In English)
10. Tripathy, B. & Misra, V. N. LIVE IN RELATIONSHIPS AND ITS IMPACT ON INDIAN TRADITIONAL SOCIETY: A CRITICAL SOCIO-LEGAL STUDY. (In English)

# What are the Applicable Norms and Principles of International Law Delimitation of the Caspian Sea?

## Sedigheh Zarei

*World Maritime University Alumni, United Nation (Sasakawa fellow), Head of investment and development department of Kish investment and Development Company (belong to Kish free zone), Iran*

## Henning Jessen

*(Supervisor of the Article) Associate Professor at World Maritime University, Sweden*

**KEYWORDS:** Norm of sea delimitation, Caspian Sea, International law of the sea

## ABSTRACT

The purpose of this research was to identify the law applicable to the delimitation of the Caspian Sea and selecting the best approach in this regards. In this sense, in the beginning, the geopolitical significance of the Caspian Sea in the region and the importance of the Convention on the Legal Status of the Caspian Sea were reviewed. In order to examine applicable law, international legal resources under Article 38 of statute of international court of justice (ICJ) and the best current approaches, standards, principles and methods for international maritime delimitation were discussed. Furthermore, the main source of current and past legal statutes of the Caspian Sea, Soviet-Iranian agreement, bilateral agreement on the northern part of the Caspian Sea delimitation and the Caspian Sea Convention was considered. In addition, special conditions and circumstance of the Caspian Sea coast were assessed, and the best approach for the demarcation of the Caspian Sea, the three stage approach, was analyzed. It is worthy to mention, this work is a compressed and update version of my Master thesis<sup>1</sup> at world maritime university.

1 Zarei, S., (2021). Identifying the Applicable Law and Approach Toward the

## INTRODUCTION

The Caspian Sea is known as the world's largest inland water body, located in a geopolitical location, between Europe and Asia, having an area of 390,000 km<sup>2</sup>, mean and maximum depths of 208 m and 1025 m respectively (Kosarev, 2005)<sup>2</sup>. It is a source of 48 billion barrels of oil, 292 trillion cubic feet (TCF) of gas (Kalanter, et al., (2021))<sup>3</sup>, special biodiversity, and species such as sturgeons. According to the report by the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)<sup>4</sup>, “*the Caspian Sea is the traditional home of sturgeon, and the main producers of caviar in the world are four states bordering the Caspian Sea: Azerbaijan, Iran, Kazakhstan and Russia*”.

After the collapse of the Soviet Union and the independence of three new countries, the number of neighboring countries was increased to five, Azerbaijan, Kazakhstan, Turkmenistan, Iran and Russia, and disputes arose over the legal status of the sea. since, the only way to reach the World Ocean from the Caspian Sea is via the man-made Volga-Don Canal, which lies entirely within Russian territory and connects the Caspian Sea with the Black Sea (karataeva, 2019)<sup>5</sup>, the Iran and Russia argued that Article 122 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)<sup>6</sup> does

not apply, which defined enclosed and semi-enclosed seas as “*gulf, basin or sea surrounded by two or more States and connected to another sea or the ocean by a narrow outlet or consisting entirely or primarily of the territorial seas and exclusive economic zones of two or more coastal States*”. Although UNCLOS didn't explain the type of “narrow outlet” whether it must be natural or artificial, Iran and Russia to reduce the risk of the presence of third parties and due to shorter coastline, insisted, the Caspian Sea is not the sea, semi-enclosed or enclosed sea and it is a lake and common property. Furthermore, Iran was not a member state of UNCLOS since didn't ratify it and Kazakhstan and Turkmenistan have neither signed nor acceded either the Convention.

Lack of co-operation, growing disputes and unilateral action have increased opportunities for pollution, illegal fishing, and drug trafficking and illegal migration. (Zhekenov, 2020)<sup>7</sup>. However, states noticed that the Caspian marine environment became fragile, with excessive exploitation, habitat destruction, invasive species and oil pollution threatening the sea. (Tsutsumi and Robinson, 2008)<sup>8</sup>. In light of this, the Caspian Maritime Environmental Protection Agreement, known as the Tehran Agreement, was signed in 2003 and entered into force in 2006. Apart from the Tehran Convention, four protocols were signed and the uncertain legal status was one of the most important obstacles to the implementation of the protocols. In addition, the discovery of oil fields in the northern part of the Caspian Sea led to a trend of bilateralism, which Zimnitskaya and Geldern (2011)<sup>9</sup> called an innovative approach to the principle of “*common waters, a divided bottom*” in the region, and by 2003 the northern part of the Caspian seabed was divided

Caspian. Sea delimitation. World Maritime University.  
2 Kosarev, A. N., (2005). Physico-geographical Conditions of the Caspian Sea. In the Caspian Sea Environment. 5-31. Springer, Berlin, Heidelberg. <<https://link.springer.com/chapter/10.1007/698>> [Last seen: 21 March, 2022].  
3 Kalanter, S. V., Maleki, A. & Saifoddin, A., (2021). Study of Caspian Energy Markets Via a Hybrid Index For Energy Demand Security in Caspian Countries in Years 2020 and 2030. International Journal of Energy and Water Resources, 1-13.  
4 Food and Agriculture Organization (FAO). (n.d.). Sturgeons (Acipenseriformes). <<http://www.fao.org/3/y5261e/y5261e06.htm>> [Last seen: 21 March, 2022].  
5 Karataeva, E., (2019). The Convention on the Legal Status of the Caspian Sea: The Final Answer or an Interim Solution to the Caspian Question? The International Journal of Marine and Coastal Law, 35(2), 232-263.  
6 United Nations. General Assembly. Convention on the law of the Sea 1982. <[https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)> [Last seen: 21 March, 2022].

7 Zhekenov, D., (2020). The Strategic Importance of the Caspian Sea. Available at SSRN 3602279.

8 tsutsumi, R. & Robinson, K., (2008). Environmental Impact Assessment and the Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea. In Theory and practice of transboundary environmental impact assessment. 53-70. Brill Nijhoff.

9 Zimnitskaya, H. & Von Geldern, J., (2011). Is the Caspian Sea a sea; and why does it matter? Journal of Eurasian studies, 2(1), 1-14. <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1016/j.euras.2010>> [Last seen: 21 March, 2022].

by agreements between three states, the Russian Federation, the Republic of Azerbaijan and the Republic of Kazakhstan, but the agreements concerned only the seabed. Finally, in August 2018, in Aktau, Kazakhstan, five states signed the Convention on the Legal Status of the Caspian Sea<sup>10</sup>. It was a monumental achievement, as the UN Secretary-General welcomed the signing of the Caspian Sea Convention, stated "*this historic document illustrating the importance of regional cooperation, which is fundamental to maintaining international peace and security and an important step towards weakening regional tensions*", and, Iranian President Hassan Rouhani remarked<sup>11</sup> "*the signing of the Caspian Sea convention is a successful model for guaranteeing peace, stability, friendship, good neighborliness*". From a security point of view, the agreement actually provides regional security since countries have agreed to ban the presence of third parties in the Caspian Sea and brings various political, environmental and economic benefits to the states, as Janusz-Pawletta (2020)<sup>12</sup> believed it is an important factor for sustainable development since it regulates the environment protection and access to energy. However, there are some negative views toward the convention which for instance argued, some Articles of convention act as obstacles to the exploration of oil and gas in the Caspian Sea and Iran and Russia intentionally put these Articles, such as article 14(2) which declared "*The Parties may lay trunk submarine pipelines on the bed of the Caspian Sea, on the condition that their projects comply with environmental standards and requirements embodied in the international agreements to which they are parties*" (Gurbanov, 2018; Bayramov, 2020)<sup>13</sup>. In parallel, Prichin and

Anschchi (2019)<sup>14</sup> argued the new convention only gives environmental surveillance powers to Russia and Iran. Besides that, there were important issues of dispute that needed to be resolved.

Article 8(1) of the new convention states "*Delimitation of the Caspian Sea seabed and subsoil into sectors shall be effected by agreement between States with adjacent and opposite coasts, with due regard to the generally recognized principles and norms of international law, to enable those States to exercise their sovereign rights to the subsoil exploitation and other legitimate economic activities related to the development of resources of the seabed and subsoil*" and it does not clarify what norms and principles of international law should be applied. In the same vein, Article 7(3) and Article 9(1) of the convention declared delimitation of internal and territorial waters and delimitation of fishery zone between States with adjacent coasts shall be effected by agreement. Additionally, Iran subjected ratification of the Caspian Sea convention to the delimitation agreements. Since "*each maritime delimitation case differs and flexible consideration of relevant factors is required to achieve an equitable result*" (Tanaka, 2019)<sup>15</sup> and delimitation of maritime zones is crucial for peaceful relations between neighboring States (Lagoni and Vignes, 2006)<sup>16</sup>, defining the norm and principles of delimitation will be a vital factor for the success of the new convention.

## 1. THE NORMS AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW FOR DELIMITATION

Before discussing international rules, standards and principles of maritime borders, it is appropriate to introduce the sources of the law of the sea. It is generally accepted that the source of the recog-

10 Convention on the Legal Status of the Caspian Sea, 2018. <<http://en.kremlin.ru/supplement/5328>> [Last seen: 21 March, 2022].

11 President addressing Caspian Sea Littoral States Summit. <<https://www.president.ir/EN/105637>> [Last seen: 21 March, 2022].

12 Janusz-Pawletta, B., (2020). Legal framework for the interstate cooperation on development and transport of fossil natural resources of the Caspian Sea. *The Journal of World Energy Law & Business*, 13(2), 169-184.

13 Gurbanov, I., (2018). Caspian Convention and Perspective of Turkmenistan's Gas Export to Europe'. *Caucasus International*, 8(2), 159-179.

14 Pritchkin, S. & Anceschi, L., (2019). Caspian Sea. *Russian Analytical Digest (RAD)*, 235.

15 Tanaka, Y., (2019). *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*. Bloomsbury Publishing.

16 Lagoni, R. & Vignes, D. (Eds.), 2006. *Maritime delimitation (Vol. 53)*. Brill. <<https://books.google.se/books>> [Last seen: 21 March, 2022].

nized international law is reflected in the Article 38 of the ICJ Constitution<sup>17</sup> which states:

*“he court whose function is to decide under international law such disputes as are submitted to it shall apply:*

- *general or particular international conventions, establishing rules expressly recognized by the contesting states;*
- *international custom, as evidence of a general practice accepted as law;*
- *the general principle of law recognized by civilized nations;*
- *judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations as subsidiary means for the determination of rules of law”.*

This Article lists sources of formal and material international law (Fitzmaurice, 2017)<sup>18</sup>.one of the most important one are legal procedures by which legal rules come into existence. Customary law has two categories of public and private or local customary law. Since treaties are binding only on the parties involved, the rules of common law are binding on all countries in the international community as the International Court of Justice (ICJ) stated:

*“General customary law must have equal force for all members of the international community and cannot be subject of any right of unilateral exclusion.”* (The North Sea Case, 1969)<sup>19</sup>.

Tanaka (2015)<sup>20</sup> argued that, customary law comes from two elements, namely an objective element, state practice, and a subjective element, judicial opinion. In addition to state practice, a treaty may also generate a new common law rule. Roach (2014)<sup>21</sup> listed in his study the

rules of the UNCLOS that the international court has recognized as customary international sea law, such as Article 15 and 83.

The boundary delimitation is governed by legislation, which over time has been expanded by codification given in treaty provisions. Its growth has also been substantially aided by the jurisprudence of the ICJ and ad hoc tribunals. Miron (2020)<sup>22</sup> believed *“The law on maritime delimitation is often characterized as judge-made law”*. In this regard, the source of maritime delimitation was considered as follows.

### 1.1. Conventions Provisions Concerning Maritime Delimitation

Three conventions relating to maritime delimitation of sea are, the 1958 Convention on the Territorial Sea and the contiguous Zone<sup>23</sup> (hereinafter referred to as TSC), the Convention on the Continental Shelf and the Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) 1982.

Paragraph 1 of Article 12 of TSC and Article 15 of UNCLOS provided the triple rule of “agreement – equidistance (median line) special circumstance.” for delimitation of territorial sea. These two provisions are generally considered to reflect customary law, which is consistent by applying the median line method if the states do not reach agreement. However, the conventions did not define the special circumstances and it must be clarified during the development of jurisprudence and state practice in the field of maritime delimitation. In addition, Article 6 of the convention on the continental shelf 1958<sup>24</sup> introduced the

17 The International Court of Justice. Statute of the International Court of Justice. <<https://www.icj-cij.org/en/statute>> [Last seen: 21 March, 2022].

18 Fitzmaurice, G. G., (2017). Some problems regarding the formal sources of international law. In Sources of international law. 57-80. Routledge.

19 North Sea Continental Shelf Cases, ICJ, 1969, <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052>> [Last seen: 21 March, 2022].

20 Tanaka, Y., (2015). The International Law of the Sea. Cambridge University Press.

21 Roach, J. A., (2014). Today's customary international law of the sea. Ocean Development & International Law, 45(3), 239-259.

22 Miron, A., (2020). A Practitioner’s Guide to Maritime Boundary Delimitation Maritime Boundary Delimitation: The Case Law. Is It Consistent and Predictable? Cambridge University Press. 433.

23 United Nations. General Assembly. Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone 1958. <<https://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html>> [Last seen: 21 March, 2022].

24 United Nations. General Assembly. Convention on the Continental Shelf 1958. <<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions>> [Last seen: 21 March, 2022].

notion of a special circumstance, similarly, UNCLOS contains special provisions, Article 74 and 83, for EEZ delimitation and continental shelf which stated: “*the delimitation of the exclusive economic zone [the continental shelf] between states with opposite and adjacent coasts shall be effected by agreement based on international law, as referred to in article 38 of the statute of the international court of justice, to achieve an equitable solution.*” These two Articles omit any reference to a method of delimitation. However, it is noteworthy that the fundamental procedural principle has been introduced by UNCLOS to sea delimitation is the peaceful settlement of international disputes and emphasis on an agreement in good faith as the ICJ stated:

“*Any delimitation must be effected by agreement between the states concerned, either by the conclusion of the direct agreement or, by some alternative method which must be based on consent*” (the Gulf of Maine, 1984)<sup>25</sup>.

The most essential implication of the fundamental rule that maritime border delimitation should be accomplished via agreement is that parties are free to choose any delimitation line they choose based on political, economic, geographic, or other considerations (DOALOS, 2000)<sup>26</sup>.

## 1.2. Approaches of Jurisprudence to the Maritime Delimitation

Delimitation by judicial process is a legal operation and it is based on consideration of the law and there is the distinction between delimitation based on legal rules and delimitation by states during negotiation which is based on political consideration. There are different approaches towards delimitation as is described in the following parts.

25 Gulf of Maine Case. ICJ, 1984. <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/67/067-19841012-JUD>> [Last seen: 21 March, 2022].

26 United Nations. Office of Legal Affairs. Division for Ocean Affairs, the Law of the Sea., (2000). Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries. United Nations Publications.

### 1.2.2. Equidistance

Equidistance is the predictable method and delimitation line mathematically determined. After 1958 in many cases, governments did the negotiations by considering an equidistance line and the majority of bilateral treaties on maritime delimitation used this method. However, there may be complications if one state uses normal baselines that follow the sinuosity of the coastline while the other uses a straight baseline system that connects the outermost islands, promontories, and rocks (Charney and Alexander, 1993)<sup>27</sup>. The ICJ and arbitral tribunals reduced the equidistance technique's privileged standing as the basis of entitlement to both the EEZ and the CS within 200 nautical, viewing it as a method that, in some situations, may result in inequitable and irrational outcomes.

### 1.1.3. Equity principles

The equitable principle stems from court jurisprudence, which is the general guiding principle. It combines two types of principles: procedural and substantive. The procedural principle is that the delimitation is done by agreement, and the substantive include equity. Cottier (2015)<sup>28</sup> believed equity has been a companion of the law ever since rule-based legal systems emerged, and it provides a path to justice if the law is unable to appropriately respond. The equitable principle as customary law became the main aspect of the law of maritime delimitation (Østhagen, 2020)<sup>29</sup>. The principle of equity and relevant circumstances has been stressed in article 59 of UNCLOS as a basis for the resolution of conflicts regarding the attribution of rights and jurisdiction in the EEZ. However, the approaches toward this principle were different as is described in the following parts.

27 Charney, J. I. & Alexander, L. M. (Eds.), 1993. International maritime boundaries. Martinus Nijhoff Publishers.

28 Cottier, T., (2015). Equitable principles of maritime boundary delimitation. Cambridge University Press.

29 Østhagen, A., (2020). Maritime boundary disputes: What are they and why do they matter? Marine Policy, 120, 104118.

### A) Result oriented equity approach

In the North Sea Case 1969, which involved disputes of the Federal Republic of Germany with the Netherlands and Denmark as regards their continental shelf delimitation, the ICJ held “*there is no single method of delimitation the use of which is in all circumstance obligatory*” and court decided delimitation should be effected by agreement on the basis of equitable principle. The ICJ stated equidistance line is not appropriate due to the shape of the coasts of the Federal Republic of Germany, which was concave (Guernsey, 2000)<sup>30</sup>. In the same manner in the case of Guinea and Guinea-Bissau before Arbitration Tribunal in 1983, the arbitral decided to reject the application of the equidistance method because of the existence of geographical circumstances, such as the concave coasts of the States (McLarky, 1987)<sup>31</sup>. This approach has been called the result-oriented approach. It, focused on the equitable outcome rather than the techniques to be used and provides the international court and tribunal’s opportunity to do not bind any method and decided each case based on its own circumstance, as the IJC stated:

*“The result of the application of equitable principles must be equitable and the result which is predominant, the principles are subordinate the goal. The equitable of a principle must be assessed in the light of its usefulness for the purpose of arriving at an equitable result”.* (Tunisia v. Libya case, 1978)<sup>32</sup>.

### B) Corrective Equity Approach

In the Libya/Malta case<sup>33</sup> of 1985, the ICJ used the equidistance method just as starting point and equity as a corrective element and shift the equidistance line based on special circum-

stances. This approach has been called “*corrective –equity approach*”. In 1993, regrading delimitation of the continental shelf and fishery zone, the court by considering Article 6 of CS convention and customary law held:

*“Even if it were not appropriate to apply, not Article 6 of CS convention, but customary law concerning the continental shelf as developed in the decided cases, it is in accord with precedents, to begin with, the median line as a provisional line and then to ask whether special circumstance require any adjustment or shifting that of the line”* (Greenland v. Jan Mayen case, 1993)<sup>34</sup>.

In this case, the court applied this approach as customary law. In the Cameron v. Nigeria case<sup>35</sup>, the court adopted a new interpretation, and since there was no particular reference to any technique of delimitation in UNCLOS, it determined that a specific method, namely the equidistance method, should be incorporated into these provisions.

### C) Three Stage Approach

For the first time in the Black sea case 2009 between Romania and Ukraine, the ICJ used new formula which called “*three-stage approach*”. Based on this approach, establishing the equidistance line is first stage, then court will check the relevant circumstances in order to adjustment of provisional line and at the third stage, to avoid any inequality the disproportionality test has to be applied. This approach also called the equidistance/relevant circumstances method. This approach has made maritime delimitation more predictable and transparent (Miron, 2020)<sup>36</sup>. However, till now courts have not established any recommended technique for disproportionality test calculation (Fietta and

30 Guernsey, K. N., (2000). The North Sea Continental Shelf Cases. Ohio NUL Rev., 27, 141.

31 McLarky, K. A., (1987). Guinea/Guinea-Bissau: Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary, February 14, 1985. Md. J. Int'l L. & Trade, 11, 93.

32 Tunisia/Libya Case, ICJ, 1982. <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/63/10660.pdf>> [Last seen: 21 March, 2022].

33 Libya vs. Malta Case. ICJ, 1982. <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19820727-ORD>> [Last seen: 21 March, 2022].

34 Greenland/Jan Mayen Case, ICJ, 1993. <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/78/078-19930614>> [Last seen: 21 March, 2022].

35 Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening case. ICJ, 2002. <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/94/094-20021010-IUD-01-00-EN.pdf>> [Last seen: 21 March, 2022].

36 Miron, A., (2020). A Practitioner’s Guide to Maritime Boundary Delimitation Maritime Boundary Delimitation: The Case Law. Is It Consistent and Predictable? Cambridge University Press. 433.



Cleverly, 2016)<sup>37</sup>. In 2012, the ITLOS used this approach and held:

*“At the first stage it will construct a provisional equidistance line, based on the geography of the casts and mathematical calculation, it will proceed to the second stage of the process, which consists of determining whether there are any relevant circumstances to adjustment, if so, it will make an adjustment the produces an equitable result. At the final stage, the tribunal checks whether the adjusted line results in any significant disproportion between the ratio of the respective coastal lengths and the ratio of the relevant maritime areas allocated to each party.”* (Bangladesh v. Myanmar, 2012)<sup>38</sup>.

Additionally, the ICJ, and arbitration used this approach, the ICJ in the Chile v. Peru case<sup>39</sup>, and the arbitration in the Bangladesh V. India case. Nowadays, international courts have transited from the result-oriented-equity approach to the three stage approach (Chuanxiang, 2016)<sup>40</sup>.

#### 2.1.4. Relevant Circumstances

The relevant circumstances are those circumstances are taken into account in the delimitation process by States and the courts. Most relevant and dominant geographical, historical, political, economic, socio-economic, security, and other kinds of factors can be taken into account by states, open-ended categories, since till today not only the conventions, especially Article 6 of the convention on the continental shelf and Article 15 of UNCLOS but also courts did not provide the list of circumstances. In the Angelo – French case the United Kingdom argued it does not mean there is no limitation for a special circumstance under Article 6 of the convention on the continental shelf but the court

rejected this claim (Evans,2018)<sup>41</sup>, which means there is no limitation. However, DOALOS (2000)<sup>42</sup>, stated *“in the delimitation based on legal rule the international court has interpreted “relevant” criteria and factors as directly relevant to the delimitation, therefore, of a non-political or economic nature.”*, Consequently in the negotiation stage, states have the flexibility to influence the outcome in favor of their interest.

## 2. SOURCES OF INTERNATIONAL LAW FOR THE CASPIAN SEA DELIMITATION

### 2.1. Agreements

To find the applicable law of maritime delimitation for Caspian Sea, ascertaining whether there is any pre-existing agreements relating to the maritime delimitation is crucial, in this regard Soviet-Iran agreements, additionally, delimitation agreements of the north part of the Caspian Sea will be reviewed.

#### 2.1.1. Soviet-Iran agreements

During the era of the USSR, the Caspian Sea was treated based on two agreements between Iran and USSR, the first one was signed on 26 February 1921(Mehdiyou, 2000)<sup>43</sup>, and two parties were given equal shipping rights in the Caspian Sea as well as the right to fly their flags on their commercial vessels and both reaffirmed the 10-nautical mile fishing zone in the Treaty of Commerce and Navigation agreement in 1941 (United Nation, Treaty Series, 1959).

After the disintegration of the USSR, these two

37 Fietta, S. & Cleverly, R., (2016). A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation. Oxford University Press.

38 Bangladesh V. Myanmar, Bay of Bengal case. International Tribunal of Law of the Sea, 2012.

39 Peru v. Chile case. International Court of Justice, 2014.

40 Chuanxiang, S.U.N., (2016). 26 Comments on the Three-stage Approach of Maritime Delimitation. In Challenges of the Changing Arctic. 613-636. Brill Nijhoff.

41 Evans, M., (2018). Relevant circumstances. In Maritime Boundary Delimitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable? (pp. 222-261). Cambridge University Press.

42 United Nations. Office of Legal Affairs. Division for Ocean Affairs, the Law of the Sea, 2000. Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries. United Nations Publications.

43 Mehdiyou, K., (2000). Ownership of oil and gas resources in the Caspian Sea. American Journal of International Law, 94(1), 179-189.

agreements were inadequate to deal with the presence of the new littoral states and their demand toward delimitation and consequently exploration and exploitation of natural resources in the seabed of the sea. The treaties of 1921 and 1940 solely addressed navigation, fishing, and trade and did not clarify the legal status of the Caspian Sea, and neither provide an official and final delimitation line. In addition, in this period (1921-1940) the concept of EEZ and continental shelf was still some long years away, while its general acceptance in practice and being introduced in the UNCLOS 1982. In this regard riparian states took various measures, which demonstrated that they did not accept the validity of these agreements, nevertheless Turkmenistan in its letter to the UN general assembly (UN General Assembly, 1998)<sup>44</sup> accepted agreements. Additionally, by increasing the heated contention in the region, Iran, and Russia as a party to these agreements, in their joint statement (UN General Assembly, 2000)<sup>45</sup> stated: *“until the new legal status is devised for the Caspian Sea, these two treaties retain their full legal validity”*. This statement gave the valid duration to these agreements till introduction of the new legal regime, and the texts represent evidence of the Parties' understanding as far as the establishment of future legal status of the sea is concerned.

### 2.1.2. Delimitation Agreements

USSR in 1970 by its unilateral action set a delimitation line on the Caspian between Iran and USSR and then divided its part into national sectors among its Unions. In 1993, this delimitation was approved by Russia for the benefit of Kazakhstan, Turkmenistan, and Azerbaijan, after disintegration of its union. Russia entered into the sea-

44 United Nation, General Assembly, Joint statement of the President of the Islamic Republic of Iran to the President of Turkmenistan, A/53/453, (October 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/261632>> [Last seen: 21 March, 2022].

45 United Nation, General Assembly, Joint statement by the Russian Federation and the Islamic Republic of Iran on the proposed construction of a pipeline through the Caspian Sea, A/54/788, (March 2000), <<https://digitallibrary.un.org/record/409739>> [Last seen: 21 March, 2022].

bed delimitation with Azerbaijan and Kazakhstan by different agreements including the agreement between, Russia and Kazakhstan in 1998, Russia and Azerbaijan in 2002, and the Agreement on the Convergence Point of the Delimitation Lines of Adjacent Areas of the Caspian Seabed between Russia, Azerbaijan, and Kazakhstan in 2003. Regarding the above-mentioned agreements, the following matters call special attention:

- The preamble of these agreements stated *“being guided by the conventional principles and rules of international law”*;
- Justified equidistance line method has been used for delimitation in these agreements;
- Configuration of coast and islands has been taken into account as a relevant circumstance;
- Based on Article 2 of the agreement between Russia and Azerbaijan and Article 2 of the agreement between Russia and Kazakhstan *“Development of mineral resources of the structures crossed by the line of demarcation will be performed based on the international practice applied in case of development of cross-border fields, the authorized organizations appointed by the Governments of the parties”*;
- These agreements just delimited the seabed, leaving main activities such as shipping, fishing, and environment regimes to be determined later;
- All agreements have been declared illegal by Iran.

## 2.2. Littoral States Practice

Tunkin (1961)<sup>46</sup> believed custom norms are being formed in international practice, as a rule, and opinio juris is an essential element of customary norms. States practice can be a physical act, or what they say such as policy statements, press released, opinion of official legal advisers

46 Tunkin, G. I., (1961). Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law. *Calif. L. Rev.*, 49, 419.

and Opinio Juris include public statements of states, diplomatic correspondence, resolutions adopted by the international organization and it can play a crucial role in reflecting the interest of the international community. Following the dis-

integration of the USSR, the political view and practices of the coastal States were contrary to each other. These views have been shown in their letters to the UN general assembly as the following table.

Table 1. Littoral state practice in the Caspian Sea region. Source: United Nation, General Assembly.

	STATE	LETTER CODE	IMPORTANT POINTS OF STATEMENTS
		Date	
1	Russia	A/49/475 October 1994 <sup>47</sup>	The Caspian Sea is a land-locked body of water. The norms of international maritime law, particularly the territorial sea, EEZ and the continental shelf, are not applicable and any questions relating to activities, including the exploitation of its resources, must be decided jointly by all states.
2	Azerbaijan and Kazakhstan	A/51/529 October 1996 <sup>48</sup>	The legal status of the Caspian Sea must be based on the generally recognized rules and principles of international law and the international treaty, practice of States and the Parties recognized rights.
3	Turkmenistan	A/52/259 July 1997 <sup>49</sup>	Turkmenistan would welcome Russian-Azerbaijani agreement on the joint exploitation the Caspian Sea if it does not includes the Serdar (formerly, Promezhutochnoe) deposit, which belongs to Turkmenistan.
4	Kazakhstan	A/52/318 September 1997 <sup>50</sup>	Russia has invited tenders for the exploitation of the mineral resources of the Caspian Sea and the areas involved lie partly within the Kazakh sector. Kazakhstan does not rule out the possibility of exploiting jointly and such activity must be carried in accordance with the norms and principles of international law.
5	Iran	A/52/324 September 1997 <sup>51</sup>	It should be recalled that the successor States of the USSR, in accordance with the Alma Ata Declaration of 1991, have guaranteed "the discharge of the international obligations deriving from treaties and agreements concluded by the former Union of Soviet Socialist Republics". Therefore soviet-iran agreements are binding on all successor States.
6	Iran	A/52/325 September 1997 <sup>52</sup>	The joint statement by Kazakhstan and Turkmenistan relating to "the delimitation of administrative and territorial borders along a line running through the middle of the Sea" bears no legal value.

47. United Nation, General Assembly, Position of the Russian Federation regarding the legal regime of the Caspian Sea, A/49/475, (October 1994), <<https://digitallibrary.un.org/record/163135?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].

48. United Nation, General Assembly, Joint statement on Caspian Sea questions adopted by the Presidents of Azerbaijan and Kazakhstan in Baku, A/51/529, (October 1996), <<https://digitallibrary.un.org/record/222831?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].

49. United Nation, General Assembly, Statement issued by the Ministry of Foreign Affairs of Turkmenistan, A/52/259, (July 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/240871?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].

50. United Nation, General Assembly, Statement issued

by the Ministry of Foreign Affairs of Kazakhstan, A/52/318, (September 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/243239>> [Last seen: 21 March, 2022].

51. United Nation, General Assembly, Position of the Islamic Republic of Iran concerning the legal regime of the Caspian Sea, A/52/324, (September 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/243268>> [Last seen: 21 March, 2022].

52. United Nation, General Assembly, the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General with reference to the joint statement signed by the Presidents of Kazakhstan and Turkmenistan, A/52/325, (September 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/243266>> [Last seen: 21 March, 2022].

7	Kazakhstan	A/52/424 October 1997 <sup>53</sup>	Any use of the Caspian Sea will take place within the demarcation zones established during the existence of the former USSR, using the median-line method adopted in international practice and UNCLOS should be extended to the Caspian Sea.
8	Iran	A/52/588 November 1997 <sup>54</sup>	The official announcement by Azerbaijan, regarding exploitation of oil from the Cheragh reservoir, violate legal regime as defined in soviet Iran treaties.
9	Russia and Kazakhstan	A/52/802 February 1998 <sup>55</sup>	The sides agreed to demilitarize the Kazakhstan-Russian part of the Caspian seabed on the basis of the principle of equidistant as well as the principle of agreement.
10	Iran	A/52/913 May 1998 <sup>56</sup>	Treaty 1921 and 1940 contain no provisions for delimitation. And these instruments remains binding and any attempt to divide the Sea is unacceptable. Consequently, the inclusion of such terms as the "Kazakhstan Part" or the "Russian Part" is in contravention of the existing legal regime.
11	Russia and Kazakhstan	A/52/983 S/1998/693 July 1998 <sup>57</sup>	The seabed of the northern part of the Caspian Sea and the subsoil thereof, without prejudice to the continued common use of the water's surface, including the freedom of navigation, agreed fishing quotas and environmental protection, shall be delimited between the Parties along a median line adjusted on the basis of the principle of justice and the agreement of the Parties.
12	Iran	A/52/1011 August 1998 <sup>58</sup>	The Agreement signed by Russia and Kazakhstan regarding the legal status of the Caspian Sea bears no legal merit.
14	Iran and Turkmenistan	A/53/453 October 1998 <sup>59</sup>	soviet – Iran agreements are the sole international documents governing the Caspian Sea legal issues Condominium arrangement for the common use of the Caspian Sea by the littoral States through assuming a sectoral coastal strip as the national zone is the most appropriate basis. In case of division, the two sides emphasized the principle of equal share and equitable exploitation of the resources.

53. United Nation, General Assembly, Letter from the Minister for Foreign Affairs of the Republic of Kazakhstan addressed to the Secretary-General, Position of Kazakhstan on the legal status of the Caspian Sea, A/52/424, (October 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/244600>> [Last seen: 21 March, 2022].
54. United Nation, General Assembly, Declaration expressing the position of the Islamic Republic of Iran on the exploitation of the resources of the Caspian Sea, A/52/588, (November 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/246697?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].
55. United Nation, General Assembly, Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Kazakhstan, A/52/802, (February 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/250916?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].
56. United Nation, General Assembly, Statement of the Foreign Ministry of the Islamic Republic of Iran, A/52/913, (May 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/254563?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].
57. United Nation, General Assembly, Joint Statement by the President of the Russian Federation and the President of the Republic of Kazakhstan, A/52/983, (July 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/258452?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].
58. United Nation, General Assembly, Statement of the Foreign Ministry of the Islamic Republic of Iran on the Agreement signed by the President of the Russian Federation and the President of the Republic of Kazakhstan, A/52/1011, (August 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/258299>> [Last seen: 21 March, 2022].
59. United Nation, General Assembly, Joint statement of the President of the Islamic Republic of Iran to the President of Turkmenistan, A/53/453, (October 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/261632>> [Last seen: 21 March, 2022].

15	Azerbaijan	A/53/741 December 1998 <sup>60</sup>	An agreement between Iran and the Shell and Lasmo oil companies on geological and geophysical prospecting in an area which includes part of the Azerbaijani sector is illegal. And the sovereign rights of the littoral States extend to the corresponding national sectors which have been established as a result of the traditional activities of the littoral States and the use of the Caspian Sea within national sectors on the basis of the recognized customary international law remains in effect. Iranian claims to 20 per cent of the territory are contrary to the rules and principles of international law.
16	Iran	A/53/890 March 1999 <sup>61</sup>	Rejecting the protest made by Azerbaijan regarding the Iran agreement with oil companies by invoking the 1921 and 1940 agreements and raising the Azerbaijani sector of the Caspian Sea is legally unfounded.
17	Iran	A/56/304 August 2001 <sup>62</sup>	The state-owned Oil Corporation of Azerbaijan, intends to carry out activities in the Alborz oil field and to conduct any kind of activities, such as research projects, exploration and exploitation in this oil field, necessary permission should be obtained from Iran. Thus, the said activities in the Alborz oil field would be contrary to the interests of Iran.
18	Iran	A/56/850 February 2002 <sup>63</sup>	Agreement signed on 29 November 2001 by the Republic of Kazakhstan and the Republic of Azerbaijan regarding the division of the Caspian Sea is in contravention of the existing legal status of the Caspian Sea.
19	Azerbaijan and Kazakhstan	A/56/927 April 2002 <sup>64</sup>	Kazakhstan and Azerbaijan find the Iranian side's contention that the Agreement of 29 November 2001 between the Kazakhstan and the Azerbaijan concerning the delimitation of the bed of the Caspian Sea contravenes "existing legal instruments governing the legal status of the Caspian Sea" to be unfounded.
20	Iran	A/56/1017 July 2002 <sup>65</sup>	The general agreement of all coastal States of a given lake is the only principle that applies to the delimitation of international lakes. Since, the Caspian Sea is a unique international lake, bilateral agreement between Azerbaijan and Kazakhstan contravenes the said principle.
21	Russia and Azerbaijan	A/58/719 S/2004/137 2004 <sup>66</sup>	The parties attach exceptional importance to the signing of bilateral and multilateral agreements to delimit the Caspian seabed between Russia, Azerbaijan and Kazakhstan, including the Agreement between Russia and Azerbaijan in 2002 and the Agreement on the Convergence Point of the Delimitation Lines of Adjacent Areas of the Caspian Seabed between Russia, Azerbaijan and Kazakhstan in 2003.

60. United Nation, General Assembly, Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Azerbaijani Republic, A/53/741, (December 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/266364?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].
61. United Nation, General Assembly, Statement made by the spokesman of the Ministry of Foreign Affairs of the Islamic Republic of Iran, A/53/890, (March 1999), <<https://digitallibrary.un.org/record/1491722>> [Last seen: 21 March, 2022].
62. United Nation, General Assembly, Annex to the letter dated 16 August 2001 from the Permanent Representative of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/304, (August 2001), <<https://digitallibrary.un.org/record/447131>> [Last seen: 21 March, 2022].
63. United Nation, General Assembly, Letter dated 28 February 2002 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/850, (February 2002), <<https://digitallibrary.un.org/record/459204>> [Last seen: 21 March, 2022].
64. United Nation, General Assembly, Letter dated 15 April 2002 from the Permanent Representatives of Azerbaijan and Kazakhstan to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/927, () April 2002, <<https://digitallibrary.un.org/record/462931>> [Last seen: 21 March, 2022].
65. United Nation, General Assembly, Letter dated 26 July 2002 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/1017, (July 2002), <<https://digitallibrary.un.org/record/470529?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022].
66. United Nation, General Assembly, Letter from the Russian Federation and the Republic of Azerbaijan, A/58/719, (February 2004), <<https://digitallibrary.un.org/record/516646#record-files>> [Last seen: 21 March, 2022].

As it is shown in table 1, however, all five states had diverging approaches toward the Caspian Sea, and a considerable number of the arguments presented by states to the UN general assembly concerning delimitation, they believed the delimitation has to be done by bilateral or multilateral agreement on the bases of international law and principles.

### 2.3. UNCLOS 1982 and Customary Law

Regarding the applicability of the UNCLOS 1982 as a treaty source of international law for delimitation of the Caspian Sea, two issues call for brief comments. Firstly, according to Article 34 of the VCLT,<sup>67</sup> “a treaty does not create either obligations or rights for the third state without its consent”, in this vein, Some of the littoral states of the Caspian Sea are not members of this treaty, furthermore, Article 1 of the convention on the legal status of the Caspian Sea, defined this sea as a body of water which surrounded by the land territories of the Parties, nor sea nor closed sea, consequently the UNCLOS as treaty law is not applicable. However, the fact that not all coastal states are party to the UNCLOS does not preclude the application of customary international law, which has been recognized by international tribunals. To the subject matter, as before has been discussed, Article 15, 74 and 83 of UNCLOS which are related to delimitation of maritime zones, became customary international law. In addition, based on Articles 74 and 83 of UNCLOS, as customary law, delimitation must be achieved by agreement and results in equity. The doctrine of equitable principle, which is based on *ex aequo et bono*, is the fundamental norm of customary international law related to maritime delimitation and provides effective delimitation by agreement (Kwiakowska, 1988).<sup>68</sup>

67 Vienna Convention on the Law of Treaties., (1969).

68 Kwiakowska, B., (1988). Equitable maritime boundary delimitation-A legal perspective. *Int'l J. Estuarine & Coastal L.*, 3, 287.

### 2.4. Convention on Legal Status of Caspian Sea

The Caspian Sea Convention establishes only basic concepts, and other contentious topics have been postponed to future treaties. Reviewing the strength and weaknesses of the convention is beyond the topic of this research, however, some points merit particular attention as follow:

- According to the preamble of the convention “*the Convention is based on the principles and norms of the Charter of the United Nations and international law*”;
- Convention defined maritime zones differently from the UNCLOS. The Caspian Sea According to Article 5 of its convention, is split into territorial seas, fishery zones, sectors and common maritime space;
- 15 nautical miles from the baseline has been allocated as the breadth of the territorial zone. And based on article 7, “*delimitation of internal and territorial waters between States with adjacent coasts shall be effected by agreement based on the principles and norms of international law*”. However, the Article does not cover the opposite costs delimitation such as Turkmenistan and Azerbaijan situation;

Based on the convention, where the coastline is indented or where there is a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity, Straight baselines shall be used and Article 1 declared “*the methodology for establishing straight baselines shall be determined in a separate agreement among all the Parties*”. This means states to negotiate for delimitation first must gain approval of all stats to draw Straight baselines. However, as Schofield (2012)<sup>69</sup> stated, claim from straight baseline arise from varied interpretation of cut or indented coast, how many, how close to one another and how far offshore fringing islands need to be. In this vein, there is a lot of possibility for claim;

69 Schofield, C., (2012). Departures from the coast: Trends in the application of territorial sea baselines under the law of the sea convention. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 27(4), 723-732.

- Based on Article 9, 10 nautical miles-wide adjacent to the territorial waters has been defined as a fishery zone which has to be delimited between States with adjacent coasts by agreement based on the principles and norms of international law and it does not cover the opposite costs delimitation;
- Contrary to the UNCLOS, which defined the maximum extension of the continental shelf by each state, the Caspian Sea convention named the parts of the seabed and subsoil for the subsoil exploitation as “sector” without allocation specific breadth. Nevertheless, similarly, to the UNCLOS, the seabed delimitation shall be effected by agreement between States;
- The convention is silent about the validity of the seabed delimitation agreements of the north of the Caspian Sea;
- Ratification of the convention by parties is not subject to the delimitation agreements however Iran postponed the ratification of the convention to the agreements of delimitation and defining the methodology of the drawing baseline by coastal states.

In summary, by taking everything into account, the conclusion could be drawn that the applicable law to the delimitation of the Caspian case is customary law and the sources of judicial decisions, since the Caspian Sea convention has not been entered into force and some of the littoral states are not a party to the UNCLOS. It is noteworthy, even in case of entering into force of Caspian Sea convention, the new convention introduces the same way of maritime delimitation which has been declared by Article 74 and 83 of UNCLOS, by agreement. However, Article 74 and 83 of UNCLOS did not specify any delimitation method, emphasized the content of “*an equitable solution*”. Regardless of whatever method is employed, the delimitation must be equitable, and to achieve equity, consideration should be given to the possible existence of special circumstance. For instance, Soviet – Iran treaties are viewed as the historical right which Iran relied on, however, based on Article 2 of the Iranian

law on the exploration and exploitation of the resources in the continental shelf, declared “*as regards the Caspian Sea, the rule of the international law relating to close sea are applicable*”. It is obvious, the Iranian lawmakers recognized that Soviet-Iranian Treaties did not apply to the delimitation of Caspian Sea resources.

## CONCLUSION

Over two decades, the legal regime and status of the Caspian Sea remain to be debated among scholars and politicians till the convention on legal statutes of the Caspian Sea has been signed in 2018 which the Kazakh President Nursultan Nazarbayev considered as the “*constitution of the Caspian Sea*”. However, this instrument just reflects a compromise trend between the littoral States since the sea bed and zones should be delimited by agreements (Karataeva, 2019).<sup>70</sup>

Unsettled delimitation of zones and seabed would lead to a variety of risks such as breach of international peace, security, and political instability, reducing economic activities, an increase of pollution and risk of losing biodiversity due to lack of environmental cooperation, obstacles for navigation, shipping and fishing activity, and unclear sovereign rights and jurisdiction. In this regard, a brief account has been given to the introduction of the issue and literature review, and in the next step, the norm and principle of international law in maritime delimitation have been reviewed. Therefore, based on an assessment of the entirety of the sources, agreements, texts, and negotiating history, as well as the state's practice in formulating their maritime claims, it is in the best interests of coastal states to engage in negotiations to reach an agreement on maritime boundary delimitation on the base of principle of customary international law, the principle

70 Karataeva, E., (2019). The Convention on the Legal Status of the Caspian Sea: The Final Answer or an Interim Solution to the Caspian Question? The International Journal of Marine and Coastal Law, 35(2), 232-263.

of equity to secure the economic benefits and sustainability goals, that will be derived from a clear and recognized definition of the maritime zone's extension.

The negotiation stage can be planned based on a three-stage approach which is the methodology that has been usually employed in seeking an equitable solution recently. Based on this approach, a preliminary delimitation line is established first to reach an equal outcome, as DOALOS (2000) stated *“Practice has shown that it is better to start the bilateral negotiations with a line and not to introduce right at the outset the notion of the relevant area, this may be prescribed for early disagreement since relevant will reveal itself in the process of the negotiation”* and then at the next step relevant factors are reviewed to adjust the line to reach an equity outcome.

In the negotiation, states have the flexibility to influence the outcome in favor of their interest by applying different factors for drawing the line that they consider equitable. Without a doubt, boundary delimitation impacts and interacts with a variety of variables, including political issues, historical and cultural considerations, strategic and security concerns, main economic interests, and demographic group interests. In the case of the Caspian Sea, the configuration of coast, presence of the island, and natural resources, and historical rights can be discussed in this stage. However, regarding fishery right DOALOS advised *“fisheries, in particular, are*

*better avoided in such an agreement. As fisheries dynamics change over time, there may be a consequent need to renegotiate such issues. If included in the agreement, these issues may give rise to reopening the agreement as a whole, including its part on the delimitation. A more advisable approach, would be to deal with living marine resources separately from the maritime boundary delimitation agreement”*. Finally, states assess whether the effect of the line, as adjusted, is such that the Parties' respective shares of the relevant area are markedly disproportionate to the lengths of their relevant coast.

Moreover, delimitation Agreements of the north part of the Caspian Sea, does not bear out claims that the Caspian was treated by the littoral states as a condominium, on the other hand, demonstrate that the littoral states acknowledged the justified median line for delimitation and re-grading mineral resources demarcation will be performed based on the international practice applied in case of development of cross-border fields. In the same manner in other parts of the Caspian Sea, states may be aware of or expect to discover petroleum or gas deposits in regions where the boundary line passes. Various resource-deposit provisions are commonly used to deal with this problem. These could be resource-sharing clauses, resource-unity clauses, or resource conservation, management, and management clauses in future agreement in south part of sea.

#### NOTES:

1. Zarei, S., (2021). Identifying the applicable law and approach toward the Caspian Sea delimitation. World maritime university. <<https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=2768&context>> [Last seen: 21 March, 2022]
2. Kosarev, A. N., (2005). Physico-geographical conditions of the Caspian Sea. In *The Caspian Sea Environment*. 5-31. Springer, Berlin, Heidelberg. <<https://link.springer.com/chapter/10.1007/698>> [Last seen: 21 March, 2022]
3. Kalanter, S. V., Maleki, A. & Saifoddin, A., (2021). Study of Caspian energy markets via a hybrid index for energy demand security in Caspian countries in years 2020 and 2030. *International Journal of Energy and Water Resources*, 1-13.
4. Food and Agriculture Organization (FAO). (n.d.). Sturgeons (Acipenser-



- iformes). <<http://www.fao.org/3/y5261e/y5261e06.htm>> [Last seen: 21 March, 2022]
5. Karataeva, E., (2019). The Convention on the Legal Status of the Caspian Sea: The Final Answer or an Interim Solution to the Caspian Question? *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 35(2), 232-263.
  6. United Nations. General Assembly. Convention on the law of the Sea 1982. <[https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf)> [Last seen: 21 March, 2022]
  7. Zhekenov, D., (2020). The Strategic Importance of the Caspian Sea. Available at SSRN 3602279.
  8. tsutsumi, R. & Robinson, K., (2008). Environmental impact assessment and the Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea. In *Theory and practice of transboundary environmental impact assessment* .53-70. Brill Nijhoff.
  9. Zimnitskaya, H. & Von Geldern, J., (2011). Is the Caspian Sea a sea; and why does it matter? *Journal of Eurasian studies*, 2(1), 1-14. <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1016/j.euras.2010>> [Last seen: 21 March, 2022]
  10. Convention on the Legal Status of the Caspian Sea., (2018). <<http://en.kremlin.ru/supplement/5328>> [Last seen: 21 March, 2022]
  11. President addressing Caspian Sea Littoral States Summit. <<https://www.president.ir/EN/105637>> [Last seen: 21 March, 2022]
  12. Janusz-Pawletta, B., (2020). Legal framework for the interstate cooperation on development and transport of fossil natural resources of the Caspian Sea. *The Journal of World Energy Law & Business*, 13(2), 169-184.
  13. Gurbanov, I., (2018). Caspian Convention and Perspective of Turkmenistan's Gas Export to Europe'. *Caucasus International*, 8(2), 159-179. <[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60370287/Caspian\\_Convention](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60370287/Caspian_Convention)> [Last seen: 21 March, 2022]
  14. Pritchins, S. & Anceschi, L., (2019). Caspian Sea. *Russian Analytical Digest (RAD)*, 235.
  15. Tanaka, Y., (2019). *Predictability and flexibility in the law of maritime delimitation*. Bloomsbury Publishing.
  16. Lagoni, R. & Vignes, D. (Eds.), (2006). *Maritime delimitation (Vol. 53)*. Brill. <<https://books.google.se/books>> [Last seen: 21 March, 2022]
  17. The International Court of Justice. Statute of the International Court Of Justice. <<https://www.icj-cij.org/en/statute>> [Last seen: 21 March, 2022]
  18. Fitzmaurice, G. G., (2017). Some problems regarding the formal sources of international law. In *Sources of international law*. 57-80. Routledge. <<https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324>> [Last seen: 21 March, 2022]
  19. North Sea Continental Shelf Cases, ICJ, (1969), <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052>> [Last seen: 21 March, 2022]
  20. Tanaka, Y., (2015). *The international law of the sea*. Cambridge University Press. <<https://books.google.se/books?hl=en&lr=&id=Zli3BwAAQ-BA>> [Last seen: 21 March, 2022]
  21. Roach, J. A., (2014). Today's customary international law of the sea. *Ocean Development & International Law*, 45(3), 239-259. <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10>> [Last seen: 21 March, 2022]
  22. Miron, A., (2020). A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation Maritime Boundary Delimitation: The Case Law. Is It Consistent and Predictable? Cambridge University Press.433. <<https://academic.oup.com/ejil/article/31/1/372/5882076?login>> [Last seen: 21 March, 2022]

23. United Nations. General Assembly. Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone 1958. <<https://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.htm>> [Last seen: 21 March, 2022]
24. United Nations. General Assembly. Convention on the Continental Shelf 1958. <<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions>> [Last seen: 21 March, 2022]
25. Gulf of Maine Case. ICJ., (1984). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/67/067-19841012-JUD>> [Last seen: 21 March, 2022]
26. United Nations. Office of Legal Affairs. Division for Ocean Affairs, the Law of the Sea., (2000). Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries. United Nations Publications.
27. Charney, J. I. & Alexander, L. M. (Eds.), (1993). International maritime boundaries. Martinus Nijhoff Publishers. <<https://books.google.se/books?hl=en&lr=&id=Vl3GWhO8RSUC&oi>> [Last seen: 21 March, 2022]
28. Cottier, T., (2015). Equitable principles of maritime boundary delimitation. Cambridge University Press.
29. Østhagen, A., (2020). Maritime boundary disputes: What are they and why do they matter? Marine Policy, 120, 104118. <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii>> [Last seen: 21 March, 2022]
30. Guernsey, K. N., (2000). The North Sea Continental Shelf Cases. Ohio NUL Rev., 27, 141.
31. McLarky, K. A., (1987). Guinea/Guinea-Bissau: Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary, February 14, 1985. Md. J. Int'l L. & Trade, 11, 93. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mljilt>> [Last seen: 21 March, 2022]
32. Tunisia/Libya Case, ICJ., (1982). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/63/10660.pdf>> [Last seen: 21 March, 2022]
33. Libya vs. Malta Case. ICJ., (1982). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/68/068-19820727-ORD>> [Last seen: 21 March, 2022]
34. Greenland/Jan Mayen Case, ICJ., (1993). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/78/078-19930614>> [Last seen: 21 March, 2022]
35. Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening case. ICJ., (2002). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/94/094-20021010-JUD-01-00-EN.pdf>> [Last seen: 21 March, 2022]
36. Miron, A., (2020). A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation Maritime Boundary Delimitation: The Case Law. Is It Consistent and Predictable? Cambridge University Press.433.
37. Fietta, S. & Cleverly, R., (2016). A Practitioner's Guide to Maritime Boundary Delimitation. Oxford University Press. <<https://books.google.se/books?hl=en&lr=&id=poPnCwAAQBAJ&oi=fnd&pg>> [Last seen: 21 March, 2022]
38. Bangladesh V. Myanmar, Bay of Bengal case. International Tribunal of Law of the Sea., (2012). <[https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_16/published/C16-J-14\\_mar\\_12.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/published/C16-J-14_mar_12.pdf)> [Last seen: 21 March, 2022]
39. Peru v. Chile case. International Court of Justice., (2014). <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/137/17958.pdf>> [Last seen: 21 March, 2022]
40. Chuanxiang, S. U. N., (2016). 26 Comments on the Three-stage Approach of Maritime Delimitation. In Challenges of the Changing Arctic. 613-636. Brill Nijhoff. <<https://brill.com/view/book/edcoll/9789004314252/B97>> [Last seen: 21 March, 2022]
41. Evans, M., (2018). Relevant circumstances. In Maritime Boundary De-

- limitation: The Case Law: Is It Consistent and Predictable? (pp. 222-261). Cambridge University Press. <<https://research-information.bris.ac.uk/en>> [Last seen: 21 March, 2022]
42. United Nations. Office of Legal Affairs. Division for Ocean Affairs, the Law of the Sea., (2000). Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries. United Nations Publications. <[https://www.un.org/depts/los/doalos\\_publications/publicationstexts](https://www.un.org/depts/los/doalos_publications/publicationstexts)> [Last seen: 21 March, 2022]
  43. Mehdiyoun, K., (2000). Ownership of oil and gas resources in the Caspian Sea. American Journal of International Law, 94(1), 179-189.
  44. United Nation, General Assembly, Joint statement of the President of the Islamic Republic of Iran to the President of Turkmenistan, A/53/453, (October 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/261632>> [Last seen: 21 March, 2022]
  45. United Nation, General Assembly, Joint statement by the Russian Federation and the Islamic Republic of Iran on the proposed construction of a pipeline through the Caspian Sea, A/54/788, (March 2000), <<https://digitallibrary.un.org/record/409739>> [Last seen: 21 March, 2022]
  46. Tunkin, G. I., (1961). Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law. Calif. L. Rev., 49, 419. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein>> [Last seen: 21 March, 2022]
  47. United Nation, General Assembly, Position of the Russian Federation regarding the legal regime of the Caspian Sea, A/49/475, (October 1994). <<https://digitallibrary.un.org/record>> [Last seen: 21 March, 2022]
  48. United Nation, General Assembly, Joint statement on Caspian Sea questions adopted by the Presidents of Azerbaijan and Kazakhstan in Baku, A/51/529, (October 1996), <<https://digitallibrary.un.org/record>> [Last seen: 21 March, 2022]
  49. United Nation, General Assembly, Statement issued by the Ministry of Foreign Affairs of Turkmenistan, A/52/259, (July 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/240871?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022]
  50. United Nation, General Assembly, Statement issued by the Ministry of Foreign Affairs of Kazakhstan, A/52/318, (September 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/243239>> [Last seen: 21 March, 2022]
  51. United Nation, General Assembly, Position of the Islamic Republic of Iran concerning the legal regime of the Caspian Sea, A/52/324, (September 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/243268>> [Last seen: 21 March, 2022]
  52. United Nation, General Assembly, the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General with reference to the joint statement signed by the Presidents of Kazakhstan and Turkmenistan, A/52/325 (September 1997) <<https://digitallibrary.un.org/record/243266>> [Last seen: 21 March, 2022]
  53. United Nation, General Assembly, Letter from the Minister for Foreign Affairs of the Republic of Kazakhstan addressed to the Secretary-General, Position of Kazakhstan on the legal status of the Caspian Sea, A/52/424, (October 1997), <<https://digitallibrary.un.org/record/244600>> [Last seen: 21 March, 2022]
  54. United Nation, General Assembly, Declaration expressing the position of the Islamic Republic of Iran on the exploitation of the resources of the Caspian Sea, (November 1997), A/52/588, <<https://digitallibrary.un.org/record/246697?ln>> [Last seen: 21 March, 2022]
  55. United Nation, General Assembly, Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Kazakhstan, A/52/802, (February 1998),

- <<https://digitallibrary.un.org/record/250916?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022]
56. United Nation, General Assembly, Statement of the Foreign Ministry of the Islamic Republic of Iran, A/52/913, (May 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/254563?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022]
  57. United Nation, General Assembly, Joint Statement by the President of the Russian Federation and the President of the Republic of Kazakhstan, A/52/983, (July 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/258452?>> [Last seen: 21 March, 2022]
  58. United Nation, General Assembly, Statement of the Foreign Ministry of the Islamic Republic of Iran on the Agreement signed by the President of the Russian Federation and the President of the Republic of Kazakhstan, A/52/1011, (August 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/258299>> [Last seen: 21 March, 2022]
  59. United Nation, General Assembly, Joint statement of the President of the Islamic Republic of Iran to the President of Turkmenistan, A/53/453, (October 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/261632>> [Last seen: 21 March, 2022]
  60. United Nation, General Assembly, Statement by the Ministry of Foreign Affairs of the Azerbaijani Republic, A/53/741, (December 1998), <<https://digitallibrary.un.org/record/266364?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022]
  61. United Nation, General Assembly, Statement made by the spokesman of the Ministry of Foreign Affairs of the Islamic Republic of Iran, A/53/890, (March 1999), <<https://digitallibrary.un.org/record/1491722>> [Last seen: 21 March, 2022]
  62. United Nation, General Assembly, Annex to the Letter Dated 16 August 2001 from the Permanent Representative of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/304, (August 2001), <<https://digitallibrary.un.org/record/447131>> [Last seen: 21 March, 2022]
  63. United Nation, General Assembly, Letter dated 28 February 2002 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/850, (February 2002), <<https://digitallibrary.un.org/record/459204>> [Last seen: 21 March, 2022]
  64. United Nation, General Assembly, Letter dated 15 April 2002 from the Permanent Representatives of Azerbaijan and Kazakhstan to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/927, (April 2002), <<https://digitallibrary.un.org/record/462931>> [Last seen: 21 March, 2022]
  65. United Nation, General Assembly, Letter dated 26 July 2002 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of the Islamic Republic of Iran to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/56/1017, (July 2002), <<https://digitallibrary.un.org/record/470529?ln=en>> [Last seen: 21 March, 2022]
  66. United Nation, General Assembly, Letter from the Russian Federation and the Republic of Azerbaijan, A/58/719, (Feb., (2004)), <<https://digitallibrary.un.org/record/516646#record-files>>.
  67. Vienna Convention on the Law of Treaties., (1969). <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969)> [Last seen: 21 March, 2022]
  68. Kwiakowska, B., (1988). Equitable maritime boundary delimitation-A legal perspective. Int'l J. Estuarine & Coastal L., 3, 287. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein>> [Last seen: 21 March, 2022]
  69. Schofield, C., (2012). Departures from the coast: Trends in the application of territorial sea baselines under the law of the sea convention. The International Journal of Marine and Coastal Law, 27(4), 723-732. <[https://brill.com/view/journals/estu/27/4/article-p723\\_6.xml?crawler=true&isFastTrackArticle](https://brill.com/view/journals/estu/27/4/article-p723_6.xml?crawler=true&isFastTrackArticle)> [Last seen: 21 March, 2022]
  70. Karataeva, E., (2019). The Convention on the Legal Status of the Caspian Sea: The Final Answer or an Interim Solution to the Caspian Question? The International Journal of Marine and Coastal Law, 35(2), 232-263.

# Several Legal Peculiarities of the Regulation of Business Environment in Germany

**Mikheil Bichia**

*Doctor of Law, Invited Lecturer at Tbilisi State University,  
Expert of Accreditation of Higher Education, Lawyer,  
Tbilisi, Georgia*

**KEYWORDS:** Business Sphere, Germany, Contracts, Labour Relations

## ABSTRACT

Business law includes contractual, labor, corporate, tax and other relations. However, the purpose of the study is to highlight and analyze only few interesting issues since it is physically impossible to cover all its aspects within the framework of one article. First of all, it is necessary to determine the legal basis for doing business in Germany and then – the features of starting and doing business. Therefore, this paper serves as a concise methodological guide to the regulation of the business environment in Germany. In this sense, the study examines the legal forms of doing business recognized in Germany, the legal possibilities for establishing various contractual or labor relations with contractors, as well as the grounds for corporate or private liability in case of violation of the rules. Model of corporate governance, external liability and internal corporate governance issues are of particular interest in Germany.

The study confirms that the basis for regulation of various aspects of doing business in Germany is specific. The principle of direct corporate liability to creditors is common in Germany but the principle of piercing the corporate veil is allowed if the relevant prerequisites are present. However, business contracts in Germany are based on a narrow approach of contract terms regulation compared to the United States. Hearing of cases by specialized judges in Germany ensures a better and fairer judicial system in labor disputes.

## INTRODUCTION

Business law applies to contractual, labor, corporate, tax and other relations since these relations refer to business activity, are loaded with a commercialization component and are creating ideas about the business environment. However, since it is physically impossible to cover all aspects of business law in one article, especially given the specifics of the fundamentals of business regulation in Germany, the purpose of the study is to highlight and analyze only some of them.

The paper describes how to conduct business in Germany in compliance with legal regulations. Accordingly, the purpose of the study is to determine the legal framework for doing business in Germany, and then – the legal peculiarities of starting and doing business. Therefore, this article serves as a methodological guide to obtain information about the business environment in Germany. In this sense, the study discusses the legal forms of doing business recognized in Germany, the legal possibilities of establishing various contractual or employment relations with counterparties, and the grounds for corporate or private liability in case of violation of rules. The model of corporate governance in Germany and its features are of particular interest. This is to some extent related to issues of external responsibility and internal corporate governance.

It is also necessary to clarify the prerequisites for implementation of contractual and labor rights in Germany, especially in the event of a pandemic. Thus, a brief discussion of the issue will highlight the specifics of the performance of duties during a pandemic in Germany.

A normative-dogmatic method is used to achieve these goals. This method will help us present the legal basis for doing business in Germany and discuss dogmas associated with them. In addition, the study uses methods of synthesis and analysis to create a general picture around these issues and draw logical conclusions.

## LEGAL FORMS OF DOING BUSINESS IN GERMANY

Business law in Germany is associated with certain unions and larger business enterprises such as corporations. For the clarification of the business situation it is necessary to determine how business law plays a central role in this area.<sup>1</sup>

Initially, the provisions of the Law on Limited Liability Companies and the Law on Joint Stock Companies in Germany were part of the Commercial Code, but desire to combine all the rules into one code gradually disappeared in the process of developing economic relations. Accordingly, the following laws have now been separately adopted in Germany to regulate business relations: the Law on Limited Liability Companies (GmbHG 16), the Law on Joint Stock Companies (AktG17), and the Commercial Code<sup>2</sup> (Handelsgesetzbuch – HGB 15). However, the German Civil Code (BGB 14) is particularly important among the corporate governance rules in Germany.<sup>3</sup> The German Civil Code contains general rules on legal entities and distinguishes non-profit and entrepreneurial legal entities (BGB § 21 and § 22).<sup>4</sup> Thus, the law allows creation commercial and non-commercial associations for doing business.

It is notable, however, that Germany has developed the Pre-foundation Doctrine (Vorgesellschaft), which states that an association is entitled to step in a legal relation and is considered a sui generis legal entity (but not a corporation) if the statute of the association is duly signed. Accordingly, the company that existed before the registration is called “Previous Company”. At this

- 1 Elseven, A., Germany Business Law. Business Laws in Germany. <<https://www.hg.org/germany-business-law.asp>> [Last seen: 22 March, 2022].
- 2 The norms governing the activities of limited liability companies and joint-stock companies in Georgia are combined into one Law on Entrepreneurs. See. Betaneli, K, Masbaum, M. S., (2003). Corporate Law in Georgia. Review of Georgian Law. N6, Vol. 2/3, p. 280.
- 3 Madisson, K., (2012). Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis, RGSL Research papers. pp. 13-15.
- 4 BGB § 21 and § 22.

time, the statute already applies to relations between the founders. When the registration process is completed, the previous company will automatically turn into a corporation, i.e. eventually become a corporation. After the registration of the company, the personal liability of the founder disappears, because the transactions concluded by the “previous company” and their results are transferred to this registered company. It should be noted here that the founders can be held liable before the corporation if the economic activity carried out before the establishment reduced its assets and led to a decrease in the authorized capital of the company (decapitalized the company).<sup>5</sup>

A corporation is expressed by the term “Verein” In Germany, which means union, community, association. Although one group of German authors sharply distinguishes between such concepts as a corporation and a union of capitals, others, on the contrary, consider these concepts as identical ones.<sup>6</sup> The fact is that the idea of a corporation lays in a basis of gathering of different capitals, hence its name is “Capital Society” (Kapitalgesellschaft). However, unlike personal associations, personal participation is not mandatory here, participation is inherited; Legal status is more difficult to obtain than in a union of persons. It should also be noted that, as a rule, members of the Society are not liable for the debts of the Society. The will is expressed by a majority vote, and business is usually done on behalf of the union.<sup>7</sup>

Any company or individual must decide which form to use to start a business in Germany. German companies can be divided into corporations, partnerships and associations.<sup>8</sup>

German commercial law provides following organizational and legal forms of corporations: a joint-stock company (Aktiengesellschaft – AG), a partnership limited by shares (Kommanditgesellschaft auf Aktien – KGaA) and a limited liability company (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH). It is clear that a limited liability company has an advantage if we look at practice, namely there were 15,453 joint-stock companies and 1,1186,598 limited liability companies in 2016 in Germany.<sup>9</sup> There are also separate European Type Companies (SE). As for the type of partnership, its forms are: Civil law partnership (GbR), General commercial partnership (oHG), limited commercial Partnership (KG), Partnership Association (PartG), Closed type partnership. However, in fact, foreign investors operate through a partner Company or Branch in Germany. There are tree types of partnership, the civil law partnership (BGB Gesellschaft), the general commercial partnership (oHG) and limited commercial partnership (KG).<sup>10</sup> With regard to partnerships, the most common organization in Germany is a limited liability company.<sup>11</sup> This is due to the fact that, unlike joint-stock companies, this organizational and legal form has less legal requirements. An LLC is considered a more flexible form of small business because the liability of shareholders in an LLC (such as a JSC) is limited. However, unlike the JSC, shareholders have more possibilities to interfere in the management of the company; moreover, they can give direct instructions to the directors of the LLC. However, directors are jointly and individually liable to the company.<sup>12</sup>

5 See Bakakuri, N., Gelter, M., Tsertsvadze, L., Ghugheli, G., (2019). Corporate Law, Handbook for Lawyers. Tbilisi. pp. 55-57.

6 Vasilevskaya, L. Yu., (2004). The doctrine of property transactions under German law. Moscow: Statut. p. 107.

7 Zhalinsky, A., Rericht, A., (2001). Introduction to German Law. Moscow: Spark. p. 508.; Karuna, D., (2003). Comparative Corporate Law: A Comparative Legal Review of EU, US and UK Corporate Systems, Free Economic Zones. Tbilisi: Ilia State University Press. pp. 60-61.

8 Schulz, M., Wasmeier, O., (2012). The Law of

Business Organizations, A Concise Overview of German Corporate Law. Berlin, Heidelberg: Springer. p. 26.

9 Sethe, R., (2019). The Law of Business Associations, Introduction to German Law, Third Edition, Ed. Zekoll, J., Wagner G. The Netherlands: Kluwer Law International BV. p. 160.

10 Schulz, M., Wasmeier, O., (2012). The Law of Business Organizations, A Concise Overview of German Corporate Law. Berlin, Heidelberg: Springer. p. 26, 29.

11 Elseven, A., Germany Business Law. Business Laws in Germany. <<https://www.hg.org/germany-business-law.asp>> [Last seen: 22 March, 2022].

12 Tsertsvadze, L., (2016). Duties of the directorate in merging companies and alienating the controlling

In addition, with the reform dated on November 1, 2008 it was enacted the federal law “On the modernization of legislation on limited liability companies and the prevention of abuse of rights” in Germany. The purpose of the reform was to simplify the establishment of a company, and the main condition for the simplification was that the founders of such a company could start their activities without determining the minimum required authorized capital. As a result, two limited liability companies were formed: there is a standard company On the one hand, which must have a minimum share capital of 25,000 euros, and a company, which can be created according to the German law, without the mandatory share capital, on the other hand. It is also stipulated that 25% of the profits must be credited to the statutory reserve until the amount reaches the authorized capital (25,000 euros) in such a company.<sup>13</sup>

The above community can be an entrepreneur. In accordance with Article 14 of the BGB, an entrepreneur is an individual or legal entity or a legally capable partnership that makes deals for the manufacturing or independent professional activities. In addition, an association of persons is a society that may have subjectiv rights and obligations.<sup>14</sup> The consumer, which, according to article 13 of the BGB, is any natural person whose actions in the process of making deals are not based on his commercial or professional purpose, uses manufacturing products.<sup>15</sup>

Two types of capital are recognized in Germany: a. Limited Liability Company and b. Joint-stock company. Shares of a Limited Liability Company may not be put on public sale, while shares of a Joint Stock Company may be traded on the securities market.<sup>16</sup>

## CORPORATE GOVERNANCE SYSTEM AND RESPONSIBILITY

German corporate law recognizes a two-step system of management, which is considered as its peculiarity. The fact is that the management board and the supervisory board are considered as equal bodies in such management model.<sup>17</sup> German companies’ two-step system involves a supervisory board and a board of directors. The Meeting of shareholders elects the Supervisory Board, and the directorate, which is appointed by the Supervisory Board, carries out the management of the company.<sup>18</sup> However, the German Corporate Governance Code allows for the choice of a single-step system for European companies. Thus, German law is in line with the European directive, according to which a European company is free to choose a one-step or two-step management model.<sup>19</sup>

Members of the governing body are not strictly liable for damages to the company or its creditors in Germany. The inability to manage the company ultimately has a negative impact on the company, but does not automatically lead to its liability for possible damage. The director is personally liable for any culpable violation of his duties. Such obligations may arise from contract (by internal rules of the association, agreement with the director) or from law (civil, corporate, criminal or insolvency law). Cases of violation of the obligations of loyal competition and illegal redistribution of the company’s capital have become more frequent. German law divides duties of directors into two parts: a. The director’s responsibility directly to the company (internal liability) and b. Director’s liability to third parties (external liability). They can also be held criminally and administratively liable at the same time. Internal liability

stake (comparative-legal analysis). Tbilisi: World of Lawyers. p. 47.

13 Burduli, I., (2009). Statutory capital and its functions, in the book: “Theoretical and practical issues of modern corporate law”. Tbilisi: Meridiani, pp. 216-218. (in Georgian).

14 § 14 BGB.

15 § 13 BGB.

16 ob. Girasa, R., (2013). Corporate Governance and Finance Law. New York: Springer, p. 98.

17 Chanturia, L., (2006). Corporate Governance and Accountability of Managers in Corporate Law. Tbilisi: Samartali. p. 126.

18 See Girasa, R., (2013). Corporate Governance and Finance Law. New York: Springer, p. 98.

19 Tsertsvadze, L., (2016). Duties of the directorate in merging companies and alienating the controlling stake (comparative-legal analysis). Tbilisi: World of Lawyers. p. 45.



is based on violations of duties arising from the powers of the director in the company. Members of the management body shall be jointly liable for any damage caused to the Company because of non-compliance with their reasonable leadership and caring leadership duties. External liability refers to liability to any person other than the company. The responsibilities of the governing body are primarily the responsibility of the company and not of third parties; therefore, external liability is very rare. As a rule, any claim by third parties for damages can only be directed against the company and the organization may have recourse against the director.<sup>20</sup>

Thus, preference is given to intra-corporate management in Germany, which is because the competence between these bodies is strictly separated at the legislative level.<sup>21</sup>

Successful management of a company means protecting the shareholders and directors of the company from their individual property liability under the so-called “corporate veil”. In this sense, corporate protection is seen as an immunity that limits the liability of owners of the company and separates the owner of the company from the obligations of the company. A company’s limited liability protects owners’ personal assets from the company’s creditors.<sup>22</sup>

The court has developed the doctrine of piercing the corporate veil (“Durchgriffshafung”) in Germany.<sup>23</sup> The rule of pierced corporate veil can be enforced by the court in Germany if the shareholder and the corporation fail to comply with corporate formalities, resulting in the cred-

itor misidentifying the corporation.<sup>24</sup> According to the example of Germany, we can say that often the principle of piercing the corporate veil is applied to a limited liability company. However, the partner’s personal liability is based on mandatory provisions of concern law.<sup>25</sup>

Violation of formalities entails piercing of corporate veil if creditor was deprived of the opportunity to identify the counterparty exactly because of this violation. As for confusion in owner of the property (is it individual or corporate property), it can lead to pierced corporate veil if the financial transactions are carried out in such a way that it is impossible to identify property of society.<sup>26</sup>

The fact is that German courts do not take into account the corporate principle of limited liability in exceptional cases. The German jurisdiction shares the so-called “traditional vision of a legal entity”, according to which any registered company has a basis for its legitimate existence. The factors applied to Piercing of corporate Veil in Germany are similar to those presented in the United States. Thus, liability to shareholders can most often be brought when the full control exists among other factors such as mistake in nature (individual or corporate) of assets of a shareholder, insufficient capitalization, and neglect in corporate formalities (rules of governance).<sup>27</sup>

The German law on joint-stock companies determines that a decision-maker (director), which caused damage enjoys immunity of the directors (sovereignty), which protect them from

20 Madisson, K., (2012). Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis. RGS Research papers. pp. 13-15; Bichia, M., (2020). Legal Obligation Relations, Handbook, 3rd ed. Tbilisi: Bona Causa. pp. 396-397.

21 Chanturia, L., (2006). Corporate Governance and Accountability of Managers in Corporate Law. Tbilisi: Samartali. p. 30.

22 Hansmann, H., Kraakman, R., Squire R., (2006). Law and the rise of the firm (asset partitioning and entity shielding). *Hawvard Law Review*, 119(5). pp., (1333)-1403.

23 It is known in the US as “piercing the corporate veil”. See. Presser, S. B., (2011). Piercing the Corporate Veil. Eagen. pp., (1392)-93.

24 Alting, C., (1995). Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 2, Issue 2, p. 214.

25 Presser, S. B., (2011). Piercing the Corporate Veil, edition, Eagen. pp., (1392)-93.

26 Alting, C., (1995). Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 2, Issue 2. p. 198.

27 Alting, C., (1995). Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 2, Issue 2. pp. 249-250.

responsibility, provided the board of directors: (a) Passed the business decision, (b) Acted in accordance with the principle of good faith; c) Acted on the basis of adequate information; d) Acted in interests of the corporation.<sup>28</sup>

Germany bears the burden of proof on the director in this case, so he must prove that he acted in good faith, had the right information and that his activities served for the benefit of the enterprise.<sup>29</sup>

It is also important to distribute duties of care and loyalty to members of the Management Board together with members of the Supervisory Board. Violation of them gives rise to the right to claim the compensation for damages. However, members of the Supervisory Board are liable in the case of transactions made against the interest of society.<sup>30</sup>

The freedom of entrepreneurial decision is important in relation with the presumption of the validity of a business decision (rule of business judgment). American rule of free enterprise decision also has international significance. For example, the freedom to make an entrepreneurial decision was achieved through a court decision in Germany.<sup>31</sup>

The business judgment rule was first developed in the United States, although it is also found in German law. It is seen as a mechanism by which board members, directors and members of the supervisory board can be relieved from the risk of failure caused by production activities: This risk is not a risk for members of management bodies, but directly for society and indirectly also for partners, since it is clear that economic and entrepreneurial activity is impossible without risk.<sup>32</sup>

The German Business Judgment Rule is a modified version of the American Business Judgment Rule. Germany implemented the Business Judgment Rule in legislation in 2005. In order to codify this institution, the first paragraph of Article 93 of the Law on Joint Stock Companies<sup>33</sup> was amended, which states that “obligations are not considered violated if a member of the board could reasonably assume that he acted in the interests of the company on the basis of relevant information.”<sup>34</sup> The rules of business judgment in Germany imply that management (leadership) must apply the measures that a wise and purposeful manager would take. Management board can be held liable for the poor performance of a company based on entrepreneurial business decisions taken with the due care of responsible managers, even if these decisions subsequently turn out to be failures. Business judgment rules makes the content the responsibility of directors wider and make them responsible for taking production risks, but at the same time do not allow them to be inactive at the expense of investors and employees.<sup>35</sup>

However, not all management decisions are protected by the Rule of Business Judgment, but only those that are made in accordance with the following preconditions: first, the decision must be made by impartial directors, that is, directors who do not have a personal interest in the decision; Secondly, the decision must be made on the basis of sufficient information; Third, directors must act in the interests of the corporation. If a decision is made in violation of any of these

28 Vasiljevid, M., (2012). Civil Law and Business Judgment Rule. *Annals FLB – Belgrade Law Review*. Year LX, No. 3. p. 17.

29 Jugheli, G., (2010). Capital protection in a joint stock company. Tbilisi: Siesta. p. 114.

30 Kübler, F., Assmann, H.-D., (2006). *Gesellschaftsrecht, Die privatrechtlichen ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 6. Aufl., Berlin: CF Müller GmbH, S. 215.

31 See. BGH April 21, 1997, BGHZ 135, 244 (ARAG/Garmenbeck) (in German); See Bakakuri, N., Gelter, M., Tsertsvadz, L., Ghugheli, G., (2019). *Corporate Law, Handbook for Lawyers*. Tbilisi. p. 84.

32 See. Luther, M., (2003). II Georgian-German Symposium,

Responsibilities of Joint Stock Companies and Limited Liability Governing Bodies. Tbilisi. p. 25, 4.

33 Chanturia, L., (2006). *Corporate Governance and Accountability of Managers in Corporate Law*. Tbilisi, p. 237, 4.

34 Grundei, J., von Werder, A., (2005). *Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule*. AG, 22, S. 825-834 (in German); Chanturia, L., (2008). *Civil liability of officials of a joint-stock company*. *Bulletin of Corporate Governance*. N7. p. 14.

35 Madisson, K., (2012). *Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis*. RGS Research papers. p. 35; Bichia, M., (2020). *Legal Obligational Relations, Handbook*, 3rd ed. Tbilisi: Bona Causa. pp. 397-398.

requirements and the plaintiffs (shareholders or board of directors) prove it, the Business Judgment Rule will not take effect and the director who made the decision may be held liable.<sup>36</sup>

## BUSINESS NEGOTIATIONS AND PECULIARITIES OF BUSINESS CONTRACTS IN GERMANY

The legal basis of the disposal of capital or property in Germany is related to business law, Buying and selling rules, commercial law, solving cases in court and more.<sup>37</sup>

As a rule, Germans are more formal in business relations. They are more oriented on task (cause) rather than on building a relationship. Consequently, the Germans are critical to events, especially since they take into account the experience gained in the analysis of past projects and act to improve current processes.<sup>38</sup>

In this regard, in the process of business negotiations, first of all, it is important for parties to take the preliminary actions in their business relations.

The doctrine of the so-called “culpa in contrahendo” has been developed in German law, which was put in the BGB as a result of an imperative legal reform in 2002 and is considered as an independent basis for pre-contractual liability.<sup>39</sup> This pre-contractual legal obligation to prepare a contract was created, the prerequisite of which is the existence of a contract-like, trusted relationship and occurs regardless of whether the contract is concluded in the future or not.<sup>40</sup>

Even in the pre-contractual period, protective obligations arise the violation of which causes liability. By virtue of the only “breach of duty” option, violation of all protective duties would invoke damages in the unified system of remedies. This, in turn, in the case of “culpa in contrahendo”, considers breaches of obligations in the context of the legal consequences of violation of the contract.<sup>41</sup> The obligation of pre-contractual diligence is presented in the form of “culpa in contrahendo” and is based on good faith in German law.<sup>42</sup>

The first erosion of the principle of good faith is the concept of pre-contractual duty based on the principle of good faith. Certain data and information about the parties are collected during negotiations based on the general principle of good faith, and, accordingly, duties arise to disclose, inform, keep confidentiality and protect the interests or rights of the other party. It is the violation of those pre-contractual obligations that can be considered culpa in contrahendo.<sup>43</sup>

The second change is provided by the reform of obligation law. According to § 311(2) of the BGB, there is a general duty of care during the pre-contractual period in accordance with the duty of care in the performance of contract.<sup>44</sup>

All this ensures the fulfillment of protective obligations in pre-contractual negotiations and appropriate sanctions in case of their violation. Accordingly, Germany thus created a mechanism for protecting the interests of parties at the pre-contractual stage.

It is also important to know what the contracts are like in Germany. In general, parties believe in Germany that they can achieve their goals at a much lower cost with the help of a treaty than in the US. What is the basis of this approach to

36 Chanturia, L., (2008). Civil liability of officials of a joint-stock company. *Bulletin of Corporate Governance*. N7. p. 14.

37 Prepared for the Barbados Private Sector Association (BPSA) with the support of the IADB project “Building Capacity to increase exports”, A guide for business, July 2012. p. 6.

38 Clortescu, E., (2017). *Business Communication – British and German Perspectives*. Logos University Mentality Education Novelty. Section: Political Sciences and European Studies. Vol. 4.1. p. 60.

39 BGB § 311 (2).

40 Kropholler, I., (2014). *German Civil Code – Commentary on the study*, Translators: Darjania, T.

and Chechelashvili, Z., Tbilisi: GIZ. p. 197.

41 Li, X-Y., (2017). The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law. *National Taiwan University Law Review*. Vol. 12:1. p. 134.

42 Preis, U., Gottardt M., (2000), *NZA*, pp. 348-354.

43 Li, X-Y., (2017). The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law. *National Taiwan University Law Review*. Vol. 12:1. pp. 138-139.

44 *Ibid.*

the formation of contracts in Germany? This approach can be justified: If we compare the positions of the USA and Germany, then the difference between them will become clear and the question will be answered logically. Notably, the US contracting process focuses on individual cases and specific details of the contract to help parties get what they want in the contract. Based on this assumption German parties create shorter contracts than US parties. It is possible that US contracts are based on an approach that avoids conflicting provisions and includes definitions of certain terms. However, it is clear that the achieving a perfection in these treaties is impossible because of impossibility of exhaustively define everything. Complex US business contracts are characterized by the following features: (a) They are very extensive and complex; (b) There have many explanations, conditions and restrictions in these agreements; (c) There are many “legal” rules or clauses in the agreement; (d) The legal language is mostly similar from agreement to agreement, but not exactly the same; (e) Some types of contracts are generally similar in a broad sense, but depending on the specific case, the specific language varies from contract to contract; (f). The initial outline of the contract is relatively different, which is important for a buyer who wants a broad representation and a buyer who wants to create a much smaller and highly qualified presentation. Contracts in Germany are distinguished by the following features: A) contracts are very simple and concise, contain basic data; B) Business contracts in Germany contain much fewer explanations, reservations and restrictions from a linguistic point of view as well as less formal language; C) German agreements make up half or 2/3 of the agreements in the USA in terms of volume; D) the legal language is almost the same from contract to contract; E) Most of the provisions of the contract are the same from agreement to agreement u.s.<sup>45</sup>

Thus, in contrast to the Anglo-American space, the German-speaking countries main-

ly use the rule of concise wording of contracts, which corresponds to the motto: “the less, the better.” However, at the same time, the key here is that the conditions set out in the contract are clear and understandable.<sup>46</sup>

At the same time, German cross-border transactions, including those regulated by German law, are increasingly using the Anglo-American model and do not accept or slightly change the provisions of the law. Thus, lawyers in the United States are called “perfectionists” when it comes to drafting a contract, because their actions are aimed at resolving everything with maximum accuracy, but practice shows that it is impossible to achieve perfection.<sup>47</sup>

Thus, contracts concluded in accordance with German law are usually, in structural terms, short and simple. The main structural elements of business contracts in Germany are regulated by the German Civil Code. The most common is the contract of sale among the contracts in the field of business. In addition, the United Nations Convention on International Trade Agreements applies to the sale of goods in Germany. German commercial law complies with international standards. Global trade practice and standard trade contract rules recognize International Commercial Terms. Germany also uses global mechanisms for financing international sales, such as letters of credit and monetary guarantees.<sup>48</sup>

If we compare the standards of dispute settlement between parties of a contract in the US and Germany, then the difference between them is obvious in the contract. For example, the following provision is reflected in American law: „The exclusive forum for the resolution of any dispute under or arising out of this agreement shall be

45 Hill, C. A., King, C., (2004). How do German Contracts do as much with fewer words? Chicago-Kent Law Review. Vol. 79. pp. 894-895.

46 Huemer, D., Lenz W., Kerschner F., Lux D., Schlager J., Szep, C., Wittmann, E., Schlager, S., Trausner M., (2013). Handbuch Vertragsgestaltung: Zivilrecht, Gesellschaft, Steuerrecht, Für Praxis und Studium. herausgegeben von Kerschner F. p. 24.

47 Hill, C. A., King C., (2004). How do German Contracts do as much with fewer words? Chicago-Kent Law Review. Vol. 79. pp. 924-925.

48 Prepared for the Barbados Private Sector Association (BPSA) with the support of the IADB project “Building Capacity to increase exports”, A guide for business. (July 2012). p. 6.

the courts of general jurisdiction of \_\_\_ and both parties submit to the jurisdiction of such courts. The parties waive all objections to such forum based on forum non conveniens. “A similar provision applies to similar provisions in German contracts: “Ausschließlicher Gerichtsstand ist \_\_\_.”<sup>49</sup> If the dispute between parties cannot be settled by agreement of parties, the case will be resolved in court. In this sense, it is noteworthy that there is no case law in Germany and decisions made by a court here are binding only parties to the process, and not on another court. This is more obvious taking into account that decisions of the Supreme Court are used by lower courts as a guideline provisions.<sup>50</sup>

In one case in Germany, it was found that the ban on overnight stays for tourists was a somewhat serious violation of professional freedom and property rights. Such interference is justified, because it serves a legitimate purpose – to prevent new cases of coronavirus infection and to reduce the spread of COVID-19. However, the principle of proportionality should not be violated in relations with various business sectors. Also, it also found that light measures do not give immediate results and the ban is temporary in nature.<sup>51</sup>

## PROTECTION OF LABOR RIGHTS IN GERMANY

First of all, it should be noted that there is no unified German labor code. The main sources of regulation of labor relations are federal laws, collective agreements, labor contracts, judicial

practice in labor disputes. Laws applicable to labor relations in Germany include: the Civil Code, which defines labor relations, the Constitutional Labor (Industrial) Law, concerning cooperation between employers’ and workers’ councils, and Law on Collective Agreements.<sup>52</sup>

The basic principles of labor law in Germany are defined by the Civil Code (BGB 611-630), and the rules governing individual issues are scattered in various laws.

Labor law governs the relationship between an employer and an employee.<sup>53</sup> It is noteworthy that German federal law does not define the concept of an employee in German labor law. Only the Code of Commerce defines the concept of “self-employed”: “Self-employed” is anyone who can freely organize their work and determine their working hours. Thus, the main feature of self-employment is personal freedom. This is why the traditional understanding of “employed” refers to the opposite of personal freedom, called “personal subordination” (subordination). In accordance with this, employee is a person who is obliged to work for someone under a personal contract within the framework of a private contract. The key element of this formula is personal subordination; Another important element is the private contract, which excludes, on the one hand, all relations in which a person has not entered voluntarily, but in which he is still forced to work, and, on the other hand, relations based on public law instruments.<sup>54</sup>

At the same time, labor law seeks to establish social justice on the basis of private law through the (labor) contract.<sup>55</sup> German feder-

49 Hill, C. A., King, C., (2004). How do German Contracts do as much with fewer words? *Chicago-Kent Law Review*. Vol. 79. p. 895.

50 Prepared for the Barbados Private Sector Association (BPSA) with the support of the IADB project “Building Capacity to increase exports”. A guide for business. July 2012. p. 6.

51 Verwaltungsgericht Berlin, Entscheidung vom 20.05.2020 – VG 14 L 97.20; Bichia, M., (2021). The danger of the privacy “disappearance” during a pandemic in the context of globalization and the grounds for its legitimacy: An institutional Analysis. *Globalization and Business*. №11. 46, <<https://doi.org/10.35945/gb.2021.11.005>> [Last seen: 22 March, 2022].

52 Mayr, L., (2021, May 20). German Labor and Employment Law: issues concerning the set-up of a company in Germany. MAYR Kanzlei für Arbeitsrecht. <<https://www.mayr-arbeitsrecht.de/en/spectrum/german-employment-law/#quicklink1>> [Last seen: 22 March, 2022].

53 Lorenz, M. and Falder, R., (2016). *Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht*, The German and Chinese Labour law. Wiesbaden: Springer Gabler. p. 21.

54 Weise, M., Schmidt, M., (2008). *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Fourth edition. The Netherlands: Kluwer Law International BV. p. 45.

55 Lorenz, M. and Falder, R., (2016). *Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht*, The German and Chinese

al law is of great importance from the point of view of the protection of labor rights. Also, special laws protect labor rights in Germany: Act on Protection Against Unjustified Release (KSchG), General Equal Treatment Act (AGG), Incentives Act (EFZG). Separate laws on safe producing and working conditions were also adopted: the Law on Working Hours (ArbZG, 1994), the Federal Law on Necessary Allowances for child Care and Parental Leave tax, and others. Germany has a social security system that obliges employees to pay certain social security contributions. However, this obligation does not apply to self-employed workers or freelancers, as they are self-employed and are not required to follow instructions of their directors, so they are not considered employed.<sup>56</sup>

German Labor law creates a balance between protecting the rights of the employer as a powerful party and protecting the rights of the employee to ensure equal and proper working conditions. Accordingly, the purpose of labor law is not to equalize the rights of the employer and the employee, but to strengthen (elevate) the employee almost to an equal degree in terms of the rights and duties of the “stronger” employee. Otherwise, the employer can use the freedom of contract in his favor and to the detriment of the “weak” employee. Employees are usually more deserving protection than, for example, freelancers who are not covered by labor law. The protection of employees is carried out in various ways. Basic freedom of contract is now severely restricted through the courts, which can challenge the validity of employment contracts or such specific agreements. Some German laws provide contract terms, including hours of work, vacations, paid holidays, and more. One of the main issues in Germany is the protection of an employee from unfair dismissal.<sup>57</sup>

Labour law. Wiesbaden: Springer Gabler. S. 21.  
 56 Mayr, L., (2021, May 20). German Labor and Employment Law: issues concerning the set-up of a company in Germany. MAYR Kanzlei für Arbeitsrecht. <<https://www.mayr-arbeitsrecht.de/en/spectrum/german-employment-law/#quicklink1>> [Last seen: 22 March, 2022].  
 57 Lorenz, M. and Falder, R., (2016). Das deutsche und

The German Federal Law on Equal Treatment should be noted from the point of view of the protection of labor rights. This law establishes that any discrimination in hiring process and working conditions in pre-contractual relationships is unacceptable.<sup>58</sup> However, according to the prevailing practice in Germany, there is a general approach according to which indirect discrimination is confirmed by asking the question whether the candidate is pregnant or not before the concluding a contract.<sup>59</sup> However, the German Federal Labor Court also makes an exception to this rule, in particular, such a question is considered legitimate if it concerns the existence of risks to the health of the mother and child.<sup>60</sup>

It should also be noted that Germany combines working time as well as time spent on previous and subsequent work-related activities. Working time here is the time that the employer uses to transfer work materials to the employee and perform previous activities, and the employee uses it to organize his workplace.<sup>61</sup> In addition, statutory working hours are considered time required for changing clothes only when it is required for the work. Such is the security service. Therefore, whether this type of working time is paid or not depends on each specific circumstance.<sup>62</sup>

In addition, the actions of the employee may cause harm to a third party, which will entail the tort liability of the employer. This, in turn, is the fault of the employer. Here the fault of the employer is that he could not find the right employee and could not control him after hiring. The burden of proof shifts to the creditor, as the employer's fault is presumed. The case here concerns

chinesische Arbeitsrecht, The German and Chinese Labour law. Wiesbaden: Springer Gabler. S. 21.  
 58 Federal act of equal treatment (2006, amended 2009). Section 2, paragraph one, no1.  
 59 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Schlachter, 16. Auflage 2016, MuSchG §5 Mitteilungspflicht, Rn 5, BAG 15.10.1992 NZA 1993, 257.  
 60 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Schlachter, 16. Auflage 2016, MuSchG §5 Mitteilungspflicht, Rn 5, BAG 1.7.1993 NZA 1993, 933.  
 61 25.04.1962. AP BGB 611 Mehrarbeitsvergütung N6.  
 62 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht., (2009). 9. Auflage, München, S. 549.

a presumption that can be denied after confirmation of the contrary.<sup>63</sup> However, the liability of the employer is excluded if he has selected the worker in good faith, supervised and trained him and provided him with appropriate equipment, or if the injury would still have occurred in the proper performance of his duties.<sup>64</sup>

However, the legal consequences of the invalidity of the contract after the commencement of work are specific. If actual employment relations are established, then the consequences of the invalidity of the employment contract should not extend directly to the past period. In this case, the contract must have legal force in relation to the past time.<sup>65</sup> However, contracts related to the performance of immoral work may be declared invalid from the moment the contract is concluded.<sup>66</sup>

Article 623 of the BGB determines the form of termination of labor relations, in particular, the termination of labor relations requires the protection of a written form when submitting an notice of termination or a separation agreement.<sup>67</sup>

An employment can be terminated immediately without warning, but this directly depends on the degree of violation of labor duties In Germany. The German Labor Court ruled in one case, that immediate termination without prior notice was legal because the case concerned a material violation of safety regulations by an employee. Circumstances of the case were as follows: This man was guarding a gold cutting workshop. Access to this workshop was possible only with a pass, even when the exit was not

locked using an emergency generator, which served to further comply with security rules. Under these conditions, the employee turned off the generator and left the workplace for a long time leaving the workshop without protection and control. Several days passed and the workshop lost about 74,000 euros in gold. It is clear that the employee violated security measures that were directly related to his job duties. It was unacceptable for the employer to continue the employment relationship with the employee because the violation was serious. it was not necessary to notify the employee in advance of the immediate termination of the employment contract on this basis.<sup>68</sup>

It is also noteworthy that there are labor courts in Germany.<sup>69</sup> The fact is that, there are special courts for labor disputes with independent jurisdiction taking into account the specifics of disputes. They set precedents for labor disputes in Germany.<sup>70</sup> Article 313 of the BGB contains important provisions that may apply during a pandemic: If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not concluded the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. If the prerequisites of Subsection 1 or 2 are met and there is a reasonable adaptation op-

63 Falk, U., Schneider B., (2012). Klausurenkurs im Bürgerlichen Recht II, Ein Fall – und Repetitionsbuch für Fortgeschrittene. Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: CF Müller GmbH. S. 211.

64 Spindler, G., Rieckers, O., (2011). Tort Law in Germany. The Netherlands: Kluwer Law International. p. 77.

65 The results of the invalidity of the actually performed work before the termination of the contract should not be distributed in the past tense. See. BAG 15.11.1957 – 1 AZR 189/57 NJW 1958, S. 397.

66 Kropholler, I., (2014). German Civil Code – Commentary on the study, Translators: Darjanina, T. and Chechelashvili, Z. Tbilisi: GIZ. pp. 458-459.

67 BGB 623.

68 Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 09.09.2015 – Az. 17 Sa 810/15.

69 Weise M., Schmidt M., (2008). Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth edition. The Netherlands: Kluwer Law International BV. pp. 45-46.

70 Mayr, L., (2021, May 20). German Labor and Employment Law: issues concerning the set-up of a company in Germany. MAYR Kanzlei für Arbeitsrecht. <<https://www.mayr-arbeitsrecht.de/en/spectrum/german-employment-law/#quicklink1>> [Last seen: 22 March, 2022].

tion, the aggrieved party may demand adaptation from the other side. This adaptability of German law becomes especially relevant in the context of COVID-19. The aggrieved party is entitled to withdraw from or to terminate the contract due to the changed circumstances only if contract adaptation turns out to be illegal, impracticable or unreasonable for the other side.<sup>71</sup> The COVID-19 coronavirus is affecting many aspects of labor law in Germany. Many offices are sending their employees away to work home office en-masse to help reduce the rate of contagion while others are introducing “Kurzarbeit” (reduced working hours) measures.<sup>72</sup>

## CONCLUSION

The legal basis for regulating the business environment is diverse and extends to civil, labor, corporate and other relations. Business law in Germany covers a wide range of issues that are part of business law and represent a conglomeration of various areas. This becomes even clearer if we take into account that one or another area of activity is not regulated by one act and different laws apply, including special laws for specific companies. In this sense, the foundations of business regulation in Germany are specific.

It seems that in Germany, issues related to capital companies are regulated by special laws, which are considered an important part of the Commercial Code. Accordingly, these laws should be applied when creating various legal entities. At the same time, it seems acceptable to use the so-called pre-registration community. The presence of a “previous company”, which will be transformed into a corporation after registration. This shows that importance of the personal

responsibility of the founder of the society is decreased from this stage and the responsibility of the society becomes more important. A company or individual can form a corporation and a partnership in Germany. Limited liability companies are especially popular in Germany. This should be dictated by the fact that the law imposes relatively few requirements on its activities and is considered the most flexible organizational and legal form for small businesses.

The study showed that German company law is based on a two-step management system (Management Board and Supervisory Board). The responsibility of directors can be internal (when the responsibility of the director is assigned to the company) and external (when the responsibility of the director arises to third parties) In Germany. It is true that public liability to creditors for the company’s obligations is recognized, but comprehensive liability is also allowed if certain preconditions are met. The manager enjoys some immunity, but his decision will not be protected by the Business Judgment Rule if the decision was made in violation of bias and other rules.

In many ways, however, American boards are becoming more and more like their German counterparts. Raised monitoring standards for boards of directors and the growing importance of committees have made the one-tier board in America more akin to a multi-tiered board. In Germany, corporations now have the choice of adopting a one-tier model of government but very few have done so.<sup>73</sup>

At the same time, it turned out that as a result of the reform in Germany, the so-called culpa in contrahendo rule operates, which is considered to be an independent basis for pre-contractual liability. This is due to pre-contractual duties of protection (care, good faith), the violation of which entails liability. This created a strong legal mechanism in Germany for security.

At the same time, Germany has chosen the

71 Berger K. Peter, Behn D. (2019-2020). Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study. *McGill Journal of Dispute Resolution*. Volume 6, Number 4. pp. 123-124.

72 Schlun & Elseven, Rechtsanwälte. Employment Law and COVID-19 Coronavirus in Germany. <<https://se-legal.de/corona-covid-19-crisis-lawyer-germany/?lang=en>> [Last seen: 22 March, 2022].

73 Block, D. and Gerstner, A.-M., (2016). One-Tier vs. Two-Tier Board Structure: A Comparison Between the United States and Germany. *Comparative Corporate Governance and Financial Regulation*. N1. p. 51.



easy way of business contracts and decided to settle terms of the agreement and the various points of agreement through a narrow approach to the agreement unlike the US.

A separate area of discussion is the protection of labor rights in Germany. Labor rights are not regulated by a single codified act. Here, the legal status of the employee and the employer is relatively balanced, and from the point of view of protecting the labor rights of the employee, various laws are incorporated into the mechanisms

for maximizing the interests of the employee. The specific approach to labor disputes is also confirmed by the fact that labor courts deal specifically with labor rights cases. Consideration of cases by judges specialized in the field of labor law makes the judicial system better and fairer.

The norms of German business law prove how flexible and well-formulated the German rules are. Using the rich experience of Germany will greatly help European countries, especially during a pandemic.

## BIBLIOGRAPHY:

### Normative Materials:

1. § 13, § 14, § 21, § 22, § 311 (2), § 623 BGB. (in German)
2. Federal act of equal treatment (2006, amended 2009). Section 2, paragraph one, no1.

### Court decisions:

1. 25.04.1962. AP BGB 611 Mehrarbeitsvergütung N6. (in German).
2. BGH April 21, 1997, BGHZ 135, 244 (ARAG/Garmenbeck). (in German).
3. BAG 15.11.1957 – 1 AZR 189/57 NJW 1958, S. 397. (in German).
4. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 09.09.2015 –Az. 17 Sa 810/15. (in German).
5. Verwaltungsgericht Berlin, Entscheidung vom 20.05.2020 – VG 14 L 97.20. (in German)

### Scientific literature:

1. Alting, C., (1995). Piercing the Corporate Veil in American and German Law – Liability of Individuals and Entities: A Comparative View. *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 2, Issue 2. pp. 198, 214, 249-250.
2. Bakakuri, N., Gelter, M., Tsertsvadze, L., Ghugheli, G., (2019). *Corporate Law, Handbook for Lawyers*. Tbilisi. pp. 55-57, 84. (in Georgian).
3. Betaneli, K, Masbaum, M. S., (2003). *Corporate Law in Georgia*. Review of Georgian Law. N6, Vol. 2/3. p. 280. (in Georgian).
4. Bichia, M., (2020). *Legal Obligation Relations, Handbook*, 3rd ed. Tbilisi: Bona Causa. pp. 396-398. (in Georgia)
5. Bichia, M., (2021). The danger of the privacy “disappearance” during a pandemic in the context of globalization and the grounds for its legitimacy: An institutional Analysis. *Globalization and Business*. №11. p. 46.
6. Block, D. and Gerstner, A.-M., (2016). One-Tier vs. Two-Tier Board

- Structure: A Comparison Between the United States and Germany. Comparative Corporate Governance and Financial Regulation. N1, p. 51.
7. Burduli, I., (2009). Statutory capital and its functions, in the book: "Theoretical and practical issues of modern corporate law", Tbilisi: Meridiani. pp. 216-218. (in Georgian)
  8. Chanturia, L., (2006). Corporate Governance and Accountability of Managers in Corporate Law. Tbilisi: Samartali. pp. 4, 30, 126, 237. (in Georgian)
  9. Chanturia, L., (2008). Civil liability of officials of a joint-stock company. Bulletin of Corporate Governance. N7. p. 14. (in Russian)
  10. Clortescu, E., (2017). Business Communication – British and German Perspectives. Logos University Mentality Education Novelty. Section: Political Sciences and European Studies. Vol. 4.1. p. 60.
  11. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Schlachter, 16. Auflage 2016, MuSchG §5 Mitteilungspflicht, Rn 5, BAG 15.10.1992 NZA 1993, p. 257. (in German)
  12. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Schlachter, 16. Auflage 2016, MuSchG §5 Mitteilungspflicht, Rn 5, BAG 1.7.1993 NZA 1993, p. 933. (in German)
  13. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht., (2009). 9. Auflage, München, S. 549. (in German)
  14. Falk, U., Schneider B., (2012) Klausurenkurs im Bürgerlichen Recht II, Ein Fall – und Repetitionsbuch für Fortgeschrittene. Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: CF Müller GmbH. S. 211. (in German)
  15. Girasa, R., (2013). Corporate Governance and Finance Law. New York: Springer, p. 98.
  16. Grundei, J., von Werder, A., (2005). Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgment Rule. AG, 22. S. 825-834. (in German)
  17. Hansmann, H., Kraakman, R., Squire R., (2006). Law and the rise of the firm (asset partitioning and entity shielding). Harvard Law Review. 119(5). pp. 1333-1403.
  18. Hill, C. A., King, C., (2004). How do German Contracts do as much with fewer words? Chicago-Kent Law Review. Vol. 79. pp. 894-895, 924-925.
  19. Huemer, D., Lenz, W., Kerschner, F., Lux, D., Schlager, J., Szep, C., Wittmann, E., Schlager, S., Trausner, M., (2013). Handbuch Vertragsgestaltung: Zivilrecht, Gesellschaft, Steuerrecht, Für Praxis und Studium, herausgegeben von Kerschner F., p. 24. (in German)
  20. Jugheli, G., (2010). Capital protection in a joint stock company. Tbilisi: Siesta. p. 114. (in Georgian)
  21. Karuna, D., (2003). Comparative Corporate Law: A Comparative Legal Review of EU, US and UK Corporate Systems, Free Economic Zones. Tbilisi: Ilia State University Press. pp. 60-61. (in Georgian)
  22. Kropholler, I., (2014). German Civil Code – Commentary on the study, Translators: Darjania, T. and Chechelashvili, Z. Tbilisi: GIZ. p. 197, 458-459. (in Georgian)
  23. Kübler, F., Assmann, H.-D., (2006). Gesellschaftsrecht, Die privatrechtlichen ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 6. Aufl., Berlin: CF Müller GmbH. S. 215. (in German)
  24. Li, X-Y., (2017). The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Con-

- trasting Responses from German and English Law. National Taiwan University Law Review. Vol. 12:1. pp. 134, 138-139.
25. Lorenz, M. and Falder, R., (2016). Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht. The German and Chinese Labour law. Wiesbaden: Springer Gabler. p. 21. (in German)
  26. Luther, M., (2003). II Georgian-German Symposium, Responsibilities of Joint Stock Companies and Limited Liability Governing Bodies. Tbilisi. p. 25, 4.
  27. Madisson, K., (2012). Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis. RGSL Research papers. pp. 13-15, 35.
  28. Preis, U., Gottardt M., (2000), NZA, pp. 348-354.
  29. Presser, S. B., (2011). Piercing the Corporate Veil. edition, Eagen. pp. 1392-93.
  30. Prepared for the Barbados Private Sector Association (BPSA) with the support of the IADB project "Building Capacity to increase exports", A guide for business. July 2012. p. 6.
  31. Schulz, M., Wasmeier, O., (2012). The Law of Business Organizations, A Concise Overview of German Corporate Law. Berlin, Heidelberg: Springer. p. 26, 29.
  32. Sethe, R., (2019). The Law of Business Associations, Introduction to German Law, Third Edition, Ed. Zekoll, J., Wagner G. The Netherlands: Kluwer Law International BV. p. 160.
  33. Spindler, G., Rieckers, O., (2011). Tort Law in Germany, The Netherlands: Kluwer Law International. p. 77.
  34. Tsertsvadze, L., (2016). Duties of the directorate in merging companies and alienating the controlling stake (comparative-legal analysis). Tbilisi: World of Lawyers. p. 45, 47. (in Georgian)
  35. Vasiljevid, M., (2012). Civil Law and Business Judgment Rule. Annals FLB – Belgrade Law Review. Year LX. No. 3, p. 17.
  36. Vasilevskaya, L. Yu., (2004). The doctrine of property transactions under German law. Moskow: Statut. p. 107. (in Russian)
  37. Weise, M., Schmidt, M., (2008). Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth edition. The Netherlands: Kluwer Law International BV. pp. 45-46.
  38. Zhalinsky, A., Rericht, A., (2001). Introduction to German Law. Moscow: Spark. p. 508.

#### E-Resources:

1. Mayr, L., (2021, May 20). German Labor and Employment Law: issues concerning the set-up of a company in Germany. MAYR Kanzlei für Arbeitsrecht. <<https://www.mayr-arbeitsrecht.de/en/spectrum/german-employment-law/#quicklink1>> [Last seen: 22 March, 2022].
2. Elseven, A., Germany Business Law. Business Laws in Germany. <<https://www.hg.org/germany-business-law.asp>> [Last seen: 22 March, 2022].
3. Schlun & Elseven, Rechtsanwälte. Employment Law and COVID-19 Coronavirus in Germany. <<https://se-legal.de/corona-covid-19-crisis-lawyer-germany/?lang=en>> [Last seen: 22 March, 2022].

# Digital Transformation of Legal Education in the Time of Coronavirus

**Khatuna Burkadze**

*Professor, Business and Technology University*

**KEYWORDS:** Digital Transformation, Legal Education,  
Coronavirus

## ABSTRACT

The COVID-19 pandemic has created the largest disruption of education systems affecting nearly 1.6 billion learners in more than 190 countries.<sup>1</sup> Closures of schools and other learning spaces have impacted 94 percent of the world's student population, up to 99 percent in low and lower-middle-income countries.<sup>2</sup> Despite pandemic education systems have been transformed by using information and communication technologies. Digital platforms and applications have become key instruments for supporting the continuation of the teaching-learning processes during the lockdown period. In different countries, universities have created online classes and courses for students. They have provided access to online libraries and developed training programs for the enhancement of digital skills. Regardless of these actions, new digital reality demands new visions and initiatives for overcoming challenges in this process. In this regard, on the one hand, the article aims to explore ways of digital transformation of education systems, especially in law schools. On the other hand, it examines factors that impede the successful usage of digital tools. Overall, the paper will promote to clarify key trends for modern legal education policy.

1 United Nations, 2020. Policy Brief: Education During COVID-19 and Beyond. Executive Summary. 2.

2 *Ibid.*

## INTRODUCTION

Digital advances have transformed society and the economy with an ever-deepening impact on everyday life. However, until the COVID-19 pandemic, its impact on education and training was much more limited. While COVID-19 demonstrated the need for higher levels of digital capacity in education and training, it also led to the amplification of existing challenges and inequalities between those who have access to digital technologies and those who do not, including individuals from disadvantaged backgrounds.<sup>3</sup> The pandemic has also revealed challenges for education and training systems related to the digital capacities of education and training institutions, and overall levels of digital skills and competences.<sup>4</sup>

Proficient computer knowledge, communication skills, clarity of expression, emotionally connect with the students, and other necessary skills to deal with the demands of the online platforms represent online teaching skills and techniques needed to teach through online mode. Virtual classroom experience, excellent presentation skills with addressing to the point of a given topic, and proper teaching-learning tools are significant to manage the online teaching process.<sup>5</sup>

Teacher professional development is conceptualized within the skill acquisition discourse, meaning that professional development should equip teachers with the competences necessary for the digital transitions, but without defining what kind of competences these should be.<sup>6</sup> The

attractiveness of the education profession and its overall social status is connected to the idea of a highly competent profession that supports career progression through the diversification of career opportunities for lecturers, trainers, and school leaders.<sup>7</sup>

Despite challenges, the OECD considers that the pandemic, while representing a major stress test for education systems, has provided an opportunity to “break down old barriers” and “open up” schools and education systems to the outside world, including the introduction of digital technologies and greater involvement of private technology actors in educational affairs.<sup>8</sup> The OECD depicts digital technologies as being capable of providing personalized learning, finding new responses to students’ learning needs, and making education systems more relevant to the modern world. Thus, digital learning tools need to be introduced in education systems “to provide students with more agency and autonomy over their learning”.<sup>9</sup> In the light of the above, it is essential to explore how states used digital technologies to change a model of education during the pandemic. The digitalization of the education system has brought new methods and approaches for the teaching-learning process. Information and communication technologies can stimulate the creation of new opportunities for students, professors and provide communication among them regardless of boundaries. Digital advances have facilitated the development of instruments to perform tasks remotely in various institutions including in law schools. The trends of digital transformation will define the future of legal education in the digital era as well.

3 Digital Education Action Plan (2021-2027). European Commission. <https://education.ec.europa.eu/focus-topics/digital/education-action-plan> [Last seen: February 10, 2022].

4 *Ibid.*

5 Mishra, L., Gupta, T., Shree, A., (2020). Online teaching-learning in higher education during lockdown period of COVID-19 pandemic. *International Journal of Educational Research Open*. Volume 1, 5.

6 Symeonidis, V., Francesconi, D., Agostini, E., (2021). The EU’s Education Policy Response to the Covid-19 Pandemic: A Discourse and Content Analysis. *Center for Educational Policy Studies Journal*. Volume 11, Special Issue, 105-106.

7 *Ibid.*, 106.

8 Zancajo, A., Verger, A., Bolea, P., (2022). Digitalization and beyond: the effects of Covid-19 on post-pandemic educational policy and delivery in Europe. *Policy and Society*. 41(1), (Oxford University Press), 118.

9 *Ibid.*, 118-119.

## INTERNATIONAL TRENDS OF DIGITAL TRANSFORMATION OF EDUCATION SYSTEMS DURING THE PANDEMIC

Estonia, the Baltic nation of just 1.3 million people has attracted the attention of world leaders and academics thanks to its high-tech digital society. 99% of Estonia's public services are available on the web 24 hours a day and 99% of schools had already before the Covid-19 been using some type of e-solutions.<sup>10</sup>

The key initiatives started in education as Estonia pledged to put computers in every classroom and by 2000, every school in the country was online. The government also offered free computer training to 10% of the adult population. The effort helped raise the percentage of Estonians who use the internet from 29 percent in 2000 to 91% in 2016.<sup>11</sup>

Since 2014, Estonians have had a lifelong learning strategy that also includes a digital transformation program. The idea of the program is to help develop the digital competencies of both, the teachers, and the students. IT-training courses and instructional materials helped to integrate digital technology into the learning process to develop digital competence.<sup>12</sup>

Also, Estonia set itself the goal of digitalizing all educational materials already in 2015. The success of the digital transformation of the Estonian education system relies on thorough professional development and training of teachers and educational technologists. In addition to teaching knowledge and skills in the digital field, Estonian education widely uses numerous smart solutions including digital databases, digital textbooks, e-learning materials, digital class diaries, and digital assessments.<sup>13</sup>

The Innove Foundation, founded in 2003 to

provide implementation support for the Ministry of Education and Research, and the Information Technology Foundation for Education (HITSA), founded in 2013 to promote digital skills development in education—two government-supported foundations that have played key roles in centrally organizing Estonia's collection of digital resources.<sup>14</sup>

E-Koolikott ("e-Schoolbag") is the primary source of digital resources in Estonia, a nationwide online library of more than 20,000 educational resources. E-Schoolbag was developed in 2016 by the Ministry of Education and Research. Currently, it is run by the Innove Foundation and HITSA. Teachers, subject specialists, universities, and private publishers can all post resources to e-Schoolbag, and groups of subject-area experts are responsible for reviewing the resources for quality. Parents and guardians also have access to e-Schoolbag to support children's learning at home.<sup>15</sup>

The e-Schoolbag resources are organized to support the teaching and learning of Estonia's national curriculum. They are searchable by curriculum subject and grade level as well as by other required elements of the national curriculum, such as Key Competency or Cross-Curricular Theme. To develop digital resources, Estonian law has required all new hard-copy textbooks and workbooks to be made available in digital form since 2015. In addition to e-Schoolbag, the Innove Foundation and HITSA provide lists of online learning resources, including tools developed by Estonia's robust educational technology sector. Some of these lists were available prior to school closures, while others respond to specific needs raised by distance learning, such as the need to assess and provide feedback to students entirely online.<sup>16</sup>

France was well-positioned in one sense for the digital shifts during the pandemic. In 2016,

10 How did Estonia become a new role model in digital education? 2020. Education Nation. <<https://www.educationnation.ee/how-did-estonia-become-a-new-role-model-in-digital-education>> [Last seen: March 7, 2022].

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

14 Pfister, M., (2020). A Step Ahead: Estonia Emerges as a Leader in Worldwide Distance Learning Experiment. National Centre on Education and the Economy. <<https://ncee.org/2020/04/a-step-ahead-estonia/>> [Last seen: March 10, 2022].

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

its digital education plan, and its curriculum reform created banks of digital resources (BRNE). These included activities and lessons. France already has a National Center for Distance Education (CNED). As soon as school closed down, it set up “My class at home” with online content for students. In addition to stock lessons, there are tasks to complete and lessons given by videoconference. The websites of both the Ministry of National Education and Youth and the Ministry of Higher Education also have a wealth of other material.<sup>17</sup>

Companies and non-governmental organizations are also getting involved. The Canope Network has developed a virtual library with plenty of resources for digital training. French EdTech companies have made their know-how available free of charge and without conditions through a solidarity portal. Twitter, Instagram, Facebook, YouTube, and other social networks and media disseminate thousands of initiatives developed by students, lecturers, and parents.<sup>18</sup>

On March 14, 2020, the government of Latvia declared an emergency situation due to the global pandemic. Because of that, all educational institutions have been closed for more than a month thus making one of the biggest challenges for professors, teachers, students, parents, and the Ministry of Education. Although previously there had been developed virtual tools for contribution to the educational process, the digital capacity was insufficient since they were not originally developed for ensuring the learning process for all students of Latvia simultaneously. The shift of the educational approach has demanded a fast reaction from all the sides involved.<sup>19</sup> Students have limited access to technologies with an internet connection. Research

made by the Ministry of Education in March 2020 showed that approximately 3%, which is around 5300 of the students studying in school, do not have access to a computer, or a smartphone with an internet connection, which made it difficult for these students to participate in the distance learning process.<sup>20</sup>

Because of the Covid-19 pandemic, the Ministry of Education and Science of Latvia collaborated with TV companies to create a video series to help teachers, students, and their parents at the learning process during the coronavirus crisis. The lessons were 20-minute-long audiovisual materials, in which teachers, enthusiasts of their field from different cities of Latvia, presented teaching materials in an interesting and addressing manner. The learning process was designed so that students could complete a task after each item learned and switch to the next subject. Video materials were accessible to anyone as the videos were published on a website and shown in two Latvian TV programs.<sup>21</sup>

In early 2019, the Federal Government of Germany decided to invest 5 billion euros for proliferating digital technologies in secondary schools (Bundesministerium für Bildung und Forschung 2020). However, most school districts have not been able to spend the money so far, due to complex bureaucratic procedures that precede expenditure, and the need to first develop sound and aligned pedagogical concepts for the use of technology.<sup>22</sup> In Germany, digital technology in education is a highly debated topic. For decades, emotional discussions have been centering around the usefulness of computers in education. During the Covid-19 crisis, discussions have emerged about the consequence of ‘remote teaching’ pointing to access inequities.

17 D’Addio, A. C., (2020). Coronavirus: France has called for educational continuity. GEM Report. <<https://gemreportunesco.wordpress.com/2020/04/15/coronavirus-la-france-a-appelle-a-la-continue-pedagogique/>> [Last seen: March 10, 2022].

18 *Ibid.*

19 Linde, N., (2020). Latvia social briefing: The coronavirus pandemic has become a challenge for the Latvian education system: distance learning implementation experience. Vol. 28 ( 3), (LVA), 1.

20 *Ibid.*

21 Ministry of Education and Science of Latvia. Project ‘Tava klase’ (Your class) – lessons on TV. <<https://www.izm.gov.lv/en/highlights/4166-project-tava-klase-your-class-lessons-on-tv>> [Last seen: February 10, 2022].

22 Kerres, M., (2020). Against All Odds: Education in Germany Coping with Covid-19. Nature Public Health Emergency Collection. <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7198090/>> [Last seen: February 14, 2022].

While many teachers have heavily invested in remote teaching with digital tools, some teachers have demanded the immediate stop of the promotion of digital tools.<sup>23</sup>

There are two scenarios for a national platform in Germany. One scenario is related to an open network of universities in which the online courses and related learning are provided by the own platforms of the universities themselves. This is an inclusive but rather supply-oriented approach. In addition, a second, more demand-oriented and centralized platform scenario was developed. It focuses on a consistent user experience and a higher speed of implementation.<sup>24</sup>

Digitalization started in the mid-2000s in Italy. Interactive whiteboards started being introduced later in classrooms, followed by the digital register in 2012 and the National Plan for School Digitalization in 2015. This plan has been tested in the face of Covid-19.<sup>25</sup> The Technical Economic Institute Tosi of Busto Arsizio in Lombardy, the region most hit by the pandemic, activated a new online teaching mode as early as 25 February. This included teaching in MOOC mode, virtual classes, and smart working following the normal school timetable, except afternoon lessons.<sup>26</sup>

Italian Moocs are also helping school-leavers as they wrestle with difficult choices about their future – potentially without the physical support of the classroom. Some 50 orientation Moocs are offered by the Polytechnic University of Milan to help bridge the school-university gap, and other courses are available via the inter-university consortium.<sup>27</sup>

23 *Ibid.*

24 Scalability of Online Education in Germany; a National Platform? Hochschulforum Digitalisierung. <<https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/scalability-online-education-germany-national-platform>> [Last seen: February 5, 2022].

25 D'Addio, A. C., Endrizzi, F., (2020). Covid-19: How is Italy coping with school closure? GEM Report. <<https://gemreportunesco.wordpress.com/2020/04/02/covid-19-how-is-italy-coping-with-school-closure>> [Last seen: February 5, 2022].

26 *Ibid.*

27 Reda, V., Kerr, R., (2020). Moocs have helped Italy keep teaching during the pandemic. <<https://www.>

The Netherlands invested 2.5 million euros to ensure youngsters have the necessary devices for online learning. Educational institutions remained open to facilitating students who cannot use distance learning at home. Institutions can make their own choices for dealing with facilities on campus as long as they fit within the general instructions with regards to the pandemic. The internships and other education-related activities outside the institution can continue unless the employer has to stop the activity due to the pandemic.<sup>28</sup> The Ministry of Education, Culture, Sports, Science, and Technology of Japan supported local boards of education providing adequate measures as much as possible to support youngsters' study, such as initiating appropriate home study programs and conducting supplementary lessons. It has also set up and published a learning support portal, which introduced various suggestions and tips for learning each subject, free learning materials, and videos that can be used at home.<sup>29</sup>

In the light of the foregoing considerations, high-tech societies have become role models for digital shifts in the education systems. In this regard, one of the best examples is Estonia with the focus on developing new digital platforms and supporting the enhancement of the digital skills of citizens. The digitalization of the education system demands to take more measures to provide access to computers and the Internet. Also, cooperation between educational institutions and EdTech companies will facilitate the development of new secure applications. It is essential to create new programs concerning digital capacity building for academic personnel of faculties including law institutions and E-libraries' professionals as well.

[timeshighereducation.com/blog/moocs-have-helped-italy-keep-teaching-during-pandemic](https://timeshighereducation.com/blog/moocs-have-helped-italy-keep-teaching-during-pandemic)> [Last seen: February 12, 2022].

28 A framework to Guide an Education Response to the COVID-19 Pandemic of 2020. (OECD), 13.

29 *Ibid.*, 12.



## DIGITAL TRANSFORMATION OF THE GEORGIAN EDUCATION SYSTEM IN THE TIME OF CORONAVIRUS

The Ministry of Education and Science of Georgia, in cooperation with Georgian Public Broadcaster's First Channel, launched an educational project titled – "Teleskola". The project envisages the execution of tele-lessons provided by the national curriculum. Teleskola represents one of the formats for distance learning that enables all students, regardless of whether they have access to the Internet, to find interesting and cognitive lessons across all subjects.<sup>30</sup>

A Microsoft Office 365 user profile has been created for Georgian public institutions (administration, teachers, and students). A portal has been created that allows the student and parent to access the student profile without the administration of the institution and the teacher. Virtual classrooms have been established for classes and subjects in the Microsoft TEAMS program. Virtual consulting spaces have been set up in all districts of Georgia where volunteer technology experts from the "New School Model" help teachers implement distance learning. Data is being collected to establish access of teachers and students to the Internet and digital technologies.<sup>31</sup>

On June 12, 2020, the Georgian laws on general and higher education have been amended to define distance learning.<sup>32</sup> According to the amendments, distance learning is a process based on electronic and other communication means where students, teachers, professors do not meet in a classroom. Universities independently choose applications and platforms of distance learning. At the same time, they have the responsibility to develop appropriate guide-

lines on the distance teaching-learning process for students.

The lack of Internet access especially in regions has become one of the challenges for the Georgian education system. Also, faculties including law faculties do not have appropriate equipment for conducting online lectures from audiences of universities. The educational institutions have limited resources to develop their digital platforms and applications. Students do not have access to electronic versions of courts' decisions. Staff members of universities cannot improve their digital skills regularly. They have a lack of training possibilities. Law schools mostly do not elaborate courses on the role of Artificial Intelligence in resolving legal disputes remotely. Overall, it is essential to overcome these challenges for the effective digitalization of the education sector in the future.

## CONCLUSION

The pandemic has shown the power of digital tools in various fields including in the education sector. Information and communication technologies have provided the continuity of education. In the light of the above, states should develop new visions to support the sustainable adaptation of education to digital realities. New education strategies should define the steps of digital transformation, methodology of the online teaching-learning process, monitoring and evaluation instruments, solutions, ways for overcoming challenges in the digital world, the role of Artificial Intelligence for ensuring automatic routine tasks in universities including in law schools, initiatives for digital capacity building in education institutions. Such strategic visions will provide high-quality, inclusive, and accessible digital education.

In tech societies law schools will have to rethink the content of curriculums. Within modern legal curriculums universities should develop courses on instruments of the protection of digital rights, legal aspects of digital governance, the notion of cyberspace, the tools, opportuni-

30 Ministry of Education and Science of Georgia launches an educational project "Teleskola", 2020. <<https://mes.gov.ge/content.php?id=10248&lang=eng>> [Last seen: February 7, 2022].

31 A framework to Guide an Education Response to the COVID-19 Pandemic of 2020, (OECD), 12.

32 The Laws of Georgia on General and Higher Education. <<https://matsne.gov.ge/>> [Last seen: February 12, 2022].

ties, and challenges of digital transformation. In this regard, it is essential to analyze the role of digital advances especially the importance of Artificial Intelligence in terms of providing legal consultations and resolving legal disputes remotely. Therefore, every future lawyer should be equipped with appropriate digital knowledge and skills to be adaptable to new realities and changes.

Overall, the development of an appropriate digital education ecosystem promotes the effective digitalization of education institutions because it includes steps for providing digital infrastructure, connectivity, equipment, digital capacity planning, high-quality learning content, and secure platforms. This process will define future trends of legal education in the digital era as well.

#### BIBLIOGRAPHY:

1. A framework to Guide an Education Response to the COVID-19 Pandemic of 2020. OECD. (In English)
2. Adrian Zancajo, Antoni Verger, Pedro Bolea. Digitalization and beyond: the effects of Covid-19 on post-pandemic educational policy and delivery in Europe. Policy and Society. 41(1), 2022. Oxford University Press. (In English)
3. Anna Cristina D'Addio. Coronavirus: France has called for educational continuity. 15 April 2020. GEM Report. <<https://gemreportunesco.wordpress.com/2020/04/15/coronavirus-la-france-a-appelle-a-la-continue-pedagogique/>> (In French)
4. Anna Cristina D'Addio. Francesca Endrizzi. Covid-19: How is Italy coping with school closure? GEM Report. 2 April 2020. <<https://gemreportunesco.wordpress.com/2020/04/02/covid-19-how-is-italy-coping-with-school-closure>> (In French)
5. Digital Education Action Plan (2021-2027). European Commission. <<https://education.ec.europa.eu/focus-topics/digital/education-action-plan>> (In English)
6. How did Estonia become a new role model in digital education? May 3, 2020. Education Nation. <<https://www.educationnation.ee/how-did-estonia-become-a-new-role-model-in-digital-education>> (In English)
7. Lokanath Mishra, Tushar Gupta, Abha Shree. Online teaching-learning in higher education during lockdown period of COVID-19 pandemic, International Journal of Educational Research Open. Volume 1, 2020. (In English)
8. Michael Kerres. Against All Odds: Education in Germany Coping with Covid-19. 4 May 2020. Nature Public Health Emergency Collection. <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7198090>> (In English)
9. Ministry of Education and Science of Georgia launches an educational project "Teleskola". 2020. <<https://mes.gov.ge/content.php?id=10248&lang=eng>> (In Georgian)
10. Monica Pfister. A Step Ahead: Estonia Emerges as a Leader in Worldwide Distance Learning Experiment. April 30, 2020. National Centre on Education and Economy. <<https://ncee.org/2020/04/a-step-ahead-estonia/>> (In English)
11. Nina Linde. Latvia social briefing: The coronavirus pandemic has be-

- come a challenge for the Latvian education system: distance learning implementation experience. April 2020. Vol. 28, No. 3 (LVA). p.1. (In English)
12. Policy Brief: Education During COVID-19 and Beyond. United Nations. Executive Summary. August 2020. (In English)
  13. Project 'Tava klase' (Your class) – lessons on TV. Ministry of Education and Science of Latvia. <<https://www.izm.gov.lv/en/highlights/4166-project-tava-klase-your-class-lessons-on-tv>> (In English)
  14. Scalability of Online Education in Germany; a National Platform? Hochschulforum Digitalisierung. <<https://hochschulforumdigitalisierung.de/de/scalability-online-education-germany-national-platform>> (In English)
  15. The Laws of Georgia on General and Higher Education. <<https://matsne.gov.ge/>> (In Georgian)
  16. Valentina Reda. Ruth Kerr. Moocs have helped Italy keep teaching during the pandemic. 31 March 2020. <<https://www.timeshighereducation.com/blog/moocs-have-helped-italy-keep-teaching-during-pandemic>> (In English)
  17. Vasileios Symeonidis, Denis Francesconi, Evi Agostini. The EU's Education Policy Response to the Covid-19 Pandemic: A Discourse and Content Analysis. Center for Educational Policy Studies Journal. Volume 11, Special Issue, 2021. (In English)

# Confidentiality in Mediation in Resolving Property Disputes: Reality and Challenges

**Irina Batiashvili**

*Caucasus International University Phd student, researcher at the European University Institute of Law, member of Intellectual property law committee of Georgian Bar Association*

**KEYWORDS:** Mediation, Confidentiality, The legitimate grounds for break of confidentiality and business disputes

## ABSTRACT

Mediation is a process based on the interests of the parties, which increases the mediator's rights to the extent permitted by the disputing parties. The story of the apple heart and rind related to mediation also seems to be easily understood, but, at the same time, it is considered to be a complex problem. In collective disputes, the right of the Minister of Labor, Health and Social Affairs to receive a report from a mediator comes in collision with the requirement of the normative act to the mediator to keep confidential all information entrusted to him during the mediation process. In fact, this regulation requires a change to specify clearly what type and amount of information a mediator is required to provide to a minister. Also in This work is explained the legitimate grounds for breach (break) of confidentiality. in the course of obligation to disclose information by another court decision, the court should only require the disclosure of information directly related to the case from the mediation participants. At the same time, the restriction that information should be disclosed only to an adequate and proportionate extent to a lawful purpose can be considered as a useful tool for the protection of a legitimate purpose – the confidentiality of information. Ultimately one of the important functions of a mediator for the successful completion of mediation in business disputes is to focus on the interests of the parties.

## INTRODUCTION

Mediation, as an alternative way of resolving disputes, is not a modern event. It has deep roots in history. The story of the apple heart and bark associated with mediation is also as if it is easily perceived, but at the same time, it is considered a complex problem. The point is that mediation has been formed as a result of the development of historical, social, cultural, and modernist thinking. Creating a psychological portrait of the disputing parties, clarifying their real demands, flowing upon the surface the increased desires or emotions, maintaining confidentiality, and, at the same time, keeping neutrality – this is art, which is called mediator skills. Benjamin Franklin said: Time is money. These two words and capitalist thinking have further deepened the search for simple ways to resolve disputes. Mediation is the best way to resolve property disputes purposefully quickly, efficiently, at a lower cost, and peacefully. The parties to the mediation are looking for not only a quick way to resolve the dispute but also points of contention. The result of mediation is not the achievement of "loss-making", but the beneficial and peaceful solution of the dispute between the parties.<sup>1</sup> Therefore, mediation creates an opportunity for parties to continue their business relationships even after the dispute is resolved.<sup>2</sup>

The study-perfection of both the legislative and the practice of confidentiality in mediation may refine the legislation, reduce the number of violations, facilitate case identification during violating secret spheres and have a positive impact on the effective resolution of property disputes between parties in the practice.

1 Kerwin, J., (2021). "How Mediation Works When Both Parties Agree They Need Help Resolving the Dispute. How does mediation work in a lawsuit or other dispute?, the Program on Negotiation at Harvard Law School, <<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/navigating-the-mediation-process/>> [Last seen: 07 December, 2021]

2 Hadiati, M., Tampi, M. M., (2020). The Benefit Values of Settling Business Disputes by Means of Mediation in Indonesia, In: "Proceedings of the Arbitration and Alternative Dispute Resolution International Conference (ADRIC 2019)", Atlantis Press, 17-19.

## 1. MEDIATION AND PROPERTY DISPUTES

### 1.1. The importance of confidentiality in the property disputes

Property is a relationship that arises between entities concerning property goods. Intangible property goodies are requirements and rights.<sup>3</sup>

As for non-property disputes, they should be considered as the opposite of property disputes.<sup>4</sup> In this context, it is important to compensate for intangible damage in cases of violation of personal rights, which is stimulating and performs compensatory-satisfiable functions of the damage caused.<sup>5</sup> In my opinion, the role of the mediator in such disputes is minimal because it will invade the space of more psychology and lose its self-esteem. One of the types of property disputes is family property disputes, which also show the positive features of mediation.<sup>6</sup> The mediator has the right to meet parties separately for 10-15 minutes shortly before the joint meeting with them to ease the stressful and neurotic environment.<sup>7</sup>

Business is an English word and means activities aimed at making a profit, the environment of which is a space full of legal and economic regulations. any state aims to establish an effective legal framework to be attractive to businesses.<sup>8</sup> Business law is not a separate type of classic field and unifies several fields of law.

3 Chanturia, L., (2011). General Part of Civil Law, Tb., Law, 4-5.

4 Bichia, M., (2017). The Georgian Model of Compensation of Non-property Damage for Violating Personal Rights in Line with European Standards, TSU "Journal of Law", N1, 16.

5 Bichia, M., (2017). The Georgian Model of Compensation of Non-property Damage for Violating Personal Rights in Line with European Standards, TSU "Journal of Law", N1, 23.

6 Beridze Q. Divorce, 2021. Child and Family Mediation, Tb., The Importance of Mediation and Development Perspectives in Georgia, Tb., Ilia state University, 74.

7 Qatamadze, D., (2021). Stress identified in the mediation process and ways to reduce it, Tb., The Importance of Mediation and Development Perspectives in Georgia, Tb., Ilia state University, 68-69.

8 Kharashvili, A., 2019. Georgian Business Law Guide and Practical Exercises, Tb., 95.

Confidentiality is considered to be an independent principle among the principles of the mediation process, which can be seen by various peculiarities according to property and non-property disputes. Accordingly, it should be determined the essence and peculiarities of confidentiality, the circle of confidential spheres in mediation, and then – the notion of property dispute, its distinction from the non-property dispute, and specific signs of property dispute resolution in mediation. That is, the challenges facing Georgia in the field of mediation must be defined, especially in the context of confidentiality.

Particularly noteworthy is Article 10, Paragraph 4 of the Law of Georgia on Mediation, on the legitimate grounds for restricting the principle of confidentiality and the exceptional cases of disclosure of information by a mediator. It should be noted that Subparagraph "T" of Paragraph 4 of Article 10 does not preclude the possibility of one party possessing confidential information before mediation, which automatically relieves the party of some obligation to protect the principle of confidentiality. However, the law does not specify whether the party will be deprived of the right to disclose this information after the commencement of mediation. When it comes to mediation in property disputes, more specifically mediation for business, the principle of confidentiality becomes vital. When discussing the principle of confidentiality in this paper, you will find the reasons for its vital necessity: Effective mediation requires sincerity; Fairness to litigants requires confidentiality; The mediator must be neutral both in fact and in the perception of the parties; Privacy is an incentive for many to choose mediation so as not to expose "dirty underwear" in public; also guarantee the protection of mediation programs from publicity and harassment.<sup>9</sup> These reasons may show the need to better protect the principle of confidentiality in national law in parallel with legitimate restrictions. In addition, the institute of mediation became even more relevant during the pandemic, as most human-to-human rela-

tionships, including dispute resolution, shifted to distance mode to prevent infection. This is even more interesting in terms of protecting the privacy of the mediation process, especially when there is a high risk of violating private interests when using the Internet.

In my opinion, the nature of mediation is best expressed in property disputes. In this case, the mediator slowly begins to untie the knots, assemble the mosaic, deepen in the essence of problems, bring them to the surface, separate the desires of the parties and differ them from their whims. At the same time, the mediator tries to neutralize the stress and prepare both parties to reach a consensus together. It is here that the factor of trust that the parties derive from the existence of a degree of confidentiality is one of the main factors in completing the case by a settlement.

## 1.2. The circle of property disputes and their characteristic features

According to the material-legal content of a property dispute, a property dispute is a dispute related to property, which means that the dispute is focused on obtaining financial benefits, regardless of whether the property is materialized (visible) or intangible.<sup>10</sup> The circle of property disputes consists of family, ownership, liability (obligation), contract, corporate, entrepreneurial, and other disputes. Property is possession and obligatory (liability) legal relations. Possession and ownership in property law regulate the material legal regime of persons over the tangible and intangible property. It is characterized by a sign of permanence, while a obligatory relationship regulates the relationship between individuals that arise based on contracts and between specific individuals. The claim arising, in this case, relates to a property interest. For example, it may

9 Freedman, L. Prigoffs, M., (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal on dispute resolution, Vol 2:1, 37-38.

10 Supreme Court of Georgia, 2010. Practical Recommendations for Judges of Common Courts on Civil Procedure Law, Tb., 14.

be related to the possession of an item.<sup>11</sup> The most common form of emergence of a business relationship can be considered a contract. The general part of the law of obligations is common to all private law contracts.<sup>12</sup> As for the disputes arising from the entrails of family law, this issue is regulated by the third chapter of the first section of the fifth book of the Civil Code of Georgia, where the rights and obligations of the spouses are mentioned.<sup>13</sup>

## 2. THE ESSENCE OF PRIVACY AND THE CIRCLE OF CONFIDENTIAL DATA

### 2.1. The essence and features of privacy

In the mediation process, the mediator informs the parties about the terms and conditions of confidentiality. Due to confidentiality, the important circumstances of the case are discussed openly and in-depth, the parties discuss and disclose confidential information to them because they know that the information disclosed during the mediation will not be used against them.<sup>14</sup> The principle of confidentiality is characterized by features and it is manifested within its limits. Although mediators often make extensive statements and argue that everything in mediation is confidential, the norms governing mediation give a different reality. Such a simple way of offering confidentiality does not contribute to the self-determination of the parties.<sup>15</sup> For the parties to

self-determine, they must know – how much information to give, in what form to communicate, what level of trust they should have. When the providing of legal information is neglected, the party does not act according to its own decision, but by deception. Informed consent in mediation is exactly the basis of self-determination and at the same time refers to the principle of confidentiality. Although mediation is advertised as protecting the privacy of the parties, it does not give absolute immunity. If the majority of the parties prefer that everything that is revealed in the mediation process be kept secret, then the mediator should inform them about the exceptional cases that the law requires the mediator to disclose information.<sup>16</sup>

### 2.2. Circle of confidential data

Confidential information protects any information that became known or disclosed during the mediation process. Even if there is a legitimate basis for restricting confidentiality, the information should be disclosed to the maximum restricted extent, of which the relevant party shall be notified in advance. In addition, information may be disclosed only adequately and proportionate to legitimate aim in such a way that the confidentiality of the information is protected as much as possible from outside persons.<sup>17</sup> Such assessment components may pose new threats to a high degree of confidentiality. It is interesting how correct is the record in Article 10, Paragraph 7 of the Law of Georgia on Mediation on the duty of protection of confidentiality for an indefinite period. In the mediation process, the parties may not be able to evaluate what information they want to store in the future and what information may be intentionally or unintentionally made accessible (disclosed) to the public. Therefore, they did not agree in advance and in writing on the

11 Todua, M., Willems, H., (2006). Law of obligation, Tb., Georgian young lawyers, 7-9.

12 Kharaiashvili, A., (2019). Georgian Business Law Guide and Practical Exercises, Tb., 95.

13 Civil Code of Georgia, 26/06/1997. 786, V Book, I Section, Chapter 3, <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115>> [Last seen: 7 December, 2021]

14 Qatamadze, D., (2021). Stress identified in the mediation process and ways to reduce it, The Importance of Mediation and Development Perspectives in Georgia, Tb., 68-69.

15 Oberman, S., (2012). Confidentiality in Mediation: an application of the right to privacy, Ohio state journal on dispute resolution, Vol 27:3, 541.

16 Oberman, S., (2012). Confidentiality in Mediation: an application of the right to privacy, Ohio state journal on dispute resolution, Vol 27:3, 550-551

17 Explanatory card on the draft law of Georgia on Mediation, registration N07-2/319/9, 2017, 9.

period of their confidential storage. Over time, information that is no longer confidential may be disclosed by the information holder himself or by any person involved in the mediation without thinking, and this in itself may produce problems in the area of confidentiality. Therefore, it may be appropriate to have a record in the future in Georgian law following the German model: After the mediation is completed, if the information is already clear, open, and revealed to everyone, there is no legitimate interest to keep confidentiality of that information and is no longer subject to the protection of confidentiality principle.

### 3. ENTITIES BOUND BY THE DUTY OF PROTECTION OF CONFIDENTIALITY

#### 3.1. Parties and representatives of the parties

The parties have the right to choose a mediator at their discretion. The initiating party of mediation may send a written invitation to the other party to resolve the dispute through mediation.<sup>18</sup> The other party may accept the invitation or decline it. Only after the voluntary consent of both parties do the parties begin to establish rules and select a mediator. In the case of private mediation, in the event of concluding a mediation agreement, the principle of confidentiality applies only to persons signing the contract, therefore it will be better if third parties who will be involved in the mediation process will sign that contract at the same time as the disputing parties, representatives and the mediator will sign.<sup>19</sup> It is important to note that the parties should be interested in each other, have positions that share and reconcile the interests of both parties. This will help the mediator to plan the agenda and manage the mediation process effectively. The parties should also observe their relationship separated from

18 Steven, M., Austermiller, Delaine R. Swenson, 2014. *Alternative dispute resolution Georgia: A textbook of essential concepts*, Meridiani, Tb., 150.

19 *Erskine White et al v. Susan A. HOLTON, dba Gabriel Ames Associates*, Superior Court No. 927915E, Oct.4, 1993.

mediation if this relationship continues.<sup>20</sup> The representative, together with the party, should select a mediator with the appropriate skills for the case. Representatives of the parties should also be able to: A) work on the conditions voiced in the mediation process; B) draft an act of agreement and legal interpretation; C) termination of mediation in case of its ineffectiveness and disadvantageous (perspectiveless).<sup>21</sup>

#### 3.2. Mediator, third parties

Compliance of the mediator with the best standards is not enough to successfully manage mediation, it is necessary for the mediator to develop certain skills, for example: Ability to search for alternative ways, ability to obtain the necessary information based on questions, ability to raise necessary issues under the status of a neutral third party.<sup>22</sup> The mediator can use paraphrasing, which will allow the parties to see the situation or facts from a different angle, and as a result, parties can change their behavior. The purpose of paraphrasing is to transform an aggressive environment into a friendly situation and to try to move the parties from the positioning stage to the representation of their interests. In the presence of a strong emotional background, the parties sometimes think the problem or complaint is unacceptable and absolutely unsolvable, here too the mediator can change the wording of the complaint to show the party that the problem is solvable if he wishes.<sup>23</sup> Under German law, third parties, such as mediator assistants, who have an obligation not to disclose information about the mediation process, may be involved in mediation in addition to the parties and the mediator,

20 Kandashvili, I., (2019). *Judicial and Non-Judicial Forms of Alternative Dispute Resolution on the Example of Mediation in Georgia*, Tb., Publishing world of lawyers, 191-192.

21 *Ibid*, 203-204.

22 Gurieli, A., (2019). *Judge as a mediator*, Journal "Law and World", N11, 47.

23 Steven, M., Austermiller, Delaine R. Swenson, 2014. *Alternative dispute resolution Georgia: A textbook of essential concepts*, Meridiani, Tb., 162-163.



however, with the consent of the parties, experts, or neighbors involved in third parties are not bound by this obligation.<sup>24</sup> According to Georgian law, participants in mediation are prohibited from using information obtained during the mediation process in court. Thus, we must assume that the general rule applies to third parties as well: the mediation process is confidential. Therefore, logically they should not have the right to disclose information. However, we do not find a specific entry on this issue in the Law on Mediation, It is also unclear after the completion of mediation according to Paragraph 7 of Article 10 of the Law of Georgia on Mediation, whether the third party is also implied in the obligation to protect the confidentiality and this poses a problem. In my opinion, it is better to include third parties in the record of this paragraph. Moreover, the Minister of Health, Labour and Social Affairs of Georgia can be considered as a third party in labor disputes. The Minister has a wide range of powers in process of collective dispute mediation.

## 4. BUSINESS MEDIATION AND INTERNATIONAL ACTS

### 4.1. Recommendations for successful mediation

When it comes to business mediation, one type of effective mediation can be considered interest-based mediation. Institutional commercial mediation is a court-free process of private mediation that conforms to the usual characteristics of modern mediation, but for various reasons, it is less commonly used by foreign enterprises.<sup>25</sup> Recommendations for successful completion of business mediation are:

- Creativity of the mediation process (invitation of experts in the presence of the parties);
- to have fun in process of mediation. The

process of mediation is mostly tense and emotional background prevails, especially tiring when this process takes hours. Therefore, a little humor and laughter will help the mediation process;

- Patience, listening carefully to the problems of the disputing parties. the glacial pace of offer and demand can be frustrating and can lead to a worsening of the situation, so it is best when the parties continue a productive discussion;
- realistic evaluation of the case and flexibility;
- mediation is not a trial. Subject to the variances due to case complexity, very little is gained, and much might be lost than would be possible through court. The goal of mediation is to reach a compromise, not establish victory.
- Design a process that works for your client. In multi-party business disputes it maybe essential that the process be segmented. It is necessary to listen to all parties separately if the emotional background prevails;
- Identification of goals – The mediator should be able to assist the party representative or the party itself in planning a wide range of settlement options and finding ways to resolve them, as well as in determining the predicted outcomes of the mediation process.<sup>26</sup>

In 2020, the pandemic of the Covid-19 plunged the whole world into a deadlock, with many commercial relations suspended without the fault of the parties, hence the courts of the whole world are preparing for the tsunami of legal cases arising from the pandemic, And the main thing for business is to survive this global economic downturn, which will depend on a timely and commercially reasonable solution to the dispute, and mediation can be considered an effective tool.<sup>27</sup>

24 Tvauri, R., (2015). Standard of Binding by Confidentiality Principle in Mediation Process, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", 31.

25 Chan, Ch. H., Peter Ch., (2014). Mediation Operations for Resolving Commercial Disputes in China, Journal "Revista Chilena de Derecho", Vol. 41, N1, 153.

26 Holzberg, R., (2013). 10 tips for a successful mediation, Connecticut law tribune, Pullman&Comley, 1-4.

27 Alexander, N., (2020). Mediation: the new normal? 245, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3742561>>.

Detailed protocols as to the conduct of on-line hearings have been almost universally developed by both courts and arbitral institutions, focusing on fairness, efficiency, use of innovative technology, confidentiality and cybersecurity. Legislation adopted in response to the pandemic in the jurisdictions surveyed by the International Bar Association is largely focused on public health.<sup>28</sup> As the pandemic's impact has continued, many stakeholders have increasingly used innovative digital technology, flexible scheduling and flexible cost structures. Innovative digital technology being used for dispute resolution proceedings includes document management and automated docketing, blockchain, visual perception tools (including facial recognition technologies, radar, light detection and ranging (LIDAR) and ultrasound sensors) and etc.<sup>29</sup>

#### 4.2. The issue of mediation confidentiality and autonomy under the UNCITRAL Model Law

The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) was established for the facilitation of international trade, as well as to modernize and unify it.<sup>30</sup> UNCITRAL plays an important role in developing that framework in pursuance of its mandate to further the progressive harmonization and modernization of the law of international trade by preparing and promoting the use and adoption of legislative and non-legislative instruments in a number of key

areas of commercial law.<sup>31</sup> In 2018, the UN General Assembly adopted a resolution emphasizing the importance of mediation.<sup>32</sup> The UN Assembly Resolution on the Model Law mentions the benefits of mediation, which are related to the unloading of justice, the elimination of tensions, and the chance to continue commercial relations as opposed to litigation. Under Paragraph 3 of Article 1 of Model law on international commercial conciliation, the conciliator assists the disputing parties to settle the dispute amicably, although the conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute. Articles 8 and 9 of the Model Law are noteworthy. Article 8 regulates the disclosure of information provided specifically by a party, according to which when the conciliator receives information concerning the dispute from a party, the conciliator may disclose the substance of that information to any other party to the conciliation. However, when a party gives any information to the conciliator, subject to a specific condition that it be kept confidential, that information shall not be disclosed to any other party to the conciliation.<sup>33</sup> Article 9 regulates the issue of privacy in general, according to which unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation/mediation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement

28 Rooney, K., (2021). International Bar association, The Global Impact of the Covid-19 Pandemic on Commercial Dispute Resolution in the First Year, introduction, <<https://www.ibanet.org/global-impact-covid-19-pandemic-dispute-resolution>> [Last seen: 7 December, 2021]

29 Rooney, K., International Bar association, 2021. The Global Impact of the Covid-19 Pandemic on Commercial Dispute Resolution in the First Year, introduction, <<https://www.ibanet.org/global-impact-covid-19-pandemic-dispute-resolution>> [Last seen: 7 December, 2021]

30 Tsuladze, A., (2017). Comparative Analysis of Georgian Judicial Mediation, Tb., Publishing world of lawyers, 51-52.

31 United Nations Office at Vienna, A guide to UNCITRAL (basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law), English, Publishing and Library Section, January 2013.

32 United Nations General Assembly, Resolution on Model law on international commercial mediation and international settlement agreements resulting from mediation of the united nations commission on international law, Seventy-third session, Distr: General, 3 January 2019, A/RES/73/199.

33 Resolution of United Nations General Assembly, Model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, Annex model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, fifty-seventh session, distr: General, 24 January 2003, A/RES/57/18, article 6. <<https://undocs.org/A/RES/57/18>>, [Last seen: 28 November, 2021].

agreement.<sup>34</sup> Thus, there is a small difference between disclosing the essence of the dispute and information protected by the principle of confidentiality in general.

## 5. LEGITIMATE GROUNDS FOR BREAKING CONFIDENTIALITY

### 5.1. Confidentiality – Relative or Absolute value?

Civil rights are a power granted by civil law to protect the interests of private individuals.<sup>35</sup> The right to confidentiality is also the right of the subject, but in order to determine its nature, it is necessary to consider absolute and relative categories. The categories of absolute and relativity are considered to be ontological fundamental categories of philosophical discipline. Absolute in itself is considered to be eternal, independent of another event. As for relativity, it is matched by the word "relative. According to the ontological opinion, relativity is defined as dependent on others. Consequently, an event of relativity cannot exist independently. These are philosophical beginnings reflected in relativistic and absolute right. A characteristic of a relative right is that a legal relationship arises between specific individuals. For example, it is based on a contract.<sup>36</sup> Absolute rights include personal rights as well as ownership over the intangible property same as The right of property, which is important from an economic point of view, and relative rights include requirements (claim-right) and Privilege-rights.<sup>37</sup>

34 Resolution of United Nations General Assembly, Model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, Annex model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, fifty-seventh session, distr: General, 24 January 2003, A/RES/57/18, article 9.

35 Commentary on the Civil Code, Book I, Property Law, Editor-in-Chief: Chanturia L., (2017), Tb., 42, 54-55.

36 Bichia M., Bichia M., Methodological Issues of Public Legal Relations, 2010, TSU "Journal of Law", N1-2, 85-86.

37 Editor-in-Chief: Chanturia L., Commentary on the Civil Code, Book I, Property Law, 2017, Tb., 42, 54-

Requirements and Privilege-rights are often found in contractual relations and are an integral part of economic space. In this regard, confidentiality is a means of unilaterally influencing the relationship between the disputing parties, and it gives rise to a claim of relativity nature from a particular situation, namely, within the framework of a confidentiality agreement, but, on the other hand, confidentiality, as the absolute value does not have a statute of limitations under national law, any information entrusted in the mediation process is subject to protection for an indefinite period.

### 5.2. Legitimate grounds for interference with confidentiality

#### A. Protection life, health, or best interests of minors

Life is the supreme value of man, from which derives freedom, human mental development, and human happiness. The right to life itself protects the natural existence of humans and at the same time creates a precondition for the enjoyment of other human goods.<sup>38</sup> There are some legal justifications for breaking the seal of confidence established in the mediation conference.<sup>39</sup> According to the Law of Georgia on Mediation, one of these purposes is to protect life and health. The purpose should be obvious, the protection of these virtues should be necessary for the moment (in the present), the danger should be real and not hypothetical. As an example of a legitimate public purpose, the Constitutional Court noted that any interference with human rights in the absence of a legitimate public purpose is arbitrary.<sup>40</sup>

55.

38 Batiashvili, I., (2020). The right to life – the white garment of the Constitution, Faculty of Law and International Relations of Georgian Technical University Journal, "Lawyer", N9, 95.

39 Gibson, K., (1992). Confidentiality in mediation: a moral reassessment, Journal of dispute resolution, Vol., N1, Art.5, 29.

40 Constitutional Court of Georgia I Panel, №1/4/693,857 Judgment in the case of NNLE "Media Development Fund" and NNLE "Institute for Development of

As far as the best interests of minors are concerned, the communication produced in the mediation process cannot be covered under the privilege if it concerns the protection of a child/adolescent. Attention should be paid to the Uniform Mediation Act, according to which, regardless of the exceptions under which the mediator is obliged to waive the privilege of confidentiality, the mediator should be limited to providing simple (formal, dry) information about the conduct, completion, mediation, and settlement of the mediation process between the disputing parties to the bodies that may decide the fate of the dispute between the parties.<sup>41</sup> By the Code on the Rights of the Child, when determining and evaluating the best interests of the child, the realization of the right to development in the family environment, social characteristics, his/her views, ensuring equality and protection from violence are taken into account.<sup>42</sup> It is interesting to see how the interests of the child and also the parents are protected in the Florida dispute resolution center's ADR resource handbook, according to which, records and reports on child abandonment or child abuse are kept confidential by the Department of Health in order to protect the rights of the child, the child's parents, or other persons responsible for the welfare of the child in the process of alternative dispute resolution.<sup>43</sup>

#### **B. To confirm mediation arrangements; For voluntary execution or forced execution**

The legitimate grounds for breaking confidentiality – to confirm mediation, voluntarily or compulsorily, based on another decision having binding legal force – will make it clear that not all confidential communications are protected by privilege and all privileged information is confi-

dential.<sup>44</sup> However, privilege and confidentiality are not absolute values and the existence of exceptions is aimed at striking a balance between public and private interests.<sup>45</sup> Confidentiality in mediation is one of the prerequisites for a safe environment for both the parties and the mediator. However, this particular exception to the "blanket" rule, which obliges the mediator to break the principle of confidentiality to enforce mediation settlement, poses some risks to the mediator himself. The mediator should not move to the position of a witness at the moment of disclosure of confidential information to execute a mediation settlement. As of today, according to the imperative record of the Civil Procedure Code of Georgia, a person participating in the mediation process may not be called as a witness and questioned in connection with the confidential information that became known to him/her during the mediation process.<sup>46</sup> This record and Paragraph 5 of Article 10 of the Law of Georgia on Mediation, according to which information may in exceptional cases be disclosed only adequately and proportionate to legitimate aim in order to be maximally protected from making accessible (disclosing) to the public – this is a shield designed to protect the neutrality of the mediator and his profession.<sup>47</sup> There are differing views on the issue of confidentiality in mediation, although interesting from the Massachusetts court rulings in the United States is the unpublished opinion of of a single justice of the Appeals Court, Judge Cynthia Cohen, in 2002.<sup>48</sup> According to the facts, the mediator was summoned to the court of the

Freedom of Information" against the Parliament of Georgia, 7/06/2019, <<https://constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=1268>> [Last seen: 7 December, 2021]

41 Tsuladze, A., (2017). Comparative Analysis of Georgian Judicial Mediation, Tb., Publishing world of lawyers, 142.

42 The Code of the Rights of the Child, 20/09/2019, 5004-1b, Article 5.

43 Office of the state courts administrator, Supreme Court of Florida, the Florida dispute resolution center's adr resource handbook, 2020, 25.

44 Kandashvili, I., (2019). Judicial and Non-Judicial Forms of Alternative Dispute Resolution on the Example of Mediation in Georgia Tb., Publishing world of lawyers, 103.

45 Adeishvili, Q., (2018)-2019. The Role of the Confidentiality in the Mediation Process, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 54.

46 Civil Procedure Code of Georgia, 14/11/1997, 1106, Book I, Section III, 141 Article.

47 Law of Georgia on Mediation, 18/09/2019, 4954-1b, Article 10.

48 Burge, K., Boston, Globe, 2002. <[https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602\\_chancellor.htm](https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602_chancellor.htm)> [Last seen: 8 December, 2021].

first instance to testify whether an agreement had been reached between the parties and the relevant materials was submitted, at the same time, the judge substantiated the fact of summoning the mediator as a witness by arguing that the privilege of confidentiality is enjoyed by the parties and not the mediator. Therefore, if the parties refuse to protect the confidential information or as a result of their actions it is necessary to disclose this information, the mediator is obliged to testify in court.<sup>49</sup> The mediator appealed the ruling to a single justice of the Appeals Court and Single Justice found that whether or not the parties have chosen to maintain the confidentiality of the mediation does not permit a party to compel the mediator to testify and to require the mediator to reveal communications made in the course of the mediation. Compelling such testimony, even if potentially helpful to the motion judge's decision on the merits of the parties' dispute, would conflict with the plain intent of the statute to protect the mediation process and to preserve mediator effectiveness and neutrality. Contrary to this, can be cited the law on mediation implemented in Turkey and Article 5 of the Normative Act on Civil Disputes, according to which the mediator has the right to appear in court as a witness if there is a written consent of the parties.<sup>50</sup> According to the national legislation, the issue of confidentiality of any information under a written agreement may be the subject of mutual agreement between the parties, which raises the question of whether the party is allowed to request more information from the mediator to confirm the mediation settlement in court. In addition, if we look at Paragraph 2 of Article 10 of the Law of Georgia on Mediation, the mediating parties may not use the information protected by the confidentiality Article in court. But if there is

a written agreement between the parties on the non-confidentiality of the information, will the information no longer be logically protected under the article of confidentiality, and in this case, it is even possible to use such information in court? In my opinion, it is better to improve the national legislation in this regard as well.

### C. Fulfillment of the legal obligation undertaken before the initiation of mediation (Limited Disclosure)

To fulfill the legal obligation undertaken before the initiation of the mediation, one of the parties may disclose the information that became known during the mediation process, taking into consideration the fact that the disclosed information shall be limited to the maximum extent. The legal obligation undertaken before the initiation of the mediation a party may have to an outside person who is not involved in mediation at all. For example, if a business entity got information in the mediation process that it will be more profitable to repay the loan this year than to repay the loan monthly, it may use this information in consultation with other persons or lender to be able to fulfill its legal obligations. At the moment of disclosing this information, the party should take into consideration the fact that the disclosed information shall be limited to the maximum extent.

### D. The disclosure of the information is necessary for the investigation of a particularly serious crime

One of the preconditions for breaking confidentiality is to reveal facts containing information about the crime in the mediation process.<sup>51</sup> According to our legislation, at this time the information should be disclosed as small amount as possible and the respective party shall be preliminarily notified. The Georgian Law on Mediation does not pay attention to other specific details, for example, a crime already committed, a crime planned in the future, or both. If you look at part of international prac-

49 Jerome, B., Mediation confidentiality: who, what, where, when, how?, Massachusetts dispute resolution service, <<https://www.mdrs.com/faqs/mdrs-articles/mediation-confidentiality-who-what-where-when-how/>> [Last seen: 8 December, 2021].

50 Dursun, A., (2017). The principle of confidentiality in mediation and the role of confidentiality in commercial mediation, Afro Eurasian studies journal, Vol. 6, Issue 1&2, 23.

51 State v. Castellano, 460 So. 2d 480 (Fla. Dist. Ct. App. 1984), <<https://casetext.com/case/state-v-castellano>>. [Last seen: 7 December, 2021].

tice, confidentiality can be broken if you have facts about the crime, for example, features of planning, attempting to commit or committing a crime, covering up criminal acts, or the existence of violence.<sup>52</sup> In this case, the existence of reasonable suspicion is of great importance, which means that the signs of crime should actually appear in the disclosed information.

#### **E. the information disclosed during the mediation process on the condition of maintaining confidentiality received before the initiation of mediation or from a public space**

The purpose of confidentiality is to reduce the parties' fear of sharing information so that the problem can be better understood and the parties themselves can find ways to solve the problem. If real information is not exchanged, the principle of good faith will be violated, and eventually, mediation will not be effective. However, there is a risk that in the event of a failed mediation, the information revealed in the mediation process may be disclosed or misused by another party, as confidentiality does not relate to information known to the party before the mediation or may be obtained through other permissible means.<sup>53</sup> This record puts business entities operating in commercial relationships in an unfavorable position. Requesting public information is not a violation of the law, but it is interesting if the mediation process helped one party in the disclosure of the strategic important information of the other party (meaning: What this information should have been and where it should have been found).

#### **F. To protect the legal interests of the person disclosing (who disclosed) information**

In the event of a legal or disciplinary dispute arising out of the mediation process, the person

against whom the legal dispute is directed is allowed to disclose only the information based on which he will be able to defend his interests. The parties involved in mediation are obliged to keep the information disclosed in the mediation process confidential. "Internal" and "external" confidential information differs from each other. When it comes to maintaining confidentiality in the internal circle of information, that is, when there is an exchange of information between the party and the mediator, the protection of confidentiality is the responsibility of the mediator. Therefore, the mediator's activities may be based on (a) open communication or (b) confidentiality approaches. In open communication, information is protected by the principle of confidentiality not from other participants in the mediation, but from outside third parties, which means that persons involved in mediation (experts, parties, support staff) for whom this information is known should not disclose confidential information to third parties.<sup>54</sup> During open communication in mediation, experts may be provided with a certain amount of information, and if the litigant imposes liability on the mediator for disclosing relevant information to those involved in open communication, the mediator may justify his/her position and can reveal relevant information from open communication during a current dispute against him/her. In this way, the mediator will be able to protect his/her interests.

Confidential information may be disclosed to an authorized person or body only to the extent that is adequate and proportional to the legitimate purpose so that the confidentiality of the information from a third person is maintained to the maximum extent. The requirement of the principle of relevant, which in itself implies proportionality, states that any restrictive measures of right should be effective, admissible, and necessary to achieve the legitimate aim pursued.<sup>55</sup>

52 Tetunic, L. F., (2011). Act Deux: Confidentiality Adter the Florida Mediation Confidentiality and Privacy Act, „Nova Law Review“, Volume 36, Issue1, 83. <<https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&-context=nlr>> [Last seen: 7 December, 2021]

53 Beradze, S., (2017). Specificity of Confidentiality Protection in Mediation Process, Journal “Alternative Dispute Resolution-Yearbook“, Winning articles in the National Competition for Mediation Articles, 50.

54 Bichia, M., (2020). Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning, Journal "Law and World", 6(2), 194-196. <https://doi.org/10.36475/6.2.15>

55 Constitutional Court of Georgia II-60, №3/1/512 Judgment in the case of "Danish citizen Heike Kronkvist v. Parliament of Georgia", 26/06/2012.

to achieve the legitimate aim pursued – Protection of the confidentiality of personal information – the following record can be considered as a useful (effective) tool: the adequate and proportional extent to the legitimate aim.

### **G. Disclosure of information is determined by a court or by other legally binding decisions**

On this basis, the court has the right, for any lawful reason, to request the mediation participants to disclose the information revealed in the mediation process. This rule calls into question the high standard of the principle of confidentiality, as its wording is general. However, if we rely on international customary law mediation practice, courts should use a four-part test when evaluating the claim for the privilege of confidentiality, one of the main components of which – the damage caused to the parties as a result of the disclosure of communications must be greater than the benefits received as a result of the disclosure to the court.<sup>56</sup> Therefore, all judges should be aware that adhering to the principle of confidentiality in mediation is vital.

## **6. BREAK OF THE DUTY OF PROTECTION OF CONFIDENTIALITY AND ITS LEGAL CONSEQUENCES**

### **6.1. The essence of the break of confidentiality and the forms of expression (declaration)**

Labor relations begin on the basis of an employment contract between the employee and the employer, which is based on equality and free will.<sup>57</sup> The danger of illegitimate break of the principle of confidentiality can be seen in the record of the Labor Code, according to which the

Minister has the right to request from the mediator to submit a report on the dispute. While all internal communications are under the shield of privacy, the employer in this case finds itself in a situation where its commercial secrets and its reputation are threatened. Business entities communicate and interact with each other, so it is essential for them not to disclose their commercial secrets and to be protected from publicity. Therefore, the Minister's authority to request a report is somewhat in conflict with Paragraph 9 of Article 63 of the Labor Code of Georgia, which protects the confidentiality of collective disputes and obliges the mediator not to disclose information that became known to him during the mediation process.<sup>58</sup> The mediator should try to identify the interests of the parties, the needs and make them perceptible to both parties, for this purpose separate meetings are held with the parties. One of the tasks of separate meetings may be to organize the making an offer, in particular, after a separate meeting, the mediator notifies the other party of the information or offer.<sup>59</sup> At this point, the internal confidentiality standard is at stake, as the mediator may inadvertently and unintentionally transfer strategic and key information of one party while sharing information with the other party. Giving false facts deliberately (intentionally) to the other party, of course, complicates the dispute and raises the question of whether false information is generally protected by mediation confidentiality or not? If we follow the general rule, all information in the mediation enjoys confidentiality, although there is an opinion on the ethical obligation that if the party is aware of the falsity of the information provided by the other party, this information is not protected by confidentiality.<sup>60</sup> Nevertheless, the disclosure of confidential information in the mediation process due to the disclosure of the disputing party's action

56 Brown, K., (1991). Confidentiality in mediation: status and implications, *Journal of dispute resolution*, Vol, Iss. 2, 315.

57 Takashvili, S., (2014). The Importance of Mediation as a Form of Alternative Dispute Resolution in the Process of Collective Labor Dispute Discussion and Settlement, *Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook"*, 48.

58 Labour Code of Georgia, 17/12/2010, 4113-66.

59 Tvauri, R., (2015). Standard of Binding by Confidentiality Principle in Mediation Process, *Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook"*, 27.

60 Kalandadze, D., (2018)-2019. The Principle of the Confidentiality in the Mediation Process and Georgian Legislative Reality, *Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook"*, special edition, 36.

and dishonesty cannot be considered as a legitimate basis for break (breach) of confidentiality under current national law.<sup>61</sup>

## 6.2. Legal consequences of break of confidentiality

For the mediation process to be successful, it is necessary for the parties to "open up" due to the informal nature of mediation, which allows the parties to speak freely about facts, interests, emotions and opportunities.<sup>62</sup> During mediation between business entities, both parties may disclose confidential and potentially threatening unfavorable information to them in the hope that this information will remain absolutely confidential. In such commercial disputes, where the dispute is over a large amount of money, it is important for both parties that third parties couldn't be informed about details of the mediation process, as disclosing certain information could severely damage their reputation and business relationships (current and future).<sup>63</sup> The direct addressee of the unfair outcome is the mediation professional community, whose mission is that people should see mediation as an indispensable, effective, and demanded means of resolving disputes.<sup>64</sup> Statements and offers protected by the Confidentiality Privilege during mediation should be processed in such a way that they shouldn't be disclosed, and in case of damage, should be reimbursed.<sup>65</sup> Ultimately, the legal consequence of a breach of confidentiality may be the possi-

bility of compensation (redress) by civil proceedings. Breach of confidentiality can cause both moral and property damage. For example, as a result of disclosure of confidential information of party, if its business reputation is damaged, a party may seek redress (compensation/reimbursement).<sup>66</sup> In some countries, breach of confidentiality leads to more serious consequences, such as imprisonment for up to 6 months and removal from the register of mediators.<sup>67</sup>

## 6.3. Reality and challenges

The high level of public trust in the mediator contributes to the development of mediation in commercial disputes.<sup>68</sup> However, when national law sets out a rich list of legitimate grounds for a break of confidentiality, the integration of mediation into commercial disputes is jeopardized. One of the grounds for the break of confidentiality – The obligation to disclose information by another court decision – is a general record. However, according to the principle of confidentiality, the court should only request the disclosure of information directly related to the case and be limited to the materials related to the case. Most importantly, the judge must be able to compare (appreciate) the harm caused by the breach of confidentiality with the benefit of the information presented in court. the limitation (specific proviso) on disclosure to the authorized person or body of confidential information, means that disclosure of information may be done only adequately and proportionate to the legitimate aim. The legitimate aim – to protect the confidentiality of personal information – can be considered as the useful tool, as the definition of the principle of proportionality according to the practice

61 *Ibid.*, 28.

62 Tvauri, R., (2015). Standard of Binding by Confidentiality Principle in Mediation Process, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", 26.

63 Bichia, M., (2020). Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning, Journal "Law and World", 6(2), 194-196. <<https://doi.org/10.36475/6.2.15>>

64 Chitashvili, N., (2016). Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 13.

65 Bichia, M., (2020). Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning, Journal "Law and World", 6(2), 193. <<https://doi.org/10.36475/6.2.15>>

66 Civil Code of Georgia, 26/06/1997, 786, Book I, Section I, Chapter I, Article 18.

67 Dursun, A., (2017). The principle of confidentiality in mediation and the role of confidentiality in commercial mediation, Afro Eurasian studies journal, Vol. 6, Issue 1&2, 23.

68 Chitashvili, N., (2016). Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 21.



of Georgian justice implies (means): the state should establish a fair balance, in the form that the protected value should exceed the interest of the protection of the limited right.<sup>69</sup>

Under national law, all mediators are required to inform the parties of the legitimate grounds for restricting confidentiality, although publicly held myths about the absolute immunity of mediation may harm the party, manifested by the party's misunderstanding of the information. The mediator must be sure that the mediation parties have made informed decisions.<sup>70</sup> It is also essential that Paragraph 2 of Article 10 of the Law of Georgia on Mediation obliges participants in mediation to maintain confidentiality. Fear of business entities about disclosure of commercial secrets to third parties during mediation, may be diminished by the existence of legitimate grounds for the break of the confidentiality and relative concepts (adequate and proportionate extent). Due to the above mentioned, the national law requires the maximum protection of disclosed information from a third party.

Thus, the principle of confidentiality does not enjoy absolute immunity, and due to the free space of mediation, besides legitimate restrictions, they may be breached as a result of factual circumstances not written in the legislation. Confidentiality may be waived by the parties based on a written agreement, which they certify by signing, and therefore the information disclosed to each other during the mediation process may be used as evidence in court.<sup>71</sup> Nevertheless, this can not be a reason for the parties to ask the mediator to submit records of this information in court. As the scope of the obligation to disclose information is not strictly defined in this context, the mediator should insure himself and destroy

after completion of the mediation the materials obtained as a result of the communication. I think a higher standard of confidentiality will emerge by law if the mediator will be obliged to destroy the materials. Also, determination of the information received before the initiation of mediation or from public space as legitimate grounds for the break of confidentiality puts business entities operating in commercial relationships in an unfavorable position. Requesting public information is not a violation of the law, but it is interesting if the mediation process helped one party in the disclosure of the strategic important information of the other party (meaning: What this information should have been and where it should have been found). the record that disclosure of confidential information to the authorized person or body may be done only adequately and proportionate to the legitimate aim can be considered as a useful tool. It should be noted that from 2013 to December 10, 2021, 422 cases were transferred to the Mediation Center of the Tbilisi City Court. According to the statistics of 2021, there are 28 legal disputes related to business disputes; Labor Law – 27 disputes; Also, 33 current loan and microfinance disputes are recorded in the mediation center.<sup>72</sup> The settlement rate is 60-70%, and disputes arising from microfinance, labor, commercial, and family relations have particularly successful results.<sup>73</sup>

## CONCLUSION

Justice is the best way to maintain the balance of interests since mediation allows the parties to make a joint voluntary and desirable decision in terms of fairness seen from their perspective.<sup>74</sup> However, the different perceptions of justice by the parties, which may be associated with victory for any party using all methods, hurt the bona fide party (in good faith party) because

69 Constitutional Court of Georgia II-28, №3/1/752 Decision on the case "(NNLE) " Green Alternative "v. Parliament of Georgia", 14/12/2018.

70 Brooker, P., (2013). Mediation law journey "through institutionalism to juridification", routledge, Britain, 255.

71 Adeishvili, Q., (2018)-2019. The Role of the Confidentiality in the Mediation Process, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 65.

72 Tbilisi City Court, N2-4118/4363203, 13/12/2021.

73 *Ibid.*

74 Chitashvili, N., (2016). Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 9.

it cannot use the information entrusted in the mediation process in court to substantiate own assumptions. Confidentiality is also a kind of hybrid in the legal-philosophical sense. Under national law, protection of information for an indefinite period reminds us of the category of absolute rights, however, the specifics of the relationship of the mediation and the accompanying process (allows individuals to demand from each other to protect information under the principle of confidentiality) are clearly relativistic.

On the one hand, Article 10 of the Law on Mediation allows the disputing parties to waive their confidentiality in writing, though on the other hand, the mediator's obligation how to act in this case is not provided by law. It is important to note the obligation to keep confidentiality for an indefinite period after mediation. In the mediation process, the parties may not be able to evaluate what information may become useless in the future and this in itself may produce problems in the area of confidentiality. This case is directly related to the legitimate basis of the break of confidentiality, in particular, it will not be considered as a breach of confidentiality by the parties involved in mediation if the information is made accessible (disclosed) to the public by other means.

In collective disputes, the right of the Minister of Labor, Health and Social Affairs to receive a report from a mediator comes in collision with the requirement of the normative act to the mediator to keep confidential all information entrusted to him during the mediation process. In my opinion, in the future, it would be better to add another paragraph to Article 63 of the Labor Code of Georgia, which will clearly define what kind of information/report the mediator is obliged to provide to the Minister of Labor, Health and Social Affairs. It should also be considered to what extent the information obtained during the mediation process should be reflected in the report, so as not to violate the principle of confidentiality. In addition, it is necessary to impose an obligation on the participants in mediation under Paragraph 2 of Article 10 of the Law of Georgia on Mediation (both during the mediation process and after

its completion), which is so far only implied in the general rule of confidentiality.

It is also important to analyze three records:

A) a text recorded in the Code of Civil Procedure, according to which a mediator has no right to appear in court as a witness;

B) According to the first paragraph of Article 10 of the Law on Mediation, the parties may, by a written agreement, protect certain information on the principle of confidentiality or refuse it at all;

C) According to Paragraph 2 of Article 10 of the Law on Mediation, information protected by Article 10 may not be used in court.

Any information that the parties in writing agree to disclose will no longer be considered confidential information. This gives us reason to assume that this information is no longer subject to Article 10 of the Law on Mediation consequently, the use of this information in court will not be considered a breach of confidentiality. Moreover, there is a record in the Code of Civil Procedure that the court will not accept the information received from the mediation process as evidence unless the parties agree in writing about this matter.<sup>75</sup> However, since this is an assumption, it is better to mention in Paragraph 2 of Article 10 of the Law on Mediation that this rule applies to the information on the confidentiality or disclosure of which the parties have not agreed in an additional written form, although this rule or a different agreement between the parties does not oblige the mediator to disclose the information which he holds.

Ultimately one of the important functions of a mediator for the successful completion of mediation in business disputes is to focus on the interests of the parties and to be able to separate them from the positions of the parties. The mediator should be able to remove the emotional background in the business relationship and transform it into an interest-based mediation process to avoid the breach of the principle of confidentiality.

<sup>75</sup> Civil Procedure Code of Georgia, 14/11/1997, Book I, Section III, Article 104.

## BIBLIOGRAPHY:

## Georgian normative material

1. Civil Procedure Code of Georgia, 14/11/1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [Last seen: 30 November, 2021]
2. Civil Code of Georgia, 26/06/1997, 786, <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115>> [Last seen: 7 December, 2021]
3. Law of Georgia on Mediation, 18/09/2019, 4954-ლს, Article 10.
4. The Code of the Rights of the Child, 20/09/2019, 5004-ლს, Article 5.
5. Labour Code of Georgia, 17/12/2010, 4113-ლს.
6. Constitutional Court of Georgia II-60, №3/1/512 Judgment in the case of "Danish citizen Heike Kronkvist v. Parliament of Georgia", 26/06/2012.
7. Explanatory card on the draft law of Georgia on Mediation, registration N07-2/319/9, 2017, 9.
8. Constitutional Court of Georgia II-28, №3/1/752 Decision on the case "(NNLE) " Green Alternative "v. Parliament of Georgia", 14/12/2018.
9. Constitutional Court of Georgia I Panel, №1/4/693,857 Judgment in the case of NNLE "Media Development Fund" and NNLE "Institute for Development of Freedom of Information" against the Parliament of Georgia, 7/06/2019, <https://constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=1268>. [Last seen: 7 December, 2021]
10. Tbilisi City Court, Response to Citizen Irina Batiashvili, N2-4118/4363203, 13/12/2021.
11. Tbilisi City Court, N2-4118/4363203, 13/12/2021.

## Georgian literature

1. Adeishvili Q., The Role of the Confidentiality in the Mediation Process, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 2018-2019, 54, 65.
2. Batiashvili I., The right to life – the white garment of the Constitution, Faculty of Law and International Relations of Georgian Technical University Journal, "Lawyer", N9, 2020, 95.
3. Beridze Q. Divorce, Child and Family Mediation, The Importance of Mediation and Development Perspectives in Georgia, Tb., Ilia state University, 2021, 74.
4. Beradze S., Specificity of Confidentiality Protection in Mediation Process, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", Winning articles in the National Competition for Mediation Articles, 2017, 50.
5. Bichia M., Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning, Journal "Law and World", 6(2), 2020, 194-196.
6. Bichia M., The Georgian Model of Compensation of Non-property Damage for Violating Personal Rights in Line with European Standards, TSU "Journal of Law", N1, 2017, 16, 23.
7. Bichia M., Bichia M., Methodological Issues of Public Legal Relations, TSU "Journal of Law", N1-2, თბ., (2010), 82, 84, 85-86.
8. Gurieli A., Judge as a mediator, Journal "Law and World", Tb., N11, 2019, 47.
9. Tvauri R., Standard of Binding by Confidentiality Principle in Mediation Process, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", 2015, 27, 28, 31.

10. Todua M., Willems H., Law of Obligation, Tb., Georgian young lawyers, 2006, 7-9.
11. Kalandadze D., The Principle of the Confidentiality in the Mediation Process and Georgian Legislative Reality, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 2018-2019, 36, 37.
12. Steven M. Austermiller, Delaine R. Swenson, Alternative dispute resolution Georgia: A textbook of essential concepts, Tb., (2014), 150, 162-163.
13. Supreme Court of Georgia, Practical Recommendations for Judges of Common Courts on Civil Procedure Law, Tb., (2010), 14.
14. Commentary on the Civil Code, Book I, Property Law, Editor-in-Chief: Chanturia L., Tb., (2017), 42, 54-55.
15. Chanturia L., General Part of Civil Law, Tb., Law, 2011, 4-5.
16. Takashvili S., The Importance of Mediation as a Form of Alternative Dispute Resolution in the Process of Collective Labor Dispute Discussion and Settlement, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", 2014, 48.
17. Qatamadze D., Stress identified in the mediation process and ways to reduce it, The Importance of Mediation and Development Perspectives in Georgia, Tb., Ilia state University, 2021, 68-69.
18. Kandashvili I., Judicial and Non-Judicial Forms of Alternative Dispute Resolution on the Example of Mediation in Georgia, Tb., Publishing world of lawyers, 2019, 191-192, 203-204, 103.
19. Chitashvili N., Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation, Journal "Alternative Dispute Resolution-Yearbook", special edition, 2016, 13, 21.
20. Tsuladze A., Comparative Analysis of Georgian Judicial Mediation, Tb., Publishing world of lawyers, 2017, 28, 176-277, 180-183, 84, 86-88, 89, 51-52, 138-140, 161, 142.
21. Kharashvili A., Georgian Business Law Guide and Practical Exercises, Tb., (2019), 95.

#### Foreign language normative material

1. United Nations General Assembly, Resolution on Model law on international commercial mediation and international settlement agreements resulting from mediation of the united nations commission on international law, Seventy-third session, Distr: General, 3 January 2019, A/RES/73/199. <<https://digitallibrary.un.org/record/1659029?ln=en#record-files-collapse-header>>, [Last seen: 28 November, 2021]. (In English)
2. Resolution of United Nations General Assembly, Model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, Annex model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, fifty-seventh session, distr: General, 24 January 2003, A/RES/57/18, < <https://undocs.org/A/RES/57/18>>, [Last seen: 28 November, 2021]. (In English)
3. United Nations Office at Vienna, A guide to UNCITRAL (basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law), English, Publishing and Library Section, January 2013. (In English)
4. Erskine White et al v. Susan A. Holton, dba Gabriel Ames Associates, Superior Court No. 927915E, Oct.4, 1993. (In English)

## Foreign language literature

1. Brooker P., Mediation law journey “through institutionalism to juridification”, routledge, Britain, 2013, 255. (In English)
2. Burge K., Boston Globe, 2002, <[https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602\\_chancellor.htm](https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602_chancellor.htm)> [Last seen: 8 December, 2021]. (In English)
3. Chan Ch. H., Peter Ch., Mediation Operations for Resolving Commercial Disputes in China, Journal "Revista Chilena de Derecho", Vol. 41, N1, 2014, 153. (In English)
4. Dursun A., The principle of confidentiality in mediation and the role of confidentiality in commercial mediation, Afro Eurasian studies journal, Vol. 6, Issue 1&2, 2017, 23. (In English)
5. Freedman L. Prigoffs M., Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal on dispute resolution, Vol 2:1, 1986, 37-38. (In English)
6. Gibson K., Confidentiality in mediation: a moral reassessment, Journal of dispute resolution, Vol. 1992, N1, Art.5, 29. (In English)
7. Hadiati M., Tampi M. M., The Benefit Values of Settling Business Disputes by Means of Mediation in Indonesia, In: “Proceedings of the Arbitration and Alternative Dispute Resolution International Conference (ADRIC 2019)”, Atlantis Press, 2020, 17-19. (In English)
8. Holzberg R., 10 tips for a successful mediation, Connecticut law tribune, Pullman Comley, 2013, 1-4. (In English)
9. Jerome B., Mediation confidentiality: who, what, where, when, how?, Massachusettsdisputeresolutionservice, <<https://www.mdrs.com/faqs/mdrs-articles/mediation-confidentiality-who-what-where-when-how/>>, [Last seen: 8 December, 2021]. (In English)
10. Kerwin J., "How Mediation Works When Both Parties Agree They Need Help Resolving the Dispute. How does mediation work in a lawsuit or other dispute?, the Program on Negotiation at Harvard Law School, 06/12/2021., <<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/navigating-the-mediation-process/>>, [Last seen: 7 December, 2021] (In English)
11. Oberman S., Confidentiality in Mediation: an application of the right to privacy, Ohio state journal on dispute resolution, Vol 27:3, 2012, 541, 550-551. (In English)
12. Office of the state courts administrator, Supreme Court of Florida, the Florida dispute resolution center's adr resource handbook, 2020, 25. (In English)
13. Tetunic L. F., Act Deux: Confidentiality Adter the Florida Mediation Confidentiality and Privacy Act, „Nova Law Review“, Volume 36, Issue1, 2011, 83. (In English)
14. Brown K., Confidentiality in mediation: status and implications, Journal of dispute resolution, Vol. 1991, Iss. 2, 319, 315. (In English)
15. Alexander N., Mediation: the new normal?, 4.12. 2020, 245. (In English)
16. State v. Castellano, 460 So. 2d 480 (Fla. Dist. Ct. App. 1984), <<https://casetext.com/case/state-v-castellano>>. [Last seen: 7 December, 2021] (In English)

# ქონებრივი დავების გადაწყვეტისას კონფიდენციალობის დაცვის ფარგლები მედიაციაში: რეალობა და გამოწვევები

## ირინა ბათიაშვილი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის დოქტორანტი,  
ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის ინსტიტუტის  
მეცნიერ თანამშრომელი, საქართველოს ადვოკატთა  
ასოციაციის ინტელექტუალური საკუთრების  
სამართლის კომიტეტის წევრი

საკვანძო სიტყვები: მედიაცია, კონფიდენციალობა,  
კონფიდენციალურობის დარღვევის ლეგიტიმური  
საფუძვლები და ბიზნესდავები

## აბსტრაქტი

მედიაცია არის მხარეების ინტერესებზე დაფუძნებული პროცესი, რომელიც მედიატორის უფლებებს იმ მოცულობით ზრდის, სადამდეც ამის უფლებას მოდავე მხარეები აძლევენ. მედიაციასთან დაკავშირებული ვაშლის გულისა და ქერქის ამბავიც, თითქოს მარტივად აღიქმება, მაგრამ, ამავდროულად, ის კომპლექსური ხასიათის პრობლემას მოიპოვებს. კოლექტიურ დავებში შრომის, ჯანმრთელობის და სოციალური დაცვის მინისტრის უფლება – მედიატორისგან მიიღოს ანგარიში – გარკვეულწილად კოლიზიაში მოდის ჩანაწერთან, სადაც მედიატორი ვალდებულია, დაიცვას ყველა ინფორმაციის კონფიდენციალობა, რომელიც მისთვის განდობილი გახდა მედიაციის პროცესში. ფაქტია, აღნიშნული

ჩანაწერი ცვლილებას მოითხოვს, რომ დაკონკრეტდეს მკაფიოდ – რა ტიპის და რა ოდენობის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება აქვს მედიატორს მინისტრისთვის. ასევე, ნაშრომში განმარტებულია კონფიდენციალობის დარღვევის ლეგიტიმური საფუძვლები. სასამართლოს სხვა გადაწყვეტილებით ინფორმაციის გამჟღავნების ვალდებულების დროს სასამართლომ მედიაციაში მონაწილეებისგან მხოლოდ საქმესთან პირდაპირ დაკავშირებული ინფორმაციის გამჟღავნება უნდა მოითხოვოს. ამავდროულად, შეზღუდვა, რომ ინფორმაციის გამჟღავნება მხოლოდ კანონიერი მიზნის ადეკვატური და პროპორციული მოცულობით უნდა მოხდეს, დასახული ლეგიტიმური მიზნის – ინფორმაციის კონფიდენციალობის დაცვის – გამოსადეგ საშუალებად შეიძლება ჩაითვალოს. საბოლოო ჯამში ბიზნესდავების მედიაციის წარმატებულად დასრულებისთვის მედიატორის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფუნქციაა ფოკუსირება მოახდინოს მხარეების ინტერესებზე.

## შესავალი

მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული გზა, თანამედროვე მოვლენას არ წარმოადგენს. მას ღრმა ფესვები აქვს ისტორიაში. მედიაციასთან დაკავშირებული ვაშლის გულისა და ქერქის ამბავიც, თითქოს მარტივად აღიქმება, მაგრამ, ამავდროულად, ის კომპლექსური ხასიათის პრობლემას მოიაზრებს. საქმე ისაა, რომ მედიაცია ისტორიული, სოციალური, კულტურული და მოდერნისტული აზროვნების განვითარების შედეგად ჩამოყალიბდა. მოდავე მხარეთა ფსიქოლოგიური პორტრეტის შექმნა, მათი რეალური მოთხოვნების გარკვევა და გაზრდილი სურვილებისა თუ ემოციების გარსის ზედაპირზე წამოტივტივება, კონფიდენციალობის დაცვა და, ამავდროულად, ნეიტრალიტეტის შენარჩუნება – ეს არის ხელოვნება, რომელსაც მედიატორის უნა-

რ-ჩვევები ჰქვია. ბენუამინ ფრანკლინმა თქვა: დრო ფულიაო. ამ ორმა სიტყვამ და კაპიტალისტურმა აზროვნებამ კიდევ უფრო გააღრმავა დავების მოგვარების მარტივი გზების ძიება. სწრაფად, ეფექტურად, ნაკლები ხარჯებითა და მშვიდობიანად, მაგრამ მიზანმიმართულად ქონებრივი დავების გადაწყვეტის ყველაზე კარგი საშუალებაა მედიაცია. მედიაციის მხარეები დავების მოგვარების არა მხოლოდ სწრაფ გზას, არამედ დაპირისპირებულ ინტერესთა თანხვედრის წერტილებს ეძებენ. მედიაციის შედეგი არაა „წაგება-მოგების“ მიღწევა, არამედ მხარეებს შორის დავის მომგებიანად და, ამავდროს, მშვიდობიანად გადაწყვეტა. <sup>1</sup>აქედან გამომდინარე, მედიაცია ქმნის მხარეებისთვის შესაძლებლობას, დავის მოგვარების შემდეგაც განაგრძონ საქმიანი ურთიერთობები.<sup>2</sup>

მედიაციაში კონფიდენციალობის დაცვის ფარგლების როგორც საკანონმდებლო საფუძვლების, ისე პრაქტიკის შესწავლა-სრულყოფამ შესაძლოა დახვეწოს კანონმდებლობა, შეამციროს დარღვევების რაოდენობა, საიდუმლო სფეროთა ხელყოფისას შეუწყოს ხელი შემთხვევის იდენტიფიცირებასა და პოზიტიური გავლენა მოახდინოს პრაქტიკაში მხარეთა შორის ქონებრივი დავების ეფექტიანად გადაწყვეტაზე.

1 Kerwin, J., (2021). "How Mediation Works When Both Parties Agree They Need Help Resolving the Dispute. How does mediation work in a lawsuit or other dispute?, the Program on Negotiation at Harvard Law School, <<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/navigating-the-mediation-process/>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021]

2 Hadiati, M., (2020). Tampi, M. M., The Benefit Values of Settling Business Disputes by Means of Mediation in Indonesia, In: "Proceedings of the Arbitration and Alternative Dispute Resolution International Conference (ADRIC 2019)", Atlantis Press, 17-19.

## 1. მედიაცია და ქონებრივი დავები

### 1.1. კონფიდენციალურობის მნიშვნელობა ქონებრივ დავებში

ქონებრივია ურთიერთობა, რომელიც წარმოიშობა სუბიექტებს შორის ქონებრივ სიკეთეებთან დაკავშირებით. არამატერიალური ქონებრივი სიკეთეებია მოთხოვნები და უფლებები.<sup>3</sup>

რაც შეეხება არაქონებრივ დავას, ის უნდა განიხილებოდეს ქონებრივი დავის საპირისპირო მოვლენად.<sup>4</sup> ამ კონტექსტში მნიშვნელოვანია პირადი უფლებების ხელყოფის შემთხვევების დროს არამატერიალური ზიანის ანაზღაურება, რომელიც მასტიმულირებელი ხასიათისაა და მიყენებული ზიანის კომპენსატორულ-სატიფიკაციურ ფუნქციებს ასრულებს.<sup>5</sup> ჩემი მოსაზრებით, მედიატორის როლი ასეთ დავებში მინიმალიზებულია, რადგან ის უფრო ფსიქოლოგიის სივრცეში შეიჭრება და დაკარგავს თვითმიზანს. ქონებრივი დავების ერთ-ერთი სახეა საოჯახო ქონებრივი დავები, რომლებშიც ასევე გამოიკვეთება მედიაციის დადებითი თავისებურებები.<sup>6</sup> მედიატორს აქვს უფლება, მხარეებთან ერთობლივად ჩანიშნულ შეხვედრამდე ცოტა ხნით ადრე შეხვდეს მათ ცალკე 10-15 წუთით, რომ განმუხტოს სტრესული და ნეგრობული გარემო.<sup>7</sup>

3 ჭანტურია, ლ., (2011). სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., სამართალი, 4-5.

4 ბიჭია, მ. 2017. პირადი უფლებების ხელყოფისთვის არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების ქართული მოდელის შესაბამისობა ევროპულ სტანდარტებთან, თსუ-ის „სამართლის ჟურნალი“, N1, 16.

5 ბიჭია, მ., (2017). პირადი უფლებების ხელყოფისთვის არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების ქართული მოდელის შესაბამისობა ევროპულ სტანდარტებთან, თსუ „სამართლის ჟურნალი“, N1, 23.

6 ბერიძე, ქ., (2021). განქორწინება, ბავშვი და საოჯახო მედიაცია, წიგნში: „მედიაციის მნიშვნელობა და განვითარების პერსპექტივა საქართველოში“, თბ., ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 74.

7 ქათამაძე, დ., (2021). მედიაციის პროცესში გა-

ბიზნესი ინგლისური სიტყვაა და მოგების მიღებისკენ მიმართულ საქმიანობას ნიშნავს, რომლის გარემო სამართლებრივი და ეკონომიკური რეგულაციებით დატვირთული სივრცეა. ნებისმიერი სახელმწიფოს ინტერესია შექმნას ისეთი ეფექტური სამართლებრივი ჩარჩო, რომ ბიზნესისთვის მიმზიდველი იყოს.<sup>8</sup> ბიზნეს სამართალი ცალკე კლასიკური დარგის სახეობა არ არის და რამდენიმე სამართლის დარგს აერთიანებს.

მედიაციის პროცესის პრინციპთაგან დამოუკიდებელ პრინციპად განიხილება კონფიდენციალობა, რომელიც სხვადასხვა სპეციფიკით გვხვდება ქონებრივ და არაქონებრივ დავებთან დაკავშირებით. შესაბამისად, ჯერ დასადგენია კონფიდენციალობის არსი და თავისებურებები, კონფიდენციალურ სფეროთა წრე მედიაციაში, შემდეგ კი – ქონებრივი დავის ცნება, მისი განსხვავება არაქონებრივი დავისგან და ქონებრივი დავების გადაწყვეტის სპეციფიკური ნიშნები მედიაციაში. ესე იგი, უნდა განისაზღვროს მედიაციის სფეროში საქართველოს წინაშე არსებული გამოწვევები, განსაკუთრებით კონფიდენციალობის დაცვის კონტექსტში.

ცალკე აღსანიშნავია „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-10 მუხლის მე-4 პუნქტი კონფიდენციალობის პრინციპის შეზღუდვის ლეგიტიმური საფუძვლებისა და მედიატორის მიერ ინფორმაციის გამჟღავნების გამონაკლისი შემთხვევების შესახებ. დასაფიქრებელია, რომ მე-10 მუხლის მე-4 პუნქტის „თ“ ქვეპუნქტი ერთ-ერთი მხარის მიერ კონფიდენციალური ინფორმაციის მედიაციამდე ფლობის შესაძლებლობასაც არ გამოორიცხავს, რაც ავტომატურად კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვის ვალდებულებისგან გარკვეულწილად ანთავისუფლებს მხარეს.

მოვლენილი სტრესი და მისი შემცირების გზები, მედიაციის მნიშვნელობა და განვითარების პერსპექტივა საქართველოში, თბ., ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 68-69.

8 ხარაიშვილი, ა., (2019). ქართული ბიზნესსამართალი სახელმძღვანელო და პრაქტიკული საკარჯიშოები, თბ., 18.



თუმცა, კანონში არ არის აღნიშნული მედიაციის დაწყების შემდგომ ამ ინფორმაციის გამჟღავნების უფლება მხარეს ერთმევა თუ არა. როცა საქმე ეხება ქონებრივ დავებზე მედიაციას, უფრო კონკრეტულად მედიაციას ბიზნესისთვის, კონფიდენციალურობის პრინციპი სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი ხდება. ნაშრომში კონფიდენციალურობის პრინციპის განხილვის დროს შეხვდებით მის სასიცოცხლოდ აუცილებლობის განმამტკიცებელ მიზეზებს:

- ეფექტური მედიაცია მოითხოვს გულწრფელობას;
- მოდავების მიმართ სამართლიანობა მოითხოვს კონფიდენციალურობას;
- შუამავალი როგორც ფაქტობრივად, ისე მხარეების აღქმაში უნდა იყოს ნეიტრალური;
- კონფიდენციალურობა ბევრისთვის არის სტიმული აირჩიოს მედიაცია, რომ არ გამოფინონ საჭაროდ „ჭუჭყიანი საცვლები“;
- მედიაციის პროგრამების დაცვის გარანტია გასაჭაროვებისგან და შევიწროვებისგან.<sup>9</sup>

ამ მიზეზებმა შესაძლებელია დაგვანახოს ეროვნულ კანონმდებლობაში ლეგიტიმური შეზღუდვების პარალელურად კონფიდენციალურობის პრინციპის უკეთესად დაცვის აუცილებლობა.

გარდა ამისა, მედიაციის ინსტიტუტი კიდევ უფრო აქტუალური გახდა პანდემიის დროს, რადგან ინფიცირების თავიდან აცილების მიზნით ადამიანთა შორის ურთიერთობების უმეტესობა, მათ შორის დავის გადაწყვეტა გადავიდა დისტანციურ რეჟიმზე. ეს კიდევ უფრო საინტერესოა მედიაციის პროცესის კონფიდენციალურობის დაცვის კუთხით, მით უფრო, როცა ინტერნეტით სარგებლობისას დიდია კერძო ინტერესთა ხელყოფის საფრთხე.

ვფიქრობ, მედიაციის ხასიათი ყველაზე კარგად სწორედ ქონებრივი დავების დროს გამოიხატება. მოცემულ შემთხვევა-

ში მედიატორი იწყებს ნელ-ნელა კვანძების გახსნას, მოზაიკის აწყობას, პრობლემების ჩაღრმავებას, მათ სიბრტყეზე ამოტანას, მხარეების სურვილების გამიჯვნას და მათი ახირებებისგან განცალკევებას. ამის პარალელურად მედიატორი ცდილობს სტრესის განეიტრალებას და ორივე მხარის მომზადებას იმისათვის, რომ ერთად მივიდნენ კონსენსუსამდე. ზუსტად აქ ნდობის ფაქტორი, რომელიც მხარეებს კონფიდენციალობის ხარისხის არსებობიდან უჩნდებათ, საქმის მორიგებით დასრულების ერთ-ერთი მთავარი ფაქტორია.

### 1.2. ქონებრივი დავების წრე და მათთვის დამახასიათებელი თავისებურებები

ქონებრივი დავის მატერიალურ-სამართლებრივი შინაარსის მიხედვით, ქონებრივი დავა არის ქონებრივ სიკეთესთან დაკავშირებული დავა, რაც გულისხმობს, რომ დავა არის ფინანსური სარგებლის მიღებაზე ორიენტირებული, მიუხედავად იმისა, ეს სიკეთე მატერიალიზებული თუ არამატერიალიზებული სახით გვევლინება.<sup>10</sup> ქონებრივი დავების წრე შედგება: **საოჯახო, სანივთო, ვალდებულებითი, სახელშეკრულებო, საკორპორაციო, სამეწარმეო-სავაჭრო და სხვა დავებისგან**. ქონებრივია სანივთო და ვალდებულებითსამართლებრივი ურთიერთობები. სანივთო სამართალი არეგულირებს პირთა სანივთოსამართლებრივ რეჟიმს ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეზე. მას ახასიათებს უვადობის ნიშანი, ხოლო ვალდებულებითი ურთიერთობა აწესრიგებს პირებს შორის ურთიერთობებს, რომლებიც წარმოიშობა ხელშეკრულებების საფუძველზე და კონკრეტულ პირებს შორის. ამ შემთხვევაში წარმოშობილი მოთხოვნა ეხება ქონებრივ

9 Freedman, L., (1986). Prigoffs M., Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal on dispute resolution, Vol 2:1, 37-38.

10 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, 2010, პრაქტიკული რეკომენდაციები სამოქალაქო საპროცესო სამართლის საკითხებზე საერთო სასამართლოების მოსამართლეთათვის, თბ., 14.

ინტერესს. მაგალითად, ის შეიძლება ნივთის ფლობასთან იყოს დაკავშირებული.<sup>11</sup> ბიზნესურთიერთობის წარმოშობის ყველაზე გავრცელებული ფორმად შეიძლება ჩაითვალოს ხელშეკრულება. ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი საერთოა ყველა კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებისთვის.<sup>12</sup> რაც შეეხება საოჯახო სამართლის წიაღიდან წარმოშობილ დავებს, ამ საკითხს არეგულირებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მეხუთე წიგნის I კარის, მესამე თავი, სადაც აღნიშნულია მეუღლეების უფლებები და მოვალეობები.<sup>13</sup>

## 2. კონფიდენციალობის არსი და კონფიდენციალურ მონაცემთა წრე

### 2.1. კონფიდენციალობის არსი და თავისებურებები

მედიაციის პროცესში მედიატორი მხარეებს აცნობს კონფიდენციალობის დაცვის პირობებსა და საფუძვლებს. კონფიდენციალობის ფონზე საქმის მნიშვნელოვანი გარემოებები განიხილება გულდიად და სიღრმისეულად, მხარეები მსჯელობენ და ამხელენ მათთვის საიდუმლო ინფორმაციას, რადგან იციან, რომ მედიაციის დროს გამჟღავნებული ინფორმაცია არ იქნება მათ წინააღმდეგ გამოყენებული.<sup>14</sup> კონფიდენციალობის პრინციპს ახასიათებს თავისებურებები და ეს გამოიხატება მისი შეზღუდვის ფარგლებში. იმისდა მიუხედავად,

რომ მედიატორები უმეტესად აკეთებენ ფართო განცხადებებს და ამტკიცებენ, რომ მედიაციაში ყველაფერი კონფიდენციალურია, მედიაციის მარეგულირებელი ნორმები სხვა რეალობას იძლევა. კონფიდენციალურობის შეთავაზების ამგვარი მარტივი გზა არ უწყობს ხელს მხარეთა თვითგამორკვევას<sup>15</sup>. მხარეთა თვითგამორკვევისთვის აუცილებელია მათ იცოდნენ – თუ რა დოზით გასცენ ინფორმაცია, რა ფორმით იურთიერთონ, ნდობის რა მაშტაბი ქონდეთ. როდესაც უგულებელყოფილია იურიდიული ინფორმაციის მიწოდება, მხარე არა საკუთარი გადაწყვეტილების შესაბამისად დგავს ნაბიჯებს, არამედ მოტყუებით. მედიაციაში ინფორმირებული თანხმობა არის ზუსტად თვითგამორკვევის საფუძველი და ამავდროულად ეხება კონფიდენციალობის პრინციპსაც. მიუხედავად იმისა, რომ მედიაცია რეკლამირებულია, როგორც მხარეთა კონფიდენციალურობის დაცვა, ის აბსოლუტურ იმუნიტეტს ვერ იძლევა. თუ მხარეთა უმეტესობა ამტობინებს, რომ ყველაფერი, რაც გამოაშკარავდება მედიაციის პროცესში საიდუმლოდ დარჩეს, მაშინ მედიატორმა საქმის კურსში უნდა ჩააყენოს იმ გამონაკლისი შემთხვევების შესახებ, რომელიც კანონით ავალდებულებს მედიატორს გაამჟღავნოს ინფორმაცია.<sup>16</sup>

### 2.2. კონფიდენციალურ მონაცემთა წრე

კონფიდენციალური ინფორმაციით დაცულია ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელიც მედიაციის პროცესში გახდა ცნობილი ან თვითონ ამ პროცესმა გამოამჟღავნა. კონფიდენციალობის შეზღუდვის ლეგიტიმური საფუძვლის არსებობის დროსაც კი, ინფორმაცია მაქსიმალურად შეზღუდული მოცულობით უნდა იყოს გამჟღავნებული,

11 თოდუა, მ., ვილემსი, ჰ., (2006). ვალდებულებითი სამართალი, თბ., საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, 7-9.

12 ხარაიშვილი, ა., (2019). ქართული ბიზნესსამართალი სახელმძღვანელო და პრაქტიკული სავარჯიშოები, თბ., (2019), 95.

13 საქართველოს კანონი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997, 786, V წიგნი, I კარი, მე-3 თავი, <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021]

14 ქათამაძე, დ., (2021). მედიაციის პროცესში გამოვლენილი სტრესი და მისი შემცირების გზები, მედიაციის მნიშვნელობა და განვითარების პერსპექტივა საქართველოში, თბ., ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 69.

15 Oberman, S., (2012). Confidentiality in Mediation: an application of the right to privacy, Ohio state journal on dispute resolution, Vol 27:3, 541

16 Oberman, S., (2012). Confidentiality in Mediation: an application of the right to privacy, Ohio state journal on dispute resolution, Vol 27:3, 550-551

რის თაობაზეც შესაბამის მხარეს წინასწარ ეცნობება. ამასთან ერთად ინფორმაცია შეიძლება გამჟღავნდეს მხოლოდ კანონიერი მიზნის ადეკვატური და პროპორციული მოცულობით იმგვარად, რომ ინფორმაციის კონფიდენციალობა მაქსიმალურად იყოს დაცული გარეშე პირებისაგან.<sup>17</sup> ასეთმა შეფასებითმა კომპონენტებმა შესაძლებელია ახალი საფრთხეები წარმოშვას კონფიდენციალობის მაღალი ხარისხით დაცვის მიმართ. საინტერესოა რამდენად სწორია „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-10 მუხლის მე-7 პუნქტში არსებული ჩანაწერი განუსაზღვრელი ვადით კონფიდენციალურობის დაცვის მოვალეობაზე. მედიაციის პროცესში მხარეებმა შეიძლება ვერ გათვალონ სამომავლოდ რა ინფორმაციის შენახვა სურთ და რა ინფორმაცია შეიძლება განზრახ თუ უნებლიედ გასაჯაროვდეს. აქედან გამომდინარე, წინასწარ წერილობით მათი კონფიდენციალურად შენახვის ვადაზე არ შეთანხმდნენ. დროთა განმავლობაში ინფორმაცია, რომელიც აღარ არის კონფიდენციალური ხასიათის შეიძლება თავად ინფორმაციის მფლობელი მხარის ან მედიაციაში მონაწილე რომელიმე პირის მიერ გასაჯაროვდეს დაუფიქრებლად, ხოლო ამან წარმოშვას თავისთავად პრობლემები კონფიდენციალურობის დარღვევის ნაწილში. აქედან გამომდინარე, შეიძლება მართებული იყოს გერმანული მოდელის შესაბამისად, ქართულ კანონმდებლობაშიც ჰპოვოს სამომავლოდ ასახვა ჩანაწერმა: მედიაციის დასრულების შემდგომ, ინფორმაცია, რომლის კონფიდენციალურად შენახვის ლეგიტიმური ინტერესი აღარ არსებობს და ისედაც ყველასთვის ცხადი და დაუფარავია აღარ ექცევა კონფიდენციალურობის დაცვის ფარგლებში.

### 3. კონფიდენციალობის დაცვის მოვალეობით შეპოქილი სუბიექტები

#### 3.1. მხარეები და მხარეების წარმომადგენლები

მხარეებს აქვთ უფლება, თავიანთი შეხედულებისამებრ აირჩონ მედიატორი. მედიაციის ინიციატორ მხარეს შეუძლია წერილობითი მოწვევა გაუგზავნოს მეორე მხარეს მედიაციის გზით დავის გადაწყვეტის თაობაზე.<sup>18</sup> მეორე მხარეს შეუძლია მიიღოს მოწვევა ან უარი თქვას მასზე. მხოლოდ და მხოლოდ ორივე მხარის ნებაყოფლობითი თანხმობის შემდგომ იწყებენ მხარეები წესების დადგენას და მედიატორის შერჩევას. კერძო მედიაციის დროს, მედიაციის შესახებ შეთანხმების დადების შემთხვევაში, კონფიდენციალურობის პრინციპი ბოჭავს მხოლოდ ხელშეკრულებაზე ხელმოწერ პირებს, აქედან გამომდინარე, უმტობესია მხარეებთან, წარმომადგენლებსა და მედიატორთან ერთად ხელშეკრულებას ხელი მოაწერონ მესამე პირებმაც, რომლებიც ჩართულნი იქნებიან მედიაციის პროცესში.<sup>19</sup> აუცილებელია აღინიშნოს, რომ მოდავე მხარეები ერთმანეთის მიმართ უნდა იყვნენ საინტერესონი, ჰქონდეთ პოზიციები, რომლების გაზიარება და შეჭერება ორივე მხარის ინტერესშია. ეს დაეხმარება მედიატორს დღის წესრიგის დაგეგმვაში და მედიაციის პროცესის ეფექტურად წარმართვაში. მხარეები ასევე, უნდა დაუკვირდნენ მედიაციისგან განცალკევებულ მათ ურთიერთობებს, თუ ეს ურთიერთობები ისევ გრძელდება.<sup>20</sup> წარმომადგენელმა, მხარესთან ერთად, უნდა შეარჩიოს

17 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პრექტზე „მედიაციის შესახებ“, რეგისტრაციის N07-2/319/9, 2017, 9.

18 ოსტერმილერი მ. ს., სვენსონი დ. რ., (2014), დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები საქართველოში, (საბაზისო სახელმძღვანელო), თბ., მერიდიანი, 150.  
 19 Erskine White et al v. Susan A. HOLTON, dba Gabriel Ames Associates, Superior Court No. 927915E, Oct.4, 1993.  
 20 ყანდაშვილი ი., (2019), საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები, თბ., იურისტების სამყარო, 191-192.

საქმისთვის შესაბამისი უნარ-ჩვევების მედიატორი. ასევე, მხარეების წარმომადგენლებს უნდა შეეძლოთ: ა) მედიაციის პროცესში გაუღებულ პირობებზე მუშაობა; ბ) შეთანხმების აქტის შედგენა და სამართლებრივად განმარტვა; გ) მედიაციის შეწყვეტა მისი არაეფექტურობის და უპერსპექტივობის შემთხვევაში.<sup>21</sup>

### 3.2. მედიატორი, მესამე პირები

მედიატორის კომპეტენციის შესაბამისობა საუკეთესო სტანდარტებთან არ არის საკმარისი მედიაციის წარმატებულად მართვისათვის, აუცილებელია მედიატორს განვითარებული ქონდეს გარკვეული უნარ-ჩვევები, მაგალითად: ალტერნატიული გზების ძიების უნარი, შეკითხვების საფუძველზე საჭირო ინფორმაციების მიღების უნარი, ნეიტრალური მესამე პირის სტატუსის ქვეშ აუცილებელი საკითხების წამოჭრის უნარი.<sup>22</sup> მედიატორს შეუძლია გამოიყენოს პერიფრაზირების საშუალება, რაც მისცემს შესაძლებლობას, მხარეებს სხვა რაკურსით დაანახოს სიტუაცია ან ფაქტები და შედეგად მხარეებს შეეცვალოთ ქცევის მანერა. პერიფრაზირების მიზანია: აგრესიული გარემოს ტრანსფორმირება მეგობრულ სიტუაციად და მცდელობა მხარეები პოზიციონირების ეტაპიდან გადავიდნენ საკუთარი ინტერესების წარმოჩენაზე. ძლიერი ემოციური ფონის არსებობისას, მხარეებს ხანდახან პრობლემა ან პრეტენზია მიუღებელი და აბსოლუტურად მოუგვარებადი ჰგონიათ, აქაც მედიატორს შეუძლია პრეტენზიის ფორმულირების შეცვლით, მხარეს დაანახოს, რომ ეს პრობლემა მოგვარებადია, თუ მისი სურვილი იქნება.<sup>23</sup> გერმანული

სამართლის მიხედვით, მედიაციის მიხარების და მედიატორის გარდა შეიძლება მონაწილეობდნენ მესამე პირები, მაგალითად მედიატორის თანაშემწეები, რომელთაც აქვთ ვალდებულება არ გაამჟღავნონ მედიაციის პროცესში გამხელილი ინფორმაცია, თუმცა მხარეების თანხმობით მესამე პირებად ჩართული ექსპერტები ან მეზობლები არ არიან შეზღუდული ამ ვალდებულებით.<sup>24</sup> ქართული კანონმდებლობით მედიაციის მონაწილეებს ეკრძალებათ სასამართლოზე მედიაციის პროცესში მოპოვებული ინფორმაციის გამოყენება. ესე იგი უნდა ვივარაუდოთ, რომ მესამე პირებზეც მოქმედებს ზოგადი წესი: მედიაციის პროცესი კონფიდენციალურია. აქედან გამომდინარე, ლოგიკურად მათ ინფორმაციის გამჟღავნების უფლება არ უნდა ქონდეთ. თუმცა, ამ საკითხზე კონკრეტულ ჩანაწერს მედიაციის შესახებ კანონში ვერ ვნახავთ. ასევე, ბუნდოვანია მედიაციის დასრულების შემდგომ კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებაში მედიატორსა და მხარეების მოხსენიებით მესამე პირებიც არის თუ არა საქართველოს კანონის „მედიაციის შესახებ“ მე-10 მუხლის მე-7 პუნქტში ნაგულისხმები და ეს აშკარად პრობლემას წარმოშობს. ჩემი მოსაზრებით, უმჯობესია აღნიშნულ პუნქტის ჩანაწერში მესამე პირებიც გათვალისწინებული იყოს. მითუმეტეს, რომ მესამე პირად შრომით დავებში შეიძლება მოიაზრობოდეს საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობის და სოციალური დაცვის მინისტრი. მინისტრს კი კოლექტიურ დავებზე დანიშნული მედიაციის დროს საკმაოდ ფართო უფლებამოსილება აქვს.

21 იქვე, 203-204.

22 გურიელი, ა., მოსამართლე როგორც მედიატორი, „სამართალი და მსოფლიო“, N11, 2019, 47.

23 ოსტერმილერი, მ. ს., სვენსონი, დ. რ., (2014). დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები საქართველოში, (საბაზისო სახელმძღვანელო), თბ., მერიდიანი, 162-163.

24 თვაური, რ., (2015). კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადულო“, 31.

## 4. ბიზნეს მედიაცია და საერთაშორისო აქტები

### 4.1. მედიაციის წარმატებით დასრულების შესახებ რეკომენდაციები

როცა საუბარი ეხება ბიზნესმედიაციას, ეფექტური მედიაციის ნაირსახეობად შეიძლება ჩაითვალოს ინტერესებზე დაფუძნებული ვაჭრობის ტიპის შუამავლობა. ინსტიტუციური კომერციული მედიაცია არის სასამართლოს გარეშე კერძო მედიაციის პროცესი, რომელიც შეესაბამება თანამედროვე მედიაციისთვის ჩვეულ მახასიათებლებს, მაგრამ სხვადასხვა მიზეზის გამო ის ნაკლებად გამოიყენება უცხოური საწარმოების მიერ.<sup>25</sup> საგულისხმოა ბიზნესმედიაციის წარმატებით დასრულების რეკომენდაციები:

- მედიაციის პროცესის კრეატიულობა, (ექსპერტების მოწვევა მხარეების თანდასწრებით);
- მედიაციაში ცოტა ხალისის შეტანა. მედიაციის პროცესში უმეტესწილად დაძაბული და ემოციური ფონი ქარბობს, მით უმეტეს, დამღლელია, როცა ეს პროცესი საათობით გრძელდება. აქედან გამომდინარე, ცოტა იუმორი და სიცილი წაადგება მედიაციის პროცესს;
- მოთმინება, მოდავე მხარეების პრობლემების ყურადღებით მოსმენა. შეთავაზება-მოთხოვნის ტემპი შეიძლება სიტუაციის უარესად დაძაბვის საფუძველი გახდეს, ამიტომაც უმჯობესია, როდესაც მხარეები აგრძელებენ პროდუქტიულ დისკუსიას;
- საქმის რეალისტურად შეფასება და მოქნილობა;
- მედიაცია არ არის სასამართლო პროცესი. დავებს ერთმანეთისგან საკითხის სირთულე განასხვავებს. შეიძლება მცირედი იქნეს მოგებული და უფრო მეტი დაკარგული, ვიდრე

ეს სასამართლოს საშუალებით იქნებოდა შესაძლებელი. მედიაციის მიზანია კომპრომისის მოძებნა და არა გამარჯვების მოპოვება;

- კლიენტზე მორგებული პროცესის დიზაინის შექმნა. თუ ბიზნეს დავაში ბევრი მხარეა, დაყავით სეგმენტებად. აუცილებელია ყველა მხარის მოსმენა ცალ-ცალკე, თუ ემოციური ფონი ქარბობს;
- მიზნების იდენტიფიცირება – მედიატორს უნდა შეეძლოს დახმარება გაუწიოს მხარის წარმომადგენელს ან თავად მხარეს დავის შეთანხმებით დასრულების ვარიანტების ფართო სპექტრის დაგეგმვაში და მოგვარების გზების დანახვაში, ასევე, მედიაციის მიმდინარეობისას წინასწარ შედეგების განსაზღვრაში.<sup>26</sup>

2020 წელს კოვიდ-19-ის პანდემიამ მთელი მსოფლიო ჩიხში შეიყვანა, უამრავი კომერციული ურთიერთობები შეჩერდა მხარეების ბრალეულობის გარეშე, აქედან გამომდინარე, მთელი მსოფლიოს სასამართლოები ემზადებიან პანდემიის შედეგად წარმოქმნილი იურიდიული საქმეების ცუნამისთვის, ხოლო ბიზნესისთვის მთავარი გადაურჩეს ამ გლობალურ ეკონომიკურ ვარდნას, რაც დამოკიდებული იქნება დავების დროულ და კომერციულად გონივრულ გადაწყვეტაზე, ამის ეფექტურ ინსტრუმენტად კი მედიაცია შეიძლება ჩავთვალოთ.<sup>27</sup>

ონლაინ მოსმენების ჩატარების დეტალური პროტოკოლები თითქმის უნივერსალურად იქნა შემუშავებული როგორც სასამართლოების, ასევე საარბიტრაჟო ინსტიტუტების მიერ, რომლებიც ფოკუსირებულია სამართლიანობაზე, ეფექტურობაზე, ინოვაციური ტექნოლოგიების გამოყენებაზე, კონფიდენციალურობაზე და კიბერუსაფრთხოებაზე. ადვოკატთა საერთაშორისო ასოციაციის მიერ „Covid-19 პანდემიის გლობალური გავლენა კომერციული და-

25 Chan, Ch. H., Peter, Ch., (2014). Mediation Operations for Resolving Commercial Disputes in China, Journal "Revista Chilena de Derecho", Vol. 41, N1, 153.

26 Holzberg, R., (2013). 10 tips for a successful mediation, Connecticut law tribune, Pullman&Comley, 1-4.  
 27 Alexander, N., (2020). Mediation: the new normal? 245, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3742561>>.

ვების გადაწყვეტაზე პირველ წელს“ სტატისტიკის გამოკითხულ იურისდიქციებში პანდემიის საპასუხოდ მიღებული კანონმდებლობა ძირითადად ორიენტირებულია საზოგადოებრივ ჯანმრთელობაზე.<sup>28</sup> პანდემიის პერიოდში ბევრი დაინტერესებული მხარე სულ უფრო მეტად იყენებდა როგორც, ინოვაციურ ციფრულ ტექნოლოგიას, ასევე, დაგეგმარების და ხარჯების მონიშვნას. ინოვაციური ციფრული ტექნოლოგია, რომელიც გამოიყენება დავების გადაწყვეტისთვის, მოიცავს დოკუმენტების მართვას, ბლოკჩეინს და ვიზუალური აღქმის ინსტრუმენტებს (სახის ამოცნობის ტექნოლოგიების, რადარის, სინათლის გამოვლენისა და დიაპაზონის (LIDAR) და ულტრაბგერითი სენსორების ჩათვლით).<sup>29</sup>

## 4.2. მედიაციის კონფიდენციალობის და ავტონომიის საკითხი უნსიტრალის მოდელური კანონის მიხედვით

საერთაშორისო ვაჭრობის ხელშეწყობის, ასევე, საერთაშორისო ვაჭრობის მოდერნიზებისა და უნიფიცირების მიზნით შეიქმნა საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისია – უნსიტრალი.<sup>30</sup> უნსიტრალი, თავისი მანდატის შესაბამისად, ასრულებს მნიშვნელოვან როლს ამ ჩარჩოს შემუშავებაში, რათა გაგრძელდეს საერთაშორისო ვაჭრობის სამართლის

პროგრესული ჰარმონიზაცია და მოდერნიზაცია საკანონმდებლო და არასაკანონმდებლო ინსტრუმენტების გამოყენებით.<sup>31</sup> 2018 წელს გაეროს გენერალურმა ანსამბლემ მიიღო რეზოლუცია, სადაც ხაზი გაუსვა მედიაციის მნიშვნელობას.<sup>32</sup> გაეროს ანსამბლეს რეზოლუციაში მოდელური კანონის შესახებ, აღნიშნულია, მედიაციის სასარგებლო მხარეები, რომელიც დაკავშირებულია მართლმსაჯულების განტვირთვასთან, დაძაბულობის აღმოფხვრასთან და სასამართლო დავისგან განსხვავებით კომერციული ურთიერთობების გაგრძელების შანსთან. საერთაშორისო სავაჭრო კონსილიაციის შესახებ მოდელური კანონის პირველი მუხლის მესამე პუნქტის მიხედვით, მომრიგებელი ეხმარება მოდავე მხარეებს დავა გადაწყვიტონ მეგობრულად, თუმცა მას არ აქვს უფლება აღნიშნული მოითხოვოს მხარეებისგან. საყურადღებოა მოდელური კანონის მე-8 და მე-9 მუხლები. მე-8 მუხლი არეგულირებს კონკრეტულად მხარის მიერ მიწოდებულ ინფორმაციის გამჟღავნების საკითხს, რომლის თანახმად როდესაც მედიატორი/მომრიგებელი ერთ-ერთი მხარისგან დავის შესახებ იღებს ინფორმაციას, მას აქვს უფლება ამ ინფორმაციის არსი გაამჟღავნოს მორიგების ნებისმიერი სხვა მხარისთვის. თუმცა, როდესაც მხარე მომრიგებელს/მედიატორს კონფიდენციალურობის პირობის დათქმით რაიმე ინფორმაციას აწვდის, ეს ინფორმაცია მედიაციაში მონაწილე სხვა მხარესთან არ უნდა გამჟღავნდეს.<sup>33</sup>

28 Rooney, K., (2021). International Bar association, The Global Impact of the Covid-19 Pandemic on Commercial Dispute Resolution in the First Year, introduction, <<https://www.ibanet.org/global-impact-covid-19-pandemic-dispute-resolution>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021].

29 Rooney, K., (2021). International Bar association, The Global Impact of the Covid-19 Pandemic on Commercial Dispute Resolution in the First Year, introduction, <<https://www.ibanet.org/global-impact-covid-19-pandemic-dispute-resolution>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021].

30 წულაძე, ა., (2017). ქართული სასამართლო მედიაციის შედარებითი ანალიზი, თბ., იურისტების საშეკრებო, 51-52.

31 United Nations Office at Vienna, A guide to UNCITRAL (basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law), English, Publishing and Library Section, January 2013.

32 United Nations General Assembly, Resolution on Model law on international commercial mediation and international settlement agreements resulting from mediation of the united nations commission on international law, Seventy-third session, Distr: General, 3 January 2019, A/RES/73/199.

33 Resolution of United Nations General Assembly, Model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, Annex model law on international commercial

მე-9 მუხლი არეგულირებს ზოგადად კონფიდენციალურობის საკითხს რომლის თანახმად, თუ მხარეები სხვაგვარად არ შეთანხმებულან, კონსილიაციასთან/მედიაციასთან დაკავშირებული ყველა ინფორმაცია კონფიდენციალური უნდა იყოს, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც გამჟღავნების ვალდებულება დადგენილია კანონით ან აუცილებელია მორიგების აღსრულების მიზნისთვის.<sup>34</sup> ამგვარად აშკარა პატარა განსხვავება გვხვდება დავის არსის გამჟღავნების და ზოგადად კონფიდენციალურობის პრინციპით დაცულ ინფორმაციას შორის.

## 5. კონფიდენციალობის დარღვევის ლეგიტიმური საფუძვლები

### 5.1. კონფიდენციალობა – რელატიური თუ აბსოლუტური სიკეთე?

სამოქალაქო უფლება სამოქალაქო კანონმდებლობით მინიჭებული ძალაუფლებაა, რომ დაცულ იქნეს კერძო პირთა ინტერესები.<sup>35</sup> კონფიდენციალობის დაცვის უფლებაც სუბიექტის უფლებაა, მაგრამ იმისათვის, რომ დადგინდეს მისი ხასიათი, აუცილებელია აბსოლუტური და რელატიური კატეგორიების განხილვა. ფილოსოფიური დისციპლინის ონტოლოგიის ფუნდამენტურ კატეგორიებად ითვლება აბსოლუტურისა და რელატიურის

კატეგორიები. აბსოლუტური თავის თავში მოიაზრებს მარადიულობას, სხვა მოვლენისგან დამოუკიდებელ არსებობას. რაც შეეხება რელატიურობას, მას სიტყვა „შეფარდებითი“ შეესატყვისება. ონტოლოგიური აზრით, რელატიურობა განიმარტება, როგორც სხვაზე დამოკიდებული. შესაბამისად, რელატიურ მოვლენას დამოუკიდებლად არსებობა არ შეუძლია. ფაქტობრივად სწორედ ეს ფილოსოფიური საწყისებია რელატიურ და აბსოლუტურ უფლებებში ასახული. რელატიური უფლების მახასიათებელია ის, რომ კონკრეტულ პირებს შორის სამართლებრივი ურთიერთობა წარმოიშობა. მაგალითად, მას საფუძვლად უდევს ხელშეკრულება.<sup>36</sup> აბსოლუტურ უფლებებს მიეკუთვნება პირადი უფლებები და ასევე არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეებზე ბატონობის იგივე საკუთრების უფლება, რომელიც ეკონომიკური თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია, ხოლო, რელატიურ უფლებებს მიეკუთვნება მოთხოვნები და აღმჭურველი უფლებები.<sup>37</sup> მოთხოვნები და აღმჭურველი უფლებები სახელშეკრულებო ურთიერთობებში ხშირად გვხვდება და ეკონომიკური სივრცის განუყოფელი ნაწილია. ამ კუთხით, კონფიდენციალობა მოდავე მხარეების ურთიერთობაზე ცალმხრივად ზემოქმედების საშუალებაა და ის კონკრეტული სიტუაციიდან, კერძოდ, კონფიდენციალურობის შეთანხმების ფარგლებში რელატიურ მოთხოვნის უფლებას წარმოშობს, მაგრამ, მეორე მხრივ, კონფიდენციალობას, როგორც აბსოლუტურ სიკეთეს არ გააჩნია ხანდაზმულობის ვადა ეროვნული კანონმდებლობით, ნებისმიერი ინფორმაცია მედიაციის პროცესში განდობილი განუსაზღვრელი დროით ექვემდებარება დაცვას.

conciliation of the united nations commission on international trade law, fifty-seventh session, distr: General, 24 January 2003, A/RES/57/18, article 6. <<https://undocs.org/A/RES/57/18>> [ბოლო წვდომა: 28 ნოემბერი, 2021].

34 Resolution of United Nations General Assembly, Model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, Annex model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, fifty-seventh session, distr: General, 24 January 2003, A/RES/57/18, article 9.

35 რედაქტორი ლადო ჭანტურია, 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, სანივთო (ქონებრივი) სამართალი, კარი პირველი, თბ., 54-55.

36 ბიჭია, მ., (2010). სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობის მეთოდოლოგიური საკითხები, თსუ-ის „სამართლის ჟურნალი“, N1-2, 85-86.

37 რედაქტორი ლადო ჭანტურია, 2017. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, სანივთო (ქონებრივი) სამართალი, კარი პირველი, თბ., 54-55.

## 5.2. კონფიდენციალობის დარღვევის ლეგიტიმური საფუძვლები

### ა. სიცოცხლის, ჯანმრთელობის ან არასრულწლოვანი საუკეთესო ინტერესების დაცვა

სიცოცხლე ადამიანის უზენაესი ღირებულებაა, რომლისგანაც გამომდინარეობს თავისუფლება, ადამიანის გონებრივი განვითარება და ადამიანური ბედნიერება. სიცოცხლის უფლება თავად ადამიანის ბუნებრივ არსებობას იცავს და ამავედროულად სხვა ადამიანური სიკეთეებით სარგებლობის წინაპირობას ქმნის.<sup>38</sup> მედიაციის პროცესში კონფიდენციალურობის ბეჭედ დასმული ინფორმაციის გამჟღავნებას შეიძლება გარკვეულ შემთხვევებში სამართლებრივ-ლეგიტიმური გამართლება ქონდეს.<sup>39</sup> საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“ კონფიდენციალობის დარღვევას გამართლებულად ცნობს, თუ მისი მიზანია სიცოცხლის და ჯანმრთელობის დაცვა. მიზანი უნდა იყოს აშკარა, ამ სიკეთების დაცვა იმ მომენტისთვის (ანმყოფი) უნდა იყოს საჭირო, საფრთხე უნდა იყოს რეალური და არა ჰიპოთეტური. ლეგიტიმური საჯარო მიზნის მაგალითად, საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ ლეგიტიმური საჯარო მიზნის არარსებობის დროს ნებისმიერი ჩარევა ადამიანის უფლებებში თვითნებურ ხასიათს ატარებს.<sup>40</sup>

რაც შეეხება არასრულწლოვანთა საუკეთესო ინტერესების დაცვას, მედიაციის

პროცესში წარმოებული კომუნიკაცია ვერ მოექცევა პრივილეგიის საფარვეტში, თუ ეს ეხება ბავშვის/მოზარდის დაცვას. ყურადღება უნდა გამახვილდეს, მედიაციის უნიფიცირებულ აქტზე, რომლის თანახმად, მიუხედავად გამონაკლისებისა რის საფუძველზეც მედიატორი ვალდებულია, უარი თქვას კონფიდენციალობის პრივილეგიაზე, მედიატორი უნდა შემოიფარგლოს მხოლოდ სადავო საკითხზე მოდავე პირებს შორის მედიაციის პროცესის ჩატარების, დასრულების, მასში მხარეთა მონაწილეობის და მორიგების შესახებ მშრალი ინფორმაციის გაცემით იმ ორგანოებისთვის, რომლებმაც შეიძლება ამ მოდავე მხარეებს შორის არსებული დავის ბედი გადაწყვიტონ.<sup>41</sup> საქართველოს ბავშვის უფლებათა კოდექსის შესაბამისად, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების განსაზღვრისას და შეფასებისას მხედველობაში მიიღება ოჯახურ გარემოში მისი განვითარების უფლების რეალიზება, სოციალური მახასიათებლები, მისი მოსაზრებები, თანასწორობის და ძალადობისგან დაცვის უზრუნველყოფა.<sup>42</sup> საინტერესოა, თუ როგორ არის დაცული ბავშვის და ასევე, მშობლის ინტერესები ფლორიდის შტატის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ცენტრის ოფიციალურ სახელმძღვანელოში, რომლის თანახმად, დავის ალტერნატიულად გადაწყვეტის პროცესში ბავშვის, ბავშვის მშობლების ან ბავშვის კეთილდღეობაზე პასუხისმგებელი სხვა პირების უფლებების დასაცავად, ჯანმრთელობის დეპარტამენტის მიერ კონფიდენციალურად დაცულია ჩანაწერები და მოხსენებები ბავშვის მიტოვების ან ბავშვზე ძალადობის შესახებ, ასეთი ტიპის ინფორმაციის გამჟღავნება შესაძლებელია მხოლოდ სპეციალური ნებართვის საფუძველზე და მხოლოდ კანონით განსაზღვრული სუბიექტებისთვის.<sup>43</sup>

38 ბათიაშვილი, ი., (2020). სიცოცხლის უფლება – კონსტიტუციის თეთრი სამოსი, საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის სამართლის და საერთაშორისო ურთერთობების ფაკულტეტის შურნალი „იურისტი“, N9, 95.

39 Gibson, K., (1992). Confidentiality in mediation: a moral reassessment, Journal of dispute resolution, Vol., N1, Art.5, 29.

40 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, I კოლეგია, გადაწყვეტილება N1/4/693,857 საქმეზე ა(ა)იპ „მედიის განვითარების ფონდი“ და ა(ა)იპ „ინფორმაციის თავისუფლების განვითარების ინსტიტუტი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, 7/06/2019, <<https://constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=1268>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021].

41 წულაძე ა., (2017). ქართული სასამართლო მედიაციის შედარებითი ანალიზი, თბ., იურისტების სამყარო, 142.

42 საქართველოს კანონი ბავშვის უფლებათა კოდექსი, 20/09/2019, 5004-IX, მე-5 მუხლი.

43 Office of the state courts administrator, Supreme Court of Florida, the Florida dispute resolution center's adr resource handbook, 2020, 25.



**ბ. სამედიაციო მორიგების დასადასტურებლად; ნებაყოფლობით შესასრულებლად ან იძულებით აღსასრულებლად**

კონფიდენციალობის დარღვევის ლეგიტიმური საფუძვლები – სამედიაციო მორიგების დასადასტურებლად, ნებაყოფლობით ან იძულებით შესასრულებლად, სავალდებულო იურიდიული ძალის მქონე სხვა გადაწყვეტილების საფუძველზე – აშკარად დაგვანახებს, რომ ყველა კონფიდენციალური კომუნიკაცია არ არის პრივილეგიით დაცული, ხოლო ყველა პრივილეგირებული ინფორმაცია არის კონფიდენციალური.<sup>44</sup> თუმცა, პრივილეგია და კონფიდენციალობა არ არის აბსოლუტური ხასიათის სიკეთეები და გამონაკლისების არსებობა მიმართულია საჭარო და კერძო ინტერესებს შორის ბალანსის უზრუნველსაყოფად.<sup>45</sup> კონფიდენციალობა მედიაციაში უსაფრთხო გარემოს ერთ-ერთი წინაპირობაა, როგორც მხარეებისთვის ასევე, მედიატორისთვის. თუმცა, ეს კონკრეტული გამონაკლისი „ბლანკეტური“ წესი, რაც მედიატორს სავალდებულებს დაარღვიოს კონფიდენციალობის პრინციპი სამედიაციო მორიგების აღსრულების მიზნით, გარკვეულწილად თავად მედიატორისთვის ქმნის რისკებს. სამედიაციო მორიგების აღსასრულებლად კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნების მომენტში მედიატორი არ უნდა გადავიდეს მოწმის პოზიციაში. დღეის მდგომარეობით, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის იმპერატიული ჩანაწერის თანახმად, მედიაციის პროცესში მონაწილე პირი მოწმედ არ შეიძლება გამოცხადებულ და დაკითხულ იქნეს იმ კონფიდენციალურ ინფორმაციასთან დაკავშირებით, რომელიც მისთვის ცნობილი გახდა მედიაციის პროცესში.<sup>46</sup> ეს ჩანაწერი და „მედიაციის შესახებ“

საქართველოს კანონის მე-10 მუხლის მე-5 პუნქტი, რომლის თანახმად ინფორმაცია გამონაკლის შემთხვევებში შეიძლება გამჟღავნებულ იქნეს მხოლოდ მიზნის პროპორციულად და ადეკვატურად, ისე რომ მაქსიმალურად დაცული იყოს გასაჭაროებისგან – მედიატორის ნეიტრალობის და მისი პროფესიის დაცვისთვის შექმნილი ფარია.<sup>47</sup> მედიაციაში კონფიდენციალობის საკითხთან დაკავშირებით არსებობს სხვადასხვა მოსაზრებები, ამერიკის შეერთებული შტატების მასაჩუსეტის შტატის სასამართლო გადაწყვეტილებებიდან საინტერესოა, 2002 წელს სააპელაციო სასამართლოს ერთი მოსამართლის სინტია კოჰენის გამოუქვეყნებელი მოსაზრება.<sup>48</sup> ფაქტობრივი გარემოების თანახმად, მედიატორი პირველი ინსტანციის სასამართლოზე გამოცხადებულ იქნა, იმასთვის რომ დაემოწმებინა მხარეებს შორის შედგა თუ არა შეთანხმება და წარედგინა შესაბამისი მასალები, ხოლო საქმის განმხილველმა მოსამართლემ მედიატორის მოწმედ გამოცხება გაამყარა არგუმენტით, რომ კონფიდენციალობის პრივილეგიით სარგებლობენ მხარეები და არა მედიატორი. აქედან გამომდინარე, თუ მხარეები უარს ამბობენ კონფიდენციალობით ინფორმაციის დაცვაზე ან მათი ქმედების შედეგად საჭიროა ამ ინფორმაციის გამჟღავნება, მედიატორი ვალდებულია, სასამართლოში მისცეს ჩვენება.<sup>49</sup> ეს გადაწყვეტილება მედიატორმა გაასაჩივრა სააპელაციო სასამართლოში და სააპელაციოს ერთ-ერთმა მოსამართლემ განმარტა, რომ მხარეები შეთანხმდებიან თუ არა კონფიდენციალობის დაცვაზე, ეს ვერ იქნება

44 ყანდაშვილი, ი., (2019). საქართველოში მედიაციის მავალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასასამართლო ფორმები, თბ., იურისტების სამყარო, 103.  
45 ადვიშვილი, ქ., (2018)-2019. კონფიდენციალობის როლი მედიაციის პროცესში, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადუღი“, სპეციალური გამოცემა, 54.  
46 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კო-

დექსი, 14/11/1997, 1106, წიგნი I, კარი III, 141-ე მუხლი.  
47 საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, 18/09/2019, 4954-ილ, მე-10 მუხლი.  
48 Burge K., Boston Globe, 2002, <[https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602\\_chancellor.htm](https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602_chancellor.htm)> [ბოლო წვდომა: 8 დეკემბერი, 2021].  
49 Jerome B., Mediation confidentiality: who, what, where, when, how?, Massachusetts dispute resolution service, <<https://www.mdrs.com/faqs/mdrs-articles/mediation-confidentiality-who-what-where-when-how/>> [ბოლო წვდომა: 8 დეკემბერი, 2021].

მიზნები აიძულონ მედიატორი გამოაშკარავოს საჭაროდ მედიაციის პროცესში წარმოებული კომუნიკაცია. ასეთი იძულებითი ჩვენება, თუნდაც ის გამოსადეგი იყოს მოსამართლისთვის გადაწყვეტილების მიღებისთვის, ეწინააღმდეგება კანონმდებლის განზრახვას, რომ დაცულ იქნეს მედიაციის პროცესი და მედიატორის ნეიტრალურობა. ამის საპირისპიროდ შეიძლება მოყვანილ იქნეს თურქეთში იმპლემენტირებული მედიაციის სამართალი და სამოქალაქო დავების შესახებ ნორმატიული აქტის მეხუთე მუხლი, რომლის თანახმად, მედიატორს ანიჭებს უფლებამოსილებას გამოვიდეს სასამართლოზე მოწმის სტატუსით თუ ამასთან დაკავშირებით მხარეების წერილობითი თანხმობა არსებობს.<sup>50</sup> საქართველოს ეროვნული კანონმდებლობის თანახმად, წერილობითი შეთანხმების საფუძველზე ნებისმიერი ინფორმაციის კონფიდენციალობის საკითხი შეიძლება მხარეებს შორის ურთიერთშეთანხმების საგანი გახდეს, ეს კითხვის ნიშანს ბადებს, მხარეს შესაძლებლობა ხომ არ ეძლევა მოითხოვოს მედიატორისგან სასამართლოში სამედიაციო მორიგების დასადასტურებლად მეტი მოცულობით ინფორმაცია გაამჟღავნოს. ამასთან ერთად თუ დაგუკვირდებით „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტს, მედიაციის მონაწილე მხარეებმა კონფიდენციალურობის მუხლით დაცული ინფორმაცია არ შეიძლება გამოიყენონ სასამართლოში. მაგრამ თუ მხარეებს შორის ინფორმაციის არაკონფიდენციალურობის შესახებ წერილობითი შეთანხმება იარსებებს, ინფორმაცია ხომ ლოგიკურად აღარ იქნება კონფიდენციალობის მუხლის დაცვის ქვეშ და ამ შემთხვევაში არის კი შესაძლებელი ასეთი ინფორმაციის სასამართლოში გამოყენება? ვფიქრობ, ამ კუთხითაც უმჯობესია ეროვნული კანონმდებლობის სრულყოფა.

50 Dursun A., (2017), The principle of confidentiality in mediation and the role of confidentiality in commercial mediation, Afro Eurasian studies journal, Vol. 6, Issue 1&2, 23.

### გ. მედიაციის დაწყებამდე ნაკისრი სამართლებრივი ვალდებულების შესრულება (შებლუდულად გამჟღავნება)

მედიაციის დაწყებამდე ნაკისრი სამართლებრივი ვალდებულების შესასრულებლად ერთ-ერთმა მხარემ შესაძლებელია მაქსიმალურად შეზღუდული მოცულობით გაამჟღავნოს ის ინფორმაცია, რომელიც მედიაციის მიმდინარეობის პროცესში გახდა ცნობილი. მედიაციის დაწყებამდე ნაკისრი ვალდებულება მხარეს შეიძლება ჰქონდეს გარეშე პირის მიმართ, რომელიც მედიაციაში საერთოდ არ მონაწილეობს. მაგალითად თუ ბიზნეს სუბიექტი მედიაციის პროცესში გაიგებს, რომ მიმდინარე წელს სესხის გადაფარვის შედეგად მომგებიან მდგომარეობაში ჩადგება, ვიდრე სესხის ყოველთვიური დაფარვით, შეუძლია მედიაციის პროცესიდან მიღებული ეს ინფორმაცია მაქსიმალურად შევიწროებული სახით გააჟღეროს სხვა პირებთან ან სესხის გამცემთან (გამსესხებელთან) კონსულტაციისას, რომ შეძლოს ნაკისრი სამართლებრივი ვალდებულების შესრულება.

### დ. ინფორმაციის გამჟღავნების აუცილებლობა განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის გამოძიებისთვის

განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულის გამოძიებისთვის აუცილებელი კონფიდენციალობის დარღვევის ერთ-ერთი წინაპირობაა, მედიაციის პროცესში დანაშაულის შესახებ ინფორმაციის შემცველი ფაქტების გამოვლენა.<sup>51</sup> ჩვენი კანონმდებლობის შესაბამისად ამ დროს ინფორმაცია მაქსიმალურად მწირი მოცულობით უნდა გამჟღავნებულ იქნეს და შესაბამის მხარეს წინასწარ უნდა ეცნობოს აღნიშნულის თაობაზე. სხვა სპეციფიურ დეტალებზე „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი ყურადღებას არ ამახვილებს, მაგალითად: უკვე ჩადენილ დანაშაულს, სამომავლოდ დაგეგმილ დანაშაულს თუ ორივეს გულისხმობს კანონმდებელი. თუ გადავხედავთ საერთაშორის-

51 State v. Castellano, 460 So. 2d 480 (Fla. Dist. Ct. App. 1984), <<https://casetext.com/case/state-v-castellano>>. [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021].

სო პრაქტიკის ნაწილს, კონფიდენციალობა შესაძლებელია დაირღვეს მაშინ თუ სახეზეა დანაშაულის შესახებ ინფორმაციის შემცველი ფაქტები მაგალითად: დანაშაულის დაგეგმვის, მისი ჩადენის ან განხორციელების მცდელობის, კრიმინალური ქმედებების დაფარვის ან ძალადობის არსებობის თავისებურებები.<sup>52</sup> ამ შეთხვევაში გონივრული ეჭვის არსებობას დიდი მნიშვნელობა აქვს, ეს კი ნიშნავს, რომ დანაშაულის ნიშნები რეალურად უნდა ჩანდეს გამჟღავნებულ ინფორმაციაში.

**ე. მედიაციის დაწყებამდე ან საჯარო სივრციდან მიღებული კონფიდენციალურობის პირობით გამჟღავნებული ინფორმაცია**

კონფიდენციალობის მიზანია მხარეების ინფორმაციის გაზიარებასთან დაკავშირებული შიში შეამციროს, რომ უკეთესად აღქმადი გახდეს პრობლემა და თავად მხარეებმა შეძლონ პრობლემის გადაჭრის გზების ძიება. თუ არ მოხდება რეალური ინფორმაციების გაცვლა, დაირღვევა კეთილსინდისიერების პრინციპი და საბოლოოდ მედიაცია არ იქნება ეფექტური. თუმცა არსებობს საფრთხე, რომ მედიაციის წარუმატებლად დასრულების შემთხვევაში შესაძლებელია მედიაციის პროცესში გამხლეული ინფორმაცია რომელიმე მხარის მიერ ან გასაჯაროვდეს ან ბოროტად იქნეს გამოყენებული, რადგან კონფიდენციალურობა არ ეხება ისეთ ინფორმაციას, რომელიც მხარისთვის ცნობილია მედიაციის დაწყებამდე ან შეიძლება მიიღოს სხვა დასაშვები გზით.<sup>53</sup> ეს ჩანაწერი კომერციულ ურთიერთობებში მყოფ ბიზნეს სუბიექტებს არახელსაყრელ მდგომარეობაში აყენებს. საჯარო ინფორმაციის გამოთხოვა კანონდარღვევას არ წარმოადგენს, თუმცა აქ საყურადღებოა ფაქტი, რამდენად შეუწყო ხელი მედიაცი-

ის პროცესმა ერთ-ერთ მხარეს მეორე მხარისთვის სტრატეგიული მნიშვნელობის მქონე ინფორმაციის გამოაშკარავებაში (იგულისხმება: რა უნდა ყოფილიყო ეს ინფორმაცია და სად მოედებნა).

**ვ. ინფორმაციის გამცემი პირის სამართლებრივი ინტერესის დასაცავად**

მედიაციის პროცესიდან წარმოშობილი სამართლებრივი ან სადისციპლინო დავის დროს პირს, რომლის წინააღმდეგაც არის მიმართული სამართლებრივი დავა, აძლევს საშუალებას გაამჟღავნოს მხოლოდ ის ინფორმაცია, რომლის საფუძველზეც შეძლებს საკუთარი ინტერესების დაცვას. მედიაციაში მონაწილე მხარეები ვალდებული არიან კონფიდენციალურად დატოვონ მედიაციის პროცესში გამოვლენილი ინფორმაციები. განასხვავებენ ე.წ. „შიდა“ და „გარე“ კონფიდენციალურ ინფორმაციას. ინფორმაციის შიდა წრეში კონფიდენციალობის დაცვის დროს, ანუ როდესაც ხდება მხარესა და მედიატორს შორის განმარტობით ინფორმაციის გაცვლა, კონფიდენციალობის დაცვა აკისრია მედიატორს. აქედან გამომდინარე, მედიატორის საქმიანობა შეიძლება დაეფუძნოს (ა) ღია კომუნიკაციის ან (ბ) კონფიდენციალობის მიდგომებს. ღია კომუნიკაციის დროს ინფორმაცია კონფიდენციალობის პრინციპით არის დაცული არა მედიაციის სხვა მონაწილეებისგან, არამედ გარეშე მესამე პირებისგან, ეს კი გულისხმობს, რომ მედიაციაში მონაწილე პირებმა (ექსპერტებმა, მხარეებმა, დამხმარე პერსონალმა), რომელთათვის ცნობილია ეს ინფორმაცია, არ უნდა გაამჟღავნონ განდობილი ინფორმაცია მესამე პირებთან.<sup>54</sup> მედიაციაში ღია კომუნიკაციის დროს ექსპერტებს შეიძლება გარკვეული დოზით მიეწოდოთ ინფორმაცია, ხოლო თუ მოდავე მხარე აყენებს მედიატორის პასუხისმგებლობას ღია კომუნიკაციაში მონაწი-

52 Tetunic, L. F., (2011). Act Deux: Confidentiality Adter the Florida Mediation Confidentiality and Privacy Act, „Nova Law Review“, Volume 36, Issue1, 83.

53 ბერაძე ს., (2017). კონფიდენციალურობის დაცვის სპეციფიკა მედიაციის პროცესში, „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, მედიაციის სტატიათა ერთვნიულ კონკურსში გამარჯვებული სტატიები, 50.

54 ბიჭია, მ., (2020). მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა, ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, 6(2), 194. <https://doi.org/10.36475/6.2.15>

ლე პირებისთვის შესაბამისი ინფორმაციის გამჟღავნების გამო, მედიატორს საკუთარი პოზიციის დასაბუთებისთვის, შეუძლია ღია კომუნიკაციიდან რელევანტური ინფორმაციის გამჟღავნება მის წინააღმდეგ მიმდინარე დავისას. ამ ფორმით მედიატორს შეეძლება საკუთარი ინტერესების დაცვა.

კონფიდენციალური ინფორმაციის უფლებამოსილი პირისათვის ან ორგანოსათვის გამჟღავნება მხოლოდ კანონიერი მიზნის ადეკვატური და პროპორციული მოცულობით უნდა მოხდეს, ისე, რომ მაქსიმალურად იქნეს დაცული აღნიშნული ინფორმაციის კონფიდენციალურობა მესამე პირისაგან. თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნა, რომელიც თავის თავში მოიაზრებს პროპორციულობას, გულისხმობს, რომ ნებისმიერი უფლების შემზღვეველი საკანონმდებლო რეგულირება უნდა წარმოადგენდეს ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის გამოსაძეგ და აუცილებელ საშუალებას.<sup>55</sup> დასახული ლეგიტიმური მიზნის – პირადი ხასიათის ინფორმაციის კონფიდენციალობის დაცვის – გამოსაძეგ საშუალებად შეიძლება ჩაითვალოს ჩანაწერი: კანონიერი მიზნის ადეკვატური და პროპორციული მოცულობა.

### ბ. სასამართლოს ან სხვა სავალდებულო იურიდიული ძალის მქონე გადაწყვეტილებით ინფორმაციის გამჟღავნება

აღნიშნული საფუძვლით სასამართლოს ეძლევა უფლება, ნებისმიერი კანონიერი მიზეზით მოსთხოვოს მედიატორში მონაწილეებს მედიატორის პროცესში გამხედილი ინფორმაციის გამჟღავნება. ეს წესი კონფიდენციალურობის პრინციპის მაღალ სტანდარტს ეჭვქვეშ აყენებს, რადგან მისი ფორმულირება ზოგადი ხასიათისაა. თუმცა, თუ დავყრდნობით ჩვეულებითი სამართლიდან მედიატორის კუთხით არსებულ საერთაშორისო პრაქტიკას, კონფიდენციალურობის პრივილეგიის მოთხოვნის დროს სასამართლო

55 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, II-60, №3/1/512 გადაწყვეტილება საქმეზე „დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 26/06/2012.

რთლოებმა უნდა გამოიყენონ ოთხნაწილიანი ტესტის შეფასება, რომლის ერთ-ერთი მთავარი კომპონენტის თანახმად – ზიანი, რომელიც მიადგებათ მხარეებს კომუნიკაციების გამჟღავნების შედეგად, უნდა იყოს უფრო დიდი, ვიდრე გამჟღავნების შედეგად მიღებული სარგებელი სასამართლოსთვის.<sup>56</sup> აქედან გამომდინარე, ყველა მოსამართლემ უნდა იცოდეს, რომ მედიატორში კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვას სასიცოცხლო მნიშვნელობა აქვს.

## 6. კონფიდენციალობის დაცვის მოვალეობის დარღვევა და მისი იურიდიული შედეგები

### 6.1. კონფიდენციალობის დარღვევის არსი და გამოვლენის ფორმები

შრომითი ურთიერთობა იწყება დასაქმებულსა და დამსაქმებელს შორის დადებული შრომითი ხელშეკრულების საფუძველზე, რომელიც თანახმობისა და ნების თავისუფალი გამოვლენის შესაბამისად იდება.<sup>57</sup> კონფიდენციალობის პრინციპის არალეგიტიმურად დარღვევის საფრთხე შეიძლება დავინახოთ შრომის კოდექსის ჩანაწერში, რომლის თანახმად, მინისტრს აქვს უფლება მედიატორს მოსთხოვოს დავასთან დაკავშირებული ანგარიშის წარდგენა. მაშინ, როცა ყველა შიდა კომუნიკაცია კონფიდენციალურობის ფარის ქვეშ არის, დამსაქმებელი ამ შემთხვევაში ხვდება სიტუაციაში სადაც საფრთხე ექმნება მის კომერციულ საიდუმლოებებს და მის რეპუტაციას. ბიზნეს სუბიექტები ურთიერთობენ და პაექრობენ ერთმანეთში, ამიტომაც მათთვის

56 Brown, K., (1991). Confidentiality in mediation: status and implications, Journal of dispute resolution, Vol., Iss. 2, 315.

57 ტაკაშვილი, ს., (2014). მედიატორის როლის ალტერნატიულად გადაწყვეტის ფორმის, მნიშვნელობა კოლექტიური შრომითი დავის განხილვისა და გადაწყვეტის პროცესში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 48.

არსებითია რომ მათი კომერციული საიდუმლოებები არ გასაჯაროვდეს. აქედან გამომდინარე, მინისტრის უფლებამოსილება გამოითხოვოს ანგარიში გარკვეულწილად კოლიზიაში მოდის საქართველოს შრომის კოდექსის 63-ე მუხლის მე-9 პუნქტთან, რომლითაც დაცულია კოლექტიური დავის კონფიდენციალობა და მედიატორს ვალდებულს ხდის არ გაამჟღავნოს ინფორმაცია, რომელიც მისთვის ამ მედიაციის პროცესში გახდა ცნობილი.<sup>58</sup> მედიატორმა უნდა შეეცადოს მხარეთა ინტერესები, საჭიროებები გამოკვეთოს და ორივე მხარისთვის აღქმადი გახადოს, ამ მიზნით მხარეებთან განცალკევებული შეხვედრები დგება. განცალკევებული შეხვედრების ერთ-ერთი ამოცანა შეიძლება იყოს შეთავაზების გაკეთების ორგანიზება, კერძოდ, კი, განცალკევებული შეხვედრის შემდგომ მედიატორი მეორე მხარეს აცნობებს ინფორმაციას ან შეთავაზებას.<sup>59</sup> ამ მომენტში, საფრთხის ქვეშ დგება შიდა კონფიდენციალობის სტანდარტი, რადგან მედიატორის მიერ მეორე მხარისთვის ინფორმაციის გაზიარებისას შეიძლება დაუფიქრებლად და არამიზანმიმართულად რომელიმე მხარის სტრატეგიული და საკვანძო ინფორმაციის გადაცემა მოხდეს. მხარის მიერ მეორე მხარისთვის სპეციალურად არასწორი ფაქტების განდობა, რა თქმა უნდა, ართულებს დავას და კითხვას ბადებს, ზოგადად ყალბი ინფორმაცია ექცევა თუ არა მედიაციის კონფიდენციალობის დაცვის ქვეშ? თუ მივყვებით ზოგად წესს, მედიაციაში განდობილი ყველა ინფორმაცია კონფიდენციალურობის დაცვით სარგებლობს, თუმცა არის მოსაზრება ეთიკურ ვალდებულებასთან დაკავშირებით, რომ თუ მხარისთვის ცნობილია მეორე მხარის მიერ განდობილი ინფორმაციის სიყალბის

თაობაზე, ეს ინფორმაცია არ ექცევა კონფიდენციალობის დაცვის ქვეშ.<sup>60</sup> ამისდა მიუხედავად, არაკეთილსინდისიერი მოდავე მხარის სასამართლოზე გამოაშკარავების მიზეზით მედიაციის პროცესში საიდუმლო ინფორმაციის გასაჯაროვება, ვერ ჩაითვლება კონფიდენციალურობის დარღვევის ლეგიტიმურ საფუძვლად დღეის მდგომარეობით არსებული ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით.<sup>61</sup>

## 6.2. კონფიდენციალობის დარღვევის იურიდიული შედეგები

მედიაციის პროცესი, რომ წარმატებულად ჩატარდეს აუცილებელია, რომ მხარეები „გაიხსნან“, რაც გამომდინარეობს მედიაციის არაფორმალური ხასიათიდან, რომელიც მხარეებს აძლევს საშუალებას თავისუფლად ისაუბრონ ფაქტების, ინტერესების, ემოციების და შესაძლებლობების შესახებ.<sup>62</sup> ბიზნეს სუბიექტებს შორის მედიაციის დროს ორივე მხარემ შეიძლება საიდუმლო და მათთვის პოტენციურად საფრთხის შემცველი არასახარბიელო ინფორმაცია გაამჟღავნონ იმ იმედით, რომ ეს ინფორმაცია აბსოლუტურად კონფიდენციალური დარჩება. ისეთი ტიპის კომერციული დავების დროს, როცა დავა მიმდინარეობს განსაკუთრებით დიდ თანხებზე, ორივე მხარისთვის მნიშვნელოვანია მესამე პირისთვის არ გახდეს ცნობილი მედიაციის პროცესის დეტალები, რადგან შეიძლება გარკვეული ინფორმაციის გამჟღავნებამ მათ რეპუტაციას და საქმიან ურთიერთობებს (ანმყოში არსებულს და სა-

58 საქართველოს ორგანული კანონი საქართველოს შრომის კოდექსი, 17/12/2010, 4113-რს, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=21>> [ბოლო წვდომა: 8 დეკემბერი, 2021].

59 თვაური რ., (2015), კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 27.

60 კალანდაძე, დ., (2018)-2019. კონფიდენციალურობის პრინციპი მედიაციის პროცესში და ქართული საკანონმდებლო რეალობა, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, სპეციალური გამოცემა, 36.

61 იქვე, 28.

62 თვაური, რ., (2015). კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 26.

მომავლო საქმიან ურთიერთობებს) დიდი ზიანი მიაყენოს.<sup>63</sup> არასამართლიანი შედეგის პირდაპირი ადრესატი მედიაციის პროფესიული საზოგადოებაა, რომლის ამოცანაა ადამიანებში მედიაცია დანახულ იქნეს როგორც დავის გადაწყვეტის მოთხოვნადი და ეფექტური საშუალება.<sup>64</sup> მედიაციის დროს კონფიდენციალობის პრივილეგიით დაცული განცხადებები და შეთავაზებები უნდა იქნეს ისე გადამუშავებული, რომ არ მოხდეს მათი გამჟღავნება, ხოლო ზიანის მიყენებისას ის უნდა ანაზღაურდეს.<sup>65</sup> საბოლოო ჯამში კონფიდენციალურობის დარღვევის იურიდიულ შედეგში შეიძლება ვიგულისხმოთ სამოქალაქო წესით ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობა. კონფიდენციალობის დარღვევამ შეიძლება გამოიწვიოს როგორც მორალური ზიანი, ასევე, ქონებრივი ზიანი. მაგალითად, კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნების შედეგად თუკი ხელყოფილია მისი საქმიანი რეპუტაცია, მხარეს შეუძლია მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება.<sup>66</sup> ზოგ ქვეყანაში კონფიდენციალურობის დარღვევა უფრო მძიმე შედეგს იწვევს, როგორცაა ნ თვემდე პატიმრობა და მედიატორთა რეესტრირიდან ამოშლა.<sup>67</sup>

63 ბიჭია, მ., (2020). მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა, ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, 6(2), 196-197. <https://doi.org/10.36475/6.2.15>

64 ჩიტაშვილი, ნ., (2016). სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღველობის საფუძველი, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 13.

65 ბიჭია, მ., (2020). მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა, ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, 6(2), 193. <https://doi.org/10.36475/6.2.15>

66 სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997, 786, წიგნი I, კარი I, თავი I, 18 მუხლი.

67 Dursun, A., (2017). The principle of confidentiality in mediation and the role of confidentiality in commercial mediation, Afro Eurasian studies journal, Vol. 6, Issue 1&2, 23.

### 6.3. რეალობა და გამონკვევები

მედიატორის მიმართ საზოგადოებაში არსებული მაღალი ნდობა ხელს უწყობს კომერციულ დავებში მედიაციის განვითარებას.<sup>68</sup> თუმცა, როცა ეროვნული კანონმდებლობა კონფიდენციალობის დარღვევის ლეგიტიმური საფუძვლების საკმაოდ მსუყე ჩამონათვალს ადგენს, საფრთხე ექმნება კომერციულ დავებში მედიაციის ინტეგრირებას. დარღვევის ერთ-ერთ საფუძველი – სასამართლოს სხვა გადაწყვეტილებით ინფორმაციის გამჟღავნების ვალდებულება – ზოგადი ხასიათის ჩანაწერია. თუმცა, კონფიდენციალობის პრინციპიდან გამომდინარე, სასამართლომ მხოლოდ საქმესთან პირდაპირ დაკავშირებული ინფორმაციის გამჟღავნება უნდა მოითხოვოს და შემოიფარგლოს საქმესთან დაკავშირებული მასალებით. რაც მთავარია მოსამართლემ კონფიდენციალურობის დარღვევის შედეგად მიყენებული ზიანის და სასამართლოში წარდგენილი ინფორმაციის სარგებლის შეპირისპირება უნდა შეძლოს. აქვე აღსანიშნავია, რომ კონფიდენციალური ინფორმაციის უფლებამოსილი პირისათვის ან ორგანოსათვის გამჟღავნების დროს არსებული შეზღუდვა, რომ ინფორმაციის გამჟღავნება მხოლოდ კანონიერი მიზნის ადეკვატური და პროპორციული მოცულობით უნდა მოხდეს, დასახული ლეგიტიმური მიზნის – პირადი ხასიათის ინფორმაციის კონფიდენციალობის დაცვის – გამოსადეგ საშუალებად შეიძლება ჩაითვალოს, რადგან პროპორციულობის პრინციპის განმარტება ქართული მართლმსაჯულების პრაქტიკის თანახმად გულისხმობს: სახელმწიფოს მიერ სამართლიანი ბალანსის დადგენას, იმ სახით რომ დაცული სიკეთე აღემატებოდეს შეზღუდული უფლების დაცვის ინტერესს.<sup>69</sup>

68 ჩიტაშვილი, ნ., (2016). სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღველობის საფუძველი, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 21.

69 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, II-28, №3/1/752 გადაწყვეტილება საქმეზე „ა(ა) იპ „მწვანე ალტერნატივა“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 14/12/2014.

როგორც ჩანს, ეროვნული კანონმდებლობით ყველა მედიატორს ევალება, მხარეებს აცნობოს კონფიდენციალობის შეზღუდვის ლეგიტიმური საფუძვლების შესახებ, თუმცა მედიაციის აბსოლუტური იმუნიტეტის შესახებ საზოგადოებაში შექნილმა მითებმა შეიძლება აზარალოს მხარე, რაც გამოიხატება მხარის მიერ ინფორმაციის გაუაზრებლად გამხელაში. მედიატორი უნდა იყოს აბსოლუტურად დარწმუნებული, რომ მედიაციის მხარეებმა გააზრებულად მიიღეს გადაწყვეტილებები.<sup>70</sup> ასევე, არსებითად მნიშვნელოვანია „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტით მედიაციაში მყოფ მონაწილეებს კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება დაეკისროთ. ბიზნესსუბიექტთა შიში მედიაციის დროს მესამე პირებისთვის კომერციული საიდუმლოების გამჟღავნების თაობაზე შეიძლება შემცირდეს იმის გათვალისწინებით, რომ კონფიდენციალურობის პრინციპის დარღვევის ლეგიტიმური საფუძვლების და ფარდობითი ცნებების (ადეკვატური და პროპორციული მოცულობა) არსებობის მიუხედავად, ეროვნული კანონმდებლობა ითხოვს გამჟღავნებული ინფორმაციის მაქსიმალურად დაცვას მესამე პირისგან.

ამდენად, კონფიდენციალურობის პრინციპი არ სარგებლობს აბსოლუტური იმუნიტეტით და მედიაციის თავისუფალი სივრციდან გამომდინარე, შეიძლება ლეგიტიმური შეზღუდვების გარდა, კანონმდებლობაში გაუნერვლი ფაქტობრივი გარემოების დადგომის შედეგად დაირღვეს. კონფიდენციალურობაზე უარის თქმა მხარეებს შეუძლიათ წერილობითი შეთანხმების საფუძველზე, რომელსაც ისინი ხელმოწერით დაადასტურებენ და, აქედან გამომდინარე, მედიაციის პროცესში ერთმანეთისთვის განდობილი ინფორმაცია შესაძლებელია სასამართლოში მტკიცებულებად იქნეს გამოყენებული.<sup>71</sup> მაგრამ ამისდა მიუხედავად, ეს ვერ გახდე-

ბა საფუძველი, მედიატორს სასამართლოში მხარეებმა მოსთხოვონ ამ ინფორმაციის შესახებ ჩანაწერების წარდგენა. რადგან ამ კონტექსტში ინფორმაციის გამჟღავნების ვალდებულების ფარგლები არ არის მკაცრად გაწერილი, უმჯობესია მედიატორმა თავი დაიზღვიოს და მედიაციის დასრულებისთანავე კომუნიკაციის შედეგად მიღებული მასალები გაანადგუროს, ხოლო თუ მასალების განადგურების ვალდებულება მედიატორს კანონით დაევალება ვფიქრობ აღნიშნულ სიტუაციაში კონფიდენციალობის პრინციპის დაცვის უფრო მაღალი სტანდარტი იმოქმედებს. ასევე, მხარის მიერ მედიაციის დაწყებამდე ან სხვა კანონის შესაბამისი საშუალებით მოპოვებული ინფორმაციის კონფიდენციალურობის დარღვევის ლეგიტიმურ საფუძველად განსაზღვრა კომერციულ ურთიერთობებში მყოფ ბიზნეს სუბიექტებს არახელსაყრელ მდგომარეობაში აყენებს. საჯარო ინფორმაციის გამოთხოვა კანონდარღვევას არ წარმოადგენს, თუმცა აქ საყურადღებოა ფაქტი, რამდენად შეუწყობელი მედიაციის პროცესმა ერთ-ერთ მხარეს მეორე მხარისთვის სტრატეგიული მნიშვნელობის მქონე ინფორმაციის გამოაშკარებაში (იგულისხმება: რა უნდა ყოფილიყო ეს ინფორმაცია და სად მოედებნა). კონფიდენციალური ინფორმაციის უფლებამოსილი პირისათვის ან ორგანოსათვის გამჟღავნების დროს არსებული შეზღუდვა, რომ მხოლოდ კანონიერი მიზნის ადეკვატური და პროპორციული მოცულობით უნდა მოხდეს ინფორმაციის გამჟღავნება დასახული ლეგიტიმური მიზნის გამოსაღვე საშუალებად შეიძლება ჩაითვალოს. აქვე აღსანიშნავია, რომ 2013 წლიდან 2021 წლის 10 დეკემბრის ჩათვლით თბილისის საქალაქო სასამართლოს მედიაციის ცენტრს გადაეცა 422 საქმე. 2021 წლის სტატისტიკის მიხედვით, ბიზნეს დავებთან დაკავშირებით აღსანიშნავია ვალდებულებით სამართლებრივი 28 დავა; შრომითი სამართლებრივი – 27 დავა; ასევე, სასეხო და მიკროსაფინანსო 33 მიმდინარე დავა ფიქსირდება მედიაციის ცენტრში.<sup>72</sup> განხილულ

70 Brooker, P., (2013). Mediation law journey “through institutionalism to juridification”, routledge, Britain, 255.

71 ადეიშვილი, ქ., (2018)-2019. კონფიდენციალურობის როლი მედიაციის პროცესში, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“ სპეციალური გამოცემა, 65.

72 თბილისის საქალაქო სასამართლო, N2-4118/4363203, 13/12/2021.

საქმეთაგან მორიგების მაჩვენებელია 60-70%, ხოლო განსაკუთრებით წარმატებული შედეგები აქვს მიკროსაფინანსო, შრომითი, კომერციული და საოჯახო ურთიერთობებიდან წარმოშობილ დავებს.<sup>73</sup>

## დასკვნა

სამართლიანობა ინტერესთა ბალანსის შენარჩუნების საუკეთესო ხერხია, მითუმეტეს, მედიაცია აძლევს მხარეებს საშუალებას, საკუთარი გადმოსახედიდან დანახული სამართლიანობის ქრილში მიიღონ ერთობლივი ნებაყოფლობითი და სასურველი გადაწყვეტილება.<sup>74</sup> თუმცა, მხარეების მიერ სამართლიანობის განსხვავებულმა აღქმამ, რომელიც შეიძლება რომელიმე მხარისთვის ყველა მეთოდის გამოყენებით გამარჯვებასთან ასოცირდებოდეს, დააზარალოს კეთილსინდისიერი მხარე, რადგან სასამართლოში მედიაციის პროცესში განდობილ ინფორმაციას საკუთარი ვარაუდების დასაბუთებისთვის ვერ გამოიყენებს. კონფიდენციალურობა სამართლებრივ-ფილოსოფიურ ქრილშიც გარკვეულ ჰიბრიდს წარმოადგენს. ეროვნული კანონმდებლობით დროში მისი განუსაზღვრელობა აბსოლუტურ უფლებათა კატეგორიას მოგვაგონებს, ხოლო, მედიაციის ურთიერთობის სპეციფიკა და თანდევნი პროცესი, რომელიც პირებს აძლევს საშუალებას, მოსთხოვონ ერთმანეთს ინფორმაციის დაცვა კონფიდენციალურობის პრინციპით, ამჟამად რელატიური ხასიათის მატარებელია.

ერთი მხრივ, „მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-10 მუხლი მხარეების წერილობითი შეთანხმებით უშვებს ვარიანტს, რომ დავის მხარეებმა საერთოდ წერილობით უარი თქვან კონფიდენციალობაზე, მეორე მხრივ, კი – მედიატორის ვალდებულება, თუ როგორ უნდა იმოქმედოს ამ დროს – საერთოდ არ

არის კანონით გათვალისწინებული. მნიშვნელოვანია, აღინიშნოს მედიაციის შემდგომ განუსაზღვრელი ვადით კონფიდენციალობის დაცვის ვალდებულება. მედიაციის პროცესში მხარეებმა შეიძლება ვერ გათვალონ, სამომავლოდ რა ინფორმაცია შეიძლება გახდეს უსარგებლო და ამან წარმოშვას თავისთავად პრობლემები კონფიდენციალურობის დარღვევის ნაწილში. ეს შემთხვევა კი პირდაპირ დაკავშირებული ხდება კონფიდენციალურობის დარღვევის ლეგიტიმურ საფუძველთან კერძოდ, მედიაციაში მონაწილე მხარეების მიერ კონფიდენციალურობის დარღვევად არ ჩაითვლება თუ ინფორმაცია საჯარო სივრცეში მოხვდა სხვაგვარი საშუალებით.

კოლექტიურ დავებში მინისტრის უფლება, მედიატორისგან მიიღოს ანგარიში გარკვეულწილად მოდის კოლიზიაში ჩანაწერთან, სადაც მედიატორი ვალდებულია, დაიცვას კონფიდენციალურად ყველა ინფორმაცია, რომელიც მისთვის განდობილი გახდა მედიაციის პროცესში. ვფიქრობ, სამომავლოდ საქართველოს შრომის კოდექსში უმჯობესია დაემატოს მ-10 მუხლს კიდევ ერთი პუნქტი, სადაც იქნება განსაზღვრული მკაფიოდ, თუ რა სახის ინფორმაციის/ანგარიშის მიწოდების ვალდებულება აქვს მედიატორს შრომის, ჯანმრთელობის და სოციალური დაცვის მინისტრისთვის და რა დოზით უნდა ასახოს მედიაციის პროცესში მიღებული ინფორმაცია ანგარიშში, ისე რომ არ დაირღვეს კონფიდენციალურობის პრინციპი. ამასთან ერთად, აუცილებელია „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტით მედიაციაში მყოფ მონაწილეებს კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება დაეკისროთ (როგორც მედიაციის პროცესში, ასევე მისი დასრულების შემდგომ), რომელიც ჯერჯერობით მხოლოდ ნაგულისხმევია კონფიდენციალურობის დაცვის ზოგად წესში.

ასევე მნიშვნელოვანია, გაანალიზდეს სამი ჩანაწერი:

ა) სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში ჩაწერილი ტექსტი, რომლის თანახმად, მედიატორს არ აქვს უფლება სასამართლოზე

73 იქვე.

74 ჩიტაშვილი, ნ., (2016). სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღველობის საფუძველი, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადული“, 9.



გამოვიდეს მოწმის სტატუსით;

ბ) მედიაციის შესახებ კანონის მე-10 მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით, მხარეებს შეუძლიათ, წერილობითი შეთანხმებით კონფიდენციალურობის პრინციპით დაიცვან განსაზღვრული ინფორმაცია ან საერთოდ უარი თქვან მასზე;

გ) მედიაციის შესახებ კანონის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, მე-10 მუხლით დაცული ინფორმაცია არ შეიძლება იქნეს გამოყენებული სასამართლოში.

ნებისმიერი ინფორმაცია, რომლის გასაჯაროვებაც მხარეები შეთანხმდებიან წერილობით, აღარ ჩაითვლება კონფიდენციალურ ინფორმაციად. ეს გვაძლევს საფუძველს ვივარაუდოთ, რომ აღნიშნული ინფორმაცია აღარ ექცევა მედიაციის შესახებ კანონის მე-10 მუხლის დაცვის ქვეშ, რის შედეგადაც სასამართლოზე ამ ინფორმაციის გამოყენება არ ჩაითვლება კონფიდენციალობის დარღვევად. მითუმეტეს, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში გვხვდება ჩანაწერი, რომ სასამართლო მტკიცებულებად არ მიიღებს მედიაციის პროცესში განდობილ ინფორმაციას თუ მხარეები წერილობით არ

შეთანხმდებიან ამ საკითხზე.<sup>75</sup> თუმცა, რადგან ეს ვარაუდია, უმჯობესია, „მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტში გაკეთდეს აღნიშვნა იმის თაობაზე, რომ აღნიშნული წესი ეხება იმ ინფორმაციას, რომლის კონფიდენციალურობის ან გასაჯაროვების საკითხზე მხარეები დამატებით წერილობითი ფორმით არ არიან შეთანხმებულნი, თუმცა ეს წესი ან განსხვავებული შეთანხმება მხარეებს შორის არ ავალდებულებს მედიატორს, გაასაჯაროვოს მასთან დაცული ინფორმაცია.

საბოლოო ჯამში ბიზნესდავების მედიაციის წარმატებულად დასრულებისთვის მედიატორის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფუნქციაა ფოკუსირება მოახდინოს მხარეების ინტერესებზე და შეძლოს მათი გამიჯვნა მხარეების პოზიციებისგან. მედიატორმა უნდა შეძლოს ბიზნეს ურთიერთობებში ემოციური ფონის მოხსნა და ინტერესებზე დაფუძნებული მედიაციის პროცესად გარდაქმნა, ისე რომ არ დაირღვეს კონფიდენციალურობის პრინციპი.

75 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, 14/11/1997, წიგნი I, კარი III, 104 მუხლი, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 30 ნოემბერი, 2021].

**ბიბლიოგრაფია:**

**ქართულენოვანი ნორმატიული მასალა**

1. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, 14/11/1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 30 ნოემბერი, 2021]
2. საქართველოს კანონი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 26/06/1997, 786, <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=115>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021]
3. საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, 18/09/2019, 4954-ლს.
4. საქართველოს კანონი ბავშვის უფლებათა კოდექსი, 20/09/2019, 5004-ლს, მე-5 მუხლი.
5. საქართველოს ორგანული კანონი საქართველოს შრომის კოდექსი, 17/12/2010, 4113-რს.
6. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, I კოლეგია, გადაწყვეტილება N1/4/693,857 საქმეზე ა(ა)იპ „მედიის განვითარების ფონდი“ და ა(ა)იპ „ინფორმაციის თავისუფლების გა-

- ნვითარების ინსტიტუტი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, 7/06/2019, <<https://constcourt.ge/ka/judicial-acts?legal=1268>>. [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021]
7. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, II-60, №3/1/512 გადაწყვეტილება საქმეზე „დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 26/06/2012.
  8. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, რეგისტრაციის N07-2/319/9, 2017, 9.
  9. თბილისის საქალაქო სასამართლო, პასუხი მოქალაქე ირინა ბათიაშვილს, N2-4118/4363203, 13/12/2021.
  10. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, II-28, №3/1/752 გადაწყვეტილება საქმეზე „ა(ა)იპ „მწვანე ალტერნატივა“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 14/12/2014.

### ქართულენოვანი ლიტერატურა

1. ადვიშვილი ქ., კონფიდენციალურობის როლი მედიაციის პროცესში, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, სპეციალური გამოცემა, 2018-2019, 54, 65.
2. ბათიაშვილი ი., სიცოცხლის უფლება – კონსტიტუციის თეთრი სამოსი, ტექნიკური უნივერსიტეტის სამართლის და საერთაშორისო ურთერთობების ფაკულტეტის ჟურნ. „იურისტი“, N9, 2020, 95.
3. ბერიძე ქ. განქორწინება, ბავშვი და საოჯახო მედიაცია, მედიაციის მნიშვნელობა და განვითარების პერსპექტივა საქართველოში, თბ., ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 2021, 74.
4. ბერაძე ს., კონფიდენციალურობის დაცვის სპეციფიკა მედიაციის პროცესში, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, მედიაციის სტატიათა ეროვნულ კონკურსში გამარჯვებული სტატიები, 2017, 50.
5. ბიჭია მ., მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა, ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, თბ., 6(2), 2020, 194-196.
6. ბიჭია მ. პირადი უფლებების ხელყოფისთვის არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების ქართული მოდელის შესაბამისობა ევროპულ სტანდარტებთან, თსუ „სამართლის ჟურნალი“, N1, 2017, 16, 23.
7. ბიჭია მ., სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობის მეთოდოლოგიური საკითხები, თსუ-ის „სამართლის ჟურნალი“, N1-2, თბ., (2010), 82, 84, 85-86.
8. გურიელი ა., მოსამართლე როგორც მედიატორი, ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, N11, 2019, 47.
9. თვაური რ., კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 2015, 27, 28, 31.
10. თოდუა მ., ვილემსი ჰ., ვალდებულებითი სამართალი, თბ., საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, 2006, 7-9.
11. კალანდაძე დ., კონფიდენციალურობის პრინციპი მედიაციის პროცესში და ქართული საკანონმდებლო რეალობა, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, სპეციალური გამოცემა, 2018-2019, 36, 37.
12. ოსტერმილერი მ. ს., სვენსონი დ. რ., დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები საქართველოში (საბაზისო სა-

- ხელმძღვანელო), თბ., მერიდიანი, 2014, 150, 162-163.
13. საქართველოს უზენაესი სასამართლო, პრაქტიკული რეკომენდაციები სამოქალაქო საპროცესო სამართლის საკითხებზე საერთო სასამართლოების მოსამართლეთათვის, თბ., (2010), 14.
  14. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, სანივთო (ქონებრივი) სამართალი, მთავარი რედაქტორი: ჭანტურია ლ., თბ., (2017), 42, 54-55.
  15. ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბ., სამართალი, 2011, 4-5.
  16. ტაკაშვილი ს., მედიაციის, როგორც დავის ალტერნატიულად გადაწყვეტის ფორმის, მნიშვნელობა კოლექტიური შრომითი დავის განხილვისა და გადაწყვეტის პროცესში, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 2014, 48.
  17. ქათამაძე დ., მედიაციის პროცესში გამოვლენილი სტრესი და მისი შემცირების გზები, მედიაციის მნიშვნელობა და განვითარების პერსპექტივა საქართველოში, თბ., ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 2021, 68-69.
  18. ყანდაშვილი ი., საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები, თბ., იურისტების სამყარო, 2019, 191-192, 203-204, 103.
  19. ჩიტაშვილი ნ., სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვეობის საფუძველი, ჟურნალი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, 2016, 13, 21.
  20. წულაძე ა., ქართული სასამართლო მედიაციის შედარებითი ანალიზი, თბ., იურისტების სამყარო, 2017, 28, 176-277, 180-183, 84, 86-88, 89, 51-52, 138-140, 161, 142.
  21. ხარაიშვილი ა., ქართული ბიზნესსამართალი სახელმძღვანელო და პრაქტიკული სავარჯიშოები, თბ., (2019), 95.

### უცხოენოვანი ნორმატიული მასალა

1. United Nations General Assembly, Resolution on Model law on international commercial mediation and international settlement agreements resulting from mediation of the united nations commission on international law, Seventy-third session, Distr: General, 3 January 2019, A/RES/73/199. <<https://digitallibrary.un.org/record/1659029?l=en#record-files-collapse-header>>, [ბოლო წვდომა: 28 ნოემბერი, 2021]. (In English)
2. Resolution of United Nations General Assembly, Model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, Annex model law on international commercial conciliation of the united nations commission on international trade law, fifty-seventh session, distr: General, 24 January 2003, A/RES/57/18, <<https://undocs.org/A/RES/57/18>>, [ბოლო წვდომა: 28 ნოემბერი, 2021]. (In English)
3. United Nations Office at Vienna, A guide to UNCITRAL (basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law), English, Publishing and Library Section, January 2013. (In English)
4. Erskine White et al v. Susan A. Holton, dba Gabriel Ames Associates, Superior Court No. 927915E, Oct.4, 1993. (In English)

## უცხოენოვანი ლიტერატურა

1. Brooker P., Mediation law journey "through institutionalism to juridification", routledge, Britain, 2013, 255. (In English)
2. Burge K., Boston Globe, 2002, <[https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602\\_chancellor.htm](https://archive.boston.com/globe/spotlight/abuse/stories2/080602_chancellor.htm)> [ბოლო წვდომა: 8 დეკემბერი, 2021]. (In English)
3. Chan Ch. H., Peter Ch., Mediation Operations for Resolving Commercial Disputes in China, Journal "Revista Chilena de Derecho", Vol. 41, N1, 2014, 153. (In English)
4. Dursun A., The principle of confidentiality in mediation and the role of confidentiality in commercial mediation, Afro Eurasian studies journal, Vol. 6, Issue 1&2, 2017, 23.
5. Freedman L. Prigoffs M., Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal on dispute resolution, Vol 2:1, 1986, 37-38. (In English)
6. Gibson K., Confidentiality in mediation: a moral reassessment, Journal of dispute resolution, Vol. 1992, N1, Art.5, 29. (In English)
7. Hadiati M., Tampi M. M., The Benefit Values of Settling Business Disputes by Means of Mediation in Indonesia, In: "Proceedings of the Arbitration and Alternative Dispute Resolution International Conference (ADRIC 2019)", Atlantis Press, 2020, 17-19. (In English)
8. Holzberg R., 10 tips for a successful mediation, Connecticut law tribune, Pullman Comley, 2013, 1-4. (In English)
9. Jerome B., Mediation confidentiality: who, what, where, when, how?, Massachusettsdisputeresolutionservice, <<https://www.mdrs.com/faqs/mdrs-articles/mediation-confidentiality-who-what-where-when-how/>>, [ბოლო წვდომა: 8 დეკემბერი, 2021]. (In English)
10. Kerwin J., "How Mediation Works When Both Parties Agree They Need Help Resolving the Dispute. How does mediation work in a lawsuit or other dispute?, the Program on Negotiation at Harvard Law School, 06/12/2021., <<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/navigating-the-mediation-process/>>. (In English) [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021]
11. Oberman S., Confidentiality in Mediation: an application of the right to privacy, Ohio state journal on dispute resolution, Vol 27:3, 2012, 541, 550-551. (In English)
12. Office of the state courts administrator, Supreme Court of Florida, the Florida dispute resolution center's adr resource handbook, 2020, 25. (In English)
13. Tetunic L. F., Act Deux: Confidentiality Adter the Florida Mediation Confidentiality and Privacy Act, „Nova Law Review“, Volume 36, Issue1, 2011, 83. (In English)
14. Brown K., Confidentiality in mediation: status and implications, Journal of dispute resolution, Vol. 1991, Iss. 2, 319, 315. (In English)
15. Alexander N., Mediation: the new normal? 4.12. 2020, 245. (In English)
16. State v. Castellano, 460 So. 2d 480 (Fla. Dist. Ct. App. 1984), <<https://casetext.com/case/state-v-castellano>> [ბოლო წვდომა: 7 დეკემბერი, 2021]. (In English)

# საგოგადოებრივ ადგილას განხორციელებული სექსუალური შევიწროება – არსებული ადმინისტრაციულ სამართლებრივი რეგულირება და პრობლემური ასპექტები

## ნატი გელოვანი

*აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის  
იურიდიულ და სოციალურ მეცნიერებათა  
ფაკულტეტის დოქტორანტი*

**საკვანძო სიტყვები:** სექსუალური შევიწროება,  
ადმინისტრაციული სამართალდარღვევა, გენდერის  
ნიშნით ძალადობა

## აბსტრაქტი

2017 წელს საქართველომ ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპის საბჭოს კონვენციის, ე. წ. „სტამბოლის კონვენციის“ რატიფიცირება მოახდინა, რითაც საკუთარ თავზე აიღო პასუხისმგებლობა, რომ გენდერული დისკრიმინაციის ისეთი ფორმა, როგორც არის სექსუალური შევიწროება, შეაფასოს, როგორც ქალთა მიმართ ძალადობის გამოვლინება და გაატაროს ყველა ზომა რათა სექსუალური ხასიათის ნებისმიერი სახის არასასურველი ქცევა (გერბალური, არაგერბალური თუ ფიზიკური), რომელიც მიზნად ისახავს ან იწვევს ადამიანის ღირსების შელახვას,

კონკრეტულად კი მისთვის დამაშინებელი, მტრული, დამამცირებელი, ღირსების შემლახველი ან შეურაცხმყოფელი გარემოს შექმნას, დაეჭვმდებაროს შესაბამის პასუხისმგებლობას.

სექსუალური შევიწროება ფართოდ გავრცელებულ მოვლენას წარმოადგენს, რომელსაც ხშირად საფუძვლად უდევს საზოგადოებაში გავრცელებული გენდერული სტერეოტიპები. გენდერული დისკრიმინაციის აღნიშნული ფორმა ვნებს არა მხოლოდ მსხვერპლის უფლებებსა და ინტერესებს, არამედ ქმნის გარემოს, რომელიც ნებისმიერი პირისთვის შეიძლება იყოს უფლების შემზღუდავი და დამაზიანებელი.

კონვენციასთან დაახლოების მიზნით, 2019 წელს საქართველოს პარლამენტმა განახორციელა რიგი საკანონმდებლო ცვლილებები, მათ შორის, ადმინისტრაციულ პასუხისმგებლობას დაუქვემდებარა საზოგადოებრივ ადგილას განხორციელებული სექსუალური შევიწროების ფაქტები, თუმცა ეს მაშინ, როდესაც ქართული სამართლებრივი სივრცე არ იცნობს საზოგადოებრივი ადგილის ცნების განმარტებას, რაც პრობლემებს წარმოშობს ფაქტის შეფასებისას. სტატია შეეცდება აღიშნულ თემასთან დაკავშირებული ბუნდოვანი საკითხების გადაწყვეტას.

## შესავალი

სექსუალური შევიწროება დისკრიმინაციის ერთ-ერთ ფორმად განიხილება, ის ფართოდ გავრცელებულ მოვლენას წარმოადგენს, რომელსაც ხშირად საფუძვლად უდევს საზოგადოებაში გავრცელებული გენდერული სტერეოტიპები. გენდერული დისკრიმინაციის აღნიშნული ფორმა ვნებს არა მხოლოდ მსხვერპლის უფლებებსა და ინტერესებს, არამედ სხვა პირთა უფლებებსაც, სწორედ მისი სპეციფიკური ბუნება სძენს აღნიშნულ საკითხს აქტუალურობას.

მოეცემული სტატია შეეცდება საკითხის სრულყოფილად შესწავლის გზით, მოახდინოს ყველა მნიშვნელოვანი პრობლე-

მური ასპექტის თაობაზე რელევანტური განმარტებების გაკეთებას. ნაშრომი შედგება შესავალი, ძირითადი და დასკვნითი ნაწილებისგან. შესავალი ნაწილი ეთმობა იმ საერთაშორისო სამართლებრივი საფუძვლების შეფასებას, რომელთა შესაბამისად შემუშავებული იქნა ქართული ნორმები, ძირითად ნაწილი სრულად ფარავს საზოგადოებრივ ადგილას განხორციელებულ სექსუალურ შევიწროებასთან დაკავშირებულ ყველა პრობლემურ საკითხს, დასკვნაში შეჯამებულია განხილული პრობლემური საკითხები და შემოთავაზებულია საზოგადოებრივ ადგილას განხორციელებულ სექსუალურ შევიწროებასთან დაკავშირებული რელევანტური დასკვნები.

## 1. სექსუალური შევიწროების არსი და საერთაშორისო-სამართლებრივი რამპულირება

საზოგადოებაში დამკვიდრებული ნორმა, აზრი თუ სტერეოტიპი არ უნდა განსაზღვრავდეს ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების საზღვრებს, მათ შორის ისეთი უფლების, როგორცაა სექსუალური შევიწროებისაგან დაცვის უფლება ნებისმიერ სივრცეში, მით უფრო საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილებში.

სექსუალური შევიწროება გლობალურად გავრცელებული მოვლენაა, რომლის მსხვერპლი შეიძლება იყოს როგორც კაცი, ისე ქალი, თუმცა ძირითად შემთხვევაში აღნიშნული ქმედების მსხვერპლები მაინც ქალები არიან. მისი ლატენტური ბუნებისა და მავნე შედეგების გამო სექსუალური შევიწროება საკმაოდ რთულ და კომპლექსურ მოვლენას წარმოადგენს. საყოველთაოდ აღიარებულ ფაქტს წარმოადგენს ის გარემოება, რომ სექსუალური შევიწროება ძალიან მძიმე ზეგავლენას ახდენს მსხვერპლთა ჯანმრთელობაზე და მათ კეთილდღეობაზე.<sup>1</sup>

1 საქართველო, გაეროს ქალთა ორგანიზაცია, (2021, 20 სექტემბერი). კვლევის ანგარიში, სექ-

### 1.1. სექსუალური შევიწროების არსი

სექსუალური შევიწროება დისკრიმინაციის ერთ-ერთ ფორმად განიხილება, ის ფართოდ გავრცელებულ მოვლენას წარმოადგენს, რომელსაც ხშირად საფუძვლად უდევს საზოგადოებაში გავრცელებული გენდერული სტერეოტიპები. სექსუალურ შევიწროებას ფარული, ლატენტური ხასიათი აქვს, ძირითად შემთხვევაში მისი ჩადენა ხორციელდება სხვა პირთა მხრიდან შეუმჩნევლად, ისეთ ადგილებში, სადაც სექსუალური შევიწროების მსხვერპლი და სამართალდამრღვევი მართლ იმყოფებიან.

სამართლის დოქტორი და ფემინისტი მკვლევარი – დებორა თურქჰეიმერი აღნიშნავს, სექსუალური შევიწროება წარმოადგენს კაცების მხრიდან ქალების, როგორც ობიექტების მიმართ საკუთარი უფლებების დეკლარირებას. მკვლევარის აზრით, ეს ყველაფერი კეთდება, რათა ქალი წარმოჩინდეს „როგორც ობიექტი, ხოლო კაცი, როგორც სუბიექტი, რომელსაც მასზე [ქალზე] ძალაუფლება გააჩნია.“<sup>2</sup>

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს განმარტებით, ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლით (პირადი და ოჯახური ცხოვრების დაცულობის უფლება) გათვალისწინებული ნეგატიური ვალდებულება სახელმწიფოს უკრძალავს ამ მუხლით დაცულ სფეროში უკანონო ჩარევას. თუმცა, ამავდროულად, ეს ნორმა სახელმწიფოს ავალდებულებს იმოქმედოს პოზიტიური ვალდებულებების ჭრილში და მოახდინოს ამ მუხლით დაცული უფლების ეფექტიანი დაცვა.<sup>3</sup> სექსუალური შევიწროების მავნე შედეგები აისახება არა მხოლოდ კონკრე-

ტულ მსხვერპლებზე, არამედ ის უარყოფით გავლენას ახდენს სხვა პირთა უფლებრივ მდგომარეობაზეც.

### 1.2. საერთაშორისო-სამართლებრივი რეგულირება

საერთაშორისო თანამეგობრობა თანხმდება, რომ ყველა პირი დაცული უნდა იყოს სექსუალური შევიწროებისგან განუჩნევლად იმ სივრცისა, სადაც მას უწევს ყოფნა. არაერთი საერთაშორისო აქტი მოუწოდებს ქვეყნებს შექმნან ისეთი სამართლებრივი სივრცე, სადაც სრულყოფილად მოახდენენ სექსუალური შევიწროების ფაქტებზე რეაგირების განხორციელებას და აღნიშნული ქმედების ჩამდენი პირების პასუხისმგებლობაში მიცემას, იქნება ეს სამოქალაქო, ადმინისტრაციული თუ სისხლის სამართლებრივი მექანიზმების გამოყენების მეშვეობით.

ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ გაეროს კომიტეტი სექსუალურ შევიწროებას მიიჩნევს ქალთა მიმართ ძალადობის ერთ-ერთ ფორმად.<sup>4</sup> მოცემული დასკვნა ეფუძნება თების, რომლის თანახმადაც „თანასწორობას რეალური საფრთხე ექმნება, როდესაც ქალი ექვემდებარება გენდერული ნიშნით ძალადობის ისეთ ფორმას, როგორც არის სექსუალური შევიწროება.“<sup>5</sup> ქალთა უფლებების დაცვის სხვადასხვა ინსტრუმენტები<sup>6</sup>

4 UN 2000. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 12, Violence against women, 1989, §1, <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom12>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

5 UN 2000. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992, §17, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

6 ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენცია (CEDAW), პეკინის დეკლარაცია და ქმედების პლატფორმა, ევროპის საბჭოს კონვენცია ქალთა მიმართ

სუალური შევიწროება სამუშაო ადგილზე საქართველოს საჯარო სამსახურში, <<https://georgia.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Georgia/Attachments/Publications/2021/Workplace%20Sexual%20Harassment%20in%20the%20Civil%20Service%20in%20Georgia%20GEO%20renewed.pdf>> [ბოლო წვდომა: 21.02.2022]

2 Tuerkheimer, D. 1997, Street harassment as sexual subordination: the phenomenology of gender-specific harm. Wisconsin Women’s Law Journal, Vol. 12, 167  
3 ECtHR, Y v. Slovenia, no. 41107/10, 28/05/2015, § 101

სახელმწიფოებს მოუწოდებენ შესაბამისი ზომებს გატარებას სექსუალური შევიწროებების წინააღმდეგ ეფექტური ბრძოლის განხორციელების მიზნით.

ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის წინააღმდეგ ევროპის საბჭოს კონვენციის მე-40 მუხლი სექსუალურ შევიწროებას ქალთა მიმართ ძალადობის გამომწვევად მოიაზრებს და სახელმწიფოს ავალდებულებს განახორციელოს შესაბამისი ქმედითი პოლიტიკა, რათა სექსუალური ხასიათის ნებისმიერი ქცევა, რომელიც მიზნად ისახავს ან იწვევს ადამიანის ღირსების შელახვას, კონკრეტულად კი მისთვის დამაშინებელი, მტრული, დამამცირებელი, შეურაცხმყოფელი ან აგრესიული გარემოს შექმნას, დაექვემდებაროს შესაბამის რეაგირებას.<sup>7</sup>

ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენციის მიხედვით: „სექსუალური შევიწროება მოიცავს არასასურველ, სექსუალური ხასიათის ქცევას, მათ შორის, ფიზიკურ კონტაქტსა და სხვა მცდელობებს, სექსუალური შინაარსის მქონე განცხადებებს, პორნოგრაფიის ჩვენებასა და სექსუალური ხასიათის მოთხოვნებს, მნიშვნელობა არ აქვს, ასეთი ქცევა გამომხატული იქნება ვერბალურად თუ ქმედებით. ამგვარი პრაქტიკა დამამცირებელია და შესაძლოა, ჯანმრთელობასა და უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული პრობლემები გამოიწვიოს.“<sup>8</sup>

ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ და სხვა.

7 საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე (2017, 19 აგვისტო). ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ ევროპის საბჭოს კონვენცია, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3789678?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

8 საქართველო, გაეროს ქალთა ორგანიზაცია (2018, 18 სექტემბერი). დოკუმენტების კრებული, გაეროს კონვენცია ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ, კონვენციის ფაკულტატიური ოქმი და ზოგადი რეკომენდაციები, <<https://georgia.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Georgia/Attachments/Publications/2018/convention%20on%20elimination%20of%20violence.pdf>> [ბოლო

გენდერული თანასწორობის შესახებ ევროკავშირის განახლებული 2006/54/EC დირექტივის მე-6 პუნქტისა და მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის თანახმად სქესის ნიშნით შევიწროება და სექსუალური შევიწროება სქესის ნიშნის დისკრიმინაციას წარმოადგენს.<sup>9</sup>

საერთაშორისო მექანიზმების მიერ მიღებული განმარტება განსხვავებულად არის ინტერპრირებული უშუალოდ ქვეყნების შიდა კანონმდებლობაში, მაგალითად ევროპის რამდენიმე ქვეყანა (ბელგია, საბერძნეთი და გაერთიანებული სამეფო) სრულად იზიარებს ევროკავშირის დირექტივებით გათვალისწინებულ სექსუალური შევიწროების დეფინიციას, ქვეყნების ნაწილს (ავსტრია, სლოვაკეთი და შვედეთი) აღნიშნული განმარტებიდან ამოღებული აქვთ სიტყვები “მიზნად ისახავს” ამასთან, არიან ქვეყნები (საფრანგეთი, უნგრეთი, ნიდერლანდები, ესპანეთი და სლოვაკეთი), რომლებსაც სექსუალური შევიწროების განმარტებიდან ამოღებული აქვთ სიტყვა “არასასურველი.”<sup>10</sup> მიუხედავად არაერთგვაროვანი ცნებისა, უმნიშვნელოვანესია, რომ აღნიშნული ქმედება ექვემდებარებოდეს სახელმწიფოს კონტროლს.

რაც შეეხება ამ ქმედების შეფასება და მისთვის გათვალისწინებულ პასუხისმგებლობის ზომას, ევროპის ძირითადი ქვეყნების კანონმდებლობა ითვალისწინებს სექსუალური შევიწროების განმარტების მიმართ სამოქალაქო საქმის წარმოების დაწყებასა და შესაბამისი კომპენსაციის მოთხოვნას, თუმცა ისეთ ქვეყნებში, როგორცაა მაგალითად ბუ-

წვდომა: 25.02.2022]

9 სახალხო დამცველი (2017, 3 მაისი). რეკომენდაცია შევიწროებით და სექსუალური შევიწროებით გამოხატული სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის დადგენის შესახებ, <<https://www.ombudsman.ge/res/docs/2019111312451520835.pdf>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]

10 Publications office of the European Union (2013, 15 November). European Commission, Harassment related to Sex and Sexual Harassment law in 33 European Countries, §13-14, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e06dccc86-b7bf-459e-8241-47502ef379c4>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]



ღვარეთი, მალტა და სხვა, სექსუალური შევიწროების მსუბუქი შემთხვევები დასაჯადია ადმინისტრაციული წესით, ხოლო შედარებით მძიმე შემთხვევები – სისხლის სამართლის წესით.<sup>11</sup>

## 2. სექსუალური შევიწროების სამართლებრივი განმარტება

საქართველოს კანონმდებლობით, რომელიც თანხვედრაშია საერთაშორისო სტანდარტებთან, პირის ღირსება არის აბსოლუტური უფლება, რომლის შეზღუდვაც დაუშვებელია. სექსუალური შევიწროება წარმოადგენს პირის უფლებებში უხეშ ჩარევას, მის მიმართ არასასურველი და ხშირ შემთხვევაში შურაცხმყოფელი ქმედების განხორციელებას, რაც ლახავს ადამიანის ღირსებას. სექსუალური შევიწროება ეს არის პირის მიმართ არასასურველი სექსუალური ხასიათის ქცევა, რომელიც მიზნად ისახავს ან/და იწვევს მისი ღირსების შელახვას და ქმნის მისთვის დამაშინებელ, მტრულ, დამამცირებელ, ღირსების შემლახველ ან შეურაცხმყოფელ გარემოს.

### 2.1. სექსუალური შევიწროების სამართლებრივი განმარტება ქართული კანონმდებლობის მიხედვით

სექსუალური შევიწროება რთული სამართლებრივი საკითხია, რომელიც თავის თავში მოიაზრებს როგორც სუბიექტური, ისე ობიექტური კრიტერიუმების არსებობას. ის შეიძლება განხორციელდეს, როგორც საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილებში, ასევე ყველა სხვა – არა საჯარო და არა საზოგადოებრივი თავშეყრის სივრცე-

ებში, მათ შორის შრომითი ურთიერთობის მქონე პირებს შორის.

ქართულმა კანონმდებელმა სექსუალური შევიწროების ფაქტებზე რეაგირების ადმინისტრაციული სამართლებრივი მექანიზმი აირჩია. საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის თანახმად, სექსუალური შევიწროება ეს არის საზოგადოებრივ ადგილებში პირის მიმართ არასასურველი სექსუალური ხასიათის ქცევა, რომელიც მიზნად ისახავს ან/და იწვევს მისი ღირსების შელახვას და ქმნის მისთვის დამაშინებელ, მტრულ, დამამცირებელ, ღირსების შემლახველ ან შეურაცხმყოფელ გარემოს.

შესაბამისად, სავარაუდო სექსუალური შევიწროების შემთხვევის შეფასებისას რამდენიმე გარემოებას ექცევა ყურადღება, რომლებიც მოითხოვენ უფრო ფართოდ მსჯელობას, თუმცა გარდა აღნიშნული გარემოებებისა, შევიწროების ფაქტებზე მსჯელობისას საჭიროა ასევე იმ სოციალური კონტექსტის გათვალისწინება, რომელშიც ხდება შევიწროება და სწორედ ამ სოციალური კონტექსტისადმი შესაბამისი დამოკიდებულება იძლევა საშუალებას, რომ ობიექტურად შეფასდეს, რამდენად გონივრულად მოხდა სექსუალური ქცევის აღქმა მსხვერპლის მიერ.<sup>12</sup>

საკითხის სრულყოფილად შესწავლის მიზნით, აუცილებელია განვიხილოთ როგორც სექსუალური შევიწროების ფორმები, ისე სექსუალური შევიწროების შემადგენლობის თითოეული ელემენტი.

#### 2.1.1. სექსუალური შევიწროების სუბიექტი და ობიექტი

საქართველოს ასკ-ის<sup>13</sup> 166<sup>1</sup>-ე მუხლით გათვალისწინებული სამართალდარღვევის ამსრულებელი შეიძლება იყოს ნებისმი-

11 Publications office of the European Union (2013, 15 November). European Commission, Harassment related to Sex and Sexual Harassment law in 33 European Countries, §19, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e06dce86-b7bf-459e-8241-47502ef379c4>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

12 Supreme court of the United States, Josef Oncale, Petitiones v. Sundownet offshore service. N96-568, 1998.

13 საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი, [ბოლო წვდომა: 30.12.2021].

ერი შერაცხადი ფიზიკური პირი, რომელიც სამართალდარღვევის ჩადენის მომენტი-სათვის თექვსმეტი წლის ასაკს არის მიღ-წეული. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ პა-სუხისმგებლობა არ დაეკისრება პირს, რომელიც სასკ-თ ან ადმინისტრაციული სა-მართალდარღვევებისათვის ადმინისტრა-ციული პასუხისმგებლობის დამდგენი სხვა ნორმატიული აქტებით გათვალისწინებუ-ლი მოქმედება ჩაიდინა აუცილებელი მო-გერიების ან უკიდურესი აუცილებლობის მდგომარეობაში.

სექსუალური შევიწროების ამსრულებე-ლი სუბიექტი (სამართალდამრღვევი) და ობიექტი (ადრესატი) შეიძლება იყოს ნების-მიერი პირი განურჩევლად რასისა, კანის ფერისა, ენისა, სქესისა, სექსუალური ორი-ენტაციისა, გენდერისა, გენდერული იდე-ნტობისა, ასაკისა, რელიგიისა, პოლიტი-კური ან სხვა შეხედულებისა, შეზღუდული შესაძლებლობისა, მოქალაქეობისა, ერო-ვნული, ეთნიკური ან სოციალური კუთვნი-ლებისა, წარმოშობისა, ქონებრივი ან წო-დებრივი მდგომარეობისა, საცხოვრებელი ადგილისა ან დისკრიმინაციის შემცველი სხვა ნიშნისა.

აღსანიშნავია, რომ სექსუალური შევიწ-როების ფაქტი შეიძლება განხორციელდეს როგორც ერთი სქესის თუ სექსუალური ორიენტაციის მქონე პირთა შორის, ასევე განსხვავებული სქესის, სექსუალური ორი-ენტაციის თუ გენდერული იდენტობის მქო-ნე პირთა შორის (მაგ. ქალმა შეავიწროვოს ქალი, ლესბოსელმა შეავიწროვოს ლესბო-სელი, ტრანსგენდერი ქალი შეავიწროვოს ტრანსგენდერმა ქალმა და ა.შ.). მცდარია შეხედულება, რომ სექსუალური შევიწრო-ება მხოლოდ ქალის მიმართ შეიძლება განხორციელდეს, ისევე როგორც შეხედუ-ლება იმასთან დაკავშირებით, რომ სექსუ-ალური შევიწროება მხოლოდ განსხვავე-ბული სქესის მქონე პირებს, მაგ. ქალსა და მამაკაცს შორის შეიძლება მოხდეს.

ამასთან, იმ შემთხვევაში თუ პირის ქმე-დება შეიცავს დანაშაულის (მაგ. სექსუალუ-რი ძალადობის) ნიშნებს, ქმედების შეფა-სება მოხდება სისხლისსამართლებრივი

წესით. ქართული სისხლის სამართლის კო-დექსის თანახმად პასუხისმგებლობის ასა-კად განსაზღვრულია 14 წელი.

## 2.1.2. სექსუალური შევიწროების სუბიექტური გარემოებები

საქართველოს ადმინისტრაციულ სა-მართალდარღვევათა კოდექსის მე-11 მუ-ხლის თანახმად, ადმინისტრაციული სა-მართალდარღვევა განზრახ ჩადენილად ჩაითვლება, თუ მის ჩამდენს შეგნებული ჰქონდა თავისი მოქმედების ან უმოქმე-დობის მართლსაწინააღმდეგო ხასიათი, ითვალისწინებდა მის მავნე შედეგებს და სურდა ისინი (პირდაპირი განზრახვა) ან შეგნებულად უშვებდა მათ (არაპირდაპირი განზრახვა). ამავე კოდექსის მე-12 მუხლის თანახმად კი, ადმინისტრაციული სამა-რთალდარღვევა გაუფრთხილებლობით ჩადენილად ჩაითვლება, თუ მისი ჩამდენი ითვალისწინებდა თავისი მოქმედების ან უმოქმედობის მავნე შედეგების დადგომის შესაძლებლობას, მაგრამ ვარაუდობდა მათ თავიდან აცილებას (თვითიმედოვნე-ბა) ან არ ითვალისწინებდა ასეთი შედეგე-ბის დადგომის შესაძლებლობას, თუმცა ეს შედეგები უნდა გაეთვალისწინებინა (და-უდევრობა).

სექსუალური შევიწროებისათვის და-მახასიათებელ სუბიექტურ გარემოებე-ბს წარმოადგენს: სექსუალური ხასიათის ქცევა ადრესატისთვის უნდა იყოს არასა-სურველი, ის მიზნად უნდა ისახავდეს ან/და იწვევდეს პირის ღირსების შელახვას. „შევიწროების საქმის განხილვისას, ასევე ჩნდება შემავიწროებლის განზრახვის სა-კითხი. აღსანიშნავია, რომ შევიწროების ქცევა არ საჭიროებს ადამიანის ღირსების შემლახავი ან დამაშინებელი, მტრული, დამამცირებელი ან შეურაცხმყოფელი გა-რემოს შექმნის განზრახვის არსებობის და-დასტურებას.“<sup>14</sup>

14 ახოლაძე, ქ., (2015). სექსუალური შევიწროება – ქალთა უჩინარი დისკრიმინაცია, კვლევის ანგარიში, თბილისი, ქალთა ფონდი საქართვე-

„სექსუალურ შევიწროებას არ სჭირდება მოტივი, სექსუალური ხასიათის ქცევა თავისთავად შეიძლება შეურაცხმყოფელი იყოს სავარაუდო მსხვერპლისთვის, შემავიწროებლის განზრახვის მიუხედავად. საკმარისია, რომ ქმედებას ჰქონდეს დისკრიმინაციული გავლენა, რამდენადაც, ყურადღება უნდა გამახვილდეს არა განზრახვაზე, არამედ ქმედების შედეგზე.“<sup>15</sup>

ამრიგად, სექსუალური შევიწროება სუბიექტური მხრივ არ მოითხოვს განზრახვის აუცილებლად არსებობას, ის შეიძლება განხორციელდეს როგორც განზრახ, ისე გაუფრთხილებლობით. შემავიწროებლის ნება, ამ შემთხვევაში, ქმედების კვალიფიკაციას არ განსაზღვრავს.

**2. 1. 2. 1. სექსუალური ხასიათის ქცევა ადრესატისთვის უნდა იყოს არასასურველი**

აუცილებელია, რომ სექსუალური ხასიათის ქცევა ადრესატისთვის იყოს არასასურველი. თუ სექსუალური ხასიათის ქცევა ადრესატისთვის სასურველი, მოსაწონი ან/და მისაღებია, სექსუალური შევიწროების ფაქტის არსებობა გამოირიცხება.

სექსუალური შევიწროების დასადგენად ქცევის არასასურველობას გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება, თუმცა, ეს არ გულისხმობს ქმედების „იძულებითობას.“ მნიშვნელოვანია, ხაზი გაესვას ქმედების არასასურველობის განჭვრეტადობასაც. მსხვერპლი შესაძლოა ეთანხმებოდეს კონკრეტულ ქცევას და აქტიურადაც მონაწილეობდეს, მიუხედავად იმისა, რომ შესაძლოა მისთვის ქმედება უსიამოვნო და შეურაცხმყოფელი იყოს.<sup>16</sup> ამ დროს მისი დუმილი ან უმოქმედობა, არ უნდა გახდეს სექსუალური შევიწროების გამომრიცხავი გარემოება.

შევიწროების ფაქტის დადგენისას, ევროპული სასამართლო ხელმძღვანელობს მოქნილი ობიექტური და სუბიექტური მიდგომით, რომელიც უპირველეს ყოვლისა ინტერესდება მსხვერპლის აღქმით, იმის დასადგენად, ადგილი ჰქონდა თუ არა შევიწროებას. თუმცა, ამასთან, შესაძლებელია, შევიწროება დადგინდეს მსხვერპლის აღქმის მიუხედავად.<sup>17</sup>

შეფასება იმისა სექსუალური ხასიათის ქცევა სასურველია თუ არა, უნდა მოხდეს მსხვერპლის/სავარაუდო მსხვერპლისა და ადგილზე მყოფი სხვა პირების მიერ მონოდებული ინფორმაციის საფუძველზე. თუმცა მთავარი არის ადრესატის აღქმა. ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ არ არის აუცილებელი მსხვერპლმა სიტყვიერად გამოხატოს სექსუალური ხასიათის ქცევის არასასურველობა, მიუღებლობა. ხშირად მიუღებლობა მისი დამოკიდებულებიდანაც ჩანს – არ პასუხობს კომენტარებს, რეპლიკებს, ცდილობს განერიდოს სავარაუდო შემავიწროებელს და ა.შ. სავარაუდო სექსუალური შევიწროების შემთხვევის შესახებ მსჯელობისას „საჭიროა ასევე იმ სოციალური კონტექსტის გათვალისწინება, რომელშიც ხდება ქცევა და სწორედ ამ სოციალური კონტექსტისადმი შესაბამისი დამოკიდებულება იძლევა საშუალებას, რომ ობიექტურად შეფასდეს, რამდენად გონივრულად მოხდა სექსუალური ქცევის აღქმა მსხვერპლის მიერ.“<sup>18</sup>

საქართველოს სახალხო დამცველი მიიჩნევს, რომ „საქმეების განხილვისას გამოყენებული უნდა იქნეს ქალის მიერ გონივრული აღქმის სტანდარტი (reasonable woman standard), რომელიც მხედველობაში იღებს სექსუალური შევიწროების ფაქტის

ლოში, გვ. 9.  
15 Ontario Human Rights Commission 2013. Policy on preventing sexual and gender-based harassment, Burden of Proof, Evidentiary Issues, <<https://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-sexual-and-gender-based-harassment-0>> [Last Seen: 10.02.2022]  
16 UN 2010. What is Sexual Harassment? P. 1, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatishh.pdf>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]

17 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2018. Handbook of European Non-Discrimination Law, 2018 edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 64, <[https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf)> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]  
18 Supreme Court of the United States, Josef Oncale, Petitioner v. Sundowner Offshore Services, Incorporater, et al., No. 96-568, 1998, II.

თაობაზე ქალისა და მამაკაცის განსხვავებულ აღქმებს. აღნიშნული სტანდარტი, სექსუალური შევიწროების ფაქტს განიხილავს ქალის პერსპექტივიდან და წარმოადგენს გენდერულად სენსიტიურ მიდგომას<sup>19</sup>.

აღსანიშნავია, რომ „იმ შემთხვევაშიც კი, თუ პირი მონაწილეობს მისთვის არასასურველ ქმედებაში, მაგალითად, იღებს სექსუალურ ხუმრობას, ეს არ ნიშნავს და არ მოიცავს მისი მხრიდან ქცევის მიმდებლობას/თანხმობას.“<sup>20</sup> „გადამწყვეტია ის, რომ პირისათვის, მისკენ მიმართული სექსუალური ქცევა იყო არასასურველი და არა ის, რომ სექსუალურ ქცევაში მონაწილეობას ნებაყოფლობით დათანხმდა.“<sup>21</sup> „თუ მსხვერპლი არ ამბობს, რომ მისთვის ქცევა არასასურველია, ეს არ გამორიცხავს შემავიწროებელი პირის პასუხისმგებლობას, ვინაიდან გონივრულობის ფარგლებში, შემავიწროებელს უნდა სცოდნოდა, რომ კონკრეტული სექსუალური ხასიათის ქცევა მიუღებელი იქნებოდა მსხვერპლისათვის.... სექსუალური შევიწროების საქმეებში არამხოლოდ არასასურველობის საკითხი დგება, არამედ მნიშვნელობა ენიჭება ქმედების არასასურველობის განჭვრეტადობასაც.“<sup>22</sup>

არასასურველობის დადგენა ხდება მტკიცებულებებზე დაყრდნობით, თუმცა ყურადღება უნდა გამახვილდეს, რომ „სექსუალური შევიწროების მსხვერპლი არ არის ვალდებული, რომ ამტკიცოს მის მიერ აგრესიულად გამოხატული წინააღმდეგობა, ან ის, რომ ამჟამად გამოხატა ქმედების

არასასურველობა. საკმარისია მსხვერპლმა მიუთითოს, რომ კონკრეტული სექსუალური შინაარსის კომენტარები ან ქმედება არასასურველი იყო, ან შემავიწროებელს გონივრულობის ფარგლებში უნდა სცოდნოდა, რომ ის მიუღებელი იქნებოდა.“<sup>23</sup>

არასასურველობის გამომხატველად მიიჩნევა: „მაგალითად, უესტი, სახის გამომეტყველება, სხეულის ენა ან/და სხვა მინიშნება, რომელიც საკმარისად უნდა ჩაითვალოს ქცევის არასასურველობისა და უარყოფისათვის.“<sup>24</sup> ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალურად უნდა შეფასდეს არასასურველობის ელემენტი.

### 2.1.2.2. სექსუალური ხასიათის ქცევა მიზნად უნდა ისახავდეს ან/და ინვევდეს პირის ღირსების შელახვას

სექსუალური შევიწროების აღნიშნული კრიტერიუმის არსებობისთვის, ქმედება უნდა შეფასდეს სუბიექტური და ობიექტური ტესტის გამოყენების მეშვეობით. „სექსუალური შევიწროებისათვის სუბიექტურობისა და ობიექტურობის ტესტს, რომელშიც სუბიექტურობის კომპონენტი არის შემავიწროებლის დამოკიდებულება მისი ქცევის მიმდებლობასთან დაკავშირებით, ხოლო ობიექტურობის კომპონენტი კი ყურადღებას ამახვილებს, თუ როგორ იქნებოდა კონკრეტული ქცევა მიღებული, გონივრულობის ფარგლებში, მესამე პირის მიერ.“<sup>25</sup>

სექსუალური შევიწროება შეიძლება განხორციელდეს, როგორც განზრახ, ის გა-

19 სახალხო დამცველი (2018, 1 ოქტომბერი). რეკომენდაცია სექსუალური შევიწროებით გამოხატული სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის დადგენის თაობაზე, გვ. 4, <<https://www.ombudsman.ge/res/docs/2019110716515195006.pdf>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

20 Harrison v. Nixon Safety Consulting and others (No. 3), 2008 BCHRT 462 (CanLII)

21 The U.S. Supreme Court, Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 1986

22 Ontario Human Rights Commission 2013. Policy on preventing sexual and gender-based harassment, Burden of Proof, Evidentiary Issues, <<https://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-sexual-and-gender-based-harassment-0>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]

23 Human Rights Commission, Willis v. Blencoe, 2001 BCHRT 12 (CanLII), §58; Potapczyk v. MacBain, 1984 CanLII 11 (CHRT), §45.

24 სახალხო დამცველი (2021, 24 იანვარი). პრაქტიკული სახელმძღვანელო სექსუალური შევიწროების შესახებ, 2020 წელი, გვ. 20, <<https://www.ombudsman.ge/geo/sakhelmdzghvaneloebi-dakvleebi/praktikuli-sakhelmdzghvanelo-seksualuri-shevitroebis-shesakhebi>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

25 Ontario Human Rights Commission 2013. Policy on preventing sexual and gender-based harassment, Burden of Proof, Evidentiary Issues, <<https://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-sexual-and-gender-based-harassment-0>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]

უფროთხილებლობით, კერძოდ: შესაძლოა შემავიწროებელი მიზნად ისახავდეს ადრესატის ღირსების შელახვას ან შესაძლოა შემავიწროებელი ადრესატის ღირსების შელახვას საერთოდ არ ისახავდეს მიზნად, თუმცა, ადრესატში შემავიწროებლის ქცევამ გამოიწვიოს ღირსების შელახვა. ორივე შემთხვევაში სახეზე იქნება სექსუალური შევიწროება.

ზოგადად სექსუალური შევიწროება უარყოფით გავლენას ახდენს მსხვერპლზე, მსხვერპლს უჩნდება შიში იმ ადგილის მიმართ, სადაც სექსუალური შევიწროების მსხვერპლი გახდა, მისი ღირსება შელახულია და ამ დროს ყველანაირად ცდილობს არ მოხვდეს სამართალდარღვევის განხორციელების ადგილას, ფაქტობრივად იცვლის ცხოვრების წესს.

ღირსების უფლების აბსოლუტური ბუნებიდან გამომდინარე, დაუშვებელია პირის მიმართ განხორციელებული სექსუალური ხასიათის ქცევა, რომელიც ამ უკანასკნელისთვის არასასურველია, შეფასდეს, როგორც გაუგებრობა, „კომპლიმენტის“ თქმა ან სხვა შემთხვევითობა.

**2.1.2.3. სექსუალური ხასიათის ქცევა ადრესატისთვის უნდა ქმნიდეს დამაშინებელ, მტრულ, დამამცირებელ, შეურაცხმყოფელ ან ღირსების შემლახველ გარემოს**

ქართული კანონმდებლობა სექსუალური შევიწროების ქმედების რამდენიმე ალტერნატიული შედეგის დადგომის შესაძლებლობას ითვალისწინებს, კერძოდ: ქმედებამ ადრესატს უნდა შეუქმნას დამაშინებელი, მტრული, დამამცირებელი, შეურაცხმყოფელი ან/და ღირსების შემლახვი გარემო. ფაქტობრივად ამ ქმედების განხორციელების შედეგად მსხვერპლს არ აქვს სურვილი იმ ადგილზე იმყოფებოდეს, სადაც მის მიმართ სექსუალური ხასიათის ქმედება განხორციელდა.

დამაშინებელი იქნება ისეთი გარემო, სადაც მსხვერპლს გაუჩნდება ყოფნის შიში. მაგ.: სკვერი, პარკი, სადაც შემავიწროებელი იმყოფება, მსხვერპლს უჩნდება

შიში, რომ მის მიმართ გაგრძელდება სექსუალური ხასიათის ქცევა, ასევე, აქვს შიში, რომ შეიძლება ქმედება სხვა უფრო მძიმე ფორმაში, მაგალითად გაუპატიურებაში გადაიზარდოს. შიშის გამო ის ტოვებს შემთხვევის ადგილს და ცდილობს შეხება არ ჰქონდეს მასთან.

მტრულია გარემო, სადაც სექსუალური შევიწროების ფაქტის გამო მსხვერპლის მიმართ ცუდად არიან განწყობილი გარშემომყოფნი. მაგ.: შემსწრე პირები მას ადანაშაულებენ (სიტყვიერად ან/და არა არასიტყვიერად) მის მიმართ განხორციელებულ სექსუალურ შევიწროებაში სხვადასხვა მიზეზის გამო, გამოთქვამენ მოსაზრებას, რომ სწორედ მსხვერპლის „მაპროვოცირებელი“, „გამომწვევი“ ჩაცმულობა გახდა მის მიმართ ამგვარი ქმედების განხორციელების საფუძველი. ასეთ გარემოში მსხვერპლი თავს ვერ გრძნობს დაცულად, ეშინია იქ ყოფნა, მიაჩნია, რომ იქ მყოფი პირები უარყოფითად არიან მის მიმართ განწყობილებები და მას ადანაშაულებენ მომხდარში, შესაბამისად, მსხვერპლს არ უნდა ამ გარემოში ყოფნა.

დამამცირებელი, შეურაცხმყოფელი ან ღირსების შემლახველი იქნება გარემო, სადაც მსხვერპლი თავს იგრძნობს დამცირებულად, შეურაცხყოფილად, ღირსებაშელახულად. გარემო, სადაც მსხვერპლი თავს დამცირებულად გრძნობს მომხდარის გამო, მისთვის იქ დარჩენა იწვევს დამცირებას და აღნიშნულიდან გამომდინარე ტანჯვის განცდას. ამგვარ გარემოში მსხვერპლი ვერ ჩერდება, ეს დაკავშირებულია მის განცდებთან, მსხვერპლი მიიჩნევს, რომ ქმედება, რომელიც მის მიმართ განხორციელდა, ლახავს მის ღირსებას, მის პიროვნებას და ყველანაირად ცდილობს განერიდოს ამ გარემოს.

მართალია ქმედების შემადგენლობაში აღნიშნული შედეგები ალტერნატივების სახით არის ჩამოთვლილი, თუმცა ეს არ გამოირიცხავს რამდენიმე შედეგის კუმულაციურ არსებობას. სექსუალურმა შევიწროებამ მსხვერპლს შეიძლება შეუქმნას როგორც დამაშინებელი, ისე მტრული, შეურაცხმყოფელი

ფელი, ღირსების შემლახავი ან/და დამამცირებელი გარემო. სახალხო დამცველი განმარტავს, რომ სექსუალური შევიწროება ყოველთვის იწვევს პირის ღირსების შელახვასა და დამცირებას. განსაკუთრებით, თუ სექსუალური შევიწროება გამოხატულია ინტიმურ ადგილებზე ფიზიკური შეხებით.<sup>26</sup>

აღსანიშნავია, რომ ყველა შემთხვევაში, სექსუალური შევიწროების განხორციელების შედეგად, მსხვერპლი აღმოჩნდება ისეთ გარემოში, სადაც მას არ სურს ყოფნა და მისი პირველადი მოთხოვნა ამ დროს არის ის, რომ განერიდოს ამ გარემოს და თავი უკეთ იგრძნოს.

### 2.1.3. სექსუალური შევიწროების ობიექტური ელემენტები

ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსით გათვალისწინებულ სექსუალურ შევიწროებას გარდა სუბიექტური ელემენტებისა, აუცილებელია თან ახლდეს ობიექტური ელემენტებიც, კერძოდ: სახეზე უნდა იყოს სექსუალური ხასიათის ქცევა, რომელიც განხორციელდა საზოგადოებრივ ადგილას და ის მიმართული იყო კონკრეტული პირის მიმართ.

#### 2.1.3.1. საზოგადოებრივი ადგილი

საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 166<sup>1</sup>-ე მუხლით გათვალისწინებული სამართალდარღვევა აუცილებლად უნდა განხორციელდეს საზოგადოებრივ ადგილას.

2015 წელს ჩატარებული კვლევა ხაზს უსვამს, რომ სექსუალური შევიწროება ძირითადად ხალხით სავსე სივრცეებში ხდება, „გამოკითხულ რესპონდენტთა უმრავლესობა აღნიშნავს, რომ ყველაზე ხშირად ისინი შევიწროების ობიექტები გამხდარან

ქუჩაში – 44%, ტრანსპორტში – 33%, პარკში – 8% და უნივერსიტეტში – 2%“.<sup>27</sup>

არცერთი საკანონმდებლო აქტი არ იცნობს საზოგადოებრივი ადგილის განმარტებას, თუმცა არსებობს განსაზღვრული კრიტერიუმები, რომლებიც მხედველობაში მიიღება ამა თუ იმ სივრცის საზოგადოებრივი ადგილისადმი კუთვნილების განსაზღვრისათვის.

“საჯარო ადგილი ან სივრცე” ნიშნავს საზოგადოებისათვის ხელმისაწვდომ პეიზაჟებს, სტრუქტურებს და ინფრასტრუქტურას. საზოგადოებრივი ადგილები მოიცავს, მაგრამ არ შემოიფარგლება მხოლოდ პარკებით, პლაზებით, ქუჩებით და სხვა სივრცით.<sup>28</sup>

საკითხის შესწავლის კუთხით, მნიშვნელოვანია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებაში გაკეთებული განმარტება, რომლის თანახმადაც: “ბრალდებულის ეზო, რომლის დანახვაც შესაძლებელი იყო როგორც დაზარალებულისათვის, ასევე გზიდან, მიჩნეულ იქნა საზოგადოებრივ ადგილად.”<sup>29</sup>

აღსანიშნავია, რომ ხშირ შემთხვევაში საზოგადოებრივ ადგილად, საჯარო სივრცედ მხოლოდ ქუჩა განიმარტება. ერთ-ერთი განმარტების თანახმად “ქუჩაში შევიწროება ქალის ან ქალების მიმართ უცხო კაცის ან კაცების მიერ ხორციელდება, რომლებიც ერევიან ან ცდილობენ ჩაერიონ ქალის პირად სივრცეში ისეთი ქცევით, რომელიც არის ქალისათვის არასასურველი.”<sup>30</sup>

27 ახობაძე, ქ., (2015). სექსუალური შევიწროება – ქალთა უჩინარი დისკრიმინაცია, კვლევის ანგარიში, თბილისი, ქალთა ფონდი საქართველოში, გვ. 116.

28 Burgess S., (2016). RESULTS ANNUAL TOWN MEETING May 2, 4, 9, 11, 16, 18, 23, 25 & June 6, 2016, P. 8, <<https://amherstma.gov/DocumentCenter/View/34714/2016-ATM-Results---UNOFFICIAL?biddid>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]

29 საქართველოს უზენაესი სასამართლო (2020, 2 თებერვალი). სტამბოლის კონვენციის 34-ე მუხლის (ადვენება) სასამართლო პრაქტიკა, გვ. 37, <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/adevneba.pdf>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

30 Bowman G., (1993). Street harassment and the informal Ghettoization of Women, Harvard Law Review Vol.

26 სახალხო დამცველი (2020, 13 აპრილი). რეკომენდაცია სექსუალური შევიწროების დადგენის შესახებ, გვ.12 <<https://www.ombudsman.ge/res/docs/2020041612511084117.pdf>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]

მიუხედავად საზოგადოებაში დამკვირდებული ამგვარი არასწორი განმარტებისა, საზოგადოებრივი ადგილად უნდა ჩაითვალოს ისეთი საჯარო ადგილი და სივრცე, სადაც ნებისმიერ პირს აქვს ყოფნის უფლება ან ამ უფლების მოპოვების შესაძლებლობა. თავის მხრივ, ასეთი სივრცე შესაძლოა იყოს ღია, დახურული ან/და ვირტუალური.

ღია საზოგადოებრივი სივრცე, ადგილი შეიძლება იყოს: ქუჩა, ეზო, სტადიონი, სკვერი, პარკი, ნებისმიერი დაწესებულების ეზო ან/და სხვა გარე ტერიტორია.

დახურული საზოგადოებრივი სივრცე, ადგილი შეიძლება იყოს: კაფე, რესტორანი, თეატრი, სავაჭრო და საზოგადოებრივი კვების საწარმო და სხვა. მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ დახურულ საზოგადოებრივ სივრცეს განეკუთვნება ნებისმიერი სახის საზოგადოებრივი ტრანსპორტი, ავტობუსი, მეტრო, სადგურების შიდა ტერიტორია და სხვა.

ვირტუალური საზოგადოებრივი სივრცე, ადგილი შეიძლება იყოს – სოციალური ქსელები (facebook,; Messenger და ა.შ) ინტერნეტ სივრცე ( yahoo.com; gmail.com და ა.შ.), ამასთან, მნიშვნელოვანია განიმარტოს, რომ თუ შემავიწროებელმა სექსუალური ხასიათის შეტყობინება, ვიდეო, ფოტო გაგზავნა ერთი კონკრეტული პირისთვის, პირად შეტყობინებაში, ეს ვერ ჩაითვლება საზოგადოებრივ ადგილზე განხორციელებულ სექსუალურ შევიწროებად.

ვირტუალურ საზოგადოებრივი სივრცესთან დაკავშირებით სახალხო დამცველი განმარტავს, რომ: „ საზოგადოებრივი ადგილის განმარტებისას, გვერდს ვერ ავუვლით, სხვადასხვა სოციალურ სივრცეში გამოკვეთილ სექსუალურ შევიწროებას. დღესდღეობით, არსებობს მოსაზრება, რომ ვირტუალური სივრცეები, რომლებიც ხელმისაწვდომია ინტერნეტის მეშვეობით, ახალი ტიპის საჯარო სივრცეა.“<sup>31</sup>

### 2. 1.3.2. სექსუალური შევიწროების ადრესატი

სექსუალური შევიწროება ხორციელდება კონკრეტული პირის მიმართ, ქმედებას უნდა ჰყავდეს კონკრეტული ადრესატი. იმ შემთხვევაში თუ სექსუალური ხასიათის ქცევა, მაგალითად გაშიშვლება ან გენიტალიების დემონსტრირება, ხორციელდება საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილას და ის არ არის მიმართული კონკრეტული პირის ან პირების მიმართ, აღნიშნული ქმედება ვერ ჩაითვლება სექსუალურ შევიწროებად, ასეთი ქმედებისათვის პასუხისმგებლობა უნდა განისაზღვროს სასკ-ის 171-ე მუხლით, რომელიც ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას საზოგადოებრივ ადგილებში ადამიანის ღირსებისა და საზოგადოებრივი ზნეობის შეურაცხმყოფელი ქმედების განხორციელებისათვის.

სექსუალური შევიწროების ადრესატი შეიძლება იყოს პირი განურჩევლად სქესისა, ასაკისა, სექსუალური ორიენტაციის, გენდერული იდენტობისა, ეროვნებისა, რასისა და სხვა მახასიათებლებისა. აღნიშნული ქმედების ადრესატები არ არიან მხოლოდ კონკრეტული ჯგუფის წარმომადგენლები, ამგვარ ქმედებას შეიძლება დაექვემდებაროს ნებისმიერი პირი.

### 2. 1.3.3. სექსუალური ხასიათის ქცევა

საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსის 166<sup>1</sup>-ე მუხლის შენიშვნის თანახმად „ამ კოდექსის მიზნებისთვის სექსუალური ხასიათის ქცევად მიიჩნევა სექსუალური ხასიათის ფრაზების თქმა ან/და მიმართვა, გენიტალიების ჩვენება ან/და სექსუალური ხასიათის სხვა ნებისმიერი არასიტყვიერი ფიზიკური ქცევა.“

სექსუალური შევიწროება არის „ნებისმიერი შეურაცხყოფა, შენიშვნა, ხუმრობა,

როების შესახებ, 2020 წელი, გვ. 15, <<https://www.ombudsman.ge/geo/sakhelmdzghvaneloebi-dakylevebi/praktikuli-sakhelmdzghvanelo-seksualurishveitsroebis-shesakheh>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

106, No. 3, <<https://www.jstor.org/stable/13416562?origin=crossref>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

31 სახალხო დამცველი (2021, 24 იანვარი). პრაქტიკული სახელმძღვანელო სექსუალური შევიწროების შესახებ, 2020 წელი, გვ. 15, <<https://www.ombudsman.ge/geo/sakhelmdzghvaneloebi-dakylevebi/praktikuli-sakhelmdzghvanelo-seksualurishveitsroebis-shesakheh>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

ინსინუაცია ან კომენტარი პირის ნაცემულობაზე, გარეგნობაზე, ასაკზე, ოჯახურ მდგომარეობაზე და ა.შ. ასევე, ქედმაღლური ან მამობრივი დამოკიდებულება, რომელსაც სექსუალური ხასიათის შედეგები აქვს და ადამიანის ღირსებას აკნინებს, არასასურველი შეთავაზება ან მოთხოვნა, რომელსაც თან ერთვის ფარული ან ღია მუქარა, ნებისმიერი უხამსი მზერა ან ჟესტი, რომელიც სექსუალურობასთან არის დაკავშირებული და ნებისმიერი ფიზიკური კონტაქტი, როგორცაა, შეხება, მოფერება, ჩქმეტა ან ფიზიკური თავდასხმა<sup>32</sup>. არსებული რეგულაცია არ შეიცავს სექსუალური ხასიათის ქცევის ამომწურავ ჩამონათვალს, რაც მართებულად უნდა შეფასდეს. შესაბამისად, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალურად უნდა შეფასდეს აქვს თუ არა ადგილი სექსუალური ხასიათის ქცევას.

ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის წინააღმდეგ ევროპის საბჭოს კონვენციის თანახმად, სექსუალური შევიწროება მრავალი ფორმით შეიძლება იქნეს განხორციელებული მათ შორის: სიტყვიერად ან არასიტყვიერად, ან ფიზიკური ქცევით. ამასთან, აღნიშნული ქმედებები ადრესატისთვის უნდა იყოს შეურაცხმყოფელი და ლახავდეს მის ღირსებას.<sup>33</sup> სექსუალურ შევიწროებად უნდა ჩაითვალოს ასევე მითითებები გარეგნობაზე, სხეულის ნაწილებზე, ზეწოლა სექსუალური კავშირის დამყარების მიზნით და სხვა.<sup>34</sup>

არასასურველი სექსუალური ხასიათის ქცევა შესაძლოა განხორციელდეს სოცი-

ალურ ქსელშიც, რისი ნათელი მაგალითი შეიძლება იყოს საჭაროდ (როცა კომენტარი ხელმისაწვდომია 2-ზე მეტი პირისათვის) სექსუალური ხასიათის კომენტარის დაწერა, ან მსგავსი შინაარსის ვიდეოს გაგზავნა (ხმოვანი შეტყობინების სახით) და სხვა. ყველა შემთხვევაში სექსუალური ხასიათის ქცევაზე წვდომა ორ ადამიანზე მეტს უნდა ჰქონდეს, რომ ეს ადგილი შეფასდეს საზოგადოებრივ ადგილად.

სექსუალური ხასიათის ფრაზების თქმასა ან/და მიმართვაში იგულისხმება სიტყვიერი ფორმით სექსუალური ხასიათის ქცევის განხორციელება, სექსუალური კომენტარები პირის ანატომიის ან ფიზიკური მახასიათებლის შესახებ და სხვა.<sup>35</sup> სექსუალური ფრაზების თქმა/მიძახება, კომენტარები, ფრაზები პირის სხეულის ფორმების, გარეგნობის, სექსუალური ორიენტაციის, გენდერული იდენტობის შესახებ (მაგალითად: „რა სექსუალური მკერდი გაქვს“, „რა სურნელოვანი კანი გაქვს“ და ა.შ.). სექსუალური ხასიათის ფიზიკური ქცევა იქნება თვალის ჩაკვრა, კოცნა ან ტუჩების გახვევა, სექსუალური ჟესტების გაკეთება ხელით ან სხეულის მოძრაობებით.<sup>36</sup> მოფერება, ხელის გადასმა, ჩქმეტა, გენიტალიების ჩვენება, გენიტალიებით შეხება, სხვა სახის სექსუალური ფიზიკური ქცევა.

ფაქტობრივად სექსუალური ხასიათის ქცევის ამომწურავი ჩამონათვალი არ არსებობს, რაც სწორი სამართლებრივი რეგულირებაა, ვინაიდან არ არსებობს იმ ქმედებების ამომწურავი ჩამონათვალი, რომელიც შეიძლება შეფასდეს, როგორც სექსუალური ხასიათის ქცევა.

მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს სახელმწიფომ სექსუალური შევიწროების ფაქტები საკანონმდებლო რეგულირებას დაუქვემდებარა, „ქვეყანა ჯერ კიდევ დიდი გამოწვევის წინაშე დგას, რომელიც მოიცავს აღსრულების მექანიზმის გაუმჯობეს-

32 UN 2000. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992, §17, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022]

33 საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე (2017, 19 აგვისტო). ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და აღკვეთის შესახებ ევროპის საბჭოს კონვენცია, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3789678?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 22.02.2022].

34 UN 2010. What is Sexual Harassment? P. 1-2, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatish.pdf>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]

35 UN 2010. What is Sexual Harassment? P. 2, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatish.pdf>> [Last Seen: 10.02.2022]

36 UN 2010. What is Sexual Harassment? P. 2-3, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatish.pdf>> [ბოლო წვდომა: 10.02.2022]



სებისათვის შესაბამისი ღონისძიებების გატარების უზრუნველყოფას.<sup>37</sup> სახელმწიფოს აკისრია პოზიტიური ვალდებულება ხელი შეუწყოს თანასწორობის უფლების რეალიზებას და აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით საზოგადოების ცნობიერების ამაღლებას.

### დასკვნა

სექსუალური შევიწროება არ არის მხოლოდ მსხვერპლის „პრობლემა“. მას უარყოფითი შედეგები მოაქვს როგორც მსხვერპლისთვის, ისე საზოგადოების დანარჩენი წევრებისთვის. სექსუალური შევიწროების “კომპლიმენტად”, “მოცემულობად” და “ნორმად” შეფუთვა პირდაპირ პროპორციულად ნიშნავს მსგავსი ქმედებების დაშვებას, გაზრდას და მისი როგორც მიღებული ქცევის წესად ფორმულირებას. გენდერული დისკრიმინაციის აღნიშნული ფორმა ვნებს არა მხოლოდ მსხვერპლის უფლებებსა და ინტერესებს, არამედ ქმნის გარემოს, რომელიც ნებისმიერი პირისთვის შეიძლება იყოს უფლების შემზღუდავი და დამაზიანებელი.

საზოგადოებრივ ადგილებში განხორციელებული სექსუალური შევიწროების ის ელემენტები, რომლებიც ქართულ საკანონმდებლო ნორმაშია მითითებული, სრულად შეესაბამება საერთაშორისოდ აღიარებულ სტანდარტებს, მისთვის დამახასიათებელი მნიშვნელოვანი ელემენტებია:

- აღნიშნული ქმედება ხორციელდება საჯარო სივრცეში, საზოგადოებრივი თავშეყრის ადგილებში;
- სექსუალური შევიწროება შეიძლება განხორციელდეს სხვადასხვა ფორმით (სიტყვიერად, არა სიტყვიერად, ფიზიკურად);
- სექსუალური ხასიათის ქცევა აუცილებლად მიემართება კონკრეტულ

პირს, რომლისთვისაც ეს ქცევა არის არასასურველი და იწვევს ამ უკანასკნელის დამცირებას, დაშინებას, შეურაცხყოფას და ახდენს მის ობიექტივიზაციას;

- სექსუალური შევიწროება შეიძლება განხორციელდეს სხვა პირებისგან შეუმჩნეველად, ან ისეთ საჯარო სივრცეში, სადაც არ იმყოფებიან გარეშე პირები;
- ძირითად შემთხვევებში შემავიწროებელი არის კაცი, რომელიც არ იცნობს მსხვერპლს, მსხვერპლი კი არის ქალი.

პირს უფლება აქვს დაცული იყოს სექსუალური შევიწროებისაგან როგორც პირად, ისე საჯარო სივრცეში. თუმცა, სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა გაცილებით მაღალია, როდესაც საქმე ეხება საჯარო სივრცეში განხორციელებულ სექსუალურ შევიწროებას, ვინაიდან, საჯარო სივრცე უფრო მაღალი დაცულობით ხასიათდება და როდესაც ამ სივრცეში პირს არ გააჩნია სექსუალური შევიწროებისაგან დაცულობის გარანტიები, რა თქმა უნდა აღნიშნული აისახება სახელმწიფოს იმიჯზე, მის როლზე ადამიანის უფლებების დაცვის კუთხით და სხვა მნიშვნელოვან ფაქტორებზე.

37 ბათიაშვილი, ი., (2020). ქალთა მიმართ ძალადობა 21-ე საუკუნის ტელესკოპში. სამართალი და მსოფლიო, 6(1), გვ. 75, <<https://doi.org/10.36475/14.1.6>>

# SEXUAL HARASSMENT IN PUBLIC PLACE – EXISTING ADMINISTRATIVE REGULATION AND PROBLEMATIC ASPECTS

**Nati Gelovani**

*PhD student at the Faculty of Law and Social Sciences  
of East European University*

**KEYWORDS:** Sexual Harassment, Administrative Violation,  
Gender-based Violence

## ABSTRACT

In 2017, Georgia has ratified the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) and has taken the responsibility to evaluate the form of gender discrimination such as sexual harassment as the act of violence against women and to take all appropriate measures to ensure that any form of unwanted sexual behavior (verbal, non-verbal or physical) which intended to cause or interferes with a person's dignity and in particular which to create an intimidating, hostile, degrading or abusive environment, is subject to an appropriate legal sanction.

Sexual harassment is a widespread phenomenon, often based on gender stereotypes prevalent in society. This form of gender discrimination not only violates the rights and interests of the victim but also creates an environment that can be restrictive and damaging to any person.

In order to approximate the Convention, the Parliament of Georgia made a number of legislative changes in 2019, including establishing administrative liability for sexual harassment conducted in public places, although by that time Georgian legal space was not familiar with the definition of the public place, which raises the problems for assessing the fact. The article tries to resolve the ambiguous issues related to this subject.

**ბიბლიოგრაფია:**

**გამოყენებული ნორმატიული მასალა:**

1. საქართველოს ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსი, (ბოლო რედაქციის თარიღი: 31.12.2021)
2. საქართველოს კანონი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ;
3. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, (ბოლო რედაქციის თარიღი: 31.12.2021)

**კვლევები და სახელმძღვანელოები:**

1. ახოზაძე, ქ., სექსუალური შევიწროება – ქალთა უჩინარი დისკრიმინაცია, კვლევის ანგარიში, 2015 წელი
2. გაეროს ქალთა ორგანიზაცია, სექსუალური შევიწროება სამუშაო ადგილზე საქართველოს საჯარო სამსახურში, 2021 წელი
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლო (2020, 2 თებერვალი). სტამბოლის კონვენციის 34-ე მუხლის (ადევნება) სასამართლო პრაქტიკა
4. სქესობრივი თავისუფლებისა და ხელშეუხებლობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კომენტარები, ავტორთა კოლექტივი, 2020 წელი
5. ბათიაშვილი, ი. 2020. ქალთა მიმართ ძალადობა 21-ე საუკუნის ტელესკოპში. სამართალი და მსოფლიო. 6(1), გვ. 61-67

**სახალხო დამცველის მიერ მომზადებული დოკუმენტები**

1. სახალხო დამცველი, პრაქტიკული სახელმძღვანელო სექსუალური შევიწროების შესახებ, 2020 წელი
2. სახალხო დამცველის 2017 წლის რეკომენდაცია შევიწროებით და სექსუალური შევიწროებით გამოხატული სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის დადგენის შესახებ
3. სახალხო დამცველის 2018 წლის რეკომენდაცია სექსუალური შევიწროებით გამოხატული სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის დადგენის თაობაზე
4. სახალხო დამცველის 2020 წლის რეკომენდაცია სექსუალური შევიწროების დადგენის შესახებ

**BIBLIOGRAPHY:**

**Legal Acts**

1. Administrative Offences Code of Georgia, (date last edited: 30.12.2021). (In Georgian)
2. Criminal Code of Georgia, (date last edited: 31.12.2021). (In Georgian)
3. Law of Georgia on the Elimination of All Forms of Discrimination. (In Georgian)

**Researches and Manuals:**

1. Akhobadze, K., Sexual Harassment – Invisible Discrimination against Women, Research Report, 2015 (In Georgian)
2. Commentaries on crimes against sexual freedom and inviolability, Group Authors, 2020 (In Georgian)
3. Supreme Court of Georgia (2020, 2 February). Judicial Practice on Article 34 (Stalking) of the Istanbul Convention; (In Georgian)
4. UN Women Georgia, Workplace Sexual Harassment in the Civil Service in Georgia, 2021 (In Georgian)
5. Batiashvili, I. 2020. Violence Against Women in the 21st Century Telescope. Law and World, 6(1), pp. 61-67. (In Georgian)

**Documents prepared by the Public Defender**

1. Practical Guide on Sexual Harassment, Public Defender, 2020 (In Georgian)
2. Public Defender’s 2017 Recommendation on Establishing Discrimination on the Basis of Sex Expressed in Harassment and Sexual Harassment, (In Georgian)
3. Public Defender’s 2018 Recommendation on Establishing Discrimination on the basis of Sex Expressed in Sexual Harassment, (In Georgian)
4. Public Defender’s 2020 Recommendation on Establishing Sexual Harassment, (In Georgian)

## უცხოენოვანი ლიტერატურა:

1. ბოვმან გ., (1993). ქუჩის შევიწროება და ქალების არაფორმალური გეტოიზაცია, ჰარვარდის სამართლის მიმოხილვა, ტ. 106, No 3
2. ბურგესი ს., (2016) ქალაქის ყოველწლიური შეხვედრების შედეგები, მაისი 2, 4, 9, 11, 16, 18, 23, 25, ივნისი 6, 2016
3. გაერო, რა არის სექსუალური შევიწროება? (წყარო: სექსუალური შევიწროების პრევენცია (BNA Communications, Inc.) SDC IP .73, 1992 სახელმძღვანელო)
4. გაეროს ქალთა დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტი (CEDAW), ზოგადი რეკომენდაცია No12: ქალთა მიმართ ძალადობა, 1989
5. გაეროს ქალთა დისკრიმინაციის აღმოფხვრის კომიტეტი (CEDAW), ზოგადი რეკომენდაცია No19: ქალთა მიმართ ძალადობა, 1992
6. გაეროს ქალთა ორგანიზაცია, დოკუმენტების კრებული, გაეროს კონვენცია ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ, კონვენციის ფაკულტატიური ოქმი და ზოგადი რეკომენდაციები, 2018
7. ევროკომისია, სექსთან დაკავშირებული შევიწროება და სექსუალური შევიწროების კანონმდებლობა ევროპის 33 ქვეყანაში, 2013;
8. ევროპის ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობის გზამკვლევი, 2018
9. თურქჰეიმერი დ., ქუჩის შევიწროება, როგორც სექსუალური დაქვემდებარება: გენდერულად სპეციფიკური ზიანის ფენომენი. ვისკონსინის ქალთა სამართლის ჟურნალი, 1997
10. ონტარიოს ადამიანის უფლებათა კომისია, პოლიტიკა სექსუალური და გენდერული შევიწროების პრევენციის შესახებ, მტკიცების ტვირთი, მტკიცებულებათა საკითხები, 2013

## საერთაშორისო გადაწყვეტილებები, რეკომენდაციები:

1. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება Y სლოვენის წინააღმდეგ, No. 41107/10, 28/05/2015;
2. ადამიანის უფლებათა კომისია, ვილისი ბლენცოს წინააღმდეგ, 2001
3. ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლო, ჯოზეფ ონკელე, პეტიციები Sundownet-ის ოფშორული სერვისის წინააღმდეგ. N96-568, 1998
4. აშშ-ის უზენაესი სასამართლო, მერიტო-

## Foreign Literature:

1. Bowman G., (1993). Street Harassment and Informal Ghettoization of Women, Review of Harvard Law, Vol. 106, No. 3. (In English)
2. Burgess S., (2016) Results of Annual City Meetings, May 2, 4, 9, 11, 16, 18, 23, 25, June 6, 2016. (In English)
3. UN, What is Sexual Harassment? (Source: Preventing Sexual Harassment (BNA Communications, Inc.) SDC IP .73, 1992 manual). (In English)
4. United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 12: Violence Against Women, 1989
5. UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 19: Violence Against Women, 1992. (In English)
6. UN Women, Collection of Documents, UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Optional Protocol to the Convention and General Recommendations, 2018. (In English)
7. European Commission, Sexual Harassment and Sexual Harassment Legislation in 33 European Countries, 2013. (In English)
8. European Anti-Discrimination Law Guide, 2018. (In English)
9. Turkheimer D., Street Harassment as Sexual Subordination: A Phenomenon of Gender-Specific Harm. Wisconsin Women's Law Journal, 1997. (In English)
10. Ontario Human Rights Commission, Policy on the Prevention of Sexual and Gender-Based Harassment, Burden of Evidence, Evidence Issues, 2013. (In English)

## International Decisions, Recommendations:

1. Judgment of the European Court of Human Rights, ECtHR, v. Slovenia, no. 41107/10, 28/05/2015. (In English)
2. Human Rights Commission, Willis v. Blencoe, 2001 BCHRT 12 (CanLII). (In English)
3. The Supreme Court of the United States, Joseph Onkel, petitions against Sundownet's offshore service. N96-568, 1998. (In English)
4. Supreme court of the United States, Josef Oncale, Petitiones v. Sundownet offshore service. N96-568, 1998. (In English)
5. Council of Europe Explanatory Report to the

- რის შემნახველი ბანკი ვინსონის წინააღმდეგ, 1986
5. ევროპის საბჭო, ქალთა მიმართ ძალადობისა და ოჯახში ძალადობის პრევენციისა და ბრძოლის შესახებ ევროპის საბჭოს კონვენციის განმარტებითი ანგარიში, 2011
  6. ჰარისონი ვ. ნიქსონ სეფთი ქონსალთინგი და სხვები(N3), 2008 ადამიანის უფლებათა ტრიბუნალი 462
- Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, 2011. (In English)
6. Harrison W. Nixon Safety Consulting et al. (N3), 2008 Human Rights Tribunal 462. (In English)

## NOTES:

1. Georgia, UN Women, (2021, 20 September). Workplace Sexual Harassment in the Civil Service in Georgia, <<https://georgia.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Georgia/Attachments/Publications/2021/Workplace%20Sexual%20Harassment%20in%20the%20Civil%20Service%20in%20Georgia%20GEO%20renewed.pdf>> [Last Seen: 21.02.2022]
2. Tuerkheimer, D. 1997, Street harassment as sexual subordination: the phenomenology of gender-specific harm. Wisconsin Women's Law Journal, Vol. 12, 167
3. ECtHR, Y v. Slovenia, no. 41107/10, 28/05/2015, § 101
4. UN, 2000. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 12, Violence against women, 1989, §1, <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom12>> [Last Seen: 22.02.2022]
5. UN 2000. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992, §17, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19>> [Last Seen: 22.02.2022]
6. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), Beijing Declaration and Platform for Action, Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, etc.
7. Legislative Herald of Georgia (2017, 19 August). Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3789678?publication=0>> [Last Seen: 22.02.2022]
8. Georgia, UN Women (2018, 18 September). Collection of documents, UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, Optional Protocol to the Convention and General Recommendations, <<https://georgia.unwomen.org/sites/default/files/Field%20Office%20Georgia/Attachments/Publications/2018/convention%20on%20elimination%20of%20violence.pdf>> [Last Seen: 25.02.2022]
9. Public Defender of Georgia (2017, 3 May). Recommendation on Establishing Discrimination on the Basis of Sex Expressed in Harassment and Sexual Harassment, <<https://www.ombudsman.ge/res/docs/2019111312451520835.pdf>> [Last Seen: 10.02.2022]
10. Publications office of the European Union (2013, 15 November). European Commission, Harassment related to Sex and Sexual Harassment law in 33 European Countries, § 13-14, <<https://op.europa.eu/en/publi->

- [cation-detail/-/publication/e06dcc86-b7bf-459e-8241-47502ef379c4>](#)  
[Last Seen: 22.02.2022]
11. Publications office of the European Union (2013, 15 November). European Commission, Harassment related to Sex and Sexual Harassment law in 33 European Countries, §19, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e06dcc86-b7bf-459e-8241-47502ef379c4>> [Last Seen: 22.02.2022]
  12. Supreme court of the United States, Josef Oncale, Petitiones v. Sundowner offshore service. N96-568, 1998
  13. Administrative Offences Code of Georgia, date last edited 30.12.2021.
  14. Akhobadze, K., (2015). Sexual Harassment – Invisible Discrimination against Women, Research Report, Tbilisi, Women’s Fund in Georgia, p.9.
  15. Ontario Human Rights Commission 2013. Policy on preventing sexual and gender-based harassment, Burden of Proof, Evidentiary Issues, <<https://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-sexual-and-gender-based-harassment-0>> [Last Seen: 10.02.2022]
  16. UN 2010. What is Sexual Harassment? P. 1, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatish.pdf>> [Last Seen: 10.02.2022]
  17. European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe 2018. Handbook of European Non-Discrimination Law, 2018 edition, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 64, <[https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf)> [Last Seen: 22.02.2022]
  18. Supreme Court of the United States, Josef Oncale, Petitioner v. Sundowner Offshore Services, Incorporater, et al., No. 96 – 568, 1998, II
  19. Public Defender of Georgia (2018, 1 October) Recommendation on Establishing Discrimination on the Basis of Sex Expressed in Sexual Harassment, p.4. <<https://www.ombudsman.ge/res/docs/2019110716515195006.pdf>> [Last Seen: 22.02.2022]
  20. Harrison v. Nixon Safety Consulting and others (No. 3), 2008 BCHRT 462 (CanLII)
  21. The U.S. Supreme Court, Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 1986
  22. Ontario Human Rights Commission 2013. Policy on preventing sexual and gender-based harassment, Burden of Proof, Evidentiary Issues, <<https://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-sexual-and-gender-based-harassment-0>> [Last Seen: 10.02.2022]
  23. Human Rights Commission, Willis v. Blencoe, 2001 BCHRT 12 (CanLII), §58; Potapczyk v. MacBain, 1984 CanLII 11 (CHRT), §45.
  24. Public Defender of Georgia (2021, 24 January). Practical Guide on Sexual Harassment, 2020, p.20. <<https://www.ombudsman.ge/geo/sakhelmdzghvaneloebi-da-kvlevebi/praktikuli-sakhelmdzghvanelo-seksualuri-shevitsroebis-shesakheb>> [Last Seen: 22.02.2022]
  25. Ontario Human Rights Commission 2013. Policy on preventing sexual and gender-based harassment, Burden of Proof, Evidentiary Issues, <<https://www.ohrc.on.ca/en/policy-preventing-sexual-and-gender-based-harassment-0>> [Last Seen: 10.02.2022]
  26. Public Defender of Georgia, (2020, 13 April). Recommendation on Establishing Sexual Harassment, p.12, <<https://www.ombudsman.ge/res/docs/2020041612511084117.pdf>> [Last Seen: 10.02.2022]
  27. Akhobadze, K., (2015). Sexual Harassment – Invisible Discrimination against Women, Research Report, Tbilisi, Women’s Fund in Georgia, p.116.

28. Burgess S., (2016). RESULTS ANNUAL TOWN MEETING May 2, 4, 9, 11, 16, 18, 23, 25 & June 6, 2016, P. 8, <<https://amherstma.gov/DocumentCenter/View/34714/2016-ATM-Results---UNOFFICIAL?bidd>> [Last Seen: 10.02.2022]
29. Supreme Court of Georgia (2020, 2 February). Judicial Practice on Article 34 (Stalking) of the Istanbul Convention p.37, <<https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/adevneba.pdf>> [Last Seen: 22.02.2022]
30. Bowman G., (1993). Street harassment and the informal Ghettoization of Women, Harvard Law Review Vol. 106, No. 3, <<https://www.jstor.org/stable/1341656?origin=crossref>> [Last Seen: 22.02.2022]
31. Public Defender of Georgia (2021, 24 January). Practical Guide on Sexual Harassment, 2020, p.15. <<https://www.ombudsman.ge/geo/sakhelmdzghvaneloebi-da-kvlevebi/praktikuli-sakhelmdzghvanelo-seksualuri-shevitsroebis-shesakheb>> [Last Seen: 22.02.2022]
32. UN, 2000. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992, §17, <<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom19>> [Last Seen: 22.02.2022]
33. Legislative Herald of Georgia (2017, 19 August). Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3789678?publication=0>> [last Seen: 22.02.2022]
34. UN, 2010. What is Sexual Harassment? P. 1-2, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatish.pdf>> [Last Seen: 10.02.2022]
35. UN, 2010. What is Sexual Harassment? P. 2, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatish.pdf>> [Last Seen:10.02.2022]
36. UN, 2010. What is Sexual Harassment? P. 2-3, <<https://www.un.org/womenwatch/osagi/pdf/whatish.pdf>> [Last Seen: 10.02.2022]
37. Batiashvili, I. 2020. Violence Against Women in the 21st Century Telescope. Law and World, 6(1), pp.75. <<https://doi.org/10.36475/14.1.6>>

# ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის როლი არასრულწლოვნისათვის სასჯელის დანიშვნაზე მისი საუკეთესო ინტერესის განსაზღვრისათვის (სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი)

## სალომე გულიაშვილი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის  
სადოქტორო პროგრამის სტუდენტი

საკვანძო სიტყვები: პრინციპი, მისადაგება, სასჯელი

## აბსტრაქტი

სამეცნიერო ნაშრომის მნიშვნელობა განპირობებულია იუვენალური იუსტიციის ნორმა-პრინციპთა და ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის კომბინაციური თეორიული და პრაქტიკული გაანალიზებით; კერძოდ, სასამართლო პრაქტიკის შესწავლით. კვლევისას გამოყენებულია ანალიზისა და შედარების მეთოდი, ლოგიკური მსჯელობისა და აზროვნების მეთოდი, კონკრეტული სისხლის სამართლის საქმეებისა და დადგენილი განაჩენების შესწავლისა და განზოგადების მეთოდი.

ნაშრომის სტრუქტურა ერთმანეთთან ლოგიკურ კავშირში მყოფი ერთგვარი ჯაჭვია, რომელიც შედეგობრივად ასახულია მოსამართლის განაჩენში სასჯელის დანიშვნისას. კერძოდ,



გაანალიზებულია თუ რას გულისხმობს და როგორ განიმარტება საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობა მოსამართლის მიერ სასჯელის დანიშვნამდე, შემდეგომ ამისა ლოგიკურად ბმა არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომის პრინციპთან, რაც ასევე თავისთავადია იუვენალურ იუსტიციაში და საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპთან ერთად თანაარსობრივი პრინციპია. აღნიშნული ნორმა-პრინციპები პრაქტიკულ სიცოცხლისუნარიანობას ჰპოვებენ ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში, კერძოდ, ნაშრომში დეტალურადაა განხილული თუ რა საკითხებს შეისწავლის სოციალური მუშაკი არასრულწლოვნისათვის სასჯელის დანიშვნამდე, თითოეული მონაცემი არასრულწლოვნის შესახებ სიცოცხლისუნარიანია იმ კუთხით, რომ მოსამართლე მას ითვალისწინებს სასჯელის დანიშვნამდე და მსჯელობს რამდენად არის საუკეთესოთა შორის საუკეთესო გადაწყვეტილება კონკრეტული არასრულწლოვნის მიმართ.

იუვენალური იუსტიციის ფარგლებში ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში არის კომბინირებულად პრინციპების გამოკვეთისა და არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებზე მორგებული გადაწყვეტილებების მიღების საფუძველი. ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშით გაანალიზებული მთელი რიგი გარემოებების მხედველობაში მიღების შემდეგ მოსამართლეს ნათელი წარმოდგენა ექმნება თუ რა იქნება არასრულწლოვნისათვის საუკეთესოთა შორის საუკეთესო გადაწყვეტილება მისი რესოცი-ალიზაცია-რეაბილიტაციისათვის.

## შესავალი

ქართულ იუვენალურ ისტორიაში 2015 წლის 12 ივნისს მიღებული არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი თავისუფლად შეგვიძლია მივიჩნიოთ „ახალი ერის“ დასაწყისად. აღნიშნულმა კოდექსმა სისტემურად გააერთიანა არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის მა-

ტერიალური და პროცესუალური საკითხები. ამასთან, დანერგა მთელი რიგი ახალი საკანონმდებლო სიახლე, რითაც იუვენალური იუსტიციის კანონმდებლობის ჰარმონიზაციას დაედო საფუძველი; იუვენალურ სიახლეთაგან, პირველ რიგში, უნდა მოვიზიაროთ საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპთა პრინციპად განსაზღვრა, როგორც პირველ რიგში განსახილველი გარემოება არასრულწლოვნის კეთილდღეობისათვის,<sup>1</sup> რაც უნდა განისაზღვროს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში არასრულწლოვნის სპეციფიკური მახასიათებლების, საჭიროებების, გამოცდილების, ოჯახური მდგომარეობის გათვალისწინებით.<sup>2</sup> საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობა მჭიდრო კავშირშია არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომასთან, რაც პრინციპის დონეზეა გაწერილი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსში,<sup>3</sup> რომლის თანახმადაც არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომა აუცილებელია ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღებისას. მათ შორის, მოსამართლის მიერ არასრულწლოვნისათვის სასჯელის შეფარდებამდე, რისი აუცილებლობის მაჩვენებელიცაა კანონმდებლის მიერ დანერგილი ახალი ინსტიტუტი – ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში, რომლის მომზადებაც აუცილებელია მოსამართლის მიერ სასჯელის დანიშვნამდე. ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშით ხდება არასრულწლოვანთა ინდივიდუალური მახასიათებლების გათვალისწინება, თავის მხრივ, ინდივიდუალური მახასიათებლებით განისაზღვრება საუკეთესო ინტერესი, რაც არის მიზანი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებისა.<sup>4</sup>

1 ECHR, *Blokhin v. Russia*, no.47152/06, 23.03.2016, §134.  
 2 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი“ პროექტზე. <<https://factcheck.ge/wp-content/uploads/2015/06/file0012.pdf>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
 3 *იქვე*.  
 4 *იქვე*.

მოსამართლის მიერ არასრულწლოვნის მიმართ სასჯელის შეფარდებამდე მხედველობაშია მისაღები მთელი რიგი საკითხები, რომელიც მოცემულია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსსა და საერთაშორისო აქტებში, რომელთა კუმულაციურად გაანალიზების შემდეგაც განისაზღვრება სამართლიანი და კანონიერი სასჯელი. უფრო კონკრეტულად, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 259-ე მუხლის მე-4 ნაწილის შესაბამისად, სასამართლოს განაჩენი სამართლიანია, თუ დანიშნული სასჯელი შეესაბამება მსჯავრდებულის პიროვნებას და მის მიერ ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმეს.<sup>5</sup> საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 53-ე მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად, სასჯელის დანიშნვის დროს სასამართლომ უნდა გაითვალისწინოს დამნაშავის პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი და დამამძიმებელი გარემოებები, კერძოდ, დანაშაულის მოტივი და მიზანი, ქმედებაში გამოვლენილი მართლსაწინააღმდეგო ნება, მოვალეობათა დარღვევის ხასიათი და ზომა, ქმედების განხორციელების სახე, ხერხი და მართლსაწინააღმდეგო შედეგი, დამნაშავის წარსული ცხოვრება, პირადი და ეკონომიკური პირობები, ყოფაქცევა ქმედების შემდეგ, განსაკუთრებით – მისი მისწრაფება აანაზღაუროს ზიანი, შეურიგდეს დაზარალებულს.<sup>6</sup> არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-7 მუხლის თანახმად, კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვნის მიმართ გამოყენებული ზომა ჩადენილი ქმედების თანაზომიერი უნდა იყოს და მის ასაკს, პიროვნებას, საგანმანათლებლო, სოციალურ და სხვა საჭიროებებს უნდა შეესაბამებოდეს.<sup>7</sup>

5 საქართველოს კანონი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=141>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

6 იქვე.

7 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=141>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

ნაშრომის მიზანია, გაანალიზოს ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის პრაქტიკული და თეორიული ასპექტები, სასამართლო პრაქტიკის ანალიზით აჩვენოს თუ როგორ ფორმირდება არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესი, რაც ასახულ უნდა იქნეს მოსამართლის განაჩენში.

## 1. საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის არსი

საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობა არის არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების პრინციპთა პრინციპი. ბავშვების მიმართ ყველა მოქმედებაში უპირველესი ყურადღება ეთმობა ბავშვის საუკეთესო ინტერესების უზრუნველყოფას.<sup>8</sup> იგი შინაარსობრივად მრავლისმომცველი და კომპლექსურია, აქედან გამომდინარე არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-3 მუხლის მეოთხე ნაწილი ამომწურავად არ/ვერ ჩამოთვლის თუ რა იგულისხმება აღნიშნულ პრინციპში და მის განმარტებას სამართალშემფარდებელს ანდობს.<sup>9</sup> არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებს მრავალფუნქციური შინაარსი გააჩნია, კერძოდ: 1) პირველ რიგში, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების პრიორიტეტული პრინციპია; 2) არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ერთ-ერთი მიზანი არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების დაცვაა; 3) არასრულწლოვნის მიმართ სასჯელის დანიშნვისას არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებს გადაამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება.<sup>10</sup> ამრიგად, მოსამართლის

[gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21](https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21)> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

8 იქვე.

9 ვარძელაშვილი, ი., (2017). არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობის, როგორც არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის უმნიშვნელოვანესი პრინციპის მნიშვნელობა სასამართლო პრაქტიკაში. სისხლის სამართლის აქტუალური საკითხები. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, (1), 71.

10 იქვე, 72.

მიერ სასჯელის შეფარდებაზე არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების გაანალიზება უმნიშვნელოვანესია. სასჯელი უნდა იყოს არასრულწლოვნის კეთილდღეობასა და განვითარებაზე ნაკლები უარყოფითი გავლენის მომხდენი.<sup>11</sup> ბავშვის უფლებების შესახებ გაეროს N14 ზოგადი კომენტარის თანახმად, სისხლის სამართლის საქმეებში საუკეთესო ინტერესების პრინციპი ვრცელდება კანონთან კონფლიქტში მყოფ ყველა ბავშვზე, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვა ნიშნავს იმას, რომ სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების ტრადიციული ამოცანები, როგორცაა რეპრესია ან დასჯა, ნაკლებ პრიორიტეტულად უნდა იქნეს მიჩნეული, ვიდრე რეაბილიტაციისა და აღდგენითი მართლმსაჯულების ამოცანები.<sup>12</sup> ბავშვის უფლებათა კონვენციის მე-3 მუხლი ავალდებულებს სახელმწიფოს, რომ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების აღსრულების პროცესში ნებისმიერი გადაწყვეტილება მიზნად ისახავდეს ბავშვის ჭეშმარიტი და საუკეთესო ინტერესის დაცვას.<sup>13</sup> სახელმწიფოს აკისრია ვალდებულება, რომ სასჯელის შესაბამისი სახის გათვალისწინებისას მხედველობაში მიიღოს ბავშვის ჯანმრთელობა, განათლება, ეკონომიკური ექსპლუატაცია, ფიზიკური, გონებრივი, სულიერი, მორალური და სოციალური განვითარების ფაქტორები.<sup>14</sup> არასრულწლოვანთა მიმართ მართლმსაჯულების განხორციელებისას ზემოქმედების ზომები უნდა იყოს თანაბრობადი, არა მართლმსაჯულების განხორციელების გარემოებებთან, არამედ არასრულწლოვნის მდგომარე-

ობასა და მოთხოვნილებებთან.<sup>15</sup> არასრულწლოვნისადმი მკაცრი სადამსჯელო მიდგომა არ შეესაბამება არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ძირითად პრინციპებს, ბავშვის შემთხვევაში უპირატესობა უნდა მიენიჭოს მისი კეთილდღეობის, ჭეშმარიტი ინტერესების დაცვის და რეინტეგრაციის საჭიროებას.<sup>16</sup> „საუკეთესო ინტერესის ტესტი“ გულისხმობს მოსამართლის მხრიდან იმის გათვალისწინებასაც, თუ რა შედეგი შეიძლება მოჰყვეს არასრულწლოვნისათვის შეფარდებულ სასჯელს.<sup>17</sup> ბავშვების შემთხვევაში მათი კეთილდღეობისა და ჭეშმარიტი ინტერესების დაცვასა და რეინტეგრაციის ხელშეწყობის საჭიროებას უპირატესობა უნდა მიენიჭოს.<sup>18</sup>

## 2. არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომის ფორმულირება

არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომა ერთ-ერთ მნიშვნელოვანი პრინციპია არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში, რაც ასახულია, როგორც საერთაშორისო, ისე შიდა აქტებში.<sup>19</sup> არა-

11 UNODC., (2009). Handbook for Professionals and Policymakers on Justice in matters involving child victims and witnesses of crime, United nations office on drugs and crime Vienna, 6.  
 12 ბავშვის უფლებების შესახებ გაეროს N14 ზოგადი კომენტარი. <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
 13 კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
 14 იქვე.

15 United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"). <<https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/beijingrules.pdf>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
 16 კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
 17 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი“ პროექტზე. <<https://factcheck.ge/wp-content/uploads/2015/06/file0012.pdf>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
 18 General comment No. 10 2007 Children’s rights in juvenile justice. <[file:///C:/Users/SALOME/Downloads/CRC\\_C\\_GC\\_10-EN.pdf](file:///C:/Users/SALOME/Downloads/CRC_C_GC_10-EN.pdf)> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
 19 კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]. საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/>>

სრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-14 მუხლის თანახმად, არასრულწლოვნის მიმართ გადაწყვეტილების მიღებისას გაითვალისწინება მისი ინდივიდუალური მახასიათებლები: ასაკი, განვითარების დონე, ცხოვრების, აღზრდისა და განვითარების პირობები, განათლება, ჯანმრთელობის მდგომარეობა, ოჯახური ვითარება და სხვა გარემოებები, რომლებიც არასრულწლოვნის ხასიათისა და ქცევის თავისებურებების შეფასების და მისი საჭიროებების განსაზღვრის შესაძლებლობას იძლევა.<sup>20</sup> არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 27-ე მუხლის მიხედვით, ეს ინდივიდუალური მახასიათებლები გაითვალისწინება ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის საფუძველზე.<sup>21</sup> ინდივიდუალური მიდგომის ასახვის მნიშვნელოვანი გამოხატულებაა ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის საფუძველზე მოსამართლის მიერ სასჯელის შეფარდება. „სასჯელის დანიშვნისას კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვნის ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის შედგენა მიზნად ისახავს არასრულწლოვნის სოციალური გარემოს, მისი უნარებისა და ინდივიდუალური საჭიროებების შესწავლას, რაც ხელს უწყობს მოსამართლეს არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებზე დაფუძნებული ობიექტური სასჯელის შეფარდებაში“.<sup>22</sup>

### 3. ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში, როგორც საუკეთესო ინტერესების იდენტიფიცირებისა და არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომის ფორმირების გზა

არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომისა და საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობის პრინციპის გამოკვეთის საშუალებაა ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში. საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობის პრინციპის სამართლებრივი მნიშვნელობა განსაკუთრებით მძაფრია სასჯელის დანიშვნის ეტაპზე, რადგანაც იგი მოითხოვს არასრულწლოვნის ინდივიდუალური მახასიათებლების ანალიზსა და მის გათვალისწინებას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის შესაბამისად, რამაც ლომის წვლილი უნდა ითამაშოს იმაში, რომ არასრულწლოვნისადმი გამოყენებული სასჯელი სიცოცხლისუნარიანი იყოს პრაქტიკაში.<sup>23</sup> საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპი არის უმთავრესი გზა იმისათვის, რომ გადასაწყვეტი საკითხი არასრულწლოვნის კეთილდღეობას შეესაბამებოდეს.<sup>24</sup> საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობა მოითხოვს მოსამართლემ გაანალიზოს თუ რა ეფექტს მოახდენს სასჯელი არასრულწლოვნის განვითარებასა და კეთილდღეობაზე. „საუკეთესო ინტერესის“ განსაზღვრა კომპლექსური პროცესია.<sup>25</sup> არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესის განსაზღვრისას გადაწყვეტილების მიმღებმა უნდა გაითვალისწინოს ბავშვის პიროვნება, სურვილები, ვითარება, ოჯახური მდგომარე-

[view/2877281?publication=21](https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21)> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].

20 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].

21 იქვე.

22 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].

23 ზესტაფონის რაიონული სასამართლოს 2019 წლის 8 ოქტომბრის განაჩენი (საქმე №1/226-2019).

24 Council of Europe, 2019. Promoting Child-friendly approaches in the area of Migration, Standards, Guidance and current practices, 74-77.

25 United nations office on drugs and crime, 2013. Justice in Matters involving children in conflict with the law, Model law on juvenile justice and related commentary, 70.

ობა, სავარაუდო შედეგი, რომელსაც განაჩენი მოახდენს მის განვითარებასა და კეთილდროებაზე, ამასთან, რეკომენდებულია, რომ გადაწყვეტილების მიმღებმა მოუსმინოს ბავშვის პოზიციას, რაც იქნება საფუძველი ყველაზე საუკეთესო ინტერესის დასადგენად.<sup>26</sup>

ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადება და გათვალისწინება სავალდებულოა შემდეგ შემთხვევებში: განრიდების ღონისძიების განსაზღვრისას, სასჯელის დანიშვნისას, საპატიმრო სასჯელის ინდივიდუალური დაგეგმვისას, არასაპატიმრო სასჯელის აღსრულებისას, პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისას.<sup>27</sup> ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი განისაზღვრება საქართველოს იუსტიციის, შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2016 წლის 15 მარტის N132/N95/N23 ერთობლივი ბრძანებით.<sup>28</sup> აღნიშნული ბრძანების N2 დანართი ეხება სასჯელის დანიშვნისას კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვნის მიმართ ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის შედგენას, რაც მიზნად ისახავს არასრულწლოვნის სოციალური გარემოს, მისი უნარებისა და ინდივიდუალური საჭიროებების შესწავლას, რაც ხელს უწყობს მოსამართლეს არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებზე დაფუძნებული ობიექტური

სასჯელი შეუფარდოს არასრულწლოვანს.<sup>29</sup> სასჯელის სწორად შეფარდება უმნიშვნელოვანესია მსჯავრდებულის უფლებების დაცვის თვალსაზრისით;<sup>30</sup> სასჯელის შეფარდებისას მოსამართლე არამხოლოდ კონკრეტული მუხლის სანქციის ფარგლებითაა შეზღუდული, არამედ აგრეთვე კონსტიტუციური პრინციპებითაც.<sup>31</sup>

#### 4. ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში – მოსამართლის მიერ არასრულწლოვნისათვის სასჯელის შეფარდებამდე განსათვალისწინებელი ინსტიტუტი

არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 65-ე მუხლის მიხედვით, არასრულწლოვნისათვის დანიშნული სასჯელის მიზანია არასრულწლოვნის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაცია და ახალი დანაშაულის თავიდან აცილება,<sup>32</sup> ხოლო 75-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, არასრულწლოვნისათვის სასჯელის დანიშვნისას მოსამართლე, პირველ რიგში, ითვალისწინებს მის საუკეთესო ინტერესებს და ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშს.<sup>33</sup> სოციალური მუშაკი ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშს ამზადებს არასრულწლოვანთან, მის ოჯახის წევრებთან და მასთან დაკავშირებული სოციალური გარემოს სხვა წარმომადგენლებთან ინტერვიუების მეშვეობით.<sup>34</sup> ინდივიდუალური შეფასების

26 ჰამილტონი, ქ., (2011). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკანონმდებლო რეფორმის სახელმძღვანელო მითითებები, ნიუ-იორკი, 35.  
27 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
28 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].

29 იქვე.  
30 ცქიტიშვილი, თ., (2016). სასჯელის შეფარდების საკითხისათვის, გურამ ნაჭყებიას – 75 საიუბილეო კრებული, თბილისი. მეტიდიანი, 122.  
31 იქვე, 123.  
32 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].  
33 იქვე.  
34 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23

ანგარიშში არასრულწლოვნის ბიო-ფსიქო-სოციალური მდგომარეობა იდენტიფიცირდება მრავალი გარემოების შესწავლითა და ერთობლივად გაანალიზების შემდეგ, რაც არასრულწლოვნისადმი ინდივიდუალური მიდგომისა და შემდგომ ამისა საუკეთესო ინტერესის განსაზღვრის მნიშვნელოვანი საშუალებაა. ამასთან მნიშვნელოვანი ის დადებითი ფაქტორები, რომელთა გათვალისწინება ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში აუცილებელია, კერძოდ, ესენია: ინდივიდუალური ფაქტორები (განათლება/არაფორმალური განათლება/მუშაობის გამოცდილება; ჰყავს რამდენიმე მეგობარი, რომლებიც არ არიან ჩართულნი დანაშაულებრივ საქმიანობაში; კონსტრუქციული ინტერესების არსებობა, ჰობი, ოპტიმისტური და მომავლის პოზიტიური ხედვა, მართლსაწინააღმდეგო ქმედების პრევენციის მოტივაცია და გეგმა, სასარგებლო უნარები, ნიჭი, შემოქმედებითობა, სტრესის დაძლევის უნარ-ჩვევები, საშუალოზე მაღალი ინტელექტი, რელიგიურობა და ა.შ.); ოჯახური ფაქტორები (ძლიერი და სტაბილური ურთიერთობები ერთ მშობელთან ან ოჯახის წევრთან, მზურველ(ებ)ისთვის ფასეულია არასრულწლოვნის განათლება/დასაქმება, მზრუნველ(ებ)ი წარმოადგენენ პროსოციალურ ქცევებისა და ნორმების მოდელს, სახარბიელო ოჯახური გარემო და ურთიერთობები, ეკონომიკური მდგომარეობა, საცხოვრებელი პირობები და ა.შ.) საზოგადოებრივი ფაქტორები (პროფესიული დახმარების და ფსიქოსოციალური მხარდაჭერის მიღების შესაძლებლობა, არასრულწლოვნის კეთილდღეობაზე ზრუნავს სკოლა/საგანმანათლებლო დაწესებულება, სტაბილური პოზიტიური ურთიერთობები უფროსთან, რომელიც არ არის ოჯახის წევრი, ძლიერი თანადგომის ქსელი, საზოგადოება ახალგაზრდას სთავაზობს რაიმე აქტივო-

2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დაწესებისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].

ბაში ნაბმის საშუალებებს: ახალგაზრდული ცენტრი, სპორტული კლუბი, კულტურული მოღვაწეობა და ა.შ.).<sup>35</sup> ძალიან მნიშვნელოვანია, რომ ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში გათვალისწინებულია არასრულწლოვნისთვის საჭირო სერვისები/რესურსები რეციდივის პრევენციისთვის, რაც ყველაზე მეტად აჩვენებს არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებს, კერძოდ, ესენია: დახმარება საყოფაცხოვრებო პირობების მოწესრიგებაში, დახმარება ბენეფიტების მოპოვებაში, ფსიქოსოციალური დახმარება, აკადემიური დახმარება, პროფესიული დახმარება, ადექტური ქცევის შემცირებაზე მიმართული სერვისი, რისხვის მართვა/იმპულსთა მართვა, სასიცოცხლო უნარ-ჩვევების შესწავლა, სოციალური უნარების განვითარება, სამედიცინო დახმარება, ინდივიდუალური და ოჯახური ფსიქოთერაპია, ფსიქიატრიული დახმარება და ა.შ.<sup>36</sup>

სასამართლო პრაქტიკის თანახმად, განაჩენის გამოტანისას სასამართლოები სრულად ითვალისწინებენ ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშს. სასამართლოები ყურადღებას აქცევენ ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში ასახულ დადებით და უარყოფით ფაქტორებს.<sup>37</sup>

35 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დაწესებისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022].

36 იქვე.

37 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 6 აგვისტოს განაჩენი (საქმე №3338აპ-20); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 15 ივლისის განაჩენი (საქმე №220აპ-21); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 29 ივნისის განაჩენი (საქმე №84აპ-21); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 30 მარტის განაჩენი (საქმე №164აპ-19); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 29 მარტის განაჩენი (საქმე №275აპ-19); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 11 მაისის განაჩენი (საქმე №862აპ-19); ქუ-

არასრულწლოვანს უნდა დაენიშნოს სასტელის ისეთი სახე და ზომა, რაც გახდება საფუძველი მომავალში მისი საზოგადოებაში უსაფრთხო ინტეგრაციისა და იქნება დამაფიქრებელი ბრალდებულისათვის, რათა მან უკეთ გააცნობიეროს ჩადენილი ქმედების ხასიათი, საზოგადოებრივი საშიშროებისა და გასაკიცხაობის ხარისხი, გამონვეული შედეგის სიმძიმე და ბოლოს, უნდა შეამციროს ბრალდებულის მიერ ახალი დანაშაულის ჩადენის რისკი.<sup>38</sup>

#### 4. 1. ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის შინაარსობრივი ანალიზი სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით

##### 4. 1. 1. არასრულწლოვნის ზოგადი ინფორმაცია

არასრულწლოვნის ზოგადი ინფორმაცია გულისხმობს მის საიდენტიფიკაციო მონაცემებს, ამასთან, არის თუ არა სკოლის მოსწავლე, ეთნიკური მდგომარეობის შესახებ ინფორმაციას, არასრულწლოვნის აწმყო საცხოვრებელ გარემოს და ასე შემდეგ;<sup>39</sup> სასამართლო პრაქტიკაში მრავლადაა მითითება პიროვნების მაიდენტიფიცირებელ გარემოებებზე, მაგალითისათვის, ერთ-ერთ განაჩენში მითითებულია, არასრულწლოვნის ოჯახური გარემო დადებითია, ცხოვრობს მშობლებთან ერთად, რომელთა მიმართ ამჟღავნებს პატივისცემას და ნდობას.<sup>40</sup> განაჩენში ვკითხულობთ, რომ საცხოვრებელი გარემო მნიშვნელოვანია არასრულწლოვნის სოციალური მდგომარეობის შესაფასებლად, ამ კონკრეტულ საქმეში ბავშვის საცხოვრებელი ფართი არ არის საკმარისი ოჯახის წევრებისათვის, თუმცა საცხოვრებელში დაცულია სანიტარულ-ჰიგიენური ნორმები, ოჯახში განლაგებულია საჭირო ინვენტარი, ამასთან ოჯახი დარეგისტრირებულია სოციალურად დაუცველთა ერთიან ბაზაში და იღებენ შესაბამის დახმარებას. ოჯახის ფინანსური შემოსავალი არის მწირი. ბრალდებულის დედის გადმოცემით არასრულწლოვნის მამა ვერ აცნობიერებს შვილების წინაშე არსებულ საჭიროებებს, არ იღებს მონაწილეობას შვილების აღზრდის პროცესში.<sup>41</sup>

თაისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 17 თებერვლის განაჩენი (საქმე №1/511-19); თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 3 თებერვლის განაჩენი (საქმე №1/4838-19); თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 30 დეკემბრის განაჩენი (საქმე №1ბ/1947-19); ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს 2018 წლის 15 ნოემბრის განაჩენი (საქმე №1/ბ-629); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 3 ივლისის განაჩენი (საქმე №35აპ-19); ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს 2018 წლის 3 ოქტომბრის განაჩენი (საქმე №1/ბ-496); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 13 თებერვლის განაჩენი (საქმე №486აპ-18); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 10 დეკემბრის განაჩენი (საქმე №379აპ-18); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 1 ივნისის განაჩენი (საქმე №710აპ-17); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 5 ივნისის განაჩენი (საქმე №3აგ-17); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 29 ივლისის განაჩენი (საქმე №338აპ-16); საჩხერის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 16 მაისის განაჩენი (საქმე №1/45 – 2018); ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს 2018 წლის 11 ივლისის განაჩენი (საქმე №1/ბ-240-2018); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 5 აპრილის განაჩენი (საქმე №617აპ-18); რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 16 ოქტომბრის განაჩენი (საქმე №1-583-18); თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2018 წლის 10 ოქტომბრის განაჩენი (საქმე №1ბ/976-18); საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 17 ოქტომბრის განაჩენი (საქმე №305აპ-19); ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 26 თებერვლის განაჩენი (საქმე №1/ბ-824-2018).

38 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 9 დეკემბრის განაჩენი (საქმე №1/928-19).

39 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

40 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 26 ივლისის განაჩენი (საქმე №251აპ-16).

41 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020

#### 4.1.2. ინფორმაცია არასრულწლოვნის მართლსაწინააღმდეგო ქმედების შესახებ

ინფორმაცია არასრულწლოვნის მართლსაწინააღმდეგო ქმედების შესახებ გულისხმობს მიმდინარე ჩადენილი ქმედების მოკლე აღწერილობას, არასრულწლოვნის ასაკზე მითითებას ქმედების განხორციელების მომენტში, თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულებაში ყოფნის გამოცდილებას, მართლსაწინააღმდეგო ქმედებების დინამიკას, დამოკიდებულებას მიმდინარე ჩადენილი ქმედების მიმართ, ქმედების პრევენციის შესაძლებლობას არასრულწლოვნის მხრიდან;<sup>42</sup> განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვნის დაუსჯელობის მოლოდინი, დელიქტენტური ქცევის მქონე სამეგობრო წრე და მშობლების მხრიდან არასათანადო კონტროლის განხორციელება მნიშვნელოვანწილად განსაზღვრავს მის მიერ ერთი და იმავე სახისა და ხასიათის დანაშაულების სისტემატურად ჩადენას.<sup>43</sup>

ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში გამოკვეთილია, რომ დანაშაულის იარაღია – დანა, რაც მოზარდს სჭირდებოდა პროფესიული საქმიანობის მიზნით და სამუშაო ტანსაცმლის ჯიბეში ედო დანაშაულის ჩადენის მომენტში;<sup>44</sup>

მნიშვნელობა ენიჭება არასრულწლოვნის მიერ დანაშაულებრივ ქმედებებზე საუბრისას სინანულის გამოხატვას, განაჩენში მითითებულია, რომ არასრულწლოვნის

მიერ ჩადენილი მართლსაწინააღმდეგო ქმედების მიმართ სინანულის ძირითადი მიზეზია დანაშაულებრივი ქმედების შემდგომი პროცესების სირთულეები.<sup>45</sup> არასრულწლოვანი ნაწილობრივ აღიარებს და განიცდის მომხდარ ფაქტს, ემპათიას გამოხატავს დაზარალებული მხარის ოჯახისა და ახლობლების მიმართ, მათ წინაშე თავს გრძნობს დამნაშავედ. გამოხატავს მზაობას მიიღოს პროფესიული განათლება, რაც დასაქმებაში დაეხმარება.<sup>46</sup> ნაწილს წარსულში ჩადენილ თავის ქმედებებს და განმარტავს, რომ აღნიშნული დაკავშირებული იყო მის ასაკთან, ვინაიდან უჭირდა ქმედების შესაძლო შედეგების გაანალიზება. ამასთან, მის მიერ განზრახულად არ მომხდარა პოლიციისადმი წინააღმდეგობა, არამედ ეს იყო თავდაცვის მიზნით გამონვეული.<sup>47</sup>

დადებით მომენტად ფასდება მოსამართლის მხრიდან, როდესაც არასრულწლოვანს სრულად აქვს გააზრებული მის მიერ ჩადენილი ქმედების მართლსაწინააღმდეგობა და ის მომავალში დაინტერესებულია კარიერული წინსვლით.<sup>48</sup> არასრულწლოვანი იაზრებს დაზარალებულის, საკუთარი თავისა და ოჯახისადმი მიყენებულ ზიანს. დაზარალებულის მიმართ გამოხატავს ემპათიას. აცნობიერებს, რომ მის მიერ გამოყენებული ძალადობა დაუშვებელია და თვლის, რომ საუბრით უნდა მოგვარდეს პრობლემური შემთხვევა. წარსულში არასდროს ჰქონია კონფლიქტური ურთიერთობები, არსებულ გაუგებრობებს ყოველთვის საუბრით და განხილვის საშუალებით არეგულირებდა.<sup>49</sup>

დანაშაულის ჩადენის განმაპირობებელი ფაქტორების მითითება ნათელ წა-

42 წლის 6 აგვისტოს განაჩენი საქმე №338აპ-20. საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დაწესებისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

43 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 9 დეკემბრის განაჩენი (საქმე №1/928-19).

44 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 13 აპრილის განჩინება (საქმე №595აპ-17).

45 ზესტაფონის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 21 ივნისის განაჩენი (საქმე №1/83-2018).

46 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 20 თებერვლის განჩინება (საქმე №656აპ-17).

47 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 6 აგვისტოს განაჩენი (საქმე №338აპ-20).

48 ბათუმის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 21 მარტის განაჩენი (საქმე №1-23/19).

49 მცხეთის რაიონული სასამართლოს 2019 წლის 12 სექტემბრის განაჩენი (საქმე №1/167-19).



რმოდგენას ქმნის არასრულწლოვანის პიროვნებაზე, მაგალითისათვის, განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანის გარშემომყოფებს ძლიერი ფინანსური შესაძლებლობა აქვთ, ხოლო თავად მის ოჯახში ეკონომიკური პრობლემებია, სწორედ ეს იყო მის მიერ საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის ჩადენის განმაპირობებელი, რომ თანხა იოლი გზით ეშოვნა საჭიროების დაკმაყოფილების მიზნით.<sup>50</sup> არასრულწლოვანის მშობლები ფიზიკურად შრომობდნენ ყოველდღიურად, თუმცა არ აქვთ შრომის შესაბამისი ადეკვატური შემოსავალი. მან რამდენჯერმე სცადა მუშაობა, თუმცა გამომუშავებული თანხის სიმწირის გამო გადაწყვიტა დელიქტენტური ქმედების განხორციელების გზით მოეპოვებინა თანხა და მხარდაჭერა აღმოეჩინა ოჯახის წევრებისათვის.<sup>51</sup> მის მიერ განხორციელებული დანაშაულებრივი ქმედების მთავარი განმაპირობებელი მიზეზი ოჯახში არსებული მძიმე სოციალურ-ეკონომიკური მდგომარეობაა. მას არ ჰქონდა საკმარისი თანხა შეეძინა ტანისამოსი, ასევე მეგობრისთვის ეყიდა საჩუქარი, ამუშადა ნანობს მიერ მიერ ჩადენილ ქმედებას.<sup>52</sup>

მხედველობაშია მისაღები უარყოფითი ფაქტორიც, კერძოდ, მართალია არასრულწლოვანი აღიარებს ჩადენილ ქმედებას, მაგრამ უჭირს მომხდარში საკუთარი პასუხისმგებლობის გააზრება, აქცენტს აკეთებს მხოლოდ საკუთარ ზარალზე და მიაჩნია, რომ ამ სიტუაციაში უფრო მეტად თვითონ და მისი ოჯახის წევრები დაზარალდნენ და უჭირს გაიაზროს ზიანი, რომელიც სხვას მიადგა მისი ქცევის შედეგად.<sup>53</sup> ის აღიარებს მის მიერ ჩადენილ ქმედებას, თუმცა შეფასებისას მისი მხრიდან არ იქნა გამოვლენილი პასუხისმგებლობა და ემპათიური და-

მოკიდებულება დაზარალებულის მიმართ. თუმცადა, მიიჩნევს, რომ დაწესებულების დატოვების შემდეგ ის დანაშაულს არ ჩადენს, შეისწავლის პროფესიას და შეეცდება მიღებული ცოდნით რეალიზებას.<sup>54</sup>

### 4.1.3. არასრულწლოვანის ოჯახი და საცხოვრებელი პირობები

არასრულწლოვანის ოჯახისა და საცხოვრებელი პირობების გაანალიზებისას უნდა აღინიშნოს არასრულწლოვანს აქვს თუ არა მუდმივი საცხოვრებელი გარემო, კეთილსაიმედოა თუ არა საცხოვრებელი გარემო, აქვს თუ არა ოჯახს სტაბილური შემოსავალი, დაკმაყოფილებულია თუ არა ბავშვის ბაზისური საჭიროებები, ხომ არ ხდება ოჯახში ძალადობა, ოჯახის წევრები ხომ არ არიან ნარკო/ალკო დამოკიდებულები, ოჯახის წევრებს ხომ არ აქვთ ქრონიკული დაავადებები, ოჯახის წევრის ნასამართლობის ისტორია, ოჯახის წევრთა რაოდენობა, ოჯახის წევრებს შორის ემოციური ურთიერთობის მდგომარეობა, არასრულწლოვანს ხომ არ ჰყავს მეუღლე ან/და შვილი, საცხოვრებელი გარემო კრიმინოგენურ უბანში ხომ არაა განთავსებული და ა. შ.<sup>55</sup>

განაჩენში ვკითხულობთ, რომ დადებით ფაქტორად ფასდება შემთხვევა, როდესაც არასრულწლოვანს აქვს კარგი ეკონომიკური პირობები ოჯახში. უარყოფით გარემოებად აღიქმება მისი ემოციური კავშირის ოჯახთან შესუსტება, მისი დაძაბული ურთიერთობა ოჯახის წევრებთან.<sup>56</sup>

50 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 3 ივლისის განაჩენი (საქმე №2კ-35აპ.-19).

51 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 16 ივლისის განაჩენი (საქმე №1/354-18).

52 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 26 თებერვლის განაჩენი (საქმე №1/1116-18)

53 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 26 სექტემბრის განჩინება (საქმე №201აპ-17).

54 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 22 აპრილის განაჩენი (საქმე №1/267-19).

55 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

56 ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 20 მარტის განაჩენი (საქმე №1/35-18).

განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანს ჰყავს ოჯახი, რომელიც ცდილობს მისთვის იყოს მხარდამჭერი, თუმცა მათი მხარდაჭერა ძირითადად მისი სასტუმროების დაწესებულებაში ყოფნის დროს ფინანსურ მხარდაჭერაში იკვეთება, მშობლები ვერ არხერხებენ მასზე დადებითი ზეგავლენის მოხდენას ან დელიქტენტური ქცევის მეგობრული კავშირების შეზღუდვას. მშობლებმა არ იციან შვილის სურვილები და ინტერესები, რომლებიც შვილთან დაკავშირებული მომავლის დაგეგმვაში დაეხმარებათ.<sup>57</sup>

ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მიხედვით, არასრულწლოვანის მშობლები ათი წელია არიან საზღვარგარეთ, მასზე ბებია და ბაბუა ზრუნავენ. არასრულწლოვანი ცხოვრობს სოფელში, მამათა მონასტერში, საიდანაც დადის სკოლაში განათლების მისაღებად. ოჯახის წევრები ერთმანეთის მიმართ დადებითი და მზრუნველობითი ურთიერთობებით გამოირჩევიან. მოზარდს აქვს სტრესის დაძლევის დადებითი უნარ-ჩვევები, განათლების მიღების სურვილი, სპორტისადმი სიყვარული, შრომისმოყვარეობა, აქვს მომავლის პოზიტიური ხედვა. არის კარგი ყოფაქცევის.<sup>58</sup>

განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანის ოჯახური პირობები, როგორც მატერიალური, ისე მორალური მხარე არის არადაამაკმაყოფილებელი, მას არ ჰყავს ძლიერი მხარდამჭერი, იგი იყო ოჯახური ძალადობის მსხვერპლი მამის და მამინაცვალის მხრიდან. ამ ეტაპზე მას ჰყავს მეგობარი გოგონა, რომლისგანაც შეეძინა შვილი და მას გაუჩნდა მოტივაცია, რომ უკეთესობისაკენ შეცვალოს თავისი ცხოვრება, სურს აღზარდოს თავისი შვილი და იზრუნოს მასზე. აპირებს შვილთან და მეგობარ გოგონასთან ერთად იცხოვროს. თუმცადა, არასრულწლოვანს ამ ეტაპზე არ აქვს რესურსი, რათა უზრუნველყოს შვილის შესაბამისი საჭიროების დაკმაყოფი-

ლება და ოჯახის მწირი ფინანსური რესურსი, დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენის სარისკო გარემოებას წარმოადგენს. დამცავი ფაქტორია მისი პოზიტიური დამოკიდებულება გარშემომყოფების მიმართ და დიდი სურვილი დაიწყოს პატიოსანი ცხოვრება.<sup>59</sup> მომეტებულ პასუხისმგებლობად მიიჩნევა ის, რომ არასრულწლოვანს ჰყავს მცირეწლოვანი შვილი.<sup>60</sup>

არასრულწლოვანს სურვილი აქვს ჰქონდეს საკუთარი შემოსავალი და ოჯახს უკეთესი სოციალური მდგომარეობა შეუქმნას. ამ ეტაპზე, მისი საცხოვრებელი პირობები არაკეთილსაიმედოა. მას აღენიშნება გონებრივი განვითარების შეფერხება და მისი აზროვნება არ შეესაბამება ასაკობრივ ნორმებს. მას კარგი ურთიერთობა აქვს მეზობლებთან, რომლებიც მის მიმართ კეთილგანწყობილნი არიან. მას უყვარს როდესაც რაიმე საქმით არის დაკავებული.<sup>61</sup>

უარყოფითი ფაქტორი არის განქორწინებული მშობლები, რომლებსაც ერთმანეთთან არ აქვთ პოზიტიური ურთიერთობა, ასევე როგორც სოციალურ მუშაკთან საუბარში აღნიშნავენ არასრულწლოვანისათვის მშობლების განქორწინება იყო განსაკუთრებით სტრესული; ამასთან, იგი იყო მონაწილე მშობლებს შორის მწვავე კონფლიქტების. მშობლების განქორწინების შემდეგ მამასთან ერთად განაგრძო ცხოვრება, რომელიც დედის თქმით არ არის პროსოციალური ქცევების მოდელის მქონე, ვინაიდან მუდმივად მოიხმარს ალკოჰოლს და შვილს არ აქცევს სათანადო ყურადღებას. საინტერესოა, რომ თავად არასრულწლოვანს ორივე მშობელთან პოზიტიური ურთიერთობა აქვს, იჩენს მათ მიმართ პატივისცემას და სიყვარულით საუბრობს მათზე, მამას ახასიათებს მეგობრად და ემოციურ მხარდამჭერად.<sup>62</sup>

57 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 10 სექტემბრის განაჩენი (საქმე №1/447-18).

58 ოზურგეთის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 12 მაისის განაჩენი (საქმე №595აპ-18).

59 გურჯაანის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 19 მარტის განაჩენი (საქმე №1/332-17).

60 ბოლნისის რაიონული სასამართლოს 2019 წლის 6 მარტის განაჩენი (საქმე №1/271-18).

61 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 23 იანვრის განჩინება (საქმე №491აპ-17).

62 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 11 მაისის განაჩენი (საქმე №862აპ-19).

განაჩენში აღნიშნულია, რომ არასრულწლოვანი იმყოფება ქორწინებაში, თუმცაღა მისი დამოკიდებულება მის მიერ შექმნილი ოჯახის მიმართ გაურკვეველია. მართალია იგი მეუღლეს მოიხსენიებს პოზიტიურ სტიმულად მის ცხოვრებაში, თუმცაღა არასრულწლოვანების ფაქტი და ასევე მისი პენიტენციურ დაწესებულებაში ყოფნა რისკის შემცველია მათი ურთიერთობისათვის. თავად მეუღლის ინფორმაციით მას მეუღლესთან ახლო ემოციური კავშირი შენარჩუნებული აქვს და სამომავლო გეგმები მასთან თანაცხოვრებას უკავშირდება პენიტენციური დაწესებულების დატოვების შემდეგ.<sup>63</sup>

#### 4.1.4. სკოლა, სწავლა და სამსახური

სკოლის, სწავლისა და სამსახურის მონაცემების გაანალიზებისას ყურადღება უნდა მიექცეს – არასრულწლოვანი იღებს თუ არა სასკოლო ან/და პროფესიულ განათლებას, დადის თუ არა სკოლაში, როგორია მისი სწავლის მდგომარეობა, როგორი ურთიერთობა აქვს თანატოლებთან და სკოლის მასწავლებლებთან, ხომ არ გამხდარა თანატოლებისაგან ჩაგვრის ობიექტი, ხომ არ არის თანატოლების მიმართ აგრესიული, აქვს თუ არა დისციპლინური პრობლემები, აქვს თუ არა არასრულწლოვანს სამუშაო გამოცდილება, მუშაობისას როგორი ურთიერთობა ჰქონდა კოლეგებთან,<sup>64</sup> დადებით ფაქტორებად მიიჩნევა მოსამართლისათვის, როდესაც ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანი სამომავლოდ აპირებს განათლების მიღებას. დადიოდა

სკოლაში და აქვს დამაკმაყოფილებელი მოსწრება. არ აცდენდა გაკვეთილებს; კერძოდ, განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანი დაახლოებით ერთი წლის მანძილზე დასაქმებული იყო ავტოსახელოსნოში, მას გააჩნია ოპტიმისტური და მომავლის პოზიტიური ხედვა.<sup>65</sup> უარყოფითად ფასდება, როდესაც არასრულწლოვანს აქვს არასრული ზოგადი განათლება.<sup>66</sup>

არასრულწლოვანს აქვს რამდენიმეწლიანი სამუშაო გამოცდილება, აქვს განათლებასთან დაკავშირებული სამომავლო გეგმები, არის ნიჭიერი, აქვს მაღალი ინტელექტი, აქვს ჰობი, განყვეტილი აქვს ურთიერთობა დესტრუქციული ქცევის მეგობრებთან და ამჟამად მის სამეგობროს პროსოციალური ქცევის მეგობრები წარმოადგენენ. დაინტერესებულია პოეზიით და რელიგიით, ჰყავს ძლიერი თანადგომის ქსელი, როგორც ოჯახის წევრების, ასევე გარშემომყოფების სახით. ოჯახს აქვს სტაბილური საცხოვრებელი.<sup>67</sup> არასრულწლოვანს აქვს განსაკუთრებით კარგი მათემატიკური უნარები. მას ასევე აქვს დადებითი დამოკიდებულება დასაქმების მიმართ, აქვს სამუშაო გამოცდილება, რის შედეგადაც მან გამოიმუშავა გარკვეული უნარები, კერძოდ, ფლობს მეტლახის ფილების დამზადებისა და დაგების უნარ-ჩვევებს. მისი სამეგობრო წრე არ ხასიათდება დანაშაულებრივი ქმედებებით, იგი ავლენს მოტივაციას აღარ აღმოჩნდეს კანონთან კონფლიქტში.<sup>68</sup>

ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მიხედვით, არასრულწლოვანი დადის სკოლაში და ესწრება გაკვეთილებს, თუმცა დაბალი აკადემიური მოსწრება აქვს. იგი ინარჩუნებს ახლო პოზიტიურ ურთიერთობას თანაკლასელებთან და სკოლის მასწავლებლებთან. წარსულში აქტიურად

63 იქვე.  
 64 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

65 ზესტაფონის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 21 ივნისის განაჩენი (საქმე №1/83-2018).  
 66 ბოლნისის რაიონული სასამართლოს 2019 წლის 6 მარტის განაჩენი (საქმე №1/271-18).  
 67 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 19 თებერვლის განაჩენი (საქმე 1/371-18).  
 68 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 26 სექტემბრის განაჩენი (საქმე №1/464-19).

თამაშობდა ფეხბურთს და ახლაც აქვს იმისი სურვილი, რომ განაგრძოს სპორტული მოღვაწეობა. დაინტერესებულია კომპიუტერული პროგრამებით. ის არ თამაშობს აზარტულ თამაშებს და არ ავლენს თანატოლების მიმართ აგრესიას. მისი განმარტებით მას აქვს უნარი ნებისმიერ სიტუაციაში მართოს საკუთარი თავი და არ ჩაერთოს დაპირისპირებაში მოწინააღმდეგე მხარესთან. იგი ითვალისწინებს ოჯახის წევრების მითითებას და ეხმარება მათ სხვადასხვა საქმიანობაში. ის ფლობს სტრესის დაძლევის უნარ-ჩვევებს. ცდილობს იცხოვროს ჭანსადი ცხოვრების წესით, ვარჯიშობს დამოუკიდებლად, რადგანაც სურს იყოს მუდამ კარგ ფორმაში.<sup>69</sup>

#### 4.1.5. სოციალური ურთიერთობები, თავისუფალი დრო და ინტერესები

სოციალური ურთიერთობები, თავისუფალი დრო და ინტერესები გულისხმობს არასრულწლოვანის სამეგობრო წრის არსებობას, სოციალურ თუ ანტი-სოციალურ სამეგობრო წრესთან აქვს ურთიერთობა, ორგანიზებული აქვს თუ არა თავისუფალი დრო, მონაწილეობს თუ არა სახიფათო აქტივობებში, როგორი ურთიერთობა აქვს სამეგობრო წრესთან, დაინტერესებულია თუ არა ხელოვნებით ან/და სპორტით, იღებს თუ არა რაიმე სახის არაფორმალურ განათლებას, არის თუ არა რელიგიური/ეკლესიური და ა.შ.<sup>70</sup>

დადებით ფაქტორად მიიჩნევა, როდესაც არასრულწლოვანს არ აქვს უფროსებთან და თანატოლებთან ურთიერთობის

სირთულე, არ არის თანატოლების მიმართ აგრესიული.<sup>71</sup> განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანს თანატოლებთან ურთიერთობაში არ აქვს პრობლემები, თუმცა მას ჰყავს მეგობრები, რომელთა შორისაც არიან კრიმინალური სუბკულტურის წარმომადგენლები. მშობლებს პატივს სცემს და უფრო თამამი იქნებოდა თავის ქმედებებში, მაგრამ არ სურს მშობლებს გული ატკინოს.<sup>72</sup>

განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანი არის სპორტსმენი, რესპუბლიკური და საერთაშორისო ტურნირების არაერთგზის გამარჯვებული და პრიზიორი ქიდაობაში, კითხულობს მხატვრულ ლიტერატურას, უკრავს გიტარაზე, იტაცებს მუსიკა. ამასთან, იგი არის მონაწილე ადამიანი, ცხოვრობს ეკლესიურად, ჰყავს სულიერი მოძღვარი.<sup>73</sup>

ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მიხედვით, არასრულწლოვანი ხასიათდება პოზიტიური ურთიერთობის სტილით ოჯახსა და საზოგადოებაში. ოჯახის წევრების მიმართ ავლენს პატივისცემას, არასდროს ესაუბრება მათ უხეში, ხმამაღალი ტონით, გარშემომყოფების მიმართ კეთილგანწყობილია, არასდროს ჰქონია კონფლიქტი თანატოლებთან ან უფროს ადამიანებთან. ჰყავს პროსოციალური სამეგობრო წრე, რომლებიც ძირითადად იღებენ განათლებას ან ჩართულნი არიან სხვადასხვა აქტივობაში. გვიან დამით თავს არიდებს ქუჩაში გადაადგილებას, თუმცა მის მიერ ჩადენილი დანაშაული დამით არის განხორციელებული. არასრულწლოვანი არ მოიხმარს ალკოჰოლს, არ არის ჩართული სახიფათო აქტივობებში, არ არის საგნების მიმართ დესტრუქციული და არ ვლინდება თვითდაზიანების ფაქტი.<sup>74</sup> დადებით ფაქტორად მიიჩნევა, როდესაც არასრულწლოვანი აქტი-

69 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 3 თებერვლის განაჩენი (საქმე №1/743-19).

70 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დაწესებისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

71 ზესტაფონის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 21 ივნისის განაჩენი (საქმე №1/83-2018).

72 გურჯაანის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 19 მარტის განაჩენი (საქმე №1/332-17).

73 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 26 ივლისის განაჩენი (საქმე №251აპ-16).

74 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 26 თებერვლის განაჩენი (საქმე №1/1116-18).

ურად არის დაკავებული სპორტით და მისი თავისუფალი დრო ორგანიზებულია.<sup>75</sup>

განაჩენის თანახმად, კანონთან კონფლიქტში მყოფი არასრულწლოვანი ჩართულია სარეაბილიტაციო ღონისძიებაში, ესწრება ფილმის ჩვენებებს, სარგებლობს ბიბლიოთეკით და კითხულობს წიგნებს, ასევე დაიწყო ლექსების წერაც. მან შეწყვიტა ალკოჰოლისა და სხვა მავნე ნივთიერებების მოხმარება, რის შემდეგაც შეუძლია საკუთარი ქცევისა და ემოციების მართვა. არასრულწლოვანი წარსულში იყო როგორც ფიზიკური, ასევე ემოციური ძალადობის მსხვერპლი. იგი ავლენს სტრესის დაძლევის პოზიტიურ უნარ-ჩვევებს.<sup>76</sup>

არასრულწლოვანი ოჯახის წევრების მხრიდან ხასიათდება მეგობრების მიმართ კეთილგანწყობილად, მას უყვარს თანატოლებთან კომუნიკაცია. თავად არასრულწლოვანი სიყვარულით საუბრობს კლასელებზე და გამოხატავს მათთან ყოფნის სურვილს.<sup>77</sup> უარყოფით ფაქტორად მიიჩნევა, როდესაც მშობლებსა და შვილს შორის არსებობს ემოციური კავშირის ნაკლებობა.<sup>78</sup>

არასრულწლოვანი ძირითად დროს ატარებდა ქუჩაში და მეგობრობდა მასზე უფროს ადამიანებთან, რომლებიც დაახლოებით არიან 40-60 წლის და ეს ადამიანები დღის მანძილზე მოიხმარენ ალკოჰოლს, არ მუშაობენ და ძირითადად იმყოფებიან ქუჩაში. ბრალდებულს ასევე ჰყავს თანატოლი მეგობრები, რომლებიც გამოირჩევიან დანაშაულებრივი ქმედებით.<sup>79</sup>

არასრულწლოვანს არ ახასიათებს აგრესიულობა და ძალადობრივი ქცევა, დაინტერესებულია ხელოვნებით – უყვარს

მუსიკის მოსმენა და ხატვა, აქვს კარგი გონებრივი შესაძლებლობები.<sup>80</sup>

არასრულწლოვანს ჰყავს ბევრი თანატოლი მეგობარი, რომელთა შორისაც არიან ანტისოციალური ქცევის მქონე არასრულწლოვნები.<sup>81</sup>

განაჩენში ვკითხულობთ, რომ არასრულწლოვანი ავლენს ინტერესს განათლების მისაღებად, აქტიურად კითხულობს მხატვრულ ლიტერატურას, ხატავს, ცხოვრობს ჯანსაღი ცხოვრების წესით. მშობლები მუდამ ინფორმირებულები იყვნენ მისი ადგილსამყოფლისა და საქმიანობის შესახებ, მუდმივად ეხმარებოდა მამას საოჯახო საქმიანობაში, დედას ხშირად უზიარებდა მნიშვნელოვან მოვლენებს ყოველდღიური ცხოვრებიდან, სამომავლო გეგმებს, სახლიდან არ გადიოდა მშობლებთან პირადად დამშვიდობების გარეშე, სახლში იყო თბილი, კომუნიკაბელური, აქტიური, ხასიათდებოდა მაღალი აკადემიური მოსწრებით და კარგი ყოფა-ქცევით, გამოირჩეოდა შემოქმედებითობით, მონაწილეობდა სასკოლო ოლიმპიადებში, ჰქონდა დატვირთული დღის რეჟიმი, არ ჰქონია კონფლიქტური ურთიერთობა გინმესთან, აქვს მჭიდრო ემოციური კავშირი მშობლებთან, ოჯახის წევრები წარმოადგენენ პოზიტიურ როლურ მოდელებს მისთვის, აქვს ჯანსაღი თვითშეფასება, აცნობიერებს საკუთარ ძლიერ და სუსტ მხარეებს.<sup>82</sup>

#### 4.1.6. ქცევითი მიდრეკილებები და თვითკონტროლი/კონტროლი

ქცევითი მიდრეკილებებისა და თვითკონტროლის/კონტროლის შეფასებისას უნდა გამოიკვეთოს არასრულწლოვანს ახასიათებს თუ არა სარისკო ქცევითი მიდრეკილებები, არის თუ არა სხვათა მიმართ აგრესიული, იმპულსური, კონფლიქტური, იღებს

75 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 26 სექტემბრის განჩინება (საქმე №201აპ-17).

76 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 9 დეკემბრის განაჩენი (საქმე №1/928-19).

77 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 22 აპრილის განაჩენი (საქმე №1/267-19).

78 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 16 ივლისის განაჩენი (საქმე №1/354-18).

79 იქვე.

80 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 23 აპრილის განაჩენი (საქმე №640აპ-18).

81 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2020 წლის 3 თებერვლის განაჩენი (საქმე №1/743-19).

82 ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 13 ივნისის განაჩენი (საქმე №1/187-18).

თუ არა მონაწილეობას აზარტულ თამაშებში, მოიხმარს თუ არა თამბაქოს, ალკოჰოლს, სხვა ფსიქოტროპულ ნივთიერებებს, ნარკოტიკს, საგნების მიმართ არის თუ არა დესტუქციული, აქვს თუ არა თვითდაზიანების ისტორია, შეუძლია თუ არა არასრულწლოვანს თვითკონტროლი;<sup>83</sup>

განაჩენში ვკითხულობთ, რომ მოზარდს სწრაფად და დაუფიქრებლად შეუძლია მიიღოს გადაწყვეტილება, რაც ხდება მისი დანაშაულის ჩადენის ერთ-ერთი მაპროვოცირებელი ფაქტორი.<sup>84</sup>

არასრულწლოვანმა წარსულში სცადა თვითდაზიანება, კერძოდ, ქიქის ნამსხვრევის გამოყენებით ხელის მტევნის დაზიანება, ვინაიდან იყო სტრესულ მდგომარეობაში, თუმცა ვერ იხსენებს მომხდარის კონკრეტულ მიზეზს.<sup>85</sup>

ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მიხედვით, არასრულწლოვანი ხშირად არ იმყოფებოდა ღამით სახლში ან გვიან მოდიოდა, ჰქონდა ბევრი არაორგანიზებული დრო. ჩართული იყო სახიფათო აქტოვობებში. მისი განმარტებით იტაცებს სარისკო ქცევები, საიდანაც იღებს ადრენალინს და სიამოვნებას მსგავსი ქმედების განხორციელებით. უყვარს სიმაღლიდან ხტომა, ასევე ხშირად მარტო მიდის ქალაქში არსებულ მაღალსართულიანი შენობის სახურავზე და იღებს დადებით ემოციებს. მისი აზრით, ფლობს უნარ-ჩვევებს, რათა სათავისოდ მართოს გარშემომყოფები, აქვს თვითკონტროლის უნარი, რაც სოციალური მუშაკის მოსაზრებით არ შეესაბამება რეალობას.<sup>86</sup>

83 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

84 რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 10 სექტემბრის განაჩენი (საქმე №1/447-18).

85 ქუთაისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 16 ივლისის განაჩენი (საქმე №1/354-18).

86 იქვე.

#### 4.1.7. არასრულწლოვნის ფიზიკური და ემოციური კეთილდღეობა

არასრულწლოვნის ფიზიკური და ემოციური კეთილდღეობა გულისხმობს, თუ როგორია არასრულწლოვნის ფიზიკური და ფსიქიკური ჯანმრთელობის მდგომარეობა, აქვს თუ არა ახლო წარსულში ძლიერი სტრესი გადატანილი, იყო თუ არა მშობლების მხრიდან მიტოვების ან უგულვებელყოფის მსხვერპლი;<sup>87</sup>

განაჩენში ვკითხულობთ, რომ ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მიხედვით არასრულწლოვანი ხშირად იყო მოწყვნილი და დათრგუნული, თუმცა მიზეზებზე არ საუბრობდა. მასზე უარყოფითად ზემოქმედებდა სოციალური, სადაც ყოველდღიური ურთიერთობა ჰქონდა, არასრულწლოვანს არ ჰქონდა ჯანსაღი ფსიქიკური მდგომარეობა და გაუცნობიერებლად ჩაიძინა დანაშაული. მას აქვს ემოციური და ქცევითი სირთულეები, ახასიათებს იმპულსური სახის ქცევა, ადვილად ღიზიანდება; ახასიათებს არაადეკვატური სახის ქცევები და სპონტანური გადაწყვეტილებების მიღება. უჭირს საკუთარი ქცევის და ემოციების გაკონტროლება. ვლინდება კონფლიქტური გამოცდილება უფროსებთან და თანატოლებთან.<sup>88</sup>

მას აქვს არაფსიქოზური დონის ფსიქიკური აშლილობა, რაც გამოიხატება ანტი-სოციალურ აშლილობაში, მას აქვს მიდრეკილება ოჯახის წევრების ძალადობით შიშის გაჩენისაკენ, დამორჩილებისაკენ.<sup>89</sup> მას უჭირს საკუთარი ემოციების მართვა და ქცევის ანალიზი, იგი ვერ იაზრებს სარისკო

87 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]

88 ზესტაფონის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 20 ნოემბრის განაჩენი (საქმე №1/133-2018).

89 ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს 2018 წლის 20 მარტის განაჩენი (საქმე №1/35-18).

ქცევის შედეგებს.<sup>90</sup> არასრულწლოვანს აქვს თვითკონტროლთან დაკავშირებული პრობლემები, რაც რისკ-ფაქტორს წარმოადგენს მისი პიროვნების ანალიზისათვის.<sup>91</sup>

### დასკვნა

დასკვნის სახით უნდა აღინიშნოს, რომ სასამართლო პრაქტიკის ანალიზიდან მკაფიოდ იკვეთება ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშით არასრულწლოვანსადმი ინდივიდუალური მიდგომისა და საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპის სასტელში ჯეროვანი გათვალისწინება. ნაშრომში განხილული განაჩენებიდან იკვეთება, რომ მოსამართლე არასრულწლოვანსათვის სასტელის დანიშვნამდე ყოველთვის ხელმძღვანელობს ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში სოციალური მუშაკის მიერ წარდგენილი არასრულწლოვანის შესახებ არსებული ინფორმაციით, ნებისმიერი ზემოთ განხილული განაჩენიდან არსებული ფაქტები იყო განმსაზღვრელი მოსამართლისათვის სასტელის დასაბუთების კუთხით. საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპი იმდენად მრავალმხრივი პრინციპია, რომ შეუძლებელია მოსამართლემ სასტელის დანიშვნამდე გადაწყვეტილება მხოლოდ საქმეში არსებული მტკიცებულებების საშუალებით მიიღოს და შემდგომ ამისა, სასტელის დასაბუთებისას გამოიყენოს საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობის პრინციპი, როგორც არასრულწლოვანსადმი ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღებისას მთავარი მხედველობაში მისაღებ გარემოებათა ჯაჭვი. ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში ეხმარება მოსამართლეს ჩასწვდეს არასრულწლოვანის ბუნებას, უფრო ღრმად და საფუძვლიანად შეაფასოს მისი პიროვნება, ვიდრე ამის საშუალებას სისხლის სამართლის საქმეში არსებული მტკიცებულებები იძლევა. ამდენად, ინდივიდუალური შეფასების ანგა-

რიშის საშუალებით მთელი რიგი საკითხების დამუშავებით იდენტიფიცირებულია არასრულწლოვანის საუკეთესო ინტერესები და ნაჩვენებია არასრულწლოვანსადმი ინდივიდუალური მიდგომა, რაც კომბინაციურად ასახულია მოსამართლის სასტელში.

ნაშრომის სტრუქტურა ერთმანეთთან ლოგიკურ კავშირში მყოფი ერთგვარი ჯაჭვია, რომელიც შედეგობრივად ასახულია მოსამართლის განაჩენში სასტელის დანიშვნისას. კერძოდ, გაანალიზებულია თუ რას გულისხმობს და როგორ განიმარტება საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობა მოსამართლის მიერ სასტელის დანიშვნამდე, შემდეგომ ამისა ლოგიკურად ბმბა არასრულწლოვანსადმი ინდივიდუალური მიდგომის პრინციპთან, რაც ასევე თავისთავადია იუვენალურ იუსტიციაში და საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპთან ერთად თანაარსობრივი პრინციპია. აღნიშნული ნორმა-პრინციპები პრაქტიკულ სიცოცხლისუნარიანობას ჰპოვებენ ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშში, კერძოდ, ნაშრომში დეტალურადაა განხილული თუ რა საკითხებს შეისწავლის სოციალური მუშაკი არასრულწლოვანსათვის სასტელის დანიშვნამდე, თითოეული მონაცემი არასრულწლოვანის შესახებ სიცოცხლისუნარიანია იმ კუთხით, რომ მოსამართლე მას ითვალისწინებს სასტელის დანიშვნამდე და მსტელობს რამდენად არის საუკეთესოთა შორის საუკეთესო გადაწყვეტილება კონკრეტული არასრულწლოვანის მიმართ.

იუვენალური იუსტიციის ფარგლებში ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში არის კომბინირებულად პრინციპების გამოკვეთისა და არასრულწლოვანის საუკეთესო ინტერესებზე მორგებული გადაწყვეტილებების მიღების საფუძველი. ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშით გაანალიზებული მთელი რიგი გარემოებების მხედველობაში მიღების შემდეგ მოსამართლეს ნათელი წარმოდგენა ექმნება თუ რა იქნება არასრულწლოვანსათვის საუკეთესოთა შორის საუკეთესო გადაწყვეტილება მისი რესოცი-ალიზაცია-რეაბილიტაციისათვის.

90 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 23 იანვრის განჩინება (საქმე №491აპ-17).  
91 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2017 წლის 21 სექტემბრის განჩინება (საქმე №189აპ-17).

# The Role of the Individual Assessment Report in Determining the Best Interest of a Juvenile Before Sentencing (Case law Analysis)

**Salome Guliashvili**

*PhD Student of Caucasus International University  
School of Law*

**KEYWORDS:** Principle, Suitability, Sentence

## ABSTRACT

The importance of the scientific paper is due to the combined theoretical and practical analysis of the norm-principles of juvenile justice and the report of individual evaluation; in particular, the study of case law. The research uses the method of analysis and comparison, the method of logical reasoning and reasoning, the method of studying and generalizing specific criminal cases and established judgments.

The structure of the paper is a kind of chain that is logically related to each other, which is consequently reflected in the sentencing of a judge. In particular, it analyzes what is meant and how to prioritize the best interest before the judge imposes a sentence, then logically links it to the principle of individual approach to the juvenile, which is also inherent in juvenile justice and the principle of best interest priority. These norms find practical viability in an individual assessment report, in particular, the paper discusses in detail what issues a social worker will explore before sentencing a juvenile.

An individual assessment report within juvenile justice is the basis for a combination of outlining principles and making decisions tailored to the best interests of the juvenile. After taking into account a number of circumstances analyzed in the individual assessment report, the judge will have a clear idea of what will be the best decision for the juvenile to re-socialize-rehabilitate.



**ბიბლიოგრაფია:**

**გამოყენებული ლიტერატურა:**

1. ჰამილტონი, ქ., (2011). არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკანონმდებლო რეფორმის სახელმძღვანელო მითითებები, ნიუ-იორკი
2. Council of Europe, 2019. Promoting Child-friendly approaches in the area of Migration, Standars, Guidance and current practices
3. United nations office on drugs and crime, 2013. Justice in Matters involving children in conflict with the law, Model law on juvenile justice and related commentary

**ნორმატიული მასალა:**

1. საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის ერთობლივი ბრძანება №132/№95/№23 2016 წლის 15 მარტის ბრძანება, სასჯელის დანიშვნისას ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მომზადების მეთოდოლოგია, წესი და სტანდარტი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [ბოლო წვდომა: 31 იანვარი 2022]
2. საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [წვდომის თარიღი: 31 იანვარი 2022]
3. კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [წვდომის თარიღი: 31 იანვარი 2022]

**სასამართლო პრაქტიკა:**

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 6 აგვისტოს განაჩენი (საქმე №338აპ-20)
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 15 ივლისის განჩინება (საქმე № 220აპ-21)
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 29 ივნისის განჩინება (საქმე №84აპ-21)
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 30 მარტის განჩინება (საქმე №164აპ-19);
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წლის 29 მარტის განჩინება (საქმე №275აპ-19)

**BIBLIOGRAPHY:**

**Used literature:**

1. Hamilton, K., (2011). Guidelines for Juvenile Justice Legislative Reform, New York, (In Georgian)
2. Council of Europe, 2019. Promoting Child-friendly approaches in the area of Migration, Standars, Guidance and current practices, (In English)
3. United nations office on drugs and crime, 2013. Justice in Matters involving children in conflict with the law, Model law on juvenile justice and related commentary. (In English)

**Normative material:**

1. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
2. Law of Georgia Code of Juvenile Justice. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [last seen: 31 January 2022] (In Georgian)
3. Convention on the Rights of the Child. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [last seen: 31 January 2022] (In Georgian)

**Judicial Practice:**

1. Judgment of the Supreme Court of Georgia of August 6, 2020 (Case №338აპ-20)
2. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 15, 2021 (Case № 220აპ-21)
3. Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 29, 2021 (Case № 84აპ-21)
4. Judgment of the Supreme Court of Georgia of March 30, 2021 (Case №164აპ-19)
5. Judgment of the Supreme Court of Georgia of March 29, 2021 (Case №275აპ-19)

## NOTES:

1. ECHR, *Blokhin v. Russia*, no.47152/06, 23.03.2016, §134. (In English)
2. Explanatory card on the draft Law on Juvenile Justice of Georgia. <<https://factcheck.ge/wp-content/uploads/2015/06/file0012.pdf>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
3. *Ibid.*
4. *Ibid.*
5. Law of Georgia Criminal Procedure Code. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90034?publication=141>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
6. *Ibid.*
7. Law of Georgia Code of Juvenile Justice. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
8. *Ibid.*
9. Vardzelashvili, I., (2017). The importance of prioritizing the best interests of the juvenile as the most important principle of the Juvenile Justice Code in court practice. Current issues in criminal law. Ivane Javakishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, (1), 71. (In Georgian)
10. *Ibid.*, p. 72. (In Georgian)
11. UNODC, (2009). Handbook for Professionals and Policymakers on Justice in matters involving child victims and witnesses of crime, United Nations office on drugs and crime Vienna, 6. (In English)
12. UN General Comment No. 14 on the Rights of the Child. <<https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
13. Convention on the Rights of the Child. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
14. *Ibid.*
15. United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"). <<https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/beijingrules.pdf>> [last seen: 31 January 2022]. (In English)
16. Convention on the Rights of the Child. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
17. Explanatory card on the draft Law on Juvenile Justice of Georgia. <<https://factcheck.ge/wp-content/uploads/2015/06/file0012.pdf>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
18. General comment No. 10 (2007) Children's rights in juvenile justice. <[file:///C:/Users/SALOME/Downloads/CRC\\_C\\_GC\\_10-EN.pdf](file:///C:/Users/SALOME/Downloads/CRC_C_GC_10-EN.pdf)> [last seen: 31 January 2022]. (In English)
19. Convention on the Rights of the Child. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian) Law of Georgia Code of Juvenile Justice. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
20. Law of Georgia Code of Juvenile Justice. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
21. *Ibid.*
22. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Correc-

- tions and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
23. Judgment of the Zestaponi District Court of October 8, 2019 (Case №1/226-2019). (In Georgian)
  24. Council of Europe, (2019). Promoting Child-friendly approaches in the area of Migration, Standards, Guidance and current practices, 74-77. (In English)
  25. United Nations Office on Drugs and Crime, (2013). Justice in Matters involving children in conflict with the law, Model law on juvenile justice and related commentary, 70. (In English)
  26. Hamilton, K., (2011). Guidelines for Juvenile Justice Legislative Reform, New York, 35. (In Georgian)
  27. Law of Georgia Code of Juvenile Justice. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
  28. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
  29. *Ibid.*
  30. Tskitishvili, T., (2016). On the issue of sentencing, Guram Nachkebia – 75<sup>th</sup> anniversary collection, Tbilisi. Meridian, 122. (In Georgian)
  31. *Ibid.*, 123. (In Georgian)
  32. Law of Georgia Code of Juvenile Justice. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2877281?publication=21>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
  33. *Ibid.*, p.123.
  34. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> (In Georgian)
  35. *Ibid.*
  36. *Ibid.*
  37. Judgment of the Supreme Court of Georgia of August 6, 2020 (Case №338ႃႃ-20); Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 15, 2021 (Case № 220ႃႃ-21); Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 29, 2021 (Case № 84ႃႃ-21); Judgment of the Supreme Court of Georgia of March 30, 2021 (Case №164ႃႃ-19); Judgment of the Supreme Court of Georgia of March 29, 2021 (Case №275ႃႃ-19); Judgment of the Supreme Court of Georgia of May 11, 2020 (Case №862ႃႃ-19); Judgment of the Kutaisi City Court of 17 February 2020 (Case №1/511-19); Judgment of the Tbilisi City Court of February 3, 2020 (Case №1/4838-19); Judgment of the Tbilisi Court of Appeals of December 30, 2019 (Case ႃ1ႃ/1947-19); Judgment of the Kutaisi Court of Appeal of November 15, 2018 (Case №1/ႃ-629); Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 3, 2019 (Case № 35ႃႃ-19); Judgment of the Kutaisi Court of Appeal of October 3, 2018 (Case №1/ႃ-496); Judgment of the Supreme Court of Georgia of February

- 13, 2019 (Case №486აპ-18); Judgment of the Supreme Court of Georgia of December 10, 2018 (Case № 379აპ-18); Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 1, 2018 (Case №710აპ-17); Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 5, 2017 (Case №3აგ-17); Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 29, 2016 (Case №338აპ-16); Judgment of Sachkhere District Court of May 16, 2018 (Case №1/45 – 2018); Judgment of the Kutaisi Court of Appeal of July 11, 2018 (Case №1/ბ-240-2018); Judgment of the Supreme Court of Georgia of April 5, 2019 (Case №617აპ-18); Judgment of the Rustavi City Court of October 16, 2018 (Case №1-583-18); Judgment of the Tbilisi Court of Appeals of October 10, 2018 (Case №1ბ/976-18); Judgment of the Supreme Court of Georgia of October 17, 2019 (Case № 305აპ-19); Judgment of the Kutaisi Court of Appeal of February 26, 2019 (Case №1/ბ-824-2018). (In Georgian)
38. Judgment of the Kutaisi City Court of December 9, 2019 (Case №1/928-19). (In Georgian)
39. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?-publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
40. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 26, 2016 (Case №251Ap-16) (In Georgian)
41. Judgment of the Supreme Court of Georgia of August 6, 2020 (Case №338აპ-20) (In Georgian)
42. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?-publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
43. Judgment of the Kutaisi City Court of December 9, 2019 (Case №1/928-19). (In Georgian)
44. Judgment of the Supreme Court of Georgia of April 13, 2018 (Case №595აპ-17). (In Georgian)
45. Judgment of the Zestaponi District Court of June 21, 2018 (Case №1/83-2018). (In Georgian)
46. Judgment of the Supreme Court of Georgia of February 20, 2018 (Case №656აპ-17). (In Georgian)
47. Judgment of the Supreme Court of Georgia of August 6, 2020 (Case №338აპ-20). (In Georgian)
48. Judgment of the Batumi City Court of March 21, 2019 (Case №1-23/19). (In Georgian)
49. Judgment of the Mtskheta District Court of 12 September 2019 (Case №1/167-19). (In Georgian)
50. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 3, 2019 (Case №2კ-35აპ.-19). (In Georgian)
51. Judgment of Kutaisi City Court of July 16, 2018 (Case №1/354-18). (In Georgian)
52. Judgment of the Kutaisi City Court of February 26, 2019 (Case №1/1116-18) (In Georgian)
53. Judgment of the Supreme Court of Georgia of September 26, 2017 (Case №201აპ-17). (In Georgian)

54. Judgment of the Kutaisi City Court of 22 April 2019 (Case №1/267-19). (In Georgian)
55. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?-publication=0>>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
56. Judgment of Zugdidi District Court of March 20, 2018 (Case №1/35-18). (In Georgian)
57. Judgment of the Rustavi City Court of September 10, 2018 (Case №1/447-18). (In Georgian)
58. Judgment of the Ozurgeti District Court of 12 May 2018 (Case №595ოო-18). (In Georgian)
59. Judgment of the Gurjaani District Court of 19 March 2018 (Case №1/332-17). (In Georgian)
60. Judgment of the Bolnisi District Court of 6 March 2019 (Case №1/271-18). (In Georgian)
61. Judgment of the Supreme Court of Georgia of January 23, 2018 (Case №491ოო-17). (In Georgian)
62. Judgment of the Supreme Court of Georgia of May 11, 2020 (Case №862ოო-19). (In Georgian)
63. *Ibid*, (In Georgian)
64. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?-publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
65. Judgment of the Zestaponi District Court of June 21, 2018 (Case №1/83-2018). (In Georgian)
66. Judgment of the Bolnisi District Court of 6 March 2019 (Case №1/271-18). (In Georgian)
67. Judgment of the Rustavi City Court of 19 February 2019 (Case 1/371-18). (In Georgian)
68. Judgment of the Rustavi City Court of September 26, 2019 (Case №1/464-19). (In Georgian)
69. Judgment of the Kutaisi City Court of February 3, 2020 (Case №1/743-19). (In Georgian)
70. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?-publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
71. Judgment of the Zestaponi District Court of June 21, 2018 (Case №1/83-2018). (In Georgian)
72. Judgment of the Gurjaani District Court of 19 March 2018 (Case №1/332-17). (In Georgian)
73. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 26, 2016 (Case № 251ოო-16). (In Georgian)
74. Judgment of the Kutaisi City Court of February 26, 2019 (Case №1/1116-18). (In Georgian)
75. Judgment of the Supreme Court of Georgia of September 26, 2017

- (Case №201აპ-17). (In Georgian)
76. Judgment of the Kutaisi City Court of December 9, 2019 (Case №1/928-19). (In Georgian)
  77. Judgment of the Kutaisi City Court of 22 April 2019 (Case №1/267-19). (In Georgian)
  78. Judgment of Kutaisi City Court of July 16, 2018 (Case №1/354-18). (In Georgian)
  79. *Ibid*, (In Georgian)
  80. Judgment of the Supreme Court of Georgia of April 23, 2019 (Case № 640აპ-18). (In Georgian)
  81. Judgment of the Kutaisi City Court of February 3, 2020 (Case №1/743-19). (In Georgian)
  82. Judgment of Zugdidi District Court of June 13, 2018 (Case №1/187-18). (In Georgian)
  83. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
  84. Judgment of the Rustavi City Court of September 10, 2018 (Case №1/447-18). (In Georgian)
  85. Judgment of Kutaisi City Court of July 16, 2018 (Case №1/354-18). (In Georgian)
  86. *Ibid*, (In Georgian)
  87. Joint Order №132/№95/№23 of the Minister of Justice of Georgia, the Minister of Internal Affairs of Georgia and the Minister of Corrections and Probation of Georgia Order of 15 March 2016, Methodology, Rules and Standards for Preparation of Individual Assessment Report on Sentencing. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3193208?publication=0>> [last seen: 31 January 2022]. (In Georgian)
  88. Judgment of the Zestaponi District Court of November 20, 2018 (Case №1/133-2018). (In Georgian)
  89. Judgment of Zugdidi District Court of March 20, 2018 (Case №1/35-18). (In Georgian)
  90. Judgment of the Supreme Court of Georgia of January 23, 2018 (Case №491აპ-17). (In Georgian)
  91. Judgment of the Supreme Court of Georgia of September 21, 2017 (Case №189აპ-17). (In Georgian)

# სმარტ-კონტრაქტში გამოყენებული ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის არსი და სამართლებრივი კრობლემები

## სალომე თებელაშვილი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის  
სამართლის ფაკულტეტის დოქტორანტი,  
შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული  
სამეცნიერო ფონდი

საკვანძო სიტყვები: ქვვიანი კონტრაქტი, ბლოკჩეინი,  
ბიტკოინი

### აბსტრაქტი

ბლოქჩეინი და კერძოდ, მისი პრაქტიკული რეალიზაცია კრიპტოვალუტის სახით, ცხარე დისკუსიების საგანს წარმოადგენს როგორც კომპიუტერული ტექნოლოგიების სამყაროში, ასევე, ფინანსურ ინდუსტრიაში. ადამიანები, რომლებმაც შეძლეს ბლოქჩეინ ქსელების მუშაობის პრინციპების ძირითად ასპექტებში ჩაწვდომა, საკმაოდ სწრაფად მიდიან იმ დასკვნამდე, რომ ამ ტექნოლოგიის წარმოშობამ და შემდგომმა განვითარებამ შეიძლება მნიშვნელოვნად შეცვალოს თანამედროვე მსოფლიოს მოწყობის სურათი. სატოში ნაკამოტოს ავტორობით 2008 წელს შექმნილი დოკუმენტი და ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის ბაზაზე ამ დოკუმენტის პირველი პრაქტიკული რეალიზაცია იყო ბიტკოინ პროექტი, რომელიც იმდროინდელი მსოფლიოსათვის შეუმჩნეველი დარჩა. თუმცა ამ პერიოდში მაინც იყვნენ ადამიანები, რომლებიც ამ თემით დაინტერეს-

დნენ, ისიც იმითომ, რომ მათ პროფესიული ინტერესი ჰქონდათ. თუმცა, რაღაც პერიოდის შემდეგ, როდესაც საზოგადოებამ შეამჩნია – რა სწრაფად იზრდებოდა ბიტკოინის თითო მონეტის ფასი და ათასობით დოლარს აღწევდა, მიხვდნენ, რომ ამ მიმართულებას დიდი მომავალი ჰქონდა.<sup>1</sup> ბლოქჩეინ-პროექტებისადმი ინტერესის ნამდვილი გამოვლინება 2016 წლის პირველ ნახევარში დაიწყო.<sup>2</sup> სწორედ ამ პერიოდის დასრულება საქართველო აღნიშნულ პროექტს და საჯარო რეესტრი ერთ-ერთი პირველია, ვინც მიწის რეგისტრაციას ახდენს ბლოქჩეინის მეშვეობით.<sup>3</sup>

## ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის ცნება და მისი წარმოშობა

ბლოქჩეინზე საუბრისას აუცილებელია განვიხილოთ, რაში მდგომარეობს ამ ტექნოლოგიის უნიკალურობა, გავცნოთ მისი წარმოშობის ისტორიას და დღევანდელ მდგომარეობას, რის გამოც ის მეოთხე ინდუსტრიული რევოლუციის შემადგენელ ნაწილად ითვლება. მეცნიერები და ამ დარგში მოღვაწენი ამტკიცებენ, რომ ბლოქჩეინ ტექნოლოგია აღიქმება, როგორც რევოლუციური ტექნოლოგია, რომელიც უზარმაზარ გავლენას მოახდენს ჩვენს ცხოვრებაზე მომდევნო წლებსა თუ ათწლეულებში, შესაბამისად, ბოლო პერიოდში იგი დიდი ყურადღების ცენტრში მოექცა. ბლოქჩეინზე იწერება უამრავი წინგი თუ სტატია, სადაც გამოთქმული მოსაზრების მიხედვით იგი ერთ-ერთ ყველაზე უსაფრთხო სისტემადაა დასახელებული. ბლოქჩეინ ტექნოლოგია ძალიან თამამი ინოვაციური განაცხადია კაცობრიობის პროგრესის კუთხით. უნდა აღინიშნოს ის ფაქტიც, რომ

ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის პირველი ძირითადი გამოყენება იწყება ბიტკოინის შექმნით, რომელიც განეკუთვნება ციფრულ კრიპტოვალუტას და მისი შემოღების თარიღად 2009 წელი სახელდება. ამას შემდეგ მოჰყვა 700-ზე მეტი ვირტუალური და ციფრული კრიპტოვალუტა, რომლებიც შექმნილია მსგავსი ტექნოლოგიების გამოყენებით.<sup>4</sup>

აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ ამ ტექნოლოგიაზე საუბარი ბევრად ადრე იწყება და იგი ასე განიშარტება: კრიპტოგრაფიულად დაცული ბლოქჩეინის ტექნოლოგია, როგორც რამდენიმე დოკუმენტის ერთ ბლოკში გამაერთიანებელი სისტემა. იგი პირველად ჯერ კიდევ 1991 წელს, ჰაბერი-სა და სტორნეტის მიერ იქნა აღწერილი (Haber; Stornetta; 1991). 2008 წელს ბლოქჩეინის მეშვეობით აღირიცხებოდა სატოში ნაკამოტოს მიერ შექმნილ კრიპტოვალუტის – ბიტკოინის – ტრანზაქციები. ბლოქჩეინი შეგვიძლია განვმარტოთ, როგორც მუდმივად მზარდი ჩანაწერების სია, სადაც თითოეული ბლოკი შეიცავს წინა ბლოკთან დამაკავშირებელ ნიშანს და დაცულია კრიპტოგრაფიულად. ბლოქჩეინის შემსწავლელი კვლევითი ინსტიტუტის (Institute for Blockchain Studies) მკვლევარი მელანი სკონი განმარტავს ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის კლასიფიკაციას მისი გამოყენების სამი სფეროს მიხედვით:

1. ბლოქჩეინი არის ვალუტა (კრიპტოვალუტა), რომელიც გამოიყენება ოპერაციებში, რომლებსაც კავშირი აქვს ფინანსურ ტრანსაქციებთან (მაგალითად, ფულადი გზავნილები და ციფრული გადახდის სისტემები);
2. ბლოქჩეინი მოიცავს ფინანსური ბაზრის სფეროში განხორციელებულ ოპერაციებს სხვადასხვა სახის ინსტრუმენტის (აქციები, აქტივები, ობლიგაციები) გამოყენებით;
3. ბლოქჩეინი გულისხმობს ოპერაცი-

1 ციხილოვი, ა. 2020. ბლოქჩეინი, პრინციპები და საფუძვლები, თბ. გვ. 6.

2 იქვე, გვ. 7.

3 საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო, (თებერალი 20, 2015). საჯარო რეესტრი ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის დანერგვის მეორე ეტაპს იწყებს. <<https://napr.gov.ge/p/1508>> [ბოლო წვდომა: 15.01.2022]

4 Iansiti, M. and Lakhani, K. R., (2022). The Truth About Blockchain. Harvard Business Review. <<https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>> [ბოლო წვდომა: 22.04.2021]



ებს, რომლთა დანიშნულებაც ვრცელდება არა მხოლოდ ფინანსური ტრანზაქციებზე, არამედ ისეთ სფეროებზეც, როგორცაა: განათლება, მეცნიერება, ჯანდაცვა, საჯარო მმართველობა და სხვა.<sup>5</sup>

შესაბამისად შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ბლოკჩეინი არის მონაცემთა სპეციალური ტიპის ტრუქტურა (ანუ მონაცემთა ბაზა), რომელშიც მონაცემები დგინდება და თანმიმდევრულად იქმნება ბლოკები. მონაცემთა თითოეული ბლოკი მოიცავს მონაცემების მცირე ნაწილს, რომელიც ამოწმებს წინა ბლოკის შინაარსს.<sup>6</sup> გამომდინარე აქედან, შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ბლოკჩეინი არსებითად არის ჩანაწერების განაწილებული მონაცემთა ბაზა, ყველა გარიგების ან ციფრული მოვლენის ელექტრონული შურნალი, რომელიც შესრულებულია და ნაწილდება მასში მონაწილე მხარეებს შორის, შესაბამისად, თითოეული გარიგება დასტურდება ამ ელექტრონულ შურნალში, სისტემაში მონაწილეთა უმრავლესობის თანხმობით, რაც ხორციელდება ელექტრონული ხელმოწერით. ამის შედაგად ვღებულობთ ასეთ სურათს: შეყვანილი მონაცემების წაშლა გახდება სრულიად შეუძლებელი და შესაბამისად, ნებისმიერი განხორციელებული ქმედება იქნება უსაფრთხო.<sup>7</sup> ხელშეკრულების მონაწილე მხარეებს შეუძლიათ დარწმუნებულნი იყვნენ, რომ მათ მიერ ბლოკჩეინ ტექნოლოგიით განხორციელებული პროცედურა არ წარმოადგენს არანაირ საფრთხეს კონტრაქტში მონაწილე პირებისათვის.

ბლოკჩეინი ორი ტიპის არსებობს: ღია და დახურული ბლოკჩეინი. მოკლედ რომ განვსაზღვროთ, ღია სისტემაში იგულისხმება საზოგადოებრივი ქსელი, რომელიც ინარჩუნებს ოპერაციების უცვლელ ჩანაწერს. ყველას შეუძლია გამოაქვეყნოს გარიგება და მონაწილეობა მიიღოს ქსელში გამოქვეყნებული წესების დაცვით. მაგ. ბიტკოინის ბლოკჩეინი არის ღია, რაშიც იგულისხმება, რომ ნებისმიერ ადამიანს შეუძლია ბიტკოინის ყიდვა, მისით ვაჭრობა და რაც ყველაზე მთავარია, ეს არის ოუფენ სორსი, რაც ნიშნავს, რომ შეგვიძლია ამ ბიტკოინის ბლოკჩეინის კოდი ვნახოთ და შემდეგ ავანყოთ იგივენაირი ნებისმიერი კრიპტოვალუტა.<sup>8</sup>

რაც შეეხება დახურულ ბლოკჩეინს, ჭერჭერობით იგი ხშირად არ გვხვდება, მის გამოყენებას კომპანიები მომავალში აპირებენ. დახურული ბლოკჩეინი მენარმეობის ბიზნესის მაგალითის საფუძველზე განვიხილოთ. ვთქვათ, ვაწარმოებთ, პირობითად, ტრაქტორებს. ვიცით, რომ ეს პროცესს მრავალფაზიანია. ამ პროცესისთვის კომპანიები დახურულ ბლოკჩეინს გამოიყენებენ, სადაც მარტივად შეეძლება ნახონ, სად არის ესა თუ ის ნაწილი, რა ფაზაშია და რა ფაზები დარჩა გასავლელი. ჭერჭერობით, მისი დაყენებისაგან კომპანიები თავს იკავებენ, ვინაიდან იგი ძალიან ძვირი ტექნოლოგიაა და, ზოგადად, მსოფლიოში მისი აწყობის არცთუ ისე ბევრი სპეციალისტი არსებობს. უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველო ერთ-ერთი პირველი ქვეყანა იყო, რომელმაც ბლოკჩეინის გამოყენებით მიწის რეგისტრაცია დაიწყო. სწორედ საჯარო რეესტრმა ჩაუყარა მას საფუძველი. „*იუსტიციის სამინისტრო საინფორმაციო ტექნოლოგიების დანერგვისა და გამოყენების კუთხით ერთ-ერთი მოწინავე უწყებება, 2016 წელს მან პირველი საცდელი პროექტი დანერგა, რამაც გაამართ-*

5 მაძალაძე, ლ., (2019). ბლოკჩეინ ტექნოლოგია: საერთაშორისო გამოცდილება და საქართველო. საქართველოსა და სხვა პოსტკომუნისტურ ქვეყნებში არსებული ეკონომიკური პრობლემები და მათი გადაჭრის გზები, „ეკონომიკა – XXI საუკუნე“. გვ. 303. <[https://dspace.nplg.gov.ge/bitstream/1234/320049/1/Gugushvilis\\_Ekonomikis\\_Institutis\\_Konferenciis\\_Masalebi\\_2019\\_N2.pdf](https://dspace.nplg.gov.ge/bitstream/1234/320049/1/Gugushvilis_Ekonomikis_Institutis_Konferenciis_Masalebi_2019_N2.pdf)> [ბოლო წვდომა: 12.05.2021]

6 Ibid.

7 Crosby, M., Nachiappan, Pattanayak, P., Verma, S. & Kalyanaraman, V., (2 June, 2016), AIR Applied Innovation Review, Issue 2, p. 7. <<http://scet.berkeley.edu/wp-content/uploads/AIR-2016-Blockchain.pdf>> [ბოლო წვდომა: 24.05.2021]

8 კრიპტოვალუტა (Cryptocurrency) – არის ელექტრონული ფული, რომლის საფუძველზეც წარმოადგენს ბლოკჩეინის სისტემა; ბიტკოინი (Bitcoin) – არის პირველი დეცენტრალიზებული ციფრული ვალუტა, ელექტრონული გადახდის ერთ-ერთი საშუალება.

ლა, ხოლო 2017 წლიდან საჯარო რეესტრი Bitfury Group-თან თანამშრომლობის მეორე ეტაპს იწყებს, რაც საცდელი პროექტის რეალურ რეჟიმში ამოქმედებას, ბლოქჩეინისა და სმარტ-კონტრაქტების დანერგვას ითვალისწინებს<sup>9</sup>.

## ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის საკანონმდებლო რეგულირება

ისევე, როგორც ნებისმიერი განვითარებადი ტექნოლოგია, ბლოქჩეინი და მისი გამოყენება ქმნის ახალ გამოწვევებს რეგულირების თვალსაზრისით. ჩვენი მარეგულირებელი სისტემების სამომავლო მიზანშეწონილობის უზრუნველყოფა მთავრობისთვის მთავარი გამოწვევაა<sup>10</sup>, ზოგადად, რეგულირებაზე რომ ვისაუბროთ, აუცილებელია იგი განვმარტოთ ასეთი ფორმით: ბლოქჩეინის სისტემები მუშაობს მხარეთა ურთიერთქმედების ხელშესაწყობად. მრავალ ბლოქჩეინ სისტემაში ეს მხარეები ინკოგნიტოდ რჩებიან და მათი გამოყენებისთვის არ სჭირდებათ დამონმებული პირადობა. ზოგიერთ ბლოქჩეინ სისტემაში ითხოვენ გარიგების მონაწილე მხარეთა ვინაობის გამხელას, მაგრამ მხარეები შეიძლება ანონიმური დარჩნენ სხვა მომხმარებლებისთვის. ეს ხელს შეუწყობს თაღლითობისა თუ კიბერდანაშაულის შემცირებას და გაზრდის საქმიანობის დიაპაზონს, რისთვისაც შეგიძლიათ გამოიყენოთ ბლოქჩეინი.

როდესაც ბლოქჩეინ სისტემას სჭირდება გადამონმებული პირადობები, მას შეუძლია შექმნას პირადობის გადამონმების საკუთარი მეთოდი ან ჰქონდეს დამონმებუ-

ლი პირადობის საიმედო მიმწოდებლებისგან წვდომა. ეს სისტემები ახორციელებს სხვისი პირადობის გადამონმებას და შემდეგ შეუძლია დაადასტუროს, რომ პირმა დაადასტურა მათი პირადობა ბლოქჩეინ სისტემაში. ეს საშუალებას მისცემს ბლოქჩეინ სისტემას, დაადასტუროს პირების პირადობის ნამდვილობა და, საჭიროების შემთხვევაში, გადასცეს გადამონმებული პირადი ინფორმაცია ტრანზაქციის სხვა მხარეებს. პირის იდენტიფიკაციასთან ერთად, ასევე, აუცილებელია კონფიდენციალურობის დაცვა, რაც ერთ-ერთი მთავარი მოთხოვნაა ბლოქჩეინის შემთხვევაში. ამაში ის იგულისხმება, რომ დეიდენტიფიკაციისა და ფსევდონიმების გამოყენება სულაც არ არის საკმარისი იმისათვის, რომ დავიცვათ ბლოქჩეინის მომხმარებლის კონფიდენციალურობა, რადგან თუ ბლოქჩეინზე არსებული ეს იდენტიფიკატორები დაუკავშირდებიან მათ უკან მდგომ რეალურ ადამიანებს, მათი ყველა გარიგება და მონაცემები შეიძლება საჯაროდ ნახონ ბლოქჩეინის წიგნზე (ჟურნალზე).

ეს არის საკითხი, რომელიც განიხილავს სტანდარტიზაციის სამუშაოების ნაწილს სტანდარტიზაციის საერთაშორისო ორგანიზაციაში (ISO). ბლოქჩეინის სისტემები უზრუნველყოფენ დაცვას კრიპტოგრაფიისა და მონაწილეთა კონსენსუსის საშუალებით, ცენტრალური ორგანოს საჭიროების გარეშე. ბლოქჩეინის წიგნების მონაცემები უცვლელია, რაც ნიშნავს, რომ მათი შეცვლა ან წაშლა შეუძლებელია მაშინაც კი, თუ რაიმე არასწორი ან თაღლითურია. ამიტომ აუცილებელია სისტემების დანერგვა მონაცემთა სიზუსტის მაქსიმალურად გაზრდისა და თაღლითობის თავიდან ასაცილებლად. ბლოქჩეინის მომხმარებლებს სჭირდებათ ნდობა იმის შესახებ,

- თუ საიდან მოდის მონაცემები ბლოქჩეინში (ანუ მისი წარმოშობა);
- რომ მონაცემები ზუსტია, ყოველგვარი შემთხვევითი ან განზრახ შეცდომების გარეშე (მისი მთლიანობა);
- რომ არსებობს შესაბამისი სისტემები მონაცემთა შეყვანის სამართავად.

9 საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო, (თებერვალი 2, 2017). ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის დანერგვის მეორე ეტაპს იწყებს. <<https://napr.gov.ge/p/1508>> [ბოლო წვდომა: 12.05.2021]

10 Australian government department of industry science, energy and resources 2019, (February, 2020). THE NATIONAL BLOCKCHAIN ROADMAP, Progressing towards a blockchain-empowered future, p. 15, <<https://www.industry.gov.au/sites/default/files/2020-02/national-blockchain-roadmap.pdf>> [ბოლო წვდომა: 12.05.2021]

ამ ამოცანის გადაჭრის ერთ-ერთი გზაა იმის კლასიფიკაცია, თუ რამდენად სანდოა მონაცემთა წყარო. საიმედო წყაროებიდან მიღებული მონაცემები შეფასებულია, როგორც მაღალი დონის, ნაკლებად საიმედო წყაროებიდან მიღებული მონაცემები კი – დაბალი დონის სანდოობის მქონე.<sup>11</sup> მიუხედავად სახელმწიფოსა და ბლოქჩეინის ურთიერთობებში დადებითი ძვრებისა, ამ სფეროში ისევ მრავალი გადაუჭრელი პრობლემაა, რომელიც საშუალებს არ იძლევა გადავიდეთ კრიპტოგარემოსადმი სარეგულაციო პოლიტიკის ჩამოყალიბებაზე. ერთ-ერთი მთავარი სირთულე, როგორც უკვე აღინიშნა, ბლოქჩეინში ფინანსური ტრანზაქციების ანონიმურობაა და სანამ პროექტების შემუშავებლები ფინანსური ნაკადების დეანონიმზაციის რეგულატორებისათვის მისაღებ ფორმებს შემოგვთავაზებენ და, ასევე, მსგავსი ქსელების წევრთა იდენტიფიკაციისათვის აუცილებელ ინფრასტრუქტურებს შექმნიან, სახელმწიფოსთან ურთიერთობაზე საუბარი ზედმეტია. იმისგან დამოუკიდებლად, ბლოქჩეინ ტექნოლოგია რამდენად ჩაითვლება პროგრესულად, ეროვნული მთავრობები არ იჩქარებენ მისი მასობრივი დანერგვისა და გამოყენების მხარდაჭერას, ყოველ შემთხვევაში იმ მომენტამდე მაინც, სანამ მასზე აგებული პროექტები დააკმაყოფილებს სტანდარტულ საკანონმდებლო მოთხოვნებს, რომელსაც ჩვეულებრივ ფინანსური ინდუსტრიის წევრები უყენებენ.<sup>12</sup>

როგორც უკვე ბევრჯერ აღვნიშნეთ, ბლოქჩეინი უნიკალური ტექნოლოგიაა თავისი არსით და შესაძლებლობებით, რაზეც ძალიან ბევრი რამ მეტყველებს. ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის რეგულირების საკითხი საინტერესო და საკამათო არა მხოლოდ

საქართველოში, არამედ ამერიკასა და ევროპის მასშტაბით. მისდამი დიდი ინტერესიდან გამომდინარე, უპირანი იქნება განვიხილოთ იგი არა მხოლოდ საქართველოს მაგალითზე, არამედ მსოფლიოში არსებულ რეგულაციებსაც გადავხედოთ; ვნახოთ, სად როგორ ხდება მისი რეგულირება და რამდენად მარტივია ეს პროცესი.

ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის არსში გარკვევისთანავე იბადება კითხვა – როგორ შეიძლება გაზრდილი რისკებიდან გამომდინარე მისი რეგულაცია და საერთოდ შესაძლებელია კი ეს? ბლოქჩეინ ტექნოლოგიებთან დაკავშირებული ახალი რეგულაციებისა თუ კანონების მიღება საკმაოდ რთულ პროცესთან არის დაკავშირებული. მთავარი პრობლემა გასაგებია: წარმოუდგენელია ერთი სახელმწიფოს მხრიდან ისეთი სამართლებრივი ურთიერთობის რეგულირება, რომელიც მის ფარგლებს სცილდება როგორც არსით, ასევე მისი ფაქტობრივი მდგომარეობით. ნათელია, რომ ახალი ინტერნეტ ტექნოლოგიების გაჩენამ სრულიად შეცვალა თანამედროვე სამართლის გაგება. ამიტომ ბლოქჩეინ რეგულაციებზე საუბარი მხოლოდ ნაწილობრივ შეიძლება.

ბლოქჩეინ ტექნოლოგიების გაჩენის მთავარი მიზანი მაინც კრიპტოგრაფიული ვალუტის შემოღებაა. ცნობილია, რომ თანამედროვე კრიპტოვალუტების აბსოლუტური უმრავლესობა სწორედ ბლოქჩეინ ტექნოლოგიებს იყენებს. შესაბამისად, ბლოქჩეინის სამართლებრივი რეგულირება მთლიანად ან ნაწილობრივ უკავშირდება ბიტკოინის, ეთერიუმის, და სხვა, არსით მსგავსი თუ ოდნავ განსხვავებული, კრიპტოვალუტების მიმართ სახელმწიფოს მხრიდან დაწესებულ შეზღუდვებსა თუ რეგულაციებს.<sup>13</sup>

განვიხილოთ ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის რეგულირების საკითხი როგორც საქართველოს, ასევე, სხვადასხვა ქვეყნის მაგალითზე, რათა შევძლოთ ნახვა და განალიზება, თუ რას ენიჭება უპირატესობა

11 Australian government department of industry science, energy and resources 2019, (February, 2020). THE NATIONAL BLOCKCHAIN ROADMAP, Progressing towards a blockchain-empowered future, p. 15-16, <<https://www.industry.gov.au/sites/default/files/2020-02/national-blockchain-roadmap.pdf>> [ბოლო წვდომა: 12.05.2021].

12 ციხილოვი, ა. 2020. ბლოქჩეინი, პრინციპები და საფუძვლები, თბ. გვ. 206.

13 გაბისონია, ზ. 2019. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, N3, გვ. 7, <<http://lawjournal.ge/index.php/3-2019>>

სხვა ქვეყნებში, რა არის მათი მთავარი სათქმელი და მიზანი, რის გამოც კარგი იქნება ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის საკანონმდებლო დონეზე რეგულირება. დავიწყოთ იმით, რომ საქართველო ერთ-ერთი პირველი იყო ვინც მიწის რეგისტრაცია მოახდინა აღნიშნული ტექნოლოგიით და ფაქტია, რომ ამან გაამართლა. დიდი ხანია, საქართველოს მთავრობა ძალისხმევას არ იშურებს, რათა სახელწიფომ თავი დაიმკვიდროს, როგორც ლიდერმა ქვეყანამ სახელმწიფო სერვისების მიწოდების სფეროში, ეს ეხება როგორც საქართველოს, ასევე უცხო ქვეყნის მოქალაქეებს.

2016 წელს საჯარო რეესტრის ეროვნულმა სააგენტომ, ტექნოლოგიური განვითარების სამომავლო გეგმის შესაბამისად, ბლოქჩეინის სისტემის კვლევა დაიწყო. კვლევის წამოწყების ინიციატივა მონაცემების უსაფრთხოების დაცვის უზრუნველყოფით იყო განპირობებული. ამ პერიოდისათვის როგორც ყველა სტრუქტურაში, არსებული მონაცემების დაცვა აქაც ტრადიციული კიბერუსაფრთხოების ზომებით ხდებოდა. თუმცა ბოლო პერიოდში გახშირებული კიბერშეტევების გამო, რომელიც მიმართული იყო როგორც კერძო, ასევე საჯარო სექტორის წინააღმდეგ, საჯარო რეესტრმა საჭიროდ მიიჩნია მოეძებნა ისეთი გზა, რომელიც შეამცირებდა აღნიშნულს და კიბერშეტევის რისკები იქნებოდა პრაქტიკულად განულებული; ასევე, ეზრუნა თავისი მონაცემების ავთენტურობის დასაცავად უფრო ნაკლებად ცენტრალიზებული, საერთაშორისოდ აღიარებული მეთოდების დანერგვაზე.

სწორედ ბლოქჩეინი თავისი უნიკალური შესაძლებლობებით არის ერთ-ერთი ასეთი მეთოდი, მისი თანაბარუფლებიანი (peer-to-peer) და დეცენტრალიზებული სტრუქტურის წყალობით. გამომდინარე აქედან, დღის წესრიგში დადგა ბლოქჩეინის სისტემით უძრავი ქონების რეგისტრაციის საკითხი. იდეა მდგომარეობს იმაში, რომ ყოველი გარიგების შესახებ ჩანაწერის ბლოქჩეინის საჯაროდ ხელმისაწვდომ სისტემაში განთავსებით საჯარო რეესტრი შეძლებს უჩვენოს

გარიგების მონაწილე მხარეებს, რომ:

1. ის ქონება, რომლის რეგისტრაციაც სურდათ, ნამდვილად დარეგისტრირდა ბლოქჩეინ სისტემაში (რაშიც იგულისხმება დამოუკიდებელი და განაწილებული მონაცემთა სისტემა, რისი დადასტურებაც მოხდება ახალი ჩანაწერების გაჩენით, ეს ჩანაწერი არ იქნება ჩვეულებრივი იმ გაგებით, რომ ჩვეულებრივ ამონაწერში ამოდის პირების მონაცემები, ხოლო ბლოქჩეინის ამონაწერის შემთხვევაში ამოვა 32-ციფრისანი ჰეშ კოდი, რომელსაც ზუსტად ისეთივე სამართლებრივი ძალა აქვს, როგორც სტანდარტულ ამონაწერს);
2. ასევე უნდა გავუსვათ ხაზი იმ ფაქტსაც, რომ საჯარო რეესტრის მხრიდან შეუძლებელია რაიმე მონაცემების შეცვლა, რადგან ნებისმიერი ქმედება, რომელიც დავალების სახით არ აქვს სისტემას მიცემული, ავტომატურად აისახება ბაზაში.

საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო არის საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს დაქვემდებარებული საჯარო სამართლის იურიდიული პირი. იგი დაარსდა 2004 წელს და ქვეყანაში ახალი, წარმატებული რეგისტრაციის სისტემის შექმნის მიზები გახდა. საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს შექმნა იყო ყველაზე მნიშვნელოვანი ნაბიჯი საქართველოში უძრავი ქონების შესახებ ინფორმაციის სისტემატიზაციისკენ. ამასთან, მას სერიოზული პრობლემები მემკვიდრეობით გადაეცა. რთულმა ვითარებამ აუცილებელი გახადა მომხმარებელზე ორიენტირებული, გამჭვირვალე, უსაფრთხო და ერთიანი რეგისტრაციის სისტემის შექმნა. ამ მიზნით განხორციელდა ყოვლისმომცველი ცვლილებები და რეფორმები სააგენტოში ოთხი ძირითადი მიმართულებით: საკანონმდებლო, ინსტიტუციური, ადმინისტრაციული და ტექნოლოგიური. აქცენტი გაკეთდა რეგისტრაციის პროცედურების გამარტივებაზე თანამედროვე ინფორმაციული ტექნოლოგიების გამოყენებით.

იუსტიციის სამინისტრო და საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო (NAP) ყოველთვის ინოვაციები იყენებენ, შესაბამისად, საქართველო პირველი ქვეყანაა მსოფლიოში, რომელმაც დაიწყო ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის გამოყენება საჯარო სერვისებში და ჯერჯერობით იგი იყენებს მას ქონების რეგისტრაციაში. ბევრი ქვეყანა იწყებს ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის შესწავლას კორუფციის აღმოფხვრის მიზნით, მაგრამ საქართველო მსოფლიო ბანკის ბიზნესის წარმოების რეიტინგში მოწინავე 5 ქვეყანას შორის არის და წამყვანი პოზიცია აქვს კორუფციის აღქმის ინდექსის მიხედვით. ინფორმაცია საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად ქონების საკუთრების შესახებ არის საჯარო და ყველასთვის ხელმისაწვდომი. ინფორმაცია ქონების, მესაკუთრის, ტერიტორიის, საჯარო სამართლის შეზღუდვების შესახებ და ა.შ. აისახება ამონაწერში, რომელიც მათი მთავარი პროდუქტია და რომელიც ხელმისაწვდომია მათ ვებგვერდზე. საჯარო რეესტრის ამონაწერის მიმართ არსებობს სისრულისა და ნამდვილობის პრეზუმეცია, რაც ნიშნავს, რომ ინფორმაცია სანდოა და ამ ინფორმაციის საფუძველზე ხორციელდება ყველა იურიდიული საქმიანობა პიროვნებისა და მისი საკუთრების უფლებების მიმართ და სხვა ორგანიზაციები ასევე იყენებენ ამონაწერს, როგორც საკუთრების ან სხვა უფლებების დამადასტურებელი საბუთს.

მას შემდეგ, რაც 2016 წელს განხორციელებულმა საცდელმა პროექტმა გაამართლა, 2017 წლიდან საჯარო რეესტრი მეორე ეტაპს იწყებს, რაც საცდელი პროექტის რეალურ რეჟიმში ამოქმედებას და სმარტ-კონტრაქტების დანერგვას ითვალისწინებს სმარტ-კონტრაქტები კი ბლოქჩეინის გარეშე წარმოუდგენელია. ასე რომ, თუ ადრე ინფორმაცია საკუთრების შესახებ აბსოლუტურად დაცული იყო ქვეყნის შიგნით, NAPR-ს სურდა, ეს უფრო მეტად დაეცვა საერთაშორისო დონეზე. რა თქმა უნდა, ცენტრალურ სერვერებზე მთელი ამ ინფორმაციის შენახვა და მათი ვებგვერდზე განთავსება არის დაცვის გარანტია, მაგრამ

იმისა გამო, რომ გვინდოდა უსაფრთხოების უფრო მაღალი დონე გვექონოდა, არჩეულ იქნა Blockchain ტექნოლოგია. არსებულ სისტემაზე 2017 წლის 20 თებერვლიდან 2,5 მილიონზე მეტი ამონაწერი უკვე „გაგზავნილია“ Blockchain სისტემაში, რაც ნიშნავს, რომ თითოეულ ამონაწერს აქვს საკუთარი უნიკალური ჰეშ კოდი. სპეციალური კოდი (Hash) იქმნება თითოეული ამონაწერისთვის, რომელიც ეხება მხოლოდ არსებულ დოკუმენტს. ზუსტად ეს კოდი ეგზავნება Blockchain-ს. იდენტური ჰეშები Blockchain of Bitcoin-სა და NAPR ვებსაიტზე ადასტურებს სათაურის ნამდვილობას.

კონცეფციის პირველი ეტაპის<sup>14</sup> დასრულების შემდეგ, NAPR გადავიდა Blockchain მიმართულების მე-2 ეტაპის განხორციელებაზე, რომელსაც TRUSTcontracts ეწოდება. შესაბამისად, შეგვიძლია ვთქვათ, რომ „იუსტიციის სამინისტრო საინფორმაციო ტექნოლოგიების დანერგვისა და გამოყენების კუთხით ერთ-ერთი მოწინავე უწყებაა და 2017 წლიდან გახდა ცნობილი, რომ საჯარო რეესტრი უახლეს ტექნოლოგიას გამოიყენებდა, რომელიც ნებისმიერი სისტემის უსაფრთხოების გარანტორია და უზრუნველყოფს განხორციელებული ტრანზაქციების დაცულობას, გამჭვირვალობასა და მოქნილობას. პროცესი არის ელექტრონული, რაც გულისხმობს ადამიანური რესურსის ჩაურევლობას, რაც თავისთავად მის დაცულობასა და ხელმისაწვდომობას მოიცავს. ტრანზაქცია, რომელიც ბლოქჩეინ სისტემაში მოხდება, ხორციელდება ელექტრონული წესით, რომელიც რამდენიმე ადგილასაა დაცული“. საჯარო რეესტრი ბლოქჩეინში ოფიციალური ციფრული ხელმოწერით დამოწმებულ მონაცემებს გადააგზავნის, რითიც განხორციელებული ტრანზაქციის ნამდვილობასა და უტყუარობას დაადასტურებს. ამონაწერის შესახებ ინფორმაციის ნამდვილობის გადამოწმე-

14 საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო, (თებერვალი 20, 2015). საჯარო რეესტრი ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის დანერგვის მეორე ეტაპს იწყებს, <<https://napr.gov.ge/p/1508>> [ბოლო წვდომა: 15.01.2022].

ბა ნებისმიერ დაინტრესებული პირისთვის იქნება შესაძლებელი.

ბლოკჩეინი მონაცემთა დეცენტრალიზებული ბაზაა. ტრადიციული მონაცემთა ბაზებისგან განსხვავებით, იგი დაცულია როგორც კიბერშეტევებისგან, ისე ფიზიკური განადგურებისგან, რადგან მასში არსებული ჩანაწერები არა ერთ კონკრეტულ ადგილას, არამედ მთელი მსოფლიოს მასშტაბით, ათიათასობით კომპიუტერში ინახება. რომელიმე მონაცემში საექვო მანიპულაციის ნებისმიერ მცდელობას ქსელის ყველა კომპიუტერი ავტომატურ რეჟიმში ბლოკავს.<sup>15</sup>

საჯარო რეესტრის ინფორმაციით, საქართველოში ბლოკჩეინის და მსგავსი განაწილებული ტექნოლოგიების შესახებ ცნობიერება ჯერ კიდევ დაბალია, როგორც იურისტებისა და კანონშემოქმედების წრეებში, ასევე, სამთავრობო უწყებებსა და ზოგადად საზოგადოებაში. შესაბამისად, გონიერი კონტრაქტების პროექტის განსახორციელებლად აუცილებელი სამართლებრივი ბაზის მოსამზადებელი გეგმა უნდა იყოს მარტივი და გასაგები, ეფუძნებოდეს ქართული კანონმდებლობის მთავარ პრინციპებს და, რამდენადაც ეს შესაძლებელია, მოქმედებდეს არსებული კანონების, რეგულაციების გამოყენებითა და უწყებების ჩართულობით.

საჯარო რეესტრისთვის განსაკუთრებული ინტერესის შემცველია შემდეგი სამართლებრივი საკითხები:

- მხარეების იდენტიფიცირება და საკუთრების უფლების დადასტურება;
- ქმედუნარიანობა და განსაკუთრებული კატეგორიის მონაცემების დაცვა;
- იმ საკითხებზე მუშაობა, რომელიც განეკუთვნება დახურული კატეგორიის საქმეებს (მაგალითად, შვილად აყვანა);
- მომხმარებელთა დაცვა,
- პასუხისმგებლობა დაშვებულ შეცდომებზე;<sup>16</sup>

- დავების მოგვარება.

ასევე კარგი იქნება ვისაუბროთ დავებზე, რომლიც შეიძლება წარმოიშვას როგორც სტანდარტული ხელშეკრულების (რომელსაც სამოქალაქო კოდექსში ვხვდებით), ასევე ბლოკჩეინისა და გონიერი კონტრაქტების გამოყენების შემთხვევაში. დავიწყოთ იმით, რომ სტანდარტული კონტრაქტის შემთხვევაში მხარეებს უწევთ იმის მტკიცება, თუ რაზეა კონკრეტული დავა და რა შედეგამდე უნდათ მისვლა. გონიერი კონტრაქტის შემთხვევაში კი ზოგჯერ იმის მტკიცებაც დიდ პრობლემას წარმოადგენს, საერთოდ არის თუ არა სადავო კონკრეტული საკითხი ან რა ნაწილში. რაც შეეხება უცხოურ პრაქტიკას, ბლოკჩეინი ბევრად აქტუალურია. საქართველოსთან შედარებით, საზღვარგარეთ ამ სისტემას იყენებენ ისეთი დიდი კომპანიები, როგორცაა Amazon, google და სხვ.

მაგალითად, ბრიტანეთი დიდ პოტენციალს ხედავს ბლოკჩეინ ტექნოლოგიებში. 2016 წელს ბრიტანეთის მთავრობის უფროსმა მრჩეველმა სამეცნიერო საკითხებში წარადგინა მოხსენება, სადაც საუბარი იყო ტექნოლოგიის პოტენციალსა და მნიშვნელობაზე როგორც კერძო, აგრეთვე საჯარო სექტორში. პირველ რიგში, ამ ტექნოლოგიის გამოყენებით სახელმწიფოს შეუძლია თავისი სერვისები უფრო ეფექტური და მოქალაქეებისათვის ხელმისაწვდომი გახადოს, აგრეთვე, ხელი შეუწყოს განვითარებაში სხვადასხვა ეკონომიკურ საქმიანობას, მცირე თუ უკვე ფეხზე მდგარ ბიზნესს. ბრიტანეთის სახელმწიფოს ციფრული სერვისები მუშაობს იმაზე, რომ პროცესებში გამოყენებულ იქნას ბლოკჩეინ ტექნოლოგიები. სახელმწიფოს აქვს იმის რესურსი, რომ დაწეროს ამ სახის ტექნოლოგიები, თუმცა ჯერ კიდევ არსებობს ისეთი პრობლემები, როგორცაა: მასშტაბურობა, პირადი მონაცემების დაცულობა და გასააზრებელია სოციალური თუ ეთიკური შედეგები, ფინანსური საკითხები.<sup>17</sup>

15 იქვე.

16 ვარდანიძე, ნ., (2020). ბლოკჩეინის სამართლებრივი რეგულირება, სამაგისტრო ნაშრომი, გვ. 90.

17 ნოზაძე, ა., (2021). „ბლოკჩეინ“ ტექნოლოგიის გამოყენების სასტარტო პირობები და პერსპექტივები ქართულ ბიზნესში. სამეცნიერო

აშშ-შიც აქტიურად მიმდინარეობს ბლოკჩეინ ტექნოლოგიების დამკვიდრება და ხელშეწყობა, რაშიც აქტიურად მონაწილეობენ სხვადასხვა ლობისტური ჯგუფები. „ბლოკჩეინის ასოციაცია“ წარმოადგენს ბლოკჩეინის ტექნოლოგიით დაკავებული ბიზნესებისა და ინვესტორების ინტერესების დამცველ ლობისტურ ორგანიზაციას ვაშინგტონში, რომლის დამფუძნებლებიც წამყვანი კრიპტოვალუტების ბირჟები და ინვესტორები არიან. ბლოკჩეინის ასოციაციის მთავარი მიზანია, გახდეს ვაშინგტონში პოლიტიკის საკითხებში კრიპტოვალუტის ინდუსტრიის საუკეთესო ლობისტური ორგანიზაცია. ასოციაციის პირველი პრიორიტეტი აშშ-ის საგადასახადო კოდექსით კრიპტოვალუტების დაბეგვრის საკითხებზე განათლების გავრცელებაა (mybitcoin.ge).<sup>18</sup> შეერთებულ შტატებში კრიპტოვალუტები დიდ ყურადღებას იქცევს როგორც ფედერალურ, ასევე შტატების მთავრობებში. ფედერალური მთავრობის ძირითადი აქცენტი გაკეთდა ადმინისტრაციულ და სააგენტოების დონეზე, ფედერალურმა სააგენტოებმა და პოლიტიკურმა სახეებმა შეაქვეს ეს ტექნოლოგია, როგორც აშშ-ის სამომავლო ინფრასტრუქტურის მნიშვნელოვანი ნაწილი. აშშ-ს ესაჭიროება წამყვანი როლი შეინარჩუნოს ტექნოლოგიის განვითარებაში. ბევრმა სააგენტომ აღიარა გადაჭარბებული რეგულირების საფრთხე და მოუწოდებს მთავრობას – მიიღონ კანონმდებლობა, რომელიც ხელს შეუწყობს უცხოეთში ტექნოლოგიაში ინვესტიციების განხორციელებას. რამდენიმე შტატის წარმომადგენლობისაგან იყო შეთავაზება, რომ მიეღოთ კანონები, რომ-

ლებიც გავლენას მოახდენდა კრიპტოვალუტებსა და ბლოკჩეინის ტექნოლოგიაზე, უმეტესწილად, საქმიანობა ხორციელდება საკანონმდებლო ორგანოებში. ზოგადად, სახელმწიფო დონეზე რეგულირების ორი მიდგომა არსებობს. ზოგიერთმა ქვეყანამ სცადა ტექნოლოგიის პოპულარიზაცია ძალიან ხელსაყრელი რეგულაციების მიღებით, კრიპტოვალუტის გათავისუფლებით სახელმწიფო ფასიანი ქაღალდების კანონმდებლობისგან ან ფულის გადაცემის წესდებისგან. ამ სახელმწიფოებს იმედი აქვთ, რომ გამოიყენებენ ინვესტიციებს ტექნოლოგიაში ადგილობრივი ეკონომიკის სტიმულირებისა და საზოგადოებრივი სერვისების გაუმჯობესების მიზნით.

ასეთი მიდგომის მაგალითია ვაიომინგის შტატი (აშშ), სადაც ცოტა ხნის წინ საკანონმდებლო ორგანომ მიიღო კანონპროექტი, რომელიც ახალი ტიპის ბანკის ან სპეციალური დანიშნულების სადეპოზიტო დაწესებულების შექმნის შესაძლებლობას იძლევა. ახალი ტიპის ბანკი იმოქმედებს როგორც თავისუფლების აღკვეთის, ასევე ფიდუციარული შესაძლებლობების შესაბამისად და მიზნად ისახავს, რომ ბიზნესმა უსაფრთხოდ და კანონიერად შეძლოს ციფრული აქტივების დაცვა. კოლორადოს შტატმა მიიღო ორპარტიული კანონპროექტი, რომლის თანახმადაც კრიპტოვალუტა თავისუფლდება სახელმწიფო ფასიანი ქაღალდების რეგულაციიდან. ოჰაიო გახდა აშშ-ის პირველი შტატი, რომელმაც დაიწყო გადასახადების მიღება კრიპტოვალუტით. ოკლაჰომში წარადგინეს კანონპროექტი, რომლის თანახმადაც, კრიპტოვალუტის გამოყენება, შეთავაზება, გაყიდვა, გაცვლა და მისი მიღება ხდება ფულადი ღირებულების ინსტრუმენტად მის სამთავრობო უწყებებში; მეორე მხრივ, აიოვამ შემოიტანა კანონპროექტი, რომელიც უკრძალავს სახელმწიფო და პოლიტიკურ ქვედანაყოფებს კრიპტოვალუტების სახით გადასახადის მიღებას.<sup>19</sup> არიზონაში მიღე-

ანალიტიკური ჟურნალი, გამომცემელი: თავისუფალი ეკონომიკისა და ბიზნესის ინსტიტუტი. <<http://geoeconomics.ge>> <<http://geoeconomics.ge/?p=13216>> [ბოლო წვდომა: 12.05.2021]

18 მაშალაძე, ლ., (2019). საქართველოსა და სხვა პოსტკომუნისტურ ქვეყნებში არსებული ეკონომიკური პრობლემები და მათი გადაჭრის გზები, ბლოკჩეინ ტექნოლოგია: საერთაშორისო გამოცდილება და საქართველო. „ეკონომიკა – XXI საუკუნე“, გვ. 304. <<http://conferenceconomics.tsu.ge/doc/2019%20-%20Internet%20Conference.pdf>> [ბოლო წვდომა: 12.05.2021].

19 Global Legal Insights, Blockchain & Crypto Currency Regulation, 2021. USA, <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain->

ბულია კანონპროექტი, რომელიც ცნობს ბლოკჩეინის ხელმოწერებს და ქვვიან კონტრაქტებს. მისი მიზანია ბლოკჩეინზე და ქვვიან კონტრაქტებზე ხელმოწერების დაფიქსირება – თვითგამორკვევის კოდების ნაწილი სახელმწიფო კანონის შესაბამისად. კერძოდ, კანონპროექტი მიზნად ისახავდა ამ ტიპის ჩანაწერების გაკეთებას „ელექტრონულ ფორმატად და ელექტრონულ ჩანაწერად“. ტექსტში განმარტებულია, რომ „ხელმოწერა, რომელიც უზრუნველყოფილია ბლოკჩეინის ტექნოლოგიით, ითვლება ელექტრონულ ფორმად და წარმოადგენს ელექტრონულ ხელმოწერას. ჩანაწერი ან კონტრაქტი, რომელიც უზრუნველყოფილია ბლოკჩეინის ტექნოლოგიით, ითვლება ელექტრონულ ფორმად და წარმოადგენს ელექტრონულ ჩანაწერს“. კანონი გარკვეულწილად ასახავს ვერმონტში გასულ წელს მიღებულ ზომას, რომელიც ბლოკჩეინის მონაცემებს სასამართლოში მისაღებს გახდის. არიზონას კანონის მსგავსად, ვერმონტის კანონპროექტიც ფოკუსირებული იყო მონაცემებზე, რომლებიც ბლოკჩეინზე მიბმული „ფაქტი ან ჩანაწერი“ იქნებოდა.<sup>20</sup> როგორც ირკვევა, ამერიკა მაქსიმალურად არის ჩართული, რომ განავითაროს ახალი ტექნოლოგია, დანერგოს სიახლეები და გაუმარტივოს მოსახლეობას სხვადასხვა ტიპის მომსახურება, შესაბამისად ქვეყანა იზრდება როგორც ეკონომიკური, ასევე განვითარების კუთხითაც. რაც შეეხება ევროპას, კრიპტოვალუტის ევროპული ბაზარი მუდმივად ვითარდება და იზრდება.<sup>21</sup> ევროკავშირის მიდგომა ბლოკჩეინის მიმართ ძალიან პოზიტიურია და ემხრობა მის განვითარებას,

[laws-and-regulations/usa](https://www.congress.gov/bills/116/10242/summaries/all)> [ბოლო წვდომა: 13.05.2021].

20 Higgins, S., (Sep 11, 2021). Arizona Governor Signs Blockchain Bill Into Law, <<https://www.coindesk.com/>>, <<https://www.coindesk.com/arizona-governor-signs-blockchain-bill-law>> [ბოლო წვდომა: 13.01.2022].

21 The Block, Cryptocurrency concerns vs regulations in Europe: A guide, (March 9, 2021) <<https://blockchaintechnews.com/2021/03/cryptocurrency-concerns-vs-regulations-in-europe-a-guide>> [ბოლო წვდომა: 15.05.2021].

რის გამოც გადაწყდა, რომ შექმნილიყო ოფიციალური კანონმდებლობა, რომლის მეშვეობითაც მოხდებოდა ბლოკჩეინის რეგულირება.

ამავდროულად, ევროკავშირმა შეიმუშავა სტრატეგია, რომელიც მოწოდებულია სხვადასხვა მიზნების მისაღწევად. მაღალ დონეზე, ევროკავშირს სურს მხარი დაუჭიროს ევროპაში ბლოკჩეინის ტექნოლოგიის „ოქროს სტანდარტს“, რომელიც მოიცავს ევროპულ იდეალებს და მის სამართლებრივ და მარეგულირებელ ჩარჩოს.

ბლოკჩეინის „ოქროს სტანდარტი“ რამდენიმე პუნქტისაგან შედგება:

1. **გარემოს მდგრადობა** – ბლოკჩეინის ტექნოლოგია უნდა იყოს მდგრადი და ენერგოეფექტური;
2. **მონაცემთა დაცვა** – Blockchain ტექნოლოგია უნდა შეესაბამებოდეს და, სადაც ეს შესაძლებელია, მხარს უჭერდეს ევროპის მონაცემთა დაცვისა და კონფიდენციალურობის მკაცრ რეგულაციებს;
3. **ელექტრონული იდენტურობა** – ბლოკჩეინის ტექნოლოგია უნდა უზრუნველყოს სცემს და უნდა შეესაბამებოდეს ევროპის ელექტრონული იდენტურობის ჩარჩოს განვითარებას. ეს მოიცავს ელექტრონული ხელმოწერის რეგულაციებთან შესაბამისობას, როგორცაა EIDAS, აგრეთვე გონივრული, პრაგმატული დეცენტრალიზებული და თვით სუვერენული პირადობის ჩარჩოს მხარდაჭერა;
4. **კიბერ უსაფრთხოება** – ბლოკჩეინის ტექნოლოგიას უნდა შეეძლოს უზრუნველყოს კიბერუსაფრთხოების მაღალი დონე;
5. **ურთიერთქმედება** – ბლოკჩეინები უნდა იყვნენ თავსებადი ერთმანეთთან და გარე სამყაროსთან არსებული მემკვიდრეობითი სისტემებით.<sup>22</sup>

22 The Economic Times, (1 February, 2022). Blockchain Strategy. <<https://economictimes.indiatimes.com/industry/banking/finance/8-best-cryptocurrency-to-invest-in-for-february-2022/articleshow/89294758.cms>> [ბოლო წვდომა: 01.02.2022]



2020 წლის 10 იანვარს ევროკავშირმა ხელი მოაწერა ანტიფულის გარეცხვის შესახებ მე-5 დირექტივას, რომელშიც აღნიშნულია, რომ კრიპტოსერვისები და კრიპტოვალუტები რეგულირდება და კონტროლქვეშაა. ევროკავშირის SAMLD გვთავაზობს, რომ ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს ჰქონდეთ შექმნილი ცენტრალური მონაცემთა ბაზა, რომელშიც იქნება კრიპტომომხმარებლის პირადობის დამადასტურებელი მოწმობა და ფულის დაზვერვის ერთეულების კურატორული საფულის მისამართები.

აქვე, აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ აუცილებელია ბლოქჩეინისა და სმარტ-კონტრაქტების საკანმდებლო რეგულირება. ეს სიტუაცია განვიხილოთ ნიდერლანდების კანონმდებლობის მაგალითზე. როგორც ვიცით, ნიდერლანდური სახელშეკრულებო სამართლის ნორმები მოქმედებს ჭკვიანი კონტრაქტების მიმართ. ნიდერლანდების სამოქალაქო კოდექსის (DCC) მე-6:217 ნაწილის შესაბამისად, ხელშეკრულება ფორმდება შეთავაზებით და მისი მიღებით. იმის დასადგენად, შეიქმნა თუ არა ხელშეკრულება, ყოველთვის უნდა გაითვალისწინოთ – მხარეების ქმედებას რა იურიდიული შედეგი შეიძლება მოჰყვეს. ზოგადად, ნიდერლანდების კანონი არ საჭიროებს რაიმე სპეციფიკურ ფორმალობებს ხელშეკრულების ფორმირებისთვის: ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს კომპიუტერულ კოდექსში ბლოქჩეინზე, როგორც ჭკვიანი კონტრაქტების შემთხვევაში. ამრიგად, ნიდერლანდების საკონტრაქტო სამართალი პრინციპში აღიარებს ჭკვიან კონტრაქტებს, როგორც „კონტრაქტებს“ და, შესაბამისად, ასკვნის, რომ ჭკვიანი კონტრაქტების მოქმედების უზრუნველსაყოფად დამატებითი რეგულაცია არ არის საჭირო.

გამომდინარე აქედან, შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ბლოქჩეინი მსოფლიოს მასშტაბით ვითარდება და მეტად საინტერესო ხდება, რასაკვირელია ყველგან სხვადასხვანაირად ხდება მისი რეგულირება და გამოყენება, ასევე, ყველა ქვეყნის პრაქტიკა თავისთავად საინტერესო და გასათვა-

ლისწინებელია. ბლოქჩეინის დანერგვითა და საკანონმდებლო რეგულირებით, შეგვიძლია ბევრ საინტერესო და დახურულ თემებზე მუშაობა, ბლოქჩეინის მეშვეობით შეგვიძლია განვახორციელოთ როგორც სასამართლო, ასევე, ნებისნიერი სახის პრაქტიკა, როგორც ჩვეულებრივი, ასევე, განსაკუთრებული და დახურული გატეგორიის საქმეების მიმართაც.

### ბლოქჩეინი და სმარტ-კონტრაქტები

ამ ტექნოლოგიასთან მიმართებაში, მეცნიერების აზრი ორად იყოფა: ზოგს დადებითი პოზიცია აქვს, ზოგს, პირიქით, – უარყოფითი. ნაწილი ფიქრობს, რომ იგი ბოლომდე სრულყოფილი არ არის, გამომდინარე იქიდან, რომ კომპიუტერული პროგრამაა და სრულიად უმნიშვნელოდაც რომ აირიოს რაიმე, მთლიანად იცვლება დავალება, მისი აგებულებიდან გამომდინარე, რადგანაც, როგორც ვიცით, პროგრამა, რომელიც ბლოქჩეინით იწერება, მათემატიკურ ალგორითმს წარმოადგენს და სრულიად დასაშვებია, გაიპაროს რაიმე სახის შეცდომა; მეორე ნაწილი კი ფიქრობს, რომ ბლოქჩეინი არის ძალიან უსაფრთხო და, პრაქტიკულად, შეუძლებელია მას რაიმე სახეს ხარვეზი ან პრობლემა ჰქონდეს.

ამ ნაწილში უპრიანი იქნება განვიხილოთ როგორც ბლოქჩეინი, ასევე, გონიერი კონტრაქტები ცალ-ცალკე და ვნახოთ – სად და როგორ იკვეთება ისინი ერთმანეთთან. პირველ რიგში, განვიხილოთ, რას ნიშნავს ბლოქჩეინი და როგორ იკვეთება იგი გონიერ კონტრაქტებთან მიმართებაში. ბლოქჩეინი არსებითად არის ჩანაწერების განაწილებული მონაცემთა ბაზა, ყველა გარიგების ან ციფრული მოვლენის საჭარო წიგნი (ჟურნალი), რომლებიც შესრულებულია და ნაწილდება მონაწილე მხარეებს შორის, თითოეული გარიგება საჭარო წიგნში (ჟურნალში) დასტურდება, სისტემაში მონაწილეთა უმრავლესობის თანხმობით. ბლოქჩეინი შეიცავს გარკვეულ და გადა-

მონუმენტად ჩანანერს ოდესმე განხორციელებული თითოეული გარიგების შესახებ. ბიტკოინი, დეცენტრალიზებული peer-to-peer ციფრული ვალუტა, არის ყველაზე პოპულარული მაგალითი, რომელიც იყენებს ბლოკჩეინის ტექნოლოგიას.<sup>23</sup> რაც შეეხება სმარტ-კონტრაქტებს, ისინი კომპიუტერული პროტოკოლებია, რომლებიც ასრულებენ კოდის წინასწარ განსაზღვრულ წესებს: სახელშეკრულებო პირობები ჩართულია პროგრამულ უზრუნველყოფაში, ზოგადად ბლოკჩეინზე (თუმცა ჭკვიანი კონტრაქტები სულაც არ უნდა იყოს დაფუძნებული ბლოკჩეინზე). ჭკვიანი კონტრაქტების შეცვლა შეუძლებელია რეტროაქტიული გზით და ავტომატურად შეასრულებს ან განახორციელებს იურიდიულ შეთანხმებებს (ანუ ხელშემკვრელი მხარეების ან მესამე მხარის თანამშრომლობის ჩარევის გარეშე) ბლოკჩეინზე ჩანერის შემდეგ. ჭკვიანი კონტრაქტი შეიძლება მხოლოდ ახდენდეს არსებული „ტრადიციული“ ხელშეკრულების გარკვეული პირობების ავტომატურ შესრულებას, მაგრამ ის ასევე შეიძლება ჩაითვალოს იურიდიული ხელშეკრულების დადების მტკიცებულებად (ანუ ჭკვიანი ხელშეკრულება თავად განსაზღვრავს იურიდიულ ურთიერთობას ხელშემკვრელ მხარეებს შორის).

ჭკვიანი კონტრაქტების ერთ-ერთი მთავარი უპირატესობა ის არის, რომ ისინი ყოველთვის შესრულდება ისე, როგორც არის დაშიფრული, მხარეთა ან მოსამართლის მონაწილეობის გარეშე, რაც მნიშვნელოვნად ამცირებს ხელშეკრულების შეუსრულებლობის შანსებს. მისი უარყოფითი მხარე ისაა, რომ ჭკვიანი კონტრაქტების ბლოკჩეინზე განთავსების შემდეგ, მათი შეცვლა შეუძლებელია – მაშინაც კი, თუ მხარეები მოგვიანებით შეთანხმდებიან ან

კანონი მოითხოვს ხელშეკრულების შეცვლას ან გაუქმებას – გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ჭკვიანი კონტრაქტის შეცვლის ვარიანტი შეიქმნა, როგორც ორიგინალი კოდი. ამასთან, შესაძლებელია ბლოკჩეინზე განთავსდეს ჭკვიანი კონტრაქტის განახლებული ვერსია, რომელიც გამოყენებული იქნება ძველი ვერსიის ნაცვლად.<sup>24</sup>

შესაბამისად, ჭკვიანი კონტრაქტები თვითრეგულირებადი კონტრაქტებია, რომლებიც შეიცავენ მხარეებს შორის ხელშეკრულების პირობებს. ხელშეკრულების პირობები იწერება კოდში. ჭკვიანი კონტრაქტი ხორციელდება Ethereum ბლოკჩეინის დეცენტრალიზებულ პლატფორმაზე. ჭკვიანი კონტრაქტი სტანდარტული ხელშეკრულების მსგავსია; თითოეულ მხარეს აქვს თავისი ვალდებულებების კომპლექსი, გარდა ჭკვიანი კონტრაქტებისა, ვალდებულებები წერია კომპიუტერულ კოდში. როგორც ვიცით, ჭკვიანი კონტრაქტები იყენებს ბლოკჩეინის ტექნოლოგიას (დეცენტრალიზებული წიგნი), რაც თვითნებურად ხორციელდება, რითაც აღმოფხვრის ყოველგვარი დამატებითი დადასტურების საჭიროებას.<sup>25</sup> ჭკვიანი კონტრაქტების გამოყენება რეალურ პრაქტიკაში კონტრაქტის მხარეებს საშუალებას მისცემს, მოახდინონ დახურვის პირობების სერიის კოდიფიკაცია. თითოეული მხარე მიუთითებს თითოეული პირობის დაკმაყოფილებაზე ცალმხრივად, მეორე მხარის ინდივიდუალური კომუნიკაციის გარეშე. მას შემდეგ, რაც ყველა დახურვის პირობა დაკმაყოფილდება, ჭკვიანი კონტრაქტი თავისით შესრულდება.

## დასკვნა

სტატიაში განხილული განხილული საკითხები წარმოადგენს სმარტ-კონტრაქტში გამოყენებული ბლოკჩეინ ტექნოლოგიის არსსა და სამართლებრივი პრობლემების

23 Stibbe, (30 Oct, 2019). The Research and Documentation Centre of the Dutch Ministry of Justice and Security (WODC) has recently published the report "Blockchain and the law", Blockchain and the law – Regulation for smart contracts on the way. <<https://www.stibbe.com/en/news/2019/october/blockchain-and-the-law---regulation-for-smart-contracts-on-the-way>> [ბოლო წვდომა: 15.05.2021]

24 იქვე.

25 Haverfield, W., (January 27, 2020). The Intersection of Blockchain and M&A: Smart Contracts in a Closing, <<https://www.walterhav.com/the-intersection-of-blockchain-and-ma-smart-contracts-in-a-closing>> [ბოლო წვდომა: 20.05.2021].

რეგულირების ანალიზს. აღნიშნული საკითხების საკანონმდებლო რეგულირება და მათი გამოყენება პრობლემატურია არა მხოლოდ საქართველოში, არამედ მსოფლიოს ბევრ ქვეყანაში. ასევე აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ სმარტ-კონტრაქტების გამოყენებით მხარეებს შეეძლება, შექმნან ერთიანი ქსელი, რომლითაც ხორციელდება მონაცემების გადაცემა შუამავლების გარეშე, რაც თავისთავად უზრუნველყოფს კონფიდენციალურობის დაცვას და ინფორმაციის გაჟონვისაგან თავის არიდებას.<sup>26</sup> სტატიაში განვიხილეთ როგორც ბლოქჩეინი, ასევე გონიერი კონტრაქტები, მათი როლი და საჭიროება თანამედროვე რეალობაში. აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ მსოფლიო ვითარდება და გადადის ცხოვრების ახალ სტილზე, რაც ბუნებრივია, ცვლილებს იწვევს ყველა სფეროში. ბლოქჩეინი მსოფლიოში ერთ-ერთ რევოლუციურ მოვლენად ითვლება, კერძოდ, მასზე საუბრობენ, რომ იგი არის მეოთხე ტექნიკური რევოლუციის ნაწილი, რაზეც თითქმის არავინ დავობს. მეცნიერები და ამ დარგში მოღვაწენი ამტკიცებენ, რომ ბლოქჩეინ ტექნოლოგია უზარმაზარ გავლენას მოახდენს ჩვენს ცხოვრებაზე მომდევნო წლებსა თუ ათწლეულებში. ბლოქჩეინისა და სმარტ-კონტრაქტების განხილვის შედეგად შეგვიძლია დავასკვნათ შემდეგი: გარიგების მონაწილე მხარეებს შეუძლიათ დაწმუნებული იყვნენ, რომ მათ მიერ ბლოქჩეინ ტექნოლოგიით განხორციელებული პროცედურა თუ გარიგება იქნება ნამდვილი და უსაფრთხო. ამის თქმის შესაძლებლობას ისიც იძლევა, რომ ჰეშ კოდი, რომელსაც ეს ტექნოლოგია შეიცავს, არის უნიკალური 32-ციფრიანი კოდი და არ მეორდება არცერთი სხვა ოპერაციის დროს, შესაბამისად, მისი შეცვლა ან გატეხვა წარმოუდგენელია (სტანდარტული კონტრაქტი).

ასევე, სტატიაში განხილულია ბლოქჩეინის და გონიერი კონტრაქტების რეგულირება არა მხოლოდ საქართველოს,

არამედ ევროპისა და ამერიკის მაგალითზე, რაც ნამდვილად საინტერესოა. აქვე უნდა ითქვას ისიც, რომ ეს ტექნოლოგია საქართველოში 2016 წლიდან არსებობს და საკმაოდ დიდი გზა გაიარა. ბლოქჩეინისა და სმარტ – კონტრაქტების არსებობა ნამდვილად შეცვლის სამყაროს და გადაიყვანს ცხოვრების ახალ ეტაპზე, სადაც ყველაფერი ბევრად მარტივი და უსაფრთხო იქნება, თუმცა გასათვალისწინებელია ის გარემოებაც, რომ ბლოქჩეინი დასარეგულირებელია საკანონმდებლო დონეზე, რათა უკეთ მოხდეს მის მიმართ საზოგადოებრივი ინტერესის გაღრმავება და შესწავლა. ასევე უნდა აღინიშნოს, რომ საქმე გვაქვს მათემატიკურ ალგორითმთან, კომპიუტერულ პროგრამასთან და რისკი იმისა, რომ რაიმე შეცდომა შესაძლოა მოხდეს – მაინც არსებობს. კერძოდ, ერთმა უმნიშვნელო შეცდომამაც კი შეიძლება საერთოდ შეცვალოს გარიგება და მოახდინოს მისი სრული კოლაფსი, რადგან, როგორც ვიცით, როდესაც ბლოქჩეინით ხდება სმარტ-კონტრაქტების დადება, მასვე ეძლევა დავალება, რომელიც ჩატვირთულია პროგრამულად და განსაზღვრულია – რას რა უნდა მოყვეს იმისათვის, რომ ხელშეკრულებამ მიიღოს დასრულებული ფორმა, ერთი პირობის შეუსრულებლობის შემთხვევაშიც კი, პროგრამა ვეღარ განახორციელებს შემდეგ ეტაპს, რაც ნიშნავს, რომ კონტრაქტი ვერც დაიდება და შესაბამისად ვერც შესრულება.

26 თეგელაშვილი, ს., (2021). სმარტ-კონტრაქტების სამართლებრივი ბუნება, 7(5), გვ. 165-175, <<https://doi.org/10.36475/7.5.11>>

# The Essence of the Blockchain Technology Used in the Smart Contract and Legal Problems

**Salome Tezelashvili**

*PhD student of the faculty of law at the Caucasus International University, Specialist of the Department of Law and Administration at the Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia*

**KEYWORDS:** Smart Contract, Blockchain, Bitcoin

## ABSTRACT

Blockchain and its practical realization as cryptocurrency in particular, is the subject of serious discussions both in the world of computer technology and in the financial industry. People who have been able to access the basic aspects of blockchain networking principles are quite quick to conclude that the origin and subsequent development of this technology could significantly change the picture of the modern world. A document created by Satoshi Nakamoto in 2008 what's more, the Bitcoin project was the first practical implementation, based on blockchain technology, which turned out to be unnoticed by the world at that time. However, during this period, there were still people who paid their attention to it, it was also because they had a professional interest. However after some time when the society noticed how fast the price of one Bitcoin was rising and reached thousands of dollars they realized that it was not funny and on the contrary had a great future<sup>27</sup>. The real representation of interest in blockchain projects started in the first half of 2016<sup>28</sup> From this period Georgia joins this project and the Public Registry is one of the first to start the land registration through blockchain.

27 ციხილოვი, ა. 2020. ბლოქჩეინი, პრინციპები და საფუძვლები, თბ. გვ. 6.

28 იქვე, გვ. 7.

ბიბლიოგრაფია:

1. ციხილოვი, ა., (2020). ბლოქჩეინი, პრინციპები და საფუძვლები, თბ. გვ. 6.
2. გაბისონია, ზ., (2019). შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, N3, გვ. 7, <<http://lawjournal.ge/index.php/3-2019>> (In Georgian)
3. ვარდანაძე, ნ., (2020). ბლოქჩეინის სამართლებრივი რეგულირება, სამაგისტრო ნაშრომი, გვ. 90.
4. ნოზაძე, ა., (2021). „ბლოქჩეინ“ ტექნოლოგიის გამოყენების სასტარტო პირობები და პერსპექტივები ქართულ ბიზნესში. სამეცნიერო ანალიტიკური ჟურნალი, გამომცემელი: თავისუფალი ეკონომიკისა და ბიზნესის ინსტიტუტი. <<http://geoeconomics.ge>; <http://geoeconomics.ge/?p=13216>>
5. მამალაძე, ლ., (2019). საქართველოსა და სხვა პოსტკომუნისტურ ქვეყნებში არსებული ეკონომიკური პრობლემები და მათი გადაჭრის გზები, ბლოქჩეინ ტექნოლოგია: საერთაშორისო გამოცდილება და საქართველო. „ეკონომიკა – XXI საუკუნე“, გვ. 304, <<http://conferenceconomics.tsu.ge/doc/2019%20-%20Internet%20Conference.pdf>>
6. საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტო, (თებერალი 20, 2015). საჯარო რეესტრი ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის დანერგვის მეორე ეტაპს იწყებს, <<https://napr.gov.ge/p/1508>>
7. თეზელაშვილი, ს., (2021) სმარტ-კონტრაქტების სამართლებრივი ბუნება, „სამართალი და მსოფლიო“, 7(5), გვ. 165-175, <<https://doi.org/10.36475/7.5.11>>
8. Iansiti, M., and Lakhani, K. R., (2022). The Truth About Blockchain. Harvard Business Review. <<https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>>
9. Crosby, M., Nachiappan, Pattanayak, P., Verma, S. & Kalyanaraman, V., (2 June, 2016), AIR Applied Innovation Review, Issue 2, p. 7. <<http://scet.berkeley.edu/wp-content/uploads/AIR-2016-Blockchain.pdf>> [ბოლო წვდომა: 24.05.2021]
10. Higgins, S., (Sep 11, 2021). Arizona Governor Signs Blockchain Bill Into Law, <<https://www.coindesk.com/>>, <<https://www.coindesk.com/arizona-governor-signs-blockchain-bill-law>>
11. Haverfield, W., (January 27, 2020). The Intersection of Blockchain and M&A: Smart Contracts in a Closing, <<https://www.walterhav.com/the-intersection-of-blockchain-and-ma>

BIBLIOGRAPHY:

1. Tsikhilov, A., (2020). Blockchain, Principles and Fundamentals, Tbilisi, p. 6. (In Georgian)
2. Gabisonia, Z., (2019). Georgian-German Journal of Comparative Law, #3, p. 7, <<http://lawjournal.ge/index.php/3-2019>> (In Georgian)
3. Vardanadze, N., (2020). Legal regulation of blockchain, MA thesis, p. 90. (In Georgian)
4. Nozadze, A., (2021). Starting conditions and perspectives of using "blockchain" technology in Georgian business. Scientific Analytical Journal, Publisher: Institute of Free Economics and Business. (In Georgian)
5. Mamaladze, L., (2019). Economic Problems in Georgia and Other Post-Communist Countries and Solutions, Blockchain Technology: International Experience and Georgia. "ECONOMY – XXI CENTURY", p. 304. <<http://conferenceconomics.tsu.ge/doc/2019%20-%20Internet%20Conference.pdf>> (In Georgian)
6. National Agency of Public Registry, (February 20, 2015). The public registry begins the second phase of the introduction of blockchain technology. <<https://napr.gov.ge/p/1508>> (In Georgian)
7. Tezelashvili, S., (2021). The Legal Nature of Smart Contracts. Law and World, 7(5), 165-175. <<https://doi.org/10.36475/7.5.11>> (In Georgian)
8. Iansiti, M., and Lakhani, K. R., (2022). The Truth About Blockchain. Harvard Business Review. <<https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>> (In English)
9. Crosby, M., Nachiappan, Pattanayak, P., Verma, S. & Kalyanaraman, V., (2 June, 2016), AIR Applied Innovation Review, Issue 2, p. 7, <<http://scet.berkeley.edu/wp-content/uploads/AIR-2016-Blockchain.pdf>> (In English)
10. Higgins, S., (Sep 11, 2021). Arizona Governor Signs Blockchain Bill Into Law, <<https://www.coindesk.com/>>; <<https://www.coindesk.com/arizona-governor-signs-blockchain-bill-law>> (In English)
11. Haverfield, W., (January 27, 2020). The Intersection of Blockchain and M&A: Smart Contracts in a Closing. <<https://www.walterhav.com/the-intersection-of-blockchain-and-ma-smart-contracts-in-a-closing>> (In English)
12. Clifford chance, (April 2018), BLOCKCHAIN, WHAT IT IS AND WHY IT'S IMPORTANT, p 2. <<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2019/12/blockchain-april-2018.pdf>> (In English)

- [smart-contracts-in-a-closing](#)>
12. Clifford chance, (April 2018), BLOCKCHAIN, WHAT IT IS AND WHY IT'S IMPORTANT, p 2. <<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2019/12/blockchain-april-2018.pdf>>
  13. Australian government department of industry science, energy and resources 2019, (February, 2020). THE NATIONAL BLOCKCHAIN ROADMAP, Progressing towards a blockchain-empowered future, p. 15-16, <<https://www.industry.gov.au/sites/default/files/2020-02/national-blockchain-roadmap.pdf>>
  14. Global Legal Insights, Blockchain & Crypto Currency Regulation, (2021). USA, <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-andregulations/usa>>
  15. The Economic Times, (1 February, 2022). Blockchain Strategy. <<https://economictimes.indiatimes.com/industry/banking/finance/8-best-cryptocurrency-to-invest-in-for-february-2022/article-show/89294758.cms>> [Date of last access: 01.02.2022]
  16. Stibbe, (30 October, 2019). The Research and Documentation Centre of the Dutch Ministry of Justice and Security (WODC) has recently published the report "Blockchain and the law", Blockchain and the law – Regulation for smart contracts on the way. <<https://www.stibbe.com/en/news/2019/october/blockchain-and-the-law---regulation-for-smart-contracts-on-the-way>> (In English)
  17. Tezelashvili, S., (2021). The Legal Nature of Smart Contracts. Law and World, 7(5), 165-175. <<https://doi.org/10.36475/7.5.11>>
  13. Australian government department of industry science, energy and resources 2019, (February, 2020). THE NATIONAL BLOCKCHAIN ROADMAP, Progressing towards a blockchain-empowered future, p. 15-16, <<https://www.industry.gov.au/sites/default/files/2020-02/national-blockchain-roadmap.pdf>> (In English)
  14. Global Legal Insights, Blockchain & Crypto Currency Regulation, 2021. USA, <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-andregulations/usa>> (In English)
  15. The Economic Times, (1 February, 2022). Blockchain Strategy. <<https://economictimes.indiatimes.com/industry/banking/finance/8-best-cryptocurrency-to-invest-in-for-february-2022/article-show/89294758.cms>> [Date of last access: 01.02.2022]
  16. Stibbe, (30 Oct, 2019). The Research and Documentation Centre of the Dutch Ministry of Justice and Security (WODC) has recently published the report "Blockchain and the law", Blockchain and the law – Regulation for smart contracts on the way. <<https://www.stibbe.com/en/news/2019/october/blockchain-and-the-law---regulation-for-smart-contracts-on-the-way>> (In English)
  17. Tezelashvili, S., (2021). The Legal Nature of Smart Contracts. Law and World, 7(5), 165-175. <<https://doi.org/10.36475/7.5.11>>

## NOTES:

1. Tsikhilov, A., (2020). Blockchain, Principles and Fundamentals, Tbilisi, p. 6
2. *Ibid*, p. 7
3. National Agency of Public Registry, (February 20, 2015). The public registry begins the second phase of the introduction of blockchain technology. <<https://napr.gov.ge/p/1508>> [Last seen: 15.01.2022]
4. Tsikhilov, A., (2020). Blockchain, Principles and Fundamentals, Tbilisi, p. 6
5. *Ibid*, p. 7
6. Iansiti, M., and Lakhani, K. R., (2022). The Truth About Blockchain. Harvard Business Review. <<https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>> [Last seen: 22.04.2021]
7. Mamaladze, L., (2019). Economic Problems in Georgia and Other Post-Communist Countries and Solutions, Blockchain Technology: International Experience and Georgia Economy. 21st Century, p. 303. <<http://conferenceconomics.tsu.ge/doc/2019%20-%20Internet%20Conference.pdf>> [Last seen: 12.05.2021]
8. *Ibid*.
9. Crosby, M., Nachiappan, Pattanayak, P., Verma, S. & Kalyanaraman, V., (2 June, 2016), AIR Applied Innovation Review, Issue 2, p. 7, <<http://scet.berkeley.edu/wp-content/uploads/AIR-2016-Blockchain.pdf>> [Last seen: 24.05.2021]
10. Cryptocurrency – is an electronic money, based on which is a blockchain system; Bitcoin – is the first decentralized digital currency, one of the means of electronic payment.
11. National Agency of Public Registry, (February 2, 2017). The second phase of the introduction of blockchain technology begins. <<https://napr.gov.ge/p/1508>> [Last seen: 12.05.2021]
12. Australian government department of industry science, energy and resources 2019, (February, 2020). THE NATIONAL BLOCKCHAIN ROADMAP, Progressing towards a blockchain-empowered future, p. 15, <<https://www.industry.gov.au/sites/default/files/2020-02/national-blockchain-roadmap.pdf>> [Last seen: 12.05.2021]
13. Australian government department of industry science, energy and resources 2019, (February, 2020). THE NATIONAL BLOCKCHAIN ROADMAP, Progressing towards a blockchain-empowered future, p. 15-16, <<https://www.industry.gov.au/sites/default/files/2020-02/national-blockchain-roadmap.pdf>> [Last seen: 12.05.2021]
14. Tsikhilov, A., (2020). Blockchain, Principles and Fundamentals, Tbilisi, p. 206
15. Gabisonia, Z., (2019). Georgian-German Journal of Comparative Law, #3, p. 7, <<http://lawjournal.ge/index.php/3-2019>>
16. National Agency of Public Registry, (February 20, 2015). The public registry begins the second phase of the introduction of blockchain technology. <<https://napr.gov.ge/p/1508>> [Last seen: 15.01.2022]
17. *Ibid*.
18. Vardanadze, N., (2020). Legal regulation of blockchain, MA thesis, p. 90
19. Nozadze, A., (2021). Starting conditions and perspectives of using "blockchain" technology in Georgian business. Scientific Analytical Journal, Publisher: Institute of Free Economics and Business. [Last seen: 12.05.2021]
20. Mamaladze, L., (2019). Economic Problems in Georgia and Other Post-Communist Countries and Solutions, Blockchain Technology: In-

- ternational Experience and Georgia. "ECONOMY – XXI CENTURY", p. 304. <<http://conferenceconomics.tsu.ge/doc/2019%20-%20Internet%20Conference.pdf>> [Last seen: 12.05.2021]
21. Global Legal Insights, Blockchain & Crypto Currency Regulation, 2021. USA, <<https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/usa>> [Last seen: 13.05.2021]
  22. Higgins, S., (Sep 11, 2021). Arizona Governor Signs Blockchain Bill Into Law, <<https://www.coindesk.com/>>, <<https://www.coindesk.com/arizona-governor-signs-blockchain-bill-law>> [Date of last see: 13.01.2022]
  23. The Block, Cryptocurrency concerns vs regulations in Europe: A guide, (March 9, 2021) <<https://blockchaintechnology-news.com/2021/03/cryptocurrency-concerns-vs-regulations-in-europe-a-guide>> [Last seen: 15.05.2021]
  24. The Economic Times, (1 February, 2022). Blockchain Strategy. <<https://economictimes.indiatimes.com/industry/banking/finance/8-best-cryptocurrency-to-invest-in-for-february-2022/articleshow/89294758.cms>> [Last seen: 01.02.2022]
  25. Stibbe, (30 Oct, 2019). The Research and Documentation Centre of the Dutch Ministry of Justice and Security (WODC) has recently published the report "Blockchain and the law", Blockchain and the law – Regulation for smart contracts on the way, <<https://www.stibbe.com/en/news/2019/october/blockchain-and-the-law---regulation-for-smart-contracts-on-the-way>> [Last seen: 15.05.2021]
  26. *Ibid*,
  27. Haverfield, W., (January 27, 2020). The Intersection of Blockchain and M&A: Smart Contracts in a Closing. <<https://www.walterhav.com/the-intersection-of-blockchain-and-ma-smart-contracts-in-a-closing>> [Last seen: 20.05.2021]
  28. Tezelashvili, S., (2021). The Legal Nature of Smart Contracts. Law and World, 7(5), 165-175. <<https://doi.org/10.36475/7.5.11>>



# სტრასბურგის სასამართლოს 2020 წლის იურისპრუდენცია

## ევა გოცირიძე

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

საკვანძო სიტყვები: იურისპრუდენცია, სტრასბურგის სასამართლო, ადამიანის უფლებები

## აბსტრაქტი

სტატია ეხება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2020 წლის პრეცედენტებს.

სტატიას არ გააჩნია სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის ამომწურავი ანალიზის განხორციელების ამბიციური მიზანი, ის მხოლოდ ცდილობს გარკვეული მნიშვნელოვანი საკითხების წარმოჩენას, რომელიც ასახავს სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის განვითარების მიმდინარე მიდგომებს და ტენდენციებს ან მიმართულებებს. სტატიაში განხილული იქნება შემდეგი საკითხები და საქმეები: სახელმწიფოს იურისდიქცია (მუხ. 1) და მისი კავშირი საჩივრის დასაშვებობასთან (სახელმწიფოთაშორისი დავა *Slovenia v. Croatia*, რომელიც ეხებოდა იმ იურიდიული პირისთვის კონვენციით გარანტირებული უფლებების სავარაუდო დარღვევას, რომელიც ვერ იქნება დაკვალიფიცირებული როგორც „არასამთავრობო ორგანიზაცია“ 34-ე მუხლის საფუძველზე); სასამართლოს უარი გარე ტერიტორიული იურისდიქციის აღიარების მხრივ, უცხოელი ეროვნების წარმომადგენელი პირების მიმართ, რომლებმაც ვიზის მიღებისთვის მიმართეს საზღვარგარეთის საელჩოს ან საკონსულოს (*M.N. and Others v. Belgium*); ევროკავშირში ლტოლვილის სტატუსის გარე ტერიტორიული გავლენა (*Shikaitov v. Slovakia*); სამართლიანი დაკმაყოფილე-

ბა რესპოდენტი ქვეყნის ტერიტორიის გარეთ არსებულ საკუთრებასთან მიმართებით და სასამართლოს გადაწყვეტილების არაპირდაპირი მბოჭავი ბუნება იმ სახელმწიფოზე, რომელიც არ იყო მხარე კონვენციის საფუძველზე წარმოებულ პროცედურაში (*Molla v. Greece*); სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის საკითხი (ნეგატიური ან პოზიტიური ვალდებულების დარღვევის ქრილში) ქმედებებისთვის, რომელიც ჩადენილ იქნა სახელმწიფოს წარმომადგენლის მიერ მის კერძო საქმიანობის ფარგლებში, და საკითხი თუ რამდენად და რა პირობების გათვალისწინებით წარმოშობს პასუხისმგებლობას კონვენციის წინაშე, დასტური სახელმწიფოს მხრიდან განხორციელებულ ქმედებებზე; ვალდებულებები ექსტრადიციის კონტექსტში და რასობრივად მოტივირებული დანაშაულის გამო პატიმრობიდან თვითნებური გათავისუფლება (*Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*); ოპოზიციური პოლიტიკური პარტიის პარლამენტის წევრის მხრიდან გამოხატვის თავისუფლების მნიშვნელობა (*Selhattin Demirtaş V. Turkey*); და ბრალდებულის მიერ მისი საქმის სასამართლო მოსმენისას საკუთარი თავის დაცვის დროს არსებული განცხადებების კონტექსტში, რამაც გამოიწვია მისი ბრალდება ცილისწამებისთვის (*Miljević v. Croatia*); მე-10 მუხლთან ბოიკოტის ორგანიზებული მოთხოვნის თავსებადობა და ზღვარი, რომელიც არასოდეს უნდა იქნეს დარღვეული გამოხატვის თავისუფლების უფლების რეალიზაციისას (*Baldassi and Others v. France*) და სხვა.

სტატიაში ხაზგასმულია, რომ სასამართლომ განავითარა რამდენიმე ახალი მიდგომა და პრინციპი მოწყვლადი ჯგუფების დასაცავად (ბოშათა თემი, თავშესაფრის მაძიებლები, ჰომოსექსუალები, ოჯახში ძალადობის ან ტრეფიკინგის მსხვერპლები, ბავშვები (მშობლებისგან ცუდი მოპყრობის გამო), ასევე, გვთავაზობს მეტად დეტალურ კრიტერიუმებს სისხლისსამართლებრივი დებულებების განჭვრეტადობის დადგენისთვის, „კანონის საფუძველზე შექმნილი ტრიბუნალის“ კონცეფცია (მე-6 მუხლის

მნიშვნელობის ფარგლებში) ან მეტ გარანტიებს პერსონალურ მონცემთა დაცვისთვის და ა.შ. ავტორის აზრით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მისდევს კონვენციის ჰარმონიულ განმარტებას საერთაშორისო სამართლის სხვა ინსტრუმენტებთან ერთად, და უკანასკნელ საქმეებში, აფართოებს სუბსიდიურობის პრინციპს, მათ შორის, გადაწყვეტილებებისთვის არაპირდაპირ მბოჭავი ძალის მინიჭების მხრივ იმ სახელმწიფოსთვის, რომელიც არ წარმოადგენს კონვენციის ფარგლებში წარმოშობილი ურთიერთობების მხარეს.

## შესავალი

სტრასბურგის ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მიერ 2020 წელს განიხილეს არაერთი მნიშვნელოვანი საქმე, რომლებმაც თავიანთი წვლილი შეიტანა სასამართლო იურისპრუდენციის განვითარებაში, კონვენციის დებულებების, ცალკეული კონცეპტებისა თუ ტერმინების შინაარსობრივი ფარგლების განსაზღვრის, პოზიციების დაზუსტების, ახალი მიდგომების შემუშავებისა თუ მანამდე შეუსწავლელი საკითხების დამუშავებაში. ამ სტატიის მიზანია თვალის მიგადევნოთ, მათ შორის კრიტიკულად, სასამართლო მიერ შემოთავაზებულ სიახლეებს და დავაკვირდეთ განვითარების მიმართულებებსა და ტენდენციებს. სტატია, ცხადია, მიზნად არ ისახავს სასამართლო 2020 წლის იურისპრუდენციის სრულ და ამომწურავ ანალიზს, ვინაიდან ეს ერთი სტატიის ფორმატისათვის შეუფერებელი და განუხორციელებადი მიზანი იქნებოდა. ჩვენი მიზანია მხოლოდ რამდენიმე სიახლეზე ყურადღების გამახვილება.

## სასამართლოს იურისდიქცია და საჩივრის დასაშვებობა

ამ მიმართებით საინტერესო იყო სახელმწიფოთაშორისო საქმე *Slovenia v. Croatia*.<sup>1</sup> იგი იმითაა საყურადღებო, რომ მასში ერთმანეთშია გადაჯაჭვული იურისდიქციისა და საჩივრის დასაშვებობის საკითხები. საქმე შეხებოდა სასამართლოს იურისდიქციას, კონვენციის 34-ე მუხლის მიზნებისათვის განეხილა სახელმწიფოთაშორისო საჩივარი, რომელშიც ნაგულგები იყო ისეთი იურიდიული ორგანიზაციის უფლებების დარღვევა, რომელიც არ წარმოადგენდა „არასამთავრობო ორგანიზაციას“. დიდი პალატის ეს გადაწყვეტილება საგულისხმოა ორი ასპექტით: ჯერ ერთი, მან განმარტა განსხვავება „იურისდიქციასა“ და „დასაშვებობას“ შორის კონვენციის 32-ე და 35-ე მუხლების გაგებით; გარდა ამისა, უპასუხა კითხვას, შეუძლია თუ არა ხელშემკვრელ მხარეს გამოიყენოს სახელმწიფოთაშორისო პროცედურა ისეთი იურიდიული ორგანიზაციის ინტერესების დასაცავად, რომელსაც თავად არ შეუძლია ინდივიდუალური საჩივრით მიმართოს სასამართლოს კონვენციის 34-ე მუხლის საფუძველზე.

ეს სახელმწიფოთაშორისო საქმე შეეხებოდა სლოვენის მთავრობის საჩივარს ხორვატიის წინააღმდეგ ლიუბლიანას ბანკის მიმართ ჩადენილი სავარაუდო დარღვევების გამო. კერძოდ: სლოვენის მთავრობამ სასამართლოში შეიტანა სახელმწიფოთაშორისო საჩივარი ხორვატიის წინააღმდეგ (კონვენციის 33-ე მუხლი), რომელშიც ნავარაუდები იყო მთელი რიგი დარღვევები ლიუბლიანას ბანკის მიმართ, რომელიც ნაციონალიზებულ იქნა სლოვენის სახელმწიფოს მიერ ყოფილი იუგოსლავიისაგან დამოუკიდებლობის გამოცხადების შემდეგ და რომელსაც იმხანად აკონტროლებდა მემკვიდრე ფონდი – სლოვენის სამთავრობო სააგენტო.

საქმე ისაა, რომ მანამდე საკუთრივ

ლიუბლიანას ბანკს ჰქონდა შეტანილი ინდივიდუალური საჩივარი იმავე საკითხებზე ევროპულ სასამართლოში და ის სასამართლოს მიერ დაუშვებლად იყო ცნობილი *ratione personae* საფუძველით (იხ. საქმე *Ljubljanska Banka D.D. v. Croatia*<sup>2</sup>), ვინაიდან, ეს ბანკი, მართალია, ცალკე იურიდიულ ორგანიზაციას წარმოადგენდა, მაგრამ არ სარგებლობდა სახელმწიფოსაგან საკმარისი ინსტიტუციური და სამოქმედო დამოუკიდებლობით და ამიტომ ვერ ჩაითვლებოდა „არასამთავრობო“ (non-governmental) ორგანიზაციად, ვისაც კონვენციის 34-ე მუხლის საფუძველზე ინდივიდუალური საჩივრის შეტანა შეეძლო. შესაბამისად, ამ ბანკის ინტერესების დასაცავად მთავრობის მიერ შემოტანილი სახელმწიფოთაშორისო საჩივრის განხილვისას, სასამართლოს წინაშე დადგა საკითხი – წარმოეშვა თუ არა მას ამის გამო იურისდიქცია და გააჩნდა თუ არა უფლებამოსილება, განეხილა სახელმწიფოთაშორისო საჩივარი, რომელიც მიზნად ისახავდა ისეთი ორგანიზაციის უფლებების დაცვას, რომელიც არ წარმოადგენდა „არასამთავრობო ორგანიზაციას“ კონვენციის 34-ე მუხლის მიზნებისათვის.

დიდმა პალატამ დაადგინა, რომ ხელშემკვრელ მხარეს არ შეეძლო გამოეყენებინა სახელმწიფოთაშორისო პროცედურა ისეთი ორგანიზაციის ინტერესების დასაცავად, რომელსაც თვითონ არ შეეძლო ინდივიდუალური საჩივრით სასამართლოსთვის მიმართვა. ვინაიდან ეს ბანკი სახელმწიფო სააგენტოს მხრიდან კონტროლდებოდა და არ წარმოადგენდა არასამთავრობო ორგანიზაციას, არც მომჩივან მთავრობას შეეძლო მისი ინტერესების დასაცავად სახელმწიფოთაშორისო საჩივრის შეტანა. შესაბამისად, არ არსებობდა იურისდიქცია – მიეღო ეს საჩივარი განსჯადობით.

სასამართლომ ეს გადაწყვეტილება დააყრდნო სამ ძირითად არგუმენტს:

**პირველ რიგში**, დიდმა პალატამ გამოიყენა ზოგადი პრინციპი, რომლის შესაბა-

1 *Slovenia v. Croatia* (dec.) [GC], no. 54155/16, 18 November 2020.

2 *Ljubljanska Banka D.D. v. Croatia* (dec.), no. 29003/07, 12 May 2015.

მისად, კონვენცია წაკითხული უნდა იქნეს როგორც ერთი მთლიანობა და აგებული იმგვარად, რომ ხელი შეუწყოს მის დებულებებს შორის ლოგიკურ შეთავსებადობასა და თანმიმდევრულობას – მათ შორის, იურისდიქციულ და პროცედურულ დებულებებს შორის, როგორებიცაა კონვენციის 33-ე და 34-ე მუხლები. ეს იმას გულისხმობდა, რომ „არასამთავრობო ორგანიზაციის“ მნიშვნელობა და ფარგლები ერთი და იგივე უნდა ყოფილიყო ორივე ამ დებულებისათვის.

**მეორე**, დიდმა პალატამ მხედველობაში მიიღო კონვენციის, როგორც ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულების სპეციფიკური ბუნება, რაც საყოველთაოდ არის აღიარებული საერთაშორისო სამართლით. სასამართლომ მიუთითა, რომ თვით სახელმწიფოთაშორისო საქმეშიც ეს მხოლოდ ინდივიდი იყო, რომელიც პირდაპირ ზიანს განიცდიდა კონვენციის დარღვევის გამო; სხვა სიტყვებით, მხოლოდ ფიზიკურ პირებს, ფიზიკურ პირთა ჯგუფს ანდა იურიდიულ პირს, რომელიც „არასამთავრობო ორგანიზაციას“ განეკუთვნებოდა, შეეძლოთ აღჭურვილი ყოფილიყვნენ კონვენციის უფლებებით, მაგრამ არა ხელშემკვრელ სახელმწიფოს ანდა მისთვის მიკუთვნებულ იურიდიულ პირს.

**მესამე**, დიდმა პალატამ ლოგიკური დასკვნა გამოიტანა იმ პრინციპიდან, რომელიც დაადგინა სამართლიანი დაკმაყოფილების გადაწყვეტილებაში საქმეზე *Cyprus v. Turkey*,<sup>3</sup> რომლის მიხედვით, ნებისმიერი სამართლიანი დაკმაყოფილებით, რომლის მინიჭებაც ხდება სახელმწიფოთაშორისო საქმის ფარგლებში, უნდა ისარგებლოს კონკრეტულმა ინდივიდუალურმა მსხვერპლმა და არა თავად სახელმწიფომ.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დიდმა პალატამ აღნიშნა, რომ მოცემულ საქმეში, იგი ვერ ხედავდა მიზეზებს, უარი ეთქვა იმ დასკვნებზე, რაც გაკეთდა ლიუბლიანის ბანკის (*Ljubljanska Banka D.D v. Croatia*) ინდივიდუალურ საჩივარზე მი-

ღებულ გადაწყვეტილებაში, სადაც ითქვა რომ ეს ბანკი არ წარმოადგენდა „არასამთავრობო ორგანიზაციას“ კონვენციის 34-ე მუხლის მიზნებისათვის. აქედან გამომდინარე, არც მომჩივან მთავრობას შეეძლო მისი ინტერესების დასაცავად სახელმწიფოთაშორისო საჩივრის შეტანა სასამართლოში.

სასამართლომ თავისი სამართალი პროცედურის მიმართულებითაც განავითარა. იმის გადაწყვეტამდე, იყო თუ არა წინამდებარე საჩივარი შეთავსებადი კონვენციის 33-ე მუხლთან, დიდ პალატას უნდა ეპასუხა კითხვაზე, შეეძლო თუ არა მას ეს საკითხი გადაეწყვიტა პროცედურის მისაღების სტადიაზე. საქმე ისაა, რომ კონვენციის მიხედვით, სახელმწიფოთაშორისო საჩივრის დაუშვებლად გამოცხადება 35-ე მუხლის საფუძველზე ნებადართული იყო მხოლოდ შიდა სამართლებრივი მისაგებლის ამოუწურაობის ან ვადის დარღვევის საფუძველით. დასაშვებობის სხვა კრიტერიუმებით შეფასება დატოვებული იყო პოსტ-დასაშვებობის სტადიაზე საქმის არსებითი განხილვის დროს. ამის მიუხედავად, დაეყრდნო რა საერთაშორისო ტრიბუნალების მხრიდან იურისდიქციის განხორციელების ძირითად პრინციპებს, დიდმა პალატამ მიიჩნია, რომ არაფერი აბრკოლებდა მას, უკვე დასაშვებობის სტადიაზე გადაეწყვიტა საკითხი, გააჩნდა თუ არა მას კომპეტენცია, შესდგომოდა მის წინაშე დაყენებული საკითხების განხილვას. სხვა სიტყვებით, მან დაადგინა, რომ სასამართლოს შეეძლო სახელმწიფოთაშორისო საჩივრის უკუგდება მისი დაუშვებლად გამოცხადების გარეშე, თუკი თავიდანვე ცხადი იყო საჩივრის სრული უსაფუძვლობა, ანდა არ არსებობდა ნამდვილი ბრალდების მოთხოვნები კონვენციის 33-ე მუხლის გაგებით.

დიდმა პალატამ აღნიშნა, რომ ამ ასპექტში საკვანძოს საკითხს წარმოადგენდა იმის შეფასება, შეეძლო თუ არა კონვენციას, როგორც ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულებას, „არასამთავრობო“ იურიდიული ორგანიზაციისათვის სუბიექტური უფლების შექმნა არ მიეჩნია „დასაშვებად“,

3 *Cyprus v. Turkey* (just satisfaction) [GC], no. 25781/94, ECHR 2014.

რამდენადაც იგი არ შეესატყვისებოდა კონვენციის 35-ე მუხლით დადგენილ დასაშვებობის არცერთ კრიტერიუმს და იმგვარ საკითხს უფრო წარმოადგენდა, რომელიც კონვენციის მექანიზმის მიღმა გადიოდა და საერთაშორისო სამართლის ზოგად საკითხებს მიემართებოდა. საბოლოოდ, სასამართლომ დაასკვნა, რომ ეს იყო სასამართლოს „იურისდიქციისათვის“ მიკუთვნებულობის საკითხი 32-ე მუხლის გაგებით და, როგორც ასეთი, შეიძლება განხილვას დაქვემდებარებოდა პროცედურის ნებისმიერ ეტაპზე.

### ესტრატეგიული იურისდიქციის უარყოფა ვიზის მოთხოვნების განხილვის კონტექსტში

საქმე *M.N and Others v. Belgium*<sup>4</sup> იმით გახდა საინტერესო, რომ მასში მომჩივანმა დააყენა სახელმწიფოს ექსტრატერიტორიული იურისდიქციის საკითხი ისეთ ასპექტებთან მიმართებაში, რომელიც ადრე არ ყოფილა განხილვის საგანი. ცნობილია, რომ კონვენციით დადგენილი საერთო საერთო წესისამებრ, კონვენციის წინაშე ხელშემკვრელი მხარეების პასუხისმგებლობა ტერიტორიული იურისდიქციის მიხედვით ყალიბდება. თუმცა, პრაქტიკამ არაერთგზის მოითხოვა ზოგიერთ გარემოებებში კონვენციის ხელშემკვრელი მხარეების ექსტრატერიტორიული იურისდიქციის აღიარება განსაკუთრებულ შემთხვევებში, როდესაც სახელმწიფო, თავისი კუთვნილი ტერიტორიის გარეთაც, განსაზღვრულ ტერიტორიაზე, პასუხისმგებელია კონვენციის უფლებების დარღვევისათვის. ეს მაშინ ხდება, როდესაც იგი ამ ტერიტორიაზე ახორციელებს ეფექტიან კონტროლს. ამის თაობაზე, სასამართლოს უკვე კარგად დამკვიდრებული პრაქტიკა არსებობს.<sup>5</sup> თუმცა,

პრაქტიკაში წამოიჭრება ხოლმე სხვა, განსხვავებული სადავო შემთხვევებიც, სადაც მომჩივნებს ნაგულვები აქვთ ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ექსტრატერიტორიული იურისდიქცია და გარკვეული საამისო არგუმენტებიც გააჩნიათ. მაგალითად, წინამდებარე საქმეზე წარმოიშვა საკითხი, ახორციელებდა თუ არა სახელმწიფო საზღვარგარეთ გამწესებული დიპლომატიისა თუ საკონსულოს აგენტების საქმიანობის კონტროლს და, მაშასადამე, იურისდიქციას იმ ინდივიდებზე, ვისაც ვიზის მოთხოვნები ჰქონდა შეტანილი ამ ქვეყნის საელჩოებსა და საკონსულოებში საზღვარგარეთ; ქმნიდა თუ არა იურისდიქციულ კავშირს სახელმწიფოს გადაწყვეტილება ვიზაზე უარის შესახებ და მომჩივნის მიერ ამ უარის გაპროტესტება ამ ქვეყნის შიდა სასამართლოებში.

მოცემულ საქმეზე მომჩივნებს წარმოადგენდნენ სირიელი წყვილი და მათი ორი მცირეწლოვანი შვილი, რომლებიც მოგზაურობდნენ ბეირუთში. მათ ბეირუთში არსებულ ბელგიის საელჩოში შეიტანეს მოთხოვნა მოკლევადიანი ვიზის მიღებაზე, რომელიც მათ ბელგიაში მოგზაურობის შესაძლებლობას მისცემდა. იქ კი ისინი აპირებდნენ თავშესაფრის მისაღებად მიემართათ ალექსოში კონფლიქტის გამო. უცხოელთა საქმეების უწყებამ ბელგიაში მათ მოთხოვნას უარი უთხრა. მომჩივნებმა გააპროტესტეს ეს უარი ბელგიის სასამართლოებში, თუმცა, წარუმატებლად. კონვენციის მე-3 და მე-13 მუხლების საფუძველზე შეტანილ საჩივრებში მათ მიუთითეს, რომ ეს უარი ნიშნავდა არასათანადო მოპყრობის რისკის ქვეშ მათ დატოვებას; რომ, იმავდროულად, მათ არ გააჩნდათ ქმედითი მისაგებელი და რომ კონვენციის მე-3

4 *M.N. and Others v. Belgium* (dec.) [GC], no. 3599/18, 5 May 2020.  
5 სასამართლოს არაერთხელ უდიარებია ხელშემკვრელი სახელმწიფოების ექსტრატერი-

ტორიული იურისდიქცია მათ სახელმწიფო ტერიტორიის მიღმა ტერიტორიებზე ჩადენილი ადამიანის უფლებათა დარღვევებისათვის (მაგალითად, იხილეთ: *Loizidou v. Turkey, Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia, Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia, Chiragov and Others v. Armenia, Sargsyan v. Azerbaijan, Jaloud v. Netherlands*).

(§1) და მე-13 მუხლებიც დარღვეული იყო.

პალატის მხრიდან დიდი პალატისათვის იურისდიქციის გადაბარების შემდეგ, დიდმა პალატამ საჩივარი დაუშვებლად გამოაცხადა. რაც შეეხებოდა მე-3 და მე-13 მუხლების სავარაუდო დარღვევას, მიიჩნია, რომ მომჩივნები არ იყვნენ ბელგიის იურისდიქციის ქვეშ. ამგვარად, დიდმა პალატამ კითხვაზე – ახორციელებდა თუ არა სახელმწიფო კონტროლს და, შესაბამისად, იურისდიქციას, იმ ინდივიდებზე, რომლებსაც შეჰქონდათ ვიზის მოთხოვნები ამ ქვეყნების საელჩოებსა და საკონსულოებში საზღვარგარეთ – ნეგატიური პასუხი გასცა და ისიც განმარტა, რომ არც ამ ქვეყნების სასამართლოებში მიღებული უარის გასაჩივრება წარმოშობდა იურისდიქციულ უკუკავშირს (jurisdictional link). მე-6 მუხლთან მიმართებაში კი მიიჩნია, რომ მოცემულ შემთხვევაში, იურისდიქციის საკითხის მიმართ მე-6 (§1) მუხლი არ იყო გამოყენებადი, რადგან აღსრულების პროცედურები არ შეეხებოდა „სამოქალაქო“ უფლებებს პრეცედენტული სამართლის გაგებით.

სასამართლომ თანმიმდევრობით განიხილა შემდეგი საკითხები: პირველ რიგში, შეაფასა, ახორციელებდა თუ არა სახელმწიფო საზღვარგარეთ გამწესებული დიპლომატების ან საკონსულოს აგენტების მხრიდან გარკვეული ქმედებებისა თუ უმოქმედობის გზით ეფექტიან კონტროლს ან ხელისუფლებას იმ მომჩივნებზე, რომლებსაც ვიზის მოთხოვნები ჰქონდათ შეტანილი. სასამართლომ მხედველობაში მიიღო, რომ მომჩივნები არასოდეს ყოფილან ბელგიის სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, არც მანამდე არსებობდა ოჯახურ ან პირად ცხოვრებაზე მიბმული რაიმე კავშირები ამ სახელმწიფოსთან. არც იმგვარად ყოფილა საკითხი სასამართლოს წინაშე დაყენებული, თითქოს იურისდიქციული კავშირი გაჩნდა რაიმე კონტროლის შედეგად, რომელსაც ბელგიის მთავრობა თითქოს ახორციელებდა სირიის ან ლიბანის ტერიტორიაზე.

დამატებით, სასამართლომ არარელევანტურად მიიჩნია საკითხი, თუ კერძოდ ვინ

(ბელგიის ხელისუფლება სახელმწიფოს ტერიტორიაზე თუ მისი აგენტები საზღვარგარეთ) იყო პასუხისმგებელი ვიზის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღებაში. სასამართლომ ამ საქმის გარემოებები შეადარა ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის მიერ შექმნილ იმ პრეცედენტებს, რომლებიც შეეხებოდა სწორედ დიპლომატიური აგენტების ქმედებებსა თუ უმოქმედობას (*X v. Germany* 6; *X v. the United Kingdom*<sup>7</sup>; *S. v. Germany*<sup>8</sup> და *M. v. Denmark*<sup>9</sup>). შედარების შედეგად სასამართლომ დაადგინა, რომ ამ საქმეში არ არსებობდა ამ საქმეებისთვის დამახასიათებელი არცერთი მნიშვნელოვანი ნიშანი. კერძოდ, მომჩივნები არ იყვნენ ბელგიის მოქალაქეები, რომლებიც ეძიებდნენ მათი ქვეყნის საელჩოს დახმარებას; გარდა ამისა, ეს დიპლომატები არასდროს, დროის არცერთ მონაკვეთში არ ახორციელებდნენ მომჩივნებზე დე ფაქტო კონტროლს, რომლებმაც თავისუფლად გააკეთეს არჩევანი და გადაწყვიტეს, მიემართათ ბეირუთში ბელგიის საელჩოსათვის და არა რომელიმე სხვა ქვეყნის საელჩოსათვის ვიზის განაცხადის შესატანად. შესაბამისად, ისინი სრულად თავისუფალი იყვნენ დაეტოვებინათ ბელგიის საელჩო ყოველგვარი დაბრკოლების გარეშე. სასამართლომ მხედველობაში მიიღო აგრეთვე სასამართლოს პრაქტიკა ისეთ სიტუაციებთან მიმართებაში, სადაც სახელმწიფოს წარმომადგენლები, რომლებიც საქმიანობდნენ სახელმწიფოს ტერიტორიის გარეთ, შენობების, თვითმფრინავებისა თუ გემების კონტროლის მეშვეობით ახორციელებდნენ ფიზიკურ კონტროლს იქ მყოფი ადამიანების მიმართ (*Issa and Others v. Turkey*<sup>10</sup>; *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United*

6 *X v. Germany*, no. 1611/62, Commission decision of 25 September 1969, unreported.

7 *X v. the United Kingdom*, no. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, Decisions and Reports 12, p. 73.

8 *S. v. Germany*, no. 10686/83, Commission decision of 5 October 1984, Decisions and Reports 40, p. 291.

9 *M. v. Denmark*, no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, Decisions and Reports 73, p. 193.

10 *Issa and Others v. Turkey*, no. 31821/96, 16 November 2004.

*Kingdom*<sup>11</sup>; *Medvedyev and Others v. France*<sup>12</sup>; *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*<sup>13</sup>; and *Hassan v. the United Kingdom*<sup>14</sup>).

სასამართლომ დაასკვნა, რომ ბელგიის სახელმწიფო აგენტების მხრიდან ადმინისტრაციული კონტროლის განხორციელება საელჩოების შენობებზე არ იყო საკმარისი იმის სამტკიცებლად, რომ ყველა პირი, ვინც ამ შენობაში შევიდოდა, ავტომატურად ხვდებოდა ბელგიის იურისდიქციის ქვეშ. დაბოლოს, ამ საქმის კონტექსტი მთლიანად განსხვავდებოდა საქმეებისაგან, სადაც მომჩივნები, თეორიულად, იმყოფებოდნენ შესაბამისი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე ან მის საზღვარზე, და, მაშასადამე, აშკარად ხვდებოდნენ ამ სახელმწიფოს იურისდიქციის ქვეშ. ამგავარად, ექსტრატერიტორიული იურისდიქცია ამ საქმეში არ წარმოიშობოდა.

თუმცა, ამ საქმის მომჩივნები სხვა კონტექსტსაც მიუთითებდნენ იურისდიქციული კავშირის დასადასტურებლად. საქმე ისაა, რომ მომჩივნებმა ბელგიის საელჩოს უარი ვიზის მიღებაზე გააპროტესტეს ბელგიის სასამართლოებში. მათი აზრით, სწორედ ეს ქმნიდა უტყუარ იურისდიქციულ კავშირს ბელგიის სახელმწიფოსთან, თუმცა, როგორც ზემოთაც აღვნიშნეთ, ამაზეც ნეგატიური პასუხი გასცა დიდმა პალატამ.

მან დაადგინა, რომ მომჩივნები იურისდიქციული კავშირის არსებობას ვერ დააფუძნებდნენ იმ გარემოებას, რომ მათ ვიზის მიღებაზე უარის გადაწყვეტილება ბელგიის სასამართლოებში გაასაჩივრეს და რომ მომჩივანთა მოსაზრებებს არავითარი დასაყრდენი არ გააჩნდა სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალში. აქვე უნდა ითქვას, რომ დიდი პალატა სხვაგვარ გადაწყვეტილებას მიიღებდა, საქმე კონვენციის მე-6 მუხლის ქრილში რომ

ყოფილიყო წარმოდგენილი, მაგრამ, საქმეც ისაა, რომ დიდმა დიდმა პალატამ მიიჩნია, რომ საქმე არ შეეხებოდა კონვენციის მე-6 მუხლით გათვალისწინებულ „სამოქალაქო ხასიათის უფლებას“, რომელიც სამართლიანი განხილვის მოთხოვნებს უკავშირდებოდა. შესაბამისად, მან მე-6 მუხლის გამოყენებადობაც არ ცნო. ამ მიმართებაში, სასამართლო რამდენიმე წინა გადაწყვეტილებას შეეხო (*Markovic and Others v. Italy*<sup>15</sup> და *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*<sup>16</sup>), თუმცა, მომჩივნების საქმე ამ საქმეებისაგან ძლიერად განსხვავებულად მიიჩნია, რამდენადაც მომჩივნების საქმე შეეხებოდა კერძო პირების მიერ აღძრულ ადმინისტრაციულ პროცედურებს, რომლებსაც არავითარი კავშირი არ გააჩნდათ სახელმწიფოსთან. სასამართლომ დაასკვნა, რომ მომჩივანთა პოზიციას არავითარი დასაყრდენი არ გააჩნდა სასამართლოს პრეცედენტებში. მისგან განსხვავებით, მთავრობის პოზიცია გამყარებული იყო სასამართლოს გადაწყვეტილებით საქმეზე *Abdul Wahab Khan v. The United Kingdom*<sup>17</sup>, სადაც სასამართლომ მიუთითა:

15 *Markovic and Others v. Italy* [GC], no. 1398/03, ECHR 2006-XIV. საქმე შეეხებოდა ზიანის ანაზღაურების საკითხზე სამოქალაქო პროცედურას, რომელიც აღძრული იყო ყოფილი სერბიისა და მონტენეგროს მოქალაქეების მიერ იტალიის სასამართლოების წინაშე მათი ნათესავების სიკვდილის ფაქტებთან დაკავშირებით, რაც შედეგად მოჰყვა ნატოს საჭაერო თავდასხმებს. ამ საქმეში სასამართლომ დაუშვებლად ცნო მომჩივნების ყველა საჩივარი იურისდიქციის არარსებობის გამო გარდა საჩივრისა, რომელიც მე-6 მუხლს შეეხებოდა.

16 *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], no. 36925/07, 29 January 2019. ამ საქმეში დადასტურდა თურქეთის ექსტრატერიტორიული იურისდიქცია კუნძულ კვიპროსზე სიკვდილის ფაქტებთან დაკავშირებით, რამდენადაც საქმე შეეხებოდა სისხლისსამართლებრივ პროცედურას, რომელიც აღძრული იყო თურქეთის ინიციატივით (რომელიც ახორციელებდა კონტროლს „ჩრდილოეთ კვიპროსის თურქულ რესპუბლიკაზე“) მე-2 მუხლის საფუძველზე მისი პროცედურული ვალდებულებების კონტექსტში.

17 *Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom*, (dec.), no. 11987/11, 28 January 2014.

11 *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR 2010.  
12 *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010.  
13 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, ECHR 2012  
14 *Hassan v. the United Kingdom* [GC], no. 29750/09, ECHR 2014.

„სასამართლო ამ გადაწყვეტილებით ნათელი გახდა, რომ: მხოლოდ და მხოლოდ ფაქტი მომჩინის მიერ პროცედურის წამოწყებისა იმ ხელშემკვრელი სახელმწიფოს წინააღმდეგ, რომელთანაც არაფერი აკავშირებს, საკმარისი არ არის მის მიმართ სახელმწიფოს იურისდიქციის აღიარებისათვის... სასამართლო მიიჩნევს, რომ სხვაგვარი გადაწყვეტა იმის ტოლფასი იქნებოდა, რომ დაგვეფუძნებინა კონვენციის თითქმის საყოველთაო გამოყენება ინდივიდების ცალმხრივი არჩევანის საფუძველზე, იმის მიუხედავად, თუ მსოფლიოს რა ნაწილში იმყოფებიან და, ამ გზით, დაგვედგინა ხელშემკვრელი სახელმწიფოების განუსაზღვრელი ვალდებულება, ქვეყანაში შესვლის ნება მიეცა ყველასათვის, ვინც, მისი იურისდიქციის გარეთ, შეიძლება ექვემდებარებოდეს კონვენციის საწინააღმდეგო მოპყრობის რისკს...“

საბოლოო ჯამში, შეიძლება ითქვას, რომ დიდმა პალატამ უარი თქვა ხელშემკვრელი სახელმწიფოების იურისდიქციის არაგონივრულ განვრცობაზე და არ დაავალდებულა ხელშემკვრელი სახელმწიფოები ქვეყანაში შესვლის ნება მიეცა ყველასათვის, ვინც შეიძლება, მისი იურისდიქციის გარეთ, ექვემდებარებოდეს კონვენციის საწინააღმდეგო მოპყრობას. მან დაადასტურა და გაიმეორა თავისი უკვე შემუშავებული მიდგომა, რომლის თანახმადაც, მხოლოდ და მხოლოდ ფაქტი მომჩინის მიერ პროცედურის წამოწყებისა იმ ხელშემკვრელი სახელმწიფოს წინააღმდეგ, რომელთანაც არაფერი აკავშირებს, საკმარისი არ არის მის მიმართ სახელმწიფოს იურისდიქციის აღიარებისათვის. დიდმა პალატამ მიიჩნია, რომ კონვენციის ფარგლების ამგვარი გაფართოება ნეგატიურ ეფექტს იქონიებდა საერთაშორისო საჯარო სამართლის კარგად დამკვიდრებულ პრინციპზე, რომლის მიხედვითაც, ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს, რომლებიც ექვემდებარებიან სახელმწიფოებო ვალდებულებებს, უფლება აქვთ, გააკონტროლონ სახელმწიფო ტერიტორიაზე უცხოელთა შესვლა, ცხოვრება

და გაძევება (*Ilias and Ahmed v. Hungary*)<sup>18</sup>.

დაბოლოს, დიდმა პალატამ მიუთითა, რომ ზემოაღნიშნული დასკვნები არ აბრკოლებდა სახელმწიფოებს, გაემართებინათ თავშესაფრის ძიებასთან დაკავშირებული პროცედურები მათი საელჩოებისა თუ საკონსულოების მეშვეობით.<sup>19</sup>

## ექსტრატერიტორიული ეფექტი ევროპის კავშირის ფარგლებში

საქმე *Shiksaitov v. Slovakia*<sup>20</sup> გადაწყვეტილება შეიცავს ახლებურ ფაქტობრივ მატრიცას – ევროპის კავშირის ერთ ქვეყანაში ბოძებული თავშესაფრის სტატუსის ექსტრატერიტორიულ ეფექტს ევროპის კავშირის სხვა ქვეყანაში. ეს საქმე შეეხებოდა ევროპის კავშირის წევრ ქვეყანაში მომჩინის (რომელიც უკვე იყო ლტოლვილად მიჩნეული ევროპის კავშირის სხვა წევრ ქვეყანაში) დაპატიმრებას მისი წარმოშობის ქვეყანაში ექსტრადიციის დასაშვებობის შემონიშნების მიზნით. სასამართლოს მოუწია გადაწყვიტა, დაიცავდა თუ არა შვედეთში მოპოვებული სტატუსი პირს დაპატიმრებისა და ექსტრადიციისგან სლოვაკეთის მხრიდან, საიდანაც იგი იყო მოთხოვნილი რუსეთის ფედერაციის მიერ.

მომჩინვანს, ჩეხური წარმოშობის რუსეთის მოქალაქეს, მინიჭებული ჰქონდა თავშესაფარი (მუდმივი დარჩენის ნებართვა) შვედეთში 2011 წელს მისი პოლიტიკური მოსაზრებების გამო. 2015 წლის იანვარში, ის დააპატიმრეს სლოვაკეთში დაპატიმრების საერთაშორისო ორდერის საფუძველზე, რომელიც გამოცემული იყო მის წინაა-

18 *Ilias and Ahmed v. Hungary* [GC], no. 47287/15, § 125, 21 November 2019. 17.

19 ნახეთ, მაგალითად, *N.D. and N.T. v. Spain*, nos. 8675/15 and 8697/15, § 222, 3 October 2017; სადაც სასამართლომ განიხილა, იყო თუ არა მომჩინების შესაძლებლობა, მოეთხოვათ საერთაშორისო დაცვა ეპანეთის საელჩოსა და საკონსულოში, მათთვის რეალურად და ეფექტიანად ხელმისაწვდომი).

20 *Shiksaitov v. Slovakia*, nos. 56751/16 and 33762/17, 10 December 2020.



ღმდეგ 2007 წელს ჩეჩნეთის რესპუბლიკის მიერ ტერორიზმის ბრალდებით, რაც საგარეოდ ჩადენილი იყო გროზნოში. სლოვაკეთის სასამართლოებმა განიხილეს მისი რუსეთის ფედერაციისათვის გადაცემის მოთხოვნის დასაშვებობა და იგი დაპატიმრებული იქნა სწორედ ამ პროცედურაზე დასწრების უზრუნველსაყოფად. 2016 წლის 2 ნოემბერს სლოვაკეთის უზენაესმა სასამართლომ მისი ექსტრადიცია მიიჩნია დაუშვებლად და ბრძანა მისი სასწრაფოდ გათავისუფლება, ვინაიდან მომჩივანს ნაბოძები ჰქონდა ლტოლვილის სტატუსი შვედეთში და, ამის გამო, იგი როგორც ლტოლვილი, სარგებლობდა დაცვით სლოვაკეთის ტერიტორიაზე. უზენაესი სასამართლოს აზრით, დებულებები, რომლებსაც შეიცავდა 1951 წლის კონვენცია ლტოლვილთა შესახებ (1951 Refugee Convention)<sup>21</sup> და ევროპის კავშირის დირექტივა (Directive 2011/95/EU)<sup>22</sup> (რომელიც ითვალისწინებდა ლტოლვილის სტატუსიდან გამონაკლისებს), არ იყო გამოყენებადი მის მიმართ. ქმედებები, რომლებიც საფუძვლად დაედო მის თავდაპირველ სისხლისსამართლებრივ დევნას, მიჩნეულ იქნა „პოლიტიკურად“ და სწორედ მომჩივნის პოლიტიკური შეხედულებები შეიძლება გამხდარიყო სახელმწიფოს მხრიდან მის მიმართ მიკერძოების საფუძველი ექსტრადიციის შესახებ ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის (§§ 1 და 2) გაგებით (European Convention on Extradition).<sup>23</sup> კონვენციის პროცედურების დროს მომჩივანმა მიუთითა, რომ მისი დაპატიმრება სლოვაკეთში უკანონო იყო, რადგან მისი სტატუსი გამორიცხავდა მის ექსტრადიციას რუსეთის ფედერაციაში. ევროპულმა სასამართლომ ჰპოვა კონვენციის, მათ შორის, მე-5 (§ 1) მუხლის დარ-

ღვევა, რადგან მისი პატიმრობა არ იყო ვალიდური მისი პატიმრობის მთელი პერიოდის განმავლობაში, ხოლო ხელისუფლებამ პროცედურები განახორციელა სათანადო სიფრთხილის გარეშე.

მიუთითა რა ამ საკითხებზე საერთაშორისო სამართლის შესაბამისი წესების მნიშვნელობასა და კონვენციის მათთან შესაბამისობაში განმარტების აუცილებლობაზე, სასამართლო დაეყრდნო გაეროს ადამიანის უფლებათა კომისრის აღმასრულებელი კომიტეტის დასკვნას (Conclusion No. 12 (XXIX) of the UNHCR’s Executive Committee),<sup>24</sup> სასამართლო მიიჩნია, რომ შვეიციაში მომჩივნისათვის მინიჭებული ლტოლვილის სტატუსი სლოვაკეთში კითხვის ნიშნის ქვეშ შეიძლება დამდგარიყო მხოლოდ განსაკუთრებულ გარემოებებში, თუკი იარსებებდა ინფორმაცია, რომლებიც ადასტურებდნენ, რომ პირი ექცეოდა საგამონაკლისო დებულებების ქვეშ და ვერ შეინარჩუნებდა ამ სტატუსს.

სასამართლომ მიუთითა, რომ შვედეთის ხელისუფლებამ არ შეამოწმა არც ინტერპოლის მონაცემთა ბაზა თავშესაფრის პროცედურების განმავლობაში და არც იმ ბრალდების ბუნება, რაც წაყენებული იყო მომჩივნის წინააღმდეგ რუსეთის ფედერაციაში და რომ გამოყენებადობა იმ მუხლისა, რომელიც ლტოლვილის სტატუსის საკითხებში გამონაკლისებს ითვალისწინებდა, არ იყო სათანადოდ განხილული შვედეთში. ამიტომ სლოვაკეთის ხელისუფლებას ვერ დაედებოდა ბრალი ექსტრადიციის მოთხოვნის განხილვის გამო, მიუხედავად იმისა, რომ მომჩივანს ლტოლვილის სტატუსი გააჩნდა შვედეთში. შესაბამისად, მისი დაპატიმრება, ვერ იქნებოდა მიჩნეული როგორც ab initio შიდა სამართლის ან კონვენციის მე-5 § 1 (f) მუხლის საწინააღმდეგო. ამ საქმის სცენარი განსხვავდებოდა იმისაგან, რაც არსებობდა საქმეში *Eminbeyli v. Russia*<sup>25</sup>, სადაც სასამართლომ

21 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees.  
 22 Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast).  
 23 European Convention on Extradition, ETS 024

24 Conclusion No. 12 (XXIX) Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status, Executive Committee 29th session, 17 October 1978, UN Doc. A/33/12/Add.1.  
 25 *Eminbeyli v. Russia*, no. 42443/02, 26 February 2009.

მიიჩნია, რომ მომჩივნის დაპატიმრება მისი ექსტრადიციის მიზნით იყო თავიდანვე თვითნებური, რადგან მომჩივანს გააჩნდა ლტოლვილის სტატუსი იმ ქვეყანაში, საიდანაც იგი იყო მოთხოვნილი, ხოლო შიდა სამართალი კი კრძალავდა ლტოლვილის ექსტრადიციას.<sup>26</sup>

### სასამართლოს გადაწყვეტილების არაპირდაპირ სავალდებულობა მხარისათვის, რომელიც არ წარმოადგენს პროცესის მხარეს

საქმეში *Molla v. Greece*<sup>27</sup> პირველად დაავალდებულა ევროპულმა სასამართლომ ხელშემკვრელი სახელმწიფო, რომელიც არ იყო მოცემული საქმის მხარე, გაეთვალისწინებინა შიდა სასამართლოების განხილვაში მყოფ საქმეზე მისი ეს გადაწყვეტილება და მიეღო ისეთი, რომელიც სრულ შესაბამისობაში იქნებოდა ამ უკანასკნელთან.

ზემოაღნიშნულ საქმეზე მიღებული სტრასბურგის სასამართლოს გადაწყვეტილება შეეხებოდა სამართლიანი დაკმაყოფილების განსაზღვრას 41-ე მუხლის საფუძველზე, რომელიც მიიღო მომჩივნის

მოთხოვნების განხილვის შედეგად. ამ გადაწყვეტილებაში, სასამართლო შეეხო იმ ქონებასაც, რომელსაც არ უკავშირდებოდა სასამართლოს ძირითადი გადაწყვეტილების დასკვნები და, ამავდროულად, მდებარეობდა სახელმწიფოში (თურქეთში) რომელიც არ წარმოადგენდა მოპასუხე სახელმწიფოს კონვენციის შესაბამის პროცედურებში (მოპასუხე სახელმწიფოს წარმომადგენელს საბერძნეთი).

ასეთი გადაჯაჭვულობა გამოიწვია საქმის ფაქტებმა, კერძოდ, სამართლიანი დაკმაყოფილების განსაზღვრის აუცილებლობამ მომჩივნის ქონებების მიმართ, რომლებიც მდებარეობდა საბერძნეთსა და თურქეთში: მომჩივნის ქმრის სიკვდილის შემდეგ, რომელიც იყო ბერძენი მუსლიმი, მომჩივანმა მემკვიდრეობით მიიღო მისი მთელი ქონება ანდერძით, რაც მანამდე იქნა მომჩივნის ქმრის მიერ შედგენილი ნოტარიუსის თანდასწრებით. გარდაცვლილის დეებმა ანდერძი გაასაჩივრეს და წარმატებასაც მიაღწიეს. საბერძნეთის საკასაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ მუსლიმი უმცირესობის თემის ქონებრივი საკითხები უნდა გადაწყვეტილიყო შარიას კანონების (Sharia law) საფუძველზე, რომლის მიხედვით, საბერძნეთის მოქალაქე მუსლიმის ნოტარიულად დამოწმებულ ანდერძს არ გააჩნდა სამართლებრივი შედეგი. ასე რომ, ეროვნული სასამართლოების გადაწყვეტილებით, მომჩივანმა დაკარგა ქმრის მიერ მისთვის ანდერძით დატოვებული ქონების სამი მეოთხედი. 2018 წლის 19 დეკემბრის თავის პრინციპულ (არსებით საკითხებზე) გადაწყვეტილებაში, ევროპულმა სასამართლომ ჰპოვა კონვენციის მე-14 მუხლის დარღვევა 1-ელი ოქმის 1-ელ მუხლთან ერთობლიობაში; მან დაადგინა, რომ მომჩივანმა განიცადა დისკრიმინაციული მოპყრობა.<sup>28</sup> იმ დრო-

26 თუმცა, წინამდებარე საქმეში, სასამართლომ მაინც დარღვეულად ცნო კონვენციის მე-5 მუხლი. მან მიიჩნია, რომ მომჩივნის პატიმრობა, მაინც ვერ ჩაითვლებოდა გამართლებულად მისი ხანგრძლივობის (1 წელი და 9 თვე) გათვალისწინებით. ინფორმაცია მომჩივნის ლტოლვილის სტატუსის შესახებ, ისევე როგორც, რუსეთში მის სისხლისსამართლებრივ დევნასთან დაკავშირებული დოკუმენტები (რომლებიც იძლეოდა სავარაუდო დანაშაულის პოლიტიკური ბიზნისის შეფასების საფუძველს,) სლოვაკეთის ხელისუფლებისათვის ხელმისაწვდომი იყო 2015 წლის თებერვლიდან. ამგვარად, ვერ დადგინდა, რომ სლოვაკეთის ხელისუფლება საქმეს უძღვებოდა აქტიურად და აუცილებელი გულმოდგინებით, რაც მოეთხოვებოდა კონვენციის მე-5 § 1 (f) მუხლით.

27 *Molla Sali v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 20452/14, 18 June 2020.

28 სასამართლომ მიუთითა, რომ მუსლიმური რწმენის ბერძენთა სამოქალაქო კოდექსის შესაბამისად, მონადერძის მიერ შედგენილი ანდერძის ბენეფიციარი განსახვებულ, წამგებიან მდგომარეობაში იმყოფებოდა არამუსლიმანური რწმენის ბერძენთა სამოქალაქო კოდექსის საფუძველზე მონადერძის მიერ

სათვის, 41-ე მუხლის გამოყენების საკითხი გადადებულ იქნა, და სწორედ ამიტომ ამ საკითხს ცალკე იხილავდა დიდი პალატა.

სამართლიანი დაკმაყოფილების გადაწყვეტილების კონტექსტში მატერიალურ ზიანთან დაკავშირებულ თავის მოთხოვნებში მომჩივანი ეძიებდა კომპენსაციას ქონების დაკარგვისათვის, რომელიც მდებარეობდა საბერძნეთსა და თურქეთში. სასამართლომ საბერძნეთში მდებარე ქონებასთან მიმართებაში დაადგინა, რომ საბერძნეთს უნდა გაეტარებინა ღონისძიებები იმის უზრუნველსაყოფად, რომ მომჩივანს შეენარჩუნებინა ქონებაზე მესაკუთრეობა, ანდა, თუკი მიწის რეგისტრაციის ცვლილება უკვე მომხდარი იყო, აღედგინა მისთვის მესაკუთრის სტატუსი; ხოლო სამართლიანი დაკმაყოფილების თაობაზე გადაწყვეტილების მიღებიდან ერთი წლის განმავლობაში შესაბამისი ღონისძიებების გაუტარებლობის შემთხვევაში, მომჩივნისათვის უნდა გადაეხადა კომპენსაცია – ღირებულება იმ ქონების პროპორციული ნაწილისა (სამი მეოთხედი), რომელიც მომჩივანმა დაჰკარგა შარბას კანონების საფუძველზე.

ამ საქმეში ის არის საინტერესო, თუ როგორ გადაწყვიტა სასამართლომ სამართლიანი დაკმაყოფილების საკითხი თურქეთში მდებარე ქონებასთან მიმართებაში. მან, ერთი მხრივ, უარყო თავისი იურისდიქცია თურქეთში მდებარე ქონებასთან დაკავშირებით, თუმცა, მეორე მხრივ, არაპირდაპირ დაავალდებულა თურქეთი ისეთი გადაწყვეტილება მიეღო, რომელიც მის გადაწყვეტილებასთან ჰარმონიაში იქნებოდა. კერძოდ: სასამართლომ დაადგინა, რომ გარდაცვლილის ანდერძის იმ ნაწილის სამართლებრივი შედეგები, რომელიც შეეხებოდა თურქეთში მდებარე ქონებას, წარმოადგენდა თურქეთში მიმდინარე სასამართლო განხილვების საგანს, ამიტომ მას არ გააჩნდა იურისდიქცია გადაწყვეტილება მიეღო მოსარჩელის მოთხოვნებზე ამ ქონებასთან დაკავშირებით.

იურისდიქციის უარყოფის დასაბუთება მოიცავს შემდეგ რამდენიმე ელემენტს:

პირველ რიგში, სასამართლომ უკუაგდო არგუმენტი, თითქოს საბერძნეთი ახორციელებდა იურისდიქციას თურქეთში არსებულ ქონებაზე, რამდენადაც თურქეთის პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილი ჰქონდა, რომ საბერძნეთის საკასაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, რომელმაც მომჩივნის გარდაცვლილი მეუღლის ანდერძი ბათილად და არარად გამოაცხადა, დამავალდებელი იყო თურქეთის სასამართლოებისათვის საერთაშორისო კერძო სამართლის საფუძველზე, რაც იმას განაპირობებდა, რომ აუცილებელი აღარ იყო მისი მხრიდან საქმის გადასინჯვა. სასამართლომ მიუთითა, რომ ვინაიდან ამ გადაწყვეტილების საწინააღმდეგო აპელაციები, შეტანილი როგორც მომჩივნის, ისე, მოანდერძის დების მიერ, განხილვის პროცესში იყო სტამბულის სააპელაციო სასამართლოში, შესაბამისად, არ არსებობდა განსაკუთრებული გარემოებები, რომელთა გამოც შეიძლებოდა თქმულიყო, რომ საბერძნეთი ახორციელებდა თავის იურისდიქციას თურქეთში მიმდინარე პროცესებთან მიმართებაში.

შემდეგ სასამართლომ თავისი იურისდიქცია შემოფარგლა საბერძნეთში მდებარე ქონებასთან მიმართებაში: მართალია ანდერძი არ ანსხვავებდა რაიმე ნიშნით თურქეთში და საბერძნეთში მდებარე ქონებებს, მაგრამ სანოტარო წესით დამოწმებული ანდერძი შეეხებოდა და აღწერდა მხოლოდ საბერძნეთში მდებარე ქონებას. მნიშვნელოვანი იყო ის, რომ როდესაც სასამართლომ 1-ელი ოქმის 1-ელი მუხლი გამოყენებადად ცნო თავისი პრინციპული გადაწყვეტილებით, ექსპლიციტურად მიუთითა მხოლოდ საბერძნეთში მდებარე ქონებაზე. შესაბამისად, მხოლოდ ამ საფუძველზე უკავშირდებოდა სასამართლოს მხრიდან იმის შეფასება, იყო თუ არა დარღვეული კონვენციის მე-14 მუხლი 1-ელი ოქმის 1-ელ მუხლთან ერთობლობაში. ასე რომ, სასამართლოს, არსებით

შედგენილი ანდერძის ბენეფიციართან შედარებით, რასაც არ გააჩნდა ობიექტური და გონივრული გამართლება.

საკითხებზე თავის გადაწყვეტილებაში, არ ჰქონდა დაკავებული არავითარი არსებითი პოზიცია მომჩივნის სავარაუდო უფლებებთან მიმართებაში, რომლებიც შეეხებოდა თურქეთში მდებარე ქონებებს. შესაბამისად, ეს საკუთრება ვერ გახდებოდა რაიმე სამართლებრივი დაკმაყოფილების მინიჭების საფუძველი მოპასუხე სახელმწიფოს წინააღმდეგ წინამდებარე გადაწყვეტილებაში, რომელიც მიღებული იქნა გადადებული 41-ე მუხლის საკითხზე პროცედურის ფარგლებში.

ამის შემდეგ, სასამართლომ მიიღო ზომები, რომ მომჩივნის უფლებები დაცული ყოფილიყო თურქეთში მდებარე ქონებასთან მიმართებაშიც და შესაბამისად დაასაბუთა ეს. მართალია, სასამართლო მუდმივად იმეორებდა, რომ კონვენციის 46-ე მუხლის საფუძველზე სასამართლოს ნებისმიერი გადაწყვეტილება სავალდებულო იყო მხოლოდ იმ სახელმწიფოებისათვის, რომლებიც შესაბამისი პროცესის მხარეებს წარმოადგენდნენ (საბერძნეთი, მოცემულ შემთხვევაში), მაგრამ, საყურადღებოა, რომ ამის მიუხედავად, გადაწყვიტა გამოეკვეთა ერთგვარი არაპირდაპირი ვალდებულება სახელმწიფოსი, რომელიც არ წარმოადგენდა შესაბამის პროცესში მხარეს (*მხედველობაშია თურქეთი, ე.გ.*), გაეთვალისწინებინა ევროპული სასამართლოს მხრიდან არსებით საკითხზე მიღებული გადაწყვეტილება და მის შესაბამისად გამოეტანა თავისი, ხოლო მომჩივანს კი შეახსენა, რომ შესაძლებლობა ექნებოდა საჩივრით მიემართა სასამართლოსათვის თურქეთის წინააღმდეგ, თუკი იგი არსებით საკითხებზე მის პრინციპულ გადაწყვეტილებას უგულებელყოფდა. კერძოდ სასამართლომ მიუთითა:

„ .... არაფერი უშლის ხელს თურქეთის სასამართლოებს, მხედველობაში მიიღონ სასამართლოს (იგულისხმება ევროპული სასამართლო, ე.გ.) პრინციპული გადაწყვეტილება (*judgment*) თავიანთი გადაწყვეტილების მიღებისას. სასამართლო შემდგომ დააზუსტებს, რომ მომჩივანს, თუკი ეს შესაბამისია, ექნება შესაძლებლობა შეიტანოს

საჩივარი თურქეთის წინააღმდეგ საბოლოო გადაწყვეტილებასთან მიმართებაში, რომელიც მიღებული იქნება თურქეთის სასამართლოების მიერ მომჩივნის ქმრის ანდერძზე თურქეთში მდებარე ქონებასთან დაკავშირებით, იმ შემთხვევაში, თუ ეს გადაწყვეტილება არ მიიღებს მხედველობაში სასამართლოს პრინციპულ გადაწყვეტილებას, რომელმაც საბერძნეთის პასუხისმგებლობა ცნო კონვენციის მე-14 მუხლის საფუძველზე 1-ელი ოქმის 1-ელ მუხლთან ერთობლიობაში და, თუ ის არ დააყენებს აუცილებელ სამართლებრივ შედეგებს, რომლებიც გამომდინარეობს თურქეთის, როგორც კონვენციის ხელშემკვრელი მხარის სტატუსიდან“.

მიუხედავად არაპირდაპირი ხასიათისა და მორიდებული ფორმულირებისა („*თურქეთის სასამართლოებს არაფერი უშლის ხელს მხედველობაში მიიღონ...*“), ეს უთუოდ უნდა ჩაითვალოს შიდა სასამართლოებისათვის იმის მითითებად, თუ როგორი გადაწყვეტილება უნდა გამოიტანონ მათ განხილვაში მყოფ კონკრეტულ საქმეზე, რაც, იმავდროულად, განჭვრეტადს ხდის მომავალი საჩივრის ბედს და თურქეთის პასუხისმგებლობას „...თუ ის არ იიღებს მხედველობაში“ და „...თუ ის არ დააყენებს აუცილებელ სამართლებრივ შედეგებს...“ ეს ნამდვილად არის ერთგვარი სიახლე და სუბსიდიურობის პრინციპის კიდევ უფრო განვრცობა, რა ტენდენციაც ბოლო წლებში აშკარად შეინიშნება.

### სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის პირობები მისი აბანდის მიერ ჩადენილი ქმედებისთვის, სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობა კატიმრის ბადასემის შემთხვევაში

ამ მხრივ უაღრესად საინტერესო საქმე იყო *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*<sup>29</sup>, სადაც განხილული იყო საკითხი,

29 *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*,

თუ როდის შეიძლება შეერაცხოს სახელმწიფოს მისი აგენტის მიერ ჩადენილი ქმედება მიუხედავად იმისა, თუ ქმედება აგენტის მიერ ჩადენილი არ არის თავისი ოფიციალური უფლებამოსილების განხორციელების ფარგლებში.

საქმის ფაქტები უკავშირდება ნატოს მიერ დასპონსორებული კურსის გავლაში მონაწილეობის დროს ბუდაპეშტში, აზერბაიჯანელი ოფიცერის (რ.ს.) მიერ სომეხი ოფიცრის მკვლელობას და სხვა სომეხი ჯარისკაცის მოკვლის მუქარას. რ.-ს.-ს მიესაჭა სამუდამო პატიმრობა უნგრეთში. 8 წლის საპატიმრო სასჯელის მოხდის შემდეგ ის გადაეცა აზერბაიჯანს მისჯილი პირების გადაცემის შესახებ ევროპის საბჭოს კონვენციის შესაბამისად (Council of Europe Convention on the Transfer of Sentenced Persons<sup>30</sup>). აზერბაიჯანში დაბრუნების შემდეგ იგი გათავისუფლეს, შეიწყალეს და დააწინაურეს. მას გადაუხადეს ხელფასი მთელი იმ დროისათვის, რომელიც მან გაატარა ციხეში. არაერთი მაღალი რანგის ოფიცერი გამოთქვა კომენტარი, სადაც ისინი ამართლებდნენ მის საქციელს და იწონებდნენ მისი შეწყალების ფაქტს. საჩივარი შეტანილ იქნა მე-2 მუხლის საფუძველზე, როგორც ცალკე, ისე მე-14 მუხლთან ერთობლიობაში. სასამართლომ ამ საქმეში დანერგა გარკვეული სიახლეები და მნიშვნელოვანი პრინციპები სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის მიჯნების თაობაზე ქმედებებისათვის, რომლებიც არ შეერაცხებოდა სახელმწიფოს და, ასევე, ხელშემკვრელ სახელმწიფოთა მოვალეობების შესახებ მისჯილი პატიმრების გადაცემის საკითხებში.

პირველი საკითხი, რომელიც სასამართლომ განიხილა, შეეხებოდა იმას, უნდა ყოფილიყო თუ არა აზერბაიჯანი პასუხისმგებელი საკუთრივ ოფიცრის მიერ ჩადენილი დანაშაულისათვის და, შესაბამისად, კონვენციის მე-2 მუხლის არსებითი დარღვევისათვის.

სასამართლომ გადამწყვეტი მნიშვნელობა მიანიჭა იმ ფაქტს, რომ რ.ს. მკვლე-

ლობის ჩადენისას არ მოქმედებდა თავისი ოფიციალური უფლებამოსილების განხორციელების ანდა ზემდგომის ბრძანების შესრულების პროცესში. მან ასევე უარყო მომჩივანთა არგუმენტი, რომელიც ეფუძნებოდა არამართლზომიერი საერთაშორისო აქტებისათვის სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის თაობაზე გაეროს შაბლონურ მუხლებს (UN Draft Articles on the Responsibility of States of Internationally Wrongful Acts)<sup>31</sup>.

სასამართლომ მიუთითა, რომ გაეროს აქტის მე-11 მუხლი ძალიან მაღალ მიტნას აწესებდა სახელმწიფოსათვის ამ კონტექსტში. ეს მიტნა არ იყო შემოსაზღვრული შესაბამისი აქტის მხოლოდ მოწონებითა და მხარდაჭერით სახელმწიფოს მხრიდან; არამედ მოითხოვდა ორი პირობის დაკმაყოფილებას კუმულაციურად: შესაბამისი აქტის აშკარა და ცალსახა „აღიარებას“ (“acknowledgement”) და სამართლებრივ დადასტურებას (“adoption”) იმისა, რომ იგი ჩადენილი იქნა თავად სახელმწიფოს მიერ.

მართალია, აზერბაიჯანის მთავრობის მიერ გატარებული ღონისძიებები აშკარად გამოხატავდა რ.ს.-ის დანაშაულებრივი აქტის „მოწონებას“ (“approval”) და „მხარდაჭერას“ (“endorsement”), მაგრამ არ იყო სარწმუნოდ ნაჩვენები, რომ აზერბაიჯანის სახელმწიფომ „აშკარად და ცალსახად“ (“clearly and unequivocally”) „აღიარა“ (“acknowledged”) და „სამართლებრივად დაადასტურა“ (“adopted”) რ.ს.-ის აქტი როგორც „მისი საკუთარი“ (“as its own”). შესაბამისად, არ არსებობდა საფუძველი პირდაპირი და კატეგორიული მტკიცებისათვის, რომ სახელმწიფო პასუხისმგებელი იყო ერთი მსხვერპლის მკვლელობისა და მეორე მსხვერპლის მკვლელობის მცდელობისათვის. უფრო სწორი იქნებოდა განმარტებულიყო, რომ აზერბაიჯანის მიერ გატარებული ღონისძიებების მიზანს წარმოადგენდა ამ საქმისადმი დამოკიდებულის ჩვენება საჭაროდ და რ.ს.-ის პირადი, პროფესიული

31 Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session 2001, UN Doc. A/56/10.

no. 17247/13, 26 May 2020.

30 Convention on the Transfer of Sentenced Persons, ETS 112.

და ფინანსური ვითარების გამოსწორება, რასაც სასამართლოს აზრით, არ გააჩნდა არავითარი გამართლება. ამგვარად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ აზერბაიჯანის მიერ აშკარა მოწონება და მხარდაჭერა დანაშაულისა, რომელიც ჩადენილი იყო მისი შეიარაღებული ძალების ოფიცრის მიერ თავისი პირადი ქმედებით (in a private capacity) და არა ოფიციალური მოვალეობების შესრულებისას, არ იწვევდა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობას კონვენციის მე-2 მუხლის არსებით დარღვევასთან (under the substantive limb of Article 2) მიმართებაში.<sup>32</sup>

თუმცა, აზერბაიჯანის მიერ უნგრეთის მიერ მისტილი სასჯელის სრულიად გაუმართლებელი აღუსრულებლობა იმასთან ერთად, რომ რ.ს. ლამის გმირად იქნა გამოცხადებული და თან უამრავი ბენეფიცი ებოდა ყოველგვარი სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე, მიჩნეულ იქნა, როგორც მე-2 მუხლის პროცედურულ ვალდებულებებთან შეუთავსებელი; სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ იმ სასჯელის აღსრულება, რომელიც დაკისრებული იქნა სიცოცხლის ხელყოფის საქმეებზე, უნდა დანახულიყო როგორც მე-2 მუხლის პროცედურული ვალდებულებების განუყოფელი ნაწილი. იმის მიუხედავად, თუ სად იყო დანაშაული ჩადენილი, და იმის გათვალისწინებით, რომ აზერბაიჯანი ეთანხმებოდა პატიმრის გადაცემას და პატიმრის გადაცემის კონვენციის შესაბამისად იღებდა პასუხისმგებლობას, გაეგრძელებინა რ.ს.-ს პატიმრობის სასჯელის აღსრულება, ამის შესრულება სავალდებულო იყო მე-2 მუხლის პროცედურული ვალდებულებების თანახმად. აქედან გამომდინარე, შესაბამისად არსებობდა განსაკუთრებული მახასიათებლები („special features“), რომლებიც მიუთითებდა მე-2 მუხლის პროცედურულ ვალდებულებებთან აზერბაიჯანის იურისდიქციულ კავშირზე (*Kitanovska Stanojkovic and Others v. the*

*former Yugoslav Republic of Macedonia*<sup>33</sup>, და *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*<sup>34</sup>). სასამართლომ მიუთითა, რომ აზერბაიჯანის ქმედება, რომელმაც ფაქტობრივად, დაუსჯელობა განუსაზღვრა რ.ს.-ს მის მიერ ეთნიკურ საფუძველზე ჩადენილი ძალზე სერიოზული დანაშაულისათვის, შეუთავსებელი იყო კონვენციის მე-2 მუხლის წინაშე მის ვალდებულებებთან.

აღნიშნული საქმე საყურადღებოა იმ თვალსაზრისითაც, თუ როგორ ყალიბდება კონვენციის წინაშე პასუხისმგებლობის ფარგლები სახელმწიფოსათვის, როდესაც ის ახდენს პატიმრის გადაცემას სხვა სახელმწიფოში და, შეუძლია თუ არა მას, საზოგადოდ, დაეყრდნოს პრეზუმფციას, რომ ევროპის საბჭოს სხვა წევრი სახელმწიფო იმოქმედებს კეთილსინდისიერად და ბოლომდე მიიყვანს გამგზავნ სახელმწიფოში მისტილი სასჯელის ბოლომდე აღსრულებას. ამ საქმეში სასამართლომ პირველად განიხილა მიმსჯელი ქვეყნის ვალდებულებათა ფარგლები სასჯელის მოხდის აღსრულების გაგრძელების საკითხში სხვა ქვეყანაში პატიმრის გადაცემის შემდეგ, განსაკუთრებით დანაშაულის მსხვერპლთა და მათ ნათესავთა უფლებების დაცვის ქრილში.

ამ საქმემ სტრასბურგის სასამართლოს მისცა შესაძლებლობა, გამოეყენებინა თავისი პრეცედენტული სამართალი ერთი მხრივ სახელმწიფოს იურისდიქციის (მუხლი 1) და, მეორე მხრივ, მე-2 მუხლის პროცედურულ ნაწილთან საჩივრის შეთავსებადობის საკითხზე *ratione loci* საფუძვლით, აზერბაიჯანის სახელმწიფოს მიმართ, ისეთი შემთხვევების დროს, როდესაც მისტილი პატიმრის გადაცემა მიმსჯელი ქვეყნიდან ხდება მშობლიურ ქვეყანაში იმ მიზნით, რომ მან გააგრძელოს სასჯელის მოხდა თავის ქვეყანაში.

აზერბაიჯანთან მიმართებისაგან გან-

32 სწორედ ამავე მიზეზით არ დაადასტურა ევროპულმა სასამართლომ მე-2 მუხლის არსებითი დარღვევა ვირგვლიანის საქმეშიც (*Enukidze and Girgvliani v. Georgia*, judgment of 26 April 2011)

33 *Kitanovska Stanojkovic and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 2319/14, 13 October 2016.

34 *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], no. 36925/07, 29 January 2019.

სხვაგვებით, სასამართლომ ვერ ჰპოვა მე-2 მუხლის პროცედურული დარღვევა უნგრეთთან მიმართებაში, მიუთითა რა, რომ იგი მოქმედებდა პატიმართა გადაცემის შესახებ კონვენციის პროცედურების შესაბამისად, რათა დარწმუნებულიყო, რომ რ.ს. გააგრძელებდა სასჯელის მოხდას აზერბაიჯანში. სასამართლომ მიიჩნია, რომ უნგრეთის ხელისუფლებამ გაატარა საკმარისი ღონისძიებები ამ მიმართებით, მისდია რა გადაცემის შემდგომ პროცედურებს, რაც სასჯელმისტილი პატიმრის გადაცემის კონვენციით იყო გათვალისწინებული. უნგრეთის ხელისუფლების ორგანოებმა აზერბაიჯანისაგან მოითხოვეს ინფორმაცია იმის თაობაზე, თუ რა პროცედურა მოჰყვებოდა რ.ს.-ის სამშობლოში დაბრუნებას. მართალია, ამ საკითხზე აზერბაიჯანის პასუხი იყო არასრული და ზოგადი, ფაქტობრივად, მაინც არ არსებობდა მყარი მტკიცებულება იმის საჩვენებლად, რომ უნგრეთის ხელისუფლებისათვის ცნობილი იყო, რომ რ.ს.-ს გაათავისუფლებდნენ აზერბაიჯანში მისი დაბრუნებისთანავე. სასამართლომ მუთითა, რომ იმ დროის გათვალისწინებით, რაც რ.ს.-მ ფაქტობრივად მოიხადა უნგრეთის ციხეში, იგი ვერ ხედავდა, კიდევ რა უნდა გაეკეთებინათ უნგრეთის კომპეტენტურ ორგანოებს, გარდა იმისა, რომ დაეცვათ პატიმრის გადაცემის კონვენციით გათვალისწინებული პროცედურა და მიჰყოლოდნენ პრეზუმფციას, რომ ევროპის საბჭოს სხვა წევრი სახელმწიფო იმოქმედებდა კეთილსინდისიერად.

დაბოლოს, ეს გადაწყვეტილება ასევე მნიშვნელოვანია იმ თვალსაზრისით, თუ რა ფორმით განიხილა სასამართლომ საკითხი, წარმოადგენდა თუ არა ეთნიკური სიძულვილის საფუძველზე საზღვარგარეთ ჩადენილი დანაშაულისათვის საზღვარგარეთ მისჯილი სასჯელის აღუსრულებლობა დისკრიმინაციულ მოპყრობას კონვენციის მე-14 მუხლის გაგებით მე-2 მუხლის პროცედურულ ნაწილთან ერთობლიობაში. გადაწყვეტილება ასევე მნიშვნელოვანია იმ თვალსაზრისით, თუ როგორ გაანაწილა ევროპულმა სასამართლომ მტკიცების

ტვირთი ამ საკითხში (*Nachova and Others v. Bulgaria*<sup>35</sup>).

ამ საქმის განსაკუთრებული მახასიათებლების გათვალისწინებით (რ.ს.-ის დაწინაურება, მისთვის არაერთი ბენეფიტის მინიჭება ყოველგვარი სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე, პრეზიდენტის მიერ სპეციალური ვებგვერდის შექმნა რ.ს.-ის მიმართ აღფრთოვანების გამოხატვით), მიჩნეულ იქნა, რომ მომჩივნებს უნდა წარმოედგინათ საკმარისად მყარი, აშკარა და თანმიმდევრული დასკვნები იმისათვის, რათა დაეფუძნებინათ *prima facie* დისკრიმინაციის საქმე, კერძოდ, ის, რომ გატარებული ღონისძიებები იყო რასობრივად მოტივირებული. იმის გათვალისწინებით, თუ რა რთული იქნებოდა მომჩივნებისათვის ასეთი მიკერძოება – ემტკიცებინათ გონივრულ ეჭვს მიღმა სტანდარტით, სასამართლომ შეცვალა მტკიცების ტვირთი და აზერბაიჯანს გადააკისრა იმის დამტკიცების ვალდებულება, რომ გაეხათილებინა ბრალდება დისკრიმინაციის შესახებ, რაც მან ვერ შეძლო.

### ინფორმაციისა და გამოხატვის თავისუფლება

ქვემოთ განხილულ ოთხ საქმეში, სადაც გამოხატვის თავისუფლება აღმოჩნდა ღირებულებით კონფლიქტში სხვა სიკეთებთან, სასამართლომ ოთხივე შემთხვევაში მის სასარგებლოდ საკითხის გადაწყვეტა მიიჩნია კონკურენტული ინტერესების სამართლიან დაბალანსებად.

საქმეში *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary*<sup>36</sup> საკითხის გადაწყვეტა გამოხატვის თავისუფლების სასარგებლოდ დაეფუძნა შემზღვეველი დებულებების არასაკმარის განჭვრეტადობას, კერძოდ დებულებებისა, რომელიც შეეხებოდა არჩევნებისა და რეფერენდუმის კონტექსტს და ითვალისწი-

35 *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 157, ECHR 2005-VII. 35.

36 *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary* [GC], no. 201/17, 20 January 2020

ნებდა პოლიტიკური პარტიებისათვის შეზღუდვებს. საქმის ფაქტები შეეხებოდა 2016 წელს უნგრეთში ჩატარებულ რეფერენდუმს ევროპის კავშირის საკითხზე. მომჩივანმა პოლიტიკურმა პარტიამ ამომრჩევლებისთვის ხელმისაწვდომი გახადა მობილური ტელეფონის აპლიკაცია, რომელიც იძლეოდა იმის შესაძლებლობას, რომ ანონიმურად მოეხდინათ თავიანთი კენჭისყრის დოკუმენტების – ბიულეტენების – ფოტოგადაღება და სხვებისთვის გაზიარება. კერძო ინდივიდის საჩივრის საფუძველზე, არჩევნების ეროვნულმა კომისიამ მომჩივანი პარტია დააჭარიმა არჩევნების სამართლიანობისა და ფარულობის პრინციპების, ასევე, იმ პრინციპის დარღვევისათვის, რომელიც გულისხმობს „უფლებათა განხორციელებას მათი განზრახულობების/მიზნების შესაბამისად“ (“exercise of rights in accordance with their purpose”). ეროვნულმა სასამართლომ (*Kúria*) ძალაში დატოვა საარჩევნო კომისიის გადაწყვეტილება ამ უკანასკნელი პრინციპის მიმართ, მაგრამ უარყო მისი დასკვნა ფარული ხმის მიცემისა და რეფერენდუმის სამართლიანობის თაობაზე. მომჩივანი პარტიის საკონსტიტუციო საჩივარი მიჩნეულ იქნა დაუშვებლად.

დიდმა პალატამ საქმე განიხილა შემზღუდველი ღონისძიების მართლზომიერების ქრილში კონვენციის მე-10 მუხლის გაგებით და დასკვნა, რომ კანონმდებლობის დებულება იმის თაობაზე, რომ „უფლებათა განხორციელება უნდა მომხდარიყო მათი მიზნების შესაბამისად“, არ იყო საკმარისი სიცხადით ჩამოყალიბებული, იმისათვის, რათა გამოერიცხა ყოველგვარი თვითნებობა და საშუალება მიეცა მომჩივანი პარტიისათვის, შესაბამისად დაერეგულირებინა თავისი საქმიანობა. ამგვარად, სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-10 მუხლის დარღვევა.

საგულისხმოა, რომ ამ გადაწყვეტილებით, სასამართლომ დაადგინა გაჭვრეტადობის ის ხარისხი, რაც მოეთხოვებოდა პოლიტიკური პარტიებისათვის შეზღუდვის დამდგენ სამართლებრივ ნორმას არჩევნებისა და რეფერენდუმის კონტექსტში. სა-

სამართლომ აღნიშნა, რომ პოლიტიკური პარტიების გამოხატვის თავისუფლებაზე დაწესებული შეზღუდვები საარჩევნო კონტექსტში, სკურპულოზურ ზედამხედველობას ექვემდებარებოდა. ასეთივე მიდგომა, გამოიყენებოდა, *mutatis mutandis*, რეფერენდუმის კონტექსტში, რომელიც მიზნად ისახავდა ელექტორატის ნების იდენტიფიცირებას საზოგადოებისათვის მნიშვნელოვან საკითხზე. ამგვარი ზედმიწევნითი შემოწმება ბუნებრივად ვრცელდებოდა იმის შეფასებაზეც, იყო თუ არა სამართლებრივი ბაზა, რომლის საფუძველზეც მოხდა პოლიტიკური პარტიის გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვა, საკმარისად ცხადი და განჭვრეტადი, რათა მას გამოერიცხა მისი თვითნებური გამოყენება. დემოკრატიული პოლიტიკური პარტიების დაცვა ხელისუფლების მხრიდან თვითნებური ჩარევისაგან ემსახურებოდა საკუთრივ დემოკრატიას, რამდენადაც საარჩევნო კონტექსტში ნებისმიერ შემზღუდვას გამოხატვის თავისუფლებისა, რომელიც ხორციელდებოდა არასაკმარისად განჭვრეტადი სამართლებრივი ბაზის საფუძველზე, შეეძლო ზიანი მიეყენებინა ღია პოლიტიკური დებატების, ხმის მიცემის პროცესის ლეგიტიმურობისა და მისი შედეგებისათვის, ასევე, მოქალაქეთა ნდობისათვის დემოკრატიული ინსტიტუტებისადმი და მათი რწმენისათვის, რომ ისინი სამართლის უზენაესობის დაცვით საქმიანობდნენ. სასამართლომ მიუთითა, რომ მომჩივანი პარტია მხოლოდ იმას კი არ ეძიებდა, რომ უზრუნველყო ერთგვარი ფორუმი ამომრჩევლებისათვის, სადაც ისინი თავიანთ აზრებსა და დამოკიდებულებებს გამოხატავდნენ, არამედ მოეხდინათ პოლიტიკური გზავნილის გადაცემა რეფერენდუმის საკითხზე. შესაბამისად, მოხდა მის გამოხატვის თავისუფლებაში ჩარევა ორივე ასპექტში – ფორუმის უზრუნველყოფაში და ინფორმაციისა და იდეების გადაცემაში.

სასამართლოს პოზიციით, მთავარ საკითხს წარმოადგენდა შემდეგი: იცოდა თუ არა, ანდა, უნდა სცოდნოდა თუ არა, საჭიროების შემთხვევაში თუნდაც სამართლებრივი დახმარების გზით, პოლიტიკურ პარტიას,



რომ მისი ქცევა დაარღვევდა საარჩევნო კანონმდებლობას, იმგვარ პირობებში, როდესაც არ არსებობდა საარჩევნო კანონმდებლობის დამავალდებულებელი დებულება, რომელიც ექსპლიციტურად დაარეგულრებდა საარჩევნო ბიულეტენების ფოტოგადაღებისა და გავრცელების მიზნით მათი ანონიმური ატვირთვის საკითხს მობილური ტელეფონების აპლიკაციის მეშვეობით ხმის მიცემის მიმდინარეობის პერიოდში.

სასამართლომ მიუთითა, რომ ეროვნულ საკონსტიტუციო სასამართლოსაც ჰქონოდა მითითებული ბუნდოვანებასა და განუსაზღვრელობაზე პრინციპისა, რომ „უფლებათა განხორციელება მათი მიზნების შესაბამისად უნდა მოხდარიყო“, რომელსაც ხელისუფლება დაეყრდნო. რელევანტური კანონმდებლობა არ აკონკრეტებდა, თუ რას წარმოადგენდა ამ პრინციპის დარღვევა, არ ადგენდა რაიმე კრიტერიუმებს, რომლებიც გამოყენებული იქნებოდა იმის დადგენისას, თუ როგორი ვითარება ჩაითვლებოდა ასეთად, არ მიუთითებდა შესაბამის მაგალითებს. შესაბამისი საკანონმდებლო ჩარჩო საარჩევნო ორგანოებსა და სასამართლოებს ფართო მიხედულებას ანიჭებდა ნორმების განმარტებისა და გამოყენების საკითხში. მართალია, საკონსტიტუციო სასამართლომ დაავიწროვა ამ პრინციპის შინაარსი და მასში მოიაზრა ხმის მიცემასთან დაკავშირებული მხოლოდ ისეთი ქმედებები, რომლებიც „ნეგატიურ შედეგებს“ უკავშირდებოდა, თუმცა, გაურკვეველი რჩებოდა, „ნეგატიური შედეგი“ რეალური უნდა ყოფილიყო, თუ მასში პოტენციური შედეგიც იგულისხმებოდა. ეს საკითხი საგულისხმო იყო იმ თვალსაზრისითაც, რომ როგორც საკუთრივ ეროვნულმა სასამართლომ დაადასტურა, მომჩივან პარტიას არ ჰქონდა დარღვეული რეფერენდუმის ჩატარების სამართლიანობისა და ხმის მიცემის ფარულობის პრინციპები.

გაითვალისწინა რა არჩევნებისა და რეფერენდუმის კონტექსტში პოლიტიკური პარტიის გამოხატვის თავისუფლების შემზღვევლი კანონის განჭვრეტადობის დიდი მნიშვნელობა, სასამართლომ დაადგინა,

რომ სამართლებრივი დებულებების პოტენციური შედეგების მიმართ მნიშვნელოვანმა განუსაზღვრელობამ გადააჭარბა იმ ზღვარს, რაც შეიძლებოდა მისაღები ყოფილიყო კონვენციის მე-10 (§ 2) მუხლის საფუძველზე.

საქმეში *Selahattin Demirtaş v. Turkey*<sup>37</sup> სასამართლომ განიხილა პარლამენტის ოპოზიციური პარტიის წევრის მიერ იმუნიტეტის დაკარგვა და მისი გახანგრძლივებული წინასწარი პატიმრობა, რომელიც წარმოადგენდა მისი პოლიტიკური გამოსვლების შედეგს. სასამართლომ ცხადი გახადა, თუ რა გავლენას იქონიებდა მე-10 მუხლის დარღვევის აღიარება მე-5 მუხლის და 1-ელი ოქმის მე-3 მუხლის (კერძოდ, პარლამენტში არჩევნის უფლების) დარღვეულად ცნობაზე.

მომჩივანი იყო თურქეთის პარლამენტის არჩეული წევრი და თანათავმჯდომარე სახალხო დემოკრატიული პარტიისა, რომელიც წარმოადგენდა მემარცხენე პროქურთულ პოლიტიკურ პარტიას. 2016 წლის 20 მაისს მიღებულ იქნა კონსტიტუციური შესწორება, რომლის მიხედვით, საპარლამენტო იმუნიტეტი პარლამენტის წევრს მოეხსნებოდა ყველა შემთხვევაში, თუ მოთხოვნა მისთვის იმუნიტეტის მოხსნის თაობაზე ეროვნულ ასამბლეაში გადაცემული იყო ამ კონსტიტუციური შესწორების განხორციელებამდე. ამ რეფორმის განხორციელებას ბიძგი მისცა სირიაში მომხდარმა შეტაკებებმა დაეშება (არაბებს) და ქურთისტანის მუშათა პარტიასთან (PKK) დაკავშირებულ ძალებს შორის, ასევე, თურქეთში ძალადობის სერიოზულმა ფაქტებმა 2014 და 2015 წლებში, მას შემდეგ, რაც ჩაიშალა მოლაპარაკებები „ქურთული“ საკითხის მოგვარების შესახებ. მომჩივანი, რომელიც აქტიურად იყო ჩაბმული ამ პროცესში თავისი გამოსვლებითა და განცხადებებით, იყო ერთ-ერთი 154 პარლამენტის წევრიდან, რომლებიც დაზიანდნენ კონსტიტუციურ შესწორების ამოქმედების შედეგად. 2016 წლის ნოემბერში იგი დააკავეს შეიარაღებული ტერორისტული ორგანიზაციის წევრობისა და დანაშაულისაკენ სხვა პირთა წაქეზების

37 *Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2)* [GC], no. 14305/17, 22 December 2020.

ეჭვის საფუძველზე. დამატებითი გამოძიების განმავლობაში იგი იმყოფებოდა პატიმრობაში საქმის სასამართლო განხილვის მოლოდინში. მისი საპარლამენტო მანდატი ამოიწურა 2018 წლის ივნისში. დიდმა პალატამ დაადგინა კონვენციის მე-10 მუხლის დარღვევა.

ეს გადაწყვეტილება მნიშვნელოვანია იმით, რომ სასამართლომ განიხილა კონსტიტუციური შესწორების შეთავსებადობა კონვენციის მე-10 მუხლით მოთხოვნილ განჭვრეტადობასთან და მიუთითა, რომ მე-10 მუხლის დარღვევის აღიარება გავლენას იქონიებდა კონვენციის 1-ელი ოქმის მე-3 მუხლის საფუძველზე წარდგენილი საჩივრის განხილვაზე.

ძალზე მნიშვნელოვანი იყო სასამართლოს მიერ პარლამენტის წევრის სიტყვის თავისუფლების დიდ მნიშვნელობაზე ხაზგასმა და იმის შეხსენება, რომ მისი სიტყვა დაცული იყო იმუნიტეტით. კერძოდ, მან განმარტა, რომ როდესაც სახელმწიფო უზრუნველყოფდა საპარლამენტო იმუნიტეტს სისხლისსამართლებრივი დევნისა და თავისუფლების აღკვეთისაგან, შიდა სასამართლოებს უნდა შეემოწმებინათ, გააჩნდა თუ არა შესაბამისი პარლამენტის წევრს იმუნიტეტი იმგვარი აქტების მიმართ, რომელთა ჩადენაშიც წარედგინა ბრალი. როდესაც ბრალდება/წინასწარი პატიმრობა დაკავშირებული იყო სიტყვასთან, შიდა სასამართლოების ამოცანას წარმოადგენდა იმის განსაზღვრა, ხომ არ იყო ეს სიტყვა დაცული პარლამენტის წევრის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების ("non-liability") პრინციპით (იგულისხმება პარლამენტის წევრის ინდემნიტეტი). სასამართლომ მიუთითა, რომ მოცემულ საქმეში შიდა სასამართლოებმა ვერ მოახერხეს ამ პროცედურული ვალდებულების შესრულება, რომელიც წარმოიშობოდა როგორც მე-10 მუხლის, ისე, 1-ელი ოქმის მე-3 მუხლის საფუძველზე.

ევროპულმა სასამართლომ მთლიანად გაიზიარა ვენციის კომისიის მოსაზრება, რომ სადავო კონსტიტუციური შესწორება პირდაპირ გამიზნული იყო პარლამენტის წევრების, განსაკუთრებით, ოპოზიციის

წარმომადგენლების განცხადებებზე და წარმოადგენდა „კონსტიტუციური შესწორების პროცედურის“ ბოროტად გამოყენებას. პარლამენტის წევრებს არ შეიძლება ჰქონოდათ გონივრული მოლოდინი, რომ ამგვარი პროცედურა მათი უფლებამოსილების ვადაში იქნებოდა ამოქმედებული. შესაბამისად, გამოხატვის თავისუფლებაში ჩარევა ამიტომ ვერ იქნებოდა განჭვრეტადი. შესაბამისად, სახეზე იყო კონვენციის მე-10 მუხლის დარღვევა. სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა პარლამენტის წევრის (განსაკუთრებით კი – ოპოზიციის წარმომადგენლის) გამოხატვის თავისუფლების იმგვარ მნიშვნელობაზე, რომ როდესაც პარლამენტის წევრის დაპატიმრება შეუთავსებელი იყო მე-10 მუხლთან, ასევე მიჩნეული უნდა ყოფილიყო 1-ელი ოქმის მე-3 მუხლის (არჩევის უფლება) დარღვევაც.

საქმეში *Baldassi and Others v. France*<sup>38</sup> სასამართლომ განიხილა, წარმოადგენდა თუ არა ბოიკოტისაკენ მოწოდება აზრის გამოხატვის ისეთ ფორმას, რომელიც დაცული იყო კონვენციის მე-10 მუხლით. სასამართლომ გააკეთა მნიშვნელოვანი განმარტებები და მიუთითა სახიფათო ზღვარზე, რომელიც არ უნდა გადალახულიყო ბოიკოტისაკენ მოწოდებების დროს.

საქმე შეეხებოდა პალესტინის საკითხზე იმ აქტივისტების სისხლისსამართლებრივ მსჯავრდებას, რომლებიც ჩართული იყვნენ საერთაშორისო კამპანიაში „ბოიკოტი, მხილება და სანქციები“. კამპანია წამოიწიეს პალესტინის არასამთავრობო ორგანიზაციებმა მას შემდეგ, რაც საერთაშორისო მართლმსაჯულების სასამართლომ გამოაქვეყნა მოსაზრება ისრაელში გამყოფი ბარიერის უკანონობის თაობაზე, რაც მიზნად ისახავდა ისრაელზე ზეწოლას, რათა ის დამორჩილებოდა საერთაშორისო სამართლის მოთხოვნებს. მომჩივნები ბრალეულად იქნენ ცნობილი ეკონომიკური დისკრიმინაციის წაქეზებისათვის პრესის თავისუფლების შესახებ 1981 წლის 29 ივლისის 24(8) მუხლის საფუძველზე. კერძოდ,

38 *Baldassi and Others v. France*, nos. 15271/16 and 6 others, 11 June 2020.

მათ ბარალად დაედოთ იმ საქმიანობაში ჩართულობა, რომელიც ხორციელდებოდა ისრაელის პროდუქციის წინააღმდეგ ბოიკოტის მიზნით. მომჩივნებმა იჩივეს კონვენციის მე-7 და მე-10 მუხლების საფუძველზე. მათ ხაზი გაუსვეს, რომ დებულებაში, რომლის საფუძველზეც ისინი გაასამართლეს, სიტყვებს – „დისკრიმინაციისაკენ წაქეზება“ – ძალზე ზოგადი შინაარსი გააჩნდა. მათი აზრით, ძალზე ფართო ტერმინი იყო გამოყენებული იმგვარ ამბივალენტურ კონცეპტში, როგორც იყო „დისკრიმინაცია“. ეს კი, მათი აზრით, კონვენციის მე-7 მუხლს ეწინააღმდეგებოდა. ევროპული სასამართლო „დისკრიმინაციის“ კონცეპტის განუჭვრეტელობის საკითხში არ დაეთანხმა მომჩივნებს და ვერ ჰპოვა კონვენციის მე-7 მუხლის დარღვევა, მაგრამ დაადგინა, რომ მე-10 მუხლი დარღვეული იყო.

სასამართლოს მანამდე კიდევ ჰქონდა იშვიათი შესაძლებლობა, გაენიხილა ბოიკოტისაკენ მოწოდების კონვენციის მე-10 მუხლთან შეთავსებადობის საკითხი. ეს იყო საქმე *Willem v. France*<sup>39</sup>, რომელიც არაერთხელ მოიხსენია სასამართლომ ამ საქმის გადაწყვეტილებაში.

მოცემულ საქმეზე მიღებულ გადაწყვეტილებაში სასამართლომ პირველად იმსჯელა და დაადასტურა, რომ ბოიკოტი წარმოადგენდა საპროტესტო აზრის გამოხატვის საშუალებას, თუმცა, მიუთითა ფარგლებზე, რომელიც არ უნდა ყოფილიყო გადაღობული კონვენციის მე-10 მუხლის საერთო ჩარჩოს გათვალისწინებით. სასამართლომ მიუთითა შემდეგი:

„ბოიკოტი წარმოადგენს პირველ და ძირითად საშუალებას სახალხო პროტესტის გამოხატვისა. ბოიკოტისაკენ მოწოდება, რომელიც მიზნად ისახავს საპროტესტო აზრის კომუნიკაციას და გულისხმობს გარკვეული ქმედებებისაკენ მოწოდებას, პრინციპულად დასულია კონვენციის მე-10 მუხლით“ (§ 63). „თუმცა, ბოიკოტისაკენ მოწოდება სპეციფიკური ფორმის გამოხატვის თავისუფლებისა, ვინაიდან მასში საპროტესტო აზრის გამოხატვა კომბინირებულია

განსხვავებული მოპყრობის წაქეზებასთან, რაც, განსაზღვრულ გარემოებებში, წარმოადგენს სხვების წინააღმდეგ დისკრიმინაციისკენ წაქეზებას. დისკრიმინაციისაკენ წაქეზება წარმოადგენს შეუწყნარებლობისაკენ წაქეზების ფორმას, რომელიც, ძალადობისა და სიძულვილის წაქეზებასთან ერთად, წარმოადგენს იმ ზღვარს, რომელიც არასდროს უნდა გადაიკვეთოს გამოხატვის თავისუფლების განხორციელებისას (იხ. მაგ. *Perinçek*, ზემოთ მითითებული § 240). თუმცა, განსხვავებული მოპყრობის წაქეზება ყოველთვის როდი წარმოადგენს დისკრიმინაციის წაქეზებას“ (§ 64).

ჩარვეის (მომჩივანთა მსჯავრდება) აუცილებლობის შეფასებისას, სასამართლომ გამოიყენა სამეტაპიანი მიდგომა: პირველ რიგში, მან წინამდებარე საქმე განასხვავა *Willem*-ის საქმიდან, რომელიც შეხებოდა ქალაქის მერის – რომელიც შეზღუდული იყო მერის მანდატიდან წარმომდგარი მოვალეობებითა და პასუხისმგებლობით – დასჯას დისკრიმინაციის წაქეზებისათვის და არა აზრის გამოხატვისათვის. გაიმეორა რა იმ მიჯნების შესახებ, რომელიც არასდროს უნდა გადაკვეთილიყო გამოხატვის თავისუფლების განხორციელებისას, სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ მომჩივნები არ იყვნენ დასჯილი რასისტული, ანტიემიგრირი განცხადებებისათვის ანდა სიძულვილის გაღვივებისა თუ ძალადობისაკენ წაქეზებისათვის; არც იმისთვის, რომ თვითონ იყვნენ ჩართული ძალადობის ან ზიანის მიმყენებელ საქმიანობაში.

იმ კანონის ინტერპრეტაციის კითხვის ნიშნის ქვეშ დაყენების გარეშე, რომელსაც მომჩივანთა მსჯავრდება ემყარებოდა, კერძოდ, „ეკონომიკური დისკრიმინაციისაკენ წაქეზება“, სასამართლომ შეამოწმა ეროვნული სასამართლოების გადაწყვეტილებათა დასაბუთებულობა, რომლითაც ისინი დამნაშავეებად იქნენ ცნობილი. სასამართლომ მიუთითა, რომ ფრანგული სამართალი, როგორადაც იგი იყო განმარტებული და გამოყენებული მოცემულ საქმეში, კრძალავდა პროდუქტების წინააღმდეგ ყველანაირ მოწოდებას ბოიკოტისაკენ მათი გეოგრაფიუ-

39 *Willem v. France*, no. 10883/05, 16 July 2009.

ლი წარმოშობის მიხედვით, მიუხედავად ბოიკოტის საფუძვლებისა და მოწოდებასთან დაკავშირებული გარემოებებისა. სასამართლომ აღნიშნა, რომ ეროვნულმა სასამართლოებმა მსჯავრდების სამართლებრივი საფუძვლების განხილვისას არ გადმოსცეს კონკრეტული მიზეზები, რომლებიც სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი იქნებოდა ისეთ მიმართებებში, რომლისთვისაც კონვენცია გამოხატვის თავისუფლების დაცვის მაღალ ხარისხს მოითხოვდა. მართლაც, ერთი მხრივ, მომჩივანთა მოქმედებები და განცხადებები შეეხებოდა საჯარო ინტერესის საგანს, კერძოდ, ისრაელის სახელმწიფოს ქმედებების საერთაშორისო სამართალთან შესაბამისობას და ადამიანის უფლებათა ვითარებას პალესტინის ოკუპირებულ ტერიტორიებზე, რაც იმ პერიოდში წარმოადგენდა საჯარო განხილვის საგანს საფრანგეთში და მთელ საერთაშორისო საზოგადოებაში. მეორე მხრივ, ქმედებაც და განცხადებებიც თავსდებოდა პოლიტიკური თუ საბრძოლო გამოხატვის ფარგლებში.

სასამართლომ დაასკვნა, რომ მომჩივანთა მსჯავრდება არ ეყრდნობოდა შესაბამის და საკმარის საფუძვლებს, რომელიც მე-10 მუხლის პრინციპებთან შესაბამისობას და ფაქტების ადეკვატურ შეფასებას ეფუძნებოდა. სასამართლომ დაადგინა, რომ კონვენციის მე-10 მუხლი დარღვეული იყო.

მე-4 საქმე კი – *Miljević v. Croatia*<sup>40</sup> – შეეხებოდა განსასჯელის სიტყვის თავისუფლებას. სასამართლომ აღნიშნულ საქმეში განიხილა დიფამაციისათვის მსჯავრდება იმ განცხადებების საფუძველზე, რომელიც გაკეთებული იქნა სისხლისსამართლებრივი პროცესის მიმდინარეობისას ისეთი პირის მისამართით, რომელიც არ იყო ამ პროცესის მონაწილე.

მომჩივანმა, ომის დანაშაულის ბრალეობით მისი საქმის სასამართლო განხილვისას, გააკეთა განცხადებები თავის დასაცავად. კერძოდ, მან ბრალი დასდო I.P.-ს (რომელიც არ წარმოადგენდა პროცესის მონაწილეს) მის წინააღმდეგ სისხლისსამართლებრივი დევნის წაქეზებაში, მოწ-

მეთა მოსყიდვის/შეგულიანებისა და კრიმინალური უწყებისათვის ინსტრუქციის მიცემაში მისი დამნაშავედ ცნობის მიზნით. მომჩივანი გამართლდა ომის დანაშაულის ჩადენაში, მაგრამ, მოგვიანებით, იგი დამნაშავედ ცნეს სისხლისსამართლებრივი დიფამაციის პროცესის შედეგად, რომელიც მის წინააღმდეგ წამოიწყო I.P.-მ მის წინააღმდეგ თქმული განცხადებების გამო. სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-10 მუხლის დარღვევა.

გადაწყვეტილება იმით არის მნიშვნელოვანი, რომ სასამართლოს პირველად მიეცა შესაძლებლობა დაებალანსებინა სისხლის სამართლის პროცესის დროს ბრალდებულის გამოხატვის თავისუფლება (მე-10 მუხლი) რეპუტაციის დაცვის უფლებასთან მიმართებაში (მე-8 მუხლი) სრულიად ახლებურ კონტექსტში, როდესაც დიფამაციური განცხადებები გაკეთებული იქნა მესამე მხარის მისამართით, რომელსაც არ გააჩნდა რაიმე ფორმალური როლი შესაბამის პროცესში (შეადარეთ წინა საქმეებს, სადაც მსაჯულის დიფამაციური განცხადებები მიმართული იყო მოსამართლის ან პროკურორის წინააღმდეგ (*მაგალითად, Lešník v. Slovakia*,<sup>41</sup> *Skatka v. Poland*<sup>42</sup>), ანდა სადაც დამცველი ადვოკატი აკეთებდა ამგვარ განცხადებებს მოსამართლეების, პროკურორების, მოწმეებისა თუ პოლიციის ოფიცრების წინააღმდეგ (*მაგალითად, Nikula v. Finland*,<sup>43</sup> *Kyprianou v. Cyprus*<sup>44</sup>).

სასამართლომ მიუთითა, რომ მე-8 და მე-10 მუხლები, ჩვეულებრივ, ერთგვაროვანი დაცვით სარგებლობდა იმისათვის, რათა საჩივრის შედეგი არ ყოფილიყო ცვლადი იმისდა მიხედვით, იგი მე-8 მუხლის საფუძველზე იყო წარდგენილი პირის მიერ, რომელიც შეურაცხმყოფელი განცხადებებით დაზარალდა, თუ მე-10 მუხლის საფუძველზე – სადავო განცხადებების ავტორის მიერ. თუმცა, ისეთ შემთხვევებში,

41 *Lešník v. Slovakia*, no. 35640/97, ECHR 2003-IV.

42 *Skatka v. Poland*, no. 43425/98, 27 May 2003.

43 *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, 21 March 2002.

44 *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, ECHR 2005-XIII.

40 *Miljević v. Croatia*, no. 68317/13, 25 June 2020.

როდესაც გამოხატვის თავისუფლება სამართლიანი განხილვის შესახებ ბრალდებულის უფლების კონტექსტში (კონვენციის მე-6 მუხლის საფუძველზე) უნდა გააზრებულყო, ასეთ დროს, შიდა ხელისუფლებისათვის კონვენციის მე-10 მუხლის საფუძველზე გადაცემული შეფასების თავისუფლების ფარგლები მნიშვნელოვნად ვიწროვდებოდა. მნიშვნელოვანია, რომ სასამართლომ დაადგინა შემდეგი პრინციპები ამგვარ კონტექსტში კონკურენტი ინტერესების დაბალანსებისათვის: კერძოდ, სასამართლოს აზრით, ბრალდებულის გამოხატვის თავისუფლებისა და სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების ჯეროვნად განხორციელების ინტერესების გათვალისწინებით, პრიორიტეტი უნდა მიეცათ ბრალდებულის შესაძლებლობისათვის, ესაუბრა თავისუფლად, იმის შიშისაგან დამოუკიდებლად, რომ მის წინააღმდეგ აღიძვრებოდა დიფამაციის სარჩელი იმ განცხადებებისა თუ არგუმენტებისათვის, რომელიც მან პროცესში თავის დაცვის მიზნით გააკეთა.

მეორე მხრივ, რაც უფრო დაშორებული იყო მისი განცხადებები მისი საქმისა და დავის საგნისაგან, და შეიცავდა არარელევანტურ, ანდა უმიზნო თავდასხმებს პროცესის მონაწილეებისა თუ მესამე პირების მისამართით, მით უფრო ლეგიტიმური ხდებოდა მისი გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვა იმის გათვალისწინებით, რომ იმავდროულად, არსებობდა მესამე პირთა უფლება კონვენციის მე-8 მუხლის საფუძველზე. სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ ბრალდებულის განცხადებები და არგუმენტები დაცული იყო იმდენად, რამდენადაც ისინი არ წამოადგენდა წინასწარ განზრახულ ბოროტ თავდასხმას პროცესის მონაწილის ან მესამე მხარის მიმართ. როგორც სასამართლოს იურისპრუდენციიდან გამომდინარეობდა, განსასჯელის გამოხატვის თავისუფლება არსებობდა იმ ფარგლებში, როდესაც ის არ აკეთებდა იმგვარ განცხადებებს, რომლებიც წინასწარ განზრახულად წარმოშობდა ყალბ ეჭვებს პროცესის მონაწილე მხარის ან მესამე პირის დანაშაულებრივი საქციელის თაობაზე. პრაქტიკაში, როდესაც სასა-

მართლო ამის შეფასებას ახორციელებდა, იგი მნიშვნელოვნად მიიჩნევდა იმის შემოწმებას, თუ რამდენად სერიოზულ შედეგებს გამოიწვევდა ეს განცხადებები იმ პირისათვის, რომელსაც ეს განცხადებები შეეხებოდა. რაც უფრო მძიმე იყო ასეთი შედეგები, მით უფრო მეტი სოლიდური ფაქტობრივი საფუძველი უნდა ყოფილიყო წარმოდგენილი ამ განცხადებებისათვის.

გამოიყენა რა ეს პრინციპები წინამდებარე საქმეში, სასამართლომ მიიჩნია, რომ შიდა ხელისუფლებამ ვერ შეძლო სამართლიანი ბალანსის მიღწევა დაპირისპირებულ ინტერესებს შორის შემდეგი მიზეზებით:

**პირველ რიგში**, სასამართლომ განიხილა რა სადავო განცხადებების ბუნება და კონტექსტი, მიიჩნია, რომ მომჩივნის დაცვას სავსებით საკმარისი რელევანტური ტვირთი დაეკისრა სისხლის სამართლის საქმის განხილვის განმავლობაში და ამიტომ დაიმსახურა მაღალი დაცვის ხარისხი კონვენციის საფუძველზე. თუკი მომჩივანი წარმატებას მიაღწევდა თავისი არგუმენტების მეშვეობით საქმის განმხილველი სასამართლოს დარწმუნებაში, ეს სერიოზული ეჭვის ქვეშ დააყენებდა მოწმეთა ჩვენებების სიმყარესა და სანდოობას, მათ შორის, დევნის წამოწყების ბუნებისა და ისტორიის თაობაზე. პრინციპულად, განსასჯელს უნდა ჰქონოდა შესაძლებლობა, თავისუფლად ელაპარაკა თავისი შთაბეჭდილების შესახებ მოწმეთა შესაძლო მოსყიდვისა თუ მის წინააღმდეგ დევნის უკანონო მოტივის თაობაზე იმ შიშის გარეშე, რომ ამას მის წინააღმდეგ დიფამაციის სარჩელი მოჰყვებოდა. უფრო მეტიც, I.P., რომელიც იყო კარგად ცნობილი საჯარო ფიგურა, და ომის დროს ჩადენილ დანაშაულთა დევნის აქტივისტი, საჯარო არენაზე გამოჩნდა სწორედ ამ საკითხებთან დაკავშირებით, და ამიტომ, მას, კერძო პირებთან შედარებით, პრინციპულად მოეთხოვებოდა ეჩვენებინა მისაღები კრიტიკისადმი მაღალი ხარისხის ტოლერანტულობა.

**მეორე**, შესაბამისმა გარემოებებმა სასამართლოს არ მისცა შესაძლებლობა და-

ესკვნა, რომ მომჩივნის ბრალდებას I.P.-ს მისამართით აკლდა ფაქტობრივი საფუძველი. I.P. ესწრებოდა სასამართლო სხდომებს და დაუშვა, რომ შეხვედროდა ზოგიერთ მოწმეს, მათ შორის იმ მოწმეს, რომელმაც სისხლისსამართლებრივი საჩივარი შეიტანა მომჩივნის წინააღმდეგ ომის დანაშაულის ბრალდებით; უფრო მეტიც. I.P.-მ სატელევიზიო შოუს რედაქტორს რჩევა-დარიგებები მისცა ხორვატიაში ომის თაობაზე რეპორტაჟების მომზადებისას, მიუხედავად იმისა, რომ ის არ იყო ჩართული მომჩივნის შესახებ სამაუწყებლო გადაცემაში. ევროპული სასამართლოს აზრით, ეროვნულმა სასამართლოებმა ვერ შეძლეს ამ ფაქტობრივი საფუძველების მხედველობაში მიღება.

**მესამე,** სასამართლომ განიხილა სადავო განცხადებების შესაძლო შედეგები I.P. – თვის და დაადგინა, რომ ისინი საკმაოდ შეზღუდული იყო. მართალია, მომჩივანმა მას ბრალი დასდო მოწმეთა მოსყიდვაში, რაც ეროვნული სამართლით დასჯად ქმედებას წარმოადგენდა, მაგრამ ისიც ფაქტი იყო, რომ კომპეტენტურ ხელისუფლებას არასდროს ჰქონდა მის წინააღმდეგ დევნა წამოწყებული სავარაუდო სამართალდაღვევის გამოსაძიებლად. მართალია, სადავო განცხადებები ექსცესიური იყო, მაგრამ ისინი არ წარმოადგენდა ბოროტ და უმიზეზო თავდასხმას. უფრო მეტიც, არ არსებობდა არავითარი მტკიცებულება, რომ I.P.-მ სატანჯველი განიცადა ან ობიექტურად შესაძლებელი იყო რომ დატანჯულიყო ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული ან სხვაგვარი სერიოზული ან ხანგრძლივი შედეგებით.

**მეოთხე,** სანქციის სიმკაცრის გათვალისწინებით, სასამართლომ აღნიშნა, რომ მიუხედავად მომჩივნისათვის შიდა სამართლით დასაშვები მინიმალური ოდენობის ჯარიმის გადახდის ვალდებულების დაკისრებისა, სანქცია, ყველა შემთხვევაში მაინც სისხლისსამართლებრივ მსჯავრდებას გულისხმობდა, რაც ამგვარ კონტექსტში მხოლოდ საგამონაკლისო გარემოებებში შეიძლებოდა აღიარებული ყოფილიყო აუცილებლად დემოკრატიულ საზოგადოებაში.

## სხვა საქმეები

2020 წელს სასამართლომ საკმარისი ყურადღება დაუთმო უმცირესობის, მოწყვლადი ჯგუფების, ძალადობის მსხვერპლთა უფლებებს.

მაგალითად, *Buturugă v. Romania*<sup>45</sup> უკავშირდება კიბერბულინგის ფენომენს, როგორც ქალთა ძალადობის ფორმას და ამ სფეროში სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებებს. საქმის ფაქტები შეფასებულ იქნა მე-3 და მე-8 მუხლების საფუძველზე და დადგინდა სახელმწიფოს მხრიდან პოზიტიური ვალდებულებების შეუსრულებლობა. სასამართლომ დაადასტურა, რომ ოჯახური ძალადობის ფენომენი მოიცავდა ფსიქოლოგიურ ძალადობასა და შევიწროებას, რომლის ერთ-ერთ ფორმასაც წარმოადგენდა პირად სფეროში კიბერშეჭრა, მსხვერპლის კომპიუტერში შეღწევა და პირადი მონაცემებისა და ფოტოსურათების გადაღება, მათი სხვა პირებისათვის გაზიარება ანდა ამ მასალებით სხვაგვარი მანიპულაცია.

მშობლების მხრიდან ძალადობისაგან ბავშვთა დაცვას და ამ სფეროში სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებებს შეეხებოდა საქმე *Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage v. France*.<sup>46</sup> საყურადღებოა, რომ ამ საქმის ფაქტები სასამართლომ მოაქცია მე-3 მუხლი მოქმედების ქვეშ, ხოლო მე-2 მუხლი გამოყენებადად არ მიიჩნია, მიუხედავად არასათანადო მოპყრობის შედეგად მსხვერპლის სიკვდილისა. არ დადგინდა მე-13 მუხლის დაღვევა მე-3 მუხლთან ერთობლიობაში. სასამართლომ მიიჩნია, რომ სახელმწიფოს მხრიდან გამოჩენილი „უხეში დაუდევრობის“ (*faute lourde*) დამტკიცების ვალდებულება სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის დასადგენად არ აუქმებდა ამ მისაგებლის ეფექტიანობას, რაც ხელთ გააჩნდათ მომჩივან ასოციაციებს კონვენციის მე-3 მუხლის ქრილში;

ჰომოსექსუალთა გაძევების პირობე-

45 *Buturugă v. Romania*, no. 56867/15, 11 February 2020.

46 *Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage v. France*, nos. 15343/15 and 16806/15, 4 June 2020

ბი დაადგინა სასამართლომ საქმეში *B and C v. Switzerland*<sup>47</sup>, სადაც პირველად თქვა, რომ დეპორტაცია დაარღვევდა მე-3 მუხლს, თუკი გასაგზავნ ქვეყანაში არსებობდა სექსუალური ორიენტაციის საფუძველზე არასათანადო მოპყრობის რეალური რისკი, ამასთან, სასამართლომ განმარტა, რომ მხოლოდ და მხოლოდ ჰომოსექსუალური აქტების სისხლისსამართლებრივი დასჯადობა საკმარისი არ იყო რისკის რეალურობის სამტკიცებლად. სასამართლომ სახელმწიფოს დააკისრა იმის დამტკიცების ტვირთი, რომ იგი შეძლებდა კერძო პირთა თავდასხმებისგან ჰომოსექსუალის დაცვას. მანვე დაუშვებლად გამოაცხადა ჰომოსექსუალი პირისათვის მოთხოვნის დაწესება – არ გაემხილა თავისი ორიენტაცია თავის დასაცავად.

ასევე ჰომოსექსუალთა უფლებებს, კერძოდ მათ მიმართ ჰომოფობიურ დამოკიდებულებას და ამ ნიშნით დისკრიმინაციულ მოპყრობას (მე-14 მუხლი მე-8 მუხლთან ერთობლიობაში) შეეხებოდა საქმე *Beizaras and Levicks v. Lithuania*.<sup>48</sup> სასამართლომ მიუთითა, რომ კრიმინალური სანქციები სიძულვილის გამოხატვისა და ძალადობისაკენ წაქეზებისათვის უნდა გამოყენებული ყოფილიყო მხოლოდ როგორ *ultima ratio* ღონისძიება, თუმცა, შეუნიღბავი მოწოდება მომჩივანთა ფიზიკურ და სულიერ ერთიანობაზე თავდასხმისაკენ, რასაც ამ საქმეში ჰქონდა ადგილი, მოითხოვდა სისხლისსამართლებრივ დაცვას. ამასვე ეფუძნებოდა ის გარემოება, რომ მომჩივნებს აღარ მოეთხოვებოდათ სამოქალაქო-სამართლებრივი საშუალებების ამოწურვა, რადგან მხოლოდ სისხლისსამართლებრივი პასუხი იქნებოდა ადეკვატური.

საქმეში *N.H. and Others v France*<sup>49</sup> სასამართლომ მეორედ დაადგინა კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა თავშესაფრის მაძიებელთა (რომლებიც მოწყვლად ჯგუფს მია-

კუთვნა) ცუდ პირობებში განთავსების გამო და გამოიყენა „უკიდურესი მატერიალური სიღატაკის“ კრიტერიუმი, რომელიც აღძრავდა მე-3 მუხლის საკითხს.

საქმეში *M.K. and Others v. Poland*<sup>50</sup> სასამართლომ კონვენციასთან მიმართებაში შეაფასა თავშესაფრის პროცედურაზე ხელმიუწვდომლობა და პირთა მესამე ქვეყანაში გაგზავნა იმის ჯეროვანი შემოწმების გარეშე, არსებობს თუ არა მე-3 მუხლით აკრძალული მოპყრობის რისკი; მე-13 მუხლის კონტექსტში დასაბუთებისას სასამართლომ აუცილებლად მიიჩნია და კიდევ ერთხელ დაადასტურა იმგვარი მისაგებლის არსებობა, რომელიც მომჩივნების მხრიდან უარის გაპროტესტების შემთხვევაში, ავტომატურად შეაჩერებდა გაძევების გადაწყვეტილების აღსრულებას.

საქმეში *Evers v. Germany*<sup>51</sup> სასამართლომ ნათელი გახადა, რომ მე-8 მუხლის ფართო კონსტრუქცია არ გულისხმობდა იმას, რომ მასში ნაგულისხმები ყოფილიყო ერთ ქვეყნულ მცხოვრებ ადამიანთა ისეთი ურთიერთობა, როდესაც ერთი მხარე მეორეზე ძალადობდა და ეს უკანასკნელი წინააღმდეგი იყო ურთიერთობისა. შესაბამისად, მოძალადის მხრიდან ასეთი კონტაქტის აკრძალვის გაპროტესტებაც ვერ თავსდება მე-8 მუხლით დაცულ სფეროში. საზოგადოდ, მე-8 მუხლით დაცული „პირადი და ოჯახური ურთიერთობები“ არ მოიცავდა სხვა ადამიანის დაყოლიების მცდელობას ამგვარი ურთიერთობის დამყარებისა და განვითარების მიზნით.

ბოშათა თემის სუფთა სასმელ წყალზე ხელმისაწვდომობას შეეხებოდა საქმე *Hudrovič and Others v. Slovenia*<sup>52</sup> კონვენციის მე-3 და მე-8 მუხლების კონტექსტში. პრინციპული ის იყო, რომ სასამართლომ აღიარა მე-3 მუხლის გამოყენებადობა სუფთა სასმელი წყლისადმი ხელმიუწვდომლობის შემთხვევებში, რომელიც შეიძლებოდა გა-

47 *B and C v. Switzerland*, nos. 889/19 and 43987/16, 17 November 2020.

48 *Beizaras and Levicks v. Lithuania*, no. 41288/15, 14 January 2020.

49 *N.H. and Others v. France*, nos. 28820/13 and 2 others, 2 July 2020.

50 *M.K. and Others v. Poland*, nos. 40503/17 and 2 others, 23 July 2020.

51 *Evers v. Germany*, no. 17895/14, 28 May 2020.

52 *Hudrovič and Others v. Slovenia*, nos. 24816/14 and 25140/14, 10 March 2020.

თანაბრებულიყო მე-3 მუხლით აკრძალულ არასათანადო მოპყრობასთან, თუმცა ამ საქმეში მიიჩნია, რომ ეს ზღვარი გადალახული არ იყო. სასამართლომ, გაითვალისწინა რა მუნიციპალური ხელისუფლების მხრიდან გადადგმული ზოგიერთი პოზიტიური ნაბიჯი მომჩივნების დასახმარებლად, ასევე უარყო ამ საქმეში მე-8 მუხლის გამოყენებადობა და მიუთითა, რომ ეს მუხლი მოქმედებაში მოვიდოდა, როდესაც საქმე შეეხებოდა უსაფრთხო სასმელი წყლისადმი განუწყვეტელი ან ხანგრძლივი ვადით ხელმიუწვდომლობას ჯანმრთელობისა და პირადი ცხოვრებისათვის სერიოზული შედეგებით.<sup>53</sup> საგულისხმოა, რომ სასამართლომ ამ სფეროში არ განავრცო სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებები ძალზე შორს და მიიჩნია, რომ მართალია, მომჩივნები მიეკუთვნებოდნენ ბოშათა თემს, რომელიც მონყვლად ჯფგუფად ჩაითვლებოდა, მაგრამ ეს ისე არ უნდა განმარტებულიყო, რომ თითქოს მხოლოდ სახელმწიფოს აწვა მთელი ტვირთი მომჩივანთა საცხოვრებლების უწყვეტი სასმელი წყლით უზრუნველყოფის საქმეში.

საქმე *Muhammad and Muhammad v. Romania*<sup>54</sup> შეეხებოდა უცხოელთა გაძევებასთან დაკავშირებულ პროცედურულ გარანტიებს (მე-7 ოქმის 1-ლი მუხლი) ისეთ შემთხვევებში, როდესაც გაძევება ხდებოდა ეროვნული უშიშროების ინტერესებიდან გამომდინარე იმგვარ პირობებში, როდესაც უცხოელებს არ უხსნიდნენ გაძევების კონკრეტულ მიზეზებს და აღუკვეთდნენ იმ დოკუმენტების შინაარსისადმი ხელმისაწვდომობას, რომლებსაც გაძევებისას ეყრდნობოდნენ. მიუხედავად იმისა, რომ ეროვნული უშიშროების დაცვის საქმეში სასამართლო მუ-

დამ შეფასების თავისუფლების ძალზე ფართო არეალს აკუთვნებს ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს, მან დაადასტურა მე-7 ოქმის 1-ელი მუხლის საფუძველზე ადამიანის უფლება, რომელსაც აძევებენ ეროვნული უშიშროებისათვის საფრთხის გამო, მიიღოს ინფორმაცია გაძევების მიზეზების თაობაზე და გააჩნდეს საქმეში არსებული დოკუმენტებისადმი ხელმისაწვდომობა, სულ მცირე, იმ ფარგლებში, რაც აუცილებელია გაძევების წინააღმდეგ საკუთარი არგუმენტების წარსადგენად. იმავედროულად, სასამართლომ ეჭვქვეშ არ დაუყენებია, რომ საზოგადოდ, ამგვარ ინფორმაციაზე, საჭიროების შემთხვევაში, შესატყვისი გამართლებული შეზღუდვებიც დასაშვებია იყო. მან ჩამოაყალიბა შეზღუდვის გამართლებულობის ორსაფეხურიანი ტესტი და შემოწმების მეთოდოლოგია. მიუთითა, რომ რაც მეტი ინფორმაცია იყო უცხოელისათვის ხელმიუწვდომელი, მით უფრო მეტად უნდა ყოფილიყო ის კომპენსირებული დამაბალანსებელი ფაქტორებით. ხაზი გაუსვა პროცესში დამოუკიდებელი ორგანოს ჩართულობის და სხვა გარანტიების მნიშვნელობასაც.

საქმეში *Akbay and Others v. Germany*<sup>55</sup> სასამართლომ დაადასტურა თავისი მიდგომა, რომ სახელმწიფოს ფარული აგენტის წაქეზებით ჩადენილი დანაშაულის (entrapment) გამოძიებისა და განხილვის პროცესში ამ აგენტის მიერ მოპოვებული მტკიცებულების გამოყენება დაარღვევს სამართლიანი განხილვის უფლებას; ასეთ დროს მხოლოდ სასჯელის შემცირება საკმარისი არ იყო და მხოლოდ ამ მტკიცებულებების გამორიცხვა იქნებოდა მე-6 მუხლის შესაბამისი; ასევე მნიშვნელოვანი იყო სასამართლოს მხრიდან იმის დაზუსტება, რომ ეს თანაბრად შეეხებოდა სახელმწიფოს აგენტის მხრიდან დანაშაულის არაპირდაპირი წაქეზების შემთხვევებსაც. აქვე უნდა მოვიხსენიოთ საქმე *Ćwik v. Poland*,<sup>56</sup> სადაც სასამართლომ პირველად დაადგინა, რომ არასათანადო

53 კერძოდ, შემდგენიარად აღწერა სასმელი წყლისადმი ხელმისაწვდომობის პირობები მე-8 მუხლის გამოყენებადობის პირობები: „უსაფრთხო სასმელი წყლისადმი ხელმიუწვდომლობა განუწყვეტელი ან ხანგრძლივი ვადით“, „ჯანმრთელობისა და ადამიანს ღირსებისათვის „თანმხლები შედეგებით, რაც ანადგურებს პირადი ცხოვრების არსს და საცხოვრებელით სარგებლობას.“

54 *Muhammad and Muhammad v. Romania* [GC], no. 80982/12, 15 October 2020.

55 *Akbay and Others v. Germany*, nos. 40495/15 and 2 others, 15 October 2020.

56 *Ćwik v. Poland*, no. 31454/10, 5 November 2020.



მოპყრობის გზით მოპოვებული მტკიცებულებების დაშვება სისხლის სამართლის პროცესში მაშინაც არღვევს მე-6 მუხლს, როდესაც ასეთი მტკიცებულება მოპოვებული იყო კერძო პირთა მხრიდან განხორციელებული არასათანადო მოპყრობის შედეგად.

### დასკვნა

კონვენციის სამართალი ყველა მიმართულებით ვითარდება, ზემოაღნიშნული საქმეები მოწმობს, რომ პრაქტიკა წამოჭრის სრულიად განსხვავებულ და ახალ-ახალ საკითხებს, რომლებზე პასუხის გაცემაც ამდინდრებს სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს. სასამართლო ცდილობს მისდიოს თავის პრაქტიკას, პარალელურად – აღრმავებდეს, აზუსტებდეს და აუმჯობესებდეს თავის მიდგომებს და, იმავდროულად, ადეკვატურად პასუხობდეს ახალ გამოწვევებს. აღსანიშნავია, რომ 2020 წელს სასამართლომ შეიმუშავა არაერთი ახალი პრინციპი მოწყვლადი ჯგუფების დასაცავად, როგორებიც არიან ბოშათა თემი, თავშესაფრის მაძიებლები, ოჯახური ძალადობისა და ტრეფიკინგის მსხვერპლი, ჰომოსექსუალები და სხვ. სასამართლომ კიდევ ერთხელ დაადასტურა მკაცრი მიდგომები არასათანადო მოპყრობისა და დისკრიმინაციის აკრძალვის სფეროებში; გამოხატვის თავისუფლება თითქმის ყოველთვის კვლავ ინარჩუნებს თავის ძლიერ პრიორიტეტს სხვა ღირებულებებთან მიმართებაში, მიუხედავად სასამართლოს არაერთხელ თქმულისა, რომ, საზოგადოდ, კონვენციის უფლებები ერთგვაროვანი დაცვით სარგებლობენ, თუმცა მნიშვნელოვანია ისიც, რომ იგი უთითებს ხოლმე მიჯნებზე, რომელიც არასდროს არ უნდა გადაიღახოს.

არაერთ საქმეში მოუწია სასამართლოს ფართო ხედვა გამოყენებინა და საკითხები განეხილა ადამიანის უფლებათა სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა თუ საერთაშორისო ორგანიზაციების სამართალთან (განსაკუთრებით ევროპის კავშირის სამართალთან) მიმართებაში. ასევე

მნიშვნელოვანია, რომ სასამართლო კვლავ დაბეჭდვით მიჰყვება თავის არჩეულ გზას, კონვენციის დებულებების განმარტება მოახდინოს ერთმანეთთან და საერთაშორისო სამართლის სხვა ნორმებთან ჰარმონიასა და შესაბამისობაში. ასევე, არაერთ საქმეში დასჭირდა სასამართლოს შეფასების თავისუფლების კონცეპტის გამოყენება და საკითხის იმისდა მიხედვით გადაწყვეტა, როგორი იყო ამ სფეროში ეს ფარგლები – ვიწრო თუ ფართო.

აღსანიშნავია, რომ სტრასბურგის სასამართლოს 2020 წლის იურისპრუდენცია ასევე გამდიდრდა კონვენციის მე-16 ოქმით დაწესებული საკონსულტაციო დასკვნის უფლებამოსილების განხორციელების პრეცედენტით, რომელიც წინამდებარე სტატიის განხილული არ არის,<sup>57</sup> რამდენადაც იგი უფრო მეტ და ფოკუსირებულ ყურადღებას საჭიროებდა იმის გასარკვევად, რამდენად ეფექტიანად ასრულებს სასამართლო ამ უფლებამოსილებას, რამდენად გონივრული იყო ამ მიმართულებით სუბსიდიურობის პრინციპის განვრცობა და, რაც მთავარია, რამდენად ქმედითია ამ მხრივ მისი დახმარება ეროვნული უმაღლესი ინსტანციის სასამართლოებისათვის, რა მიზანსაც ამ უფლებამოსილების დაწესება ისახავდა მიზნად.

57 ვვლისხმობ სომხეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს მოთხოვნის შესაბამისად გაცემულ დიდი პალატის საკონსულტაციო დასკვნას, რომელიც შეეხებოდა „ბლანკეტური მითითებების“ ან „მითითებითი კანონმდებლობის“ გამოყენების ტექნიკას სამართალდარღვევის განსაზღვრისას და შეფასების სტანდარტს სამართალდარღვევის ჩადენის დროს მოქმედ სისხლისსამართლებრივ დებულებებსა და შესწორებულ სისხლის სამართალს შორის (*Advisory opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law [GC]*, ). request no. P16-2019-001, Armenian Constitutional Court, 29 May 2020.

# Jurisprudence of the Strasbourg Court of 2020

**Eva Gotsiridze**

*Doctor of law, Justice of the Constitutional Court of Georgia, Professor of The Saint Andrew the First-Called Georgian University of the Patriarchate of Georgia*

**KEYWORDS:** Jurisprudence, Strasbourg Court, Human Rights

## ABSTRACT

The Article concerns the Jurisprudence of the European Court of Human Rights of 2020.

It does not have an ambitious objective to give an exhaustive analysis of the Court's Case – Law, it only tries to show several important issues, which reflect current approaches of the Court and tendencies or directions of its Case-Law development. The following issues and cases will be discussed in the Article: jurisdiction of a State (art.1) and its interconnection with the admissibility of the application (inter-state case *Slovenia v. Croatia*, concerning an alleged violation of convention rights of a legal entity, which could not be classified as a “non-governmental organization” in the meaning of the art. 34); refusal by the Court to acknowledge extra-territorial jurisdiction in respect of the foreign nationals who apply for a visa at an embassy or consulate abroad ( *M.N and Others v. Belgium*); extra-territorial effect of a refugee status within the EU (*Shikhsaitov v. Slovakia*); just satisfaction in respect of property outside of a respondent state territory and indirect binding nature of the Court's judgment for a State, which was not a party in convention proceedings (*Molla v. Greece* ); issue of a state responsibility (in the meaning of violation of negative or positive obligations) for acts committed by a state agent in his private capacity, and the issue of whether and under what circumstances the approval by a state of a committed act raises its responsibility before

the Convention; obligations in the context of extradition and arbitrary release from serving a prison sentence for a racially motivated hate crime (*Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*); importance of the freedom of expression of a member of Parliament from the oppositional political party (*Selahattin Demirtaş v. Turkey*); and of an accused person during his case hearing in the context of the statements for self-defense that resulted in his conviction for defamation (*Miljević v. Croatia*); compatibility of an organized calling for boycott with the art. 10 and the threshold, that should never be overstepped while exercising freedom of speech (*Baldassi and Others v. France*), etc.

It is emphasized in the Article that the Court has developed a number of new approaches

and principles in order to protect vulnerable groups (Roma community, asylum seekers, homosexuals, victims of domestic violence or trafficking, children (from ill-treatment by their parents)), as well as to introduce more detailed criteria to estimate the foreseeability of criminal provisions, concept of “tribunal established by law” (within the meaning of art.6) or more guarantees for personal data protection, etc. The Author is of an opinion that ECHR does follow its way of harmonious interpretation of the Convention with the other International law instruments and, in later cases, extends the application of the principle of subsidiarity including making its judgments indirectly binding for a State, which was not a party in the convention proceedings.

#### BIBLIOGRAPHY:

1. European Court of Human Rights; Overview of the Court's Case-Law 2020; Council of Europe; <<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/overview>> [Last seen: 20.03.2022]
2. *Ljubljanska Banka D.D. v. Croatia* (dec.), no. 29003/07, 12 May 2015.
3. *M.N. and Others v. Belgium* (dec.) [GC], no. 3599/18, 5 May 2020.
4. *Shiksaitov v. Slovakia*, nos. 56751/16 and 33762/17, 10 December 2020.
5. *Molla Sali v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 20452/14, 18 June 2020.
6. *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, no. 17247/13, 26 May 2020.
7. *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary* [GC], no. 201/17, 20 January 2020
8. *Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2)* [GC], no. 14305/17, 22 December 2020.
9. *Baldassi and Others v. France*, nos. 15271/16 and 6 others, 11 June 2020
10. *Miljević v. Croatia*, no. 68317/13, 25 June 2020.
11. *Buturugă v. Romania*, no. 56867/15, 11 February 2020.
12. *Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage v. France*, nos. 15343/15 and 16806/15, 4 June 2020
13. *B and C v. Switzerland*, nos. 889/19 and 43987/16, 17 November 2020.
14. *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, no. 41288/15, 14 January 2020.
15. *N.H. and Others v. France*, nos. 28820/13 and 2 others, 2 July 2020.
16. *M.K. and Others v. Poland*, nos. 40503/17 and 2 others, 23 July 2020.
17. *Evers v. Germany*, no. 17895/14, 28 May 2020.
18. *Hudorovič and Others v. Slovenia*, nos. 24816/14 and 25140/14, 10 March 2020.
19. *Muhammad and Muhammad v. Romania* [GC], no. 80982/12, 15 October 2020.

20. *Akbay and Others v. Germany*, nos. 40495/15 and 2 others, 15 October 2020
21. *Ćwik v. Poland*, no. 31454/10, 5 November 2020.

## NOTES:

1. *Slovenia v. Croatia* (dec.) [GC], no. 54155/16, 18 November 2020
2. *Ljubljanska Banka D.D. v. Croatia* (dec.), no. 29003/07, 12 May 2015.
3. *Cyprus v. Turkey* (just satisfaction) [GC], no. 25781/94, ECHR 2014.
4. *M.N. and Others v. Belgium* (dec.) [GC], no. 3599/18, 5 May 2020.
5. The Court has repeatedly recognized the extraterritorial jurisdiction of the Contracting States for the infringements of human rights done beyond their territories (for example, see: *Loizidou v. Turkey*, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia*, *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia*, *Chiragov and Others v. Armenia*, *Sargsyan v. Azerbaijan*, *Jaloud v. Netherlands*).
6. *X v. Germany*, no. 1611/62, Commission decision of 25 September 1969, unreported.
7. *X v. the United Kingdom*, no. 7547/76, Commission decision of 15 December 1977, Decisions and Reports 12, p. 73.
8. *S. v. Germany*, no. 10686/83, Commission decision of 5 October 1984, Decisions and Reports 40, p. 291.
9. *M. v. Denmark*, no. 17392/90, Commission decision of 14 October 1992, Decisions and Reports 73, p. 193.
10. *Issa and Others v. Turkey*, no. 31821/96, 16 November 2004.
11. *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08, ECHR 2010.
12. *Medvedyev and Others v. France* [GC], no. 3394/03, ECHR 2010.
13. *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09, ECHR 2012
14. *Hassan v. the United Kingdom* [GC], no. 29750/09, ECHR 2014.
15. *Markovic and Others v. Italy* [GC], no. 1398/03, ECHR 2006-XIV. The case concerned a civil procedure for damages, which was brought before the courts of Italy by former citizens of Serbia and Montenegro regarding the deaths of their relatives as a result of the NATO air attacks. In this case, the Court declared inadmissible all the applicants' complaints due to lack of jurisdiction, except for the complaint regarding Article 6.
16. *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], no. 36925/07, 29 January 2019. This case confirms Turkey's extraterritorial jurisdiction over the deaths on the island of Cyprus as the case concerned criminal proceedings initiated by Turkey (exercising control over the "Turkish Republic of Northern Cyprus") in the context of its procedural obligations under Article 2.
17. *Abdul Wahab Khan v. the United Kingdom*, (dec.), no. 11987/11, 28 January 2014.
18. *Ilias and Ahmed v. Hungary* [GC], no. 47287/15, § 125, 21 November 2019. 17.
19. See, for example, *N.D. and N.T. v. Spain*, nos. 8675/15 and 8697/15, § 222, 3 October 2017; Where the court considered whether it was possible for the applicants to seek international protection at the Spanish Embassy and Consulate, actually and effectively available to them.
20. *Shiksaitov v. Slovakia*, nos. 56751/16 and 33762/17, 10 December 2020.

21. 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees.
22. Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast).
23. European Convention on Extradition, ETS 024
24. Conclusion No. 12 (XXIX) Extraterritorial Effect of the Determination of Refugee Status, Executive Committee 29th session, 17 October 1978, UN Doc. A/33/12/Add.1.
25. *Eminbeyli v. Russia*, no. 42443/02, 26 February 2009.
26. In the present case, however, the Court has still found a violation of Article 5 of the Convention. He considered that the applicant's detention could still not be considered justified in view of its length (1 year and 9 months). Information on the applicant's refugee status, as well as documents relating to his criminal prosecution in Russia (which provided the basis for an assessment of the political aims of the alleged crime), had been available to the Slovak authorities since February 2015. Thus, it could not be established that the Slovak authorities were conducting the case actively and with the necessary diligence required by Article 5 § 1 (f) of the Convention.
27. *Molla Sali v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 20452/14, 18 June 2020.
28. The court pointed out that according to the Greek Civil Code of the Muslim faith, the beneficiary of the testament drawn up by the testator was in a different, unprofitable state compared to the beneficiary of the testament drawn up by the testator based on the Greek civil code of non-Muslim faith, which did not qualify for objective and reasonable justification.
29. *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, no. 17247/13, 26 May 2020.
30. Convention on the Transfer of Sentenced Persons, ETS 112.
31. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the Work of its 53rd Session (2001), UN Doc. A/56/10.
32. For the same reason, the European Court did not find a substantial violation of Article 2 in Girgvliani's case (*Enukidze and Girgvliani v. Georgia*, judgment of 26 April 2011)
33. *Kitanovska Stanojkovic and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 2319/14, 13 October 2016.
34. *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* [GC], no. 36925/07, 29 January 2019.
35. *Nachova and Others v. Bulgaria* [GC], nos. 43577/98 and 43579/98, § 157, ECHR 2005-VII. 35.
36. *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Hungary* [GC], no. 201/17, 20 January 2020
37. *Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 2)* [GC], no. 14305/17, 22 December 2020.
38. *Baldassi and Others v. France*, nos. 15271/16 and 6 others, 11 June 2020
39. *Willem v. France*, no. 10883/05, 16 July 2009.
40. *Miljević v. Croatia*, no. 68317/13, 25 June 2020.
41. *Lešník v. Slovakia*, no. 35640/97, ECHR 2003-IV.
42. *Skalka v. Poland*, no. 43425/98, 27 May 2003.

43. *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, 21 March 2002.
44. *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, ECHR 2005-XIII.
45. *Buturugă v. Romania*, no. 56867/15, 11 February 2020.
46. *Association Innocence en Danger and Association Enfance et Partage v. France*, nos. 15343/15 and 16806/15, 4 June 2020
47. *B and C v. Switzerland*, nos. 889/19 and 43987/16, 17 November 2020.
48. *Beizaras and Levickas v. Lithuania*, no. 41288/15, 14 January 2020.
49. *N.H. and Others v. France*, nos. 28820/13 and 2 others, 2 July 2020.
50. *M.K. and Others v. Poland*, nos. 40503/17 and 2 others, 23 July 2020.
51. *Evers v. Germany*, no. 17895/14, 28 May 2020.
52. *Hudorovič and Others v. Slovenia*, nos. 24816/14 and 25140/14, 10 March 2020.
53. In particular, the conditions for access to drinking water are described as follows: Conditions for Applicability of Article 8: "Constant or prolonged inaccessibility to safe drinking water", "with Consequences to health and human dignity", "that destroys the essence of private life and use of housing".
54. *Muhammad and Muhammad v. Romania* [GC], no. 80982/12, 15 October 2020.
55. *Akbay and Others v. Germany*, nos. 40495/15 and 2 others, 15 October 2020
56. *Ćwik v. Poland*, no. 31454/10, 5 November 2020.
57. I mean the advisory opinion of the Grand Chamber issued at the request of the Constitutional Court of Armenia on the technique of applying "blank instructions" or "indicative legislation" in determining the offense and the standard of assessment between the criminal provisions in force and the amended criminal law. (*Advisory opinion concerning the use of the "blanket reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law* [GC], ). request no. P16-2019-001, Armenian Constitutional Court, 29 May 2020.

# ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნებაში საჯარო უფლებამოსილების ლოგიკის დასუსტება კონკურენციული ლოგიკის არსებობით

**ივანე ბალახაშვილი**

*აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის დოქტორანტი*

საკვანძო სიტყვა: ადმინისტრაციული ხელშეკრულება, საჯარო, მომსახურება

## აბსტრაქტი

საჯარო საქმიანობა ტრანსფორმირდა და ადმინისტრაციული სახელშეკრულებო სამართლის მთლიანობა აღარ შეიძლება ეფუძნებოდეს ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ტრადიციულ ცნებას, რომლის ძირითად ელემენტს წარმოადგენს საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება.

ადმინისტრაციული ხელშეკრულების სამართლებრივი რეჟიმი შემუშავებული იყო კერძო სამართლისაგან განსხვავებული ნორმების გამოყენების დასაბუთებისათვის. ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნებასა და მის სპეციფიურ სამართლებრივ რეჟიმს შორის ეს კავშირი ხსნის, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ტრადიციული ცნების ეჭვქვეშ დაყენებას აქვს შედეგები ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის განსაზღვრებისათვის. ისმება კითხვა შეიძლება თუ არა განვსაზღვროთ ადმინისტრაციული ორგანოების მიერ დადებული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორია.

კლასიკურ წარმოდგენაში, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების სპეციფიური რეჟიმი დაფუძნებულია საჯარო მომსახურების ლოგიკაზე. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ახლანდელი სამართლებრივი რეჟიმი ეფუძნება სხვადასხვა საფუძველს, რომელთა შედეგები აუცილებლად არ ემთხვევა იმათ, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას საჯარო მომსახურების, როგორც ერთადერთი ზოგადი ახსნის, გამოყენების შედეგად.

საჯარო მომსახურებას, როგორც ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის მთავარ ელემენტს, დღეს კონკურენციას უწევს სხვადასხვა ლოგიკა, რომელთაც სხვადასხვა მიზანი აქვთ: ეს არის ერთი მხრივ სახელშეკრულებო ლოგიკა, ხოლო მეორეს მხრივ – კონკურენციული ლოგიკა. პირველი ისწრაფვის ადმინისტრაციული ხელშეკრულება გახადოს ბანალური, ჩვეულებრივი, სამოქალაქო ხელშეკრულების მსგავსი, ანუ წაართვას მას თავისებურება. მეორე უფრო შორს მიდის: მას არ აინტერესებს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების სამართლებრივი რეჟიმის შესაძლო სპეციფიურობები. კონკურენციული ლოგიკა ფაქტობრივად ვლინდება როგორც უპირატესი ლოგიკა, რომელიც პრევალირებს საჯარო მომსახურების ტრადიციულ ლოგიკაზე.

კონკურსის საფუძველზე შერჩევის იდეა ჩნდება ძალიან ადრე, მაგრამ, თავდაპირველად, პროცედურები, რომლებიც მიზნად ისახავდნენ კონტრაქტების შერჩევას, არ პასუხობდნენ კონკურენციულ ლოგიკას: ისინი მიზნად ისახავდნენ მხოლოდ კორექტულად დახარჯულიყო საჯარო ფული.

დღეს კონკურენციული ლოგიკა ინტეგრირებულია ნორმათა იერარქიის სათავეში სახელმწიფო შესყიდვების ფუნდამენტური პრინციპების მეშვეობით. ეს განსაკუთრებული ადგილი ხსნის, თუ საჯარო მომსახურების ლოგიკა რატომ იხევს უკან კონკურენციული პრინციპების წინაშე.

## შესავალი

ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნება კარგავს აქტუალობას და აღარ არის საკმარისი პოზიტიური სამართლის ახსნისათვის ადმინისტრაციული ორგანოების მიერ დადებულ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით. საჯარო საქმიანობა, ფაქტობრივად, ტრანსფორმირდა და საჯარო სახელშეკრულებო სამართლის მთლიანობა აღარ შეიძლება ეფუძნებოდეს ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ტრადიციულ ცნებას, რაც აღნიშნავს ადმინისტრაციული ორგანოების მიერ დადებულ სამოქალაქო-სამართლებრივ ხელშეკრულებას, რომელსაც საკმარისი კავშირი აქვს საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებასთან.

ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნება მჭიდროდაა დაკავშირებული მის სამართლებრივ რეჟიმთან. ის შემუშავებული იყო კერძო სამართლისაგან განსხვავებული ნორმების გამოყენების დასაბუთებისათვის. ამრიგად, ეს კავშირი ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნებასა და მის სპეციფიურ სამართლებრივ რეჟიმს შორის ხსნის, რომ ამ ცნების ექვემდებარებას აქვს შედეგები ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის განსაზღვრებისა და მოქმედების რადიუსისთვის.

ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორია მიუთითებს საჯარო საქმიანობის სპეციფიკაზე, მათ შორის იმ შემთხვევებში, როდესაც ადმინისტრაციული ორგანოები მოქმედებენ სახელშეკრულებო გზით. თუ ვაღიარებთ, რომ აუცილებელია ზოგადი თეორია, წამოიჭრება საკითხი მისი გამოყენების სფეროს შესახებ, რათა განვსაზღვროთ, წარმოადგენს თუ არა ის ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგად თეორიას, ზოგიერთი სპეციალური ადმინისტრაციული ხელშეკრულებისთვის განკუთვნილ ზოგად თეორიას, ან, პირიქით, ყველა საჯარო ხელშეკრულებაზე გავრცელებად ზოგად თეორიას. ამიტომ, აუცილებელია გამოვიკვლიოთ, ინდუქციური მიდგომის გამოყენებით, შეიძლება თუ არა განვსაზღვროთ ადმინისტრაციული



ორგანოების მიერ დადებული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორია.

კლასიკურ წარმოდგენაში, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების სპეციფიკური რეჟიმი დაფუძნებულია საჯარო მომსახურების ლოგიკაზე. საჯარო მომსახურება განიცდის იგივე ბედს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების მიმართ, რასაც მთლიანი დისციპლინის მიმართ. ის უკვე დიდი ხანია აღარ წარმოადგენს ადმინისტრაციული სამართლის ერთადერთ საფუძველს. ამრიგად, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ახლანდელი სამართლებრივი რეჟიმი ეფუძნება სხვადასხვა საფუძველს, რომელთა შედეგები არაა აუცილებელი ემთხვეოდეს იმათ, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას საჯარო მომსახურების, როგორც ერთადერთი ზოგადი ახსნის, გამოყენების შედეგად. ამრიგად, აუცილებელია განვსაზღვროთ, როგორია ადმინისტრაციული ხელშეკრულებით სამართლის თანამედროვე საფუძვლები იმის გასაგებად, როგორ აყენებენ ისინი ეჭვქვეშ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგად თეორიას.

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-2 მუხლის 1-ელი ნაწილის ბ) ქვეპუნქტის თანახმად, ადმინისტრაციული ხელშეკრულება არის სამოქალაქო-სამართლებრივი ხელშეკრულება, რომელიც იდება ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით. საქართველოს სასამართლო პრაქტიკა საჯარო-სამართლებრივი და კერძო-სამართლებრივი ხელშეკრულების გამიჯვნისათვის არსებით მნიშვნელობას ანიჭებს ხელშეკრულების მიზანს, რომელიც არის საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება<sup>1</sup>. თუმცა, ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში გაჩნდა კითხვები ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის უნივერსალურობის თაობაზე, „არსებობს უამრავი ცხოვრებისეული მაგალითი, როდესაც ადამიანი სულაც არ გრძნობს, რომ მისი მოქმედებით, მის მიერ

ხელშეკრულების დადებით, თუნდაც კერძო პირთან, იგი საჯარო-სამართლებრივ უფლებამოსილებას ახორციელებს, მას წარმოეშობა საჯარო სამართლის ნორმებით განსაზღვრული უფლებები და მოვალეობები“<sup>2</sup>. ზოგი ავტორი, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებისა და სამოქალაქო ხელშეკრულების ეფექტიანი გამიჯვნისთვის ახალი თეორიის შემუშავების აუცილებლობაზე საუბრობს<sup>3</sup>.

აქ არ ვსაუბრობთ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის ზედპირულ გადასინჯვაზე. სინამდვილეში, გადასინჯვა უფრო ღრმა უნდა იყოს და უნდა შეეხებოდეს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის საფუძვლებს. მიუხედავად იმისა, რომ საჯარო მომსახურება მუდამ წარმოადგენდა ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის ალფა და ომეგას, დღეს ეს ასე აღარ არის. მას კონკურენციას უწევს სხვა საფუძვლები და ის კარგავს თავის მნიშვნელობას. მაშასადამე, გადასინჯვის ასეთ მოძრაობას მნიშვნელოვანი შედეგები აქვს ზოგადი თეორიის ზოგიერთი კლასიკური კომპონენტისთვის.

პირველ რიგში, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის ეჭვქვეშ დაყენება გულისხმობს „საჯარო მომსახურების“ კონკურენტი სხვადასხვა ლოგიკის დადასტურებას, რომლებიც სრულად ცვლიან ზოგად თეორიას.

### 1. საჯარო მომსახურების კონკურენტი ლოგიკის დასაბუთება

საჯარო მომსახურება გაიგება როგორც მექანიზმი, რომელიც მიმართულია საერთო ინტერესის მოტივით მოთხოვნილებების

1 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 18.03.2020 წ. განჩინება საქმეზე #ბს-127 (გ-20).

2 ქარდავა, ე. 2006. ადმინისტრაციული ხელშეკრულება ქართულ და გერმანულ სამართალში. უნივერსალი, 66.

3 კიკილაშვილი, გ. 2016. ადმინისტრაციული და სამოქალაქო ხელშეკრულების გამიჯვნის საპროცესო სამართლებრივი ფუნქცია (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი). დისერტაცია, 69.

დაკმაყოფილებაზე<sup>4</sup>. საჯარო მომსახურება თავისი სპეციფიკის ძალით კერძო საქმიანობასთან შედარებით ექვემდებარება განსაკუთრებულ სამართლებრივ რეჟიმს, საჯარო-სამართლებრივ პროცესს. საჯარო მომსახურება, როგორც ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის მთავარი ელემენტი, რომელიც დიდი ხნის განმავლობაში იდეალიზებული იყო, შეიძლება ითქვას – უძრავიც კი, დღეს აღარ არის პოპულარული. ამის დამადასტურებელია ის, რომ დღეს მას კონკურენციას უწევს სხვადასხვა ლოგიკა, რომელთაც სხვადასხვა მიზანი აქვთ: ეს არის, ერთი მხრივ, სახელშეკრულებო ლოგიკა, ხოლო მეორე მხრივ – კონკურენციული ლოგიკა. პირველი ისწრაფვის ადმინისტრაციული ხელშეკრულება გახადოს ბანალური, ჩვეულებრივი, სამოქალაქო ხელშეკრულების მსგავსი, ანუ წაართვას მას ინდივიდუალობა. უპირველეს ყოვლისა, ადმინისტრაციული ხელშეკრულება ჩაფიქრებული უნდა იყოს როგორც ხელშეკრულება და, მაშასადამე, მხოლოდ გამონაკლისის სახით შეიძლება გამოხატოს თავისი „ადმინისტრაციული ბუნება“. მეორე უფრო შორს მიდის: მას არ აინტერესებს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების სამართლებრივი რეჟიმის შესაძლო სპეციფიკურობები, იქნება ეს პოზიტიური თუ ნეგატიური მნიშვნელობით. კონკურენციული ლოგიკა ფაქტობრივად ვლინდება როგორც უპირატესი ლოგიკა, რომელიც პრევალირებს საჯარო მომსახურების ტრადიციულ ლოგიკაზე და შეიძლება მიგვიყვანოს ამ უკანასკნელის მარტივ უარყოფამდე.

თუმცა, ეს ორი ლოგიკა არ იწვევს ერთი და იგივე სირთულეებს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგად თეორიასთან დაკავშირებით. მოცემულ სტატიაში ჩვენ შევჩერდებით კონკურენციულ ლოგიკაზე.

## 1.1. კონკურენციული ლოგიკა

ისტორიულად, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორია შემუშავებული იყო ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებული ზოგიერთი ხელშეკრულების სპეციფიკურობის დასადასტურებლად, კერძო სამართლის სუბიექტების მიერ დადებულ ხელშეკრულებებთან შედარებით. ეს არის დოქტრინული კონსტრუქცია. ამრიგად, ზოგადი თეორიის ამ გამოყენებამ სახელისუფლებო ღონისძიების ზოგიერთი ხედვისთვის მიგვიყვანა იქამდე, რომ კლასიკოსი ავტორები ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებაში მაღავდნენ ან ამცირებდნენ სახელშეკრულებო ნაწილს, მეტწილად იმიტომ, რომ „ადმინისტრაციული ხელშეკრულება არ არის დაბადებული ხელშეკრულებად“<sup>5</sup>.

მიუხედავად ამისა, სახელშეკრულებო ლოგიკა უკვე დიდი ხანია არსებობს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიისადმი მიძღვნილ კვლევებში<sup>6</sup>. ამ მომენტიდან სახელშეკრულებო ლოგიკა აღარ გადასინჯულა. პირიქით, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები განიხილება, როგორც ნამდვილი ხელშეკრულებები<sup>7</sup>. თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ სახელშეკრულებო ლოგიკა სულ უფრო და უფრო ვითარდება, ნაკლებ სავარაუდოა, რომ მან უპირატესობა მოიპოვოს ადმინისტრაციულ ლოგიკაზე. მაშასადამე, ეს ლოგიკა უნდა დარჩეს მეორეხარისხოვანი.

სახელშეკრულებო ლოგიკის განვითარებას ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების შესრულების რეჟიმში თან ახლავს სხვა ლოგიკის – კონკურენციული ლოგიკის

4 Stefanova, D. 2020. Le rôle de la notion de service public dans l'organisation du système de santé en droit français. Thèse, 11.

5 Gaudemet, Y. 2010. Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire. RDP, 12, 313.

6 Salon, G. 1991. Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs. Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 73-76.

7 Llorens, F. 1981. Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif). LGDJ, Bibl. droit publ. t. 139.

– ინტეგრირება, რომლის შედეგები კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია.

კონკურენციული ლოგიკა ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის შემუშავებაში არ იყო ძირითადი. თუმცა, აქედან არ უნდა დავასკვნათ, რომ ეს ლოგიკა არ არსებობს ადმინისტრაციული ორგანოების მიერ დადებული ხელშეკრულებების კანონმდებლობის სათავეებში. კონკურსის საფუძველზე შერჩევის იდეა ჩნდება ძალიან ადრე<sup>8</sup>, მაგრამ თავდაპირველად, პროცედურები, რომლებიც მიზნად ისახავდნენ კონტრაქტების შერჩევას, არ პასუხობდნენ „კონკურენციულ ლოგიკას“: ისინი მიზნად ისახავდნენ მხოლოდ კორექტულად დახარჯულიყო საჯარო ფული. ადმინისტრაციული ხელშეკრულების თანამედროვე ცნება – განვითარებული XX საუკუნეში – შემუშავებული იყო საჯარო მომსახურებისა და საჯარო ხელისუფლების სპეციფიკური ლოგიკის ირგვლივ<sup>9</sup>. საბოლოო ჯამში, მიზანი რჩებოდა იგივე: ადმინისტრაციული ორგანოების დაცვა და, უფრო ფართო თვალსაზრისით, საჯარო ფინანსების დაცვა<sup>10</sup>. მაშასადამე, კონკურსის საფუძველზე შერჩევა არსებობდა, მაგრამ ის არ ემსახურებოდა კონკურენციულ მიზანს.

საქართველოში კონკურენციული ლოგიკა ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებში საკანონმდებლო წესით განმტკიცდა 2005 წელს „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ კანონის მე-2 მუხლით. ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნების ეჭვქვეშ დაყენებას ევროკავშირის სამართლის მიერ ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებში შედეგად მოჰყვა ახალი ლოგიკის ინტეგრაცია ადმინისტრაციული ორგანოების მიერ დადებული ხელშეკრულებების სამართა-

ლში<sup>11</sup>. მას შემდეგ, ადმინისტრაციული სახელშეკრულებო სამართალი გაუღენთილია ორდოლიბერალური ლოგიკით და ცდილობს მაქსიმალურად აირიდოს თავიდან, რომ ადმინისტრაციული ორგანოები დაემსგავსნენ ბაზრის ფუნქციონირებას. ამ ლოგიკამ ძირეულად შეცვალა ეკონომიკური მიზნის მატარებელი ხელშეკრულებების დადების პროცედურები, მაგრამ ახლა ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების შესრულების რეჟიმზე მისი ზემოქმედება კითხვებს იწვევს.

კონკურენციული ლოგიკა ინტეგრირებულია ნორმათა იერარქიის სათავეში სახელმწიფო შესყიდვების ფუნდამენტური პრინციპების მეშვეობით და პირიქით, ეს განსაკუთრებული ადგილი ხსნის, თუ საჯარო მომსახურების ლოგიკა რატომ იხვევს უკან კონკურენციული პრინციპების წინაშე. თუმცა ამ უკანდახევას შეიძლება ჰქონდეს თავისი საზღვრები.

### 1.1.2. სახელმწიფო შესყიდვების ფუნდამენტური პრინციპების მეშვეობით ინტეგრირებული ლოგიკა

**ა) ევროპული ფუნდამენტური პრინციპები.** „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ საქართველოს კანონის კონკურენციული პრინციპები კიდევ უფრო გააძლიერა საქართველოს ევროკავშირთან ასოცირების შესახებ შეთანხმებამ 2014 წელს. საჯარო შესყიდვების მომწესრიგებელი ნორმები აღნიშნული შეთანხმების 142-ე მუხლის მიხედვით ვრცელდება „სამუშაოს, საქონლის მიწოდების და მომსახურების საჯარო ხელშეკრულებებზე, ასევე კომუნალური მომსახურების სექტორში სამუშაოს, საქონლის მიწოდებისა და მომსახურების საჯარო ხელშეკრულებებზე და სამუშაოს და მომსახურების კონცესიებზე“<sup>12</sup>. სახელმწიფო

8 Boulet-Sautel, M. 1999. Le principe d'un contentieux administrative au Conseil du roi. La revue administrative, No. 3, 98-102.  
9 Amilhat, M. 2014. La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne. Bruylant, 169.  
10 Allaire, F. 2009. Dépasser le droit des marchés publics. AJDA, 1696.

11 Amilhat, M. 2014. La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne. Bruylant, 171 et s.  
12 ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიან-

შესყიდვების ფუნდამენტური პრინციპები, მაგალითად, ფრანგულ სამართალში გამოჩნდა 2001 წელს სახელმწიფო შესყიდვების კოდექსის მიღებასთან ერთად. აღნიშნული კოდექსის პირველი მუხლი პირველად აკანონებდა „სახელმწიფო შესყიდვების ხელმისაწვდომობის თავისუფლების, კანდიდატებისადმი თანასწორი მიდგომის და პროცედურების გამჭვირვალობის პრინციპებს“. მაშინ საუბარი იყო Telaustria<sup>13</sup> საქმეზე გადაწყვეტილებაში ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ ფორმულირებული პრინციპების მიღებაზე. ფაქტობრივად, ამ გადაწყვეტილებებში სასამართლო ადასტურებდა, რომ არადისკრიმინაციისა და გამჭვირვალობის პრინციპები, ისევე როგორც პროცედურების მიუკერძოებლობის კონტროლი, ვრცელდებოდა კონცესიურ ხელშეკრულებებზე და ევროპულ შეზღუდვებს დაქვემდებარებულ სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულებებზე. მაშასადამე, ეს ნიშნავს, რომ ეს პრინციპები უნდა გამოიყენებოდეს არა მხოლოდ სექტორულ დირექტივებს დაქვემდებარებული ხელშეკრულებების მიმართ. რამდენადაც საფრანგეთის 2001 წლის კოდექსი ვრცელდება მხოლოდ მისი მოქმედების სფეროში შემავალ სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულებებზე, ადმინისტრაციულმა და კონსტიტუციურმა სასამართლოებმა დააბუხეს სახელმწიფო შესყიდვების ცნება, რათა მასთან დაეკავშირებინათ კოდექსის პირველი მუხლის პრინციპები და გაეთვალისწინებინათ ევროკავშირის სასამართლო პრაქტიკა<sup>14</sup>.

**ბ) სახელმწიფო შესყიდვების კანონში ინტეგრირებული პრინციპები.** ევროკავშირთან ასოცირების შესახებ შეთანხმების გავლენით „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ საქართველოს კანონში ინტეგრირდა კონკურენციული პრინციპები. კერძოდ,

ნებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, 27 ივნისი, 2014, მუხ. 142.

13 Judgment of the court, 7 dec. 2000, in Case C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH

14 Amilhat, M. 2019. Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics. Mémoire, 20.

მე-2 მუხლის გ) ქვეპუნქტის მიხედვით, კანონის მიზანია „სახელმწიფო შესყიდვების განხორციელებისას შესყიდვების მონაწილეთა მიმართ პროპორციული, არადისკრიმინაციული მიდგომისა და თანასწორი მოპყრობის უზრუნველყოფა“. ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოებიდან, მაგალითად, საფრანგეთის სახელმწიფო შესყიდვების კოდექსი ატარებს ამ ტენდენციას, მიუთითებს რა მე-3 მუხლში, რომ „მყიდველები და კონცესიის მიმცემი ორგანოები იცავენ კანდიდატებისადმი თანასწორი მიდგომის პრინციპს სახელმწიფო შესყიდვებისას“, ასევე, რომ „ისინი იყენებენ ხელმისაწვდომობის თავისუფლებისა და პროცედურების გამჭვირვალობის პრინციპებს, მოცემული კოდექსით განსაზღვრული პირობებით“. მაშასადამე, ფუნდამენტური პრინციპები ვრცელდება სახელმწიფო შესყიდვების ყველა ხელშეკრულებაზე და, ასევე, მათ მიღმა<sup>15</sup>, ვინაიდან ისინი წარმოადგენს საჯარო ხელშეკრულებების სფეროში ფორმულირებული ევროპული პრინციპების უბრალო გამეორებას<sup>16</sup>. ამრიგად, ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებში ახლა დაშვებულია, რომ ეს პრინციპები ვრცელდება საჯარო სივრცის გამოყენების შეთანხმებებზე Promoimpresa საქმეზე მართლმსაჯულების სასამართლოს სასამართლო პრაქტიკის შესაბამისად<sup>17</sup>. ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, აღნიშნული ლოგიკა ვრცელდება საქართველოზეც. გარდა ამისა, საყურადღებოა, რომ საფრანგეთის საჯარო სამართლის იურიდიული პირების საკუთრების ზოგადი კოდექსის 2122-1-1 მუხლი ახლა ითვალისწინებს ამ პრინციპების გამოყენებას საჯარო სივრცის გამოყენების შეთანხმებებისათვის (მაშინაც კი, თუ მათში არ არის პირდაპირი მითითება მათზე), მაშინ როცა მათი გამოყენება კერძო სივრცის გა-

15 Melleray, F. Noguellou, R. 2019. La codification des règles jurisprudentielles. AJDA, 381

16 Amilhat, M. 2014. La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne. Bruylant, 331 et s.

17 Judgment of the court, 14 July 2016, in Case C-458/14 and in Case C-67/15, Promoimpresa.

მოყენების შეთანხმებებისადმი უნდა აღინიშნოს ხელშეკრულებაში<sup>18</sup>. რეალურად, მხოლოდ კონკურენციული სფეროდან გამორიცხული ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები გაურბიან ამ პრინციპების გამოყენებას და, პრაქტიკაში, ისინი ხშირად არ გვხვდება.<sup>19</sup>

**გ) ქართული სამართლის ტრადიციული ლოგიკის განმსაზღვრელი პრინციპები.** მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირის სამართალი არ ისწრაფვის პირდაპირ ეჭვქვეშ დააყენოს საჯარო მომსახურებისა და საჯარო ხელისუფლების ლოგიკა, როგორც ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნების საფუძვლები, ის რჩება ფუნქციურ სამართლად, რომელიც წარმოადგენს ლიბერალური ლოგიკის ნაწილს<sup>20</sup>. იდეა მდგომარეობს იმაში, რომ ხელშეკრულების დადებისას, შეკვეთის მიმცემი ადმინისტრაციული ორგანოები ზემოქმედებენ ბაზარზე: ამიტომ, ევროკავშირის სამართალი აიძულებს მათ გადაიხზონ სახელმწიფო შესყიდვა ეკონომიკური ეფექტურობის თვალსაზრისით, რათა არ დაუშვან კონკურენციის დარღვევა თავიანთი ჩარევებით. აქ შეიძლება ვიფიქროთ, რომ ევროკავშირის სამართალმა მხოლოდ ხელი შეუწყო კონკურენციის გათვალისწინებას და არ გამოიწვია ამ თვალსაზრისით რაიმე სერიოზული ცვლილება, რამდენადაც ქართული რეგლამენტაცია სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ უკვე უშვებდა ამ კონკურენციის დაცვას. თუმცა, საქართველოში სახელმწიფო შესყიდვების პროცესში ყველაზე დაბალი ფასის სტიმულირება ხდებოდა, ანუ თუ ტექნიკური მხარე დაკმაყოფილდებოდა, გამარჯვებული ხდებოდა ყველაზე დაბალი ფასის წარმდგენი<sup>21</sup>. მაშასადამე, ქართული სამართალი

ეყრდნობოდა ინდუსტრიული პოლიტიკის იდეალურ ტიპს, მაშინ როცა ევროკავშირის სამართალი ეყრდნობა კონკურენციის იდეალურ ტიპს<sup>22</sup>. მაშასადამე, მიუხედავად ერთი შეხედვით მსგავსი მიზნებისა, მოხდა ლოგიკის რეალური ცვლილება.

ამრიგად, ქართული კანონმდებლობა, რომელიც გამოიყენება სახელმწიფო შესყიდვების სფეროში, დღემდეც კი ძირითადად მიმართულია საზოგადოებრივი ფინანსებისა და ინდუსტრიული ინტერესების დაცვაზე, მაშინ როცა ევროკავშირის მიერ ფორმულირებული „ჯანსაღი კონკურენციის მიზანია ეკონომიკური ეფექტურობა და არა მხოლოდ მეტისმეტად ძვირი შესყიდვებისა და მითვისებების თავიდან ასარიდებლად მძიმე პროცედურის წარმოება“<sup>23</sup>. მაშასადამე, საჯარო სახელშეკრულებო სამართლის ძირითადი მიზანი არის არა საზოგადოებრივი სახსრების დაცვა, არამედ ის, რომ წევრი სახელმწიფოების მეწარმე სუბიექტებს მისცეს საშუალება – სრულად და თავისუფლად განახორციელონ თავიანთი საქმიანობა ევროპულ ბაზარზე. აღნიშნული მიდგომა უნდა გავრცელდეს საქართველოზეც. სწორედ ეს ხსნის, მაგალითად, საფრანგეთში რატომ ხდება, რომ: „სასამართლო გადაჭრით და ავტორიტეტულად არასოდეს მოერიდა სამეწარმეო სუბიექტების ინტერესებისათვის მიიღოს ყველაზე უფრო ხელსაყრელი ინტერპრეტაცია, რომელიც მოქმედებს შიდა ბაზარზე, ზოგიერთი ადმინისტრაციის პროტექციონისტური პრაქტიკის წინააღმდეგ“<sup>24</sup>. თუ ადრე ითვლებოდა, რომ ფუნდამენტური პრინციპები პირველ რიგში ზემოქმედებს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების დადების ეტაპზე, ახლა თვალნათელია, რომ

18 Boul, M. 2019. Une certitude et des doutes sur la sélection des occupants privés du domaine privé. DA, comm. 21  
19 Amilhat, M. 2019. Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics. Mémoire, 21.  
20 Guibal, M. 1993. Droit public des contrats et concurrence: le style européen. JCP, I., (3667).  
21 საქრთაშორისო გამჭვირვალობა – საქართველო. 2013. საქართველოს სახელმწიფო შეს-

ყიდვების სისტემა. 29  
22 Dumez, H. Jeunemaître, A. 1992. L’Etat et le marché en Europe. Vers un Etat de droit économique? Revue française de science politique, N 2, 263-274.  
23 Kalflèche, G. 2007. Secteur public et concurrence: la convergence des droits, A propos des droits de la concurrence et de la commande publique. AJDA, 2420  
24 Ruiz-Jarabo Colomer, D. 2006. L’engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En Contrats publics. Mélanges en l’honneur du Professeur Michel Guibal, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 370.

ისინი ზემოქმედებს ხელშეკრულებების შესრულების ეტაპზეც. რასაკვირველია, ეს ხდება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ხელშეკრულების შესრულება ექვემდებარება აყენებს ხელშეკრულების დადების დროს უზრუნველყოფილი პრინციპების დაცვას, მაგრამ ამას მივყავართ იქამდე, რომ ექვემდებარება ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგადი თეორიის ზოგიერთი არსებითი წესის შინაარსი ან მოქმედების რადიუსი<sup>25</sup>.

კონკურენციული ლოგიკის დანერგვით, ადმინისტრაციული ხელშეკრულების მთავარი მიზანი აღარ არის საჯარო მომსახურება და მისი სათანადო განხორციელება. ეს წინსვლა აიხსნება სახელმწიფო შესყიდვების ფუნდამენტური პრინციპების ევროპული განზომილებით: ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს, მათ შორის საქართველოს, როგორც ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების მონაწილეს, არ შეუძლია გამოიყენოს საჯარო მომსახურება კონკურენციული ნორმების დარღვევისათვის, რომლებიც თანაბრად გამოიყენება მათი ყველა პარტნიორისადმი. საწინააღმდეგო გადაწყვეტილება დააბრკოლებს შიდა ბაზრის ეფექტურ განვითარებას, ამასთან, არ უნდა დაგვაფიქვდეს, რომ ფუნდამენტური პრინციპები დაფუძნებულია თავისუფალ მიმოსვლასთან დაკავშირებულ ევროპული ხელშეკრულებების დებულებებზე<sup>26</sup>. ამრიგად, კონკურენციასა და გამჭვირვალობაზე ზრუნვამ მიგვიყვანა იქამდე, რომ, როგორც წესი, ყველაზე უფრო ეფექტიანად გამოიყენება საჯარო ფინანსები.

მეთისმეტად ძლიერი კონკურენციული ლოგიკის ასეთი ჩარევა გარდაუვლად აყენებს საჯარო მომსახურების, როგორც ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების სამართლებრივი რეჟიმის საფუძვლის, მუდმივობის საკითხს.

### 1.1.3. სადავო და საექვო ლოგიკა

როდესაც ხელშეკრულება ხვდება ევროპული კონკურენციული ლოგიკის მოქმედების სფეროში, ეს ლოგიკა ადმინისტრაციული სახელშეკრულებო სამართლის კლასიკურ წესებსა და პრინციპებზე მალდა დგება. ხელშეკრულების ცალმხრივი ცვლილების უფლებამოსილება, გაუთვალისწინებელი გარემოებების თეორია და გაუთვალისწინებელი ტექნიკური სირთულეების თეორია ექვემდებარება ღრმა ზემოქმედებას – აღარ ვსაუბრობთ იმაზე, რომ დგება ექვემდებარება (როდესაც თამაშში შედიან კონკურენციის წესები).<sup>27</sup> ეს წესები უმთავრესად გამოიხატება სახელმწიფო შესყიდვების ფუნდამენტური პრინციპებისა და სახელმწიფო ასიგნებების რეჟიმის მეშვეობით.

**ა) ნორმათა იერარქიაზე დაფუძნებული პრიმატი.** იურიდიული თვალსაზრისით ეს გადაწყვეტილება შეიძლება მარტივად გავიგოთ. ნამდვილად, ფუნდამენტური პრინციპები განმტკიცებულია კონსტიტუციაში და გამომდინარეობენ ევროპული პრინციპებიდან. ანალოგიურად, სახელმწიფო ასიგნებების კანონმდებლობა ასევე დაფუძნებულია ევროპულ ნორმებზე, რომლებიც უნდა იქნას გამოყენებული ევროკავშირის ქვეყნების სამართალში. მაშასადამე, პრიმატის პრინციპი ხსნის, ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების სამართლისა და ქართული სამართლის ტრადიციული ნორმები რატომ ქრებიან მაშინაც კი, თუ ეს ნორმები დაფუძნებულია საჯარო მომსახურებაზე. საჯარო მომსახურების უწყვეტობის პრინციპის კონსტიტუციური ძალა ამას არ ცვლის. მიუხედავად ამისა, არ უნდა ჩავთვალოთ, რომ კონკურენციული ლოგიკა არ შეიძლება მოექცეს გარკვეულ ჩარჩოებში.

**ბ) პრიმატი, რომელსაც შეიძლება ჰქონდეს თავისი საზღვრები.** საზღვრების არსებობა, რომელიც შეაკავებს თავისუფალ კონკურენციას, არ არის უბრალოდ ფიქცია.

25 Amilhat, M. 2019. Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics. Mémoire, 22.

26 Richer, L. 2009. L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire, LGDJ, 9 et s.

27 Amilhat, M. 2019. Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics. Mémoire, 23.

ევროპულმა ორგანოებმა, რომლებიც თავდაპირველად ხალისით არ შეხვედრიან იდეას იმის შესახებ, რომ სხვა მოსაზრებებმა შეიძლება შეზღუდოს კონკურენცია, შეცვალეს თავიანთი პოზიცია<sup>28</sup>. დიდი ხნის განმავლობაში, კონკურენციული ლოგიკა ნეიტრალურს ხდიდა „სახელმწიფო შესყიდვების რეგულირების მატრიცულ პრინციპს“.<sup>29</sup> ევროპული ინსტიტუციები, წარმოდგენილი მართლმსაჯულების სასამართლოთი, თვლიდნენ, რომ „საჯარო და-ნახარჯი, რომელიც ხორციელდება ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით, არ უნდა იყოს სხვა რაღაცის ინსტრუმენტი, გარდა საუკეთესო ფასად საუკეთესო შესყიდვის განხორციელების“.<sup>30</sup> თუმცა, თანდათანობით, წარმოიშვა იდეა, რომლის მიხედვითაც „სახელმწიფო შესყიდვა არის ადმინისტრაციული ორგანოს გადაწყვეტილება, ე.ი., სულ მცირე გარეგნულად, პოლიტიკური გადაწყვეტილება“.<sup>31</sup> ზოგიერთმა აქტორმა, პოლიტიკურმა თუ სოციალურმა გაერთიანებებმა, გამოააშკარავეს სოციალური და ეკოლოგიური მოსაზრებების გათვალისწინების არარსებობა და კონკურენციის აბსოლუტური პრიმატი ევროკავშირის 2004 წლის დირექტივების მიღებისას<sup>32</sup>.

ეს სიტუაცია შეიცვალა 2014 წლის დირექტივებთან ერთად, რომელთა შესაბამისადაც მდგრადი სახელმწიფო შესყიდვები გახდა ერთ-ერთი ძირითადი მიზანი შემკვეთებისათვის. სოციალური და ეკოლოგიური მოსაზრებები მოხსენიებულია „სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულებების შესახებ“ დირექტივის პირველივე აბზაცებში,

რომელიც მათ განიხილავს როგორც „საზოგადოების საერთო მიზნებს“. ის ასევე აკონკრეტებს, რომ ამ ხელშეკრულებებმა უნდა ითამაშონ „არსებითი როლი ..., როგორც ერთ-ერთმა საბაზრო ინსტრუმენტმა, რომელიც გამოყენებული იქნება ინტელექტუალური, მყარი და ინკლუზიური ზრდის მისაღწევად, რომელიც ამასთან ერთად უზრუნველყოფს ფასისა და ხარისხის საუკეთესო თანაფარდობას“.<sup>33</sup> ევროპული კომისია 2017 წლის ოქტომბრის ანგარიშში აღნიშნავს, რომ სახელმწიფო შესყიდვები არის ბერკეტი სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებისათვის, რათა „შეიტანონ წვლილი უფრო ინოვაციური, მყარი, ინკლუზიური და კონკურენტუნარიანი ეკონომიკის შექმნაში“.<sup>34</sup> მაშასადამე, ევროკავშირის სამართალი აღიარებს, რომ კონკურენცია აღარ წარმოადგენს ერთადერთ გასაღებს საჯარო ხელშეკრულებებისადმი.

თუმცა, ეს ევოლუცია არ უნდა განვმარტოთ მეტისმეტად ფართოდ. ეს სიმართლეა, რომ „ეკოლოგიური და სოციალური მიზნები აღარ არის მეორეხარისხოვანი და შეადგენენ სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ კანონმდებლობის, ისევე როგორც შიდა ბაზრის გახსნის მიზნების ნაწილს“.<sup>35</sup> მაგრამ არ უნდა დავივიწყოთ, რომ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ „მრავალგზის განაცხადა, რომ სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულებების სფეროში ევროკავშირის ნორმების მთავარი მიზანია მომსახურებების თავისუფალი ბრუნვა და კონკურენციის გახსნა რაც შეიძლება ფართოდ, ყველა წევრ სახელმწიფოში“.<sup>36</sup> ამიტომ, სოციალური და ეკოლოგიური მოსაზრებებისთვის მინიჭებული ადგილი, მხოლოდ

28 Richer, L. 2015. La concurrence concurrencée: à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014. Contrats-Marchés publ, étude 2.  
 29 Emorine, A. 2016. Nouvelle commande publique et environnement. L'écoresponsabilité gagne du terrain. Cahiers de droit de l'entreprise N 6, Novembre, dossier 48.  
 30 Piveteau, D. 2002. L'illégalité du critère du „mieux-disant social“ dans les marchés publics. Concl. Sous CE, 25 juill. 2001, AJDA, 46.  
 31 Boulouis, N. 2014. Le contrat public au service des politiques de développement durable: limites et perspectives. RFDA, 617.  
 32 Dor, M. 2013. Sur le débat actuel autour du projet de directive sur les marchés publics. 7-25.

33 Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement.  
 34 European Commission, Communication of 3 October 2017 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Making public procurement work for Europe, COM 2017 572 final.  
 35 Richer, L. 2015. La concurrence concurrencée: à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014. Contrats-Marchés publ, étude 2.  
 36 იქვე.

მეორე რიგში გადაწვეს კონკურენციისათვის ღიაობის მიზანს, ისე რომ მას ექვემდებარება არ აყენებს. თუმცა, ღიად რჩება საკითხი ახალი შეზღუდვების მასშტაბების შესახებ, რომლებიც დადგენილია კონკურენციული ლოგიკის მიმართ. ფაქტობრივად, აუცილებელია აღიარებულ მიზნებს შორის არჩევა ან იერარქიის დადგენა. ახალი ნორმატიული ტექსტები უარს არ ამბობენ ამ ლოგიკაზე. კონკურენციული პრინციპების დაცვის შესახებ საუბარია სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ დირექტივის პირველ პრეამბულაში, ხოლო სახელმწიფო შესყიდვების ფუნდამენტური პრინციპები ჩართულია „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-2 მუხლში. მაშასადამე, სოციალური და ეკოლოგიური მოსაზრებები საშუალებას გვაძლევს მხოლოდ შევზღუდოთ კონკურენციული ლოგიკა.

ანალოგიურად, ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლო აღიარებს, რომ საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის დაცვასთან დაკავშირებული მოტივები ამართლებს წინააღმდეგობებს თავისუფალი ბრუნვისათვის ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 36-ე მუხლის საფუძველზე<sup>37</sup>. თუმცა, სასამართლო განიხილავს სახელმწიფო ღონისძიებების პროპორციულობას, რათა განსაზღვროს, ნამდვილად აღწევს თუ არა წინააღმდეგობები საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის დაცვის მიზანს. ეს ხსნის, Medisanus საქმეზე გადაწყვეტილებაში<sup>38</sup> სასამართლომ რატომ უარყო სლოვაკეთის მთავრობის მიერ წამოყენებული საზოგადოებრივი ჯანდაცვის მოტივი. სოციალურ და ეკოლოგიურ მოსაზრებებზე მეტად საზოგადოებრივი ჯანდაცვა წარმოადგენს პოტენციურ წინააღმდეგობას კონკურენციული ლოგიკისთვის.

**გ) ახალი შეზღუდვების შესაძლებლობა.** თუმცა, მაშინაც კი თუ კონკურენციუ-

ლი ლოგიკა რჩება დომინირებადი, ახალი მიზნების მიღება ხსნის ახალ პერსპექტივებს. როგორც სოციალური და ეკოლოგიური მოსაზრებების შემთხვევაში, საჭარო ხელშეკრულებების სფეროში საჭარო მომსახურების გათვალისწინებამ შეიძლება საშუალება მოგვცეს კონკურენციის მოთხოვნების შემსუბუქების. პრინციპთან წინააღმდეგობაში რომ არ მოვიდეთ, საჭიროა საჭარო მომსახურების გათვალისწინება მოხდეს ევროპულ დონეზე. ამასთან დაკავშირებით წარმოიშობა ორი სირთულე. პირველი მდგომარეობს თვით საჭარო მომსახურების ცნებაში, რამდენადაც ის შეადგენს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების შესრულების რეჟიმის მნიშვნელოვანი ნაწილის საფუძველს. თუმცა, ამ ცნების რეალური ექვივალენტი ევროპულ დონეზე არ არსებობს, ვინაიდან „საჭარო მომსახურების“ ქართული ცნება დაფუძნებულია სპეციფიკურ მიდგომაზე, რაც გამოიხატება საჭარო უფლებამოსილების განხორციელებაში. თუმცა, ევროკავშირის სამართალთან შეუსაბამობა არ არის ისეთი მნიშვნელოვანი, როგორც ეს შეიძლება ერთი შეხედვით ჩანდეს. ფაქტობრივად, ევროკავშირი აღიარებს სპეციფიკური მომსახურებების არსებობას საკუთარი ცნებების მეშვეობით, საუბარია საერთო ინტერესის მომსახურების ცნებაზე, საერთო ეკონომიკური ინტერესის მომსახურების ცნებაზე ან საერთო ინტერესის არაეკონომიკური მომსახურების ცნებაზე, ან ასევე საყოველთაო მომსახურების ცნებაზე. რასაკვირველია ეს ცნებები ეყრდნობიან „საჭარო მომსახურების ამოცანების წმინდა მატერიალურ კონცეფციას“<sup>39</sup>, მაგრამ ეს ცნებები არ უარყოფენ კონკრეტული მომსახურებების არსებობას, რომელთა აღიარება ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების დისკრეციას წარმოადგენს.

ამრიგად, საჭარო ხელშეკრულებების

37 De Grove-Valdeyron, N. 2018. Droit européen de la santé. LGDJ.

38 Judgment of the court, 8 June 2017, in Case C-296/15, Medisanus.

39 Lombard, M. 2014. L'impact du droit de l'Union européenne sur le service public. En J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, E. Chevalier (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruylant, coll. Administrative law/ Droit administratif, 2<sup>e</sup> éd. 1180.



სფეროში, ზემოთ ხსენებული ევროპული ცნებების გამოყენება ჩანს შესაძლებელი იმისათვის, რომ დავადგინოთ ახალი საზღვრები კონკურენციული ლოგიკისათვის. მაშასადამე, ეს საზღვრები შეიძლება დაეფუძნოს ქართული ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების სამართლებრივ რეჟიმს და ჩავრთოთ განსაზღვრული წესები, რომელიც განპირობებულია საჯარო მომსახურებით. ასეთი გადაწყვეტილება საშუალებას მოგვცემდა, ხაზი გაგვესვა ევროპულ დონეზე საჯარო მომსახურების ხელშეკრულებების სპეციფიკისთვის. ვინაიდან საჯარო ხელშეკრულებების სამართლებრივი რეჟიმი ძლიერ განსხვავდება ევროკავშირის წევრ სხვადასხვა სახელმწიფოში, ხელშეკრულების შესრულების კონკრეტული წესების განმტკიცების შესახებ შეთანხმება, როდესაც საჯარო ხელშეკრულება მოიცავს მომსახურებების განსაზღვრულ კატეგორიას, ჩანს რთულად მისაღწევი. თუმცა, სოციალური და ეკოლოგიური მოსაზრებების ჩართვა საჯარო ხელშეკრულებების შესახებ კანონმდებლობაში იძლევა იმედს ასევე სხვა მოსაზრებების ჩართვის შესაძლებლობაზე, განსაკუთრებით თუ ისინი დაფუძნებულია ევროპულ დონეზე უკვე არსებულ ცნებებზე. გარდა ამისა, სექტორული დირექტივები საშუალებას გვაძლევს გამოვიყენოთ შესყიდვების გამართივებული რეჟიმი ხელშეკრულებებისათვის, რომლებიც შეეხებიან „სოციალურ მომსახურებებს ან სხვა სპეციფიკურ მომსახურებებს“, და მათი მოქმედების სფეროდან გამორიცხავენ მომსახურებების განწვევის შესახებ ზოგიერთ ხელშეკრულებას<sup>40</sup>. ხელშეკრულებების დასადებად თუ არსებობს ასეთი წესები, მაშინ არაფერი უშლის ხელს იმას, რომ „საჯარო მომსახურების“ მიზანმა ან ზოგიერთი ხელშეკრულების საერთო ინტერესმა გაამართლოს ხელშეკრულების შესრულების სპეციალური წესების გამოყენება.

### დასკვნა

კონკურენციული ლოგიკა ეწინააღმდეგება საჯარო მომსახურების ტრადიციულ ლოგიკას. ამ ცვლილებებს შეიძლება არ ჰქონოდა არავითარი მნიშვნელობა ადმინისტრაციული სახელშეკრულებო სამართლისთვის, ტრადიციული ლოგიკა რომ არ ყოფილიყო ზოგადი თეორიის საფუძველი. კონკურენციული ლოგიკის განვითარება ipso facto არ აყენებს ეჭვქვეშ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგად თეორიას, მაგრამ ხელს უწყობს მის დასუსტებას. ამრიგად, მეტად, ვიდრე თავად ზოგადი თეორია, სწორედ საჯარო მომსახურება ჩანს სადავო, როგორც გამოსაყენებელი სამართლებრივი რეჟიმის ეფექტური საფუძველი. ზოგადი თეორიის გამოყენება სულ უფრო და უფრო ხორციელდება საჯარო მომსახურების რეალური როლის გარეშე.

ამრიგად, საჯარო მომსახურება არ განიცდის ბოლომდე რღვევას ზოგადი თეორიის გამოყენებისას. ის აღარ გამოიყენება მთლიანობაში ამ თეორიის განმარტებისა და დასაბუთებისათვის, მაგრამ ყოველთვის თამაშობს როლს მის გამოყენებაში, როგორც „ხელშეკრულების განუყოფელი ფუნქცია“. თუმცა, საჯარო მომსახურების ეს შენარჩუნება ზოგად თეორიაში არის მხოლოდ ნაწილობრივი. ხელშეკრულების საჯარო მომსახურებასთან კავშირის რღვევა რჩება რეალობა, რომელიც კონკურენტ კონკურენციულ ლოგიკასთან ერთად, ძლიერ ზეგავლენას ახდენს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ზოგად თეორიაზე.

40 ევროკავშირის 2014/24 დირექტივის მე-10 მუხლი.

# Weakening the Logic of Public Authority in the Concept of Administrative Contract by the Existence of Competitive Logic

Ivane Balakhashvili

*Eastern European University doctoral student*

KEYWORDS: Administrative contract, Public, Services

## ABSTRACT

Public activity has undergone a transformation and the integrity of administrative contract law can no longer be based on the traditional notion of administrative contract.

The legal regime of the administrative contract was developed to justify the application of norms different from private law. This connection between the notion of an administrative contract and its specific legal regime explains that questioning the traditional notion of an administrative contract has implications for defining the general theory of administrative contracts. The question arises as to whether we can define the general theory of contracts concluded by administrative bodies.

In the classical notion, the specific regime of administrative contracts is based on the logic of public service. The current legal regime of administrative contracts is based on various grounds. Public service, as the main element of the general theory of administrative contracts, today is competed by different logics that have different purposes: it is contractual logic and competitive logic. The first seeks to make an administrative contract similar to a civil contract. The second goes further: he is not interested in the possible specifics of the legal regime of administrative contracts.

Previously, the selection of a contractor on a competitive basis did not meet the competitive logic, it was intended to spend public money correctly. Today, competitive logic is integrated into the top of the hierarchy of norms. This particular service logic retreats in the face of competitive principles.

## ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს კანონი „საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი“
2. საქართველოს კანონი „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“
3. ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის
4. ევროკავშირის 2014/24 დირექტივა
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის განჩინება საქმეზე #ბს-127 (გ-20)
6. ქარდავა, ე., (2006). ადმინისტრაციული ხელშეკრულება ქართულ და გერმანულ სამართალში. უნივერსალი
7. კიკილაშვილი, გ., (2016). ადმინისტრაციული და სამოქალაქო ხელშეკრულების გამიჯვნის საპროცესო სამართლებრივი ფუნქცია (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი). დისერტაცია
8. საერთაშორისო გამჭვირვალობა – საქართველო., (2013). საქართველოს სახელმწიფო შესყიდვების სისტემა
9. Stefanova, D., (2020). Le rôle de la notion de service public dans l'organisation du système de santé en droit français. Thèse
10. Gaudemet, Y., (2010). Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire. RDP, 12
11. Salon, G., (1991). Gaston Jèze et la théorie générale des contrats administratifs. Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique
12. Llorens, F., (1981). Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif). LGDJ, Bibl. droit publ. T. 139
13. Boulet-Sautel, M., (1999). Le principe d'un contentieux administrative au Conseil du roi. La revue administrative, No. 3
14. Amilhat, M., (2014). La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne. Bruylant
15. Allaire, F., (2009). Dépasser le droit des marchés publics. AJDA
16. Amilhat, M., (2019). Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics. Mémoire
17. Melleray, F. Noguellou, R., (2019). La codification des règles jurisprudentielles. AJDA
18. Boul, M., (2019). Une certitude et des doutes sur la sélection des occupants privatifs du domaine privé. DA, comm. 21
19. Guibal, M., (1993). Droit public des contrats et concurrence : le style européen. JCP, I

## BIBLIOGRAPHY:

1. Law of Georgia “General Administrative Code of Georgia” (in Georgian)
2. Law of Georgia “on State Procurement” (in Georgian)
3. Georgia-EU Association Agreement (in Georgian)
4. EU Directive 2014/24 (in Georgian)
5. Judgment of the Administrative Cases Chamber of the Supreme Court of Georgia on the case #BS-127 (G-20) (in Georgian)
6. Kardava, E., (2006). Administrative agreement in Georgian and German law. Universali (in Georgian)
7. Kikilashvili, G., (2016). Procedural legal function of the separation of administrative and civil contract. Dissertation (in Georgian)
8. Transparency International Georgia., (2013). Georgian Public Procurement System (in Georgian)
9. Stefanova, D., (2020). The role of the concept of public service in the organization of the health system in French law. Dissertation (in French)
10. Gaudemet, Y., (2010). For a new general theory of administrative contract law: measuring the difficulties of a necessary undertaking. RDP, 12 (in French)
11. Salon, G., (1991). Gaston Jèze and the general theory of administrative contracts. Journal of the History of Law Schools and Legal Science (in French)
12. Llorens, F., (1981). Contract of enterprise and public works contract (contribution to the comparison between private law contract and administrative contract). LGDJ, Bibl. publ law. t. 139 (in French)
13. Boulet-Sautel, M., (1999). The principle of administrative litigation in the King's Council. The administrative review, No. 3 (in French)
14. Amilhat, M., (2014). The concept of administrative contract. The influence of European Union law. Bruylant (in French)
15. Allaire, F., (2009). Going beyond public procurement law. AJDA (in French)
16. Amilhat, M., (2019). For a new general theory of public contracts. Memoir (in French)
17. Melleray, F. Noguellou, R., (2019). The codification of jurisprudential rules. AJDA (in French)
18. Boul, M., (2019). Certainty and doubts about the selection of private occupants of the private domain. DA, comm. 21 (in French)
19. Guibal, M., (1993). Public contract law and competition: the European style. JCP, I (in French)
20. Dumez, H. Jeunemaître, A., (1992). The state and the market in Europe. Towards a State of

20. Dumez, H. Jeunemaître, A., (1992). L'Etat et le marché en Europe. Vers un Etat de droit économique ? Revue française de science politique, N 2
21. Kalfèche, G., (2007). Secteur public et concurrence: la convergence des droits, A propos des droits de la concurrence et de la commande publique. AJDA
22. Ruiz-Jarabo Colomer, D., (2006). L'engagement contractuel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal, Presses de la Faculté de droit de Montpellier
23. Richer, L., (2009). L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire, LGDJ
24. Richer, L., (2015). La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014. Contrats-Marchés publ, étude 2
25. Emorine, A., (2016). Nouvelle commande publique et environnement. L'écoresponsabilité gagne du terrain. Cahiers de droit de l'entreprise N 6, Novembre, dossier 48
26. Piveteau, D., (2002). L'illégalité du critère du „mieux-disant social“ dans les marchés publics. Concl. Sous CE, 25 juill., (2001), AJDA
27. Boulouis, N., (2014). Le contrat public au service des politiques de développement durable : limites et perspectives. RFDA
28. Dor, M., (2013). Sur le débat actuel autour du projet de directive sur les marchés publics
29. De Grove-Valdeyron, N., (2018). Droit européen de la santé. LGDJ
30. Lombard, M., (2014). L'impact du droit de l'Union européenne sur le service public. En J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, E. Chevalier (dir.), Traité de droit administratif européen, Bruylant, coll. Administrative law/Droit administrative, 2<sup>e</sup> éd
31. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement
32. European Commission, Communication of 3 October 2017 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Making public procurement work for Europe, COM 2017 572 final
33. Judgment of the court, 7 dec., (2000), in Case C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH
34. Judgment of the court, 14 July 2016, in Case C-458/14 and in Case C-67/15, Promoimpresa
35. Judgment of the court, 8 June 2017, in Case C-296/15, Medisanus.

Economic Law? French Journal of Political Science N 2 (in French)

21. Kalfèche, G., (2007). Public sector and competition: the convergence of rights, About competition law and public procurement. AJDA (in French)
22. Ruiz-Jarabo Colomer, D., (2006). The contractual commitment in the case law of the Court of Justice of the European Communities. In Contrats publics. Mixes in honor of Professor Michel Guibal, Press of the Faculty of Law of Montpellier (in French)
23. Richer, L., (2009). The Europe of public procurement. Public procurement and concessions in Community law, LGDJ (in French)
24. Richer, L., (2015). Competing competition: about the directive 2014/24 of 26 February 2014. Contracts-Public Procurement, study 2 (in French)
25. Emorine, A., (2016). New public procurement and the environment. Eco-responsibility is gaining ground. Company Law Notebooks N 6, November, file 48 (in French)
26. Piveteau, D., (2002). The illegality of the criterion of the “best social bidder” in public contracts. Conclusion under CE, 25 July 2001, AJDA (in French)
27. Boulouis, N., (2014). The public contract at the service of sustainable development policies: limits and perspectives. RFDA (in French)
28. Dor, M., (2013). On the current debate on the draft directive on public procurement (in French)
29. De Grove-Valdeyron, N., (2018). European health law. LGDJ (in French)
30. Lombard, M., (2014). The impact of European Union law on public services. In J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, E. Chevalier, Treaty on European Administrative Law, coll. Administrative law, 2nd ed. (in French)
31. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement
32. European Commission, Communication of 3 October 2017 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Making public procurement work for Europe, COM 2017 572 final
33. Judgment of the court, 7 dec., (2000), in Case C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH
34. Judgment of the court, 14 July 2016, in Case C-458/14 and in Case C-67/15, Promoimpresa
35. Judgment of the court, 8 June 2017, in Case C-296/15, Medisanus.

## NOTES:

1. Judgment of the Administrative Cases Chamber of the Supreme Court of Georgia on the case #BS-127 (G-20)
2. Kardava, E., (2006). Administrative agreement in Georgian and German law. *Universali*, 66
3. Kikilashvili, G., (2016). Procedural legal function of the separation of administrative and civil contract. *Dissertation*, 69
4. Stefanova, D., (2020). The role of the concept of public service in the organization of the health system in French law. *Dissertation*, 11
5. Gaudemet, Y., (2010). For a new general theory of administrative contract law: measuring the difficulties of a necessary undertaking. *RDP*, 12, 313
6. Salon, G., (1991). Gaston Jèze and the general theory of administrative contracts. *Journal of the History of Law Schools and Legal Science*, 73-76
7. Llorens, F., (1981). Contract of enterprise and public works contract (contribution to the comparison between private law contract and administrative contract). *LGDJ, Bibl. publ. law.* t. 139
8. Boulet-Sautel, M., (1999). The principle of administrative litigation in the King's Council. *The administrative review*, No. 3, 98-102
9. Amilhat, M., (2014). The concept of administrative contract. The influence of European Union law. *Bruylant*, 169
10. Allaire, F., (2009). Going beyond public procurement law. *AJDA*, 1696 (in French)
11. Amilhat, M., (2014). The concept of administrative contract. The influence of European Union law. *Bruylant*, 171 and n.
12. Georgia-EU Association Agreement, article 142
13. Judgment of the court, 7 dec., (2000), in Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*
14. Amilhat, M., (2019). For a new general theory of public contracts. *Memoir*, 20
15. Melleray, F. Noguellou, R., (2019). The codification of jurisprudential rules. *AJDA*, 381
16. Amilhat, M., (2014). The concept of administrative contract. The influence of European Union law. *Bruylant*, 331 and n.
17. Judgment of the court, 14 July 2016, in Case C-458/14 and in Case C-67/15, *Promoimpresa*
18. Boul, M., (2019). Certainty and doubts about the selection of private occupants of the private domain. *DA, comm.* 21
19. Amilhat, M., (2019). For a new general theory of public contracts. *Memoir*, 21
20. Guibal, M., (1993). Public contract law and competition: the European style. *JCP*, I, 3667
21. Transparency International Georgia., (2013). *Georgian Public Procurement System*, 29
22. Dumez, H. Jeunemaître, A., (1992). The state and the market in Europe. *Towards a State of Economic Law? French Journal of Political Science* N 2, 263-274
23. Kalfèche, G., (2007). Public sector and competition: the convergence of rights, About competition law and public procurement. *AJDA*, 2420
24. Ruiz-Jarabo Colomer, D., (2006). The contractual commitment in the case law of the Court of Justice of the European Communities. In *Contrats publics. Mixes in honor of Professor Michel Guibal*, Press of the Faculty of Law of Montpellier, 370

25. Amilhat, M., (2019). For a new general theory of public contracts. *Memoir*, 22
26. Richer, L., (2009). The Europe of public procurement. Public procurement and concessions in Community law, LGDJ, 9 and n.
27. Amilhat, M., (2019). For a new general theory of public contracts. *Memoir*, 23
28. Richer, L., (2015). Competing competition: about the directive 2014/24 of 26 February 2014. *Contracts-Public Procurement*, study 2
29. Emorine, A., (2016). New public procurement and the environment. Eco-responsibility is gaining ground. *Company Law Notebooks N 6*, November, file 48
30. Piveteau, D., (2002). The illegality of the criterion of the "best social bidder" in public contracts. Conclusion under CE, 25 July 2001, *AJDA*, 46
31. Boulouis, N., (2014). The public contract at the service of sustainable development policies: limits and perspectives. *RFDA*, 617
32. Dor, M., (2013). On the current debate on the draft directive on public procurement, 7-25
33. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement
34. European Commission, Communication of 3 October 2017 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Making public procurement work for Europe, COM 2017 572 final
35. Richer, L., (2015). Competing competition: about the directive 2014/24 of 26 February 2014. *Contracts-Public Procurement*, study 2
36. Ibid
37. De Grove-Valdeyron, N., (2018). European health law. LGDJ
38. Judgment of the court, 8 June 2017, in Case C-296/15, *Medisanus*.
39. Lombard, M., (2014). The impact of European Union law on public services. In J.-B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, E. Chevalier, *Treaty on European Administrative Law*, coll. *Administrative law*, 2nd ed., (1180)
40. EU Directive 2014/24, article 10.

# საპროცესო თანამონაწილეობის პრობლემა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართალში

## ბაკურ ლილუაშვილი

*სამართლის დოქტორი, ქუთაისის აკ. წერეთლის  
სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი,  
სამართლის მეცნიერთა კავშირის წევრი*

საკვანძო სიტყვები: უფლება, მოთხოვნა, საფუძველი

## აბსტრაქტი

ნაშრომში განხილულია საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ისეთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტი, როგორცაა საპროცესო თანამონაწილეობა. კერძოდ, სამოქალაქო სამართალწარმოებაში თანამონაწილეობის წარმოქმნის კანონისმიერი საფუძვლები, როგორცაა: 1) სარჩელის საგანი, 2) საერთო უფლება და 3) სარჩელის საფუძველი. აღნიშნული წინაპირობების განხილვა-გაანალიზება აუცილებლად მივიჩნით თანამონაწილეთა, როგორც მოსარჩელის მხარეს, ასევე მოპასუხის მხარეს მონაწილე პირთა (მხარეთა) სამართალწარმოებაში ჩართვის პრობლემის გადაწყვეტისას შეცდომის თავიდან აცილების მიზნით. აღნიშნულმა შეცდომის დაშვებამ კი, თავის მხრივ, შეიძლება გამოიწვიოს არა მარტო საქმეზე გადაწყვეტილების გონივრულ ვადაში გამოტანის, არამედ, რაც ასევე უმნიშვნელოვანესია, ობიექტური გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა.

საქართველოს სასამართლო პრაქტიკის, აგრეთვე საზღვარგარეთის ქვეყნების, მათ შორის კონტინენტური და საერთო სამართლის მქონე სახელმწიფოების კანონმდებლობის გაანალიზებისა და შედარებითი კვლევის შედეგად, გამოიკვეთა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო სამართლის კანონმდებლობაში თანამონაწილეობის ინსტიტუტთან დაკავშირებით ცვლილებების განხორციელების აუცილებლობის საკითხი.

## შესავალი

სამოქალაქო სამართალწარმოებაში საპროცესო თანამონაწილეობა ფორმალური თვალსაზრისით არის მონაწილე მხარეთა სიმრავლე პროცესში. კერძოდ, სამოქალაქო პროცესში მხოლოდ მოსარჩელის ან მხოლოდ მოპასუხის, ან ორივე მხარეს ერთდროულად მონაწილეობს ორი ან/და მეტი პირი. თუმცა უნდა აღვნიშნოთ, რომ მონაწილეთა (განსაკუთრებით მოსარჩელის მხარეზე) პირთა მხოლოდ სურვილი – წარმოადგენდნენ თანამოსარჩელებს – ვერ წარმოშობს საპროცესო თანამონაწილეობას, ისევე, როგორც პირთა ნება, წარმოადგენდნენ თანამოპასუხეებს. ამისთვის აუცილებელია კანონით განსაზღვრული სამართლებრივი საფუძვლები. ე. ი. თანამონაწილეობით სასამართლო-სთვის მიმართვა ან თანამონაწილეებად მოპასუხეების მხარედ ყოფნა ემყარება კანონით გათვალისწინებულ წინაპირობებს. აღნიშნული წინაპირობები, როგორც ჩვენ ნაშრომში ვნახავთ, უპირველეს ყოვლისა, განპირობებულია მატერიალური სამოქალაქო სამართლით. ე. ი. მატერიალური სამართლით არის განსაზღვრული საპროცესო თანამონაწილეობის დაშვების საფუძვლები, ხოლო პროცესუალური სამართლით – პროცესუალურ-სამართლებრივი შედეგები, როგორცაა, მაგალითად, საპროცესო ხარჯების განაწილება, საპროცესო უფლება-მოვალეობები, დაუსწრებელი, თუ ჩვეულებრივი გადაწყვეტილების თანა-

მონაწილეობზე გავრცელების სუბიექტური და ობიექტური ძალა, გასაჩივრება შემდგომ ინსტანციაში და ა. შ.\*

## 1. საპროცესო თანამონაწილეობის საფუძვლები

თანამონაწილეობის კანონით დადგენილ საფუძვლებს ითვალისწინებს არა მართლ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, არამედ საზღვარგარეთის ქვეყნების აბსოლუტური უმრავლესობის საპროცესო კანონმდებლობაც. მაგალითად, გერმანიის სსკ-ის 59-ე მუხლის თანახმად, „რამდენიმე პირს შეუძლია აღძრას სარჩელი ან პასუხი აგოს სარჩელზე, როგორც საპროცესო თანამონაწილემ, თუ დავის საგნის მიმართ ისინი ქმნიან სამართლებრივ ერთიანობას ან მათი უფლებები და მოვალეობები ეფუძნება ერთსა და იმავე ფაქტიურ და იურიდიულ საფუძველს“.<sup>1</sup> ხოლო მე-60 მუხლიდან გამომდინარე, თანამონაწილეობა დასშვება იმ შემთხვევაშიც, როდესაც „დავის საგანს შეადგენს ერთგვაროვანი მოთხოვნები ან ვალდებულებები და რომლებიც ეფუძნება თავისი არსით ერთგვაროვან ფაქტობრივ და სამართლებრივ საფუძვლებს“.<sup>2</sup>

თანამონაწილეობის საფუძვლებს და პირობებს განსაზღვრავს ავსტრიის სსკ-ის 11-16-ე მუხლები – „სარჩელი შეიძლება აღძრას რამდენიმე მოსარჩელემ ან რამდენიმე მოპასუხის წინააღმდეგ, თუ მოსარჩელები და მოპასუხეები ქმნიან სამართლებრივ

\* სტატიაში არ განვიხილავ პროცესუალურ-სამართლებრივ რეგულირებას და მის შედეგებს, რომელიც ცალკე განხილვის საკითხად მიმაჩნია.

1 გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 59. <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/59.html>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

2 გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 60. <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/60.html>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

იხ. აგრეთვე: Thomas, H. und Putzo, H., (1997). Zivilprozessordnung. 20 Auflage. Munchen: Verlag C.H.Beck, გვ. 128-138.



ერთიანობას ან მოპასუხეთა უფლება ან მოვალეობა გამომდინარეობს ერთი და იგივე ფაქტობრივი და სამართლებრივი საფუძვლებიდან“.<sup>3</sup>

თანამონაწილეობის საფუძვლებს და პირობებს ადგენს საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 323-324-ე მუხლები.<sup>4</sup>

აშშ-ის სამართალწარმოების ფედერალური წესების 20-ე მუხლის შინაარსიდან გამომდინარე, მოსარჩელები შეიძლება გაერთიანდნენ, თუ შეუძლიათ დაადასტურონ, რომ დავის საგანი მხარეთა საერთო უფლებები და/ან საერთო მოვალეობებია, მოსარჩელეთა ან მოპასუხეთა უფლებამოსილებები ემყარება ერთსა და იმავე სამართლებრივ ან ფაქტობრივ გარემოებებს; სარჩელის შინაარსი შედგება ერთგვაროვანი ინტერესებისა თუ ვალდებულებებისგან.<sup>5</sup>

თანამონაწილეობის შემდეგ საფუძვლებს ითვალისწინებს საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 86-ე მუხლის პირველი პუნქტი:<sup>6</sup>

- „ა) სარჩელის საგანს წარმოადგენს საერთო უფლება;
- ბ) სასარჩელო მოთხოვნები გამომდინარეობს ერთი და იმავე საფუძვლებიდან;
- გ) სასარჩელო მოთხოვნები ერთგვარო-

ვანია, მიუხედავად იმისა, ერთგვაროვანი თუ არა მათი საფუძველი და საგანი.“

აღნიშნული მუხლი თანამონაწილეობისათვის სამ უმთავრესს წინაპირობას ეფუძნება:

1. სარჩელის საგანი;
2. საერთო უფლება;
3. სარჩელის საფუძველი.

თანამოსარჩელეთა სარჩელის ან თანამოპასუხეთა დაშვების საკითხის გადაწყვეტისას შეცდომის თავიდან აცილების მიზნით აუცილებლად მიგვარნია თითოეული წინაპირობა ცალ-ცალკე განვიხილოთ.

### 1. 1. სარჩელის საგანი

სარჩელის საგანზე მიუთითებს საქართველოს სსკ-ის 178-ე მუხლი. კერძოდ ამავე მუხლის პირველი ნაწილის „გ)“ პუნქტის თანახმად სარჩელში მითითებული უნდა იყოს – დავის საგანი, რაც თავის მხრივ, არის მოსარჩელის სასარჩელო მოთხოვნა, უფრო ზუსტად თუ ვიტყვით მისი მატერიალურ-სამართლებრივი მოთხოვნა, რომელიც უნდა განიხილოს სასამართლომ და რომლის მიმართაც მან უნდა გამოიტანოს გადაწყვეტილება. მატერიალურ-სამართლებრივი მოთხოვნა კი ისეთი მოთხოვნაა, რომელიც მატერიალური სამართლით მოწესრიგებული ურთიერთობიდან წარმოიშობება.<sup>7</sup> სარჩელის საგანზე საუბარი აგრეთვე 182-ე მუხლის პირველ ნაწილში – „*მოსარჩელეს შეუძლია ერთ სარჩელში გააერთიანოს ამ სასამართლოს განსჯადი რამდენიმე მოთხოვნა ერთი და იგივე მოპასუხის მიმართ, იმისგან დამოუ-*

3 ავსტრიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 11-16. <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

4 საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 323-324. <[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229)> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021]. აგრეთვე იხ. Noure Code de Procedure Civile. 1997. Dalloz: გვ. 190.

5 აშშ-ის სამოქალაქო პროცესის ფედერალური წესები, მუხლი 20. <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-20-permissive-joinder-of-parties/>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021]. იხ. აგრეთვე, Federal rules of civil procedure. 1994. West Publishing co, გვ. 88-89.

6 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 86. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

7 ლილუაშვილი, თ., (2005). სამოქალაქო საპროცესო სამართალი. თბილისი: „ჯისიაი“, გვ. 273 საყურადღებოა, რომ იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ დამტკიცებული იქნა 2016 წლის 14 მარტის #1/107 გადაწყვეტილებით სამოქალაქო საქმეებზე სარჩელის ფორმის სტანდარტი. სადაც პირდაპირ მითითებულია „დავის საგანი“. ამავე ფორმაში აღნიშნული მე-11 შენიშვნის თანახმად: „დავის საგანი არის სასარჩელო მოთხოვნის სამართლებრივი არსი (მაგ. ზიანის ანაზღაურება, უკანონო ხელშეშლის აღკვეთა, ხელშეკრულების მოშლა).“

კიდებლად, ერთსა და იმავე საფუძვლებს ემყარება ეს მოთხოვნები, თუ – არა“.<sup>8</sup>

შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ სარჩელის საგანს წარმოადგენს მოსარჩელის მოთხოვნის სამართლებრივი შინაარსი – სამართლებრივი არსი. გამომდინარე იქიდან, თუ რა სახის სარჩელია აღძრული, სხვადასხვაა ასევე სასარჩელო მოთხოვნის შინაარსიც. მიკუთვნებით სარჩელებზე ეს შეიძლება იყოს: ნივთის დაბრუნება, ვალის გადახდა, ზიანის ანაზღაურება და ა. შ.<sup>9</sup>

გარდაქმნითი სარჩელის საგანი – ეს არის მონაწილე პირთა შორის ერთი სახის სამართლებრივი ურთიერთობის სხვა სახის სამართლებრივ ურთიერთობად გარდაქმნის მოთხოვნა (მაგალითად, საერთო/საზიარო საკუთრებიდან წილის გამოყოფა). ეჭვს არ უნდა იწვევდეს ის, რომ გარდაქმნით სარჩელებშიც სრულიად დასაშვებია ორი ან მეტი პირის მონაწილეობა, თუ ასეთი გარდაქმნით დაინტერესებული რამდენიმე პირი.

სასარჩელო მოთხოვნის შინაარსის, მოთხოვნის სამართლებრივი არსის მიხედვით არსებობს აღიარებითი სარჩელები. მაგ. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 180-ე მუხლის თანახმად, „სარჩელი შეიძლება აღიძრას უფლების თუ სამართლებრივი ურთიერთობის არსებობა-არარსებობის დადგენის, დოკუმენტების ნამდვილობის აღიარების ან დოკუმენტის სიყალბის დადგენის შესახებ, თუ მოსარჩელეს აქვს იმის იურიდიული ინტერესი, რომ ასეთი აღიარება სასამართლოს გადაწყვეტილებით მოხდეს“.<sup>10</sup> ე. ი. აღიარებითი სარჩელის საგანი, მოთხოვნის სამართლებრივი შინაარსი შეიძლება იყოს მო-

სარჩელე მხარის უფლების (მაგალითად, საკუთრების უფლების აღიარება რაიმე ნივთზე), რაიმე სახის სამართლებრივი ურთიერთობის არსებობა-არარსებობის ან/და დოკუმენტის ნამდვილობის თუ სიყალბის დადგენა სასამართლო წესით.

შეიძლება თუ არა აღიარებითი სარჩელის აღძვრის შემთხვევაში ადგილი ჰქონდეს თანამონაწილეობას? კითხვაზე დადებითი პასუხი უნდა გავცეთ. მაგალითად, რამდენიმე პირი ითხოვს ნივთზე საკუთრების საერთო უფლების აღიარებას და არა მიკუთვნებას, რამდენიმე პირი ითხოვს ისეთი ხელშეკრულების აღიარებას ან მის ბათილობას, რომელშიც ისინი მონაწილეობდნენ, როგორც ხელშეკრულების მხარეები და ა. შ. რა თქმა უნდა აღნიშნულ პირებს შეუძლიათ ერთობლივად აღძრან სარჩელი და ასეთი სარჩელი სასამართლომ უნდა მიიღოს და განიხილოს, თუ არსებობს კანონით დადგენილი ის საფუძვლები, რომლების საჭიროა თანამონაწილეთა მიერ სარჩელის აღძვრისთვის.

ზემოთ აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება გავაკეთოთ დასკვნა – საპროცესო თანამონაწილეობას შეიძლება ადგილი ჰქონდეს სასამართლოში ნებისმიერი სახის სარჩელების აღძვრის შემთხვევაში, იქნება ეს მიკუთვნებითი, გარდაქმნითი თუ აღიარებითი სარჩელები.

## 1.2. როგორ უნდა გავიგოთ „საერთო უფლების“ შინაარსი?

საერთო უფლება – ესაა უფლება, რომელიც მიუთითებს იმის თაობაზე, რომ იგი რამდენიმე პირს ეკუთვნის ერთობლივად. თავის მხრივ ის შეიძლება წარმოიშვას როგორც კანონის, ასევე გარიგების საფუძველზე (სამოქალაქო კოდექსის<sup>11</sup> 173-ე მუხ.).

საერთო საკუთრება, როგორც ცნობი-

8 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პუნქტი 1, მუხლი 182. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

9 ქურდაძე, შ., (2006). სამოქალაქო საქმეთა განხილვა პირველი ინსტანციის სასამართლოში. თბილისი: მერიდიანი, გვ. 431. იხ. აგრეთვე ლილუაშვილი, თ., დასახ. ნაშრომი. გვ. 273.

10 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 180. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი 2021].

11 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, მუხლი 173. <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=113>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

ლია, შეიძლება არსებობდეს ორი სახით: წილადი და საზიარო საკუთრება. საზიარო უფლებები მოწესრიგებულია სამოქალაქო კოდექსის 953-968 მუხლებით. აღნიშნული ნორმებით მოწესრიგებული სამართლებრივი ურთიერთობების არსებობისას, შეიძლება წარმოიშვას სასამართლოსადმი მიმართვის აუცილებლობა. მაგ. ერთ-ერთი თანამესაკუთრის (ან სხვა პირის) მიერ სხვა თანამესაკუთრების საზიარო უფლების დარღვევის შემთხვევაში, აღნიშნულ თანამესაკუთრებს წარმოეშვებათ მოთხოვნის უფლება.

იბადება კითხვა: როგორ უნდა გადაწყდეს საკითხი, როდესაც – ა) თანასაკუთრებისას, პირთა საერთო უფლებას, ან ბ) თანასაკუთრებისას, ერთი პირის უფლებას – არღვევს რამდენიმე პირი? ე. ი. საქმე გვაქვს: ერთი – საერთო უფლების დარღვევასთან ერთი ან რამდენიმე პირის მიერ, მეორე – ერთი პირის უფლების ხელყოფასთან რამდენიმე პირის მიერ. როგორც ვხედავთ, ორივე შემთხვევაში ადგილი აქვს საერთო ვალდებულების არსებობას. ეჭვს არ იწვევს ის, რომ უფლების დარღვევა შეიძლება გახდეს საერთო ვალდებულების (საერთო პასუხისმგებლობის) წარმოშობის საფუძველი. ეს ძალიან კარგად ვლინდება სოლიდარული ვალდებულებების არსებობისას (სკ-ის 463-476 მუხ.).

საერთო უფლების დარღვევა, რა თქმა უნდა წარმოშობს თანამონაწილეობას, პირველ რიგში მოსარჩელე მხარეს, ანუ თანამოსარჩელეებს. თუმცა კანონში არ არის აღნიშნული საერთო ვალდებულების არსებობის თაობაზე, რომელიც თავის მხრივ გულისხმობს საერთო პასუხისმგებლობას, ე. ი. როდესაც დარღვეული უფლებისთვის პასუხი უნდა აგოს რამდენიმე პირმა, თანამოპასუხეებმა.

**მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან:**

მოსარჩელე ფ. ჰ-მ აღძრა სარჩელი მოპასუხეების თ. ჰ-ას, თ. ჰ-ას და ი. ჰ-ას, ასევე ე. ჭ-ს (თანამოპასუხეების) წინააღმდეგ;

დავის საგანს წარმოადგენდა თანამოპასუხეებზე რეგისტრირებული უძრავი

ქონების 1/2-ის მოსარჩელის თანამესაკუთრედ ცნობა.

ზუგდიდის რაიონულმა სასამართლომ მიიღო აღნიშნული სარჩელი წარმოებაში და განიხილა. გადაწყვეტილება შემდგომში გაასაჩივრეს თანამოპასუხეებმა. სააპელაციო საჩივარი არ დაკმაყოფილდა. სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება თანამოპასუხეებმა გაასაჩივრეს საკასაციო წესით. საკასაციო სასამართლომ გააუქმა ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება და თანამოპასუხეთა სარჩელი დააკმაყოფილა.<sup>12</sup>

**მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან:**

მოსარჩელე შპს „ა-1“-მა აღძრა სარჩელი შპს „კ-ე“, შპს „ლ-ი“ და შპს „ს-93“ წინააღმდეგ.

როგორც ვხედავთ, ამ შემთხვევაშიც სარჩელი აღძრულია ერთი მოსარჩელის მიერ რამდენიმე მოპასუხის წინააღმდეგ.

დავის საგანს წარმოადგენდა მოპასუხეთა უკანონო მფლობელობიდან მოძრავი ნივთების გამოთხოვა.<sup>13</sup>

მოსარჩელემ ფაქტობრივ საფუძველად მიუთითა მოპასუხეებთან დადებული, საჭარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოში რეგისტრირებული საიტარო ხელშეკრულებები. აგრეთვე, შემდგომში მხარეთა შორის გაფორმებული მიღება-ჩაბარების აქტები.

ზემოთ მოყვანილ ორივე სამართალწარმოებაში, თანამონაწილეებად გვევლინებიან მოპასუხეები, რომელთაც ერთი მოსარჩელის მიმართ აერთიანებთ საერთო ვალდებულება. რა თქმა უნდა, ასეთივე საერთო ვალდებულება შეიძლება აერთიანებდეს მოპასუხეებს რამდენიმე მოსარჩელის მიმართაც.

12 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 30 იანვრის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-745-707-2013. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი, 2021].

13 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 16 დეკემბრის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-734-702-2016. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი, 2021].

კანონის ჩანაწერი „სარჩელის საგანს წარმოადგენს საერთო უფლება“, მიმანიშნებელია, უპირველეს ყოვლისა, მოსარჩელეთა საერთო უფლებაზე და არა მოპასუხეთა საერთო ვალდებულებებზე. აქედან გამომდინარე, მიზანშეწონილად მიგვაჩნია, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 86-ე მუხლის „ა“ პუნქტში შევიდეს ცვლილება და ჩამოყალიბდეს შემდეგი სახით:

„ა) სარჩელის საგანს წარმოადგენს მოსარჩელეთა საერთო უფლება ან მოპასუხეთა საერთო ვალდებულება.“

### 1.3. ერთი და იგივე საფუძვლები

თანამონაწილეობის მეორე საფუძველია – „სასარჩელო მოთხოვნები გამომდინარეობს ერთი და იგივე საფუძვლებიდან“.<sup>14</sup>

ასეთ შემთხვევაში თანამონაწილეები არ წარმოადგენენ საერთო უფლების სუბიექტებს. ისინი მხოლოდ იმიტომ მიმართავენ სასამართლოს ერთობლივად, რომ მათი მოთხოვნები ემყარება ერთსა და იმავე საფუძვლებს.

რა წარმოადგენს სარჩელის საფუძველს? სარჩელის საფუძველი ეს არის პირველი – ის იურიდიული ფაქტები, გარემოებები, რომლებიც ასაბუთებენ სასარჩელო მოთხოვნას, მაგ. ხელშეკრულების დადება, ვალდებულების შეწყვეტა და სხვ. ამასთან ერთად, გამომდინარე იქიდან, რომ იურიდიული ფაქტს ყოველთვის უკავშირდება სამართლებრივი ნორმა, რომელიც თავის მხრივ განსაზღვრავს გარკვეულ სამართლებრივ შედეგს, „სარჩელის საფუძვლებში“ ასევე უნდა განვიხილოთ მეორე – სამართლებრივი საფუძვლები. ანუ ის ნორმები, რომლებზე დაყრდნობითაც მოსარჩელე იურიდიულად ასაბუთებს თავის მოთხოვნას. ე. ი. „სარჩელის საფუძვლებში“

უნდა ვიგულისხმოთ როგორც ფაქტობრივი, ასევე სამართლებრივი საფუძვლები.

შეიძლება თუ არა სასარჩელო მოთხოვნები (მოთხოვნა) ეფუძნებოდეს ერთსა და იმავე ან ფაქტობრივ ან სამართლებრივ საფუძველს სხვადასხვა პირის (პირების) მიმართ? ეჭვს არ უნდა იწვევდეს ის გარემოება, რომ თავისუფლად შეიძლება რამდენიმე პირის მოთხოვნა ეფუძნებოდეს ერთსა და იმავე ფაქტობრივ და სამართლებრივ საფუძვლებს ერთი მოპასუხის მიმართ ან ისეთ ფაქტობრივ და სამართლებრივ გარემოებებს, რომელთა წარმოშობა დაკავშირებულია რამდენიმე მოპასუხის ქმედებით (უმოქმედობით). ე. ი. აუცილებელია ერთი და იგივე საფუძვლების არსებობა, ხოლო მოთხოვნები შეიძლება არ იყოს იდენტური. თუ უფრო დავაზუსტებთ, მოსარჩელის (თანამოსარჩელეთა) მოთხოვნებისგან განსხვავებით, რომლებიც შეიძლება არ იყოს იდენტური, თანამოპასუხეთა ვალდებულებების წარმოშობი მატერიალური სამართლით გათვალისწინებული ფაქტობრივი და სამართლებრივი საფუძვლები ერთი და იგივეა. თუმცა უნდა აღვნიშნოთ, რომ სხვადასხვა მოთხოვნები, რომლებიც ემყარებიან ერთი და იმავე საფუძვლებს, იდენტური თუ არა ერთგვაროვანი სამართლებრივი შინაარსის მაინც იქნებიან.

#### მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან:

მოსარჩელებმა ა.გ-ამ და კ.კ-მ აღძრეს სარჩელი სს „ს.რ-ას“ წინააღმდეგ.

დავის საგანი – ბრძანების ბათილად ცნობა, სამსახურში აღდგენა, იძულებითი განაცდურის ანაზღაურება.

ორივე დასაქმებული მუშაობდა მოპასუხის ფილიალის ერთ-ერთ დეპარტამენტში სხვადასხვა თანამდებობაზე.

განხორციელებული რეორგანიზაციის ფარგლებში მოპასუხეს მოსარჩელეებისთვის, როგორც დადგენილებით განსაზღვრული დაკავებული საშტატო თანამდებობიდან გათავისუფლებული პირებისთვის, არ შეუთავაზებია სახელშეკრულებო ფონდით გათვალისწინებულ თანამდებობებზე დანიშვნა, მაშინ, როდეს

14 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 86. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

საც სხვა დათხოვნილი პირების მიმართ მოპასუხეს აღნიშნული პირობა არ დაურღვევია. მოსარჩელებმა ასევე აღნიშნეს, რომ ბრძანებების მომზადებისა და გამოცემისთვის დაცული არ არის საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული მოთხოვნები, ვინაიდან ბრძანებები გამოცემულია მოსარჩელეთა თანხმობის გარეშე. მოსარჩელები მიუთითებენ, რომ ისინი გათავისუფლდნენ დაკავებული თანამდებობებიდან საქართველოს შრომის კოდექსის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის და 38-ე მუხლის მეორე პუნქტის საფუძველზე.<sup>15</sup>

**მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან:**

მოსარჩელე გ. რ.-მა ღძრა სარჩელი სასამართლოში და მოითხოვა ნ. და გ. კ.-ების ვ. კ.-ის უღირს მემკვიდრეებად აღიარება.

შემდგომში მოსარჩელემ რაიონული სასამართლოს გადაწყვეტილება გაასაჩივრა სააპელაციო სასამართლოში. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილებით სააპელაციო საჩივარი დაკმაყოფილდა, გასაჩივრებული გადაწყვეტილების შეცვლით მიღებულ იქნა ახალი გადაწყვეტილება, გ. რ.-ის სარჩელის დაკმაყოფილდა, ნ. კ.-სა და გ. კ.-ს ჩამოერთვათ კანონით მემკვიდრეობის უფლება.

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება შემდგომში საკასაციო სასამართლომ გააუქმა და თანამოპასუხეთა სარჩელი დააკმაყოფილა.<sup>16</sup>

გადაწყვეტილებიდან აშკარად ჩანს, რომ არა მოსარჩელეთა, არამედ ერთი მოსარჩელის მოთხოვნა ეფუძნება თანამოპასუხეთა მიმართ ერთსა და იმავე ფაქტობრივ და სამართლებრივ საფუძვლებს. ე.

ი. საქმე გვაქვს მოპასუხე მხარეზე მყოფ რამდენიმე პირთან, რომელთა ვალდებულებები ემყარება ერთი და იგივე ფაქტობრივ და სამართლებრივ საფუძვლებს. ნორმის შინაარსიდან გამომდინარე, მხოლოდ მოთხოვნები უნდა ეფუძნებოდნენ ერთსა და იმავე საფუძვლებს და არა მოპასუხეთა შესაძლო ვალდებულებები.

აქედან გამომდინარე, საჭიროდ მიგვაჩნია ცვლილების შეტანა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 86-ე მუხლის „ბ“ პუნქტში და იგი ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:

*„ბ) სასარჩელო მოთხოვნები და/ან რამდენიმე მოპასუხის მოვალეობები გამომდინარეობენ ერთი და იგივე ფაქტობრივი და/ან სამართლებრივი საფუძვლებიდან.“*

**2. სასარჩელო მოთხოვნების ერთგვაროვნება**

თანამონაწილეობის მესამე საფუძველია: *„გ) თუ სასარჩელო მოთხოვნები ერთგვაროვანია, მიუხედავად იმისა, ერთგვაროვანია თუ არა მათი საფუძველი და საგანი“.*<sup>17</sup>

აღნიშნულ შემთხვევაშიც, საყურადღებოა ის, რომ შეიძლება სასარჩელო მოთხოვნის მქონე სუბიექტებს არ აკავშირებდეთ ერთმანეთთან რაიმე სახის საერთო უფლებები. ე. ი. საუბარია მოთხოვნის ერთგვაროვნებაზე და არა აღნიშნული მოთხოვნების ფაქტობრივი და სამართლებრივი საფუძვლების ერთგვაროვნებაზე. „სასარჩელო მოთხოვნები ერთგვაროვანია“ – გაგებული უნდა იქნეს, როგორც თანამოსარჩელეთა მიზანი, ერთნაირი, ერთგვაროვანი სამართლებრივი შედეგის მიღწევისა. მაგალითად: სამუშაოზე აღდგენა, იძულებითი განაცდურის ანაზღაურება და სხვ. იბადება კითხვა, აქვს თუ არა ასეთ ვითარებაში მნიშვნელობა, ერთგვაროვანი იქნება თუ არა

15 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წ. 5 მარტის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-952-2020 <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი, 2021].

16 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 9 მარტის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-1048-988-2015 <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი, 2021].

17 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 86. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].

მოთხოვნის ფაქტიური და სამართლებრივი საფუძველი? მაგალითად, მოსარჩელე ითხოვს სამუშაოზე აღდგენას და იძულებითი განაცდურის ანაზღაურებას, ხოლო თანამოსარჩელე – მხოლოდ იძულებითი განაცდურის ანაზღაურებას. ცხადია, ასეთ ვითარებაში შეიძლება არსებობდეს სხვადასხვა ფაქტობრივი და სამართლებრივი საფუძველი. თუმცა, არ არის მითითება მოპასუხეთა შესაძლო თანამონაწილეობაზე.

#### მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან:

მოსარჩელეებმა თ. წ-მ, ე. ო-მ და ქ. ძ-მ აღძრეს სარჩელი სს „ტ. და ფ.დ.ე.ც“-ს წინააღმდეგ.

დავის საგანს წარმოადგენდა – ბრძანების ბათილად ცნობა, სამუშაოზე აღდგენა, იძულებითი განაცდურის ანაზღაურება.

სარჩელის საფუძველებში, სხვა გარემოებებთან ერთად მითითებულია შემდეგი: პირველ მოსარჩელესა და მეორე მოსარჩელეს შრომითი ხელშეკრულება შეუწყდათ დამსაქმებლის 11.06.2015 წ. ბრძანებით, დაკისრებული სამსახურებრივი ვალდებულებების უხეში დარღვევების გამო.

პირველი და მეორე მოსარჩელის თანამდებობიდან გათავისუფლებას წინ უსწრებდა ის ფაქტი, რომ მიმღები განყოფილების მენეჯერმა (მესამე მოსარჩელე) საზოგადოების ახალი ხელმძღვანელის მიერ მოლარედ დანიშნული ი.პ-ა ამხილა დარღვევებში. ი.პ-ას შეუწყდა შრომითი ხელშეკრულება, თუმცა მისი ახსნა-განმარტება, რომელშიც იგი მიუთითებდა მიმღებ განყოფილებაში არსებულ დარღვევებზე, გახდა კომისიის შექმნის საფუძველი. სწორედ აღნიშნული კომისიის ოქმში დაფიქსირებული დარღვევების გამო, რომელიც არ უკავშირდებოდა პირველ და მეორე მოსარჩელეს, მათთან შეწყდა შრომითი ურთიერთობა.

პირველი და მეორე მოსარჩელე კეთილსინდისიერად ასრულებდნენ მოვალეობებს და არასდროს ყოფილან შემჩნეული რაიმე გადაცდომაში.

პირველი და მეორე მოსარჩელის გათავისუფლების სამართლებრივი საფუძველია საქართველოს შრომის კოდექსის 37-ე

მუხლის პირველი ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტი, ხოლო მესამე მოსარჩელესთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველად მითითებულია შრომის კოდექსის 37-ე მუხლის პირველი ნაწილის „თ“ ქვეპუნქტი.

თბილისის საქალაქო სასამართლომ მიიღო აღნიშნული სარჩელი და განიხილა.

სასამართლომ ბათილად ცნო სადავო ბრძანებები მოსარჩელეთა გათავისუფლების შესახებ და სშკ-ის 38.8, 44-ე, 32.1 მუხლებზე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდეგში სსკ) 408-ე, 411-ე მუხლებზე დაყრდნობით საფუძველიანად მიიჩნია სამუშაოზე აღდგენისა და გათავისუფლების დღიდან აღდგენამდე დროის მონაკვეთში იძულებითი განაცდურის ანაზღაურების თაობაზე მოსარჩელეთა მოთხოვნა.<sup>18</sup>

#### მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან:

მოსარჩელე გ. ა-ძემ აღძრა სარჩელი მოპასუხეების შპს „პ. ბ“, შპს „კ.ჭ“, ი/მ გ.გ-ძეს, ი/მ ა.კ-ს, შპს „ჭ.ა.კ“-ს წინააღმდეგ.

დავის საგანს წარმოადგენდა ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურება.

მოსარჩელე აღნიშნავს, რომ იგი შპს „პ.ბ-ის“ დაკვეთით ასრულებდა სამუშაოებს სამშენებლო მოედანზე. მის მიერ სამუშაოების შესრულების დროს, მეორე მოპასუხეს მართვის ქვეშე მყოფი სატვირთო ავტომანქანის მოძრაობის დროს მიიღო სხეულის დაზიანება. შპს „კ.ჭ.“ (შემდეგში: კონტრაქტორი, მესამე მოპასუხე ან მესამე აპელანტი) აწარმოებდა სს „გ.წ. კომპანიის“ გარკვეულ მშენებლობას, დამსაქმებლისა და შპს „ჭ.ა.კ-ის“ (შემდეგში: მეოთხე მოპასუხე, მეოთხე აპელანტი, მყიდველი ან ქვეკონტრაქტორი) მეშვეობით.

კონტრაქტორსა და ქვეკონტრაქტორს შორის დადებული თანახმად, ქვეკონტრაქტორი ვალდებული იყო, სამუშაო-

18 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 29 დეკემბრის გადაწყვეტილება. საქმე №ას-259-2020. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 27 ნოემბერი 2021]

ბი ისე დაეგეგმა, რომ ხელი არ შეშლოდა ობიექტზე იმავდროულად მიმდინარე სამუშაოებს და საფრთხე არ შექმნოდათ მუშებს; ამავე ხელშეკრულების თანახმად, ქვეკონტრაქტორი დანიშნავდა სამონტაჟო ობიექტზე უბედური შემთხვევის აღკვეთის ოფიცერს, რომელიც პასუხისმგებელი იქნებოდა უსაფრთხოებაზე და უბედური შემთხვევის დაცვაზე. მეოთხე მოპასუხესა და გამყიდველს შორის დადებული ხელშეკრულების თანახმად, გამყიდველი ვალდებული იყო, უზრუნველყო ტრანსპორტირების უსაფრთხოება.

საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება შემდგომში გაასაჩივრა როგორც მოსარჩელემ, ასევე მოსარჩელის დამსაქმებელმა, კონტრაქტორმა და ქვეკონტრაქტორმა ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოში.<sup>19</sup>

გადაწყვეტილებიდან ირკვევა, რომ მოსარჩელის სასარჩელო მოთხოვნები დაფუძნებულია სხვადასხვა ფაქტობრივ და სამართლებრივ საფუძვლებზე; თუმცა მოთხოვნა არის ერთგვაროვანი – ჯანმრთელობისათვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურების დაკისრება მოპასუხეებზე სოლიდარულად.

ყურადღებას იმსახურებს შემდეგი საკითხი – როგორ უნდა იქნეს გაგებული „საგანი“? ვფიქრობთ, ნორმის შინაარსიდან და მიზნიდან გამომდინარე ტერმინი „საგანი“, ამოღებულ უნდა იქნეს. რადგან, ნორმის შინაარსს თუ გავყოფთ, იგი შეიძლება ჩამოყალიბდეს შემდეგნაირად: „1. თუ სასარჩელო მოთხოვნები ერთგვაროვანია, მიუხედავად იმისა, ერთგვაროვანია თუ არა მათი საფუძველი“ და 2. „თუ სასარჩელო მოთხოვნები ერთგვაროვანია, მიუხედავად იმისა, ერთგვაროვანია თუ არა საგანი“. სასარჩელო მოთხოვნების ერთგვაროვნების მოთხოვნა, მიუხედავად იმისა, რომ სასარჩელო საგანი არ არის ერთგვაროვანი

გაუმართლებლად და მიზანშეუწონლად მიგვაჩნია.

შეიძლება დავასკვნათ, რომ სამოქალაქო საქმეებზე საპროცესო თანამონაწილეობა ეს არის მოსარჩელეთა მიერ, ჯერ კიდევ სარჩელის აღძვრამდე გადაწყვეტილების მიღება იმის შესახებ, რომ სასამართლოს მიმართონ ერთობლივად, ანუ ერთობლივი სარჩელით, ან ერთი პირის მიერ გადაწყვეტილება, მიმართოს სასამართლოს სარჩელით რამდენიმე მოპასუხის წინააღმდეგ. რამდენად მართლზომიერი იქნება მოსარჩელეთა ასეთი გადაწყვეტილება, ან ერთი მოსარჩელის გადაწყვეტილება რამდენიმე მოპასუხის წინააღმდეგ სარჩელის აღძვრის შესახებ, ეს კანონით დადგენილი და განსაზღვრული წინაპირობებით უნდა იქნას გადაწყვეტილი. ე. ი. თუ თანამონაწილეობა არ ეფუძნება კანონით გათვალისწინებულ საფუძვლებს, სასამართლო არ მიიღებს ასეთ სარჩელს, ან თუ მიიღებს, შემდეგ გამოყოფს თანამოსარჩელეთა მოთხოვნებს ან თანამოპასუხეთა ვალდებულებებს ცალკე წარმოებად.

### 3. სარჩელების ობიექტური და სუბიექტური გაერთიანება

თანამონაწილეობის საკითხთან დაკავშირებით, აუცილებლად მიგვაჩნია განვიხილოთ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 182-ე მუხლი. კერძოდ, ამავე მუხლის პირველი და მე-4 ნაწილი.

182-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად: „1. მოსარჩელეს შეუძლია ერთ სარჩელში გააერთიანოს ამ სასამართლოს განსჯადი რამდენიმე მოთხოვნა ერთი და იმავე მოპასუხის მიმართ, იმისგან დამოუკიდებლად, ერთსა და იმავე საფუძვლებს ემყარება ეს მოთხოვნები, თუ – არა“.<sup>20</sup>

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის აღნიშნული ნაწილის შინაარსიდან გამო-

19 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 18 ივლისის გადაწყვეტილება. საქმე №ას-1423-1343-2017. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 28 ნოემბერი 2021].

20 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 182, პუნქტი 1. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [წვდომის თარიღი 20 ნოემბერი 2021].

მდინარე, შეიძლება გავაკეთოთ შემდეგი დასკვნა, სარჩელების ობიექტური გაერთიანება დასაშვებია, თუ:

- მოსარჩელის ყველა მოთხოვნა მოპასუხის მიმართ, ცალ-ცალკე აღებული ამავე სასამართლოს განსჯადია, ე. ი. თუ რომელიმე სასარჩელო მოთხოვნა არ არის ამ სასამართლოს განსჯადი, ასეთი მოთხოვნის გაერთიანება არ შეიძლება;
- სარჩელი აღძრული უნდა იყოს ერთი და იგივე მოპასუხის მიმართ. ამავე დროს, დაცული უნდა იყოს ზემოთ მითითებული პირობა.

აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით, განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს კანონის შემდეგი ჩანაწერი, მოსარჩელის მიერ ერთ სარჩელში რამდენიმე სასარჩელო მოთხოვნის გაერთიანება შეუძლია „იმისგან დამოუკიდებლად, ერთსა და იმავე საფუძვლებს ემყარება ეს მოთხოვნები, თუ – არა.“

საფუძვლების სამართლებრივ შინაარსს, ჩვენ ზემოთ უკვე შევხეთ; ისმის კითხვა – უნდა იყოს თუ არა გაერთიანებული მოთხოვნები ერთმანეთთან დაკავშირებული ან ფაქტობრივად ან იურიდიულად? ე.ი. სარჩელების გაერთიანება დასაშვებია იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც მათ არ აერთიანებს არც ფაქტობრივი და არც სამართლებრივი საფუძველი? ამ შემთხვევაში, „საფუძვლებში“ უნდა ჩავთვალოთ პირველ რიგში ფაქტობრივი გარემოებები, რომ ერთნაირი იყოს, და არა სამართლებრივი საფუძვლები. სხვა შემთხვევაში შეიძლება თუ არა ისეთი მოთხოვნების ერთ სარჩელში გაერთიანება, როგორცაა, მაგ. ბინის ქირავნობის ხელეკრულებიდან გამომდინარე უფლის ანაზღაურება და ალიმენტის გადახდევინების შესახებ მოთხოვნის გაერთიანება? ეჭვს არ იწვევს ის, რომ ასეთი მოთხოვნების გაერთიანებას არ მოყვება სწრაფი და ობიექტური გადაწყვეტილების გამოტანა.

აქედან გამომდინარე, ვფიქრობთ, უნდა განხორციელდეს ცვლილება 182-ე მუხლის პირველ ნაწილში და იგი ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:

„1. მოსარჩელეს შეუძლია ერთ სარჩელში გააერთიანოს ამ სასამართლოს განსჯადი რამდენიმე მოთხოვნა ერთსა და იმავე მოპასუხის მიმართ, თუ ეს მოთხოვნები ემყარება ერთსა და იმავე ან ერთგვაროვან ფაქტობრივ და/ან სამართლებრივ საფუძვლებს“.

შეიძლება ითქვას, რომ ამ შემთხვევაში გვაქვს მოსარჩელის რამდენიმე სასარჩელო მოთხოვნის გაერთიანება ერთი მოპასუხის მიმართ. რა თქმა უნდა, ასეთ ვითარებაში ადგილი არა აქვს თანამონაწილეობას.

განსხვავებულ ვითარებას ეხება ამავე მუხლის მე-4 ნაწილი, კერძოდ: „4. თუ სასამართლოს წარმოებაშია რამდენიმე ერთგვაროვანი და სამართლებრივად ერთმანეთთან დაკავშირებული საქმე, რომლებშიც ერთი და იგივე ან სხვადასხვა მხარე მონაწილეობს, სასამართლოს შეუძლია თავისი ინიციატივით ან მხარის შუამდგომლობით გააერთიანოს ეს საქმეები ერთ წარმოებად ერთად განხილვისათვის, თუ ასეთ გაერთიანებას შედეგად მოჰყვება დავის უფრო სწრაფად და სწორად განხილვა. მოსამართლე, რომელსაც მიმართეს საქმეთა გაერთიანების შესახებ შუამდგომლობით, თავის წარმოებაში არსებულ საქმესთან აერთიანებს თავის წარმოებაშივე ან სხვა მოსამართლის წარმოებაში არსებულ საქმეს, რის თაობაზედაც გამოაქვს მოტივირებული განჩინება“.<sup>21</sup>

ე.ი. ასეთ შემთხვევაში, კანონი იძლევა შესაძლებლობას გაერთიანდეს ის სარჩელები, სასარჩელო მოთხოვნები, რომლებიც ცალ-ცალკე უკვე აღძრულია სასამართლოში. ეს იძლევა სამართლებრივ საშუალებას, რომ ადგილი ჰქონდეს შემგომში თანამოსარჩელეთა, როგორც თანამონაწილეთა არსებობას სამოქალაქო სამართალწარმოებისას. ამასთან ერთად, კანონის ნორმის შინაარსიდან გამომდინარე, არ არის აუცილებელი, რომ ერთი და

21 საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 182, პუნქტი 4. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი, 2021].



იგივე პირები მონაწილეობდნენ. ანუ, დასაშვებია, რომ შემდგომში გასაერთიანებელ საქმეში მონაწილეობდნენ სხვადასხვა მოსარჩელები (თანამოსარჩელები) ან სხვადასხვა მოპასუხეები (თანამოპასუხეები). მაგ. აღძრულია სარჩელები ხვადასხვა მოსარჩელის მიერ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველზე ზიანის ანაზღაურების და სამსახურში აღდგენის მოთხოვნით.

იმისათვის, რომ შესაძლებელი იყოს სასამართლოში აღძრული სარჩელების, სასარჩელო მოთხოვნების შემდგომში გაერთიანება, კანონის თანახმად, აუცილებელია ორი პირობის ერთდროულად არსებობა:

1. გასაერთიანებელი საქმეები უნდა იყოს ერთგვაროვანი და სამართლებრივად ერთმანეთთან დაკავშირებული;
2. ასეთ საქმეთა გაერთიანებად უნდა მოყვეს დავის უფრო სწრაფად და სწორად განხილვა და გადაწყვეტა.

აღნიშნულ შემთხვევაში არ არის აუცილებელი, რომ გაერთიანებულ საქმეებში მონაწილეობდნენ ერთი და იგივე პირები. პირიქით, გაერთიანებულ საქმეებში შეიძლება მონაწილეობდნენ სხვადასხვა პირები – მოსარჩელები თუ მოპასუხეები.

თავისუფლად შეიძლება აღვნიშნოთ, რომ ასეთი სახით სასარჩელო მოთხოვნების გაერთიანებამ, სრულიად თავისუფლად შეიძლება წარმოშვას თანამონაწილეობა.

182-ე მუხლთან დაკავშირებით, შეგვიძლია გავაკეთოთ შემდეგი დასკვნა: სარჩელების ობიექტური გაერთიანება ეს არის მოსარჩელის მიერ სხვადასხვა მოთხოვნების გაერთიანება ერთი მოპასუხის მიმართ, რაც თავის მხრივ ვერ წარმოშობს თანამონაწილეობას; ხოლო სარჩელების სუბიექტური გაერთიანება, შეიძლება იყოს შემდგომში თანამონაწილეობის წარმოშობის კანონისმიერი საფუძველი. განსხვავება 86-ე მუხლით წარმოქმნილ თანამონაწილეობასთან მიმართებით, არის ის, რომ ამ შემთხვევაში საქმე გვაქვს უკვე აღძრული და წარმოებაში მიღებული სასარჩელო მოთხოვნების გაერთიანებასთან, ხოლო 86-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვე-

ვაში, ერთობლივად სასამართლოსადმი მიმართვის თაობაზე გადაწყვეტილებას იღებენ თანამონაწილეები. ამავე დროს, საქმეების გაერთიანების შესახებ გადაწყვეტილება შეიძლება მიღებულ იქნეს, როგორც მხარეთა შუამდგომლობით, ასევე უშუალოდ მოსამართლის ინიციატივით. მთავარი კრიტერიუმის გათვალისწინებით – გაერთიანებას შედეგად უნდა მოყვეს დავის უფრო სწრაფად და ობიექტურად განხილვა-გადაწყვეტა.

შეიძლება გავაკეთოთ დასკვნა – მიუხედავად სარჩელების ობიექტური გაერთიანების თუ სარჩელების სუბიექტური გაერთიანების საფუძველებისა, ან/და შემდგომში გაერთიანებული საქმეებიდან ერთის ან რამდენიმეს ცალკე წარმოებად გამოყოფა მხოლოდ ერთ მიზანს უნდა ემსახურებოდეს: საქმის სწრაფად და რაც ასევე უმნიშვნელოვანესია, ობიექტურად განხილვასა და გადაწყვეტას.

### დასკვნა

სარჩელის ელემენტები, როგორცაა სარჩელის საგანი და სარჩელის საფუძველები (ფაქტობრივი და სამართლებრივი) გამომდინარეობენ მატერიალური სამოქალაქო სამართლიდან; აქედან გამომდინარე, მატერიალური სამართალი ადგენს, სამოქალაქო სამართალწარმოებაში გვექნება თუ არა საქმე თანამონაწილეობასთან. რაც შეეხება პროცესუალურ-სამართლებრივ შედეგებს, მათი განსაზღვრა ხდება სამოქალაქო საპროცესო სამართლით.

თანამონაწილეობით საქმის განხილვა საშუალებას აძლევს სასამართლოს (მოსამართლეს) უფრო სრულყოფილად და სწორად გამოიკვლიოს სარჩელის საფუძველები – ფაქტური თუ სამართლებრივი – და მიიღოს ობიექტური გადაწყვეტილება.

სასარჩელო მოთხოვნების, მათი საფუძველებისა და მოპასუხეთა საერთო ვალდებულებების ურთიერთმიმართების ანალიზიდან გამომდინარე, აუცილებლად მიგვაჩნია საქართველოს სამოქალაქო

საპროცესო კოდექსში ცვლილებების შეტანა. კერძოდ, 86-ე მუხლის პირველი ნაწილი ჩამოყალიბდეს შემდეგი სახით:

„1. სარჩელი შეიძლება წარდგენილ იქნეს ერთად რამდენიმე მოსარჩელის მიერ ან რამდენიმე მოპასუხის წინააღმდეგ, თუ:

ა) სარჩელის საგანს წარმოადგენს მოსარჩელეთა საერთო უფლება ან მოპასუხეთა საერთო ვალდებულება;

ბ) სასარჩელო მოთხოვნები და/ან რამდენიმე მოპასუხის მოვალეობები გამომდინარეობენ ერთი და იგივე ფაქტობრივი და/ან სამართლებრივი საფუძვლებიდან.

გ) სასარჩელო მოთხოვნები ერთგვარო-

ვანია, მიუხედავად იმისა, ერთგვაროვანია თუ არა მათი საფუძველი“.

ცვლილებების განხორციელებას საჭიროებს, აგრეთვე 182-ე მუხლის პირველი ნაწილი, მიუხედავად იმისა, რომ იგი არ ეხება თანამონაწილეობის ინსტიტუტს. კერძოდ, ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით:

„1. მოსარჩელეს შეუძლია ერთ სარჩელში გააერთიანოს ამ სასამართლოს განსჯადი რამდენიმე მოთხოვნა ერთსა და იმავე მოპასუხის მიმართ, თუ ეს მოთხოვნები ემყარება ერთსა და იმავე ან ერთგვაროვან ფაქტობრივ და/ან სამართლებრივ საფუძვლებს“.

## The Problem of Procedural Complicity in Georgian Civil Procedural Law

**Bakur Liliashvili**

*Doctor of Law, Kutaisi Invited Lecturer at Ak. Tsereteli State University, Member of the Union of law scientists*

**KEYWORDS:** Right, Claim, Ground

### ABSTRACT

The paper discusses such an important institution of Georgian civil procedural law as procedural complicity. In particular, the legal grounds for co-participation in civil proceedings, such as: 1) the subject matter of the claim, 2) the common right and 3) the basis of the claim. We considered it necessary to discuss the above preconditions in order to avoid mistakes in resolving the issue of involving the parties (plaintiffs) and the parties (parties) participating in the proceedings. Making this mistake, in turn, can lead not only to a timely decision on the case,

but also, most importantly, the ability to make an objective decision. As a result of the analysis and comparative study of the case law of Georgia, as well as the legislation of foreign countries,

including continental and common law states, the issue of the need to make changes in the Georgian Civil Procedure Law regarding the institution of complicity was identified.

**ბიბლიოგრაფია:**

**გამოყენებული ლიტერატურა**

1. ლილუაშვილი, თ., ლილუაშვილი, გ., ხრუსტალი, ვ. და ძლიერიშვილი, ზ., (2014). სამოქალაქო საპროცესო სამართალი. I ნაწილი. თბილისი: სამართალი.
2. ლილუაშვილი, თ., (2005). სამოქალაქო საპროცესო სამართალი. თბილისი: ჭისიაი.
3. ნაჭყებია, ა., (2014). სამოქალაქო სამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში. თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება.
4. ჰაგენლოხი, უ. და სხვ., (2020). სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი. რჩეული მუხლები. თბილისი: გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება.
5. ქურდაძე, შ., (2005). სამოქალაქო საქმეთა განხილვა პირველი ინსტანციის სასამართლოში. თბილისი: მერიდიანი.
6. ხარიტონაშვილი, ნ., (2017). მესამე პირები სამოქალაქო პროცესში. თბილისი.
7. Thomas, H., Putzo, H., (1997). Zivilprozessordnung. 20 Auflage. Munchen: Verlag C.H.Beck.
8. Federal rules of civil procedure, (1994). West Publishing co.
9. Rosenberg, L., Schwab, H. und Gottwald, P., (1993). "Zivilprozessrecht". 15 Auflage. Munchen: Verlag C.H. Beck.

**ნორმატიული მასალა:**

1. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/29962?publication=146>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი 2021].
2. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=113>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი 2021].
3. გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი 2021].

**BIBLIOGRAPHY**

**Used Literature:**

1. Liliashvili, T., Liliashvili, G., Khrustali, V. and Dzlierishvili, Z., (2014). Civil Procedure Law. Part I, Tbilisi: Law Publishing House. (in Georgian)
2. Liliashvili, T., (2005). Civil Procedure Law. Tbilisi: Publishing GCI. (in Georgian)
3. Nachkebia, A., (2014). Definitions of civil Law norms in the practice of the Supreme Court. Tbilisi: German Societe for International Cooperation. (in Georgian)
4. Hagenloch, U; et al., (2020). Commentary on the Code of Civil Procedure; Featured Articles. Tbilisi: German Societe for International Cooperation. (in Georgian)
5. Thomas, H., Putzo, H., (1997). ZPO. 20 Auflage. Verlag C.H.Beck. Munchen (in German)
6. Kharitonashvili, N; 2017. Third parties in Civil processing. Tbilisi. (in Georgian)
7. Kurdadze, Sh., (2005). Civil Cases in the Court of First instance. Tbilisi: Meridian. (in Georgian)
8. Federal rules of civil procedure, (1994). West Publishing co. (in English)
9. Rozenberg, L., Schwab, H. und Gottwald, P., (1993). "Zivilprozessrecht". Munchen. Verlag C.H. Beck. (in German)

**Normative Materials:**

1. The Civil procedure Code of Georgia. Available at: <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/29962?publication=146>> [Last seen: 20 November 2021]. (In Georgian)
2. Civil Code of Georgia. Available at: <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=113>> [Last seen: 20 November 2021].(In Georgian)
3. Zivilprozessordnung Deutschlands. Available at: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/index.html>> [Last seen: 20 November 2021] (In German)
4. Osterreichische Zivilprozessordnung Available at: <<https://www.ris.bka.gv.at/Geltende>>

4. ავსტრიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი 2021].
5. საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. <[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229)> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი 2021].
6. აშშ-ის სამართალწარმოების ფედერალური წესები. <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-20-permissive-joinder-of-parties/>> [ბოლო წვდომა: 20 ნოემბერი 2021].
7. Гражданское процессуальное уложение германии., (2006). Москва: Волтерс Клувер.
8. Nouveau code de procedure civile., (1997). Editions Dalloz.
9. Federal rules of civil procedure., (1994). ST. Paul, MINN. West Publishing co.
10. [Fassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699](https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699) > [Last seen: 20 November 2021] (In German)
11. Nouveau code de procedure civile. Available at: <[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229)> [Last seen: 20 November 2021] (In French)
12. Federal rules of civil procedure. Available at: <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-20-permissive-joinder-of-parties/>> [Last seen: 20 November 2021] (in English)
13. Zivilprozessordnung Deutschlands., (2006). Moskau: verlag Wolters kluver. (in Russian)
14. Nouveau code de procedure civile. Editions Dalloz, 1997. (In French)
15. Federal rules of civil procedure. ST. Paul, MINN. West Publishing co., (1994). (in English)

#### სასამართლო პრაქტიკა:

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 30 იანვრის გადაწყვეტილება. საქმე №ას-745-707-2013. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი 2021]
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 30 იანვრის გადაწყვეტილება. საქმე №ას-745-707-2013. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი 2021]
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2021 წ. 5 მარტის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-952-2020. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი 2021]
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 9 მარტის გადაწყვეტილება. საქმე №ას-1048-988-2015. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი 2021]
5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 29 დეკემბრის გადაწყვეტილება. საქმე №ას-259-2020. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 26 ნოემბერი 2021]
6. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 18 ივლისის გადაწყვეტილება. საქმე №ას-1423-1343-2017. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ბოლო წვდომა: 28 ნოემბერი 2021]
16. Judgment of Supreme Court of 01.2015 (Case №AS-745-707-2013). Available at: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November 2021]
17. Judgment of Supreme Court of 16.12.2016. (Case №AS-734-702-2016). Available at: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November 2021]
18. Judgment of Supreme Court of 05.03.2021 (Case №AS-952-2020). Available at: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November 2021]
19. Judgment of Supreme Court of 09.03.2016 (Case №AS-1048-988-2015). Available at: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November 2021]
20. Judgment of Supreme Court of 29. 12., (2020) (Case №AS--259-2020). Available at: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November 2021]
21. Judgment of Supreme Court of 18.07., (2018) (Case №AS-1423-1343-2017). Available at: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 28 November 2021]

#### Judicial practice:

## NOTES:

- \* In this article, I do not discuss procedural-legal regulation and its consequences, which I consider to be a separate issue
1. German Code of Civil Procedure, Article 59. <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/59.html>> [Last seen: 20 November, 2021]
  2. German Code of Civil Procedure, Article 60. <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/60.html>> [Last seen: 20 November, 2021] See also: Thomas, H. und Putzo, H., (1997). Zivilprozessordnung. 20 Auflage. Munich: Verlag C.H.Beck, pp.128-138
  3. Austrian Code of Civil Procedure, Articles 11-16. [Internet]. Available at: <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699>> [Last seen: 20 November, 2021]
  4. French Code of Civil Procedure, Articles 323-324. <[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117229/#LEGISCTA000006117229)> [Last seen: 20 November, 2021]. See also: Nouredine Code de Procedure Civile., (1997). Dalloz: p. 190
  5. US Federal Civil Procedure Code, Article 20. <<https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-20-permissive-joinder-of-parties/>> [Last seen: 20 November, 2021]. See also: Federal Rules of Civil Procedure., (1994). West Publishing co, p. 88-89
  6. Civil Procedure Code of Georgia, Article 86. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [Last seen: 20 November, 2021]
  7. Liliashvili, T., (2005). Civil Procedure Law. Tbilisi: GCI, p. 273. It is noteworthy that the High Council of Justice approved the standard of civil suit form by decision # 1/107 of March 14, 2016. Where the "subject matter of the dispute" is directly indicated. According to the 11th note in the same form: "The subject of the dispute is the legal essence of the claim (ex. compensation for damages, prevention of unlawful interference, termination of the contract)
  8. Civil Procedure Code of Georgia, Paragraph 1, Article 182. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [Last seen: 20 November, 2021]
  9. Kurdadze, Sh., (2006). Hearing of civil cases in the court of first instance. Tbilisi: Meridian, p. 431. See also: Liliashvili, T., Dasakh. work. P. 273
  10. Civil Procedure Code of Georgia, Article 180. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [Last seen: 20 November, 2021]
  11. Civil Code of Georgia, Article 173. <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=113>> [Last seen: 20 November, 2021]
  12. Judgment of the Supreme Court of Georgia of January 30, 2015, case-745-707-2013. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November, 2021]
  13. Decision of the Supreme Court of Georgia of December 16, 2016, Case No. 734-702-2016. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November, 2021]
  14. Civil Procedure Code of Georgia, Article 86. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [Last seen: 20 November, 2021]
  15. Judgment of the Supreme Court of Georgia of March 5, 2021, case CAS-952-2020 <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>

- [Last seen: November 26, 2021]
16. Judgment of the Supreme Court of Georgia of March 9, 2016, case №as-1048-988-2015 <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 26 November, 2021]
  17. Civil Procedure Code of Georgia, Article 86. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [Last seen: 20 November, 2021]
  18. Decision of the Supreme Court of Georgia of December 29, 2020. Case No. 259-2020. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 27 November, 2021]
  19. Decision of the Supreme Court of Georgia of July 18, 2018. Case №as-1423-1343-2017. <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last seen: 28 November, 2021]
  20. Civil Procedure Code of Georgia, Article 182, Paragraph 1. [Internet] is available at: <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?-publication=149>> [Last seen: 20 November, 2021]
  21. Civil Procedure Code of Georgia, Article 182, Paragraph 4. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=149>> [Last seen: 20 November, 2021]

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ  
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: [www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)  
ელ. ფოსტა: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)  
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141  
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 598) 12 25 24

---

The online version of the journal is available on the website:  
[www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)  
E-mail: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)  
Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141  
Phone: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 598) 12 25 24