

№ 27 2023 სექტემბერი
SEPTEMBER

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



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
სუსილი შუთელია
მარიამ ბობოხიძე
თამარ ქავჯარაძე

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

IOSEB KELENJERIDZE
SESILI KUTELIA
MARIAM BOBOKHIDZE
TAMAR QAVZHARADZE

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

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



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

მთავარი ხედავლობა

იოსებ კალენჯარიძე

საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

წევრები:

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

ალექსანდრე ლონტი

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

ევგ გოცირიძე

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

ანა ჭილიტაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

ლევან მისხორაძე

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

ბაკურ ლილუაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

როინ მიგრიაული

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

ეკატერინე ლაფარი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

გიორგი ხაბიძე

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

პაბა გომბაძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

მამუკა 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 ზახორაკი

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

პატრიკ ტერი

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

ლემილ კოლბე

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

მარკ სპინსერი

ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (აშშ)

უილიამ ბილ ვოტკინსი

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

მარტინ კოლე

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

მათიუ მერკოლე

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

ფრანჩესკო

ლონგობუკო

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

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

გერჰარდ ლინგელბახი

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

პაროლ პარსკი

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

ამირ ალიმევი

ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტის UNESCO-ს ადამიანის უფლებათა

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

როსტან მემლი

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

რობერტ თრემმენი

პროფესორი, სამართლის დოქტორი, ადვოკატი (აშშ)

პატრიცია მ. ბენაში-დეს ვალესკო

კომერციული სამართლის ასოცირებული პროფესორი, მალაგას უნივერსიტეტი (ესპანეთი)

ანა ჰამონიძე

რენის უნივერსიტეტის (1) პროფესორი (საფრანგეთი)

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief

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

Members:

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

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

TAMAR LALIASHVILI
Doctor of Law, Professor of
The European University

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

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

ANNA CHIGITASHVILI
Doctor of Law, Professor of
European University

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

LoG)/Georgia Bar Associ-
ation (GBA)

BAKUR LILUASHVILI
Doctor of Law, Affiliated
professor of European
University

TATULI DOLIDZE
Doctor of Law, Affiliated
professor of European
University

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

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

GEORGE KHATIDZE
Associate Professor
at the Georgian Institute

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

KAKHA GOSHADZE
Doctor of Law, Affiliated
professor of European
University

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

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

FOREIGNER MEMBERS

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

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

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

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

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

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

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

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

Roma Tre University Erasmus
Academic Coordinator (Italy)

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

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

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

Doctor of Laws, Professor
(Azerbaijan)

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

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

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

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

- 8** FIELD OF APPLICATION OF ALGERIAN COMPETITION LAW TO INTERNATIONAL DISTRIBUTION CONTRACTS
(Model Trade Concession Contract)
Lakli Nadia
- 17** DETERMINATION OF INDIVIDUALS' FREEDOM RANGE RELYING ON THE COMPARATIVE STUDY OF HARM PRINCIPLE IN WESTERN AND ISLAMIC LEGAL SYSTEMS
Ali Haddadzadeh Shakiba
- 31** ORGANIZATION, LAW AND INDIVIDUELS: THE PROBLEMATIC OF REGULATIONS AND LEGISLATION IN THE FACE OF CULTURE
Mouloud TEBIB
- 39** INVESTIGATING POLITICAL SECURITY AS A SUBSET OF HUMAN SECURITY WITH A FOCUS ON URBANIZATION IN HUMAN RIGHTS
Amir Hossein Nourbakhsh, Faraz Baghbanno
- 52** EVOLUTION OF PARLIAMENTARY IMMUNITY AND PRIVILEGES
Anand Singh Prakash
- 63** ADVANTAGES OF MEDIATION IN CIVIL DISPUTES
Mikheil Bichia
- 82** სამოქალაქო დავებზე მედიაციის გამოყენების უპირატესობები
მიხეილ ბიჩია

- 105** PROBLEMATICS OF QUESTIONING A PERSON IN THE CURRENT CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION
Khvicha Begiashvili
- 113** პირის გამოკითხვის პრობლემატიკა –
მოქმედ სისხლის სამართლის საკროცესო
კანონმდებლობაში
ხვიჩა ბეგიაშვილი
- 123** THE EFFECT OF THE PRINCIPLE OF INTEGRITY
IN THE INSURANCE CONTRACT
Nino Soziashvili
- 130** კეთილსინდისიერების პრინციპის ზეგავლენა
დაზღვევის ხელშეკრულებაში
ნინო სოზიაშვილი
- 138** HOUSE ARREST AS AN ALTERNATIVE TO PRISON SENTENCE
IN MODERN GEORGIAN LAW
(Evolution and Transformation)
Mariam Gelashvili
- 166** შინაკატიმრობა, როგორც საკატიმრო სასჯელის
ალტერნატივა თანამედროვე ქართულ
სამართალში
(ევოლუცია და ტრანსფორმაცია)
მარიამ გელაშვილი

180 THE ORGANIZATIONAL STRUCTURE OF THE ENFORCEMENT SYSTEM IN GEORGIA
(In terms of a Mixed System of Enforcement and Protection of Basic Rights of Persons Participating in Theenforcement Proceedings) 189
Tamar Khujadze, Mariam Khujadze

191 სააღსრულებო სისტემის ორგანიზაციული სტრუქტურა საქართველოში
(აღსრულების შერეული სისტემისა და სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე პირთა ძირითადი უფლებების დაცვის ქრილში)
თამარი ხუჯაძე, მარიამი ხუჯაძე

205 CONSUMER RIGHTS CONCEPT AND HISTORICAL REVIEW
Jivan Mkrtchian

215 მომხმარებლის უფლებების ცნება და ისტორიული მიმოხილვა
ჯივან მკრტჩიან

FIELD OF APPLICATION OF ALGERIAN COMPETITION LAW TO INTERNATIONAL DISTRIBUTION CONTRACTS (Model Trade Concession Contract)

Lakli Nadia

*Doctor of law, Senior lecturer,
Faculty of law University of Ain Temouchent Belhadj
Bouchaib, Algeria*

ABSTRACT

The astonishing expansion of the global market and its trend towards globalization and the spread of international contracts have led to the emergence of international distribution channels aimed at achieving economic development and, thus, to the need for the Algerian market to integrate with these economic developments by creating an economic environment commensurate with these contracts considering free competition.

The franchise contract is one of the international distribution contracts that contribute significantly to the development of developing countries by expanding the spread of major brands across the world, but these contracts are subject to some competitive legal conditions to avoid competition in the market.

Through this study, we will learn about the concept and types of commercial concession contract and the scope of application of the provisions of the Algerian competition law to it.

KEYWORDS: Competition, Market, Distribution, Concession contract

INTRODUCTION

Distribution occupies an essential place in international economic exchanges, as it contributes to the promotion and delivery of goods or services to consumers around the world, so distribution contracts are a marketing tool aimed at improving communication between a particular product and its potential buyer.¹ Distribution appears as a stage of economic activity between production and consumption.

Distribution is “the process of delivering products to the final consumer, through a group of institutions. It is considered one of the main marketing functions and aims to deliver goods after completion of production to the last consumer, and the routes they take from producer to consumer or user are called distribution networks.”²

Franchise contracts are one of the most prominent international contracts that have contributed significantly to economic development in developing countries, spreading major brands across the world and benefiting consumers from them. However, such contracts may constitute restrictive practices of competition when abused and may include advantages for the producer regulating the network, while harming the economic situation of the distributor of this network. While this method allows producers to follow a comprehensive trade policy, exercise control over their products despite the multiplicity of their sales centers in the market and ensure a harmonious service to consumers, distributors are in a subordinate position towards the producer and are forced to respect the contractual terms imposed on them by the producer and are forced to respect the contractual conditions imposed on them by it. Most legislations, therefore, regulate competition rules applicable to such contracts to avoid producer abuse and to maintain the good conduct of competition.

The importance of this study lies in the spread of commercial franchise contracts significantly at

present and their effective role in contributing to the economic progress of developing countries, in addition to the interest of most legislation, including Algerian legislation, in the application of competitive legal provisions commensurate with the economic value of these contracts.

This study aims to define the concept of franchise contracts with their types, and highlight the role of Algerian competition law in regulating these contracts to maintain free competition and the good functioning of the market.

Based on the above, we can raise the following problem: How effective are the provisions of the Algerian competition law in regulating franchise contracts?

To answer this problem, we will discuss in the first axis of this study the concept of commercial franchise contracts and their types, while in the second axis, we will learn about the field of application of Algerian competition law to these contracts, following the comparative analytical approach.

1. THE CONCEPT OF THE COMMERCIAL FRANCHISE CONTRACT AND ITS TYPES

There are many concepts of the franchise contract and its types, and it is worth defining the concept of the commercial franchise contract before identifying its different types.

1.1. The Concept of the Franchise Contract

A franchise contract is an agreement through which the owner of a particular mark is granted the right to use the latter by an independent economic agent. The mark means “the distinctive feature that the merchant places on the products he manufactures, which is a factory mark, to distinguish them from other similar products offered on the market.”³ The jurisprudence also

1 A. Thalmann, *The protection of Networks Distribution against Trade parallel: Study Compared rights European, French, English, German and Switzerland*, L.G.D.J., France, 2001, p. 06.

2 Sh. Al-Askari and K.E. Al-Kanaani, *Distribution*, Wael Publishing House, Oman, 2004, p. 10.

3 J. Bussy, *Business Law*, Dalloz, France, 2001, p. 376.

defines the concession contract⁴ as “a contractual means of cooperation among independent projects, which depend on the transfer of technical and commercial knowledge and associated intellectual and industrial property rights, and technical assistance from the donor to the recipient who exercises his activity in accordance with the standards and conditions of The donor places them in exchange for material performances of the latter, to replicate the success achieved by the donor in his business.”

Another aspect of jurisprudence defines it as an agreement through which the producer undertakes to put in the possession of the distributor⁵ a trade name or mark that ensures its exploitation in the best conditions. Some argue that it is a distribution contract that combines an enterprise with a mark or logo with one or more independent traders.⁶

Hence, the benefits of the franchise contract are evident to us, as the supplier benefits from the latter by expanding the geographical scope of the Muntaja mark due to its reuse in other geographical areas, and the distributor obtains expertise and skills while maintaining his independence, and the consumer in turn benefits from the quality of the product.⁷

Although the franchise contract is similar to the selective distribution contract through the desire to unify the conditions for marketing a high-quality product or service and expand the spread of major brands across different countries of the world, it differs from it in that the supplier does not select its network members within the scope of the franchise contract according to specific criteria, but this agreement assumes that the supplier has sufficient skill before establish-

ing his network to exploit it by distributors.⁸

The franchise contract is based on an essential criterion, which is the transfer of “skill”, and the latter is defined as a set of practical knowledge that is, transferable, not immediately accessible to the public, unlicensed and granted to those who are fluent in this group a competitive advantage.⁹ Skill is defined in European legislation as a confidential, substantial and identical collection of unauthorized practical information, resulting from and tested by the supplier.¹⁰

The exploitation of the mark is permitted through the “trademark exploitation license”, which is defined as “the contract by which the owner of the mark agrees to grant third parties the right to exploit it in whole or in part, exclusively or not, in exchange for payment of an appropriate exploitation fee called royalties.”¹¹

As for the legal definition of a franchise contract, it is not contained in Algerian law, but the Algerian legislator deals with the provisions of marks in general by Ordinance No. 03-06 on trademarks¹² without referring to the contracts contained in the marks as well as the legal obligations arising from there.

We point out that the commercial concession contract must be distinguished from the commercial license contract, despite the similarity of the concession contract and the licensing contract in the goal of enabling the licensee to market the products of the owner of the mark through the distribution contract, but the commercial license contract is unique in exploiting the mark without the rest of the elements of industrial property,¹³ while the commercial concession contract

4 F. Zerawi advantage Full in law Commercial, Intellectual Property Rights: Industrial Property Rights Commercial, Literary Property Rights and artistic, Ibn Khaldun Publishing, Algeria 2006, p. 201.

5 G. Ripert, R. Roblot, Treaty on Commercial Law, T.1, 13th ed., L.G.D.J., France, 2006, p. 367.

6 D. Pialot, The Complete Guide to Franchising, 3rd ed., L'express, France 2007, p. 15.

7 Y. S. Al-Hadidi, The Legal System of the Commercial Franchise Contract, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Egypt, 2006, p. 27.

8 M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsselem J. Vialens, The France Application of Anticompetitive Practices Law, L.G.D.J., France, 2008, p. 163.

9 J-M. Leloup, Franchising: Law and Practice, 3rd ed., Delmas, France, 2000, p. 53.

10 Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 Apr 2010 concerning the application of Article 101 § 3 of the T.F.U.E. to categories of vertical agreements and concerted practices, art. 1 (g), J.O.U.E. No L 102/1, 23 April 2010, p. 3.

11 F. Zerawi, previous reference, p.252.

12 of July 19, 2003, G.R. of July 23, 2003, p.44.

13 For example, licensing the exploitation of a mark

includes, in addition to the exploitation of the mark, the exploitation of the rest of the industrial property rights, the transfer of technical knowledge and the provision of technical and technical assistance by the¹⁴ grantor.

1.2. Types of Franchise Contract

The franchise contract is characterized by the flexibility of its legal system and its easy application to various products and services. It is divided into three categories: service concession contract, production concession contract and distribution concession contract.

1.2.1. Service Concession Contract

This contract aims to supply services bearing a certain mark, through which the licensee is allowed to market certain services under the brand of their owner but to follow the same commercial policy followed by the latter. Such as services that carry a famous mark in the field of hospitality.¹⁵

1.2.1.1. Production Concession Contract

This contract aims to expand the distribution of the product, but it is considered this type of service concession because it is not only commercial technology but also manufacturing technology, thus a complete activity. Such as the owner of the mark builds a factory,¹⁶ but the licensee sponsors it, through his permanent technical presence and by marketing the products he manufactures after obtaining a license to exploit the mark.¹⁷ One of the most important advantages

resulting from this system is to bring the place of production closer to the places of sale.

The product concession contract applies to large enterprises, for which this agreement is the only means of exporting products, and what constitutes international commercial operations.¹⁸ It should be noted, however, that the activity of the licensee in this case is not considered a branch of the trademark grantor, but rather an independent business or project under the licensed trade name, but it is characterized by complete symmetry between the brain units damaged in different regions despite the multiplicity of licensees.¹⁹

Therefore, the licensee, in this case, is considered a production institution on the one hand and a market on the other, and therefore, this duplication of activity is the main reason for the lack of this system due to its complex features.

1.2.2.2. Distribution Concession Contract

Through this contract, a product or group of products under a certain label is supplied, and this is the system in force. The licensees in this agreement form vertical structures that allow the circulation of the product from production to consumption, and this system is included in the distribution networks due to the commitment of the institution concerned to ensure the distribution of the product to the final consumer.

2. THE FIELD OF APPLICATION OF COMPETITION LAW TO THE COMMERCIAL FRANCHISE CONTRACT

Despite the importance of franchise contracts of all kinds in achieving economic development and enabling consumers around the world to acquire products and services from major brands, they may affect the integrity of competition

L'OREAL which do not need to exploit other elements of industrial property.

14 For example, exploiting a mark RENAULT Needs to exploit other technical and technical elements that the donor is obligated to provide to the recipient.

15 G. GUERY, E. SCHONBERG, E-M. LAFORET, Business law for managers, Ellipses, France, 2009, p. 123.

16 J. BUSSY, previous reference, p. 378.

17 G. GUERY, E. SCHONBERG, E-M. LAFORET, previous

reference, p. 120.

18 For example, exemption agreements concluded in the field of supplying products with famous brands across various countries, such as Coca-Cola, Kandia... Etcetera...

19 J-M. LELOUP, previous reference, p. 31.

through some arbitrary clauses towards distributors that the grantor may include in the contract, which requires the prohibition of such actions in the competition law, but the flexibility of competition rules has led to the application of some exceptions to this prohibition.

We will first learn about the prohibitions of the franchise contract in competition law and then address the exceptions to this prohibition.

2.1. Cases of Prohibition of the Franchise Contract in the Competition Law

Traditionally, in franchise contracts, some clauses are included, such as regional exclusivity and non-competition, and this is reflected in the protection of both the grantor and the recipient of his rights and the way these rights are exercised.

2.1.1. Regional Exclusivity

The terms of exclusivity are one of the most controversial conditions in legal thought because of their impact on the freedom of trade exchange between the different parties, and in what is considered, according to the liberal commercial thought, a restriction on freedom of trade and a reason for monopoly and market division, especially when it comes to the absolute territorial limitation clause through which the licensee is obligated not to market the product of the owner of the mark except in the territory specified by the latter, so we are in the process of restricting competition.²⁰

This clause may limit the freedom of the trademark holder when it comes to the latter's obligation not to conclude similar agreements in the same geographical area specified for the licensee, thus ensuring that the latter is excluded from the exploitation of the same mark by another enterprise. The clause may also aim to restrict the licensee's freedom when the licensee commits not to deal with other suppliers.

It should be noted that within the framework of a network, the trademark holder may impose on its

members the sharing of the market among themselves and the need for them to respect these limits or prevent them from making advertisements outside the specified geographical area, which may impede competition among them.²¹ However, the trademark holder can impose an exclusive obligation on the licensee only for skill-related products where such obligation is necessary for their application.²²

The franchise contract can also appear as a restrictive practice of competition by infringing on the freedom of the parties, especially when it comes to the need for the licensee to respect the prices set by the owner of the mark and the need to follow his commercial policy.²³ Such agreements focusing on the imposition of prices by the trademark owner were first addressed by European law authorities in 1986, when the Court of Justice of the European Union showed its desire to avoid preventing licensees from competing among themselves by freely setting prices without the influence of the trademark holder. The European judge considered that the price fixing applied by the owner of the mark constituted a prohibited practice because it restricted the freedom of licensees and, thus, competition.²⁴

The means of control granted to the trademark holder vis-à-vis the licensee may also become a tool that restricts the freedom of network members to set prices since the licensee is obliged to follow the instructions of the trademark holder.²⁵

The Algerian legislator has prohibited exclusive contracts under Article 06 of Act No. 08-12, amending and supplementing Ordinance No. 03-

21 J-M. LELOUP, previous reference, p. 72.

22 C. POUND STERLING, the development of the protection afforded to the franchisee in its relations with the franchisor at the stages of performance of the contract and its termination, thesis of Ph.D., University of Lille 2 – Law and health, Faculty of Legal, Political and Social Sciences, Doctoral School, 2010-2011, p. 30, No. 74: www.edoctorale74.univ-lille2.fr

23 G. GUERY, E. SCHONBERG, E-M. LAFORET, previous reference, p. 43.

24 C.J.E.C. 28 Jan. 1986, Pronuptia Back: www.eur-lex.europa.eu.

25 T. GRANIER, previous reference, p. 4.

20 Y. S. Al-Hadidi, previous reference, p. 232.

03 on competition, which stipulates²⁶ that: “It is considered an obstruction, limitation or breach of the freedom of competition, and prohibits any act and/or contract, whatever its nature and subject matter, that allows an enterprise to monopolize the exercise of an activity within the scope of application of this order.”

While European law defined exclusive distribution as any direct or indirect obligation imposed on a supplier to sell its products or services specified in the contract to a distributor located within the European Union, the²⁷ EC Court confirmed that exclusivity agreements that produce weak effects on competition are not included in the prohibition.²⁸

Thus, exclusive distribution consists of the supplier's acceptance of the sale of a product to a certain category of distributors to resell it in a particular territory and for a certain period, and at the same time, the distributors are obliged to respect these terms, and the restriction of freedom is manifested by the obligation of the producer to supply his products to certain distributors only.

Therefore, the franchise contract constitutes a vertical restriction of competition due to its contribution to reducing the chances of new competitors to entering the market or maintaining their competitive position through the restrictive supply clauses they need to ensure effective competition in the market.²⁹

Accordingly, it is required that the exclusivity be specific in terms of time and place, as the condition of a complete minority is considered a prohibited condition due to its restriction of competition, and if the commercial concession contract includes such a condition, the Competition Council can intervene in this case to take the necessary measures to put an end to this prohibited act.

2.1.2. Non-Competition Clause

The non-competition clause is a provision through which one of the contracting parties un-

26 of June 25, 2008, G.R. issued on 02 July 2008, p. 36.
 27 Art. 1he Commission Regulation (EEC) No 2790/99 of 22 Dec. 1999, OJ L 336 of 29 Dec. 1999.
 28 Commission Communication C.E. No 97/C 372/04, OJ EC 9 Dec. 1997, No C 372, p. 13.
 29 J.B. Blaise, previous reference, p. 44.

dertakes not to practice a professional activity competing with the other party, so the obligor is considered in the position of the debtor,³⁰ and his obligation is to refrain from performing an act, which is to compete with the other party who is in the position of a creditor.³¹ Thus, the limitation of the freedom of the competitor lies in preventing him from practicing a certain activity through this clause. Some jurisprudence argues that the non-competition clause leads to the contractual exclusion of the risk of competition, as the supplier resorts to this method to exclude competition risks from the market³².

We point out that the owner of the mark has the right to include the non-competition clause to protect his economic interest, but this must be in accordance with legal conditions, as the clause should not lead to the prohibition of every activity, but only the activity related to that practiced by the beneficiary of the item.³³ The acts prohibited to the debtor must be clearly and accurately defined, and in case of ambiguity, the judge must interpret the clause.

The item must also relate to a specific time and place. The validity of a non-compete clause is usually set at 5 or 10 years, and in case of non-compliance with the period, it is either reduced or the clause or contract is invalidated.³⁴

2.2. Exceptions to the Prohibition of the Franchise Contract in the Competition Law

The Algerian legislator mentioned some cases in which anti-competitive practices in general are excluded from the ban to avoid freezing the competition law by prohibiting all practices with-

30 D. LEGEAIS, Commercial and Business Law, 13Th ed., Dalloz, France, 2000, p.253.
 31 J.B. BLAISE previous reference, p. 323, n° 626.
 32 M-A. FRISIAN-ROCHE, M-A. STEPHANE PAYET, Competition law, Dalloz, France, 2006, p. 429.
 33 Because there is no competition in case of different activity.
 34 Y. GUYON, Business Law: General Commercial Law and Companies, Economica, France, 2001, p. 922.

out exception, which leads to the fear of economic customers from invading the market world and their sufficiency with certain practices, which in turn hinders the development of competition.

It also considers an important element of the general economic interest, as exceptional situations appear as a means of achieving economic development when these restrictions coincide with the public interest.

Article 09 of Ordinance No. 03-03 on competition stipulates that the prohibition does not apply to: "...Conventions and practices resulting from the application of a legislative or regulatory text adopted in the application thereof. Authorize agreements and practices whose owners can prove to lead to economic or technical development, contribute to improved employment, or allow SMEs to enhance their competitive position in the market. Only agreements and practices that have been authorized by the Competition Council shall benefit from this provision."

We note from the extrapolation of the text of the article that the Algerian legislator considers the economic progress resulting from the restrictive practice of competition as the effects resulting from these actions may be a means of regulating economic activity, thus obtaining appropriate economic or technical effects.

Although the Algerian legislator does not address a clear concept of economic progress, the latter can be deduced through the results of the economic efficiency expected from the practice, and it is related to the possibility that a restrictive practice of competition can contain positive results, which can manifest itself in various forms, such as improving production through the prohibited practice as a result of the enterprises concerned manufacturing high-quality products at low costs, or by applying how to produce environmentally friendly³⁵ products. Economic progress is also achieved through improved market conditions when the prohibited practice ensures the optimal spread of products or services and, thus, the speed of circulation among consumers.

35 Decision of the Cons. Conc. Fr. No. 88-D-20, 3 May 1988, Practices in the salt market, report for 1988, p. 85. www.autauritedelaconcurrence.fr

Economic budgeting is a mean by which it is possible to determine whether a practice is beneficial or harmful by preparing a list of negative effects on the one hand and positive effects on the other,³⁶ as it fulfills the condition of contributing to economic progress when the restrictive practice allows for the renewal of the effectiveness of the market that affects it for the benefit of the parties to the practice on the one hand and the rest of the economic customers and the end consumer on the other.³⁷

In application of the provisions of the article on the commercial concession contract, it is allowed to conclude commercial franchise contracts that restrict competition if they contribute to economic progress, thus benefiting from the exemption regime provided for in article 09 of Ordinance No. 03-03 in view of their positive effects on competition in the relevant market.

The Algerian government has concluded a partnership contract with the French company Renault to establish a tourist car factory exclusively in the city of Oran, which led to the discontent of the European Union countries, due to the conflict of the exclusive concession granted to the French company with the provisions of the Association Agreement concluded between Algeria and the European Union, especially with Article 41 thereof, which enshrines the principle of fair competition and the prevention of exclusivity and monopoly.³⁸

It is noteworthy that the exclusive distribution agreement concluded between the Algerian government and the French company Renault constitutes a violation of article 06 of Law No. 08-12, which prohibits any exclusive agreement of any nature. However, the president of the Algerian Competition Council stated that the partnership agreement³⁹ with France's Renault has contributed to improving production and achieving economic progress in the Algerian market.

36 F. DEKEUWER-DAVID Commercial law, 8Th ed., L.G.D.J., France, 2004, p. 456.

37 E. DINEY, previous reference, p. 13.

38 Al-Fajr Daily, January 4, 2016, p. 3.

39 www.Djazairiess.dz 12.01.2017 at 13:50.

CONCLUSION

Through this study, we have noted the effective role played by the franchise contract in achieving economic development, especially for developing countries, by expanding the distribution of major marks for products or services, but despite the importance of this type of contract, it may lead in some cases to restricting competition in the market by excluding the rest of the distributors when the grantor deals with distributors only, which requires the application of the provisions of the competition law to maintain competitive freedom and protect the rights of competitors.

However, since the Algerian legislator does not address the provisions of the franchise contract, it is difficult to determine its legal aspects, which leads to the fear of some investors from dealing with such contracts because there is no tangible legal protection.

We have also observed, through extrapolating the provisions of the Competition Code, that there are some contradictions in the field of distribution contracts in general, especially in the framework of exclusive contracts, where the Algerian legislator prohibits absolute monopolization in the text of article 06 of Law No. 08-12 amending and supplementing Ordinance No. 03-03 on competition, while some exceptions to this prohibition are provided for in article 09 of Ordinance No. 03-03 on competition, which apply to agreements and the position of dominance, knowing that contracts Distribution within vertical agreements that may constitute a restrictive practice of competition.

Hence, we raise the following question: since exclusive agreements can contribute to economic progress, why did the Algerian legislator not apply to them the exemption system provided for in article 09 of Ordinance No. 03-03, instead of limiting the article to agreements preventing them at all in legal texts and applying them on the ground without respecting these texts?

Considering the above, we can propose the following recommendations:

- The need to regulate the commercial con-

cession contract in Algeria under legal texts that define the legal aspects of this contract and the obligations of its parties, with a view to encouraging the conclusion of such contracts in Algeria and thus contributing to economic development and the revival of the national economy.

- Distribution contracts in general, including the concession contract, may be included among the contracts excluded from the prohibition provided for in Article 09 of Ordinance n°. 03-03 on competition if they contribute to economic progress and are not prohibited at all in view of their economic importance.
- The need to amend Article 06 of Act No. 08-12, amending and supplementing Ordinance No. 03-03 on competition by easing the prohibition of the "exclusivity" clause by specifying this clause in terms of time and place.
- Work to develop Algerian importers in terms of expertise in the field of franchise contracts and grant incentives and guarantees to foreign suppliers, with the need to facilitate the administrative and legal procedures for the conclusion of these contracts to avoid bureaucracy that hinders foreign investments.

BIBLIOGRAPHY:**Books:**

1. Y. S. Al-Hadidi, *The Legal System of the Commercial Franchise Contract*, Dar Al-Fikr Al-Arabi, Egypt, 2006.
2. Al-Askari and K.E. Al-Kanaani, *Distribution*, Wael Publishing House, Amman, 2004.
3. F. Zeraoui Saleh, *Al-Kamil fi Commercial Law, Intellectual Rights: Industrial and Commercial Property Rights, Literary and Artistic Property Rights*, Ibn Khaldoun Publishing, Algeria, 2006.
4. M-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsselem, J. Vialens, *The France application of anti-competition law*, L.G.D.J., France, 2008.
5. J. Bussy, *Droit des affaires*, Dalloz, France, 2001.
6. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Commercial law*, 8th ed., L.G.D.J., France, 2004
7. M-A. FRISIAN-ROCHE, M-A. STEPHANE PAYET, *Competition law*, Dalloz, France, 2006.
8. G. GUERY, E. SCHONBERG, E-M. LAFORET, *Business law for managers*, Ellipses, France, 2009.
9. Y. GUYON, *Droit Business: General commercial law and companies*, Economica, France, 2001.
10. D. LEGEAIS, *Commercial and Business Law*, 13th ed., Dalloz, France, 2000.
11. D. Pialot, *The Complete Guide to Franchising*, 3rd ed., L'express, France, 2007
12. G. Ripert, R. Roblot, *Treaty on Commercial Law*, T.1, 13th ed., L.G.D.J., France, 2006.

Articles:

1. T. GRANIER, *Fixed prices, recommended prices: the franchise agreement to the test of competition law*, R.T. D. Com. 1991, p. 358, Dalloz, France, 2007, p. 1-16.

Thesis:

1. STERLIN, *The rise of protection accorded to the franchisee in its relations with the franchisor at the stages of performance of the contract and its termination*, thesis. Ph.D., University of Lille 2 – Law and Health, Faculty of Legal, Political and Social Sciences, Doctoral School, 2010-2011.

Legal texts:

1. Ordinance No. 03-03 of 19 July 2003 on Competition, G.R. of 20 July 2003, p. 43.
2. Ordinance No. 03-06 on Marks, dated July 19, 2003, G.R. of July 23, 2003, p. 44.
3. Law No. 08-12 amending and supplementing Ordinance No. 03-03 on Competition, of June 25, 2008, G.R. of July 02, 2008, p. 36.

DETERMINATION OF INDIVIDUALS' FREEDOM RANGE RELYING ON THE COMPARATIVE STUDY OF HARM PRINCIPLE IN WESTERN AND ISLAMIC LEGAL SYSTEMS

Ali Haddadzadeh Shakiba

Doctor of Law, University of Qom, Iran

ABSTRACT

One of the most respected principles of human societies is the freedom of individuals' will in fulfilling their desired interests. Therefore, not only individuals but also public authorities cannot prevent the freedom of individuals from benefiting social and economic interests under any pretext. However, in some cases, the freedom of individuals in obtaining the greatest benefit, conflicts with each other, in such a way that the absolute freedom of someone to obtain more benefit, in some cases, makes harm the others. Therefore, it is very important to determine the limits and loopholes of individuals freedom and to establish a balance between it and the harm that may be caused to others due to this freedom. as this determination can have a wide impact on the comprehensive development of a state and the people living on it, Due to this necessity, many schools of thought throughout the history have commented on this issue including Islamic and Western schools of thought. The philosophical thoughts of these two schools, one of which is included in the Islamic rule of "no harm" and the other in the Western rule of "harm," has led this article to investigate the points of commonality and differences between these two rules in the shared interaction between them. This paper finally reached the conclusion that from the perspective of legal science, the freedom of individuals in fulfilling their interests is of special importance to ensure the maximum social welfare of any society

and its people. So governments, not only should not hinder people's activities, but also in their management, should first seek to combine the conflicted interests of individuals with each other and if it is not possible, in the second step, they should give priority to fulfilling the interests that have the most public function for the most people in the society.

KEYWORDS: Islamic Principle of “No Harm”, Principle of “Harm”, Principle of Freedom of Action, Limitations of the Principle of Freedom, Duties of the Government in Adjusting Individuals’ Freedom

INTRODUCTION

Throughout human history, people have always sought to achieve their goals to have a much better and happier life. In the same direction, many conflicts and quarrels have been taking place between them in determining the priority of their rights. Following the resolution of these conflicts, many schools of thought have expressed their opinion in this regard that the religion and school of thought of Islam, especially the Imami religion on it, based on its legal approach, has tried resolving the conflicts arising from the principle of respect for the freedom of individuals with the principle of necessity not to harm others in practice. In Islam by relying on the principle of “no harm” that says “There is No harm in Islam”, no one can harm others without compensation. Hence who cause harm, must be compensated in any way. This principle explains how to resolve the conflict between the clash of legal rights of individuals in the spectrum of the principle of sanctity of action freedom and its limitations.¹

The importance of dealing with this issue has not gone away from the eyes of Western thinkers so the principle of respecting individual freedom can be seen in the French Declaration of human rights and Citizenship in 1789. Nevertheless, perhaps the first person in the West who addressed this issue after the general statements of Ben-

tham, Jean Locke, and Jean-Jacques Rousseau was John Stuart Mill, who in his book entitled “On Liberty” defined the principle of respecting the freedom of individuals actions and its limitations under the harm principle.²

Today, in modern human societies, paying attention to the scope of individuals’ actions freedom to provide maximum social and economic benefits is an important necessity, which is definitely the criterion for determining the personal and general well-being of individuals in a society. Following this reason and philosophy, with the aim of determining the extent of individuals’ freedom in exercising their legal rights and the limitations they face in their normal and professional life, this article, which is based on the comparative study of the Islamic legal system with the western model, tries to explain that there are differences in approach, philosophy, and hopes of the principle of “no harm” in Islamic law and the principle of “harm” in Western law, which is based on the thoughts of the English philosopher John Stuart Mill.³

It is worth mentioning that by this comparative study of the Islamic principle “no harm” which is based on many Islamic laws appeared in many Islamic countries, such as Iran, Egypt, and Iraq with the Western principle of “harm” which is based on many Western countries, such as the United States, England, and France that are

1 Bahrami, (2013), P. 124.

2 Humbruger, (1999), P. 42.

3 Mill, (1895), P. 5.

based to some extent on The intellectual philosophy of John Stuart Mill, the dark spots of action freedom of individuals and its scope will be specified. In such a way that Western humanitarian variables, some of which are based on the principle of "harm" to life, are similar to Islamic human rights, which are based on the Islamic "no harm" principle, however, in some cases, compliance with one of them may lead to the violation of the other.

According to the comparative approach of the present paper in explaining the substantive differences and similarities between the Islamic "no harm" rule and the Western "harm" principle and the legal laws derived from them, it can be said that the present paper can present new points that may be out of sight of Iranian and Western philosophers and writers. Therefore, according to these differences, the present paper, after giving a brief definition of each of these two Islamic and Western principles and their branches, will present a comparative study of the laws derived from the "no harm" rule with the Western laws derived from the "harm" principle and in last part it tries to show how The interaction of these two principles can help us in resolving the people rights conflicts caused by the principle of individuals freedom.

1. GENERALITIES AND CONCEPTS

Under this topic, the general introduction of the principle of "harm" in Western law and the principle of "harmless" in Islamic law will be discussed.

1.1. Brief Explanation of no Harm Principle in Western Law

John Stuart Mill says in his book "On Liberty" that humanity can only succeed in a society when each member of that society, from his personal point of view, lives a happy life. He says in this regard, everyone is free to create whatever

he wants and do whatever he wants. This thought of John Stuart Mill is based on the principle of respecting the freedom of individuals. Therefore, He goes on to say, "Of course, sometimes an elderly woman sitting in her quiet garden conflicts with his/her young neighbor who enjoys listening to music loudly, in such a way that the freedom of the old woman with The action freedom of the young neighbor collides with each other and the freedom of one causes discomfort to the other, which must be solved in some way.

In order to resolve this conflict, he himself accepts that the freedom of individuals' actions should not cause harm to others. Therefore, he puts the principle of "harm" next to the principle of "freedom". He further says that "sometimes it is possible that Personal freedom of action brings joy to thousands of people, while another person's freedom of action brings joy to fewer people. Suppose a factory or a park will be opened in the area. In order to open a factory or a park, it is necessary to buy people's houses to demolish them for building the factory or park. Everyone is free to sell his house to the government for the construction of the factory or park and he is also free to keep his house which may make someone feel relaxed and happy so that he is not willing to sell it even for billions of dollars. Of course, the opening of a park will make thousands of people happy, and the establishment of a factory will cause economic growth and the general well-being of a nation, and not selling a house will make just fewer people happy. Now, to resolve this conflict, which right has priority? In order to answer this question, he puts the principle of "Efficiency" next to two other principles and a principle will be born "The rule of freedom without harm on more people" and he continues "In the conflict between the freedom of individuals and the principle of harm, the one who can provide more happiness to more people is the first and prior." Therefore, in the realization of his hypothesis for the priority of a right, the element of power lacks validity and the determining criterion is the value and rule of "predominance of satisfaction". It means "the most happiness and satisfaction for the most people". Therefore, the

government cannot prohibit people from their freedom just because it is powerful and strong unless its action is also in accordance with the principle of efficiency. The whole speech of John Stuart Mill is related to the conflict between legitimate freedoms, which is different according to the intellectual basis of each philosopher and school of thought. Therefore, no one can kill another, even if he is full of suffering and pain caused by illness, under the pretext that it will bring more happiness to those around him. Because in illegitimate freedoms, no right is defined at all until it can conflict with other rights and freedoms. On the one hand, from his point of view, in the conflict of rights, fundamental rights such as the right to live, take precedence over other rights, even though it includes According to the explanations given by John Stuart Mill in the first chapter of his book "On Liberty". he introduces the principle of harm as follows: "The only and only right that can be granted to society and public authorities to prevent individuals from performing their legitimate actions is the actions that cause illegal harm to others."⁴

1.2. Brief Explanation of the Harm Principle in Islamic Law

In Islam, specially Imami jurisprudence and law⁵, every person is free to act whatever he wants. This logical result is obtained from adherence to the rule of the sanctity of Muslim property and actions. Relying on this rule, we can reach this conclusion: a person is free to do anything. He can do what he wants and no one can stop him. Therefore, using the principle of "Ibahe"⁶

⁴ Sutherland, (2003), P. 60.

⁵ Imami jurisprudence is one of the schools of jurisprudence in Islam. This religion is also famous for Shia jurisprudence because its followers are Twelve Imam Shiites, and because it is closely related to the sayings attributed to Jafar Sadiq, the 6th Imam of Shiites, it is also known for Jafari jurisprudence. Shia is a special tendency in Islam based on a series of theological and historical opinions and analyses.

⁶ The principle of ibahe means that whenever we doubt whether something is allowed or forbidden, the principle and rule is that it is not forbidden.

a Muslim person is allowed to do whatever he wants to do, and due to the respect that his action has, no one from the public authorities or private individuals can prevent his actions.⁷ so the Islamic jurists have stated about guaranteeing against the usurper and they say If a person becomes the guarantor of the debt of one of the usurpers against the owner of the property, when there is doubt as to which usurper he has become the guarantor of the debt, it will be the guaranty of the first usurper and his acquittal, and according to him, the other usurpers will also be released.⁸ Therefore, in Islamic law, it can also be said that the scope of individuals' action freedom in exercising their right should be interpreted in such a way as to cause the greatest happiness for the greatest number of people. Therefore, from the point of view of many jurists, public authority can prevent the freedom of persons whose actions cause less happiness for the least people in order to satisfy the general interests of Islamic society and in order to obtain the greatest satisfaction for the greatest number of people. The overall harmony of the principle of respect for the freedom of action of individuals and the Islamic principle of "no harm" with its Western model should not cause doubt that there is no difference between the two, but the main difference between these two rules lies in the explanation of the concepts of "harm" and "non-harm" in this rules. In any case, in general, the common meaning of both rules is as follows: "Everyone is free to do whatever he wants as long as he does not harm others". Therefore, in the following, the interpretation of the concepts hidden in these two principles will be discussed in each of the two Western and Islamic models.

2. CONCEPTS

Under this topic, the influential concepts in the principle of Western "harm" and Islamic "no harm" will be discussed.

⁷ Sadouq, (2000), P. 250.

⁸ Tousi, (1967), P. 251/3.

2.1. The Concept of "Freedom" and "Harm" in the Western Rule

John Stuart Mill's main goal in his book "On Liberty" is to ensure the freedom of individuals' actions against the public forces, i.e. the government. In reaching this goal, he tries to identify all the prerequisites that may cause conflicts between the freedom of individuals' actions and the policy of governments and resolve the conflict between them. Therefore, he believes that people are free to do whatever they want by observing moral principles. Therefore, he who belongs to the "natural rights" school, warned the governments against passing laws in opposition to the principle "free will" of individuals and he considers the laws against the principle of individuals' actions freedom as invalid. According to what has been said, the basis of the freedom of action of individuals from John Stuart Mill's point of view is the non-contradiction of these freedoms with natural rights, the most important example of which is not to harm others. Of course, from the point of his view, harm has a special meaning that should be clarified. So, harm refers to actions that are directly and intentionally done by a person against the will of another. In addition, such an action is considered a loss for the other person only if it is considered unfair according to the general situation. Therefore, when two boxers enter the field of battle, even though one of them strikes his opponent against the other's will, this blow and the subsequent loss will not be unfair.⁹ Because, first of all, the participation in the competition and, as a result, the fatal blow, was with the initial consent of the person, and secondly, it was done in the process of the sports law. Therefore, the main scope of the concept of harm, from the point of view of desire, is based on its opposition to the consent of individuals. In the notes on the theory of desire, it is stated that the truth of the title of loss is actually the creation of a disorderly and complicated situation that puts a person in a worse situation than his previous situation.

⁹ Mill, (1895), P.112.

On this occasion, John Stuart Mill in the definition of civil responsibility says; "Actions that directly and intentionally cause a person to be in a worse situation than his original situation". Therefore, from his point of view, in order to count an action as a loss to limit the freedom of individuals actions, it must always contain three fundamental elements:

1. The persons freedom of action should directly cause harm to another;
2. Only intentional actions can cause harm;
3. The loss should be unfair. Therefore, he believes that failure to perform an action can never cause harm. So, the comfort and convenience of a person, in the desire not to perform an action, cannot be limited by imposing a loss against another. In this regard, he believes that actions can only be limited on the pretext of harm to others, which causes the civil liability of "tort".¹⁰

In the scope of his philosophical thought, John Mill believes that non-material and non-physical titles are not included in the conceptual spectrum of "harm", but he includes non-material losses under another title, that is the "offense principle" which can never lead to freedom. hence, sometimes the individuals' actions freedom may shock or provoke public feelings, which of course, from the point of his view, is necessary for the communal life of humans and is inevitable, and due to the ambiguity in placing such actions under the title of harm and due to the difficulty in their recognition and measurement, it is not possible to limit people's freedom of action with these excuses. So, a person who wears inappropriate clothes in the summer cannot be restricted because he disturbs the psychological security of society. Finally, he comes to the conclusion that the "harm principle" only prevents actions that directly harm the material assets of others. While the "offense principle" is not reprehensible and cannot be used as a reason to limit the freedom of action of individuals.

¹⁰ Sutherland, (2003), P.150.

2.2. The Concept of "Freedom" and "Harm" in Islamic Law

In Islamic jurisprudence books, the sanctity of the freedom of individuals' actions is mentioned and emphasized, except where something lawful becomes forbidden or something forbidden becomes lawful. Therefore, the freedom of individuals' actions in Islamic law is a divine value, and of course, one of its most important limits is not to harm others (Koleini, 1986, 292/25).

From a jurisprudential point of view, there are many cases where the action of individuals is a violation of the "offense principle", but the freedom of individuals' actions cannot be hindered by the ruling of Sharia. For example, in the buying and selling of ancient artifacts by the people who find them, although selling them is reprehensible and violates norms until it is not prohibited by the competent authority of the Islamic government, the freedom of action of people cannot be prevented. Therefore, the determining source of the concept of forbidden is not the extra-governmental laws of natural rights, but the rules that the righteous Islamic government imposes. So, the scope of people's freedom of action in Islam is based on divine laws and according to the opinion of vali Faqih and Sharia ruler, the most important scope of which is not to harm others.¹¹

By referring to the principles governing Islamic rational sciences, the concept of harm is included in three formats. **1** – Sometimes the concept of loss is hidden in the creation of emotional deficiency in a person. For example, a person prevents another from participating in the university entrance exam due to achieving his goals, and this causes him to be deprived of graduate education. In fact, when someone is admitted to the university, this is considered a personal perfection for him and now that he is not admitted to the university, he has suffered a loss. **2** – Sometimes the harm is due to the suitability of an action to the human soul, which also varies according to the suitability of humans. Like listening to loud music, sometimes it is pleasant for

a person because it gives him sensual pleasure. However, the same act causes him emotional resentment due to another person's emotional compatibility with it **3** – In some cases, the concept of harm lies in the abundance and scarcity of praise and condemnation from others. For example, the exercise of the right by a person who conflicts with the exercise of the right by another person, if it is condemned by the general society, this issue is a sign of the realization of the title of loss against the entitled person. For example, when a person exercises his right to build a cattle farm in a residential area. Considering that this act is ugly from the point of view of the public, therefore, the identification of the ugly by the public can also be considered as an indication of the harmfulness of that act.¹²

Contrary to the perception of the concept of harm in the first meaning, which is the same for everyone, harm in the other two concepts varies according to people's tastes, so the concept of harm in the first meaning, which is certain for everyone, can certainly be a valid limit for the freedom of individuals actions.¹³

However, harm in its second and third meaning only has a meaning and limitation for the freedom of action of others if it is understood through general reason and not partial reason. for example; Suppose that two rights are in conflict with each other, preventing an action from being done by another contrary action to it, a person will suffer a loss only when his fundamental rights, which are proven by general and universal reason, are violated. Therefore, according to the "no harm" rule, by applying it, contrary to the western "harm" rule, rather than seeking to make people happy, we are seeking to prevent them from enduring suffering actions, according to common sense and not false excuses. Therefore, an elderly person sitting by the garden of his house brings him sensual perfection (joyfulness), if it is said that listening to loud music by a young neighbor prevents this sensual perfection in him – harm in the first sense that prevents freedom People's actions – it is not impossible

11 Mousavi Khomeini, (1999), P.31,1.

12 Mozafar,(2013), P.385/1.

13 Shirvani, (2013), P.262

to prevent his actions. Hence, in the conflict between two rights, when one is based on a general rule of reason and the other is based on a partial rule of reason (such as people's taste), the first right takes precedence. Hence, in the ruling of many Islamic jurists, it has been stated that, in order to observe social justice as a general benefit, houses should be destroyed on the way to the construction of factories, highways, or parks, even if their owners are not satisfied.

On the other hand, the image of the concept of harm in Islam is not only a momentary matter, but the continuity of time is very important in its recognition. Therefore, no one believes that preventing people from committing suicide will limit their freedom and causes harm to them. Because even though something may be considered a harm at the outset of the matter, but considering its consequences, it is not only not a harm, but it will also have benefits. Hence, it is not possible to prevent a person who is engaged in scientific experiments on his private property on the pretext of being harmful. Because this initial loss is not a loss at all compared to the general public benefits that may one day be obtained from these experiments.

The interpretations of the concept of harm in Islam can also be seen in the opinions of jurists and legal rulings. For example, in the conflict between the owners' right to have skylights and the feeling of insecurity due to the visibility of privacy, Islamic jurists have said that the second owner cannot deprive the first owner of having skylights, but he must simply draw the curtain to remove the damage from himself.

As it is known, the perception of the harm concept in the Western and the Islamic rule are different from each other in some cases. This difference can be drawn in one word; "John Stuart Mill believes that an action against the will of another, when it is direct, intentional and unjust, should be considered a harmful action and can hinder the freedom of action of individuals". However, from Islam's point of view, considering the title of harm lies in a rational concept and has nothing to do with people's personal tastes and desires. Rather, it is rooted in the general inference of reason. Therefore, in Islam, the freedom of action of indi-

viduals against the will of others can be limited only when it causes oppression against another based on the general inference of reason and there is no difference whether it is direct or indirect, fair or unfair, intentional or unintentional.

2.3. Explanation of the Concept of "Other" in the Western Rule

From John Mill's point of view, the scope of individuals actions freedom in exercising their right is to avoid harming others. Therefore, it is important to explain the concept and examples of "other" in order to determine the limits and loopholes of this rule. Mill says in a general rule; "Other" refers to someone who actually exists in the outside world. Therefore, abstract concepts that do not exist in the outside world and in the material environment of humans, are not considered "other" at all, which harming them can prevent the freedom of real persons actions.¹⁴ So, he believes that concepts such as God, homeland, nature, human dignity, and like these do not fit into "other" concept. Therefore, they cannot create a restriction on the freedom of individuals' actions, unless these concepts are only an indirect intermediary for the realization of direct harm against individuals and if it causes direct harm to people's lives or property, only then can it be considered a limitation and obstacle. to realize direct harm against individuals in such a way that although the concept of human dignity as indirect harm cannot limit the freedom of individuals' actions, we should say just if it counts as direct damage to the life or property of individuals, only then can it be considered a limitation and obstacle. On this basis, from his point of view, causing harm against the dead, the future generation, issues that have not yet found external existence; Like a sperm in a mother's womb, credit values such as currency and... are not considered "other". So, it is not possible to restrict the freedom of individuals' actions due to the fact that an action causes disrespect to a dead person or a one-month-old sperm. Hence,

¹⁴ Wood, (2009), P. 250).

the mother's freedom to live happily, which lies in abortion, cannot be limited under the pretext of honoring the fetus. Therefore, he who defines the concept of "other" only as a living real person, also excludes the examples of legal entities from under it, unless the harm to the legal person directly requires harm to the natural person.

2.4. Explanation of the Concept of "Other" in the Islamic Rule

As mentioned earlier, in Islamic law, the jurisprudential principle of "no harm" determines the scope of the freedom of individuals' actions and by checking it, the concept of "other" can be obtained.

Extracting another concept from the rule of "no harm" depends on two hypotheses:

1. Either the word has a contextual meaning so that it can be said that the word "no" is in the context of the principle. So, it should be said "there is no uncompensated harm in Islam"
2. It should be said that the sentence has meaning with the presupposition of the realization of the premises of wisdom. Therefore, when it is said that "there is no harm in Islam", it means neither Islamic subjects nor Islamic laws seek to limit the freedom of individuals' actions in a harmful sense and do not allow anyone to do so. Therefore, first of all, there is no subject of harm in Islam. Because what may be a disadvantage at the outset, it has a benefit when all aspects are considered. Secondly, wherever harm occurs, it is reprehensible from the point of view of Islam. So, the important issue is the non-realization of harm, whether it is against humans, animals, credit, God, human honor, homeland, etc. This high-level ruling, which came centuries ago in Islam and Western law is still unable to present it, is obtained in this way when it comes to the non-existence of a title, regardless of its examples. That title can never be realized in any example from the outside world, so if someone acts against this fundamental principle and wants to create an example of the title of harm, Islamic laws will prevent him and limit his free-

dom of action. Because in Islam, there is neither the issue of harm nor the ruling of harm. So, the late Naini's and Sheikh Ansari's interpretations of the rule of "no harm" are both incomplete, because the late Naini believes that there is no issue of harm in Islam and Sheikh Ansari believes that there is no ruling on harm in it, while it was said, Islam rejects both cases.¹⁵ Therefore, the concept of "self" is also an example of the title "other" and no one can kill himself or set his car on fire or even cause damage to natural resources, a real person, or the psychological security of others due to his freedom of action.

These explanations were specifically for the word "no harm" which was said to be a general concept that negates the existence of any kind of harm. In the continuation of the rule, there is the phrase that says two parties should not harm each other. Since the participative aspect is only dependent on the human will and does not include others. this part of the rule is clearly established for humans that shows well the special attention of Islam to the ugliness of harmful actions of real persons against each other.

3. HOW TO RESOLVE CONFLICTS IN THE EXERCISE OF RIGHTS

According to what has come so far, it is clear that the freedom of individuals' actions sometimes causes conflict between them, and how to resolve this conflict is one of the most important benefits arising from the difference between Western and Islamic rules. On this occasion, in the following, the difference between Western and Islamic rules will be explained.

3.1. Resolving Conflict from the Perspective of Western Law

In case of conflicting freedom of individuals actions, in the first place, in order to resolve the conflict, it is necessary to pay attention to the

¹⁵ Tabatabaie, (1987), P. 450.

variable of the possibility of freeing the victim from that situation. Therefore, John Mill says, when the neighbor's young man uses his right to listen to loud music, the first solution is for the neighbor to cover his ears or equip his house in such a way that the sound from it does not pass.¹⁶ If the neighbor's action is not possible in removing the loss due to the situation he has with regard to his fellows, these two should deal with each other through a friendly agreement. For example, they should agree that the young man should listen to music in a quiet voice during the hours when the old man next door is resting. If an agreement is reached between the two, in fact, the freedom of action of both is guaranteed and the best result has been achieved. If the agreement between the persons is such that each of them does not give up their freedom to a certain extent for peaceful coexistence, the help of the public authorities should be sought to prevent the persons from their harmful actions, in such a way that only to the extent of eliminating the harm. For example, a person who has the right to build a factory, in case of conflict with the rights of other people regarding the noise pollution caused by it, the government cannot prevent him from building a factory or demolishing it, but must only take measures to eliminate the noise pollution of the factory. The last step to resolve the conflict, if there is no other way to resolve it between the freedom of individuals' actions, is to prohibit the action of one of the parties, the criteria for distinguishing it from the point of view of human desire is to include more satisfaction for the most people from the society. (principle of functionalism).¹⁷ Therefore, in the conflict between the right of people to build a factory and the building of a residential property, the right to build a factory takes precedence over the right to build a property, which only brings happiness to a few people.

3.2. Resolving Conflict from the Perspective of Islamic Law

From the perspective of Islamic law, the free will of individuals in what they want to do is considered one of the highest divine values. Therefore, when the freedom of individuals will in the actions they want to perform, it should be acted in such a way that both rights can be considered enforceable as much as possible.¹⁸ Therefore, paying attention to the basic philosophy of the "no harm" rule can be helpful in this field. The principle of "no harm" in Islamic jurisprudence is derived from the case of "Samra bin Jundab"¹⁹ and is about the conflict between the ownership and freedom of action of the owner of a tree against the ownership and freedom of action of the owner of another person's right to own the house in such a way that the owner of the tree whenever he wanted, he would enter the house and cause the owner's resentment.²⁰ Paying attention to the judgment of the Holy Prophet (Mohammad) can be a guide to explaining the Islamic rule of eliminating conflict of rights.

1. The Holy Prophet did not forbid Samara bin Jundab from taking care of his tree because taking care of his tree would lead to his violation of another's right [to come to another's house]. Since taking care of his tree was his natural right. Therefore, the Prophet could say that he has no right to enter another's property to take care of his tree and end the dispute. So, from the perspective of Islamic laws,

¹⁸ Mohaghegh Damad, (1988), P. 507.

¹⁹ Samra bin Jundab bin Hilal bin Harij was a descendant of Bani Shamakh bin Fazareh. He lost his father when he was a child. His mother entered Madinah and married one of the residents of Madinah on the condition that he would also take care of Samrah until he reaches puberty. Samra had a palm tree in the garden of one of the Ansar. He would enter the garden without asking permission. The Ansari man asked Samara for permission to enter the garden, but he refused. The Ansari man complained to the Prophet. The Prophet asked Samra to ask for permission when entering the garden. But Samra did not accept. The Prophet offered him to sell the tree or give it to him in exchange for a tree in Paradise, which he rejected. Finally, the Prophet told to the Ansari to go and uproot his palm tree; Because in Islam it is forbidden to make losses.

²⁰ Maghribi, (1963), P.5.

¹⁶ Kayakan, (2016), P.18.

¹⁷ Humbruger, (1999), P.85.

individuals do not need to limit their freedom for the convenience of others, although, from the perspective of Islamic ethics, it is very desirable to do so. **2** – At the time of resolving the conflict, the Holy Prophet was in a position of judgment, not a request from Samra bin Jundab. Therefore, he could tell him that you should cut down your tree and take it away. While they asked him to sell his tree in exchange for worldly or hereafter. So, according to Islamic rule, in the conflict of freedom of wills, the right is not the one who brings more happiness to more people, but it is the prohibition of an action that brings more and greater harm than the benefit of that action. Therefore, unlike its western model, the harmless rule is harm-oriented, not benefit-oriented. It means that the priority is to avoid losses, not to create benefits. **3** – After asking Samra and rejecting all the requests on his part, the Prophet ordered him to tin his tree and said "There is no harm in Islam". Therefore, the first step in resolving conflict in Islam is to act according to God's (Allah) code, not to oblige the parties to reach an agreement.

in the western rule, the goal is to harmonize the freedom of individuals by establishing a balance between them. In Islam, the goal is to remove the loss from the shoulders of the victim, so the victim, either according to Islamic law, can avert the loss, which he is required to do, so there is no need for an agreement, or the other party has not waived his right and the aggrieved party cannot also avert the loss. Therefore, if the rightful party waives his right in front of a substitute, it is obligatory for the injured party to pay the substitute if it is possible and he should remove the loss from himself. If the right holder is not willing to give up his action, even in the face of receiving compensation, it is not unlikely that his freedom of action has been violated according to the rule of action freedom and not only should he be deprived of his action, but instead of being deprived He will not be given a change. According to the explanations that came, the result of how to resolve the conflicts between the freedom of individuals' will in Islam is as follows: when rights conflict with each other, the person who is harmed by the legal act of another person is initially responsible, therefore,

he must pay for it at his own expense.²¹ because the principle of will freedom is very respected and important in Islam. At the stage where the payment of compensation is not responsible for the individual's loss, the injured party must somehow force the beneficiary to stop acting, otherwise, by paying the compensation, he will ask the public authorities to stop him from his action, just if it is done in good faith and for his needs and necessity. Otherwise, if the bad faith of the rightful is proved, it is not unlikely that it will be said in addition to restricting the free will of the rightful, he will not be entitled to compensation in return for his restriction.

4. COMPARATIVE STUDY OF THE LAWS DERIVED FROM THE PRINCIPLE OF "FREEDOM" AND "HARM"

In this topic, the paper tries to express the benefits of the theoretical topics, pragmatically, under the rules of legal systems. the practical effect of the philosophical rules of "no harm" and "harm" in the legal laws of the countries on how to eliminate the conflict between the freedom of action of individuals and determining the scope of their freedom will be determined. Therefore, in the following, the procedure of the countries under the Common Law legal system, written legal systems and Iran will be briefly examined in relation to the effectiveness of these laws on the principle of harm and no harm and how to resolve the conflict between the interests of individuals.

4.1. The Degree of Effectiveness of the Principle of Harm and the Way to Resolve the Conflict of Interests in the Common Law Legal System

According to what is customary in the legal system of common law countries like the USA and England, there is basically no written law

²¹ Katouzian, (2009), P.86.

that shows the principle of damage and how to resolve the conflict between rights. But if there is a conflict between the interests of people, the management system and the courts of these cases are required to observe a series of legal principles in order to promote one of the rights of the other, which shows the extent of adherence to these legal systems to the principle of "harm" by John Stuart Mill, which it will follow.

In case of conflicts between the interests of individuals, in order to decide on the priority of one right over another, administrative organizations and courts in the common legal system must observe the following principles:

1. To serve the public interest: in case of conflicts between the interests of individuals, there is a priority interest that can provide more trust and public interest for society. Therefore, the action that is more consistent with the law and in line with the public goals is the one that comes first.²²

2. The transparency of the goal and the ability to trust it: the freedom of persons' actions whose behavior is more transparent in achieving the goal, in such a way that one can hope for the realization of the goal, if the result is obtained according to his situation, he is prior to other freedom of aimless actions.²³

3. Coherence and integrity: the freedom of individuals' actions based on the aggregation of public and personal interests will precede actions that are solely for personal gain. (Principle of Functionalism).

4. Legitimacy: The freedom of persons' actions who have more legitimacy compared to other actions, from the public's point of view, comes first.²⁴

5. Justice: the freedom of actions that are in accordance with general and fair egalitarian behaviors precede the actions that are based on the prejudice of riotous behaviors.

6. Effectiveness: Behaviors that have the best, greatest, and most effective on the progress of

social foundations are ahead of other behaviors.

As it is clear, the countries subject to the common law system have not absolutely followed the theory of "harm" because nowadays in these legal and management systems, the restriction of individuals' actions freedom is not only limited to not harming others but includes harming public interests.

4.2. The Effectiveness of the "Harm" Principle and How to Manage Benefits Conflicts in Written Legal Systems

since the French legal system is considered as a leading system in written legal, the review of the existing laws in this legal system makes it unnecessary to review other written legal systems. In the third chapter of the French Civil Code under the title "In relation to property and their owners", in Article 537, it is stated that people are free to dispose of their property subject to compliance with the adjustments made by the law on this principle of freedom.²⁵ In Article 544 of the second title of this law²⁶, under the topic "Ownership", in the definition of ownership, it is said that "Ownership is a right that allows the owner to use any type of property, provided that it is not limited by laws or legal rules." In the continuation of the same section under Article 545, it is stated that "no one can be forced to forfeit their property rights except for public purposes and justice"²⁷. In Article 815-2 of this law²⁸, one of the obstacles to the freedom of individuals' actions is limited to respecting the interests of third parties, which in Article 549 is subject to the existence of good faith in the act.

In written legal systems, the principle of harm

22 Toolkit by OECD, (2005), P.34.

23 Crown, (2017), P.3.

24 Mill, (1895), P.25.

25 L'article 537: les particuliers ont la libre disposition des biens ... sous réserve des modifications de la loi.

26 L'article 544: la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière...

27 L'article 545: Nul ne peut être contraint de céder sa propriété ...

28 L'article 815-2: Tout individu peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens individuels...

to John Mill has not been followed absolutely, because one of the limitations of the principle of individuals freedom, in addition to not harming others, should not harm public interests, which John Mill did not believe in. In the French legal system, in case of conflicting interests, the freedom that is based on goodwill and in line with the public interest takes precedence over other interests.²⁹ This means that Western countries have absolutely accepted the functionalism principle of John Stuart Mill.

4.3. The Degree of Effectiveness of the "No Harm" Rule and How to Resolve the Conflict of Interests in Iran's Legal System

According to Article 40 of the Iran Constitution, "no one can make the exercise of his rights a means of harming others or public interests". In the interpretation of this principle, it should be said that this legal principle is a condition for another fundamental principle. Because this conclusion must have an obligatory premise, if it is rejected, the concept of this principle is also rejected. Therefore, as long as people do not have absolute freedom of action, it does not make sense to say that no one should exercise his right as a means of harming others or public interests. The interpretation of this principle has another subtlety so it should be interpreted along with civil law. Because according to civil law, harm is interpreted when a person has bad intentions and if he has good intentions in exercising his legitimate right, his action does not constitute harm at all so that it can be prevented. Therefore, according to a general rule, it should be said: "In Iranian law, everyone is free to do whatever he wants, unless he harms others out of bad faith, or even though his actions are in accordance with good intentions, he does not compensate the victim." So, the person who opens the door to the neighbor's house through the wall of his house surely has bad intentions and

should be prevented from doing so. On the other hand, if he opens a loophole, he does not have malicious intent, and only if he causes damage to his neighbor, he must compensate him, and he cannot be deprived of his freedom of action in any way. On this basis, in Iran's legal system, which is based on the rule of "no harm", the freedom of individuals' actions has both limitations of not harming others and public interests, which is in full compliance with the rule of "no harm" in Islam, and in case of conflicting rights, the interests come first which are based on good faith and the criterion of compliance with public interests is placed in the second stage. Therefore, legal actions that are not based on good faith, even if they are in accordance with the public interests, will not have priority.

CONCLUSION

The basic concept of the principle of "no harm" in Islamic jurisprudence is almost similar to the principle of "harm" in Western law. Because both principles believe that everyone is free to do whatever they want as long as they do not harm others. But the difference between these two principles lies in the interpretation, which is one of the concepts and words inside these two rules, such as "harm" and "other". The concept of "harm and damage" from the point of view of the western rule, includes only direct, intentional, and unfair losses in such a way that non-material and abstract losses are not included under it. On the other hand, the spectral range of "harm" from the Western perspective only includes real persons. Therefore, in the western rule, "other" means only human, while in the Islamic model, "harm" includes any kind of loss, both material and non-material, in such a way that the concept of "other" also includes man, God, self, homeland and animals and so on.

The examination of the procedure and laws of the Western legal system showed that this system has not absolutely followed the principle of "harm" to life, because in this system, the freedom of individuals' actions not only harms oth-

²⁹ Ogien,(2016), P.156.

ers but also harms the public interest, it is limited, while John Mill only considers the possibility of restricting the freedom of action of individuals in case of harming others, not the public interest.

Contrary to Western laws, Iran's laws are in line with the Islamic "no harm" rule in such a way that according to the negation of any harm according to this rule, in Islam, the freedom of individuals' actions is not only limited to not harming others but also to public interests. In order to manage the people's conflicts of interest in society to achieve the greatest social welfare, as it was said, the governments should first seek to gather the legitimate interests of individuals with each other and should not in any way hinder the dynamic activities of individuals, due to the conflict of their activities with the interests

of others. except if it is not possible to collect the interests of individuals with each other in an objective and practical way, in which case priority should be given to those legitimate interests that have the most function for the most people in society. Therefore, in the event of a conflict between the interests of the creditor of a factory in seizing it, in order to get his debt and the economic benefits arising from its continued operation, the government must first combine the conflicting interests, and if it is not possible to combine the interests, the continued operation of the factory and its appropriation, with Paying attention to the fact that it causes more benefits for more people and the macroeconomy of the society than the interests of the creditor should be prioritized.

BIBLIOGRAPHY:

1. Ansari, Morteza 2009, Makaseb, Asghar Hamdani, first volume, first edition, Tehran: Jungle.
2. Bahrami Ahmadi, Hamid 2013, Zeman Qahri, second edition, Tehran: Imam Sadiq University.
3. Baron, Jonathan 1996, Do no harms, first edition, New York: Russel Sage Foundation.
4. Civil Code of France.
5. Crown, Andrew 2017, Civil liberties in Conflict with Civil rights, First edition, London.
6. Iran Civil Code.
7. Katouzian, Nasser 1970, Dore Hoghoogh Madani, the first volume, fifth edition, Tehran: Mizan.
8. Katouzian, Nasser 2009, Qanoon madani dar nazm konooni, 26th Edition, Tehran: Mizan.
9. Kayacan, Dery a Nur 2016, How to resolve conflicts of rights, First Edition, Europe union: saar blueprint.
10. Koleini Muhammad bin Yaqub 1986, Al-Kafi, fifth volume, fourth edition, Tehr.
11. an: Dar al-Kitab al-Islamiya.
12. La non nuisance, mai2009 Texte escrit pour luniversite de tours.
13. Mousavi Khomeini, Ruhollah 1999, Tozih Almasael, Volume I, 8th Edition, Qom: Islamic Publications Office.
14. Maghribi, Abu Hanifah 1963, Da'aim al-Islam, second volume, second edition, Qom: Al-Al-Bait Institute.
15. Mohaghegh Damad, Seyyed Mostafa 1980, Qavaed Fiqh, the first volume, twelfth edition, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center.
16. Mozafar, Mohammad Reza 2013, Mozafar's Osole Fiqh, first volume, 13th edition, Qom: Dar al-Fikr.
17. Mostafavi, Seyyed Kazem 2013, Qavaed Fiqh, second edition, Tehran: Mizan
18. Naini, Mohammad Hossein 1947, Maniyeh al-Talib fi Marzih al-

- Makasab, first edition, Tehran: Al-Maktabeh al-Mohammadiyah.
19. Ogien, Ruwen 2016, L'ethique acjouer'huig, First Edition, France.
 20. Rabon, ofer, conflicts of rights 2010, first edition, portland: Oregon
 21. Sadouq, Muhammad bin Ali 2000, Al-Hidaya fi al-Asul wa al-Faroo, first edition, Qom: Imam Hadi Institute (AS).
 22. Shirvani, Ali 2013, Manteqe Muzaffar, 12th edition, Qom: Darul Alam
 23. Sutherland, Cara A 2003, The Statue of Liberty, First Edition, China: offset Colt.
 24. Steel, Alex 2008, the harms and wrongs of Stealing: unc law journal
 25. Tabatabai, Seyyed Mohsen 1987, The Rule of Harm and Harm, Volume 2, 5th Edition, Qom: Basirati Bookstore.
 26. Tabatabaei, Mohammad Taqi 1987, al-Mutaleb fi al-Tal-eeq Ali al-Makasab, first edition, Qom: Mahalati bookstore.
 27. Tackett, Timothy 1988, The coming of the French revolution, First Edition London: Princeton Press.
 28. Tousi, Muhammad bin Hassan 1986, Al-Khalaf, the third volume, first edition, Qom: Islamic Publications Office.
 29. Tousi, Muhammad bin Hasan 1967, al-Mabsoot fi fiqh al-Imamie, third volume, third edition, Tehran: Al-Maktabeh Al-Ahiya Alathar al-Jaafari
 30. Toolkit by Oecd in relation to interest conflict 2005, Electronic publish: OECD .
 31. Wood, Gordons 2009, Empire of Liberty, First Edition, New York: oxford press.

ORGANIZATION, LAW AND INDIVIDUELS: THE PROBLEMATIC OF REGULATIONS AND LEGISLATION IN THE FACE OF CULTURE

Mouloud TEBIB

Ph.D., Associate Professor, University of Ain Temouchent – Belhadj Bouchaib, Algeria

ABSTRACT

The purpose of this research paper is to present a study and analysis of the interaction and discourse between law, individuals, and culture within organizations. It aims to explore the social issues that arise because of this interplay, highlighting their impact on society. The paper investigates how legislation and organizational elements challenge societal norms, values, and the social structure of the community.

Our approach is based on the literature and empirical observations accumulated throughout our professional and research experiences. The data we have collected is of a qualitative and exploratory nature, enabling us to have flexibility in the presentation, analysis, and formulation of initial conclusions and observations.

KEYWORDS: Law, Local society, Organization Culture, Individual

INTRODUCTION

CONTEXT: The cognitive context of addressing such topics stimulates every attempt to write and discuss them. Historically, law and culture are influential concepts in the cognitive system of social sciences. The challenge and paradoxes that distinguish society remain as a third concept and its institutional manifestations, such as the state, organizations, and economic, social, and political institutions. It also includes the nature of the social structure of the society's components. Are we talking about a modern or traditional society, urban or local? Are we referring to a society governed by positive law and rationality, or a society shaped by customs, religion, and cultural values? This represents a prominent and important cognitive challenge.

In Algeria, the long history and events that the region has witnessed since ancient times make the spatial context another cornerstone for bringing together elements of history, social movements, identity, and social construction. The model of the modern state, the nature of development and organization, all these elements dominate any analysis and projection attempt. Hence, the significance of the endeavor to understand the subject within the context of the Algerian experience increases.

OBJECTIVE: This research paper aims to present a set of observations regarding the relationship formed by the interaction of elements within the formal organization and its components, including individuals, legislation, and regulations, to achieve specific goals. It also addresses the social issues that arise as a reflection of this interaction within the larger society. Furthermore, it lays the groundwork for understanding the legal relationship in confronting societal norms and values within the community, as manifested in formal organizations and institutions, which are assumed to be “miniature societies.”

METHODS: We will rely on a network of readings and field observations developed throughout our professional and research journey in organizational sociology and political sociology, as well as our experience working as a **certified le-**

gal agent with customs. The data we have gathered has a qualitative and exploratory nature, which makes our approach flexible in presenting and analyzing the information and drawing initial conclusions and observations.

1. CULTURE AND LAW

The discourse of culture and law is enriched by literature and texts that address the relationship and the concepts involved. Here, the perspective of both Frankel and Braun¹ draws our attention. They argue that we often discuss law and culture as two systems that impose required behavior on individuals and organizations. However, they simultaneously argue that they are two interconnected yet distinct systems.

While the structures of law and culture may be similar, their differences significantly impact the application of rules issued under each system. Although individual behavior and patterns of living are subject to these rules, regardless of their cultural or legal sources, the law and culture differ in fundamental aspects, according to the researchers:

- “(a) *The identity of those who establish the rules;*
 (b) *The purposes and core values of the rules;*
 (c) *How these rules are initiated (1), developed (2), expressed (3), and applied (4);*
 (d) *The extent to which they are accepted by those to whom they apply.”*²

This is an important contribution to understanding this dialectical relationship and an attempt to construct conceptual frameworks around them.

In his exploration of the relationship between culture and law, specifically corporate governance, researcher Licht, A. N.³ try in his study titled “Culture and law in corporate governance.”

1 Frankel, T., & Braun, T. (2021). Law and Culture. BUL Rev. <<https://www.bu.edu/bulawreview/2021/12/30/law-and-culture/>>

2 *Ibid.*

3 Licht, A. N. (2014). Culture and law in corporate governance. European Corporate Governance Institute (ECGI)-Law Working Paper, (247).

To understand the role of culture in corporate governance is of great importance, and institutional analysis requires an understanding of the cultural environment in which these systems are integrated. The researcher provides a significant and insightful overview in his paper on how culture interacts with the law, especially corporate law, to shape corporate governance and how this can help explain the diversity within corporate governance.

Drawing on cultural analysis, theories of cultural dimensions, social networks, and social capital, the researcher relies on these tools and theories to understand how the interaction between culture and law, particularly corporate law, influences the formation of corporate governance systems and helps interpret the diversity observed within those systems.

2. THE RELATIONSHIP OF INDIVIDUALS TO LAW: FROM RATIONALITY TO SOCIAL AND CULTURAL CONTEXTS

When we examine the various theoretical frameworks that have addressed the topic of individuals and organizations, we find several different perspectives. These perspectives range from focusing on the individual and their rationality to exploring the relationship between power, justice, law, and interests. They also consider the influences of cultural and social contexts on how individuals interact with procedures and rules (laws).

2.1. Weberian-rational Perspective

The Weberian perspective, particularly in Michel Crozier's theory of the strategic actor, is an important framework for understanding the subject. The rational view (calculations) explains the so-called cost and benefit and how individuals deal with laws in organizations and society. Strategic analysis suggests that individuals

do not respect rules due to their ability to perceive the benefits they gain through the process of non-compliance or circumvention of the law while at the same time realizing that their behaviors have non-serious or non-impactful effects compared to expected advantages/losses.

According to this perspective, individuals consider themselves strategic actors who try to achieve their goals and maximize personal benefit within the circumstances and challenges they face. At times, they may make decisions that conflict with laws if the potential benefits of those decisions outweigh the potential risks.

The strategic actor perspective provides an understanding of individuals' motives and rational considerations in their dealings with laws. It sheds light on the complex relationship between respect and compliance with laws and strategic calculations and anticipated benefits.

2.2. Political-marxist Perspective

The relationship between power/law on the one hand, and individuals/justice on the other hand, refers to the "political" view of the subject. Individuals reject the law/power when they believe or are driven by a system that can be called "revolutionary," where the issue of rights and fairness is strongly raised. It is the political perspective that García Villegas⁴ explains, as the political exists generally among those who have a critical conception of power and law.

The Marxist tradition is considered one of the elements in understanding and analyzing this perspective. Its central idea revolves around "resistance" and "revolution" against any "unjust" power (law). Individuals/groups (class) possess the "legitimacy" to reject "legal frameworks, the system of justice," and "regulatory procedures and rules" because they are an "ideological system of the dominant class." The issue of justice, as well as laws and ethics, is related to "ideology"

⁴ García Villegas, M. (2015). Le non-respect du droit. Sur la désobéissance aux règles en Amérique latine. *Droit et société*, 91. <<https://doi.org/10.3917/drs.091.0593>>

and, more specifically, the “ideology of the ruling class.” According to Marx, ethical standards – the different contents attributed to concepts such as justice, freedom, equality, human rights, recognition, and so on – are ideological in nature.⁵

To add to this analysis, we can introduce Balbus's idea of “formal equality”⁶ in the trajectory of “fair” trials, which he describes as a “stable network that appears neutral, upon which the interests of the bourgeois class in accumulating and maximizing profits can thrive.” This system, known as “procedural justice,” works to convince individuals who possess nothing that they have legal rights and, therefore, a real opportunity to rise to the ranks of the bourgeoisie. This Marxist perspective presents the contradictions of capitalism in the structure of justice, law, and individuals' relationship to them.

Conversely, On the other hand, it is possible to argue for the limitations of Marxist analysis. The relationship of traditional societies in their formation and institutionalization differs greatly from that of modern and capitalist societies (the West). For example, the state is typically associated with the law, as it is a historical product of the formation of market institutions, the state, and civil society, all interconnected with the law. Meanwhile, there are societies that have lived or continue to live, at least to some extent, in a pre-state condition or without a state, as argued by Clastres (1974) in his book “Society Against the State.”⁷

The advantage we see in these traditional societies is their resilience, which persisted for a long time, disregarding the idea of the state.

Clastres also points out that these societies are not merely stateless societies, but much more than that, they are societies against the state.

2.3. Anthropological Perspective: The Cultural and the Historical Contexts

Anthropology, as a human and social science, has approached the legal phenomenon by examining social, cultural, symbolic, and historical contexts. It provides valuable scientific resources to explore the interaction of law with culture, including identity, history, social arrangements, power relations, and kinship.

In his commentary on the characteristics of “Legal Anthropology,” Le Roy pointed out the following feature:

*“By reducing the anthropological process to Law, we do not believe that we are wrongly favoring law as “a category in itself” but evaluating the legal fact in its relationship with social facts, measuring its impact exactly and recognizing the areas in which it does not intervene, those where it fails or those in which it could intervene, depending on the requirements specific to social facts”.*⁸

Furthermore, the study of individuals' relationship with an organization and its legal structure has yielded significant contributions. In this regard, Geert Hofstede's research on cultural dimensions is pioneering and can provide an anthropological perspective on the diversity and variations in organizational, managerial, and legal structures in their interaction with individuals. It particularly sheds light on their impact on behavioral patterns within the organization, whether for employees or managers.

Cultural and social contexts explain the extent of individuals' differences in dealing with organizational and legal elements. For example, the hierarchical sequence within an enterprise (organization) is seen as a reflection of inherent

5 Matthys, J. (2018). Marxisme, justice et normativité. Que faire de la philosophie après Marx?. Cahiers du GRM. publiés par le Groupe de Recherches Matérialistes–Association [En ligne], 13 |, mis en ligne le 02 décembre 2018. URL: <<http://journals.openedition.org/grm/1260>>; DOI: <<https://doi.org/10.4000/grm.1260>>

6 Balbus, I. D. (1977). Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative. Law and Society Review, Vol. 11, No. 3, pp. 571-588. <<https://legalform.files.wordpress.com/2017/08/balbus-commodity-form-theory.pdf>>

7 Clastres, P. (1974). La Société contre l'État : Recherches d'anthropologie politique. Paris, Éditions de Minuit.

8 Le Roy, É. (1978). Pour une anthropologie du droit. Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1. <<https://doi.org/10.3917/riej.001.0071>>

inequality. Centralization is common, and subordinates are expected to know what they should do, while the ideal leader is seen as a benevolent autocrat.⁹

According to Geert Hofstede, the power distance is the extent to which individuals with less power accept that power is distributed unequally in companies and other organizations (distributed unequally but legally and according to clear procedures and rules). In other words, people in high power distance cultures are more accepting of status differences than people in low power distance cultures. For Hofstede, this dimension is primarily linked to the issue of “wealth”.¹⁰

For our analysis and observations, it is linked to “propriety” in traditional societies. This example refers to the influence of social and cultural context on the acceptance of a legal administrative arrangement and the ways of dealing and interacting with it, according to the type of culture. The social and historical structure usually determines or greatly influences individuals' relationships with different positional structures (organization and law). It is a relationship that revolves around “legitimacy”, which is socially constructed.

The issue of cultural elements in the anthropological perspective differs to some extent from the Marxist – structuralist perspective, which discusses the elements of cultural and symbolic structures but does not treat cultural symbols as superstructural residues. Louis Althusser,¹¹ for example, considers these symbols, as well as ideologies, as relatively independent and material elements, making them more than mere reflections. The distinction between the base and superstructure is then overcome, and the cultural elements participate in the production of the self and social reality.¹²

In conclusion, through this humble presentation, we are discussing the interactions of “individuals, organization, and law” between compliance and non-compliance, the rationality of actors in capitalist and organizational contexts, the revolutionary or rebellious perspective, and the influences of collectivism or cultural, social, and historical contexts on traditional social structures.

3. ORGANIZATION AND ENTERPRISE, POWER AND RECOGNITION DEBATE: CULTURE OR LAW? PRELIMINARY NOTES – THE CASE OF ALGERIA

Through all the previous discussion of different, conflicting literature, and cognitive perspectives, the analysis that follows will be based on the Algerian case, the experience we are discussing through its own dedicated network of readers on one hand, and field or contextual observations on the other hand. The discussion we raise revolves around how cultural and legal elements, within the framework of social action in institutions and organizations, such as in Algeria, focus on how actors, both individuals and groups, in different contexts of interaction and administrative and managerial relationships, and the communication system, engage in various forms of activities. Their perceptions and representations of themselves, others, and power relationships are highlighted. They may, when necessary, circumvent procedures and laws and resort to elements of culture and the environment, especially in the distinctive contexts of traditional and local communities. In the same context, there is also a resort to procedures and laws in various activities. A cycle of compliance and

9 BADRAOUI, S., Lalaouna, D., & Belarouci, S. (2014). Culture et management: le model d'Hofstede en question. *Cross-Cultural Management Journal*, 16(2).

10 Hofstede, G. (2011). Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context. *Online readings in psychology and culture*, 2(1), p08.

11 Althusser, L., & Brewster, B. (2001). *Lenin and Philosophy and Other Essays*. NYU Press.

12 Ewick, P. & Silbey, S. (2004). *La construction sociale*

de la légalité (traduction de Guilhem Cassan, Daniel Didier, Édouard Gardella, Liora Israël, Romain Lutaud, Carine Ollivier, Jérôme Pélisse, Matthieu Pujuguet, Julien Souloumiac, Marie Trespeuch, Gêrôme Truc, Be. Terrains & travaux, 6. <https://doi.org/10.3917/tt.006.0112>

non-compliance calls for questioning these contradictions and discrepancies.

In addition, these contexts have shaped the experience of industrialization in the 1970s, and they continue to influence work practices and economic and service organizations alike. Delpeuch, Dumoulin, & de Galembert, have wondered:

“What awareness and knowledge do individuals and groups have of legal phenomena? What place does the reference to law occupy in the definitions and meanings that people attribute to the problems they encounter in everyday life? What grips on situations does the use of a framework of legal interpretation confer? What power in social relations does the possession of legal skills provide?”¹³

Within the philosophy of law, the interests of both moral and legal persons are determined through laws. It is the concept of “personal rights” that the legal system begins with through the duality of rights and legal protection. In other words, every right requires a legal subject, and every legal person, as an individual, is entitled to legal protection.

Institutions and organizations, in general, are legal entities where duties and rights, powers and authorities are determined based on an individual’s position in the hierarchy. Contracts are designed to regulate these matters. In the Algerian experience, culture often serves as a resource for values, customs, and standards. It also serves as a resource for contracts and legislation. However, the observed reality indicates a tendency to go beyond what is right and just towards “seeking values” and “culture,” in the employment and management of career paths, and the excessive incorporation of elements of “localism and loyalties” in the organization, drawing heavily from the social environment.

In Algeria, literature is rich with examples

13 Delpeuch, T., Dumoulin, L. & de Galembert, C. (2014). Chapitre 2 – Cultures et conscience du droit. Dans: T. Delpeuch, L. Dumoulin & C. de Galembert (Dir), *Sociologie du droit et de la justice*. Paris: Armand Colin. <https://doi.org/10.3917/arco.delpe.2014.01.0055>

and important observations for field studies. It explores how non-organizational elements have influenced and continue to influence the dominance of “organization and enterprise”. Ali El-Kenz points to this conflictual relationship, or what he refers to as the historical misunderstanding, between social groups within the enterprise. The bureaucrats personify authority and, therefore, resort to informal loyalty and client networks in management rather than relying on the “formal” and thus procedures and rules (law and legislation). On the other hand, the technocrats, a social class that operates based on formality, as well as efficiency and improving performance (production).

It is a case of lacking a consensus on a single vision for the project. There are conflicting interests among different groups, especially those in the power hierarchy, including bureaucrats (who prioritize power and control) and technocrats (who prioritize quality, production, and progress). This situation is the result of historical, political, and economic contextual factors.¹⁴

The nature of society in Algeria strongly reflects the nature of the organization. The power relationships defined by legislation and laws in organizations and institutions face cultural resistance. Algerian individuals adhere to the traditional and old form of property (including property in all its forms, power, and position), which was based on tribal and undivided familial structures. This formed a point of resistance, even in the presence of external social entities such as Arab and Turkish control and later French colonization, which failed to break the “organization” built on blood relations, kinship, and any form of relationships.

We mentioned property as an important element in understanding the relationship of the Algerian individual with the law. Historically, the nature of property, which was and still is prevalent in Algeria as well as in the Maghreb (Algeria, Tunisia, and Morocco), was determined by Bessaoud:

In his statement, “The Arab Maghreb provides

14 El Kenz, A. (1993). Algérie, les deux paradigmes. *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, 68(1).

a unique example of patterns of accessing property or land ownership in the pre-colonial period. A set of land rights derived from belonging to the community, and Islamic law, as well as local customs and practices, defined the methods of acquisition and enjoyment.”¹⁵

This historically shaped social system deeply influences Algerians’ relationship with organization and law. Furthermore, Jack Berque,¹⁶ observed in his anthropological analysis of Maghreb societies the invention of a “modern Algerian Islamic law” that plans to “incorporate ancient customs into new and solid molds” (the law).

It is the “Maghreb ecology” that embodies the cultural, social, and historical resilience to change, as well as the ability to adapt and reproduce traditional elements within modernity, as expressed by Mhammed Boukhobza.¹⁷

CONCLUSION

Life in society is a field of interaction and

- 15 Bessaoud, O. (2013), *La question foncière au Maghreb. La longue marche vers la privatisation*, Les Cahiers du CREAD, n° 103, p17.
- 16 Berque, J. (1958). *Droit des terres et intégration sociale au Maghreb*. Cahiers internationaux de sociologie, 25.
- 17 Boukhobza, M. (1989). *Ruptures et transformations sociales en Algérie*. Office des Publications Universitaires. Algérie.

transition between conflict and resolution. This is a real example of the interplay between culture and law. The customs and values of historically formed communities, as well as the laws and regulations that extend beyond history and culture, contribute to establishing and enforcing boundaries and restricting or granting freedom.

The rule of law limits the freedom of individuals to prevent harm to others. However, the law is not only binding but also allows individuals to live in a safe environment, avoiding a “law of the jungle” situation.

When individuals do not respect legal rules because they adhere to other types of social, ethical, and symbolic standards, such as cases related to “honor” or “status and symbolic value of individuals or possessions,” it results in non-compliance based on the belief that it is righteous behavior.

This is what we wanted to conclude with because it is not easy to encompass a topic rooted in philosophy, history, and move between social, anthropological, and psychological aspects. The magnitude of the debate and discussion is significant and ongoing, as it is indeed a complex issue. This was an attempt, albeit modest, to capture some theoretical ideas and combine them with field observations and personal readings.

BIBLIOGRAPHY:

1. Althusser, L., & Brewster, B. (2001). *Lenin and Philosophy and Other Essays*. NYU Press.
2. BADRAOUI, S., Lalaouna, D., & Belarouci, S. (2014). Culture et management: le model d’Hofstede en question. *Cross-Cultural Management Journal*, 16(2).
3. Balbus, I. D. (1977). Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative. *Law and Society Review*, Vol. 11, No. 3, pp. 571-588. <<https://legalform.files.wordpress.com/2017/08/balbus-commodity-form-theory.pdf>>
4. Berque, J. (1958). *Droit des terres et intégration sociale au Maghreb*. Cahiers internationaux de sociologie, 25.
5. Bessaoud, O. (2013), *La question foncière au Maghreb. La longue marche vers la privatisation*, Les Cahiers du CREAD, n° 103.

6. Boukhobza, M. (1989). Ruptures et transformations sociales en Algérie. Office des Publications Universitaires. Algérie.
7. Clastres, P. (1974). La Société contre l'État: Recherches d'anthropologie politique. Paris: Éditions de Minuit.
8. Delpeuch, T., Dumoulin, L. & de Galembert, C. (2014). Chapitre 2 – Cultures et conscience du droit. Dans : , T. Delpeuch, L. Dumoulin & C. de Galembert (Dir), Sociologie du droit et de la justice. Paris: Armand Colin. <https://doi.org/10.3917/arco.delpe.2014.01.0055>
9. Ewick, P. & Silbey, S. (2004). La construction sociale de la légalité (traduction de Guilhem Cassan, Daniel Didier, Édouard Gardella, Li-ora Israël, Romain Lutaud, Carine Ollivier, Jérôme Pélisse, Matthieu Pujuguet, Julien Souloumiac, Marie Trespeuch, Gérôme Truc, Be. Terrains & travaux, 6. <https://doi.org/10.3917/tt.006.0112>
10. Frankel, T., & Braun, T. (2021). Law and Culture. BUL Rev. <<https://www.bu.edu/bulawreview/2021/12/30/law-and-culture/>>
11. García Villegas, M. (2015). Le non-respect du droit. Sur la désobéissance aux règles en Amérique latine. Droit et société, 91. <https://doi.org/10.3917/drs.091.0593>
12. Hofstede, G. (2011). Dimensionalizing Cultures: The Hofstede Model in Context. Online readings in psychology and culture, 2(1).
13. El Kenz, A. (1993). Algérie, les deux paradigmes. Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée, 68(1).
14. Le Roy, É. (1978). Pour une anthropologie du droit. Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 1. <https://doi.org/10.3917/riej.001.0071>
15. Licht, A. N. (2014). Culture and law in corporate governance. European Corporate Governance Institute (ECGI)-Law Working Paper, (247).
16. Matthys, J. (2018). Marxisme, justice et normativité. Que faire de la philosophie après Marx?. Cahiers du GRM. publiés par le Groupe de Recherches Matérialistes–Association [En ligne], 13 |, mis en ligne le 02 décembre 2018. URL: <<http://journals.openedition.org/grm/1260>; DOI: <https://doi.org/10.4000/grm.1260>>

INVESTIGATING POLITICAL SECURITY AS A SUBSET OF HUMAN SECURITY WITH A FOCUS ON URBANIZATION IN HUMAN RIGHTS

Amir Hossein Nourbakhsh

Doctor in International Law, Visiting professor, University of Tehran, Iran

Faraz Baghbanno

Doctoral Candidate in International Law, Allameh Tabataba'i University, teacher assistant, Researcher of Artificial Intelligence and international law and member of Youth for Peace Organization United Nations, Iran

ABSTRACT

The Political Security Review of the human security subcategory, which focuses on human rights, provides a comprehensive overview of how protecting and promoting human rights is critical to maintaining political stability and ensuring security in societies. This subcategory recognizes that violations and abuses of human rights can lead to profound instability, social unrest, and conflict. By focusing on this aspect of human security, policymakers and scholars emphasize the need for a comprehensive approach to protect individuals' fundamental freedoms, ensure their participation in decision-making, hold those responsible for human rights violations accountable, and address systemic inequalities. In this way, they seek to create an environment where all people can exercise their rights without fear of retribution or discrimination. A thriving democracy and sustainable peace require not only robust political institutions, but also a commitment to upholding human rights as the basis for achieving lasting security.

KEYWORD: Human Rights, Political, Security, Law, Urbanization, United Nations

INTRODUCTION

Urbanization is a global phenomenon that has changed the way we live, work and interact with each other. As more and more people move to cities in search of better opportunities, the concentration of power and resources in urban areas becomes increasingly apparent. This concentration of power often leads to political dynamics that can either protect or undermine human rights. Political security in this context refers to the stability and effectiveness of government systems in urban areas. It encompasses the ability of governments to protect their citizens from internal and external threats while upholding their fundamental rights and freedoms. However, with increasing urbanization, the challenges governments face in ensuring political security are becoming more complex. One of the biggest challenges is the rapid growth of informal settlements or slums in cities. These areas often lack basic infrastructure, services, and effective governance structures. The lack of adequate housing, sanitation, and access to clean water not only violates individuals' right to a decent standard of living, but also creates an environment ripe for social unrest and political instability.

The overcrowded and unsanitary conditions in informal settlements pose a significant health risk to residents. The lack of proper waste disposal and limited access to health facilities contribute to the spread of disease and epidemics. This further exacerbates already poor living conditions and puts a strain on the overall well-being of the community. The presence of slums often leads to higher crime rates and a greater propensity for violence. The lack of effective administration and law enforcement in these areas creates an environment where criminal activity can flourish. This not only threatens the safety of residents but also inhibits economic development throughout the city. Addressing the challenges posed by informal settlements requires a comprehensive approach. This includes implementing urban planning strategies prioritizing affordable housing, improved infrastructure, and access to basic services. Empowering residents

through community participation and providing education and skills training opportunities can help break the cycle of poverty and create a more inclusive and sustainable urban environment.

1. DEFINING POLITICAL SECURITY IN THE CONTEXT OF HUMAN SECURITY

Political security plays a critical role in ensuring the general welfare and safety of individuals and communities. It encompasses various aspects, such as the protection of human rights, the prevention of political violence, and the promotion of democratic governance¹. A fundamental aspect of political security is respect for human rights. Governments must ensure that individuals are protected from any form of discrimination, oppression, or abuse based on race, ethnicity, religion, gender, or any other characteristic. By upholding human rights principles, political security creates an environment in which people can express themselves freely without fear of persecution or reprisal. Political security also includes preventing political violence and conflict that can threaten the stability and security of individuals and communities. This includes addressing terrorism, insurgency, civil unrest, and armed conflict. By effectively managing power dynamics within societies and promoting peaceful solutions to disputes, political security helps maintain stability and reduces the risk of violence. Moreover, political security is closely linked to democratic governance.² It underscores the importance of accountable institutions that can. To these aspects, political security also includes protecting human rights and the rule of law in a society. It ensures that individuals have equal access to justice and are treated fairly within the legal system. Political security also includes protecting civil liberties, such as freedom of speech,

1 Cohen, J., & Ezer, T. (2013). Human rights in patient care: a theoretical and practice framework. *Health & Hum. Rts.*, 15, 7.

2 Adler, E. (2017). Imagined (security) communities: cognitive regions in international relations. In *International Organization* (pp. 359-387). Routledge.

assembly, and association, as well as international relations. It includes maintaining peaceful relations with other nations, promoting diplomacy, and resolving conflicts peacefully. This aspect of political security focuses on preventing war, promoting disarmament, and fostering cooperation among nations. Another important element of political security is preventing and dealing with political violence. Governments must work to create an environment in which citizens feel safe from threats posed by internal and external actors. This includes accountable leadership that is responsive to the needs of its citizens.

1.1. Importance of Examining Urbanization in Human Rights Perspective

Considering urbanization from a human rights perspective is paramount to understanding the multiple impacts and challenges associated with the rapid growth of cities. As cities grow at an unprecedented rate, it is critical to assess the social, economic, and environmental consequences that may potentially violate human rights. Urban areas often concentrate on poverty, inequality, and marginalized communities, limiting access to education, health care, clean water, and sanitation. By analyzing urbanization within a human rights framework, policymakers can identify systemic inequalities and work toward implementing inclusive policies that provide equal access to resources for all residents. It can also identify vulnerable groups, such as migrant workers or indigenous communities, that may be displaced or discriminated against as a result of urban development projects. Examining the human rights impacts of urbanization can guide sustainable urban planning efforts by addressing issues such as affordable housing, transportation accessibility, and environmental degradation. In this regard, recognizing the link between urbanization and human rights is an important tool for promoting equitable and inclusive cities that prioritize the well-being and dignity of all people. By recognizing the potential risks and challeng-

es faced by vulnerable groups such as women, children, and the elderly, cities can take targeted action to ensure their safety and well-being. This can include creating safe public spaces, improving access to health care and education, and promoting social inclusion. Examining urbanization from a human rights perspective is paramount to ensuring that the rapid growth and development of cities does not come at the expense of human rights. Urbanization has the potential to both promote and hinder the realization of human rights, particularly for marginalized groups such as low-income populations and displaced communities. By analyzing urbanization from a human rights perspective, policymakers and stakeholders can better understand how urban planning decisions affect issues such as access to adequate housing, clean water and sanitation, health care, education, employment opportunities, and social inclusion. This perspective also underscores the importance of addressing environmental concerns and promoting sustainable urban development practices that prioritize human well-being and dignity.

1.2. The Relationship between Political Security and Human Security

The relationship between political security and human security is complex but interdependent. Political security refers to the stability and protection of a nation-state, its territory, and its sovereignty from internal and external threats.³ On the other hand, human security focuses on the well-being of individuals by protecting them from various forms of harm such as poverty, disease, violence, and environmental degradation. While political security has traditionally focused on the interests of the state, it is increasingly recognized that ensuring human security is critical to the overall stability and peace in a society. An unstable political environment can threaten human securi-

3 Miller, B. (2014). The concept of security: Should it be Redefined?. In *Israel's National Security towards the 21st Century* (pp. 13-42). Routledge.

ty by fostering social unrest or systemic inequalities. Conversely, threats to human security, such as food insecurity or the violation of fundamental rights, can politically destabilize a nation by fueling public dissent. Therefore, a balanced approach that prioritizes both political and human security is critical for sustainable development, peaceful coexistence, and resilience to new challenges in today's interconnected world. Political and human security are closely intertwined, and neglecting one can have serious consequences for the other. For example, a lack of political stability can hinder human security efforts and make it more difficult to access basic needs and protect fundamental rights. On the other hand, people who feel secure in their basic needs and rights are more likely to actively participate in the political process, promoting a stable and inclusive society. A comprehensive approach to security should also consider environmental sustainability. Environmental degradation and climate change pose significant threats to both political and human security. Ecosystem disruptions can lead to resource scarcity, exacerbate social tensions, and potentially trigger conflict. Therefore, protecting the environment and promoting sustainable practices are essential components of ensuring long-term security for people and nations. In today's interconnected world, addressing global challenges requires international cooperation and collaboration. No nation can achieve sustainable development and security on its own. By building partnerships and fostering dialog, countries can work together to address problems such as poverty, inequality, and terrorism. This collective effort not only enhances human security, but also strengthens political stability and promotes a more peaceful and resilient global community.

1.3. Mutual Reinforcement of Human Security and Human Rights

The mutual reinforcement of human security and human rights is a concept that highlights the interdependence and interrelatedness of these

two fundamental aspects of human well-being. Human security refers to the protection of the basic needs of individuals, including their physical, economic, and social well-being, while human rights are a set of universal entitlements and freedoms that every human being possesses by virtue of being human. The relationship between human security and human rights is mutually reinforcing, as the realization of human rights contributes to human security, while the preservation of human security enables individuals to freely exercise their rights. Human rights play a crucial role in promoting human security. Recognizing and respecting human rights ensures that individuals have access to important resources such as adequate food, clean water, health care, and education. Granting individuals, the right to these basic needs has a positive effect on their physical, economic, and social well-being and ultimately leads to overall human security. The right to education, for example, provides individuals with the knowledge and skills they need to find employment, increase their earning potential, and improve their quality of life. By guaranteeing these rights, societies can create an environment that promotes human security. In situations where people are exposed to violence, conflict, poverty, or displacement, their ability to exercise their rights is severely limited. In such scenarios, addressing human security is a prerequisite for protecting human rights. Ensuring people's physical safety and well-being, for example, allows them to exercise their rights to freedom of expression, association, and assembly without fear of persecution or harm. By addressing the root causes of insecurity, such as poverty, inequality, and discrimination, societies can create the conditions for the enjoyment of human rights. Mutually reinforcing human security and rights is critical to creating a just and equitable society. Human rights contribute to human security by guaranteeing individuals' access to basic needs, while human security creates the necessary conditions for individuals to freely exercise their rights. By recognizing and addressing human security concerns and human rights violations, societies can create an environment

that promotes and protects the well-being and dignity of all people.

2. KEY CHALLENGES AND THREATS TO POLITICAL SECURITY IN URBAN AREAS

A key challenge to political security in urban areas is the presence of organized crime and militant groups. These non-state actors often undermine the rule of law by engaging in illicit activities such as drug trafficking, extortion, and terrorism. They create an atmosphere of fear and instability that makes it difficult for political institutions to function effectively. Another threat is social unrest fueled by socioeconomic inequalities, unemployment, and lack of access to basic services such as education and health care. In urban areas with high population density, these grievances can easily escalate into riots or protest movements that pose a direct challenge to political stability. Urban areas are vulnerable to cyber threats that can disrupt critical infrastructure systems such as power grids or communications networks. The reliance on technology in cities makes them tempting targets for hackers seeking to cause chaos or steal sensitive information. Therefore, policymakers must address these challenges through effective law enforcement strategies, inclusive socioeconomic policies, investments in infrastructure resilience, and cybersecurity measures to ensure political security in urban areas.

Rapid urbanization and population growth in many cities have led to growing environmental challenges impacting political security. Urban areas often face problems such as pollution, inadequate waste disposal, and limited access to clean water and sanitation. These environmental problems not only pose health risks to the population but also contribute to social unrest and political instability. Inadequate infrastructure and urban planning exacerbate these challenges, as they can lead to overcrowding, traffic congestion, and inadequate public transportation systems.

2.1. Political Instability and Governance Issues in Urbanized Zones

As cities grow and become more complex, they often face a number of political and administrative dilemmas that impede effective governance. These problems include corruption, inadequate infrastructure, social inequality, and the inability to efficiently meet the needs of citizens. Rapid urbanization leads to increased competition and limited resources, exacerbating political instability and administrative challenges. Understanding and addressing these issues is critical for governments to ensure stable and effective governance in urban areas. A major problem in urban areas is corruption, which undermines trust in government and exacerbates political instability. In many cases, urban areas attract large investments, leading to more opportunities for corruption and illegal practices. Bribery, kickbacks, and misappropriation of public funds consume resources that should be used for infrastructure development, public services, and poverty reduction. These corrupt practices reinforce social inequalities by giving certain groups disproportionate access to wealth and resources, further destabilizing the political landscape.

Inadequate infrastructure in urbanized areas poses a challenge to governance. Rapid urbanization is straining existing infrastructure systems designed for smaller populations, increasing pressure on transportation networks, housing, sanitation, and health services. Inadequate investment in infrastructure development leads to traffic congestion, pollution, and inadequate access to basic services for urban residents. These problems can lead to social unrest and political discontent as citizens perceive the government's inability to manage the effects of urbanization.

Finally, governments in urban areas often struggle to effectively meet the demands of the public, leading to political instability. Urban areas are dynamic and diverse, encompassing different interest groups, ethnicities, and socioeconomic backgrounds. Dealing with these diverse interests and providing effective governance

becomes increasingly difficult as urban populations grow. Failure to promptly address public demands can lead to protests, demonstrations, and other unrest that disrupt stability and governance. Political instability and governance issues in urban areas are complex phenomena that require careful attention from governments. Combating corruption, investing in infrastructure development, and effectively meeting public demands are essential components of stable and effective governance in urban areas. As urbanization continues to increase globally, it will be critical for governments to recognize and understand these challenges to ensure sustainable and equitable development in urban areas.

2.2. Inequality, Marginalization, and Human Rights Violations

Inequality, marginalization, and human rights violations are interconnected, creating a cycle of injustice and discrimination within society. These problems are deeply rooted in power imbalances, systematic discrimination, and social exclusion, leading to the violation of basic human rights. To fully understand the complexity of these problems, it is important to examine their causes, consequences, and potential solutions. In this way, we can work toward creating inclusive societies that uphold human rights for all people, regardless of race, gender, socioeconomic status, or any other characteristic. Inequality can manifest in various forms, such as economic disparities, inadequate access to education or health care, or discrimination in employment opportunities. These inequalities often result in certain groups being marginalized and denied the same opportunities and rights as others. This marginalization perpetuates a cycle of disadvantage and undermines social cohesion. It is important to recognize that inequality is harmful not only to marginalized groups, but also to society as a whole, as it hinders progress and development. Marginalization and inequality are closely linked to human rights violations, as they directly affect the ability of individuals to fully exercise their

rights. Basic human rights such as the right to life, liberty and security or the right to education and health care should be universally protected. However, marginalized people often face obstacles to realizing these rights, such as limited access to justice or exclusion from political participation. This is particularly true for minority groups, indigenous peoples, and refugees, disproportionately affected by human rights violations due to intersecting forms of discrimination.

Addressing inequality, marginalization, and human rights violations requires a comprehensive and multi-faceted approach. It is critical to address the root causes of these problems, such as discriminatory policies, biased cultural norms, and the unequal distribution of resources. Governments, civil society organizations, and the international community should work together to promote inclusive policies, strengthen legal frameworks, and invest in social programs that address the specific needs of marginalized groups. Raising awareness and educating people about human rights can help combat prejudice and stereotypes and promote an equal and just society for all. Inequality, marginalization, and human rights violations are closely intertwined and perpetuate a cycle of discrimination and injustice in societies. These problems should be addressed holistically by recognizing the underlying causes and the consequences they have on individuals and society. By promoting equality, combating marginalization, and upholding human rights, we can strive to build inclusive societies in which every individual can fully exercise their rights and actively contribute to social progress.

3. URBANIZATION AND HUMAN RIGHTS IN DEVELOPING COUNTRIES

Urbanization is the rapid increase in the proportion of people living in urban areas as a result of social, economic, and technological changes. This phenomenon is particularly evident in developing countries, where a growing population and rapid rural exodus have led to the expansion of

cities and the creation of large slums. While urbanization can bring many benefits, such as increased access to education, employment opportunities, and infrastructure, it also poses a major challenge to human rights in developing countries. One of the most important human rights issues related to urbanization in developing countries is the issue of inadequate housing and living conditions. As cities grow rapidly, the demand for housing exceeds the construction of formal housing, forcing many individuals and families to live in slums and informal settlements that lack basic amenities. In addition, urbanization can lead to greater inequalities within developing countries and exacerbate existing social and economic inequalities. As cities grow, the cost of living rises, making it increasingly difficult for the urban poor to afford basic necessities. The lack of affordable housing and employment opportunities often leads to a perpetual cycle of poverty that limits social mobility and access to economic resources. This growing gap between rich and poor violates the principles of equality and non-discrimination, which are fundamental to the protection of human rights. Despite the challenges posed by urbanization, there are also opportunities to protect and promote human rights in developing countries. Governments can adopt policies and programs that prioritize the provision of adequate housing, accessible services, and targeted assistance to marginalized populations. International organizations and civil society can also advocate for the rights of urban residents and hold governments accountable for their human rights obligations. By addressing the human rights impacts of urbanization, developing countries can strive for inclusive, sustainable cities that uphold and protect the rights of all people.

3.1. Urbanization and Political Security Dynamics in Developed Nations

Urbanization is a complex process that is profoundly shaping political security dynamics in the developed world. As cities continue to grow

and concentrate population, they become centers of political power and influence. In many developed countries, political will and decision-making processes are concentrated in urban areas. This concentration of power can have positive and negative effects on political security; on the other hand, urbanization can also pose challenges to political security. The rapid growth of cities often leads to social inequalities and the formation of marginalized groups, which can be the breeding ground for political unrest and instability. Urban areas can also experience increased crime rates, political violence, and radicalization due to the presence of marginalized groups and the difficulty of monitoring and managing large populations. Moreover, urban centers can become epicenters of political polarization and social division as different political ideologies and interest groups vie for power and influence. This polarization can undermine the stability and cohesion of the nation and lead to political tensions and security threats. Urbanization has profound implications for political security dynamics in industrialized nations. While it can improve political security through focused governance and active citizen participation, it also brings challenges such as social inequalities, crime rates, and political polarization. Recognizing these dynamics and implementing appropriate strategies and policies to address them are critical to maintaining political stability and security in urbanized industrialized nations.

3.2. Governments' Initiatives and Legal Frameworks for Ensuring Political Security

Governments around the world have recognized the importance of providing political security to maintain stability and protect the interests of their citizens. For this reason, significant initiatives and legal frameworks have been created to comprehensively address this multifaceted issue. These government efforts are aimed at preventing any threats or disruptions that could undermine democratic processes, escalate political tensions, or threaten national security.

ty. Initiatives include the introduction of sound electoral systems, transparent campaign finance regulations, and active cooperation with civil society organizations to promote citizen participation in decision-making processes. Legal frameworks provide a solid foundation for combating acts of political violence, promoting freedom of expression while balancing it with responsible restrictions on expression, enforcing anti-corruption measures to prevent undue influence in government affairs, and establishing mechanisms to regularly monitor and assess political security conditions. By combining these initiatives with effective enforcement mechanisms, governments can effectively ensure political security and strengthen public confidence in their institutions. Governments must prioritize the protection of human rights as an integral part of political security. Respecting and promoting human rights not only reinforces democratic values, but also contributes to the overall stability and well-being of a nation. This includes protecting the rights of marginalized groups, ensuring equal access to justice, and combating all forms of discrimination or violence based on race, gender, religion, or sexual orientation. By actively promoting and protecting human rights, governments can foster a society that is inclusive, just, and resilient, which ultimately enhances political security and citizen confidence. When human rights are upheld, marginalized groups are empowered and given equal opportunities to participate in social, economic, and political spheres. This inclusiveness leads to a more just society where discrimination and inequality are minimized. By ensuring that all citizens have access to basic necessities such as health care, education and housing, governments can reduce poverty and improve living conditions. This not only increases the well-being of individuals, but also strengthens the social fabric of the nation.

Respect for human rights also plays a critical role in improving political security. When citizens feel that their fundamental rights are protected by the government, they are more likely to trust government institutions and actively participate in democratic processes.

3.3. Civil Society Movements and Advocacy for Urban Human Rights

Civil society movements play an important role in advocating for human rights in cities. They ensure that people in cities have access to essential services, equal opportunities, and a good quality of life. These movements operate independently of government and represent diverse groups of individuals who come together to promote social justice and protect the rights of urban communities. Through their activism, civil society movements challenge systemic injustices, address urban inequalities, and advocate for policy changes that uphold human rights principles in cities.

A major focus of civil society movements is the provision of basic services in urban areas. Many cities around the world lack basic amenities such as clean water, sanitation, and electricity, which affects the well-being of urban residents. Movements advocating for human rights in cities are working to ensure that governments prioritize the provision of these services and hold them accountable for their responsibilities to their citizens. By drawing attention to these deficiencies and pushing for concrete action, civil society movements play an important role in asserting the fundamental rights of urban residents. Civil society movements are instrumental in addressing urban inequalities, often exacerbated by economic disparities and discrimination. These movements work to give voice to marginalized groups, such as low-income people, minorities, and immigrants, who are often discriminated against and marginalized in cities. By raising awareness of these injustices, organizing protests, and coordinating with policymakers, civil society movements can effect change and promote equitable urban development. They advocate for affordable housing, inclusive urban planning, and equal opportunity to bridge the gap between the privileged and marginalized members of society. Another important aspect of civil society movements' advocacy for human rights in cities is their involvement in policy change. These movements conduct extensive research, analyze urban poli-

cies, and propose alternative developments that prioritize human rights principles. They work with urban decision-makers, government agencies, and other stakeholders to ensure that urban policies consider the needs and rights of all city residents. Civil society movements provide valuable technical advice and input by leveraging their understanding of the challenges facing urban communities. Their efforts support democratic decision-making processes and promote inclusive urban governance that upholds the rights of all residents.

Civil society movements are catalysts for change when it comes to advocating for human rights in cities. By fighting for the provision of basic services, addressing urban inequalities, and influencing policy change, these movements contribute significantly to the creation of inclusive, equitable, and sustainable cities. Their tireless efforts remind us that the fight for human rights in cities must continue, as the rights and well-being of urban populations are essential to a just and prosperous society.

4. THE ROLE OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN PROMOTING POLITICAL SECURITY IN URBANIZATION

International organizations play a critical role in promoting political security in urbanization by addressing the complex challenges posed by the rapid growth of cities. As cities become increasingly important centers of economic, social, and political activity, they also become vulnerable to instability and conflict. International organizations such as the United Nations (UN) and the World Bank play an important role in working with national governments to develop comprehensive strategies to address urbanization. They provide technical assistance, knowledge-sharing platforms, and financial support to help countries build sustainable and resilient cities. These organizations also work to ensure political stability by promoting good governance, supporting institutions that foster inclusivity and account-

ability, and facilitating dialog among various stakeholders at the local, national, and international levels. In this way, international organizations help create a stable urban environment that promotes social cohesion, economic development, and peace. International organizations play a critical role in addressing environmental problems in urban areas. They work with local governments and communities to implement sustainable practices, such as renewable energy initiatives, waste management systems, and green infrastructure projects. These efforts aim to mitigate the effects of climate change, reduce pollution, and improve the overall quality of life for urban residents. International organizations support capacity-building programs to equip local authorities and citizens with the knowledge and skills they need to effectively address urban development challenges.

4.1. United Nations' Efforts in Addressing Political Security Concerns in Urban Areas

As urbanization continues to shape the world, the United Nations recognizes that it is increasingly important to address political security in urban areas. With a focus on promoting peace, stability, and sustainable development, the UN has developed several strategies and initiatives to address these challenges head-on. As part of its peacekeeping operations, the organization deploys troops and police officers to conflict-ridden cities to ensure the safety of civilians and facilitate political dialog between conflicting parties. Through its Sustainable Development Goals (SDGs), particularly Goal 11 – Sustainable Cities and Communities, the UN aims to create an inclusive, safe, resilient, and sustainable urban environment by implementing improved governance systems, crime prevention strategies and community engagement programs. The United Nations works with local governments and organizations to address specific security challenges in urban areas by providing technical assistance and capacity-building initiatives tailored to the

specific context. Overall, the United Nations plays a critical role in addressing political security issues in urban areas by promoting cooperation among nations and offering practical solutions that promote peace and stability at the national and local levels. The United Nations recognizes the importance of addressing economic security issues in urban areas. By promoting sustainable economic development and job creation, the UN aims to reduce poverty and inequality in urban areas. This includes supporting entrepreneurship, encouraging innovation, and providing access to financial resources for small businesses. By promoting economic security, the United Nations contributes to the general welfare and prosperity of urban communities.

4.2. Collaboration between NGOs and International Bodies for Urban Human Rights

In recent years, there has been increasing recognition of the importance of cooperation between non-governmental organizations (NGOs) and international bodies in promoting and protecting human rights in cities. NGOs play a critical role in advocating for the rights of marginalized urban populations and addressing social inequalities. However, their effectiveness can be enhanced through partnerships with international bodies such as the United Nations Human Rights Council or UN – Habitat⁴. These collaborations provide NGOs with access to resources, expertise, and political influence that are critical to advancing the urban human rights agenda at the global level. These partnerships allow for knowledge sharing and mutual learning so that NGOs can leverage best practices and innovative solutions from different regions around the world. The collaborative efforts of non-governmental and international organizations are a powerful force in ensuring that urban policies prioritize

the well-being and dignity of all people living in the city, ultimately contributing to more inclusive and sustainable urban communities. Moreover, these collaborations foster a sense of solidarity among NGOs as they work toward a common goal of promoting human rights in urban areas. By pooling their resources and expertise, NGOs can increase their impact and advocate for systemic change at the local and global levels. This collective approach not only strengthens the voice of NGOs, but also increases their ability to hold governments and other stakeholders accountable for their actions, or lack thereof, in addressing human rights issues in cities. Ultimately, these partnerships serve as a catalyst for positive change that leads to a more just and equitable urban society for all.

4.3. Participation in Global Democracy

The emergence of the new global system requires the participation of all the constituent elements of that system. Although this has not yet been fully realized, it is considered the most important basis for the legitimacy of the new world order and, at the same time, can remedy the democratic deficits of the global structure after the creation of the United Nations. In this model of participation, which David Held called “global democracy”, the structure of the world system is changing in ways that can lead to ever-greater participation of non-governmental organizations in the international system. On this basis, apart from being considered elements of global democracy, non-governmental organizations have important complementary roles in relation to their other elements, an example of which is the official consultative position of non-governmental organizations in the institutions of the United Nations. The participation of non-governmental organizations in policymaking and implementation of human rights, in consultations, and fact-finding can also be seen as the first signs of the movement toward a global democracy. Traditionally, the power to shape policy and make

⁴ Jerbi, S. (2012). Assessing the roles of multi-stakeholder initiatives in advancing the business and human rights agenda. *International Review of the Red Cross*, 94(887), 1027-1046.

decisions has rested with governments and international institutions. However, the inclusion of NGOs in these processes represents a shift toward a more inclusive and participatory form of governance. Non-governmental organizations play a critical role in advocating for marginalized communities, promoting social justice, and holding governments accountable for their actions. By actively engaging in policy discussions, NGOs bring diverse perspectives to the table and represent the interests of various stakeholders who may not have direct access to decision-making processes. This involvement promotes transparency and pluralism and ensures that policies are not driven solely by government or corporate interests. In addition, NGOs often have specific knowledge and expertise on specific human rights issues. Your involvement in fact-finding missions helps uncover violations that may otherwise go unnoticed or unaddressed. Additionally, NGOs play a crucial role in advocating for marginalized communities and amplifying their voices. Their grass-roots connections and proximity to affected individuals enable them to gather first-hand information and testimonies, and to shed light on human rights abuses that mainstream institutions may overlook. This bottom-up approach ensures that the most vulnerable populations are not left behind, and their rights are protected.

4.4. Role and Functions of International Bodies in Promoting Political Security

Non-governmental organizations play a critical role in advocating for human rights in cities. They often work at the grassroots level, have direct contact with marginalized communities, and understand their specific needs and challenges. Non-governmental organizations can provide critical services such as shelter, health care, and education while conducting research, raising awareness, and advocating for policy change. Their proximity to affected communities enables them to address needs and bring about mean-

ingful change on the ground. NGO involvement in defending human rights in cities is critical as it bridges the gap between marginalized communities and policymakers. Through their grassroots work, NGOs learn firsthand the challenges these communities face so they can develop targeted interventions that address their specific needs. One of the main strengths of NGOs is their ability to provide important services to marginalized urban populations. For example, they often set up shelters for homeless people and families, providing a safe place and access to basic amenities. NGOs can set up clinics or mobile medical units to provide much-needed assistance to those who do not have access to medical care. Education is another important area where NGOs have a major impact. They set up schools or education programs tailored to the needs of marginalized urban communities, ensuring that children receive a quality education despite their difficult circumstances. By empowering individuals through education, NGOs help break the cycle of poverty and inequality. In addition, NGOs play a critical role in researching human rights issues in cities. Through rigorous data collection and analysis, they gain insights and recommendations that can inform policy-making and advocacy. By shedding light on the specific challenges facing marginalized urban communities, NGOs help raise awareness and mobilize support to address these issues on a systemic level. In addition to education and research, NGOs also provide critical services and resources to marginalized urban communities. They can provide clinics for medical care, counseling services, vocational training, and access to clean water and sanitation. These initiatives not only improve the well-being and quality of life of people in these communities, but also contribute to their overall development and empowerment. NGOs also play a critical role in promoting community engagement and participation. They provide platforms for dialog and collaboration that enable community members to voice their concerns, share their experiences, and actively participate in decision-making processes. This inclusive approach helps build stronger, more resilient communities

and ensures that the needs and aspirations of marginalized urban populations are addressed. Overall, NGOs are instrumental in addressing the multiple challenges faced by marginalized urban communities.

CONCLUSION

conducting a policy security review focused on urbanization in the area of human rights is paramount to promoting the well-being and protection of people living in rapidly developing cities. Moreover, it is important to recognize that urbanization not only poses challenges to human rights, but also presents opportunities for positive change. As cities continue to grow and develop, they have the potential to become centers of innovation, diversity, and inclusion. By harnessing the power of urbanization, governments can create an environment that promotes social cohesion, economic prosperity, and equal opportunity for all residents. Therefore, a comprehensive review of political security should not

only focus on the negative impacts of urbanization, but also look for ways to maximize its potential to promote human rights and improve the overall well-being of urban residents. Urbanization poses numerous challenges, including social inequality, housing problems, and lack of access to basic amenities that can potentially threaten human rights. Therefore, by conducting a comprehensive assessment that addresses these issues and proposes appropriate policies, governments can ensure that urban development occurs in a manner consistent with human rights principles. This review should include an analysis of urban planning policies, infrastructure development projects, and socioeconomic inequalities within cities. It should also emphasize the importance of community engagement and participation to ensure that all voices are heard during decision-making processes. By prioritizing the review of political security in the context of urbanization in human rights, governments are demonstrating their commitment to promoting inclusive and sustainable cities where the rights of every individual are upheld.

BIBLIOGRAPHY:

1. Qvortrup, M. (2017). Demystifying direct democracy. *J. Democracy*, 28, 141.
2. Kaldor, M. (2020). Global civil society: An answer to war. In *The New Social Theory Reader* (pp. 252-259). Routledge.
3. Baldwin, D. A. (2018). The concept of security. In *National and International Security* (pp. 41-62). Routledge.
4. Veshapidze, S., Chiabrishvili, K., Zubiashvili, T., & Zoidze, G. (2021). On the relationship between education and economic security. *Ecoforum Journal*, 10(3).
5. Ha, D. T., & Phuong, D. L. (2017). Freedom of Information Law Comes to Vietnam: How Do Human Rights Adapt to Goals of Economic Development and Political Stability?. *Austl. J. Asian L.*, 18, 167.
6. Shingne, M. C. (2021). The more-than-human right to the city: A multispecies reevaluation. In *Animals in the City* (pp. 30-55). Routledge.
7. Munger, F. W., & Seron, C. (2017). Race, law, and inequality, 50 years after the civil rights era. *Annual Review of Law and Social Science*, 13, 331-350.
8. Snyder, J. (2020). Backlash against human rights shaming: Emotions in groups. *International Theory*, 12(1), 109-132.

9. Shingne, M. C. (2021). The more-than-human right to the city: A multispecies reevaluation. In *Animals in the City* (pp. 30-55). Routledge.
10. Claeys, P. (2019). The right to land and territory: New human right and collective action frame 1. In *Property Rights from Below* (pp. 131-149). Routledge.
11. Geovani, I., Nurkhotijah, S., Kurniawan, H., Milanie, F., & Ilham, R. N. (2021). Juridical Analysis of Victims of The Economic Exploitation of Children Under The Age to Realize Legal Protection From Human Rights Aspects: Research Study At The Office of Social and Community Empowerment In Batam City. *International Journal of Educational Review, Law And Social Sciences (IJERLAS)*, 1(1), 45-52.
12. Rao, A. (2018). The politics of gender and culture in international human rights discourse. In *Women's rights, human rights* (pp. 167-175). Routledge.
13. Zlotnik, H. (2017). World urbanization: trends and prospects. In *New forms of urbanization* (pp. 43-64). Routledge.
14. Szulkin, M., Garroway, C. J., Corsini, M., Kotarba, A. Z., Dominoni, D., & Szulkin, M. (2020). How to quantify urbanization when testing for urban evolution. *Urban evolutionary biology*, 13.
15. Bleischwitz, R., Spataru, C., VanDeveer, S. D., Obersteiner, M., van der Voet, E., Johnson, C., ... & Van Vuuren, D. P. (2018). Resource nexus perspectives towards the United Nations sustainable development goals. *Nature Sustainability*, 1(12), 737-743.
16. Bebbington, J., & Unerman, J. (2018). Achieving the United Nations Sustainable Development Goals: an enabling role for accounting research. *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 31(1), 2-24.
17. Broberg, M., & Sano, H. O. (2018). Strengths and weaknesses in a human rights-based approach to international development—an analysis of a rights-based approach to development assistance based on practical experiences. *The International Journal of Human Rights*, 22(5), 664-680.
18. Rashid, H., Manzoor, M. M., & Mukhtar, S. (2018). Urbanization and its effects on water resources: An exploratory analysis. *Asian Journal of Water, Environment and Pollution*, 15(1), 67-74.
19. Arts, K. (2017). Inclusive sustainable development: a human rights perspective. *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 24, 58-62.
20. Shani, G. (2017). Human Security as ontological security: a post-colonial approach. *Postcolonial Studies*, 20(3), 275-293.
21. Güneralp, B., Lwasa, S., Masundire, H., Parnell, S., & Seto, K. C. (2017). Urbanization in Africa: challenges and opportunities for conservation. *Environmental research letters*, 13(1), 015002.
22. Liotta, P. H., & Owen, T. (2006). Why human security. *Whitehead J. Dipl. & Int'l Rel.*, 7, 37.

EVOLUTION OF PARLIAMENTARY IMMUNITY AND PRIVILEGES

Anand Singh Prakash

*Doctoral Candidate of Law, Banaras Hindu University,
Research Scholar, Varanasi, India*

ABSTRACT

The evolution of parliamentary immunity and privilege is a fascinating subject that reflects the development and transformation of democratic governance. This article provides an overview of the historical progression and key aspects of parliamentary immunity and privilege, highlighting their significance in protecting legislative independence and fostering democratic debate. Parliamentary immunity gives a legal protection to the members of parliament from being held accountable or prosecuted for their speeches or actions in the course of their parliamentary duties. The idea of “parliamentary privilege” is another one that embraces the notion of “popular sovereignty,” emphasizing that lawmakers are the representatives of the will of the people. In many democracies, the scope of immunity has been refined to prevent abuse and maintain public trust. Additionally, courts have played a crucial role in interpreting and defining the limits of parliamentary privilege, striking a balance between the need for robust debate and accountability.

KEYWORDS: Parliamentary, Immunity, Privilege, Democracy, Separation of powers

INTRODUCTION

Immunity, in essence, signifies an exemption from the application of the law, a privilege that can potentially curtail the rights of others. A profound comprehension of parliamentary immunity is indispensable for the assessment and resolution of such conflicts. On a more abstract plane, parliamentary immunity delves deep into the fundamental principles of constitutional law. Immunity regulations are intricately interwoven with the foundational structure and ideals of a democratic state, encompassing the separation of powers, the concept of representation, the rule of law, and the protection of human rights. The exploration of parliamentary immunity, therefore, both necessitates and elevates our grasp of broader constitutional jurisprudence. A widely accepted consensus underscores that the *raison d'être* of parliamentary immunity lies in shielding the core institution of modern representative democracy: the parliament itself. Elected representatives, serving as the collective embodiment of the public will and the architects of the laws governing our lives, must possess the freedom to engage in unfettered discourse within the parliamentary arena and execute their mandates without undue apprehension. They should be impervious to politically motivated prosecutions or any endeavors to obstruct the parliamentary process. This is the very objective that immunity endeavors to achieve through the selective exemption of members of parliament from the purview of ordinary legal processes. Ordinarily, parliamentarians are shielded from prosecution or trial for utterances made within the parliamentary domain. Frequently, criminal proceedings and the apprehension of parliamentarians require parliamentary authorization. In certain scenarios, immunity even extends to preventing civil litigation against members of parliament.

MEANING OF IMMUNITY

Immunitas or immunitatis has its roots in the Latin adjective "immunis", meaning: "not bound" "free from obligation", "disengaged" "making no return", "without payment" "making no contribution", "untaxed", and, figuratively, "free from", "devoid of" "apart from", "without". In turn, the adjective immunis has its root in the noun munus, whose complex meaning was "gift", "obligation", "duty".¹ It gave many interpretations to the idea of immunity, governing public life by imposing alternatives like exemptions from service, obligation, or military duty. Due of its varied significance in the fields of finance and medicine, the idea later developed into one that was quite complex. The medical meaning persisted as the dominant one up to the start of the early modern era, uninterrupted and unimpaired by other domains. The idea entered politics in the latter half of the eighteenth century. Immunity became more significant and became a catchphrase as a result of its ability to function as a metaphor. After its introduction to politics, intense emotive discussions over the boundaries and purposes of immunity have persisted to the present. Applied to history, parliamentary immunity has its roots in the unequal political and legal relationship between the absolute power of the king and the parliament.² The French Revolution of 1789 gave birth to the idea of immunity³, through the term "inviolability". The two decrees, *Les Decrets des 23 juin 1789 et 26 juin 1790*, initiated by Mirabeau opened a new file of history, standardizing the French two-tier model of parliamentary immunity. This time in history, or the "turning point," as Kosel-

- 1 'Latin Synonyms 1839: Lewis Ramshorn (Trans. Francis Lieber): Free Download, Borrow, and Streaming: Internet Archive'. <<https://archive.org/details/latin-synonyms-1839-03>> [Last seen 29 March 2023].
- 2 Directorate General for research, 'Parliamentary Immunity in the Member States of the European Community and in the European Parliament'.
- 3 William Rogers Brubaker, 'The French Revolution and the Invention of Citizenship' (1989) 7 French Politics and Society 30 <<https://www.jstor.org/stable/42844105>> [Last seen 29 March 2023].

leak commonly refers to it, is when immunity acquired its contemporary implications.

PARLIAMENTARY IMMUNITY AND ITS EXTENSION

The narrative is set up in such a way that the historical notion of parliamentary immunity could be characterised by a gradual evolution, both in meanings and domains, and that this gradual evolution could be seen in the way the notion of immunity transposed from philosophy to the field of history philosophy. Immunity has been referred to be a transitory notion that has had varying definitions across several fields since the seventeenth century. In Koselleck's opinion, the concept's entry into the sphere of medicine makes it easier to understand its significance. In order to explain how smallpox affects the human body, Dutch physician Van Sweiten first employed *immunitas* in 1775⁴, which is when the term first appeared in medicine.

The term "immunity" has come to be widely recognised in the parliamentary setting as the meaning of parliamentary privilege over the ages. This privilege, granted to the entire House of Representatives and not just to the members, was intended to give the members of the body the framework they would need to use their institutional functions without interference and, in other words, to be exempt from the application of ordinary law. Erskine May's *Treatise on the Law, Privilege, Procedures and Use of Parliament*⁵, popularly known as the "parliamentary bible," one of the most significant works on British par-

liamentary procedure, which was first published in 1844 and later updated, provides evidence in favour of this claim. The use of parliamentary immunity has always represented the separation of powers between the legislative and executive branches in terms of roles and responsibilities. Given this, the relationship between politics and philosophy is constructed in light of an understanding of how parliamentary immunity and the separation of powers affect one another.

PARLIAMENTARY PRIVILEGE

The idea of "parliamentary privilege" is another one that embraces the notion of "popular sovereignty," emphasising that lawmakers are the representatives of the will of the people. The people are the masters who hold the legislators, who are their employees, accountable, hence parliamentary immunity should in no way keep the representatives from the people. In a nutshell, parliamentary immunity is a mechanism that ensures that legislators and voters are integrated rather than separating them from their constituency. The idea of popular sovereignty also implies the need for a safeguard against "self-dealing". This phrase was first coined by Josh Chavetz in his book *'Democracy's Privileged Few'*⁶, which made the case that legislative self-dealing is inevitable when legislators prioritise their own interests over the interests of the people. In a similar vein, Anthony Downs discussed the intrinsic motive of representatives in his book *'An Economic Theory of Democracy'*, contending that they prioritise their own interests above the well-being of society.⁷

The defence of citizens' rights is another

4 Jay Odenbaugh and Paul Griffiths, 'Philosophy of Biology' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/biology-philosophy/>> [Last seen 29 March 2023].

5 Thomas Erskine May, WR McKay and Frank Cranmer, *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament* (LexisNexis UK 2004); Edited Harry Evans, 'Odgers' *Australian Senate Practice – Twelfth Edition*; Robert Blackburn and others, *Griffith and Ryle on Parliament: Functions, Practice and Procedures* (2003).

6 'Introduction | Democracy's Privileged Few: Legislative Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitutions | Yale Scholarship Online | Oxford Academic' <<https://academic.oup.com/yale-scholarship-online/book/22563/chapter-abstract/182897038?redirectedFrom=fulltext>> [Last seen 6 April 2023].

7 Anthony Downs, 'An Economic Theory of Political Action in a Democracy' (1957) 65 *Journal of Political Economy* 135 <<https://www.jstor.org/stable/1827369>> [Last seen 6 April 2023].

matter governed by popular sovereignty. The separation of powers between the executive and legislative branches of government is the best way to guarantee that all rights are sufficiently protected and not violated in this regard. In this instance, the theory of the separation of powers as seen through the lens of philosophy is turned into parliamentary immunity or privilege. This connection can be understood by referring to Montesquieu's defence of the separation of powers, *Esprit des Lois* (1748).⁸ The division of powers, which emerged as a response to the royal absolutism of the eighteenth century, was viewed as the guarantee of an open and moderate government, the means by which "le pouvoir arrête le pouvoir" and the protection of freedom are appropriately gained. In this sense, parliamentary immunity or privilege is viewed as an essential component in defining the separation of powers and as the force sustaining the various political system. Hence, in the context of the separation of powers, parliamentary privilege should ensure the clear separation of powers and enable the parliament to function without interference by external threats.

IMMUNITY AND PRIVILEGES

In general, immunity is protection against something. There are "immunities" from taxation, "immunities" from the arrest of witnesses, judges, and legislators, and other things in legalese. However, it should be remembered that a legal "immunity" can always be broken. There is no perfect legal immunity. Legal regulations can be broken because it is in their nature.⁹ Use of the term Immunity as correlative to No Power is simply an operational idea. When someone

is immune, their rights cannot be changed by another person. Disability is defined as the inability to alter legal privileges. The fundamental distinction between rights and privileges, as well as between powers and immunities, is the same. A privilege is someone's exclusion from another person's right claim, whereas a right is an affirmative claim made against another person.

THE PARLIAMENTARY IMMUNITY AND PRIVILEGES

Immunity and privilege are related concepts in parliamentary proceedings, but they are different in their scope and application.¹⁰ Parliamentary privilege refers to a set of legal rights and immunities that protect the members of parliament from legal action for the things they say or do in the course of their duties as representatives.¹¹ Parliamentary privilege includes the freedom of speech and debates, the freedom from arrest during their attendance in Parliament or state legislature, and the power to punish for contempt of the House. Parliamentary immunity, on the other hand, specifically refers to the protection granted to members of Parliament and state legislatures from any legal proceedings against them for anything said or any vote given by them in Parliament or the state legislature. Parliamentary immunity is a subcategory of parliamentary privilege that provides protection to elected representatives while they perform their legislative duties. Parliamentary privilege is a broader concept that encompasses various rights and immunities granted to members of parliament, while parliamentary immunity is a specific type of privilege that protects elected representatives from legal action for their words and actions in the legislature. The difference between parliamenta-

8 Mark R Rutgers, 'Public Administration and the Separation of Powers in a Cross-Atlantic Perspective' (2000) 22 *Administrative Theory & Praxis* 287 <<https://www.jstor.org/stable/25611434>> [Last seen 6 April 2023]. "plainCitation": "Mark R Rutgers, 'Public Administration and the Separation of Powers in a Cross-Atlantic Perspective' (2000).

9 Albert Kocourek, "'Privilege' and 'Immunity' as Used in the Property Restatement" *LOUISIANA LAW REVIEW*.

10 Canberra corporateName=Commonwealth Parliament; address=Parliament House, 'CHAPTER 2 | Parliamentary Privilege: Immunities and Powers of the Senate' <https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Odgers_Australian_Senate_Practice/Chapter_02> [Last seen 31 May 2023].

11 *Ibid.*

ry immunity and privileges can be understood in terms of the types of legal concepts involved: immunity involves the absence of a duty or liability, while privileges involve the presence of positive legal rights and powers.

TWO FORMS OF IMMUNITY: (I) NON – ACCOUNTABILITY & (II) INVIOABILITY

“Non-accountability” refers primarily to the freedom of expression and of the parliamentary vote in a parliamentary setting.¹² The most common type of parliamentary immunity is this one. Parliamentarians who practise non-accountability are not subject to legal consequences for their statements and voting actions in the assembly to which they are elected. Non-accountability is typically an absolute in both time and space. This means that any legal action is permanently barred and that it will continue to apply even after the completion of their contract. And last, non-accountability is typically neither lifted by parliament nor relinquished by a single member.

Inviolability refers to protection against legal action, detention, and measures of prosecution or investigation that are not directly related to a member’s duties in the legislature.¹³ In other words, non accountability does not cover issues that are covered by inviolability. While inviolability does not exist everywhere and its exact breadth varies greatly between systems, non-accountability is a trait of parliamentarianism that is nearly universal. In some cases, inviolability may extend to behaviours that have nothing to do with the parliamentary mandate, such as stealing or traffic violations. In other systems, inviolability does not apply unless there is a specific link between an act and parliamentary action. The ramifications of inviolability also vary:

they range from the prohibition of arrest and detention to a general prohibition of all legal action, civil and criminal, and of all investigative techniques like home searches or wiretaps. Inviolability typically has a time restriction as contrasted to non-accountability. It frequently only applies while parliament is in session and typically expires when the parliamentary mandate expires. This means that it merely has a suspense impact; even in cases when inviolability prevents an MP from being detained or prosecuted while serving on a committee, he may still be detained and charged with a crime committed while serving on the committee after his term has finished. Moreover, inviolability may typically be lifted by parliament at the request of the prosecuting authorities.

HISTORICAL BACKGROUND OF PARLIAMENTARY IMMUNITY AND PRIVILEGE

The United Kingdom is an unavoidable option to portray the multiplicity of parliamentary immunity systems. Second, most countries with a history of British colonialism, such as the USA, Canada, Australia, New Zealand, and India, uphold a Westminster-type privilege. The most significant privilege in certain Commonwealth nations is still based on Article 9 of the Bill of Rights from 1689¹⁴, which essentially guarantees freedom of expression in parliament. The British system of parliamentary privilege is one of the most important systems of parliamentary immunity in the world.

England

The English Parliament’s session from 12th January to 12th February 1397 is when parliamentary immunity first came into existence. During this time, the House of Commons passed a bill

12 ‘Parliamentary Privilege – First Report’ <<https://publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jt-priv/43/4306.htm>> [Last seen 31 May 2023].

13 ‘REPORT ON THE SCOPE AND LIFTING OF PARLIAMENTARY IMMUNITIES’ <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=C-DL-AD\(2014\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=C-DL-AD(2014)011-e)>.

14 ‘Bill of Rights 1689’ <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collections-glorious-revolution/billofrights/>> [Last seen 10 April 2023].

criticizing the scandalous practises of Richard II of England's court as well as the resulting excessive financial burdens.¹⁵ Thomas Haxey, the group member who had originally proposed this direct action against the king and his court, was tried for treason and found guilty, and he was given the death penalty. But, as a result of pressure from the Commons, a royal pardon prevented the punishment from being executed.¹⁶ Due to this incident, there was discussion in the House of Commons over whether or not lawmakers should be able to discuss and debate issues in total autonomy and independence without intervention from the monarchy. As a result, Article 9 of the Bill of Rights, which was adopted in 1689¹⁷, confirmed the right to free speech that had been introduced into the House of Commons at the beginning of the sixteenth century. This provision explicitly shields the speeches and actions of members of parliament from any outside interference or dispute. A thorough investigation of immunity systems should naturally begin with the British concept of parliamentary privilege. The Westminster Parliament is not only referred to as "the mother of all parliaments," but its privileges system stretches almost as far back as the formal beginnings of English legislative in the middle Ages.¹⁸ First, Westminster-type parliamentary immunity is distinct from other forms of parliamentary immunity in Europe due to the common law nature of its legal structure and the absence of a codified constitution.

The right to be free from arrest has its roots in ancient England, although as was already indi-

15 'Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament and the Member States of the European Union' <<https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Rule/RulesParlImmunity.pdf>>

16 Paul Seaward, 'Yonge, Haxey, and the Privilege of Freedom of Speech in Parliament – Reformation to Referendum: Writing a New History of Parliament' (*The History of Parliament*, 7 April 2020) <<https://historyofparliamentblog.wordpress.com/2020/04/07/yonge-haxey-and-the-privilege-of-freedom-of-speech-in-parliament/>> [Last seen 11 April 2023].

17 'Bill of Rights 1689' (n 14).

18 Cecilia Mbewe, 'Half-Yearly Review of the Association of Secretaries General of Parliaments' <<https://www.asgp.co/sites/default/files/CPI%20review%20211%20Lusaka%20March%202016.pdf>>.

cated, this privilege there was primarily associated with policies that limited personal freedom brought on by civil actions. During the Revolution of 1789, it was decided that Parliamentarians in France should not be held accountable for any beliefs they may have stated while carrying out their individual responsibilities. Following the declaration of the privilege barring the incrimination of Assembly members without the latter's authorization in a decree dated 26 June 1790; this non-liability was established by the infamous decree of 23 June 1789, which was accepted on a suggestion by Mirabeau.¹⁹

The foundation of this immunity system is already laid out in the Constitution of 1791, which states that "[Representatives of the Nation] may, for criminal acts, be arrested in flagrante delicto or pursuant to an arrest warrant; but the legislative body will be notified thereof without delay, and proceedings may not be continued until the legislative body has determined that charges should be brought".²⁰ The National Assembly and its members' position of superiority over other State bodies, which they attained during the Revolution, with the exercise of powers that are a reflection of the principle of national sovereignty, is closely linked to the considerably wider scope of parliamentary privileges in France, which were only partially derived from the English model.

France

The French model, with its dual features of non-liability and inviolability, seems to have had the most influence on other countries in continental Europe, where parliamentary immunity was also becoming recognised. On a comparative scale of immunity, the French system can be said to be one of the "extremes"; the immunity of members of the French National Assembly and

19 Emmanuelle de Champs (ed), 'Reflections for the Revolution in France', *Enlightenment and Utility: Bentham in France, Bentham in France* (Cambridge University Press 2015) <<https://www.cambridge.org/core/books/enlightenment-and-utility/reflections-for-the-revolution-in-france/681D8DBDACEEC312327A39226D36B049>> [Last seen 11 April 2023].

20 The Constitution of 1791.

Senate stands in stark contrast to other systems, like those of the UK or the Netherlands, which do not grant this extra-professional layer of immunity for crimes unrelated to the exercise of parliamentary mandate. It is natural and essential to include a system that is near the top of a scale of immunity protection for a comparative study with the objective of examining and comparing the many legislative and constitutional possibilities in the field of parliamentary immunity.²¹

Several nations on the European continent give their parliamentarians comparable or even greater degrees of protection. Nonetheless, given its capacity to be compared to the other case studies taken into consideration, France seems to be the most sensible choice. In contrast to countries where the precariousness or general novelty of the current democratic system of government would have to be taken into account in an analysis of parliamentary immunity, it is crucial that all three case studies are “established democracies” and share a comparable socio-political situation.²² Last but not least, like the UK, France was one of the historical pioneers in the development of parliamentary immunity systems and was also one of the most powerful colonial powers. Since 1789, “all types of forms of administration have been explored” in France, which has been called a “constitutional laboratory.” The study of French parliamentary immunity is worthwhile given this constitutional instability and the surprisingly long-lasting presence of parliamentary immunity, initially instituted in the early days of the Revolution.²³ A thorough examination of all historical immunity regimes is not only beyond the purview of this study, but is

also impossible due to the sheer number of constitutions and types of government France has seen since 1789.

Netherland

Initially, it was unlikely that there would be a dispute around immunity in the Netherlands because Dutch legislators’ immunity is much less extensive than that of their counterparts in the majority of other nations. One may anticipate difficulties in systems where immunity is perceived to be unfairly broad, when it appears to create unduly privileged political elite and elevates politicians beyond the law. This is scarcely true of the Dutch immunity system, which is why for the most of its existence it has attracted little notice and generated even less controversy. However, in recent years, the Dutch immunity system has been the subject of discussion and controversy, most of which has been sparked by some statements made by the far-right politician Geert Wilders. Wilders was cleared of all charges, including those of inciting racial hatred, but the mere possibility of his prosecution and trial sparked debate over parliamentary immunity. Because the alleged statements were made outside of parliament and did not fall under the purview of non-accountability, Wilders was not protected. The question of whether the Dutch system of immunity is sufficient or whether it would be conceivable and desirable to increase its scope arose as a result of this.²⁴ This debate has brought parliamentary immunity into the public and academic spotlight, setting the Netherlands apart from most other nations where public opinion hardly demonstrates much enthusiasm for the existing immunity regime, much less for expanding it. The attention that parliamentary immunity recently got in the Netherlands after leading a “dormant existence” for much of the 20th century was significant in prompting this comparative analysis.²⁵

21 ‘The National Assembly In The French Institutions’ <<https://www.agora-parl.org/sites/default/files/agma-documents/The%20National%20Assembly%20in%20the%20French%20Institutions.pdf>>.

22 ‘Parliamentary Immunity: Protecting Democracy or Protecting Corruption? – Wigley – 2003 – Journal of Political Philosophy – Wiley Online Library’ <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9760.00165>> [Last seen 11 April 2023].

23 Marina Valensise, ‘The French Constitution in Prerevolutionary Debate’ (1988) 60 *The Journal of Modern History* S22 <<https://www.jstor.org/stable/1880369>> [Last seen 11 April 2023].

24 Sascha Hardt, ‘The Case against the Introduction of “Political Immunity” in the Netherlands’ <https://www.montesquieu-instituut.nl/9353262/d/policypaper/policy_paper_04.pdf>

25 Remco Nehmelman and Max Vetzo, ‘Freedom of Speech under Attack: Extension of Parliamentary Im-

The privileges of the Commons evolved over a far longer and more complicated period of time than those of the Lords, who “enjoy their privileges merely because of their immemorial function in Parliament as counsellors of the Sovereign.”²⁶ Since the Commoners were not initially a part of the feudal chain of interdependencies, each of whose members quite naturally possessed a certain degree of authority and freedom towards the other (though of course never entirely unopposed), this may be plausible. The Speaker of the House petitions the King at the start of every new Parliament, requesting that the monarch grant the House certain privileges, including “freedom of speech in debate, freedom from arrest, freedom of access to His Majesty whenever occasion shall require; and that the most favourable construction shall be given to the proceedings of the House of Commons.” Today, this tradition is still upheld, albeit mainly as a formality. The Lord Chancellor, appointed by the monarch in accordance with letters patent, responds to the petition on behalf of the Queen by stating that “Her Majesty most readily confirms all the rights and privileges which have ever been granted to or conferred upon the Commons, by Her Majesty or her royal predecessors.” In the past, granting royal approval to a privilege was not always simple; it took centuries before the petition was reduced to a ceremonial component of the first meeting of a new Parliament.²⁷

India

The British East India Company established its first trading post in India in 1600,²⁸ and over time, British officials began to exercise powers of governance over Indian territories. The members of parliament enjoyed a certain degree of immunity from arrest and prosecution, but this was not

formally codified until the 17th century. The Bill of Rights²⁹ established that members of parliament were not to be arrested or prosecuted for anything said or done in the course of their parliamentary duties without the permission of the House of Commons. This privilege was later extended to members of the House of Lords. There was no formal system of parliamentary immunity or privilege in India. However, British officials, including those in India, enjoyed certain immunities and privileges, which were gradually extended to members of the legislative assemblies. The Indian Councils Act of 1861³⁰ introduced limited forms of immunity and privilege for members of the legislative councils. This act granted members the freedom of speech, the right to vote, and the right to discuss matters of public interest. However, this immunity did not extend to criminal proceedings or arrests. The Indian Councils Act of 1892³¹ expanded the scope of parliamentary privilege and immunity, granting members the right to be present at all meetings of the council, the right to vote on all questions put before the council, and the right to express their opinions without fear of legal consequences.

Under the 1919 Act,³² a separate chapter on the powers and privileges of the Legislative Councils and the Central Legislative Assembly was introduced. The chapter outlined the powers and privileges that were to be enjoyed by these legislative bodies and their members. These powers included the power to regulate their own procedure and conduct, the power to punish members for breaches of privilege, and the power to require the attendance of witnesses and the production of documents.

The 1935 Act³³ made further developments to the immunity and privileges of the legisla-

munty' [2009] Eleven international publishing 77.

26 'Parliamentary Privilege – First Report' (n 12).

27 'Parliamentary Privilege' <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/79390/consultation.pdf>.

28 'British East India Company' <https://www.cs.mcgill.ca/~rwest/wikispeedia/wpcd/wp/b/British_East_India_Company.htm> [Last seen 31 May 2023].

29 'Bill of Rights 1689' (n 14).

30 'Indian Councils Act (1861) Was Passed by British Parliament on August 1, 1861, Which Altered the Composition of the Governor General's Council for Executive and Legislative Purposes.'

31 'The Indian Council Act of 1892 Was Introduced by the British Parliament to Amend the Existing Constitutional Provisions in the Country.'

32 'The Government of India Act 1919 (9 & 10 Geo. 5. c. 101).'

33 'Government of India Act, 1935.'

tive bodies and their members. The Act provided for the establishment of a separate committee known as the Privileges Committee to inquire into any breach of privilege and recommend punishment. The Act also extended the immunity enjoyed by the members of the legislative bodies to their aides and servants. The Constituent Assembly had to grapple with the question of how to balance the need to protect the freedom of speech and action of the members of the legislative bodies³⁴ with the need to ensure accountability and transparency. There were concerns that the immunity and privileges granted to the members of the legislative bodies could be used to shield them from scrutiny and accountability. To address these concerns, the Indian Constitution included provisions on the powers and privileges of the legislative bodies and their members. Article 105³⁵ of the Constitution provides that the members of Parliament shall have the freedom of speech in Parliament and shall not be liable to any proceedings in any court for anything said or any vote given by them in Parliament or any committee thereof. Article 105(2) provides that the members shall not be protected from any proceedings in relation to any speech or vote given by them outside Parliament. Similarly, Article 194(3)³⁶ provides that the members shall not be protected from any proceedings in relation to any speech or vote given by them outside the House.

CONCLUSION

The evolution of parliamentary immunity and privilege has been a dynamic process shaped by historical, political, and legal developments.³⁷ From its ancient origins to the modern era, the

concept of parliamentary immunity has played a vital role in safeguarding legislators' independence and fostering democratic governance. Likewise, parliamentary privilege has provided the necessary tools for effective legislative functioning and the protection of democratic principles.³⁸ This conclusion summarizes the key findings and implications of the evolution of parliamentary immunity and privilege. Throughout history, parliamentary immunity has undergone significant transformations. In its early stages, immunity primarily served to protect lawmakers from external interference and retribution, allowing them to speak freely without fear of repercussions. Over time, the concept expanded to encompass a broader range of actions and activities, including legislative acts, statements, and votes. The underlying principle behind parliamentary immunity is to uphold the freedom of speech and expression, which are essential for democratic debate and representation.³⁹ However, the evolution of parliamentary immunity has not been without challenges. The delicate balance between protecting legislators' independence and ensuring accountability has led to ongoing debates and occasional controversies. Critics argue that excessive immunity can enable abuse and impunity, allowing legislators to act with impunity for illegal or unethical conduct. Striking the right balance between immunity and accountability remains a complex task, requiring constant vigilance and adaptation to changing societal norms and expectations.

34 'Constituent Assembly Debates On 2 December, 1948 Part I' <<https://indiankanoon.org/doc/1389880/>> [Last seen 7 June 2023].

35 'The Constitution of India' <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/15240/1/constitution_of_india.pdf>.

36 *Ibid.*

37 Ciprian Negoită, 'Immunity: A Conceptual Analysis for France and Romania' (2015) 10 Contributions to the History of Concepts 89 <<https://www.jstor.org/stable/26373810>> [Last seen 11 April 2023].

38 'Parliamentary Privilege – First Report' (n 12).

39 'Privileges and Immunities – Parliamentary Privilege: A Definition' <<https://www.ourcommons.ca/marleumontpetit/DocumentViewer.aspx?Language=E&Print=2&Sec=Ch03&Seq=2>> [Last seen 7 June 2023].

BIBLIOGRAPHY:

1. 'Bill of Rights 1689' <<https://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/collections1/collections-glorious-revolution/billofrights/>> [Last seen 10 April 2023].
2. Blackburn R and others, *Griffith and Ryle on Parliament: Functions, Practice and Procedures* (2003)
3. 'British East India Company' <https://www.cs.mcgill.ca/~rwest/wiki-speedia/wpcd/wp/b/British_East_India_Company.htm> [Last seen 31 May 2023].
4. Brubaker WR, 'The French Revolution and the Invention of Citizenship' (1989) 7 French Politics and Society 30 <<https://www.jstor.org/stable/42844105>> [Last seen 29 March 2023]
5. 'Constituent Assembly Debates On 2 December, 1948 Part I' <<https://indiankanoon.org/doc/1389880/>> [Last seen 7 June 2023].
6. Directorate General for research, 'Parliamentary Immunity in the Member States of the European Community and in the European Parliament'.
7. Downs A, 'An Economic Theory of Political Action in a Democracy' (1957) 65 Journal of Political Economy 135 <<https://www.jstor.org/stable/1827369>> [Last seen 6 April 2023].
8. Evans EH, 'Odgers' Australian Senate Practice – Twelfth Edition'.
9. 'Government of India Act, 1935'.
10. 'Indian Councils Act (1861) Was Passed by British Parliament on August 1, 1861, Which Altered the Composition of the Governor General's Council for Executive and Legislative Purposes.'
11. 'Introduction | Democracy's Privileged Few: Legislative Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitutions | Yale Scholarship Online | Oxford Academic' <<https://academic.oup.com/yale-scholarship-online/book/22563/chapter-abstract/182897038?redirectedFrom=fulltext>> [Last seen 6 April 2023].
12. Kocourek A, "Privilege" and "Immunity" as Used in the Property Restatement' LOUISIANA LAW REVIEW.
13. 'Latin Synonyms 1839 : Lewis Ramshorn (Trans. Francis Lieber) : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive' <<https://archive.org/details/latin-synonyms-1839-03>> [Last seen 29 March 2023].
14. May TE, McKay WR and Cranmer F, *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings, and Usage of Parliament* (LexisNexis UK 2004)
15. Mbewe C, 'Half-Yearly Review of the Association of Secretaries General of Parliaments' <<https://www.asgp.co/sites/default/files/CPI%20review%2021%20Lusaka%20March%202016.pdf>>
16. Negoitã C, 'Immunity: A Conceptual Analysis for France and Romania' (2015) 10 Contributions to the History of Concepts 89 <<https://www.jstor.org/stable/26373810>> [Last seen 11 April 2023].
17. Odenbaugh J and Griffiths P, 'Philosophy of Biology' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2022, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2022) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2022/entries/biology-philosophy/>> [Last seen 29 March 2023].
18. 'Parliamentary Immunity: Protecting Democracy or Protecting Corruption? – Wigley – 2003 – Journal of Political Philosophy – Wiley Online Library' <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1467-9760.00165>> [Last seen 11 April 2023].
19. 'Parliamentary Privilege – First Report' <<https://publications.par->

- liament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4306.htm [Last seen 31 May 2023].
20. Paul Seaward, 'Yonge, Haxey, and the Privilege of Freedom of Speech in Parliament – Reformation to Referendum: Writing a New History of Parliament' (*The History of Parliament*, 7 April 2020) <<https://historyofparliamentblog.wordpress.com/2020/04/07/yonge-haxey-and-the-privilege-of-freedom-of-speech-in-parliament/>> [Last seen 11 April 2023].
 21. 'Privileges and Immunities – Parliamentary Privilege: A Definition' <<https://www.ourcommons.ca/marleaumontpetit/DocumentViewer.aspx?Language=E&Print=2&Sec=Ch03&Seq=2>> [Last seen 7 June 2023].
 22. Remco Nehmelman and Max Vetzo, 'Freedom of Speech under Attack: Extension of Parliamentary Immunity' [2009] Eleven international publishing 77.
 23. 'REPORT ON THE SCOPE AND LIFTING OF PARLIAMENTARY IMMUNITIES' <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)011-e)>
 24. 'Rules on Parliamentary Immunity in the European Parliament and the Member States of the European Union' <<https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Rule/RulesParlImmunity.pdf>>
 25. Rutgers MR, 'Public Administration and the Separation of Powers in a Cross-Atlantic Perspective' (2000) 22 *Administrative Theory & Praxis* 287 <<https://www.jstor.org/stable/25611434>> [Last seen 6 April 2023].
 26. Sascha Hardt, 'The Case against the Introduction of "Political Immunity" in the Netherlands' <https://www.montesquieu-instituut.nl/9353262/d/policypaper/policy_paper_04.pdf>
 27. 'The Constitution of India' <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/15240/1/constitution_of_india.pdf>
 28. 'The Government of India Act 1919 (9 & 10 Geo. 5. c. 101).'
 29. 'The Indian Council Act of 1892 Was Introduced by the British Parliament to Amend the Existing Constitutional Provisions in the Country.'
 30. 'The National Assembly In The French Institutions' <https://www.agora-parl.org/sites/default/files/agora_documents/The%20National%20Assembly%20in%20the%20French%20Institutions.pdf>
 31. Valensise M, 'The French Constitution in Prerevolutionary Debate' (1988) 60 *The Journal of Modern History* S22 <<https://www.jstor.org/stable/1880369>> [Last seen 11 April 2023].

ADVANTAGES OF MEDIATION IN CIVIL DISPUTES

Mikheil Bichia

*Doctor of Law, Professor at European University,
Visiting Lecturer at Ivane Javakhishvili Tbilisi
State University,
Expert in accreditation of higher education programs,
Lawyer, Mediator, Georgia*

ABSTRACT

The paper is devoted to the features and advantages of using mediation in civil disputes. First of all, the article discusses the experience of some foreign countries (Germany, Lithuania, Estonia, etc.) in the field of mediation, and then aims to determine whether Georgian mediation is based on the model of any country or whether it differs in any specifics in Georgia.

The article discusses the unique and extensive possibilities of mediation in resolving civil disputes. Consideration of the case in court is based on the consideration of legal issues, mediation is not limited to the consideration of legal issues; Non-legal aspects can also be analyzed during mediation. Thus, it is a flexible and informal process that gives the parties maximum freedom to discuss any issue of interest to them and takes into account their interests. The mediation process can be limited only by the interests of the parties and the mediator's creative methods. In this way, the parties have control over the process and results of mediation.

The paper confirms that mediation in Georgia is based on a rather narrow model. In fact, the Georgian legislator lays the development of mediation on practice and gives freedom of action to the mediator, although he stipulates that this freedom is limited by the will of the parties. Accordingly, the mediation process should be carried out in compliance with the principle of voluntariness of the parties.

Mediation is particularly attractive to businesses because of its benefits. For the parties, the confidentiality of the mediation process,

saving time and financial resources, maintaining economic relations between the parties, focusing on positive aspects, and a favorable situation for both parties are important. Mediation is aimed at the self-determination of the parties, which helps to prepare the necessary ground for the settlement of the dispute. In addition, mediation can help prevent future disputes.

KEYWORDS: Advantages of Mediation, Flexibility, A process based on personal interests of parties

INTRODUCTION

One of the most important ways to resolve civil disputes is mediation. Mediation is interesting in the context of long and intense civil litigation.

The purpose of the paper is to determine the economic and legal consequences of mediation. This should be especially noticeable for the business sector. Therefore, it is necessary to determine what are the consequences of timely consideration of business disputes in order to avoid negative economic consequences and for the sake of fairness. In this context, it is necessary to study how mediation is characterized, how it differs from the consideration of a case in court. Therefore, it is important to explore both the advantages and disadvantages of mediation.

One of the most common ways to resolve civil disputes is to consider the case in court, however, in addition to its positive aspects, it is also characterized by some negative features. That is why it is advisable to study the institution of mediation and find out its significance.

In addition, different models of mediation operate in a given country. It is interesting to know what is the experience of foreign countries in the field of mediation and how specific mediation is in these countries. At the end of 2019, Georgia adopted the Mediation Law, which proposed several general rules for conducting mediation. In this context, it should be clarified on what model the Georgian version of mediation is based – whether Georgia took into account the model of only

one country, whether it shared a mixed model or formulated a specific rule for it.

The scientific article is also interesting in the protection of fiduciary relations in the process of mediation and new legislative changes. In this regard, it should be determined how fully the scope and possibilities of mediation have been studied and what role mediation plays in the process of resolving civil disputes.

1. MEDIATION MODELS IN A SOME FOREIGN COUNTRIES

In general, there are four models of mediation: 1. Fully voluntary mediation, when the parties turn to the mediator for any dispute that they could not resolve on their own. In this case, mediation does not require a law; 2. Voluntary mediation with certain incentives and sanctions. In this case, the parties are encouraged to use mediation, which is practice-oriented. This model requires a mediation law; 3. A mandatory initial mediation session, where the parties must attend an initial meeting with the mediator, free of charge or for a reasonable fee, to determine eligibility for mediation. This model also requires a legal framework for mediation; 4. Fully obligatory mediation. The parties must attend the mediation process and pay for the entire mediation process as a precondition for going to court. The mandatory aspect refers only to full participation in the process, while reaching a settlement is always voluntary.¹

There are also broad and narrow models of mediation regulation.¹ In countries where mediation is widely regulated, the procedures are regulated in detail. These countries usually have a Mediation Law that broadly regulates issues related to the mediation process, as well as the relationship between mediation and other legal professions. This model is based on Austria, where the Civil Mediation Act is in force. France follows the same model, although in France the Civil Code, the Code of Civil Procedure, the Code of Criminal Procedure and the Labor Code directly deal with the mediation process.²

As for the narrow (limited) model, in this case the mediation process is not regulated in detail. This is due to the fact that the regulation of everything will hinder the development of the institution of mediation and limit it. In addition, mediation is an event that goes beyond the norms of civil procedural law, and its inclusion in its framework implies a limitation of the process. Countries that share this model do not establish procedural rules for mediation and obligations to train mediators, which are considered to be regulated by private initiatives.³

1.1. Germany

The term “mediation” may come from the Greek word “medos” (meaning “mediator”, “neutral”, “impartial”) and the Latin root verb “mederi” (meaning “to heal”) or “mediatio” (to mediate). From this point of view, the mediator is the mediator who, through his impartial mediation, helps the parties to the dispute to resolve it. Mediation is an alternative dispute resolution method that was first scientifically substantiated in the United States in the 1960s and 70s by employees of Harvard University and has since been used in many areas of life. Mediation is a procedure or method characterized by the constituent

principles of voluntariness, autonomy and openness to results and carried out by a neutral, objective mediator (mediator). In the modern scientific, differentiated understanding, the history of mediation begins in the 1960s and 70s, although the idea of resolving disputes through the mediation of a neutral third party as an intermediary has a thousand-year tradition of many peoples. Thus, mediation is not a new phenomenon of the 20th century; However, only in the last forty-fifty years has there been a scientifically based and differentiated discussion of this possibility of resolving disputes, primarily in the United States and then in Europe.⁴

In Germany, mediation has been used only in certain areas since the early 1980s, but today it applies to a wide range of disputes. Mediation is used, for example, in family law, building law, environmental protection, tenancy and neighborhood disputes, employment law, business, schools, intercultural and other disputes. Certain requirements must be met in some areas. For example, a mediator in school mediation requires special skills than in environmental or business mediation, although the same principles are, of course, always present in all disciplines. Therefore, in Germany mediation has developed in almost all social and public spheres as an alternative to the classical litigation, or at least as an alternative to “prior dispute resolution”, and in some cases has become firmly established. Compared to other countries such as Switzerland, Germany does not appear to have made a major effort to incorporate mediation rules into procedural law. In Switzerland, in the modern era, it was decided to reflect the rules on mediation in civil procedural law. In 2004, Austria passed the Civil Law Mediation Act, which gave Austria a pioneering role in the legal strengthening of mediation in the German world.⁵

The main reason for the introduction and promotion of mediation was to reduce legal costs in

1 De Palo, G., D URSO, L. (2016). In: The Implementation of the Mediation Directive, Workshop, Research Administrator Responsible: Raffaelli R., p. 11.

2 Hopt, J. K, Steffek, F. (2013), Mediation Principles and Regulation im Comparative Perspective, Oxford, p. 17.

3 *Ibid*, p. 63.

4 Lewinski-Reuter V., Mediation, In: Glossar Kulturmanagement, V. Lewinski-Reuter, S. Lüdemann (Hrsg.), Wiesbaden, 2011, S. 254.

5 Lewinski-Reuter V., Mediation, In: Glossar Kulturmanagement, V. Lewinski-Reuter, S. Lüdemann (Hrsg.), Wiesbaden, 2011, S. 255.

Germany. Along with other justice reforms, Germany introduced and developed the institution of mediation.⁶ Thus, the emergence of the institution of mediation was, as it were, considered as part of the function of implementing justice.

Initially, there were three forms of mediation process in the federal state of Germany:

1) so-called “Gerichtsexterne Mediation” (Gerichtsexterne Mediation), which was perceived as a process completely independent of legal proceedings and launched on the basis of a private initiative;

2) so-called “Mediation in court” (Gerichtsnahhe Mediation). Indeed, it is institutionally connected with the process taking place inside the court (administration of justice), but it is not independent of the court as a state institution;

3) Mediation within the court (Gerichtsinterne Mediation), which was both personally and territorially connected with the court and the civil process.⁷

Alternative dispute resolution includes elements of both procedural and substantive law in Germany. From material law, the norms of general contract law are used. The new German Mediation Law, which shares the European Mediation Directive, came into force in July 2012.⁸

The German mediation law recognizes that the court does not have the right to refer an ongoing dispute to external mediation, but may refer a pending case to judicial mediation.⁹ However, German law encourages the parties to reach an amicable settlement of the dispute and use litigation as a last resort. According to section

15a of the German Code of Civil Procedure, parties must first try alternative dispute resolution before starting legal proceedings.¹⁰

However, approaches to prioritizing the use of mediation differ across German states. For example, 20% of cases in the Keele District Court go to mediation. Out of 70% of such cases, an agreement between the parties is reached only in 15%. If we take other courts, then here the data is significantly reduced or mediation is not offered at all. It depends on the opinion of the judges. The vast majority of judges believe that they can independently resolve disputes and do not express a desire to submit disputes to mediation. However, at present, mediation in Germany is stagnant, since in court disputes are resolved quickly (5-9 months, and in mediation – about 3 months) and there is a dependence on traditional rules of legal proceedings. However, in many regions the demand for mediation is growing and the share of mediation among cases pending before the court is quite high (20%).¹¹

1.2. Lithuania

Lithuania has the Law “On the Use of Mediation in Civil Disputes”.¹² Here, the development of mediation has been driven by social peace, reduced litigation, consumer satisfaction, and time and cost savings. In Lithuania, parties and their lawyers are often offered to resolve civil or commercial disputes through mediation, especially in particularly complex cases. In 2019, the Lithuanian legislature empowered civil courts to require parties to attempt to resolve disputes through mediation when necessary. Compared with the data of 2015, when there were about 100

6 Espilugus, C., Iglesias, J. L., Palao, G. (2013). *Civil and Commercial Mediation in Europe: National Mediation Rules and Procedures*, Vol. I, Intersentia, Cambridge, p. 162.

7 Tsertsvadze G., *Mediation – an alternative form of dispute resolution (general overview)*, Tb., 2010, p. 105. .

8 Piers, M. (2014). *Europe’s Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start?* *Journal of Dispute Resolution*, No. 2, p. 287.

9 Tochtermann, P., (2013). *Mediation in Germany: The German Mediation Act Alternative Dispute Resolution at the Corossroads*, in Hopt&Steffek, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, p. 538.

10 Piers, M., (2014). *Europe’s Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start?* *Journal of Dispute Resolution*, No. 2, p. 291.

11 Gniza, I., (2017). *Practical experience and prospects in the field of German judicial mediation*, in the materials of the International Conference of Associations of Judges of the Member States of the Memorandum: *Evaluation of the performance of judges, judicial mediation and juvenile justice*, pp. 70-72.

12 *Law on Conciliatory Mediation in Civil Disputes of Republic of Lithuania*, 15 July 2008 No X-1702.

attempts to use mediation, official attempts to resolve disputes through mediation have already increased tenfold. Following the experience of Italy and other states, Lithuania took into account the obligatory nature of mediation in family cases, as well as the extension of the Lithuanian Law on Mediation to other cases.¹³

In addition, In 2005 a judicial mediation or settlement procedure was launched as a pilot in Lithuania. Summarizing the results of this program and the successes achieved with the support of the Ministry of Justice of the Republic of Lithuania, the Working Group was motivated to adopt the Judicial Mediation Rules in 2014, which entered into force on January 1, 2015. Judicial mediation applies to any civil case. According to statistics, in 2012, mediation was referred 17 times, in 2013 there were 37 such cases in mediation, in 2014 – 53, in 2015 – 123 and in 2016 – 313. The number of cases considered through mediation, doubled in recent years. If the parties agree to offer mediation, the mediator gives a written consent and the court has explained to the parties the essence of the mediation procedure, the judge must terminate the proceedings and refer the case to court mediation in Lithuania. The court also decides on the appointment or replacement of the mediator.¹⁴

1.3. Latvia

In Latvia, the Mediation Law was adopted on May 22, 2014. The adoption of this law was a step towards the development of mediation in Latvia, and mediation became official. The law strengthened the basic principles of mediation: voluntariness, confidentiality, equality and coop-

eration of the parties, neutrality and objectivity of the mediator. In addition, the law determines that the mediation process begins from the moment a written agreement is signed with the mediator, which reflects the essence of the dispute, the rights and duties of the parties and the mediator. Upon completion of the mediation process, the mediator may approve the mediation agreement, which is legally binding.¹⁵

Mediation is regulated by general law in Belgium, Estonia, Malta and Sweden. The purpose of this law is to provide for the resolution of individual and collective labor disputes. In certain cases, the general law applies to civil cases. For example, in Estonia and Latvia, mediation is used between a patient or his relatives and a medical professional. In addition, mediation is also effective here in collective labor disputes, when disagreements arise between the management of the healthcare institution and the trade union. This also applies, for example, to Belgium, Estonia, France, Malta, Great Britain. However, in Estonia, Malta and the UK, mediation is relatively rarely used in individual labor disputes between employers and healthcare professionals.¹⁶

Mediation is not widespread in Latvia, but this does not mean that parties never choose mediation to resolve their disputes. At the same time, the popularity of mediation is growing. The model of self-regulation of mediation works effectively.¹⁷ There are certain requirements for a mediator in Latvia, namely: the mediator must be at least 25 years old, have a good reputation and no criminal record, have a higher education in any field, be fluent in Latvian, and have completed at least 100 hours of mediation research. Mediation is carried out with the help of certain procedural measures in Latvia. Firstly, mediation in Latvia is

13 Simaitis, R., (2020). A new wave of Mediation in Lithuania What does it mean for Lawyers, CEE Legal Matters, 29 April, <<https://ceelegalmatters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>>

14 Gadlyauskas, R., (2017). Mediation in Lithuania, in the materials of the International Conference of Associations of Judges of the Member States of the Memorandum: Evaluation of the activities of judges, judicial mediation and juvenile justice , pp. 102-103.

15 Fedorchuk, M., (2020). Mediation: The Experience of Latvia, Mediation: Training and Society Transformation/MEDIATS of EU Program, <<https://mediats-chnu.com/mediation-the-experience-of-latvia/>> [Last seen 22.07.2023].

16 HOPE – European Hospital and Healthcare Federation (2012), Mediation in Healthcare, pp. 7-9.

17 Bertaitis, S., Marjusina, R., Olevska, I., In: Palo de G., Trevor, M. B., (Ed.) (2012). EU Mediation, Law and Practice, Oxford, pp. 218-219.

not mandatory, but the court encourages a plaintiff in a civil process to consider mediation as a dispute resolution option – at least as a possible dispute resolution tool. Accordingly, mediation is purely voluntary, although its use is encouraged by procedural rules and measures.¹⁸

1.4. Estonia

Mediation is the only way to resolve industrial (business) disputes in Estonia. Under these conditions, in 1995, the post of public mediator was created. Since its inception to the present day, the State Mediation Service has dealt with about 300 cases, 80% of which have been successfully completed.¹⁹

Mediation institutions are rarely used in Estonia. Here the law “On mediation” came into force on January 1, 2010. The Mediation Law covers both mediation and conciliation. If the court deems it reasonable and necessary, it directs the parties to participate in the mediation process, as provided for in Article 1.3 of the Mediation Law. The law covers civil disputes and does not contain a list of these cases. Accordingly, the law applies to civil cases without limitation. However, a mediation agreement here can come into force only when this agreement concerns claims related to property, and if it is not property, then when the parties reach a compromise on the subject of the dispute. The court does not have the right to approve the resolution of a dispute regarding the validity or termination of a lease agreement and the release of a place of residence located in Estonia.²⁰

Mediation contract and mediation agreement are used in Estonia. Mediation agreement can be certified by the notary to whom the parties apply. When parties have signed the mediation agreement, they are obliged to act in accordance with this agreement. Thus, this agreement contains elements of a binding legal agreement, in particular, it creates both the obligation of one party (the debtor) to perform certain actions, and the right of the other party (entitled person or obligee) to demand the performance of the action by the counterparty. The notary certifies the mediation agreement, if the parties ask for it. In case of failure to comply with the conditions, the parties must take the case to the country court. As regards financial matters, in order for the mediation agreement to be enforceable, it must be accepted by district court.²¹

2. GEORGIAN MODEL OF MEDIATION

Georgia took into account international experience and determined that it is necessary to develop and strengthen mediation, which ensures the release of the court from cases. The purpose of mediation is to help the parties resolve the dispute by mutual agreement, quickly and efficiently. Mediation will increase the efficiency of justice and save the court from cases where there is a possibility of ending the dispute by agreement of the parties. However, mediation is a flexible process that, together with the court and arbitration, emphasizes the particular importance of mediation in achieving a common goal.²²

The legislator in Georgia, on the one hand, listed the cases to which judicial mediation is applicable, and on the other hand, established the possibility of extending mediation to any dispute if there is the will of the parties. According to the law, court mediation in Georgia is used for a) fam-

18 Tvaronavile, A., Kaminskie, N., Rone, D., Uudekull, R., (2022). Mediation in the Baltic States: Developments and Challenges of Implementation, Access to Justice in Eastern Europe, Vol. 4, No. 16, pp. 76-77, <<https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-a000427>>

19 International Labour Office, (2007). Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, Geneva, p. 16, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf> [Last seen 03.7.2023].

20 <<https://iclg.com/cdr/litigation/pirkka-marja-poldvere-aivar-pily>> [Last seen 20.08.2023].

21 HOPE – European Hospital and Healthcare Federation (2012). Mediation in Healthcare, pp. 19-20.

22 Explanatory card of the law "On Mediation", registration N07-2/319/9.

ily disputes, except for adoption, cancellation of adoption, cancellation of adoption, restriction of parental rights, imprisonment, violence against women and/or domestic violence; b) on inheritance disputes; c) on neighborly disputes; d) on labor disputes, with the exception of collective disputes; on cases of realization of shared rights; e) property disputes, if the value of the subject matter of the dispute does not exceed GEL 2,000; f) on non-property disputes, g) also on any other dispute if there is an agreement between the parties (Part 1 of Article 1873 of the Civil Code). In fact, the legislator recognized the priority of the will of the parties and made their agreement the basis for considering any dispute through mediation.

An association agreement was concluded between the European Union and Georgia, under which Georgia assumed the obligation to develop alternative means of dispute resolution, especially mediation and arbitration, and create appropriate conditions for their use. With the adoption of the law “On Mediation”, its main goal was to ensure precisely this requirement. On January 1, 2020, the Law of Georgia “On Mediation” came into force, according to which mediation is considered a new means of resolving civil disputes.²³

The 2008 European Union Mediation Directive contains certain key features of civil and commercial mediation²⁴ for all Member States. It is significant that in most EU Member States there are two or three models of mediation, depending directly on the nature of the dispute. For example, mediation of civil and commercial disputes is based on a completely voluntary model in Belgium, Greece, Estonia, Germany, Saftang, Latvia and other countries. However, voluntary mediation with incentives and/or sanctions is also found in Estonia, Greece, Italy (In 92% of civil and commercial disputes), Malta and other

countries.²⁵

Georgian legislation recognizes both judicial and private mediation. The case is considered by judicial mediation in the event that a claim is filed with the court and the case is transferred to the mediator in the manner prescribed by civil procedural legislation (“Article 2, paragraph “b” of the Law “On Mediation”). According to the law, the period for considering a case in judicial mediation is 45 days, but at least two meetings must be held. It is allowed to extend this period for the same period only if there is an agreement between the parties.²⁶ The issue of timing was especially relevant during the pandemic.

The court proceedings have been going on for many years, and if, due to the coronavirus, the case cannot be resolved without an oral hearing, the court decides to postpone the meeting. Thus, the trial is dragged out, and the postponement of the consideration of the case leads to the fact that the resolution of the dispute is extended for a certain period and the tense background between the parties increases. In many ways, this negatively affects the business sector, as it can lead to negative economic consequences. The negative economic impact during the pandemic has been particularly noticeable in various countries.²⁷ Prolonged litigation is a prerequisite for increasing property damage. For example, if a business entity is waiting for the results of a court hearing to carry out certain business transactions and continue business activities, lengthy processes increase the losses caused to it. At the same time, during this period, its economic image is slowly depreciating.

Private mediation is based on the initiative of the parties to agree on mediation without the court referring the case to the mediator (“Art. 2, paragraphs “b” and “c” of the Mediation Law). Thus, private mediation is a free process for the parties and is dispositional in nature.

23 <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartveloshi-mediaciis-sheaxe-b-kanoni-amogmeddeba/42734>> [Last seen 20.07.2023].

24 Directive 2008/52 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

25 De Palo G., D URSO L., (2016). In: The Implementation of the Mediation Directive, Workshop, Research Administrator Responsible: Raffaelli R., p. 16.

26 1875 Article, Civil Procedure Code of Georgia, 1997.

27 See Bichia, M., (2021). The Importance of Using Mediation in Business Disputes During a Pandemic, Herald of Law, p. 10. DOI: [10.15350/26679434/H.3.1](https://doi.org/10.15350/26679434/H.3.1)

Usually the court has discretionary power to recommend that the parties use mediation only if they believe that this procedure can lead to positive results (Germany, Lithuania, Poland, Romania, Sweden, United Kingdom).²⁸ As in other countries, the initiation of private mediation, as defined by the Law of Georgia on Mediation, entails the suspension of the statute of limitations.²⁹ Thus, with the start of private mediation, the limitation period for a claim will be suspended.³⁰

3. ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF MEDIATION

3.1. Advantages of Mediation

Business entities point to the many advantages of using mediation. In this case, it means realizing the potential benefits of mediation. These benefits include: 1. Unlike the risks and uncertainties of litigation and arbitration, the parties have constant control over the process and outcome of dispute resolution; 2. individualization of dispute resolution and process management; 3. Confidentiality; 4. improve communication; 5. cultural, cross-border bridge; 6. Consideration of commercial realities; 7. Cost saving and cycle time reduction; 8. Creative and reliable solutions; 9. maintain or strengthen current relationships; 10. Poor quality of costs and risks compared to potential benefits.³¹

Some of them are reflected in the principles of mediation. These are: Voluntariness of the parties, impartiality and independence of the mediator, control of the process by the parties and confidentiality.³² In addition, mediation must

protect the principles of self-determination, conscientiousness and equality of parties.³³

3.1.1.1 Neutrality and Impartiality of the Mediator

One of the reasons for using mediation is that an experienced neutral person (mediator) can contribute to both the quality of the exchange of information and its quantity to resolve the dispute. Relevant information may increase the chances of resolving the dispute on the terms preferred by the parties.³⁴ Only the judge decides the fate of the case in court. With regard to mediation, in this case, the focus is on communication, which is carried out by a third neutral person in the form of an mediator.³⁵ The role of the mediator is well expressed in facilitating direct communication, but the mediator should not be a trusted advisor, but a neutral person. The parties trust the mediator precisely because his role is neutral.³⁶

Unlike litigation, communication between the parties during mediation is not based on the expectation that they will contact again later. The use of information transmitted as a result of such negotiations may unfairly cause harm. In this process, the mediator is neutral and impartial.³⁷ While his belief in impartiality is reinforced by the confidentiality and trusting environment of mediation, the mediator is required to take sides and remain neutral.³⁸

28 Shumova, K. A., (2015). Principles of mediation, Dissertation, Saratov, p. 68.

29 Paragraph G1 of Article 132 of the Civil Code, 1997.

30 Paragraph 1 of Article 12 of the Law "On Mediation", 2019.

31 Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 10.

32 Att. Dursun Al, (2017). The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidentiality In Commercial Mediation, Afro Eurasian Studies Journal,

Vol. 6, Iss. 1&2, Spring & Fall, pp. 18-19.

33 Article 3 of the Law "On Mediation", 2019.

34 Deason, E. E., (2002). Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal onDispute Resolution, Col. 17, No.2, p. 245.

35 Tsertsvadze, G., (Ed.) (2013). Prospects of legal regulation of mediation in Georgia, Tbilisi, p. 32.

36 Deason, E. E., (2001). The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or CrucialPredictability? Marquette Law Review, Vol. 85, p. 81.

37 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 37-38.

38 Macturk, C. H., (1995). Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, American Journal of Trial Advocacy , Vol. 19, p. 415. <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein>.

3.1.2. Saving Financial Costs and Time

In the course of lengthy and high-profile litigation, the commercial interests of business entities may be affected.³⁹ Currently, mediation has a special role because it is a cheap and effective means of resolving disputes.⁴⁰

Thus, the cost-effectiveness of mediation is another of its attractive features. Mediation is cost effective. First, mediation takes less time than other dispute resolution methods. By saving time, the parties minimize costs such as loss of revenue and business opportunities.⁴¹ It is also important for the business sector to resolve the dispute at a relatively low cost. In this sense, the model of mediation in the form of incentives and/or sanctions is relevant. Concessions often come in the form of financial incentives for parties who reach an agreement after mediation. The role of such a stimulator is played, for example, by the reimbursement of legal costs in Slovakia and Estonia, or the reimbursement of certification costs in Bulgaria and Latvia.⁴² Thus, one of the motivating circumstances for concluding a mediation agreement is the return of the state fee (fee) or part of it. In Lithuania, there is a similar experience of encouraging parties to conclude an agreement, where the plaintiff, who has concluded the so-called "Peace Agreement", is returned 75% of the state duty.⁴³

A similar approach is shared in Georgia. Namely, in case of judicial mediation, the state fee should be 1% of the value of the subject of the dispute, but not less than 50 GEL. If the dispute is not resolved by agreement of the parties, the case is resumed in court and the plaintiff is additionally ordered to submit a receipt confirming the payment of 2% of the cost of the subject of the dispute, but not less than 50 GEL.⁴⁴ However, if the parties reach an agreement during the trial, 70% of the state duty paid by the plaintiff is returned to the plaintiff by law.⁴⁵

If a party considers mediation to be a waste of time and money, it can terminate negotiations at any time and apply to arbitration or court. The fact is that mediation is an opportunity to save time and money not only for the parties, but also for the rule of law, which allocates significant resources to conduct lengthy litigation.⁴⁶

3.1.3. Maintaining the Relationship between the Parties and a Stress-free Environment

One of the advantages of mediation is the maintenance of family and other permanent relationships. Family relationships that arise during wills, trusts, and guardianships can be irreparably damaged by lengthy litigation. By listening to the parties in mediation, trust can be restored, not only to resolve the current dispute, but also to prevent future problems.⁴⁷

Mediation is especially beneficial when the parties have an ongoing relationship that must continue after the dispute is resolved, since the agreement was reached with their consent and neither party should have reason to consider themselves losers. Mediation gives the parties to

journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [Last seen 12.02.2022]. (in English); About teutralitat see Chitashvili, N., (2016). Specificity of Some Ethical Duties of Lawyer Mediator and Necessity of Regulation, *Journal of Law*, 2016, 36-37.

39 Wykoff, A., (2016). *Mediation & Confidentiality*, Bond University Student Law Review, Vol. 4, p. 5.

40 Tsertsvadze, G., (Ed.) (2013). *Prospects of legal regulation of mediation in Georgia*, Tbilisi, p. 32.

41 Feinberg, K. R., (1989). *Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution*, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, Iss. 5, S 10.

42 De Palo, G., D URSO, L., (2016). In: *The Implementation of the Mediation Directive*, Workshop, Research Administrator Responsible: Raffaelli R., p. 12.

43 Baturina, N.A., (2016). *Foreign Experience of Legal Regulation of the Mediation Procedure*, In the Collection of Materials of the I All-Russian Scientific and Practical Conference with International Participation (Saratov, December 4, 2015): *Prospects*

for the Formation and Development of Mediation in the Regions, Saratov, p. 23.

44 Paragraph "A3" of the first part of Article 39, Civil Procedure Code of Georgia, 1997.

45 Section 21 of Article 49, Civil Procedure Code of Georgia, 1997.

46 Tsertsvadze, G., (2010), *Mediation – an alternative form of dispute resolution (general review)*, Tb., p. 55.

47 Radford, M. F., (2001). *Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters*, *Pepp. Disp. Resol. LJ*, Vol. 1, pp. 244-245.

the dispute the opportunity to maintain existing relationships through mutually beneficial dispute resolution and thus build strong long-term business relationships. Mediation is increasingly being used in long-term contracts, especially in international infrastructure and construction contracts, where mediators are appointed to quickly resolve issues between the parties. Thus, mediation is especially useful if the parties wish to continue a business relationship that could be damaged by aggressive litigation or arbitration. Thus, the use of mediation may be reasonable when it is possible to maintain an ongoing relationship.⁴⁸

The mediator helps the parties avoid the polarized perception that he is the victim and the other party is the villain; The mediator tries to contribute to a more productive and expanded discussion of controversial issues. At the same time, mediation provides the parties with an opportunity to acknowledge their differences and the contributions that both parties have made to the dispute between them. Mediation encourages parties to focus on the future, not just the past. This allows them to go beyond a simple distribution of blame (which often does not lead to any specific outcome for the other party) and solve their future problems.⁴⁹

At the same time, the mediator focuses on the positive aspects of the relationship between the parties, which helps to reduce the existing tension between them. Mediation may involve face-to-face meetings of the parties, however, if the parties do not wish to speak frankly in the presence of all participants, the mediator may meet with each party individually, respecting the principle of confidentiality. The mediator may need to meet with the parties individually to obtain additional information or explore alternatives. In these meetings, the parties are given the opportunity to let go of the situation, calm down and avoid future tension in the relationship, and also

prevent one party from manipulating the other.⁵⁰

Mediation ensures that the current relationship between the parties is maintained. Compared to mediation, a party in a lawsuit tries to justify its own position, thereby nullifying and rejecting the opinions of the other party in order to prove them unfounded. The confidentiality of mediation creates such a calm environment for the parties that the parties can objectively assess the moments unfavorable for their position and negotiate with positive expectations. When considering a dispute in court, the relationship between the parties, as a rule, is tense and negative.⁵¹

3.1.4. Confidentiality of Mediation

Unlike the court, the mediation process will be conducted with maximum confidentiality.⁵² Confidentiality provides the parties with a confidential environment for negotiations,⁵³ which allows them to openly and comprehensively discuss all the material circumstances of the case. In the case of confidentiality, the parties are willing to disclose information because they believe that information disclosed during the mediation process will not be used against them.⁵⁴ This is why confidentiality is vital to mediation. Confidentiality prevents the parties from using information obtained during mediation to harm the other party, thus paving the way for a constructive relationship between them and a relatively safe environment for interactive negotiations.⁵⁵

48 Tarman, Z. D., (2016). Mediation as an Option for International Commercial Disputes, In: *Annales de la faculté de Droit d Istanbul*, Vol. 48, No. 65, p. 232.

49 Hardy, S., Rundle, O., (2010). *Mediation for Lawyers*, Australia, p. 9.

50 Tsertsvadze, G., (Ed.) (2013). *Prospects of legal regulation of mediation in Georgia*, Tb., pp. 209, 224.

51 Wykoff, A., (2016). *Mediation & Confidentiality*, Bond University Student Law Review, Volume 4, pp. 4-5.

52 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). *Confidentiality in Mediation: The Need for Protection*, *Journal On Dispute Resolution*, Vol.2:1, p. 45.

53 Zhao, Y., Koo, A.K.C., (2011). *The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hog Kong*. *Common Law World Review*, p. 264. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/comlwr40&div=17&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [Last seen 11.03.2022]

54 Macturk, C. H., (1995). *Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception*, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19, p. 412.

55 See Brown, K. L., (1991). *Confidentiality in Mediation:*

Confidentiality in mediation helps parties to share information, resolve issues, and negotiate focused on their best interests.⁵⁶ The legal obligation to protect confidentiality continues even after the completion of the mediation process, unless otherwise regulated by written agreement between the parties and the mediator.⁵⁷

Confidentiality gives organizations an incentive to choose mediation, for example when protecting commercial secrets. Mediation is considered the main motivator of the party as it wants to settle the dispute quietly and without publicity.⁵⁸ Therefore, the confidential nature of the mediation process encourages businesses to resort to dispute resolution through mediation.⁵⁹ When resolving a dispute through mediation, the decision about who was “right” and who was “wrong” is not public. This can be a key factor in a complex business environment for a number of reasons. The fact is that the business environment can have an impact on subsequent business operations, reputation and more.⁶⁰

Confidentiality in commercial relations is of paramount importance to the parties. If a third party has information that there is a commercial relationship between the parties and the dispute involves a particularly large amount, disclosure of this information may damage its reputation and business relations in the market, or both parties may not want to disclose confidential in-

formation.⁶¹ Data must be processed in strict accordance with the rules established by law, damage may entail an obligation to compensate.⁶²

During the mediation process, the parties agree to non-disclosure of the information provided, however, the privilege of confidentiality also has certain exceptions.⁶³ In fact, Georgia took into account the European experience and recognized by law exceptional cases of restricting the confidentiality of the mediation process. One of them is the case when it is necessary to protect the life, health or freedom of a person or the interests of a minor (Article 4). And in these cases, the disclosure of information should be based only on the principles of an adequate and proportional distribution of the legal purpose in such a way as to protect the confidentiality of information from unauthorized persons to the maximum.⁶⁴

3.1.5. Self-determination of the Parties and Focus on their Personal interests

The voluntary (rather than mandatory) nature of mediation is especially attractive to the parties when the decision to start mediation and participate in the mediation process is entirely up to the parties.⁶⁵ Mediation is an absolutely voluntary process that automatically determines the ability of the parties to the dispute to understand well what kind of conflict they have with the other party, in what form they intend to re-

Status and Implications, *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Vol. p. 310.

56 Callahan, R., (2012). Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending? *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12: 63, p. 96.

57 Clause 7 of Article 10 of the Law "On Mediation", 2019, explanatory card, registration No. 07-2/319/9.

58 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, *Journal On Dispute Resolution*, Vol.2:1, pp. 37-38.

59 Wykoff, A., (2016). Mediation & Confidentiality, *Bond University Student Law Review*, Volume 4, p. 5. (in English); Bichia, M., (2020). Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning, *Journal Law and World*, 6(2), pp. 199-200. <https://doi.org/10.36475/6.2.15>

60 Posin, D. Q., (2004). Mediating International Business Disputes, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. IX, p. 457.

61 Att. Dursun Al, (2017). The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidentiality In Commercial Mediation, *Afro Eurasian Studies Journal*, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, p. 28.

62 Bichia, M., (2017). The Problem of Civil Legal Protection of Personal Data in the Internet Universe, In: VIII Proceedings of the International Scientific-Practical Communication Conference "Internet and Society", July 7-8, Kutaisi, pp. 36-41.

63 Macturk, C. H., (1995). Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19, pp. 426-427.

64 explanatory card, registration N07-2/319/9; *Mediation Law*, 2019.

65 Feinberg, K. R., (1989). Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, Iss. 5, S7-8.

solve the dispute.⁶⁶ The scope of self-determination and decision-making of the parties may be limited by the normative norm on the inadmissibility of an unfair outcome of mediation. The realization of the interests of the parties is allowed on the basis of their right to self-determination to the extent that the interests of third parties are not violated.⁶⁷ The result of a fair mediation is what the parties decide within their self-determination. Thus, the duty of the mediator is mediation based on the principle of self-determination of the parties in order to achieve a fair result.⁶⁸

It is important that all plaintiffs are heard by sympathetic and wise lawyers, and that the parties feel that they have their “day in court”. The mediator fulfills this role and allows the disenfranchised party to receive cathartic relief in front of an educated professional, such as an arbitrator, who otherwise resolves the dispute.⁶⁹

The mediator’s tool is to identify real positions and interests, while the court is looking for facts. Unlike litigation, mediation can be a conflict between “rules of law” and “person-centered norms”.⁷⁰ The court and the lawyer attach only secondary importance to the norms based on the person, so the litigation and the negotiations of the lawyer are rational and regulated. Mediation is more responsive to personal norms and values.⁷¹

3.1.6. Flexibility and Informal Nature of Mediation

One of the fascinating aspects of mediation is its extreme flexibility. The mediator offers economic entities various options for resolving disputes, however, the range of options for resolving disputes can be limited only by the desire of the parties and the creative approach of the mediator. However, any number of communication tools can be used during mediation. For example, experienced resellers regularly use telephone and email, as well as intranet technologies. However, it is possible to use many other means by which the parties in the mediation process are provided with information that provides an objective basis for negotiations. When resolving business disputes, the mediator is assigned the role of an intermediary, within which he can manage disputes, develop and think through various innovative mediation processes.⁷²

Compared to court, mediation is an informal process among alternative dispute resolution mechanisms. During mediation, the mediator acts as a third neutral party who helps the two disputing parties communicate and negotiate. The mediation process is based on the common interests of the parties and the peaceful resolution of the dispute.⁷³ It is up to the judge to make a decision, and it is not mandatory to reach a final agreement during mediation. However, if a mediation agreement is reached, this result is the decision of the parties and therefore represents the interests of both parties.⁷⁴

In mediation, the business sector is particularly attracted by the fact that in this procedure it is not limited by any obligations.⁷⁵ The consideration of the case in court is limited by the consequences of a strictly prescribed alter-

66 Kandashvili, I., (2020). Mediation (an effective alternative means of dispute resolution), Tb., p. 94.

67 Chitashvili, N., (2016). Fair agreement as the basis of ethical integrity of mediation, "Alternative Dispute Resolution – Yearbook", p. 16.

68 Shapira, O., (2012). Conceptions and Perceptions of fairness in Mediation, South Texas Law Review, Vol. 54, p. 336.

69 Sussman, E., (2010). The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, Revista Brasileira de Arbitragem, Vol.7, No. 27, p. 57.

70 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 45.

71 Clarke, G. R., Davies, I. T., (1991). ADR Argument for and Against use of the mediation process particularly in Family and neighbourhood disputes, QLD. University of Technology law Journal, 7, pp. 87-88, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [Last seen 17.08.2023].

72 Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 12.

73 Kelly, D., Holmes, A., Hayward, R., (2005). Business Law, 5.th edition, London, pp. 95-96.

74 Kandashvili, I., (2017). Mediation – a New form of Alternative Dispute Resolution and the Perspective of its legislative regulation in Georgia, "Journal of Law", N2, p. 116.

75 Tsertsvadze, G., (2010). Mediation – an alternative form of dispute resolution (general review), Tb., p. 55.

native legal possibility. Mediation gives the parties the opportunity to work out a solution that reflects their needs without regard to technical legal principles. Parties can achieve results that go beyond a typical court order. The flexibility of mediation also gives the parties the opportunity to work out a solution that they believe is “fair” and more likely to be in their best interests than would be the case with a formal court decision.⁷⁶

During mediation, the parties may establish their own rules and procedures. They generally prefer to forego the formalities associated with other forms of dispute resolution. For example, mediation is much less formal than arbitration. However, although the mediation process is very structured, the parties are free to waive the formalities.⁷⁷

Mediation is carried out in stages (stages). The idea of classifying into phases is interesting, but it should not be taken literally. If the mediator informs the parties that they are now moving into a new stage of mediation, it is unlikely that this will make a positive impression on the parties and will contribute to reaching an agreement. The mediator must follow this scheme, although it would be irrational to strictly adhere to it, if, for example, new information appears during the dispute, the mediator should not refuse to familiarize himself with its details and discuss it with the parties, since he has already passed the so-called “information phase” and arguments. Listening to new information during a presentation is wrong. This is considered to be an overly “procedural-legal” approach that will only harm the mediation process. The fact is that mediation is a party process, not a mediation process. When a party knows that during mediation it can say whatever it wants, it will not be clear to it why it should submit to the theory of phases, if the information voiced from its point of view is very important for clarifying the essence of the case.⁷⁸

3.1.7. A Wide Range of Decisions

The biggest advantage of mediation is that it allows decisions to be made that go beyond the legal consequences. Mediation can become a universal forum that can potentially resolve all issues (legal and non-legal). If a party wants an outcome other than a simple payment of money or something other than a remedy that the court will order, mediation has the ability to negotiate an unlawful, creative or commercial solution. In many cases, the resolution of legal issues does not in itself lead to the effective resolution or final termination of the dispute between the parties. Mediation can offer parties a wide range of benefits that go beyond resolving disputed legal issues. For example, talking and listening to each other about their problems creates an opportunity for mutual opinion and a better understanding of their needs (interests). This can minimize the likelihood of future disputes, or at least lead to greater recognition of the existing dispute and identification of the causes of the dispute. Such discussions, judiciously conducted by the mediator, can also improve and sometimes restore communication between the parties. In this process, the parties continually try to deal with issues in a respectful manner, which can enhance their ability to resolve disputes with others in the future.⁷⁹

Mediation offers businesses a wide range of protections. Long-term structured payment plans and annuities (forms of loan repayment) can be offered, allowing parties to be more creative with economic outcomes.⁸⁰ At the same time, mediation gives the parties to the dispute the opportunity to identify a wide range of creative solutions to the problem. The Court may not always be able to fully explore the factors underlying the dispute. During mediation, the parties are free to expand on the issues under discussion and look for the root causes of the dispute.⁸¹ Because me-

76 Radford, M. F., (2001). Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, *Pepp. Disp. Resol. LJ*, Vol. 1, p. 247.

77 Feinberg, K. R., (1989). Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, Iss. 5, 58-9.

78 Tsertsvadze, G., (2010). Mediation – an alternative

form of dispute resolution (general review), *Tb.*, p. 339.

79 Hardy, S., Rundle, O., (2010). *Mediation for Lawyers*, Australia, p. 10.

80 Tarman, Z. D., (2016). Mediation as an Option for International Commercial Disputes, In: *Annales de la faculté de Droit d Istanbul*, Vol. 48, No. 65, p. 233.

81 Clarke, G. R., Davies, I. T., (1991). *ADR Argument*

diation is not strictly limited to relevant issues, this process can also lead to the resolution of issues that could lead to unnecessary litigation in the future.⁸² In fact, mediation also appears to help prevent unwanted disputes in the future.

3.1.8. Control over the Process and the Result by the Parties

The role of the parties in the mediation process is special. This also manifests itself at the stage of choosing a mediator before the start of mediation. In addition, the mediation process may be conducted by one or more mediators. However, the parties by agreement determine who should be the mediator, except as otherwise provided by law.⁸³ Mediation is considered an adjunct to justice, not an alternative to it. He can only contribute to the elimination of disputes, but he cannot completely take it upon himself.⁸⁴ In fact, three elements of the principle of voluntariness stand out: (1) parties should not be forced to participate in mediation; (2) the process must always be under their joint control; and (3) the results must be freely agreed upon by the parties.⁸⁵

Business entities do not lose control of the process, and no one needs to tell business firm managers that they must manage corporate affairs in order to maximize benefits for the company's statutory groups, shareholders, employees, and society. Litigation may not consider face-to-face negotiations successful because they are based on pre-established framework rules, while mediation resolves tensions. When the mediator

takes control of the negotiation process, he ensures that the parties can control the outcome.⁸⁶ Thus, mediation further expands the scope of dispute resolution methods.

In the process of mediation, the parties retain a great deal of control over the process and outcome of the case. During mediation, the parties make their own decision and therefore may have a greater interest in its success.⁸⁷

3.1.9. Mutually Beneficial (the So-called "Win-Win Situation")

The court conducts a process, the result of which is always beneficial for one party and disadvantageous for the other. As for mediation, it is a win-win process for both parties. This is especially true for family or neighborhood mediation.⁸⁸ Therefore, unlike the judicial and arbitration process, mediation involves a process focused on mutual benefit.⁸⁹

Richard Hill gave an example of an orange on the merits of mediation: The parties' dispute is about an orange. Both parties claim to be entitled to for-tohal. There are two options for resolving the dispute in arbitration: either only one party will receive the orange (the other will have nothing left), or both parties will share the orange. In mediation, negotiations focus on the interests of the parties rather than their rights, and these negotiations may reveal that one party wants to use the orange peel to make perfume, while the other party wants to use the pulp to

for and Against use of the mediation process particularly in Familu and neighbourhod disputes, QLD. University of Technology law Journal, 7, p. 85, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [Last seen 17.08.2023].

82 Radford, M. F., (2001). Advantages and Diadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, p. 249.

83 Paragraphs 1 and 2 of Article 4 of the Mediation Law 2019.

84 Tsertsvadze, G., (2010). Mediation – an alternative form of dispute resolution (general review), Tb., 56.

85 Andrews, N., (2017). Mediation: International Experience and Global Trends, Journal of International and Comparative Law, 4, p. 220.

86 Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 11.

87 Radford, M. F., (2001). Advantages and Diadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, p. 245.

88 Clarke, G. R., Davies, I. T., (1991). ADR Argument for and Against use of the mediation process particularly in Familu and neighbourhod disputes, QLD. University of Technology law Journal, 7, p. 84, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [Last seen 17.08.2023].

89 Hill, R., (1995). Non-adversarial Mediation, Journal International Arbitration , 12(4), p. 135; Petsche, M., (2013) Mediation as the preferred method to solve international business disputes? A look into the future, RDAI/IBLJ, N4, p. 253.

make orange juice. Thus, mediation gives the parties the opportunity to share the oranges in a mutually beneficial way.⁹⁰

Mediation is about business interests, practical considerations and the search for mutually beneficial options. Mediation often provides distinct advantages over face-to-face meetings without an intermediary. The mediator listens, suggests, guides, assists, checks reality, and explores mutually beneficial options.⁹¹

3.2. Disadvantages of Mediation

The following circumstances are considered to be negative aspects of mediation: a) the parties to the dispute must express their readiness to communicate and resolve the dispute; b) If one of the parties is in bad faith, it can use mediation to drag out the dispute.⁹² In this case, the parties cannot reach a mediation agreement, in connection with which the case continues to be considered in court; c) If the mediation process is regulated in too much detail, it loses its negotiation character. However, this distinguishes mediation from litigation and other alternative forms of dispute resolution; d) Compliance with mediation can lead to the “privatization” of justice and the administration of justice by private individuals, which poses a threat to the normal functioning of the legal system. However, the position mentioned is probably more hypothetical and can be explained by less awareness of mediation.⁹³ e) Mediation hinders the development of law and judicial practice.

However, it is possible that the relatively

stronger side of one side can outperform the weaker side at the expense of the potential of the other side. For example, mediators should be especially careful when an older family member is a party to a dispute, as the older person may have some limited legal capacity or be unable to fight for their interests due to social conditions. On the other hand, older people are often inflexible and confused,⁹⁴ so they can be classified as a vulnerable group.

Despite the disadvantages of mediation, its advantages are much more significant and weighty. Among other things, mediation focuses on the real interests of the parties, provides an opportunity to make a fair decision that reflects their point of view, and frees the judicial system from cases.⁹⁵

CONCLUSION

The study shows that mediation is of particular interest to business entities. The use of the institution of mediation to resolve civil disputes is due to the fact that it takes into account the interests of the parties as much as possible when reaching an agreement.

Mediation is attractive to the business sector for several reasons. Compared to litigation, mediation is a cheaper, faster, more confidential, calmer and more efficient process. At the same time, confidentiality leads to increased confidence of the parties in mediation. The purpose of confidentiality in mediation is to ensure the protection of confidential data disclosed by the parties and to maintain an ongoing relationship. Confidentiality also helps to preserve the entrepreneurial image of entrepreneurs.

What is particularly attractive to the business sector is that mediation is flexible and informal, giving the parties wide discretion. Mediation

90 Hill, R., (1998). *The theoretical Basis of Mediation and other Forms of ADR: Why they Work*, Arbitration International, 14(2), p. 181; Petsche, M., (2013). *Mediation as the preferred method to solve international business disputes? A look into the future*, RDAI/IBLJ, N4, p. 253.

91 Stipanowich, T., (2004). *Why Businesses Need Mediation*, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 11.

92 Tsertsvadze, G., (Ed.) (2013). *Prospects of legal regulation of mediation in Georgia*, Tb., p. 59.

93 Kandashvili, I., (2020). *Mediation (an effective alternative means of dispute resolution)*, Tb., p. 71.

94 Radford, M. F., (2001). *Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters*, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, p. 245.

95 Batiashvili, I. (2022). *The Mediation Process, its Principles and Challenges in Georgia*, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 11(1), p. 12. <https://doi.org/10.60131/adr.1.2022.6162>

prevents the aggravation of relations between the parties and is not limited to the issues under discussion, as well as the development of means or methods that ensure the resolution of the dispute. Mediation is aimed at the self-determination of the parties and the identification of personal interests. In addition to the neutrality and impartiality of the mediator, the parties control the process and outcome of the mediation. In fact, it involves conducting the mediation process in a way that benefits both parties. Mediation is no less remarkable in terms of saving financial and time resources. These circumstances are important for everyone, especially for the business sector, as they have a negative impact on their activities and can cause negative economic consequences. Thus, business disputes need to be resolved as soon as possible to avoid major negative consequences.

A brief overview of Germany and other coun-

tries showed that interest in mediation is growing. Its attractiveness is dictated precisely by the positive factors of mediation, which contribute to a calm, thoughtful, relatively cheap and short-term dispute resolution based on the common interest of the parties. Georgia has taken into account European approaches to mediation, has established rules governing the mediation process, and a flexible system that is maximally adapted to the interests of the parties and includes general principles for the consideration of cases (without detailed regulation). This paved the way for the development of the institution of mediation. True, “Mediation” also has negative qualities, but the balance will undoubtedly be tipped towards its advantages. It is therefore necessary that a larger section of society be made aware of these benefits of mediation so that more people can take advantage of the benefits of mediation to resolve their disputes amicably.

BIBLIOGRAPHY:

Normative Materials:

1. Law of Georgia “On Mediation”, 2019 September 18, N4954-Is. (In Georgian)
2. Civil Code of Georgia (CPC), 1997 June 26, N786-Is. (In Georgian)
3. Civil Procedure Code of Georgia (CPC), 1997 November 14, N1106-Is. (In Georgian)
4. <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartveloshi-mediaci-is-shesaxeb-kanoni-amoqmedeba/42734>> [Last seen 08.02.2020].
5. Explanatory card on the draft law of Georgia “On Mediation”, registration No. 07-2/319/9. (In Georgian)
6. Directive 2008/52 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters. (In English)
7. Law on Conciliatory Mediation in Civil Disputes of Republic of Lithuania, 15 July 2008 – No X-1702. (In English)

Scientific Literature:

1. Batiashvili, I. (2022). The Mediation Process, its Principles and Challenges in Georgia, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 11(1), p. 12. <https://doi.org/10.60131/adr.1.2022.6162> (In Georgian)
2. Bichia, M., (2021). The Importance of Using Mediation in Business Disputes During a Pandemic, “Herald of Law”, №3, p. 10. DOI: [10.15350/26679434/H.3.1](https://doi.org/10.15350/26679434/H.3.1) (In Georgian)

3. Bichia, M., (2020). Legal Regime of Confidentiality Protection in the Mediation Process and Its Meaning, *Journal "Law and World"*, 6(2), pp. 199-200. <https://doi.org/10.36475/6.2.15> (In Georgian)
4. Bichia, M., (2017). The Problem of Civil Legal Protection of Personal Data in the Internet Universe, In: VIII Proceedings of the International Scientific-Practical Communication Conference "Internet and Society", July 7-8, Kutaisi, pp. 36-41. (In Georgian)
5. Gadliauskas, R., (2017). Mediation in Lithuania, in Proceedings of the International Conference of Judges' Associations of the Signatory Countries of the Memorandum: "Evaluation of Judges' Performance, Court Mediation and Juvenile Justice", pp. 102-103. (In Georgian)
6. Gniza, I., (2017). Practical experience and perspectives in the field of judicial mediation in Germany, in Proceedings of the International Conference of the Associations of Judges of the Signatory Countries of the Memorandum: "Evaluation of Judges' Performance, Court Mediation and Juvenile Justice", pp. 70-72. (In Georgian)
7. Tsertsvadze, G., (2010). Mediation – an alternative form of dispute resolution (general review), *Tb.*, pp. 55-56, 105, 339. (In Georgian)
8. Tsertsvadze, G., (Ed.) (2013). Prospects of legal regulation of mediation in Georgia, *Tb.*, pp. 59, 209, 224. (In Georgian)
9. Kandashvili, I., (2020). Mediation (an effective alternative means of dispute resolution), *Tb.*, pp. 61-63, 71, 94. (In Georgian)
10. Kandashvili, I., (2017). Mediation – a New form of Alternative Dispute Resolution and the Perspective of its legislative regulation in Georgia, "*Journal of Law*", N2, p. 116. (In Georgian)
11. Chitashvili, N., (2016). Specificity of Some Ethical Duties of Lawyer Mediator and Necessity of Regulation, "*Journal of Law*", №2, 2016, pp. 36-37. (In Georgian)
12. Chitashvili, N. (2016). Fair agreement as the basis of ethical integrity of mediation, "*Alternative Dispute Resolution – Yearbook*", p. 16. (In Georgian)
13. Andrews, N., (2017). Mediation: International Experience and Global Trends, *Journal of International and Comparative Law*, 4, p. 220. (In English)
14. Brown, K. L., (1991). Confidentiality in Mediation: Status and Implications, *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Vol. p. 310. (In English).
15. Bertaitis, S., Marjusina, R., Olevska, I., (2012). In: Palo de G., Trevor M. B. (Ed.), *EU Mediation, Law and Practice*, Oxford, pp. 218-219. (In English)
16. Callahan, R., (2012). Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending? *Perpperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12: 63, p. 96. (In English)
17. Clarke, G. R., Davies, I. T., (1991). ADR – Argument for and Against use of the mediation process particularly in Familu and neighbourhood disputes, *QLD. University of Technology law Journal*, 7, p. 84, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [Last seen 17.08.2023]. (In English)
18. Deason, E. E., (2001). The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability? *Marquette Law Review*, Vol. 85, p. 81. (In English)
19. Deason, E. E., (2002). Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Col. 17, No.2, p. 245. (In English)
20. De Palo, G., D'URSO, L., (2016). In: "The Implementation of the Me-

- diation Directive, Workshop”, Research Administrator Responsible: Raffaelli R., p. 12. (In English)
21. Att. Dursun Al (2017). The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidentiality In Commercial Mediation, Afro Eurasian Studies Journal, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, pp. 18-19. (In English)
 22. Espilugus, C., Iglesias, J. L., Palao, G., (2013). Civil and Commercial Mediation in Europe: National Mediation Rules and Procedures, Vol. I, Intersentia, Cambridge, p. 162. (In English)
 23. Fedorchuk, M., (2020). Mediation: The Experience of Latvia, “Mediation: Training and Society Transformation/MEDIATS” of EU Program, <<https://mediats-chnu.com/mediation-the-experience-of-latvia/>> [Last seen 22.07.2023]. (In English)
 24. Feinberg, K. R., (1989). Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution, Pepperdine Law Review, Vol. 16, Iss. 5, S7-10. (In English)
 25. Hardy, S., Rundle, O., (2010). Mediation for Lawyers, Australia, pp. 9-10. (In English)
 26. Hill, R., (1995). Non-adversarial Mediation, Journal “International Arbitration”, 12(4), p. 135. (In English)
 27. Hill, R. (1998). The theoretical Basis of Mediation and other Forms of ADR: Why they Work, Arbitration International, 14(2), p. 181. (In English)
 28. HOPE – European Hospital and Healthcare Federation. 2012. Mediation in Healthcare, pp. 7-9. (In English)
 29. Hopt, J. K., Steffek, F., (2013). Mediation Principles and Regulation im Comparative Perspective, Oxford, p. 17. (In English)
 30. International Labour Office, (2007). Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, Geneva, p. 16, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf> [Last seen 03.7.2023]. (In English)
 31. Kelly, D., Holmes, A., Hayward, R., (2005). Business Law, 5.th ed., London, pp. 95-96. (In English)
 32. Owen v. Gray (1998). Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, Osgoodehalll Law Journal, vol. 36, november 4, p. 668. (In English)
 33. Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1998), Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, pp. 37-38. (In English)
 34. Lewinski-Reuter V., Mediation, In: Glossar Kulturmanagement, V. Lewinski-Reuter, S. Lüdemann (Hrsg.), Wiesbaden, 2011, S. 254-255. (In German).
 35. Macturk, C. H., (1995). Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, „American Journal of Trial Advocacy“, Vol. 19, pp. 412, 415, 425-426. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [Last seen 12.02.2022]. (In English)
 36. Petsche, M., (2013). Mediation as the preferred method to solve international business disputes? A look into the future, RDAI/IBLJ, N4, p. 253. (In English)
 37. Piers, M., (2014). Europe’s Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start? Journal of Dispute Resolution, No. 2, p. 287, 291. (In English)
 38. Posin, D. Q., (2004). Mediating International Business Disputes, Ford-

- ham Journal of Corporate & Financial Law, Vol. IX, p. 457. (In English)
39. Radford, M. F., (2001). Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, pp. 244-245, 247, 249. (In English)
 40. Shapira, O., (2012). Conceptions and Perceptions of fairness in Mediation, South Texas Law Review, Vol. 54, p. 336. (In English)
 41. Simaitis, R., (2020). A new wave of Mediation in Lithuania – What does it mean for Lawyers, CEE Legal Matters, 29 April, <<https://ceel-egalmatters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>> [Last seen 25.08.2023]. (In English)
 42. Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 12. (In English)
 43. Sussman, E., (2010). The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, Revista Brasileira de Arbitragem, Vol.7, no. 27, p. 57. (In English)
 44. Tarman, Z. D., (2016). Mediation as an Option for International Commercial Disputes, In: Annales de la faculté de Droit d'Istanbul, Vol. 48, No. 65, pp. 232-233. (In English)
 45. Tochtermann, P., (2013). Mediation in Germany: The German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Crossroads, in Hopt&Steffek, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, p. 538. (In English)
 46. Tvaronavičienė, A., Kaminskienė, N., Rone, D., Uudekull, R., (2022). Mediation in the Baltic States: Developments and Challenges of Implementation, Access to Justice in Eastern Europe, Vol. 4, No. 16, pp. 76-77, <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-a000427> (In English)
 47. Wykoff, A., (2016). Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Vol. 4, p. 5. (In English)
 48. Zhao, Y., Koo A.K.C., (2011). The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hong Kong. „Common Law World Review“, p. 264. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/complr40&div=17&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [Last seen 11.02.2020] (In English)
 49. Baturina, N.A., (2016). Foreign Experience of Legal Regulation of the Mediation Procedure, In the Collection of Materials of the I All-Russian Scientific and Practical Conference with International Participation (Saratov, December 4, 2015): “Prospects for the Formation and Development of Mediation in the Regions”, Saratov, p. 23. (In Russian)
 50. Shumova, K. A., (2015). Principles of mediation, Dissertation, Saratov, p. 68. (In Russian)

Links:

1. <<https://ceel-egalmatters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>>
2. <<https://iclg.com/cdr/litigation/pirkka-marja-poldvere-aivar-pily>> [Last seen 20.08.2023].
3. <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartveloshi-mediaci-is-shesaxeb-kanoni-amogmeddeba/42734>> [Last seen 20.07.2023].

სამოქალაქო დავებზე მედიაციის გამოყენების უპირატესობები

მიხეილ ბიჭია

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი,

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი,

უმაღლესი საგანმანათლებლო პროგრამების აკრედიტაციის ექსპერტი, მედიატორი, ადვოკატი, საქართველო

აბსტრაქტი

კვლევა ეძღვნება სამოქალაქო დავებზე მედიაციის გამოყენების თავისებურებებსა და უპირატესობებს. პირველ რიგში, ნაშრომში განხილულია საზღვარგარეთის ზოგიერთი ქვეყნის (გერმანია, ლიეტუვა, ესტონეთი და სხვ.) გამოცდილება მედიაციის სფეროში და შემდეგ დასახულია მიზანი, დადგინდეს, ქართული მედიაცია რომელიმე ქვეყნის მოდელს ეფუძნება თუ ის საქართველოში რაიმე სპეციფიკით გამოირჩევა.

სტატია ეხება სამოქალაქო დავის გადაწყვეტის საქმეში მედიაციის უნიკალურ და ფართო შესაძლებლობებს. სასამართლოში საქმის განხილვა ეფუძნება სამართლებრივი საკითხების განხილვას, მედიაცია არ შემოიფარგლება სამართლებრივი საკითხების განხილვით; მედიაციის დროს შესაძლებელია არასამართლებრივი ასპექტების ანალიზიც. შესაბამისად, ის მოქნილი და არაფორმალური პროცესია, რომელიც მხარეებს აძლევს მაქსიმალურ თავისუფლებას, იმსჯელონ მათთვის საინტერესო და პიროვნულ ინტერესებზე მორგებულ ნებისმიერ საკითხზე. მედიაციის პროცესი შეიძლება შეიზღუდოს მხოლოდ მხარეთა ინტერესებითა და მედიატორის კრეატიული საქმიანობის ტექნიკით. ამიტომ მხარეებს აქვთ მედიაციის პროცესსა და შედეგებზე კონტროლი.

კვლევა ადასტურებს, რომ მედიაცია საქართველოში უფრო მეტად ვიწრო მოდელს ეფუძნება. ამით, ფაქტობრივად, ქა-

რთველი კანონმდებელი პრაქტიკას ანდობს მედიაციის განვითარებას და მედიატორსაც მოქმედების თავისუფლებას ანიჭებს, თუმცა ადგენს, რომ ეს თავისუფლება იზღუდება მხარეთა ნებით. შესაბამისად, სამედიაციო პროცესი უნდა წარიმართოს მხარეთა ნებაყოფლობითობის პრინციპის დაცვით.

მედიაცია განსაკუთრებით მიმზიდველია ბიზნესთვის, რაც გამომწვეულია მედიაციის უპირატესობებით. მხარეებისთვის მნიშვნელოვანია მედიაციის პროცესის კონფიდენციალურობა, დროისა და ფინანსური რესურსების დაზოგვა, მხარეთა შორის ეკონომიკური ურთიერთობების შენარჩუნება, პოზიტიურ ასპექტებზე აქცენტირება, ორივე მხარის მომგებიანი მდგომარეობა. მედიაცია მიმართულია მხარეთა თვითგამორკვევისკენ, რაც ხელს უწყობს დავის მოწესრიგებისთვის აუცილებელი ნიადაგის მომზადებას. ამასთან, მედიაციის დროს შესაძლებელია მომავალში დავების პრევენცია.

საკვანძო სიტყვები: მედიაციის უპირატესობები, მოქნილობა, მხარეთა პიროვნულ ინტერესებზე დაფუძნებული პროცესი

შესავალი

სამოქალაქო დავების გადაწყვეტის სხვადასხვა საშუალებას შორის ერთ-ერთი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი გზაა მედიაცია. მედიაცია საინტერესოა სამოქალაქო დავების სასამართლოში გაჭიანურებული და სტრესული განხილვის პირობებში.

კვლევის მიზანია, დადგინდეს, რა შედეგებს იწვევს საქმის განხილვა მედიაციაში ეკონომიკური და სამართლებრივი თვალსაზრისით. ეს განსაკუთრებით საყურადღებო უნდა იყოს ბიზნესსექტორისთვის. შესაბამისად, უნდა განისაზღვროს, როგორი ეფექტები მოაქვს ბიზნესდავების დროულ განხილვას ნეგატიური ეკონომიკური შედეგების თავიდან აცილებისა და მართლმსაჯულების მიზნებისთვის. ამ კონტექსტში შესასწავლია, რითი ხასიათდება მედიაცია, რა განასხვავებს მას სასამართლოში საქმის განხილვისგან. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია მედიაციის როგორც უპირატესობების, ისე უარყოფითი მხარეების კვლევა.

სამოქალაქო დავები შეიძლება გადა-

წყდეს სასამართლოს დახმარებით, მაგრამ ის, დადებით ასპექტებთან ერთად, ხასიათდება გარკვეული უარყოფითი თვისებებითაც. სწორედ ამიტომ მიზანშეწონილია მედიაციის ინსტიტუტის შესწავლა და მისი მნიშვნელობის გარკვევა.

ამასთან, ამა თუ იმ ქვეყანაში მოქმედებს მედიაციის სხვადასხვა მოდელი. საინტერესოა, როგორია საზღვარგარეთის ქვეყნების გამოცდილება მედიაციაში და მედიაცია რა სპეციფიკით მოქმედებს ამ ქვეყნებში. საქართველოში 2019 წლის ბოლოს მიიღეს კანონი „მედიაციის შესახებ“, რომელმაც მედიაციის წარმოების რამდენიმე ზოგადი წესი შემოგვთავაზა. ამ კონტექსტში გასარკვევია, რომელ მოდელს ეფუძნება მედიაციის ქართული ვერსია — საქართველომ მხოლოდ ერთი ქვეყნის მოდელი გაითვალისწინა, შერეული მოდელი გაიზიარა თუ მისთვის სპეციფიკური წესი ჩამოაყალიბა.

ასევე, კვლევა საინტერესოა მედიაციის პროცესში ფიდუციური ურთიერთობის დაცვისა და ახალი საკანონმდებლო ცვლილებების გამო. ამ კონტექსტში უნდა განისა-

ზღვროს, რამდენად სრულადაა შესწავლილი მედიაციის გავრცელების მასშტაბები თუ შესაძლებლობები და რა როლს ასრულებს მედიაცია სამოქალაქო დავების მოგვარების პროცესში.

1. მედიაციის მოდელები საზღვარგარეთის რამდენიმე ქვეყანაში

ზოგადად, ცნობილია მედიაციის ოთხი მოდელი: 1. სრულად ნებაყოფლობითი მედიაცია, როდესაც მხარეები მიმართავენ მედიატორს ნებისმიერი დავის დროს, რომელიც მათ დამოუკიდებლად ვერ გადაწყვიტეს. ამ შემთხვევაში მედიაციას კანონი არ სჭირდება; 2. ნებაყოფლობითი მედიაცია გარკვეული წამახალისებელი ღონისძიებებითა და სანქციებით. ამ შემთხვევაში მხარეებს რეკომენდაცია ეძლევათ, გამოიყენონ მედიაცია, რაც პრაქტიკის განვითარებაზეა ორიენტირებული. ეს მოდელი საჭიროებს მედიაციის შესახებ კანონის არსებობას; 3. სავალდებულო პირველადი სამედიაციო სხდომა, როდესაც მხარეები უნდა დაესწრონ მედიატორთან პირველ შეხვედრას, უფასოდ ან გონივრული საფასურით, რათა განსაზღვრონ მედიაციის ვარგისიანობა. ეს მოდელიც მოითხოვს მედიაციის შესახებ სამართლებრივ ჩარჩოს; 4. სრულად სავალდებულო მედიაცია: მხარეები უნდა დაესწრონ მედიაციის პროცესს და გაიღონ ხარჯები მედიაციის მთელი პროცედურისთვის, როგორც სასამართლოსადმი მიმართვის წინაპირობისთვის. სავალდებულო ასპექტი ეხება მხოლოდ მთლიან პროცესში მონაწილეობას მაშინ, როდესაც მორიგების მიღწევა ყოველთვის ნებაყოფლობითია.¹

ასევე, განასხვავებენ, ძირითადად, მედიაციის მოწესრიგების ფართო და ვიწრო მოდელებს.² ქვეყნებში, რომლებიც ეფუძნება მედიაციის ვრცელ მოწესრიგებას, დეტალ-

ურადაა დარეგულირებული პროცედურები. ამ ქვეყნებში, ძირითადად, მოქმედებს კანონი „მედიაციის შესახებ“, რომელიც ფართოდ ეხება მედიაციის პროცესთან დაკავშირებულ საკითხებს, ასევე, მიჯნავს მედიაციასა და სხვა იურიდიულ პროცესებს. აღნიშნულ მოდელს ეფუძნება ავსტრია, სადაც არსებობს კანონი „სამოქალაქო სამართლის მედიაციის შესახებ აქტი“. ამავე მოდელზეა აგებული საფრანგეთი, თუმცა საფრანგეთში მედიაციის პროცესის შესახებ საკითხებს შეიცავს უშუალოდ სამოქალაქო კოდექსი, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, სისხლის საპროცესო კოდექსი და შრომის სამართლის კოდექსი.³

რაც შეეხება ვიწრო (შეზღუდულ) მოდელს, ამ შემთხვევაში მედიაციის პროცესი არაა დეტალურად მოწესრიგებული. ეს იმიტომ განპირობებულია, რომ ყველაფრის დარეგულირება ხელს შეუშლის მედიაციის ინსტიტუტის განვითარებას და ჩარჩოებში მოაქცევს მას. ამასთან, მედიაცია სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ნორმებიდან გამოსული მოვლენაა და მისი ჩარჩოებში მოქცევა უშუალოდ პროცესის შეზღუდვას მოიხრებს. ქვეყნები, რომლებიც ამ მოდელს იზიარებენ, არ აწესებენ მედიაციის საპროცესო წესებს და მედიატორთათვის ტრენინგ-ვალდებულებებს, რაც კერძო ინიციატივების რეგულირების საგნად განიხილება.⁴

1.1. გერმანია

ტერმინი „მედიაცია“ შეიძლება წარმოშობილი იყოს ბერძნული სიტყვიდან *medos* (რაც ნიშნავს შუამავალს, ნეიტრალურს, მიუკერძოებელს) და ლათინური ფუძის ზმნიდან *mederei* (ანუ განკურნება), ან *mediatio* (შუამავლობა). ამ თვალსაზრისით, მედიატორი განიხილება შუამავლად, რომელიც თავისი მიუკერძოებელი სამედიაციო საქმიანობით ეხმარება დავის მხარეებს მის მოგვარება-გარკვევაში. მედიაცია დავებთან გამკლა-

1 De Palo, G., D URSO, L., (2016). In: The Implementation of the Mediation Directive, Workshop , Research Administrator Responsible: Raffaelli R., p. 11.

2 Hopt, J. K, Steffek, F., (2013), Mediation Principles and Regulation im Comparative Perspective, Oxford, p. 17.

3 ყანდაშვილი, ი., (2020). მედიაცია (დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული საშუალება), თბ., 61-62.

4 იქვე, 63..

ვების ალტერნატიული მეთოდია, რომელიც მეცნიერულად პირველად დასაბუთდა აშშ-ში 1960-70-იან წლებში ჰარვარდის უნივერსიტეტის თანამშრომლების მიერ და მას შემდეგ გამოიყენება ცხოვრების მრავალ სფეროში. მედიაციაში მოიაზრება პროცედურა ან მეთოდი, რომელიც ხასიათდება ნებაყოფლობითობის, ავტონომიისა და შედეგებისადმი ღიაობის შემადგენელი პრინციპებით და ხორციელდება ნეიტრალური, ობიექტური შუამავლის (მედიატორის) მიერ. დღევანდელი მეცნიერული, დიფერენცირებული გაგებით, მედიაციის ისტორია იწყება 1960-70-იანი წლების პერიოდში, თუმცა ნეიტრალური მესამე მხარის, როგორც შუამავლის, მიერ დავების მედიაციის გზით გადაწყვეტის იდეის უკან დგას მრავალი ხალხის ათასწლიანი ტრადიცია. ამდენად, მედიაცია არაა მე-20 საუკუნის ახალი მოვლენა; თუმცა დავების მოგვარების ამ შესაძლებლობის მეცნიერულად დაფუძნებული და დიფერენცირებული განხილვა შედგა მხოლოდ ბოლო ორმოცი ან ორმოცდაათი წლის განმავლობაში, უპირველეს ყოვლისა, აშშ-ში და შემდეგ, ასევე, ევროპაში.⁵

გერმანიაში მედიაცია გამოიყენება 1980-იანი წლებიდან თავდაპირველად მხოლოდ ცალკეულ სფეროებში, მაგრამ დღეს ის ვრცელდება დავების ფართო სპექტრზე. მედიაცია გამოიყენება, მაგალითად, საოჯახო სამართლის, სამშენებლო სამართლის, გარემოს დაცვის, ქირავნობისა და სამეზობლო დავების, შრომის სამართლის, ბიზნესის, სკოლების, ინტერკულტურულ და სხვა დავებში. ამასთან, ზოგიერთ სფეროში გასათვალისწინებელია საქმისთვის დამახასიათებელი გარკვეული სპეციფიკა. მაგალითად, სასკოლო მედიაციაში მედიატორს განსაკუთრებული უნარ-ჩვევები მოეთხოვება, ვიდრე გარემოსდაცვით ან ბიზნესმედიაციის სფეროში. მაშასადამე, გერმანიაში მედიაცია განვითარდა თითქმის ყველა სოციალურ და საზოგადოებრივ სფეროში, როგორც კლასიკური სასამართლო პროცესის ალტერნატივა,

ან სულ მცირე „წინასწარ დავების გადაწყვეტის“ ალტერნატივა და ზოგიერთ შემთხვევაში მყარად დამკვიდრდა. გერმანიაში არ ჩანს სერიოზული ძალისხმევა, რათა მედიაციის შესახებ ნორმები ასახულიყო საპროცესო კანონმდებლობაში. მისგან განსხვავებით, შვეიცარიაში გადაწყდა, მედიაციის თაობაზე ნორმები გათვალისწინებულიყო სამოქალაქო საპროცესო სამართალში. ავსტრიაში 2004 წელს მიიღეს კანონი „სამოქალაქო სამართლის სფეროში მედიაციის შესახებ“, რითაც გამოიკვეთა ავსტრიის ნოვატორული როლი გერმანულ სამყაროში მედიაციის სამართლებრივი საფუძვლების განმტკიცების მიმართულებით.⁶

გერმანიაში მედიაციის ამოქმედებისა და პოპულარიზაციის ძირითადი საფუძველი იყო სასამართლო ხარჯების შემცირება. ამასთან, მართლმსაჯულებაში განხორციელებულ სხვა რეფორმებთან ერთად, გერმანიამ დაწერა და განავითარა მედიაციის ინსტიტუტი.⁷ ამით, თითქოს, მართლმსაჯულების განხორციელების ფუნქციის ნაწილად განიხილეს მედიაციის ინსტიტუტის წარმოშობა.

გერმანიის ფედერაციულ სახელმწიფოში თავდაპირველად მედიაციის პროცესის სამი ფორმა არსებობდა:

- 1) ე.წ. „სასამართლოს გარე მედიაცია“ (Gerichtsexterne Mediation), რომელიც აღიქმებოდა სამართალწარმოებისგან სრულიად დამოუკიდებელ პროცესად და ამოქმედდებოდა კერძო ინიციატივის საფუძველზე;
- 2) ე.წ. „სასამართლოსთან არსებული მედიაცია“ (Gerichtsnahе Mediation). მართალია, ის ინსტიტუციონალურად დაკავშირებულია სასამართლოს შიგნით მიმდინარე პროცესთან (მართლმსაჯულების განხორციელებასთან), მაგრამ არაა დამოკიდებული სასამართლოზე, როგორც სახელმწიფო ინსტიტუტზე;
- 3) სასამართლოს შიგნით არსებული მე-

5 Lewinski-Reuter, V., (2011). Mediation, In: Glossar Kulturmanagement, V. Lewinski-Reuter, S. Lüdemann (Hrsg.), Wiesbaden, 254.

6 Lewinski-Reuter, V., (2011). Mediation, In: Glossar Kulturmanagement, V. Lewinski-Reuter, S. Lüdemann (Hrsg.), Wiesbaden, p. 255.

7 Espilugus, C., Iglesias, J. L., Palao, G., (2013). Civil and Commercial Mediation in Europe: National Mediation Rules and Procedures, Vol. I, Intersentia, Cambridge, p. 162.

დიაცია (Gerichtsinterne Mediation), რომელიც როგორც პერსონალურად, ისე ტერიტორიულად დაკავშირებული იყო სასამართლოსა და სამოქალაქო პროცესთან.⁸

გერმანიაში დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა მოიცავს საკუთარ თავში როგორც საპროცესო, ისე მატერიალური სამართლის ელემენტებს. მატერიალური სამართლიდან გამოიყენება ზოგადი სახელშეკრულებო სამართლის ნორმები. გერმანიის ახალი კანონი „მედიაციის შესახებ“, რომელიც მედიაციის თაობაზე ევროპულ დირექტივას იზიარებდა, 2012 წლის ივლისში შევიდა ძალაში.⁹

„მედიაციის შესახებ“ გერმანიის კანონით აღიარებულია, რომ სასამართლოს არ აქვს უფლება, მიმდინარე დავა გადასცეს გარე მედიაციას, მაგრამ შეუძლია მის წარმოებაში არსებული საქმე დაუქვემდებაროს სასამართლო მედიაციას.¹⁰ ამასთან, გერმანიის კანონმდებლობა მხარეებს მოუწოდებს, მიაღწიონ დავის შეთანხმებით მოგვარებას და სასამართლო პროცესი გამოიყენონ, როგორც უკიდურესი საშუალება. გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-15ა ნაწილის მიხედვით, აუცილებელია, მხარეებმა თავდაპირველად სცადონ დავის ალტერნატიული საშუალება მანამ, ვიდრე დაიწყებს სასამართლოში სამართალწარმოებას.¹¹

ამასთან, გერმანიის მიწების მიხედვით მიდგომები განსხვავებულია მედიაციის გამოყენების პრიორიტეტულობასთან დაკავშირებით. მაგალითად, კილის საოლქო სასამართლოში საქმეების 20% გადაცემა მედიაციას. ამ საქმეთა 70%-დან მხარე-

თა შორის შეთანხმება მიიღწევა მხოლოდ 15%-ზე. სხვა სასამართლოებში მნიშვნელოვანწილად შემცირებულია მონაცემები ან საერთოდ არ სთავაზობენ მედიაციას. ეს მოსამართლეთა შეხედულებაზეა დამოკიდებული. მოსამართლეთა დიდი უმრავლესობა მიიჩნევს, რომ დავის გადაწყვეტა თავადაც შეუძლიათ და არ გამოთქვამენ დავების მედიაციისთვის გადაცემის სურვილს. ამასთან, დღესდღეობით გერმანიაში მედიაცია სტატუსის განიცდის, რადგან დავები განიხილება სასამართლოში სწრაფად (5-9 თვე, მედიაციაში კი – დაახლ. 3 თვე) და სამართალწარმოების ტრადიციულ წესებზე დამოკიდებულება არსებობს. მიუხედავად ამისა, ბევრ რეგიონში მედიაციაზე მოთხოვნა მზარდია და საკმაოდ მაღალია მედიაციის წილი სასამართლოში განსახილველ საქმეებს შორის (20%).¹²

1.2. ლიეტუვა

ლიეტუვაში მოქმედებს „სამოქალაქო დავებში მედიაციის გამოყენების შესახებ“ კანონი.¹³ აქ მედიაციის განვითარება განაპირობა სოციალურმა მშვიდობამ, სასამართლო დავების შემცირებამ, მომხმარებელთა ინტერესების დაკმაყოფილებამ, ასევე, დროისა და ხარჯების ეკონომიამ. ლიეტუვაში ხშირად სთავაზობენ მხარეებსა და მათ ადვოკატებს სამოქალაქო თუ კომერციული დავების მედიაციის გზით გადაწყვეტას, მით უფრო, განსაკუთრებულად რთული საქმეების დროს. 2019 წელს ლიეტუვაში კანონმდებელმა სამოქალაქო სასამართლოებს მიანიჭა უფლება, მოითხოვოს მხარეებისგან, რათა მათ სცადონ მედიაციის გზით დავის

8 ცერცვაძე, გ., (2010). მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 105

9 Piers, M., (2014). Europe's Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start? Journal of Dispute Resolution, No. 2, p. 287.

10 Tochtermann, P., (2013). Mediation in Germany: The German Mediation Act Alternative Dispute Resolution at the Corossroads, in Hopt&Steffek, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford, p. 538.

11 Piers, M., (2014). Europe's Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start? Journal of Dispute Resolution, No. 2, 291.

12 გნიზა, ი., (2017). გერმანიის სასამართლო მედიაციის სფეროში არსებული პრაქტიკული გამოცდილება და პერსპექტივები, მემორანდუმის ხელმომწერი ქვეყნების მოსამართლეთა ასოციაციების საერთაშორისო კონფერენციის მასალებში: „მოსამართლეთა საქმიანობის შეფასება, სასამართლო მედიაცია და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება“, 70-72.

13 Law on Conciliatory Mediation in Civil Disputes of Republic of Lithuania, 15 July 2008 No X-1702.

გადაწყვეტა, როცა ეს მიზანშეწონილია. 2015 წლის მონაცემებთან შედარებით, როდესაც დაახლოებით 100 მედიაციის გამოყენების მცდელობა იყო, მედიაციის გზით დავის გადაწყვეტის ოფიციალური მცდელობები უკვე გაიზარდა ათჯერ. იტალიისა და სხვა სახელმწიფოების გამოცდილების მაგალითზე, ლიეტუვამ გაითვალისწინა სავალდებულო მედიაცია საოჯახო საქმეებზე, ასევე, „მედიაციის შესახებ“ ლიეტუვის კანონის გავრცელება სხვა საქმეებზე.¹⁴

ამასთან, ლიეტუვაში სასამართლო მედიაციის ან მორიგების პროცედურა საპილოტე რეჟიმში დაიწყო 2005 წელს. ამ პროგრამის შედეგების შეჯამების შედეგად სამუშაო ჯგუფმა 2014 წელს მიიღო სასამართლო მედიაციის წესები, რომლებიც ძალაში შევიდა 2015 წლის 1 იანვრიდან. სასამართლო მედიაცია გავრცელდა ნებისმიერ სამოქალაქო საქმეზე. სტატისტიკური მონაცემების მიხედვით, 2012 წელს 17-ჯერ მიმართეს მედიაციას, 2013 წელს მედიაციაში ასეთი 37 საქმე იყო, 2014 წელს – 53, 2015 წელს – 123 და 2016 წელს – 313. ბოლო წლებში მედიაციით განხილულ საქმეთა რაოდენობა ორჯერ გაიზარდა. ლიეტუვაში თუ მხარეები თანხმდებიან მედიაციის გზით საქმის განხილვის შეთავაზებას, მედიატორი კი წერილობით თანხმობას აცხადებს და სასამართლომ განუმარტა მხარეებს მედიაციის არსი, მოსამართლეს ევალება, შეაჩეროს წარმოება და საქმე გადასცეს სასამართლო მედიაციას. ასევე, სასამართლო წყვეტს მედიატორის დანიშვნას ან შეცვლას.¹⁵

1.3. ლატვია

ლატვიაში „მედიაციის შესახებ“ კანონი მიიღეს 2014 წლის 22 მაისს. ამ კანონით ლატვიაში მედიაციის განვითარებისკენ გადაიდგა ნაბიჯი და მედიაცია გახდა ოფიციალური. კანონით განმტკიცდა მედიაციის ძირითადი პრინციპები: ნებაყოფლობითობა, კონფიდენციალობა, მხარეთა თანასწორობა და თანამშრომლობა, მედიატორის ნეიტრალურობა და ობიექტურობა. ამასთან, კანონით განისაზღვრა, რომ მედიაციის პროცესი იწყება მედიატორთან წერილობითი შეთანხმების დადების მომენტიდან, რომელშიც აისახება დავის არსი, მხარეთა და მედიატორის უფლება-მოვალეობები. მედიაციის პროცესის დასრულების შემდეგ მედიატორს შეუძლია მედიაციის შესახებ შეთანხმების დამტკიცება, რომელსაც იურიდიული ძალა აქვს.¹⁶

მედიაციის დროს ზოგადი კანონმდებლობით ხელმძღვანელობენ ბელგიაში, ესტონეთში, მალტასა და შვედეთში. ამ კანონის მიზანია, უზრუნველყოს ინდივიდუალური და კოლექტიური შრომითი დავების გადაწყვეტა. გარკვეულ შემთხვევებში ზოგადი კანონმდებლობა ვრცელდება სამოქალაქო საქმეებზეც. მაგალითად, ესტონეთსა და ლატვიაში მედიაცია გამოიყენება პაციენტსა ან მის ნათესავებსა და მედიცინის თანამშრომელს შორის. გარდა ამისა, აქ მედიაცია მოქმედებს კოლექტიური შრომითი დავების დროსაც, როცა ჯანდაცვის დაწესებულების ხელმძღვანელობასა და პროფკავშირს შორის უთანხმოება წარმოიშობა. ეს შეეხება ასევე, მაგალითად, ბელგიას, ესტონეთს, საფრანგეთს, მალტას, დიდ ბრიტანეთს. ამასთან, ესტონეთში, მალტასა და დიდ ბრიტანეთში მედიაცია შედარებით იშვიათად გამოიყენება ინდივიდუალურ შრომით დავებში, რომელიც წარმოიშობა დამსაქმებელსა და ჯანდაცვის პერსონალს შორის.¹⁷

14 Simaitis, R., (2020). A new wave of Mediation in Lithuania What does it mean for Lawyers, CEE Legal Matters, 29 April, <<https://ceelegalmatters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>> [ბოლო წვდომა 25.08.2023].

15 გაღლიაუსკასი, რ., (2017). მედიაცია ლიტვაში, მემორანდუმის ხელმომწერი ქვეყნების მოსამართლეთა ასოციაციების საერთაშორისო კონფერენციის მასალებში: „მოსამართლეთა საქმიანობის შეფასება, სასამართლო მედიაცია და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება“, 102-103.

16 Fedorchuk, M., (2020). Mediation: The Experience of Latvia, Mediation: Training and Society Transformation/MEDIATS of EU Program, <<https://mediats-chnu.com/mediation-the-experience-of-latvia/>> [ბოლო წვდომა 22.07.2023].

17 HOPE – European Hospital and Healthcare Federation

მედიაცია არაა ფართოდ გავრცელებული ლატვიაში, მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ მხარეები არასოდეს ირჩევენ მედიაციას მათი დავების გადასაწყვეტად. ამასთან, მედიაციის პოპულარობა უფრო და უფრო იზრდება. მედიაციის თვითრეგულირების მოდელი მუშაობს ეფექტიანად.¹⁸ ლატვიაში მედიატორის მიმართ დაწესებულია გარკვეული მოთხოვნები, როგორცაა: მედიატორი უნდა იყოს არანაკლებ 25 წლის, კარგი რეპუტაციით და ნასამართლეობის გარეშე, უმაღლესი განათლებით ნებისმიერ სფეროში, თავისუფლად ფლობდეს ლატვიურ ენას, დასრულებული ჰქონდეს მინიმუმ 100-საათიანი სწავლა მედიაციაში. მედიაცია ლატვიაში ხორციელდება გარკვეული საპროცესო ღონისძიებების დახმარებით. პირველ რიგში, ლატვიაში მედიაცია არასავალდებულო ხასიათისაა, მაგრამ სამოქალაქო პროცესში სასამართლო მოუწოდებს მოსარჩელეს, მედიაცია განიხილოს, როგორც დავის გადაწყვეტის ერთ-ერთი ვარიანტი – მინიმუმ დავის გადაწყვეტის შესაძლო ინსტრუმენტი. შესაბამისად, მედიაცია წმინდა ნებაყოფლობითი ხასიათისაა, თუმცა ნახალისებელია მისი გამოყენება საპროცესო ნორმებითა და ზომებით.¹⁹

1.4. ესტონეთი

ესტონეთში მედიაცია არის ინდუსტრიული (სამეწარმეო) დავების გადაწყვეტის ერთადერთი მეთოდი. ამ პირობებში საზოგადოებრივი მედიატორის პოზიცია შეიქმნა 1995 წელს. დაარსების მომენტიდან დღემდე საზოგადოებრივი მედიაციის სამსახურმა განიხილა დაახლოებით 300 საქმე, რომელთა

80% წარმატებით დასრულდა.²⁰

ესტონეთში იშვიათად იყენებენ მედიაციის ინსტიტუტს. აქ კანონი „მედიაციის შესახებ“ ძალაში შევიდა 2010 წლის 1 იანვარს. „მედიაციის შესახებ“ კანონი ეხება როგორც მედიაციას, ისე შერიგებას (მორიგებას). თუ სასამართლო ჩათვლის გონივრულად და აუცილებლად, ის ავალებს მხარეებს, მიიღონ მონაწილეობა მედიაციის პროცესში, როგორც ეს „მედიაციის შესახებ“ კანონის 1.3-ე მუხლშია მოცემული. კანონი ვრცელდება სამოქალაქო დავებზე და ის არ შეიცავს ამ საქმეების ჩამონათვალს. შესაბამისად, კანონი გამოიყენება სამოქალაქო საქმეებზე შეზღუდვების გარეშე. ამასთან, აქვე სამედიაციო შეთანხება შეიძლება ძალაში შევიდეს მხოლოდ მაშინ, როცა ეს შეთანხმება ეხება მოთხოვნებს, რომლებიც უკავშირდება საკუთრებას, ან თუ ეს არაა საკუთრება, მაშინ, როდესაც მხარეები კომპრომისს მიაღწევენ დავის ობიექტთან დაკავშირებით. სასამართლოს არ აქვს უფლება, დაამტკიცოს დავის შესახებ შეთანხმება, რომელიც შეეხება საიჯარო ხელშეკრულების მოქმედებას ან გაუქმებას და ესტონეთში განთავსებული საცხოვრებელი ადგილის განთავსუფლებას.²¹

ესტონეთში გამოიყენება მედიაციის ხელშეკრულება და მედიაციაზე შეთანხმება. მედიაციის შესახებ შეთანხმება შეიძლება დაადასტუროს იმ ნოტარიუსმა, რომელსაც მხარეები მიმართავენ. როცა მედიაციის ხელშეკრულებას მხარეები ხელს აწერენ, მათ წარმოეშობათ მოვალეობა, იმოქმედონ ამ შეთანხმების შესაბამისად. ამდენად, ეს ხელშეკრულება შეიცავს ვალდებულებითსამართლებრივი ხელშეკრულების ელემენტებს, კერძოდ, წარმოშობს როგორც ერთი მხარის (მოვალის) მიერ გარკვეული ქმედების განხორციელების მოვალეობა, ისე მეორე მხარის (უფლებამოსილი პირის) უფლება,

(2012), *Mediation in Healthcare*, pp. 7-9.

18 Bertaitis, S., Marjusina, R., Olevska, I., In: Palo de G., Trevor, M. B., (Ed.) (2012). *EU Mediation, Law and Practice*, Oxford, pp. 218-219.

19 Tvaronavile, A., Kaminskie, N., Rone, D., Uudekull, R., (2022). *Mediation in the Baltic States: Developments and Challenges of Implementation*, *Access to Justice in Eastern Europe*, Vol. 4, No. 16, pp. 76-77, <<https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-a000427>>

20 International Labour Office, (2007). *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, Geneva, p. 16, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf> [ბოლო წვდომა 03.7.2023].

21 <<https://iclg.com/cdr/litigation/pirkka-marja-poldvere-aivar-pilv>> [ბოლო წვდომა 20.08.2023].

მოითხოვოს კონტრაქტისგან მოქმედების შესრულება. ნოტარიუსი დაადასტურებს სამედიაციო შეთანხმებას, თუ მხარეები ამას მოითხოვენ. პირობების შეუსრულებლობისას მხარეებმა უნდა გადასცენ საქმე სასამართლოს. რაც შეეხება საფინანსო საკითხებს, მათზე მედიაციის შეთანხმება რომ აღსრულდეს, ის უნდა მიიღოს ქვეყნის სასამართლომ.²²

2. მედიაციის ქართული მოდელი

საქართველომ გაითვალისწინა საერთაშორისო გამოცდილება და განსაზღვრა, რომ მედიაცია უნდა განვითარდეს და გაძლიერდეს, რაც უზრუნველყოფს სასამართლოს საქმეებისგან განტვირთვასაც. მედიაციის მიზანია, ხელი შეუწყოს მხარეებს დავის ურთიერთშეთანხმებით, სწრაფად და ეფექტიანად მოგვარებაში. მედიაცია უფრო მეტად გაზრდის მართლმსაჯულების ეფექტიანობას და განტვირთავს სასამართლოს ისეთი საქმეებისგან, რომლებზეც არსებობს დავის მხარეთა შეთანხმებით დასრულების ალბათობა. ამასთან, მედიაცია მოქნილი პროცესია, რომელიც, სასამართლოსა და არბიტრაჟთან ერთად, გამოკვეთს საერთო მიზნის მისაღწევად მედიაციის განსაკუთრებულ მნიშვნელობას.²³

საქართველოში კანონმდებელმა, ერთი მხრივ, ჩამოთვალა საქმეები, რომლებზეც ვრცელდება სასამართლო მედიაცია, მეორე მხრივ კი, მხარეთა ნების არსებობისას დაანესა ნებისმიერ დავაზე მედიაციის გავრცელების შესაძლებლობა. კანონით საქართველოში სასამართლო მედიაცია გამოიყენება ა) საოჯახო დავებზე, გარდა შვილად აყვანის, შვილად აყვანის ბათილად ცნობის, გაუქმების, მშობლის უფლების შეზღუდვის, ჩამორთმევის, ქალთა მიმართ ძალადობის ან/და ოჯახში ძალადობის შესახებ საქმე-

ებზე; ბ) სამემკვიდრეო დავებზე; გ) სამეზობლო დავებზე; დ) შრომით დავებზე, გარდა კოლექტიური დავისა; საზიარო უფლების რეალიზაციის საქმეებზე; ე) ქონებრივ დავებზე, თუ დავის საგნის ღირებულება 2000 ლარს არ სცდება; ვ) არაქონებრივ დავებზე, ზ) ასევე, ნებისმიერ სხვა დავაზე, თუ ამაზე არსებობს მხარეთა შეთანხმება (სსკ-ის 1873-ე მუხლის პირველი ნაწილი). ამით ფაქტობრივად კანონმდებელმა მხარეთა ნების პრიორიტეტი აღიარა და მათი შეთანხმება დაუდო საფუძვლად ნებისმიერი დავის განხილვას მედიაციის გზით.

ევროკავშირსა და საქართველოს შორის დაიდო ასოცირების შეთანხმება, რომლის ფარგლებშიც საქართველოს იკისრა მოვალეობა, განავითაროს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები, განსაკუთრებით მედიაცია და არბიტრაჟი, შექმნას მათ გამოსაყენებლად სათანადო პირობები. „მედიაციის შესახებ“ კანონის მიღებით განისაზღვრა, მისი ძირითადი მიზანი, უზრუნველყოს სწორედ ეს მოთხოვნა. 2020 წლის პირველი იანვრიდან ძალაში შევიდა „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი, რომლითაც მედიაცია სამოქალაქო დავების გადაწყვეტის ახალ საშუალებად ჩაითვალა.²⁴

2008 წლის ევროპის კავშირის დირექტივა მედიაციის შესახებ შეიცავს სამოქალაქო და კომერციულ საქმეებზე²⁵ მედიაციის წარმოების გარკვეულ საკვანძო შტრიხებს ყველა წევრი სახელმწიფოსთვის. საგულისხმოა, რომ წევრი ქვეყნების უმეტესობაში მედიაციის ორი ან სამი მოდელი გვხვდება, რაც დამოკიდებულია უშუალოდ დავის სახეზე. მაგალითად, სამოქალაქო და კომერციულ დავებზე მედიაცია სრულად ნებაყოფლობით მოდელზეა დაფუძნებული ბელგიაში, საბერძნეთში, ესტონეთში, გერმანიაში, საფრანგეთში, ლატვიაში და სხვა. თუმცა ნებაყოფლობითი მედიაცია წამახალისებელი ღონისძიებებით და/ან სანქციებით ასევე

22 HOPE – European Hospital and Healthcare Federation (2012). Mediation in Healthcare, pp. 19-20.

23 „მედიაციის შესახებ“ კანონის განმარტებითი ბარათი, რეგისტრაციის N07-2/319/9.

24 <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartveloshi-mediaciis-shesaxeb-kanoni-amogmeddeba/42734>> [ბოლო წვდომა 20.07.2023].

25 Directive 2008/52 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

გვხვდება ესტონეთში, საბერძნეთში, იტალიაში (სამოქალაქო და კომერციული დავების 92%-ში), მალტაში და სხვა.²⁶

საქართველოს კანონმდებლობით აღიარებს როგორც სასამართლო მედიაციას, ისე კერძო მედიაციას. საქმე განიხილება სასამართლო მედიაციის გზით იმ შემთხვევაში, როცა სასამართლოში წარდგენილია სარჩელი და სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით დადგენილი წესით სასამართლო საქმეს გადასცემს მედიატორს („მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-2 მუხლის „ბ“ პუნქტი). კანონით სასამართლო მედიაციის წესით საქმის განხილვის ვადა შეადგენს 45 დღეს, თუმცა უნდა შედგეს მინიმუმ ორი შეხვედრა. აქვე დასაშვებია ამ ვადის გაგრძელება იმავე ვადის მხოლოდ მაშინ, თუ არსებობს მხარეთა შეთანხმება.²⁷ ვადის საკითხი განსაკუთრებით აქტუალური იყო პანდემიის პერიოდში.

სასამართლოში პროცესი წლების განმავლობაში მიმდინარეობს, ხოლო თუ კორონავირუსის გამო საქმე ვერ წყდება ზეპირი განხილვის გარეშე, სასამართლო იღებს გადაწყვეტილებას საქმის განხილვის გადადების თაობაზე. ამ გზით ჭიანურდება სამართალწარმოება, ხოლო საქმის განხილვის გადავადება იწვევს დავის გადაწყვეტის განხილვის გარეშე დასრულების ვადით და მხარეებს შორის დაძაბული ფონის გაზრდას. ეს დიდწილად ბიზნესსფეროზე უარყოფითად აისახება, რადგან შეიძლება ნეგატიური ეკონომიკური შედეგები გამოიწვიოს. განსაკუთრებით საგრძნობი იყო უარყოფითი ეკონომიკური ეფექტები პანდემიის დროს სხვადასხვა ქვეყანაში.²⁸ გაჭიანურებული სასამართლო პროცესები ქონებრივი ზარალის გაზრდის წინაპირობაა. მაგალითად, თუ ბიზნესსუბიექტი სასამართლო განხილვის შედეგებს ელის, რათა გარკვეული ბიზნეს-პერაციები განახორციელოს და სამეწარმეო

საქმიანობა გააგრძელოს, ხანგრძლივი პროცესები ზრდის მისთვის მიყენებულ დანაკარგებს. ამასთან, ამ პერიოდში მისი ეკონომიკური იმიჯიც ნელ-ნელა უფასურდება.

კერძო მედიაციას საფუძვლად უდევს მხარეთა ინიციატივა მედიაციის შესახებ შეთანხმება იმის გარეშე, რომ სასამართლომ საქმე მედიატორს გადასცეს („მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-2 მუხლის „ბ“ და „გ“ პუნქტები). აქედან გამომდინარე, კერძო მედიაცია მხარეთათვის თავისუფალი პროცესია და დისპოზიციური ხასიათისაა.

ჩვეულებრივ, სასამართლოს აქვს უფლებამოსილება მხოლოდ თავისი მიხედულების მიხედვით ურჩიონ მხარეებს მედიაციის გამოყენება, თუ ფიქრობენ, რომ ეს პროცედურა შეიძლება დადებითი შედეგებით დასრულდეს (გერმანია, ლიეტუვა, პოლონეთი, რუმინეთი, შვეცია, დიდი ბრიტანეთი).²⁹ სხვა ქვეყნების მსგავსად, „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონით განსაზღვრული კერძო მედიაციის დაწყება იწვევს ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას.³⁰ ამდენად, როცა დაიწყება კერძო მედიაცია, ამ მომენტიდან შეჩერდება მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადის დენა.³¹

3. მედიაციის უპირატესობები და უარყოფითი მხარეები

3.1. მედიაციის უპირატესობები

ბიზნესსუბიექტები მედიაციის გამოყენების მრავალ უპირატესობაზე მიუთითებენ. მოცემულ შემთხვევაში იგულისხმება მედიაციის პოტენციური სარგებლის გაცნობიერება. ასეთი სარგებელი მოიცავს: 1. სასამართლო და საარბიტრაჟო რისკებისა და გაურკვევლობებისგან განსხვავებით, მხარეთა მიერ დავის გადაწყვეტის პროცესსა და პროდუქტზე მუდმივ კონტროლს; 2. დავის გადაწყვეტისა და პროცესის მართვის ინდივიდუალიზაცი-

26 De Palo G., D. URSO L., (2016). In: The Implementation of the Mediation Directive, Workshop, Research Administrator Responsible: Raffaelli R., p. 16.

27 სსსკ-ის 1875 – ე მუხლი, 1997 წ.

28 იხ. ბიჭია, მ., (2021), მედიაციის გამოყენების მნიშვნელობა ბიზნესდავებში პანდემიის დროს, ჟურნალი „სამართლის მაცნე“, №3, 10. DOI: [10.15350/26679434/H.3.1](https://doi.org/10.15350/26679434/H.3.1)

29 Шумова, К. А., (2015). Принципы медиации, Диссертация, Саратов, 68.

30 სამოქალაქო კოდექსის 132-ე მუხლის გ1 პუნქტი, 1997 წ.

31 „მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-12 მუხლის პირველი პუნქტი, 2019 წ.

ას; 3. კონფიდენციალურობას; 4. კომუნიკაციის გაუმჯობესებას; 5. კულტურულ, ტრანსსასაზღვრო ხიდს; 6. კომერციული რეალიების გათვალისწინებას; 7. ხარჯების დაზოგვასა და ციკლის დროის შემცირებას; 8. კრეატიულ და საიმედო გადაწყვეტილებებს; 9. მუდმივი ურთიერთობების მხარდაჭერას ან განმტკიცებას; 10. პოტენციურ სარგებელთან შედარებით ხარჯებისა და რისკი დაბალ ხარისხს.³²

მათი ნაწილი მედიაციის პრინციპებში აისახება. ესენია: მხარეთა ნებაყოფლობითობა, მედიატორის მიუკერძოებლობა და დამოუკიდებლობა, მხარეების მიერ პროცესის გაკონტროლება და კონფიდენციალურობა.³³ ამასთან, მედიაციაში უნდა იყოს დაცული მხარეთა თვითგამორკვევის, კეთილსინდისიერებისა და თანასწორობის პრინციპები.³⁴

3.1.1. მედიატორის ნეიტრალურობა და მიუკერძოებლობა

მედიაციის გამოყენების ერთ-ერთი მიზეზი ისიცაა, რომ გამოცდილმა ნეიტრალურმა პირმა (მედიატორმა) ხელი შეუწყოს როგორც ინფორმაციის გაცვლის, ისე მისი რაოდენობის ხარისხს დავის გადასაწყვეტად. რელევანტურმა ინფორმაციამ შეიძლება გაზარდოს დავის გადაწყვეტის შანსები მხარეებისთვის სასურველი პირობებით.³⁵ სასამართლოში საქმის ბედს ერთპიროვნულად წყვეტს მოსამართლე. რაც შეეხება მედიაციას, ამ შემთხვევაში ყურადღება მახვილდება კომუნიკაციაზე, რომელსაც წარმართავს მესამე ნეიტრალური პირი მედიატორის სახით.³⁶ მე-

დიატორის როლი კარგად გამოიხატება პირდაპირი კომუნიკაციების ხელშეწყობაში, მაგრამ მედიატორი უნდა იყოს არა სანდო მრჩეველი, არამედ ნეიტრალური პირი. მხარეები სწორედ იმიტომ ენდობიან მედიატორს, რომ მისი როლი ნეიტრალურია.³⁷

სასამართლო პროცესებისგან განსხვავებით, მედიაციის დროს მხარეებს შორის კომუნიკაცია არ ეფუძნება მოლოდინს, რომ მათ შემდგომ ისევ ექნებათ ერთმანეთთან კავშირი. ასეთი მოლაპარაკებების შედეგად გადაცემული ინფორმაციის გამოყენებამ შეიძლება უსამართლოდ გამოიწვიოს ზიანის მიყენება. ამ პროცესში მედიატორი ნეიტრალური და მიუკერძოებელია.³⁸ მართალია, მის მიუკერძოებლობის რწმენას აძლიერებს მედიაციის კონფიდენციალურობა და ნდობაზე დაფუძნებული გარემო, მაგრამ მედიატორს ევალება, არ მიემხროს რომელიმე მხარეს და დარჩეს ნეიტრალური.³⁹

3.1.2. ფინანსური ხარჯებისა და დროის დაზოგვა

ხანგრძლივი და გახმაურებული სასამართლო პროცესების დროს შეიძლება ზიანი მიადგეს ბიზნესსუბიექტების კომერციულ ინტერესებს.⁴⁰ ამ დროს განსაკუთრებული როლი აქვს მედიაციას, რადგან ის დავის გადაწყვეტის იაფი და ეფექტიანი საშუალებაა.⁴¹

32 Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, 10.
33 Att. Dursun Al, (2017). The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidencialiti In Commercial Mediation, Afro Eurasian Studies Journal, Vol. 6, Iss. 1&2, Spring & Fall, pp. 18-19.
34 „მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლი, 2019 წ.
35 Deason, E. E., (2002). Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal onDispute Resolution, Col. 17, No.2, p. 245.
36 ცერცვაძე, გ., (რედ.) (2013). მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი, 32.

37 Deason, E. E., (2001). The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or CrucialPredictability? Marquette Law Review, Vol. 85, p. 81.
38 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 37-38.
39 Macturk, C. H., (1995). Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 19, p. 415. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [ბოლო წვდომა 12.02.2022]; ნეიტრალურობასთან დაკავშირებით იხ. ჩიტაშვილი, ნ., (2016). ადვოკატ-მედიატორის ცალკეულ ეთიკურ ვალდებულებათა თავისებურება და რეგულირების აუცილებლობა, „სამართლის ჟურნალი“, №2, 36-37.
40 Wykoff, A. (2016). Mediation & Confidentiality, Bond University Student Law Review , Vol. 4, p. 5.
41 ცერცვაძე, გ., (რედ.) (2013). მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქა-

ამდენად, მედიაციის ხარჯ-ეფექტიანობა არის მისი კიდევ ერთი მიმზიდველი მახასიათებელი. მედიაცია ხარჯების განვივს თვალსაზრისით ეფექტიანია. პირველ რიგში, დავის გადაწყვეტის სხვა საშუალებებთან შედარებით, მედიაციას ცოტა დრო სჭირდება. დროის დაზოგვით მხარეები მინიმუმამდე ამცირებენ ისეთ ხარჯებს, როგორცაა დაკარგული შემოსავლები და ბიზნესშესაძლებლობები.⁴² ბიზნესსექტორისთვისაც უმნიშვნელოვანესია, დავა მოგვარდეს შედარებით ნაკლები ხარჯით. ამ გაგებით, საგულისხმოა მედიაციის მოდელი წამახალისებელი ღონისძიებების და/ან სანქციის ფორმით. შეღავათები ხშირად გვხვდება ფინანსური წამახალისებელი ღონისძიების სახით მხარეებისთვის, რომლებიც მედიაციის შემდეგ შეთანხმებას მიაღწევენ. ასეთი სტიმულატორის როლს თამაშობს, მაგალითად, სასამართლო ხარჯების დაბრუნება სლოვაკეთსა და ესტონეთში, ან დამონების ხარჯების ანაზღაურება-დაბრუნება ბულგარეთსა და ლატვიაში.⁴³ ამდენად, მედიაციის შეთანხმების დადების ერთ-ერთი მასტიმულირებელი გარემოებაა სახელმწიფო გადასახადის (ბაჟის) ან მისი ნაწილის დაბრუნება. მხარეთა შეთანხმების დადების წახალისების შესახებ მსგავსი გამოცდილება აქვს ლიეტუვას, სადაც მოსარჩელეს, რომელმაც დადო ე.წ. „მშვიდობიანი ხელშეკრულება“, უბრუნდება სახელმწიფო ბაჟის 75%.⁴⁴

მსგავსი მიდგომაა საქართველოშიც გაზიარებული. სახელმწიფო, სასამართლო მედიაციისას სახელმწიფო ბაჟი უნდა შეადგენდეს დავის საგნის ღირებულების 1%-ს, თუმცა მინიმუმ 50 ლარს. თუ დავა მხარეთა შეთანხმებით არ დასრულდა, საქმის განხილვა

განახლდება სასამართლოში და მოსარჩელეს დამატებით დაევალება, წარადგინოს დავის საგნის ღირებულების 2%-ის, მაგრამ არანაკლებ 50 ლარის გადახდის დამადასტურებელი ქვითრის დედანი.⁴⁵ თუმცა, თუ სასამართლო მედიაციის დროს მხარეებმა დავა შეთანხმებით დაასრულდეს, კანონით მოსარჩელეს უბრუნდება მის მიერ გადახდილი სახელმწიფო ბაჟის 70%.⁴⁶

თუ მხარემ ჩათვალა, რომ მედიაცია დროსა და ფულის ფუჭი ხარჯვაა, მას ნებისმიერ დროს შეუძლია შეწყვიტოს მოლაპარაკება და მიმართოს არბიტრაჟს ან სასამართლოს. საქმე ისაა, რომ მედიაცია დროისა და ფულის დაზოგვის შესაძლებლობაა არა მხოლოდ მხარეებისთვის, არამედ სამართლებრივი სახელმწიფოსთვისაც, რომელიც საკმაოდ დიდ რესურსს გამოყოფს ხანგრძლივი სასამართლო პროცესების წარმოებისთვის.⁴⁷

3.1.3. მხარეთა ურთიერთობის შენარჩუნება და არასტრქესული გარემო

მედიაციის ერთ-ერთი უპირატესობაა საოჯახო და სხვა მიმდინარე ურთიერთობების შენარჩუნება. ანდერძის, მინდობისა და მზრუნველობის დროს წარმოშობილი საოჯახო ურთიერთობები შეიძლება გამოუსწორებლად დაზიანდეს ხანგრძლივი სასამართლო განხილვებით. მედიაციაში მხარეთა მოსმენისას შეიძლება ნდობის აღდგენა, მიმდინარე დავის არა მხოლოდ გადაწყვეტა, არამედ მომავალში პრობლემების პრევენცია.⁴⁸

მედიაციას განსაკუთრებული უპირატესობა აქვს მაშინ, როდესაც მხარეებს აქვთ მუდმივი ურთიერთობები, რომლებიც დავის მოგვარების შემდეგაც უნდა გაგრძელდეს, რადგან შეთანხმება შედგა მათი თანხმო-

როველოში, თბილისი, 32.

42 Feinberg, K. R., (1989). Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution, Pepperdine Law Review, Vol. 16, Iss. 5, S 10.

43 De Palo, G., D URSO, L., (2016). In: The Implementation of the Mediation Directive, Workshop, Research Administrator Responsible: Raffaelli R., p. 12.

44 Батурина, Н.А., (2016). Зарубежный Опыт Правового Регулирования Процедуры Медиации, В Сборник материалов I Всероссийской научно-практической конференции с международным участием (Саратов, 4 декабря 2015 года): «Перспективы становления и развития медиации в регионах», Саратов, 23.

45 კ-ის 39-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ა3“ პუნქტი, 1997 წ.

46 სსკ-ის 49-ე მუხლის მე-2¹ ნაწილი, 1997 წ.

47 ცერცვაძე, გ., (2010), მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 55.

48 Radford, M. F., (2001). Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, pp. 244-245.

ბით და არც ერთ მხარეს არ უნდა ჰქონდეს საფუძველი, რომ საკუთარი თავი დამარცხებულიად ჩათვალოს. მედიაცია აძლევს მოდავე მხარეებს შესაძლებლობას, შეინარჩუნონ არსებული ურთიერთობა დავის გადაწყვეტით, რომელიც ორმხრივად იქნება მომგებიანი, და შესაბამისად, დაამყარონ ძლიერი გრძელვადიანი საქმიანი ურთიერთობები. მედიაცია სულ უფრო მეტად გამოიყენება გრძელვადიანი კონტრაქტების დროს, განსაკუთრებით საერთაშორისო ინფრასტრუქტურისა და სამშენებლო ხელშეკრულებებში, სადაც ნომინირებული მედიატორები მოჰყავთ მხარეებს შორის პრობლემების უმოკლეს დროში გადასაჭრელად. ამდენად, მედიაცია განსაკუთრებით სასარგებლოა, თუ მხარეებს სურთ, გააგრძელონ საქმიანი (ბიზნეს) ურთიერთობები, რომლებსაც შეიძლება აგრესიულმა სასამართლო ან საარბიტრაჟო განხილვებმა ზიანი მიაყენოს. ამიტომ მედიაციის გამოყენება შეიძლება იყოს გონივრული, როდესაც მუდმივი ურთიერთობის შენარჩუნების პოტენციალი არსებობს.⁴⁹

მედიატორი ეხმარება მხარეებს, თავიდან აიცილონ პოლარიზებული წარმოდგენები იმაზე, რომ თვითონ მსხვერპლია და მეორე მხარე – ბოროტმოქმედი; მედიატორი ცდილობს, წაახალისოს სადავო საკითხების ირგვლივ უფრო პროდუქტიული და გაფართოებული მსჯელობა. ამასთან, მედიაცია იძლევა შესაძლებლობას, მხარემ აღიაროს არსებული უთანხმოება და ის წვლილი, რომელიც ორივე მხარემ შეიტანა, მათ შორის, დავის წარმოშობაში. მედიაცია მოუწოდებს მხარეებს, ყურადღება გაამახვილონ მომავალზე და არა მხოლოდ წარსულზე. ეს მათ საშუალებას აძლევს, გასცდნენ ბრალის უბრალო განაწილების ფარგლებს (რომელიც ხშირად არ იწვევს რაიმე კონკრეტულ შედეგს მეორე მხარისთვის) და გადაჭრან მათი მომავალი პრობლემები.⁵⁰

ამასთან, მედიატორი ყურადღებას ამახვილებს მხარეთა ურთიერთობის პოზიტიურ

ასპექტებზე, რაც ხელს უწყობს მათ შორის არსებული დაძაბულობის ჩაცხრობას. მედიაცია შეიძლება მოიცავდეს მხარეთა პირდაპირ შეხვედრებსაც, თუმცა თუ მხარეებს არ სურთ ყველა მონაწილის თანდასწრებით გულახდილად საუბარი, მედიატორი შეიძლება თითოეულ მხარეს შეხვდეს ინდივიდუალურად, კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვით. დამატებითი ინფორმაციის მოპოვების ან ალტერნატივების გამოკვლევის მიზნით მედიატორს შეიძლება დასჭირდეს მხარეებთან ინდივიდუალური შეხვედრები. ამ შეხვედრებზე მხარეს ეძლევა საშუალება, მოეშვას, დამშვიდდეს და აიცილოს სამომავლოდ ურთიერთობის დაძაბვა, ასევე, ხელი შეუშალოს იმას, რომ ერთმა მხარემ მეორის მიმართ მოახდინოს მანიპულაცია.⁵¹

მედიაცია უზრუნველყოფს მხარეთა შორის მიმდინარე ურთიერთობების შენარჩუნებას. მედიაციასთან შედარებით, სასამართლო პროცესზე მხარე ცდილობს, საკუთარი პოზიცია დაასაბუთოს, ამით გააბათილოს და უარყოს მეორე მხარის მოსაზრებები იმისათვის, რომ დაამტკიცოს მათი უსაფუძვლო ხასიათი. მედიაციის კონფიდენციალურობა მხარეებს უქმნის ისეთ მშვიდ გარემოს, რომ მხარეებმა ობიექტურად შეაფასონ მათი პოზიციისთვის არასასურველი მომენტები და მოლაპარაკება აწარმოონ პოზიტიური მოლოდინებით. სასამართლოში დავის განხილვისას, ძირითადად, მხარეებს შორის ურთიერთობები ატარებს სტრესულ და ნეგატიურ ხასიათს.⁵²

3.1.4. მედიაციის კონფიდენციალურობა

სასამართლოსგან განსხვავებით, მედიაციის პროცესი წარიმართება კონფიდენციალურობის მაქსიმალური დაცვით.⁵³

49 Tarman, Z. D., (2016). Mediation as an Option for International Commercial Disputes, In: Annales de la faculté de Droit d Istanbul, Vol. 48, No. 65, p. 232.
 50 Hardy, S., Rundle, O., (2010). Mediation for Lawyers, Australia, p. 9.

51 ცერცვაძე, გ., (რედ.) (2013). მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბ., 209, 224.
 52 Wykoff, A., (2016). Mediation & Confidentiality, Bond University Student Law Review, Volume 4, pp. 4-5.
 53 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 45.

კონფიდენციალურობა მხარეებს უქმნის მოლაპარაკებისთვის გასაიდუმლოებულ გარემოს,⁵⁴ რაც შესაძლებელს ხდის, საქმის ყველა არსებითი გარემოება გულდიად და საფუძვლიანად იყოს განხილული. კონფიდენციალურობისას მხარეები ლაღად აჟღერებენ ინფორმაციას, რადგან სწამთ, რომ მედიაციის პროცესში გამხელილი ინფორმაცია არ იქნება გამოყენებული მათ წინააღმდეგ.⁵⁵ სწორედ ამიტომ კონფიდენციალურობა სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია მედიაციისთვის. კონფიდენციალურობის წყალობით მხარეებს არ აქვთ შესაძლებლობა, გამოიყენონ მედიაციის დროს მიღებული ინფორმაცია მეორე მხარის საზიანოდ, რითაც გზას უხსნის მათ შორის კონსტრუქციულ ურთიერთობას და ინტერაქციული მოლაპარაკებების წარმართვის შედარებით უსაფრთხო გარემოს.⁵⁶

მედიაციის კონფიდენციალურობა მხარეებს ეხმარებათ, გაცვალონ ინფორმაცია, მოაგვარონ პრობლემები და აწარმოონ მათ ინტერესებზე ორიენტირებული მოლაპარაკებები.⁵⁷ კონფიდენციალურობის დაცვის კანონისმიერი მოვალეობა გრძელდება სამედიაციო პროცესის დასრულების შემდეგაც, თუ ეს საკითხი მხარეებსა და მედიატორს შორის წერილობითი შეთანხმებით სხვანაირად არაა მოწესრიგებული.⁵⁸

კონფიდენციალურობა სუბიექტებს აძლევს

სტიმულს, აირჩიონ მედიაცია, მაგალითად, კომერციული საიდუმლოების დაცვისას. მედიაცია განიხილება მხარის უპირველეს მოტივატორად, რადგან სურს, დავა მშვიდად და გასაჯაროების გარეშე მოაწესრიგოს.⁵⁹ შესაბამისად, ბიზნესკომპანიებს მედიაციის პროცესის საიდუმლო ხასიათი უბიძგებს, მიმართონ დავის გადაწყვეტას მედიაციის გზით.⁶⁰ მედიაციით დავის მოგვარებისას საჯარო არაა გადაწყვეტილება იმაზე, თუ ვინ იყო „მართალი“ და ვინ – „მცდარი.“ ეს შეიძლება იყოს მთავარი ფაქტორი კომპლექსურ ბიზნესგარემოში სხვადასხვა მიზეზის გამო. საქმე ისაა, რომ ბიზნესგარემოს შეიძლება ჰქონდეს გავლენა შემდგომ ბიზნესტრანზაქციებზე, რეპუტაციაზე და სხვა.⁶¹

მხარეებისთვის უმნიშვნელოვანესია კონფიდენციალურობის დაცვა კომერციულ ურთიერთობებში. თუ მესამე პირს ფლობს ინფორმაციას იმაზე, რომ მხარეებს შორის არსებობს კომერციული ურთიერთობები და დავა განსაკუთრებით დიდ თანხას შეეხება, ამ ინფორმაციის გამჟღავნებით შეიძლება მათ რეპუტაციასა და საქმიან ურთიერთობებს ზიანი მიადგეს ბაზარზე, ან ორივე მხარეს არ უნდოდეს საიდუმლო მონაცემების საჯაროდ გავრცელება.⁶² მონაცემები უნდა დამუშავდეს კანონით დადგენილი წესების მკაცრი დაცვით, ზიანის მიყენებამ შეიძლება წარმოშვას მისი ანაზღაურების მოვალეობა.⁶³

54 Zhao, Y., Koo, A.K.C., (2011). The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hog Kong. *Common Law World Review*, p. 264. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/comllwr40&div=17&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [ბოლო წვდომა 11.03.2022]

55 Macturk, C. H., (1995). Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19, p. 412.

56 Brown, K. L., (1991). Confidentiality in Mediation: Status and Implications, *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Vol. p. 310.

57 Callahan, R., (2012). Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending? *Perpperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12: 63, p. 96.

58 „მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-10 მუხლის მე-7 პუნქტი, 2019, განმარტებითი ბარათი, რეგისტრაციის N07-2/319/9.

59 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, *Journal On Dispute Resolution*, Vol.2:1, pp. 37-38.

60 Wykoff, A., (2016). Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Volume 4, p. 5; ბიჭია, მ., (2020). მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა, „სამართალი და მსოფლიო“, 6(2), 199-200. <https://doi.org/10.36475/6.2.15>

61 Posin, D. Q., (2004). Mediating International Business Disputes, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. IX, p. 457.

62 Att. Dursun Al, (2017). The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidencialiti In Commercial Mediation, *Afro Eurasian Studies Journal*, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, p. 28.

63 ბიჭია, მ., (2017). პერსონალური მონაცემების კერძოსამართლებრივი დაცვის პრობლემა ინტერნეტსამყაროში, VIII საერთაშორისო სამეცნიერ-

მედიაციის პროცესში მხარეები თანხმდებიან გადაცემული ინფორმაციის გამჟღავნებლობაზე, მაგრამ კონფიდენციალურობის პრივილეგიასაც აქვს განსაზღვრული გამონაკლისები.⁶⁴ ფაქტობრივად, საქართველომ გაითვალისწინა ევროპული გამოცდილება და კანონით აღიარა მედიაციის პროცესის კონფიდენციალურობის შეზღუდვის საგამონაკლისო შემთხვევებიც. მათგან ერთ-ერთია შემთხვევა, როცა აუცილებელია ადამიანის სიცოცხლის, ჯანმრთელობის ან თავისუფლების ანდა დღის არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესის დაცვა (მე-4 მუხლი). ამ შემთხვევებშიც ინფორმაციის გამჟღავნება უნდა ეფუძნებოდეს მხოლოდ კანონიერი მიზნის ადეკვატურად და პროპორციული მოცულობით გავრცელების საწყისებს იმ ფორმით, რომ მაქსიმალურად იყოს დაცული ინფორმაციის კონფიდენციალობა გარეშე პირებისაგან.⁶⁵

3.1.5. მხარეთა თვითგამორკვევა და პიროვნულ ინტერესებზე ორიენტირება

განსაკუთრებით მიმზიდველია მხარეებისთვის მედიაციის ნებაყოფლობითი (და არა სავალდებულო) ხასიათი, სადაც როგორც მედიაციის დაწყების, ისე მედიაციის პროცესში მონაწილეობის გადაწყვეტილება სრულად მხარეთა ნებაზეა დამოკიდებული.⁶⁶ მედიაცია აბსოლუტურად ნებაყოფლობითი პროცესია, რაც ავტომატურად განაპირობებს მოდავე მხარეების შესაძლებლობას, კარგად გაერკვნენ, თუ რა სახის დაპირისპირება აქვს მეორე მხარესთან, თავად რა ფორმით ესახე-

ბათ დავის გადაწყვეტა.⁶⁷ მხარეთა თვითგამორკვევისა და გადაწყვეტილების მიღების ფარგლები შეიძლება შეიზღუდოს მედიაციის არასამართლიანი შედეგის დაუშვებლობის ნორმატიული წესით. მხარეთა ინტერესების რეალიზება დაიშვება მათი თვითგამორკვევის უფლების საფუძველზე იქამდე, სადამდეც მესამე პირების ინტერესები არ შეილახება.⁶⁸ სამართლიანი მედიაციის შედეგი არის ის, რაც მხარეებმა გადაწყვიტეს თვითგამორკვევის განხორციელებისას. ამდენად, სამართლიანი შედეგის მიმართ მედიატორის მოვალეობაა, მედიაცია აწარმოოს მხარეთა თვითგამორკვევის პრინციპის საფუძველზე.⁶⁹

სასამართლო პროცესზე ყველა მონაწილისთვის მნიშვნელოვანია, მათ მოუსმინოს თანამგრძობმა და ბრძენმა მრჩეველმა, ასევე, მხარეებმა იგრძნონ, რომ მათ ჰქონდათ თავიანთი „დღე სასამართლოში“. მედიატორი ასრულებს ამ როლს და უფლებამოსილ მხარეს აძლევს კათარზისული გათავისუფლების საშუალებას არბიტრის მსგავსი სწავლული პროფესიონალის წინაშე, რომელიც სხვაგვარად გადაწყვეტს დავას.⁷⁰

მედიატორის ინსტრუმენტი, გამოავლინოს რეალური პოზიციები და ინტერესები, სასამართლო კი ეძებს ფაქტებს.⁷¹ სასამართლო განხილვისგან განსხვავებით, მედიაციის დროს შეიძლება არსებობდეს „სამართლის ნორმებისა“ და „პიროვნებაზე ორიენტირებული ნორმების“ კოლიზია. სასამართლო და იურისტი პიროვნებაზე

რო პრაქტიკული კომუნიკაციის კონფერენციის „ინტერნეტი და საზოგადოება“ მასალები, 7-8 ივლისი, ქუთაისი, 36-41.

64 Macturk, C. H., (1995). Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, American Journal of Trial Advocacy , Vol. 19, pp. 426-427.

65 განმარტებითი ბარათი, რეგისტრაციის N07-2/319/9; „მედიაციის შესახებ“ კანონი, 2019.

66 Feinberg, K. R., (1989). Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution, Pepperdine Law Review, Vol. 16, Iss. 5, 57-8.

67 ყანდაშვილი, ი., (2020). მედიაცია (დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული საშუალება), თ., 94.

68 ჩიტაშვილი, ნ., (2016), სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვევობის საფუძველი, „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადული“, 16.

69 Shapira, O., (2012). Conceptions and Perceptions of fairness in Mediation, South Texas Law Review, Vol. 54, p. 336.

70 Sussman, E., (2010). The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, Revista Brasileira de Arbitragem, Vol.7, No. 27, p. 57.

71 Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff, (1986). Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Journal On Dispute Resolution, Vol.2:1, p. 45.

დაფუძნებულ ნორმებს ანიჭებს მხოლოდ მეორეხარისხოვან მნიშვნელობას, შესაბამისად, სასამართლო პროცესი და საადვოკატო მოლაპარაკებები ატარებს რაციონალურ და რეგლამენტირებულ ხასიათს. მედიაცია უფრო მეტად პასუხობს პიროვნულ ნორმებსა და ღირებულებებს.⁷²

3.1.6. მედიაციის მოქნილობა და არაფორმალური ხასიათი

მედიაციის ერთ-ერთი მომხიბვლელი ასპექტი არის მისი განსაკუთრებული მოქნილობა. მედიატორი ბიზნესსუბიექტებს სთავაზობს დავის გადაწყვეტის სხვადასხვა ვარიანტს, თუმცა დავის გადაჭრის საშუალებათა სპექტრი შეიძლება შეიზღუდოს მხოლოდ მხარეთა სურვილებითა და მედიატორის შემოქმედებითი მიდგომით. ამასთან, მედიაციის დროს შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ურთიერთობის დასამყარებლად სხვადასხვა საშუალება ნებისმიერი რაოდენობით. მაგალითად, გამოცდილი მედიატორები რეგულარულად იყენებენ ტელეფონსა და ელფოსტას, ასევე, ინტრანეტის ტექნოლოგიას. ამავე დროს, დასაშვებია სხვა მრავალი საშუალების გამოყენება, რომლის დახმარებით მხარეებს მიეწოდებათ ინფორმაცია სამედიაციო პროცესში მოლაპარაკებების ობიექტური საფუძვლის უზრუნველყოფისთვის. ბიზნესდავების გადაწყვეტისას მედიატორს აქვს ფასილიტატორის როლი, რომლის ფარგლებშიც მას შეუძლია დავები მართოს, მედიაციისთვის სხვადასხვა ინოვაციური პროცესი შეიმუშავოს და მოიფიქროს.⁷³

სასამართლოსთან შედარებით, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ მექანიზმებს შორის მედიაცია არაფორმალური პროცესია. მედიაციის დროს მესამე ნეიტრალურ მხარედ

გამოდის მედიატორი, რომელიც ეხმარება ორ მოდავე მხარეს ურთიერთობასა და მოლაპარაკებების წარმოებაში. მედიაციის პროცესი აგებულია მხარეთა საერთო ინტერესსა და დავის მშვიდობიანად გადაწყვეტაზე.⁷⁴ მოსამართლემ აუცილებლად უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება, მედიაციის დროს კი არაა სავალდებულო საბოლოო შეთანხმების მიღწევა. თუმცა თუ შედგა სამედიაციო შეთანხმება, ეს შედეგი მხარეების მიერ მიღებული გადაწყვეტილება და, შესაბამისად, ორივე მხარის ინტერესების გამომხატველია.⁷⁵

მედიაციაში ბიზნესსექტორს განსაკუთრებით ხიბლავს ის, რომ ამ პროცედურის მიმდინარეობისას ის არაა შეზღუდული რაიმე სახის ვალდებულებებით.⁷⁶ სასამართლოში საქმის განხილვა იზღუდება მკაცრად დადგენილი სამართლებრივი ალტერნატივების შედეგებით. მედიაცია აძლევს მხარეებს შესაძლებლობას, შეიმუშავონ მათი საჭიროებების ამსახველი გადაწყვეტილება ისე, რომ არ იყოს გათვალისწინებული ტექნიკურ-სამართლებრივი პრინციპები. მხარეებს შეუძლიათ მიაღწიონ შედეგებს, რომლებიც ტიპური სასამართლო ბრძანების ფარგლების მიღმა არსებობს. მედიაციის მოქნილობა, ასევე, მხარეებს აძლევს შესაძლებლობას, შეიმუშავონ გადაწყვეტილება, რომელსაც ისინი მიიჩნევენ „სამართლიანად“ და უფრო მეტად დააკმაყოფილებს მათ ინტერესებს, ვიდრე ეს ფორმალური სასამართლო გადაწყვეტილების დროს იქნებოდა.⁷⁷

მედიაციის დროს მხარეებს თავისუფლად შეუძლიათ, დაადგინონ საკუთარი წესები და პროცედურები. ისინი, ჩვეულებრივ, არჩევენ, უარი თქვან დავის გადაწყვეტის სხვა ფორმებთან დაკავშირებულ ფორმალობა-

72 Clarke, G. R., Davies, I. T., (1991). ADR Argument for and Against use of the mediation process particularly in Family and neighbourhood disputes, QLD. University of Technology law Journal, 7, pp. 87-88, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [ბოლო წვდომა 17.08.2023].

73 Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 12.

74 Kelly, D., Holmes, A., Hayward, R., (2005). Business Law, 5.th edition, London, pp. 95-96.

75 ყანდაშვილი, ი., (2017). მედიაცია – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმა და მისი საკანონმდებლო მოწესრიგების პერსპექტივა საქართველოში, „სამართლის ჟურნალი“, N2, 116.

76 ცერცვაძე, გ., (2010). მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 55.

77 Radford, M. F., (2001). Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, p. 247.

ზე. მაგალითად, მედიაცია გაცილებით ნაკლებად ფორმალურია, ვიდრე არბიტრაჟი. ამასთან, მართალია, სამედიაციო პროცესი ძალიან სტრუქტურირებულია, მაგრამ მხარეებს შეუძლიათ შეუძლიათ უარი თქვან ფორმალობებზე.⁷⁸

მედიაცია წარმოებს ფაზების (სტადიების) მიხედვით. ფაზებად კლასიფიკაციის იდეა საინტერესოა, თუმცა ის პირდაპირი მნიშვნელობით არ უნდა იყოს გაგებული. თუ მედიატორი მხარეებს ეტყვის, რომ ახლა გადადიან მედიაციის ახალ ფაზაში, ნაკლებად სავარაუდოა, რომ ამან მხარეებზე დადებითი შთაბეჭდილება მოახდინოს და შეთანხმების სასარგებლოდ იმუშავოს. მედიატორი უნდა მიჰყვეს ამ სქემას, თუმცა მისი მკაცრად დაცვა არარაციონალური იქნება, თუ მაგალითად, დავის დროს გაჩნდება ახალი ინფორმაცია, მედიატორმა უარი არ უნდა თქვას მისი დეტალების გაცნობასა და მხარეებთან ერთად მის განხილვაზე იმის გამო, რომ მან ე.წ. „ინფორმაციული ფაზა“ უკვე გაიარა და არგუმენტების წარმოდგენისას ახალი ინფორმაციის მოსმენა არასწორია. ეს მიიჩნევა გადაჭარბებულ „საპროცესოსამართლებრივ“ მიდგომად, რაც მხოლოდ დააზარალებს მედიაციის პროცესს. საქმე ისაა, რომ მედიაცია არის მხარის და არა მედიატორის პროცესი. როცა მხარემ იცის, რომ მედიაციის დროს შეუძლია თქვას ის, რაც სურს, მხარისთვისაც გაუგებარი იქნება, რატომ უნდა დაემორჩილოს ფაზების შესახებ თეორიას, თუ მისი გადმოსახედიდან გაჟღერებული ინფორმაცია დავის არსის გასარკვევად ძალიან მნიშვნელოვანია.⁷⁹

3.1.7. გადაწყვეტილებათა ფართო სპექტრი

მედიაციის ყველაზე დიდი უპირატესობა ისაა, რომ იძლევა ისეთი გადაწყვეტილებების მიღების შესაძლებლობას, რომლებიც იურიდიული შედეგების ფარგლებს

სცდება. მედიაცია შეიძლება იქცეს უნივერსალურ ფორუმად, რომელსაც პოტენციურად შეუძლია გადაწყვიტოს ყველა საკითხი (სამართლებრივი და არასამართლებრივი). თუ მხარეს სურს მიიღოს შედეგი, რომელიც არაა თანხის უბრალო გადახდა ან რაიმე ისეთი, რაც არაა სამართლებრივი საშუალება, რომელსაც სასამართლო დააწესებდა, მედიაციას აქვს შესაძლებლობა, უზრუნველყოს არასამართლებრივი, კრეატიული ან კომერციული გადაწყვეტის მოლაპარაკება. ბევრ შემთხვევაში მხოლოდ იურიდიული საკითხების გადაწყვეტა არ იწვევს მხარეთა შორის დავის ეფექტიან მოგვარებას ან საბოლოოდ დასრულებას. მედიაციას შეუძლია მხარეებს შესთავაზოს უპირატესობების ფართო სპექტრი, რომელიც სცილდება სადავო სამართლებრივი საკითხების გადაწყვეტას. მაგალითად, საუბრისა და საკუთარი პრობლემების შესახებ ერთმანეთის მოსმენა ქმნის ერთურთის მოსაზრებებისა და საკუთარი საჭიროებების (ინტერესები) კარგად გაგების შესაძლებლობას. ამან შეიძლება მინიმუმამდე დაიყვანოს მომავალში დავების ალბათობა, ან, სულ მცირე, გამოიწვიოს არსებული დავის უფრო დიდი აღიარება და დაადგინოს ის, თუ რამ გამოიწვია დავა. მედიატორის მიერ გონივრულად წარმოებულმა მსგავსმა დისკუსიამ, ასევე, შეიძლება გააუმჯობესოს და ზოგჯერ აღადგინოს მხარეებს შორის კომუნიკაცია. ამ პროცესში მხარეები მუდმივად ცდილობენ, ერთმანეთის პატივისცემის დაცვით გადაწყვიტონ პრობლემები, რამაც შეიძლება გაზარდოს მომავალში სხვებთან დავის მართვის უნარი.⁸⁰

მედიაცია ბიზნესსუბიექტებს სთავაზობს დაცვის ფართო სპექტრს. შეიძლება შეთავაზებული იყოს გრძელვადიანი სტრუქტურირებული გადახდის გრაფიკები და ანიუტეტები (სესხის დაფარვის ფორმები) მხარეებს ნებას რთავს, მეტად შემოქმედებითად მიუდგნენ ეკონომიკურ შედეგებს.⁸¹ ამასთან,

78 Feinberg, K. R., (1989). Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution, Pepperdine Law Review, Vol. 16, Iss. 5, S8-9.

79 ცერცვაძე, გ., (2010). მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 339.

80 Hardy, S., Rundle, O., (2010). Mediation for Lawyers, Australia, p. 10.

81 Tarman, Z. D., (2016). Mediation as an Option for International Commercial Disputes, In: Annales de la faculté de Droit d Istanbul, Vol. 48, No. 65, p. 233.

მედიაციის დროს მოდავე მხარეებს აძლევს შესაძლებლობას, განსაზღვრონ პრობლემის შემოქმედებითად გადაწყვეტის ფართო სპექტრი. სასამართლოს ყოველთვის არ შეუძლია სრულად გამოიკვლიოს ფაქტორები, რომლებიც დავის საფუძველშია. მედიაციის დროს მხარეებს შეუძლიათ თავისუფლად გააფართოონ განსახილველი საკითხები და ეძებონ დავის სიღრმეებში გამომწვევი მიზეზები.⁸² ვინაიდან მედიაცია არაა შესაბამისი საკითხებით მკაცრად შეზღუდული, პროცესმა შეიძლება ასევე გამოიწვიოს ისეთი საკითხების გადაწყვეტა, რამაც შეიძლება წარმოშვას არასაჭირო სასამართლო პროცესი მომავალში.⁸³ ფაქტობრივად, გამოდის, რომ მედიაცია მომავალში არასასურველი დავების პრევენციასაც უწყობს ხელს.

3.1.8. მხარეთა მხრიდან პროცესსა და შედეგზე კონტროლი

განსაკუთრებულია მხარეთა როლი მედიაციის პროცესში. ეს გამოიხატება მედიაციის დაწყებამდე მედიატორის შერჩევის ეტაპშიც. ამასთან, მედიაციის პროცესი შეიძლება წარმართოს ერთმა ან რამდენიმე მედიატორმა. თუმცა მხარეები შეთანხმებით განსაზღვრავენ, ვინ უნდა იყოს მედიატორი, გარდა კანონით დადგენილი შემთხვევებისა.⁸⁴ მედიაცია განიხილება მართლმსაჯულების დანამატად და არა მის ალტერნატივად. მას შეუძლია მხოლოდ ხელი შეუწყოს დავების აღმოფხვრას, მაგრამ არ შეუძლია მთლიანად საკუთარ თავზე აიღოს ის.⁸⁵ ფაქტობრი-

ვად ნებაყოფლობითობის პრინციპის სამი ელემენტი გამოიყოფა: (1) მხარეები არ უნდა აიძულონ, მიიღონ მონაწილეობა მედიაციაში; (2) პროცესი ყოველთვის უნდა იყოს მათი ერთობლივი კონსენსუალური კონტროლის ქვეშ და (3) შედეგები უნდა იყოს მხარეების მიერ თავისუფლად შეთანხმებული.⁸⁶

ბიზნესსუბიექტები არ კარგავენ პროცესზე კონტროლს და არც არავის სჭირდება მიუთითოს კომერციული ფირმის მენეჯერებს, რომ მათ უნდა მართონ კორპორატიული საქმეები, რათა მაქსიმალურად გაზარდონ სარგებელი კომპანიის კანონიერ უფლებამოსილ ოლქებს, აქციონერებს, თანამშრომლებს, საზოგადოებას. სასამართლო პროცესი შეიძლება პირისპირ მოლაპარაკებებს არ განიხილავდეს წარმატებულად, რადგან ის წინასწარ დადგენილ ჩარჩონებს ეფუძნება, მაშინ, როდესაც მედიაცია დაძაბულობას ხსნის. როცა მედიატორი იღებს საკუთარ კონტროლქვეშ მოლაპარაკების პროცესს, ამ გზით უზრუნველყოფს, რომ მხარეებს შეეძლოთ გააკონტროლონ შედეგები.⁸⁷ ამდენად, მედიაცია უფრო აფართოებს დავის გადაწყვეტის ხერხების არეალს.

მედიაციის პროცესში მხარეები ინარჩუნებენ დიდ კონტროლს საქმის პროცესსა და შედეგზე. მედიაციის დროს მხარეები თავად ქმნიან საკუთარ გადაწყვეტილებას და, შესაბამისად, შეიძლება უფრო მეტად იყვნენ მოდებულნი მის წარმატებაზე.⁸⁸

3.1.9. ორმხრივად მომგებიანობა (ე.წ. „Win-Win მდგომარეობა“)

სასამართლო აწარმოებს პროცესს, რომელშიც შედეგი ყოველთვის ერთი მხარისთვის არის მომგებიანი, ხოლო მეორე

82 Clarke, G. R., Davies, I. T., (1991). ADR Argument for and Against use of the mediation process particularly in Familu and neighbourhood disputes, QLD. University of Technology law Journal, 7, p. 85, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [ბოლო წვდომა 17.08.2023].

83 Radford, M. F., (2001). Advantages and Diadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, p. 249.

84 „მედიაციის შესახებ“ კანონის მე-4 მუხლის პირველი და მე-2 პუნქტები, 2019.

85 ცერცვაძე, გ., (2010). მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 56.

86 Andrews, N., (2017). Mediation: International Experience and Global Trends, Journal of International and Comparative Law, 4, p. 220.

87 Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 11.

88 Radford, M. F., (2001). Advantages and Diadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, p. 245.

მხარისთვის – წამგებიანი. რაც შეეხება მედიაციას, ის ორივე მხარისთვის მომგებიანი პროცესია. განსაკუთრებით ეს ითქმის საოჯახო ან სამეზობლო მედიაციაზე.⁸⁹ შესაბამისად, სასამართლო და საარბიტრაჟო პროცესისგან განსხვავებით, მედიაცია ორმხრივ მოგებაზე ორიენტირებულ პროცესს მოიაზრებს.⁹⁰

რიჩარდ ჰილს აქვს მედიაციის უპირატესობაზე ფორთოხლის მაგალითი მოყვანილი: მხარეთა დავა ეხება ფორთოხალს. ორივე მხარე აცხადებს, რომ მათ აქვთ უფლება ფორთოხალზე. არბიტრაჟში დავის გადაწყვეტის ორი ალტერნატივა არსებობს: ფორთოხალს მიიღებს ან მხოლოდ ერთი მხარე (მეორეს არაფერი რჩება), ან ორივე მხარე გაიყოფს ფორთოხალს. მედიაციის დროს მოლაპარაკებები ფოკუსირებულია მხარეთა ინტერესებზე და არა უფლებებზე, ამ მოლაპარაკებებმა შეიძლება გამოავლინოს, რომ ერთ მხარეს უნდა ფორთოხლის კანის გამოყენება სუნამოს შესაქმნელად, ხოლო მეორე მხარეს სურს, გამოიყენოს მისი რბილობი ფორთოხლის წვენი დასამზადებლად. ამდენად, მედიაცია მხარეებს აძლევს შესაძლებლობა, ფორთოხალი გაიყონ ორმხრივად მომგებიანად.⁹¹

მედიაციის ფარგლებში საქმე განიხილება ბიზნესინტერესების, პრაქტიკული მოსაზრებებისა და ორმხრივი სარგებლობის მომტანი ვარიანტების ძიების ფონზე. მედიაცია ხშირად იძლევა აშკარა უპირატესობებს მედიატორის გარეშე პირისპირ შეხვედრებთან

შედარებით. მედიატორი უსმენს, სთავაზობს, მიმართულებას აძლევს, ეხმარება, ამონებს რეალობას და იკვლევს ორმხრივი სარგებლის მიღების ვარიანტებს.⁹²

3.2. მედიაციის უარყოფითი მხარეები

მედიაციის უარყოფით მხარეებად მიიჩნევა შემდეგი გარემოებები: ა) მოდავე მხარეებმა უნდა გამოხატონ ნება კომუნიკაციასა და დავის მოგვარებაზე; ბ) თუ ერთ-ერთი მხარე არაკეთილსინდისიერი მხარეა, მან შეიძლება გამოიყენოს მედიაცია დავის გასაჭიანურებლად.⁹³ ამ შემთხვევაში მხარეები ვერ აღწევენ სამედიაციო შეთანხმებას და ამიტომ საქმის განხილვა სასამართლოში გრძელდება; გ) თუ მედიაციის პროცესი მონესრიგებულია ზედმეტად დაწვრილებით, ეს მედიაციას უკარგავს ლავირებად ბუნებას. არადა ეს განასხვავებს მედიაციას სამართლებრივ ჩარჩოებში მოქცეული სასამართლო პროცესისა და დავის გადაწყვეტის სხვა ალტერნატიული ფორმებისგან; დ) მედიაციის დამკვირდებამ შეიძლება გამოიწვიოს მართლმსაჯულების „პრივატიზაცია“ და მართლმსაჯულება კერძო პირებმა განახორციელონ, ეს კი სამართლის სისტემის ნორმალური ფუნქციონირებისთვის საფრთხის შემცველია. თუმცა აღნიშნული პოზიცია, სავარაუდოდ, უფრო ჰიპოთეტური ხასიათისაა და მედიაციის შესახებ ნაკლები ინფორმირებულობით აიხსნება.⁹⁴ ე) მედიაცია აფერხებს სამართლისა და სასამართლო პრაქტიკის განვითარებას.

ამასთან, არაა გამორიცხული, რომ ერთ-ერთ მხარესთან შედარებით ძლიერმა მხარემ აჯობოს სუსტს მხარეს მეორე მხარის

89 Clarke, G. R., Davies, I. T., (1991). ADR Argument for and Against use of the mediation process particularly in Familu and neighbourhood disputes, QLD. University of Technology law Journal, 7, p. 84, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [ბოლო წვდომა 17.08.2023].

90 Hill, R., (1995). Non-adversarial Mediation, Journal International Arbitration , 12(4), p. 135; Petsche, M., (2013) Mediation as the preferred method to solve international business disputes? A look into the future, RDAI/IBLJ, N4, p. 253.

91 Hill, R., (1998). The theoretical Basis of Mediation and other Forms of ADR: Why they Work, Arbitration International, 14(2), p. 181; Petsche, M., (2013). Mediation as the preferred method to solve international business disputes? A look into the future, RDAI/IBLJ, N4, p. 253.

92 Stipanowich, T., (2004). Why Businesses Need Mediation, Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe, p. 11.

93 ცერცვაძე, გ. (რედ.), (2013). მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბ., 59.

94 ყანდაშვილი, ი., (2020). მედიაცია (დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული საშუალება), თბ., 71.

პოტენციალის გამო. მაგალითად, მედიატორებმა განსაკუთრებული სიფრთხილე უნდა გამოიჩინონ მაშინ, როცა ოჯახის ხანდაზმული წევრი არის დავის მონაწილე, რადგან ხანდაზმულს შეიძლება გარკვეულწილად შემცირებული ჰქონდეს ქმედუნარიანობა, ან შეიძლება სოციალური პირობების გამო არ იბრძოდოს საკუთარი ინტერესებისთვის. მეორე მხრივ, ხანდაზმული ადამიანები ხშირად არიან მოუქნელები და დაბნეულები,⁹⁵ რის გამოც შეიძლება ისინი მოწყვლად ჯგუფს განვაკუთვნოთ.

მიუხედავად მედიაციის ნაკლოვანი ფაქტორებისა, მისი უპირატესობები გაცილებით მეტი და წონადია. სხვა ნიშნებთან ერთად, მედიაცია ყურადღებას აქცევს მხარეთა რეალურ ინტერესებს, იძლევა მათი შეხედულების ამსახველი სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას და სასამართლო სისტემასაც განტვირთავს საქმეებისგან.⁹⁶

დასკვნა

კვლევიდან ჩანს, რომ ბიზნესსუბიექტებისთვის განსაკუთრებულ ინტერესს იწვევს მედიაცია. სამოქალაქო დავების გადასაწყვეტად მედიაციის ინსტიტუტის გამოყენება განპირობებულია იმით, რომ ის მაქსიმალურად ითვალისწინებს მხარეების ინტერესებს შეთანხმების მიღწევისას.

მედიაცია მომხიბვლელია ბიზნესსექტორისთვის რამდენიმე ფაქტორის გამო. სასამართლო განხილვასთან შედარებით მედიაცია მოიაზრებს იაფ, სწრაფ, კონფიდენციალურ, მშვიდ და ეფექტიან პროცესს. ამასთან, მედიაციის მიმართ მხარეთა მზარდ ნდობას იწვევს კონფიდენციალურობა. მედიაციის კონფიდენციალურობის მიზანია,

უზრუნველყოს მხარეთა მიერ გამჟღავნებული საიდუმლო მონაცემების დაცვა და მიმდინარე ურთიერთობის შენარჩუნება. კონფიდენციალურობა მენარმეების სამენარმეო იმიჯის გაფრთხილებაზე უწყობს ხელს.

ბიზნესსექტორისთვის განსაკუთრებით მიმზიდველია ისიც, რომ მედიაცია მოქნილი და არაფორმალური ხასიათისაა, რაც მხარეებს აძლევთ მოქმედების ფართო შესაძლებლობას. მედიაცია ახდენს მხარეებს შორის ურთიერთობის დაძაბვის პრევენციას და არ იზღუდება განსახილველი საკითხებით, ასევე, იმ საშუალებებისა თუ მეთოდების მოფიქრებაში, რომლებიც უზრუნველყოფს დავის გადაწყვეტას. მედიაცია მიზნად ისახავს მხარეთა თვითგამორკვევას და პიროვნული ინტერესების იდენტიფიკაციას. გარდა მედიატორის ნეიტალურობისა და მიუკერძოებლობისა, მედიაციის პროცესსა და შედეგზე მხარეებს აქვთ კონტროლი. ეს, ფაქტობრივად, გულისხმობს მედიაციის პროცესის ისე წარმართვას, რომ ორივე მხარისთვის იყოს მომგებიანი. არანაკლებ საყურადღებოა მედიაცია ფინანსური და დროითი რესურსების დაზოგვის თვალსაზრისით. ეს გარემოებები ყველასთვის მნიშვნელოვანია, განსაკუთრებით ბიზნესსექტორისთვის, რადგან უარყოფითად აისახა მათ საქმიანობაზე და შეიძლება გამოიწვიოს ნეგატიური ეკონომიკური ეფექტი. ამდენად, ბიზნესდავები დიდი უარყოფითი შედეგების თავიდან ასაცილებლად უსწრაფეს ვადებში გადაწყვეტას მოითხოვს.

გერმანიისა და სხვა ქვეყნების მოკლე მიმოხილვამ ცხადყო, რომ მზარდია მედიაციის მიმართ დაინტერესება. მისი მიმზიდველობა ნაკარნახავია სწორედ მედიაციის დადებითი ფაქტორებით, რომლებიც ხელს უწყობს დავის მშვიდად, გააზრებულად, შედარებით იაფად და მცირე ვადებში მხარეთა საერთო ინტერესზე დაფუძნებული და ხელსაყრელი გადაწყვეტილების მიღებას. საქართველომ გაითვალისწინა მედიაციის შესახებ ევროპული მიდგომები, ჩამოაყალიბა მედიაციის პროცესის მომწესრიგებელი წესები და მოქნილი სისტემა, რომელიც მაქსიმალურად არის მხარეთა ინტერესებზე მორგებული და

95 Radford, M. F., (2001). Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, Pepp. Disp. Resol. LJ, Vol. 1, p. 245.

96 იხ. ბათიაშვილი, ი., (2022). მედიაციის პროცესი, მისი პრინციპები და გამოწვევები საქართველოში, „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადული“, 11(1), 12. <https://doi.org/10.60131/adr.1.2022.6162>

საქმის განხილვის ზოგად საფუძვლებს მოიცავს (დეტალური მოწესრიგების გარეშე). ამით გზა გაეხსნა პრაქტიკას მედიაციის ინსტიტუტის განვითარებისთვის. მართალია, მედიაცასაც ახასიათებს გარკვეული უარყოფითი თვისებები, მაგრამ სასწორის პინა უდავოდ გადაიწონება მისი უპირატესობების

მხარეზე. შესაბამისად, აუცილებელია, რომ მედიაციის ამ უპირატესობების შესახებ საზოგადოების უფრო ფართო წრე იყოს ინფორმირებული, რათა მედიაციის სარგებელი გამოიყენოს უფრო მეტმა ადამიანმა დავის მშვიდობიანად მოსაწესრიგებლად.

ბიბლიოგრაფია:

ნორმატიული მასალა:

1. „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი, 2019 წ. 18 სექტემბერი, N4954-ლს.
2. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (სსკ), 1997 წ. 26 ივნისი, N786-ლს.
3. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (სსსკ), 1997 წ. 14 ნოემბერი, N1106-ლს.
4. <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartveloshi-mediaciis-shesaxeb-kanoni-amogmeddeba/42734>> [ბოლო წვდომა 08.02.2020].
5. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, რეგისტრაციის N07-2/319/9.
6. Directive 2008/52 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.
7. Law on Conciliatory Mediation in Civil Disputes of Republic of Lithuania, 15 July 2008 – No X-1702.

სამეცნიერო ლიტერატურა:

1. ბათიაშვილი, ი., (2022). მედიაციის პროცესი, მისი პრინციპები და გამოწვევები საქართველოში, „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადი“, 11(1), 12. <https://doi.org/10.60131/adr.1.2022.6162>
2. ბიჭია, მ., (2021), მედიაციის გამოყენების მნიშვნელობა ბიზნესდავებში პანდემიის დროს, ჟურნალი „სამართლის მაცნე“, N23, 2021, 10. DOI: 10.15350/26679434/H.3.1
3. ბიჭია, მ., (2020), მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობის დაცვის სამართლებრივი რეჟიმი და მნიშვნელობა, „სამართალი და მსოფლიო“, 2(15), 199-200. <https://doi.org/10.36475/6.2.15>
4. ბიჭია, მ., (2017). პერსონალური მონაცემების კერძოსამართლებრივი დაცვის პრობლემა ინტერნეტსამყაროში, VIII საერთაშორისო სამეცნიერო პრაქტიკული კომუნიკაციის კონფერენციის „ინტერნეტი და საზოგადოება“ მასალები, 7-8 ივლისი, ქუთაისი, 36-41.
5. გადლიაუკასი, რ. (2017). მედიაცია ლიტვაში, მემორანდუმის ხელმომწერი ქვეყნების მოსამართლეთა ასოციაციების საერთაშორისო კონფერენციის მასალებში: „მოსამართლეთა საქმიანობის შეფასება, სასამართლო მედიაცია და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება“, 102-103.

6. გნიზა, ი. (2017). გერმანიის სასამართლო მედიაციის სფეროში არსებული პრაქტიკული გამოცდილება და პერსპექტივები, მემორანდუმის ხელმოწერილი ქვეყნების მოსამართლეთა ასოციაციების საერთაშორისო კონფერენციის მასალებში: „მოსამართლეთა საქმიანობის შეფასება, სასამართლო მედიაცია და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება“, 70-72.
7. ცერცვაძე, გ. (2010). მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 105.
8. ცერცვაძე, გ. (რედ.) (2013). მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბ., 59, 209, 224.
9. ყანდაშვილი, ი. (2020). მედიაცია (დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული საშუალება), თბ., 61-63, 71, 94.
10. ყანდაშვილი, ი. (2017). მედიაცია – დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ახალი ფორმა და მისი საკანონმდებლო მოწესრიგების პერსპექტივა საქართველოში, „სამართლის ჟურნალი“, №2, 116.
11. ჩიტაშვილი, ნ., (2016). ადვოკატ-მედიატორის ცალკეულ ეთიკურ ვალდებულებათა თავისებურება და რეგულირების აუცილებლობა, „სამართლის ჟურნალი“, №2, 36-37.
12. ჩიტაშვილი, ნ. (2016). სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვეობის საფუძველი, „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადეული“, 16.
13. Andrews, N. (2017). Mediation: International Experience and Global Trends, *Journal of International and Comparative Law*, 4, p. 220.
14. Brown, K. L., (1991). Confidentiality in Mediation: Status and Implications, *Journal of Dispute Resolution*, Iss. 2, Vol. p. 310.
15. Bertaitis, S., Marjusina, R., Olevska, I. (2012). In: Palo de G., Trevor M. B. (Ed.), *EU Mediation, Law and Practice*, Oxford, pp. 218-219.
16. Callahan, R. (2012). Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending? *Perpperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12: 63, p. 96.
17. Clarke, G. R., Davies, I. T. (1991). ADR – Argument for and Against use of the mediation process particularly in Familu and neighbourhood disputes, *QLD. University of Technology law Journal*, 7, p. 84, <<https://lr.law.qut.edu.au/article/view/343/335/view.html>> [ბოლო წვდომა 17.08.2023].
18. Deason, E. E. (2001). The Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or CrucialPredictability? *Marquette Law Review*, Vol. 85, p. 81.
19. Deason, E. E. (2002). Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal onDispute Resolution*, Col. 17, No.2, p. 245.
20. De Palo, G., D'URSO, L. (2016). In: “The Implementation of the Mediation Directive, Workshop”, *Research Administrator Responsible: Raffaelli R.*, p. 12.
21. Att. Dursun Al (2017). The Principle of Confidentiality in Mediation and the Rols of Confidencialiti In Commercial Mediation, *Afro Eurasian Studies Journal*, Volume 6, Issue 1&2, Spring & Fall, pp. 18-19.
22. Espilugus, C., Iglesias, J. L., Palao, G. (2013). *Civil and Commercial Mediation in Europe: National Mediation Rules and Procedures*, Vol. I, Intersentia, Cambridge, p. 162.
23. Fedorchuk, M. (2020). Mediation: The Experience of Latvia, “Mediation: Training and Society Transformation/MEDIATS” of EU Program,

- <<https://mediats-chnu.com/mediation-the-experience-of-latvia/>> [ბოლო წვდომა 22.07.2023].
24. Feinberg, K. R., (1989). Mediation – A Preferred Method of Dispute Resolution, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, Iss. 5, S7-10.
 25. Hardy, S., Rundle, O. (2010). Mediation for Lawyers, Australia, pp. 9-10.
 26. Hill, R. (1995). Non-adversarial Mediation, *Journal "International Arbitration"*, 12(4), p. 135.
 27. Hill, R. (1998). The theoretical Basis of Mediation and other Forms of ADR: Why they Work, *Arbitration International*, 14(2), p. 181.
 28. HOPE – European Hospital and Healthcare Federation. 2012. Mediation in Healthcare, pp. 7-9.
 29. Hopt, J. K., Steffek, F. (2013). *Mediation Principles and Regulation im Comparative Perspective*, Oxford, p. 17.
 30. International Labour Office, (2007). *Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives*, Geneva, p. 16, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf> [ბოლო წვდომა 03.07.2023].
 31. Kelly, D., Holmes, A., Hayward, R. (2005). *Business Law*, 5th edition, London, pp. 95-96.
 32. Owen v. Gray (1998). Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, *Osgoodehall Law Journal*, vol. 36, november 4, p. 668.
 33. Lawrence R. Freedman, Michael L. Prigoff (1998), Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, *Journal On Dispute Resolution*, Vol.2:1, pp. 37-38.
 34. Lewinski-Reuter V., Mediation, In: *Glossar Kulturmanagment*, V. Lewinski-Reuter, S. Lüdemann (Hrsg.), Wiesbaden, 2011, 254-255.
 35. Macturk, C. H. (1995). Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exception, „*American Journal of Trial Advocacy*“, Vol. 19, pp. 412, 415, 425-426. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [ბოლო წვდომა 12.02.2022].
 36. Petsche, M. (2013). Mediation as the preferred method to solve international business disputes? A look into the future, *RDAI/IBL*, N4, p. 253.
 37. Piers, M. (2014). Europe’s Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start? *Journal of Dispute Resolution*, No. 2, p. 287, 291.
 38. Posin, D. Q. (2004). Mediating International Business Disputes, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. IX, p. 457.
 39. Radford, M. F. (2001). Advantages and Diadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters, *Pepp. Disp. Resol. LJ*, Vol. 1, pp. 244-245, 247, 249.
 40. Shapira, O. (2012). Conceptions and Perceptions of fairness in Mediation, *South Texas Law Review*, Vol. 54, p. 336.
 41. Simaitis, R. (2020). A new wave of Mediation in Lithuania – What does it mean for Lawyers, *CEE Legal Matters*, 29 April, <<https://ceelegal-matters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>> [ბოლო წვდომა 25.08.2023].
 42. Stipanowich, T. (2004). Why Businesses Need Mediation, *Legal Studies Research Paper Series, Commercial Mediation in Europe*, p. 12.
 43. Sussman, E. (2010). The Advantages of Mediation and the Special Challenges to its Utilization in Investor State Disputes, *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol.7, no. 27, p. 57.
 44. Tarman, Z. D. (2016). Mediation as an Option for International Com-

- mercial Disputes, In: Annales de la faculté de Droit d'Istanbul, Vol. 48, No. 65, pp. 232-233.
45. Tochtermann, P. (2013). Mediation in Germany: The German Mediation Act – Alternative Dispute Resolution at the Corossroads, in Hopt&Steffek, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, p. 538.
 46. Tvaronavičlenė, A., Kaminskienė, N., Rone, D., Uudekull, R. (2022). Mediation in the Baltic States: Developments and Challenges of Implementation, Access to Justice in Eastern Europe, Vol. 4, No. 16, pp. 76-77, <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.4-a000427>
 47. Wykoff, A. (2016). Mediation & Confidentiality, „Bond University Student Law Review“, Vol. 4, p. 5.
 48. Zhao, Y., Koo A.K.C. (2011). The Development of Legal Protection for Mediation Confidentiality in Hog Kong. „Common Law World Review“, p. 264. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/com-lwr40&div=17&g_sent=1&casa_token=&collection=journals> [ბოლო წვდომა 11.02.2020]
 49. Батурина, Н.А. (2016)., Зарубежный Опыт Правового Регулирования Процедуры Медиации, В Сборник материалов I Всероссийской научно-практической конференции с международным участием (Саратов, 4 декабря 2015 года): «Перспективы становления и развития медиации в регионах», Саратов, 23.
 50. Шумова, К. А. (2015), Принципы медиации, Диссертация, Саратов, 68.
 51. <<https://ceelegalmatters.com/lithuania/13402-a-new-wave-of-mediation-in-lithuania-what-does-it-mean-for-lawyers>>
 52. <<https://iclg.com/cdr/litigation/pirkka-marja-poldvere-aivar-pily>> [ბოლო წვდომა 20.08.2023].
 53. <<https://bm.ge/ka/article/2020-wlidan-saqartveloshi-mediaci-is-shesaxeb-kanoni-amqmeddeba/42734>> [ბოლო წვდომა 20.07.2023].

The study (grant #PHDF-22-541) was supported by the Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia

PROBLEMATICS OF QUESTIONING A PERSON IN THE CURRENT CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION

Khvicha Begiashvili

*Doctoral Candidate of Law, Davit Aghmashenebeli
University of Georgia,
instructor of the State Security Service Training
Center, Georgia*

ABSTRACT

The article deals with the regulations related to the questioning of a person, its similarities, and differences with the interrogation of a witness in court in accordance with the Criminal Procedure Code of Georgia. The author presents the problems that arise in the practical application of legal norms related to the questioning of a person. This often becomes the basis for delaying the investigation and, in general, harms the justice process. The paper discusses ways to solve the problems presented.

To better present the problems discussed in the article, hypothetical examples are offered that will help the reader get a clear idea of the existence of possible negative factors during the application of the norms under discussion in practice. It will assist us in studying the mentioned issue by comparing the issue under consideration with the procedural rules of interrogating the witness standing close to it. Also, an analysis of the legal framework of foreign countries regarding witness interrogation procedures is presented, which will help us identify the problem and find solutions.

KEYWORDS: Investigator, Prosecutor, Witness, Interrogation, Magistrate judge

INTRODUCTION

The current Criminal Procedure Code of Georgia, since its adoption, has undergone a number of changes, the purpose of which is to simplify the investigation, ensure competition between the parties and bring procedural rules in line with international standards.

The process of making changes and additions to the procedural legislation is natural and acceptable for the above purposes, moreover, the Council of Europe ministerial has developed a recommendation, according to which the member states were instructed to implement legislative changes to speed up and simplify the process of criminal proceedings, since the procedural legislation of the continental legal system was stretched over time.¹ In addition, with the additional recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, the member states were recommended to introduce simplified forms of proceedings in the national legislation.²

Contrary to this, the practice has revealed that over the years, some changes made to the current Criminal Procedure Law not only did not accelerate and simplify the litigation process but directly harmed the legitimate interests of conducting a complete, timely and objective investigation of the case.

The investigative process is unthinkable without investigative and procedural actions. Each investigative action serves as the process of gathering evidence by the parties in the case. In the article, we will touch upon the most common investigative action of questioning a person in practice. There are practically no criminal cases where witnesses were not interviewed. The proportion of evidence obtained as a result of this investigative action is impressive.³

In this scientific work, we will touch upon the legislative changes made to the Criminal Procedure Code of Georgia on December 18, 2015, in

particular, the new procedure for questioning a person within the framework of the investigation, its negative aspects, which are clearly visible in practice. We will analyze the problems associated with conducting a specific investigative action, its goals and significance in the criminal case. The paper identifies the problems that cause irreparable damage to the investigative process and directly contribute to the unreasonable delay in the investigation, making it impossible to obtain evidence in the case on time.

The article presents the author's vision of solving the identified problems related to the procedural norms of questioning a person. In particular, legislative changes and the rationale for their implementation are proposed.

PROBLEMS IN THE CURRENT WAY OF QUESTIONING A PERSON

In this article, we will deal with, in our opinion, the problematic issues of the rules of procedure related to the questioning and interrogation of a person. In fact, a detailed study and analysis of the questioning and interrogation of a witness during the investigation is not the goal of scientific work, and not one article will consider all aspects related to the procedural institution in question.

According to the procedure for interrogating a witness during an investigation established by the Criminal Procedure Code of 1998, a witness could be summoned to testify before the investigating authority, in which case he was obliged to appear and give evidence, otherwise he would be held criminally liable.⁴

Questioning a person was regulated in the Criminal Procedure Code of Georgia for the first time. This institution can be freely called one of the main innovations of the current Code of Criminal Procedure, according to which the witness is granted the right to have a voluntary relationship with the investigation authorities and

1 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, 14.03.1981, #R(81)74.

2 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, 17.09.1987, #R(87)18.

3 Mzhavanadze Z., Criminal Law Process, Tb., 1999, p. 82.

4 Criminal Procedure Code of Georgia, Tb., 1998, art. 305, pts 1 and 3.

he will have the right to freely choose whether to give information to the investigator or the representative of the defense, i.e., to act on his will. This standard was considered by the legislator as the basic standard for all legal states and an appeal was made to the precedent decision of the European Court (*John Murray v. the United Kingdom*, § 45).⁵ Along with the introduction of novation in the procedural legislation, the lawmaker also spoke about the negative consequences that would result from such a legislative innovation in the event of an unfair refusal of a witness to cooperate with the investigation.⁶ Unfortunately, these negative results really manifested themselves in practice, and in today's situation, the issue of the witness's cooperation with the investigation for unsubstantiated motives has become problematic in practice, which, in turn, is directly related to the procedural requirements for the timeliness and objectivity of the investigation. Because it contradicts the fundamental and guiding principle that everyone is guaranteed the right to a trial within a reasonable time.⁷ We will talk about this issue in more detail in the next part of the study, before that, in the interest of fairness, it should be noted that the legislator's appeal to the aforementioned precedent decision of the European Court, with the motive of justifying the legislative changes, was, to put it mildly, unconvincing. In this case, the European Court discussed mainly the right of the accused to remain silent and the right not to testify against himself.⁸ This fundamental situation, which is typical for the criminal procedural legislation of democratic countries, is provided for both in the old and in the current procedural legislation of Georgia.⁹

At the stage of investigation of a criminal case, questioning a person helps to obtain important evidence; the issue of solving a crime often depends on the said investigative action.¹⁰ The mentioned investigative action is the legal procedure during which, along with the phased overcoming of the tasks presented, the main goal of the investigative action is achieved – obtaining evidence in a case.¹¹ It is this circumstance that attaches particular importance to the questioning of a person during the investigation. Besides, the establishment of such bureaucratic clauses for investigative action, which in many cases delays its implementation and thereby damages the investigative process, in our opinion, will hinder the timely administration of justice.

We cannot agree with the opinion of a number of authors that the Georgian model of the institution of questioning a person is close to the status of “assisted witness” provided by the French Procedural Code and that a person can be questioned without an oath.¹² Therewith, the Georgian legislation also recognizes the questioning of a person without an oath as a type of operational-investigative measure.¹³ As for the procedural rules of questioning a person, in the case of the person's statement of consent to the questioning, the party warns him in writing about the expected criminal liability for false snitching (crime under Article 373 of the Criminal Code of Georgia) and providing false information (crime under Article 370 of the Criminal Code of Georgia).¹⁴

The current procedural rule for questioning a person has been repeatedly postponed after the entry into force of the new procedural code, the last time it came into force on February 20, 2016,¹⁵ and during the investigation of a number

5 Explanatory card on the draft law of Georgia On Amendments to the Criminal Procedure Code of Georgia, 11.12.2015, link: <<https://info.parliament.ge/file/1/Bill-ReviewContent/106183>> [Last seen 19.07. 23].

6 *Ibid.*

7 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.11.1950, art. 6, pt 1.

8 European Court of Human Rights, *O'Holloran and Francis v. United Kingdom*, 2007, p. 16, link: <<https://catalog.supremecourt.ge/blog/foto/286.pdf>> [Last seen 19.07.2023].

9 Criminal Procedure Code of Georgia, 1998, art. 72, pt

3 and art. 94, pt 4; Criminal Procedure Code of Georgia, 2009, art. 38, pts 2 and 4, art. 49, pt 1, sub-s “d”.

10 Papiashvili L. and others, *Criminal Procedural Law of Georgia*. Private part, Tb., 2017, pp. 400-401.

11 Eriashvili N., *Psychological Features of Preliminary Investigation*, Tb., 2010, p. 35.

12 Gakhokidze J., Gabisonia I., Mamniashvili M., Moniava P., *Investigative Law*. 1st book, Tb., 2018, p. 287.

13 Law of Georgia on Operative and Investigative Activities, 1999, art. 1, pt 2, sub-s “a”.

14 Criminal Procedure Code of Georgia, 2009, art. 113, pt 7.

15 *Ibid.*, art. 332, pt 1.

of crimes, this rule came into effect on January 1, 2017¹⁶ and June 30, 2019.¹⁷ Along with the new procedure for questioning a person, the procedure for interrogating a person as a witness during the investigation has also undergone a significant change¹⁸, which has made the institution of interrogation of a witness in the investigation more problematic. We will discuss this matter in detail in the next chapter of the paper.

PROBLEMS IN THE PROCEDURE OF INTERROGATING A PERSON AS A WITNESS

As we have already mentioned, the current procedural law provides for the procedure of interrogating a person as a witness during the investigation. The law provides for the factual circumstances under which a person may be interrogated as a witness by a magistrate judge during an investigation.¹⁹ The mentioned standard cases are not the subject of discussion in this article, so we will not dwell on them, as the given rules do not have a problematic nature, but on the contrary, they are integrated into conducting the investigation comprehensively, timely and objectively. We consider the specific amendment introduced on December 18, 2015, problematic, according to which, at the stage of investigation, a person can be interrogated before a magistrate judge for refusing to be questioned.²⁰ In what cases can a person refuse to be questioned by an investigator? Reasons for a person's refusal to be interviewed may be: 1. distrust of the investigation; 2. not having information on the case; 3. using the voluntary right of questioning granted by law, and although he trusts the investigation for any positive or negative reasons, does not consider it necessary

to cooperate with it.²¹ The mentioned condition of the current law,²² to put it mildly, harms the investigation process and imposes unjustified and lengthy bureaucratic barriers on the parties. Let's consider in detail in which case the person questioned may distrust the investigation. When a person considers the investigation is biased, he uses illegal methods to obtain testimony against it. Furthermore, the person to be questioned may express distrust for other subjective reasons (for example, political, social, and other unsubstantiated reasons). The process of questioning is similar to the process of exchange of opinions in human relations, the conversation is more sincere and desirable between people who have respect for each other, if there is trust for the investigative bodies the interview becomes an effective tool in terms of gathering evidence.²³ The current legislation does not require justification of the reasons, and it is enough for a person to express distrust, his testimony according to the law is a voluntary process. This circumstance can be used maliciously and subjectively by the person to be questioned, which can be directed against the legal interests of the investigation. Therewith, in the event of misconduct by an investigator or an investigating authority, the law also establishes various protection mechanisms. For example, such as the removal of the investigator in case of bias,²⁴ any threat and violence committed by the investigator against a participant of the process, committed in connection with the investigation of the case, constitute a criminal act,²⁵ and in order to investigate these criminal acts, in addition to the mechanisms of internal control, an independent investigative body, Special Investigation Department, has been established.²⁶ In addition to the mentioned, it is directly the responsibility of the prosecutor's office to respond to any ille-

16 *Ibid.*, pt 3.

17 *Ibid.*, pt 4.

18 *Ibid.*, art. 114.

19 *Ibid.*, art. 114, pt 1.

20 Papiashvili L., and others, Criminal Procedural Law of Georgia. Private part, Tb., 2017, p. 407.

21 *Ibid.*, p. 412.

22 Criminal Procedure Code of Georgia, 2009, art. 114, pts 2 and 2¹.

23 Trenkel E., Psychology of Witness Testimony, Tb. 2009, pp. 16-18.

24 *Ibid.*, art. 59, pt 1, sub-s "f".

25 Criminal Code of Georgia, 1999, art. 335.

26 Law of Georgia on Special Investigation Service, 2018, art. 19, pt 1, sub-s "a".

gal actions of the parties. In view of the above, the presence of unsubstantiated and groundless mistrust for investigation, which is not rare in practice, in our opinion, should not be a reason for a person to refuse to be questioned. Particular attention is paid to the case of a person not possessing information as a basis for refusing to be questioned. As a rule, the party summons for questioning such persons who, according to the evidence available to the parties, have information on a specific case. However, it should not be excluded the mistake of the party and the summoning of a person who objectively does not have any information on the case. In such a case, the time-consuming procedures are detrimental to the investigation, and a person can easily claim during the investigation that he does not have any information. The third ground for refusal to be questioned, namely, when a person possesses the necessary information about the case, which is vital for establishing the objective truth in the case, but he does not consider it necessary, even for any reason, to cooperate with the investigation and for this uses the right of voluntary questioning provided by law, in our opinion, goes beyond the reasonableness. This provision of the law causes irreversible and irreparable damage to the process of justice and contradicts the constitutional provision, which obliges everyone to provide information in their possession to the investigative commission.²⁷ Against the background of the foregoing, we believe that granting a person the right to refuse to be questioned on unsubstantiated grounds, within the framework of the investigation, will add an unconstitutional tone to said law entry.

In addition to the above-mentioned fact, during the investigation, the interrogation of a person in the presence of a magistrate creates problems in other areas as well, namely, the witness's deposition testimony is used by the court during sentencing. In addition to the above, the court considers only the testimony of the witness, interrogated during the trial with the participation of the parties, during which the right to face-to-face confrontation with a witness (The

Confrontation Clause), guaranteed by the European Convention, was ensured. And such cases, when a witness is interrogated before a magistrate judge only by the prosecution, can be perceived as posing a threat to a fair trial.²⁸ And the current legislation allows the possibility of interrogation of a person in the presence of a magistrate only by the prosecution.²⁹

In the next chapter of the work, we will try to study in detail the problems related to questioning a person, present practical barriers against the background of hypothetical examples, present statistics relating to the issue and determine the inconsistency of the norms in force with forensic approaches.

PROBLEMS IN PRACTICE

It is in the interests of the parties to conduct proceedings in an accelerated timeframe, this issue becomes especially relevant when investigating less serious and serious crimes, since timely investigation involves avoiding unjustified costs, both human and material.³⁰ Such is the mandate of the state and society and the obligations of the country in relation to international democratic principles. Unfortunately, controversial and problematic issues of the current legislation provide the opposite situation and create obstacles, even delaying the investigation. To clarify our idea, let's use the following hypothetical example: A and B are eyewitnesses to the premeditated murder of C, they can give the investigation accurate information and help identify the killer X. The presence of eyewitnesses became known to the investigator in the case, who summoned them to the investigative agency for questioning.³¹ A and B refused to testify for the voluntary investigation.³² In such a situation, the investigator is obliged to notify the prosecutor,

28 Laliashvili T., *Criminal Legal Process of Georgia*. General part, Tb., 2015, pp. 301-304.

29 *Criminal Procedure Code of Georgia*, 2009, art. 114, pt 9.

30 Trechsel S., Sarah J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Tb., 2009, p. 242.

31 *Criminal Procedure Code of Georgia*, 2009, art. 113, pt 1.

32 *Ibid.*

27 *Constitution of Georgia*, 1995, art. 42, pt 3.

who will consider the advisability of filing a petition to interrogate a person as a witness before a magistrate judge, and in case the prosecutor decides positively on the issue of conducting an investigation,³³ he has the right to personally file a petition with the court or instruct the investigator to draw up the specified petition and allow the investigator to apply to the court himself.³⁴ After the petition is submitted to the court,³⁵ the court is obliged to consider it and proceed to the interrogation of the witness within 24 hours.³⁶ In addition, interrogation of a witness at night is not allowed, and an interrogation that has begun must be terminated at nightfall³⁷ and continued the next day. In addition to the above, the law also provides for the non-appearance³⁸ of a witness for an honorable reason,³⁹ which, in turn, delays the investigation. On the other hand, a judge may refuse a petition to question a person as a witness before a magistrate judge, on which he issues a reasoned ruling and sends it to the party initiating the petition.⁴⁰ A party can appeal this petition to the investigative board of the Court of Appeal within 24 hours of its submission.⁴¹ In case of an appeal, the judge of the investigative panel considers the petition no later than 24 hours after its filing.⁴² The judge of the appellate court makes the final decision on the appeal, he either approves it or refuses to approve it. For the hypothetical example we have given, in the best scenario, namely, if the appeal is upheld, the ruling is immediately sent to the author of the appeal and to the magistrate who issued the ruling under appeal.⁴³ In this context, the interrogation of the witness must begin within a reasonable time but no later than 24 hours after the delivery of the ruling of the judge of the investigative panel of the Court of Appeal to the magistrate judge. In

addition, in this case, the absence of a witness for an honorable reason should also be considered.⁴⁴ However, after all, that has been mentioned, the appearance of the witness in court is still voluntary, and in case of non-appearance at the appointed time, it is possible to use coercive measures against him,⁴⁵ which, in turn, means additional time resources. After the interrogating of A and B before the magistrate judge, the magistrate ensures that the testimony given by the witnesses in court is transmitted to the party initiating the interrogation, both in written and electronic form.⁴⁶ In practice, this procedure often takes several days, for the following reasons: 1. The testimony of a witness in court is recorded electronically, in particular, an audio recording of the process is made. After that, the secretary of the court session, based on the audio recording, provides a printed version of the interrogation protocol. If the testimony of a witness is extensive or several witnesses are interrogated, then this process accordingly requires more time resources; 2. After the interrogation protocol is drawn up by the court, the witness(es) is given the opportunity to familiarize themselves with the testimony given by them, which implies their additional attendance at the court (it should be borne in mind that even in this case the deadlines can be extended and there is no lever of coercion), by personally reviewing protocol and making comments and statements on it, if any; 3. After the witness has familiarized himself with the protocol, the court sends the printed and electronic versions of the said protocol to the investigative body, which in turn provides for a 5-day procedural period.⁴⁷ As we can see, in such hypothetical cases, which happens quite often in practice, the time for obtaining the information necessary by the investigation may take several days or even weeks. At such a time, irreparable damage is possible not only to the investigation but also to the legitimate interests of the state and society, since after the identification of the

33 *Ibid.*, art. 114, pt 4.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*, pt 5.

36 *Ibid.*, pt 6.

37 *Ibid.*, art. 3, pt 17.

38 *Ibid.*, pt 18.

39 *Ibid.*, art. 114, pt 6

40 *Ibid.*, pt 7.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*, art. 149, pts 2 – 3.

46 *Ibid.*, art. 114, pt 13.

47 *Ibid.*, art. 195.

person X, who committed the crime, it is possible to find out that he managed to escape and/or leave the country. As a result, the process of justice will be damaged, and it will be difficult to restore justice in the case, and to use coercive measures against the person who committed the crime and to enforce the punishment.

In addition to the above, the problematic nature of the current law discussed by us is incompatible with the criminalistic approaches established for questioning a person. Forensic tactics is based on the achievements of such sciences as logic, psychology and others, and assists the investigation process to effectively conduct various investigative activities, including interrogation, which involves the timely acquisition of correct and objective evidence in the case.⁴⁸ The investigator, from a criminalistic point of view, is obliged to use during the investigation such a tactic, that will contribute to obtaining objective and complete information about the case and the process of establishing the objective truth about the case in a timely manner.⁴⁹ One of the general tactical methods of interrogation in criminalistics is the creation of normal conditions for the questioning, which means conducting the questioning in isolation, without the presence of strangers, etc.⁵⁰ Despite the fact that the law does not necessarily determine the place of questioning, depending on the situation and interests of the investigation, as well as the person to be questioned, the said investigative action can be performed at any place (investigative body, place of residence, office, etc.) where it is technically possible to draw up a written questioning protocol.⁵¹ Particular attention is paid to the choice of the place of interrogation, since external conditions play a special role in determining the emotional background of the person to be questioned, establishing proper communication and balancing psychological contact. Besides, a sincere dialogue between the

investigator and the questioned person is a prerequisite for the non-interference of other persons in the interrogation process.⁵² It is desirable that the witnesses do not meet each other until the end of the interrogation so that they do not reconcile their positions or influence each other.⁵³ Fulfillment of these requirements of forensic tactics is practically impossible in the case of the hypothetical example we have considered, which reduces the likelihood of obtaining information important for the investigation.

During the period of work on the scientific work, statistical information was requested from the Tbilisi City Court on petitions for interrogation as a witness during the investigation, and the decisions made on them, to which, unfortunately, we did not receive a response.⁵⁴ Oral interviews with practicing lawyers working on this issue show that these types of petitions are not rare in practice, which is confirmed to some extent by the public statistics produced by the Tbilisi City Court.⁵⁵

CONCLUSION

The problematic issue we are discussing is applicable Procedural Law poses serious challenges to the process of investigation and justice in general. Unreasonable and inappropriate legal regulations, in many cases, can lead to a delay in the investigation, which will ultimately harm

48 Gogshelidze R., Paliashvili A., *Criminalistics*, Tb., 2009, p. 13.

49 Paliashvili A., and others, *Criminalistics*, vol. #2, Tb., 1995, p. 84.

50 *Ibid.*, p. 98.

51 Papiashvili L, and others, *Criminal Procedural Law of Georgia*. Private part, Tb., 2017, p. 402.

52 Eriashvili N., *Psychological Features of Preliminary Investigation*, vol. 2010, p. 40.

53 Paliashvili A., and others, *Criminalistics*, vol. #2, Tb., 1995, p. 104.

54 According to letter #1-0499/27567 of Tbilisi City Court dated July 13, 2023, statistical processing of the requested information is not carried out, that's why we were refused.

55 Statistical data of Tbilisi City Court for 2021, link: <<https://tcc.court.ge/ka/Statistics>>, the statistics include the report of petitions submitted to the court for conducting investigative actions, where "other types of petitions" are considered as a separate item, the number of which is 1640 in 1 year. Since the court does not keep statistics on petitions for interrogation of witnesses separately, their number is included in other types of petitions.

the legitimate interests of the state and society. On the one hand, we consider the growing need for a timely investigation to be unjustified, and on the other hand, the introduction of harmful bureaucratic rules into the criminal procedure legislation. The problems we have identified require timely legislative intervention. We believe

that a person who has a significant obligation on a case, based on his civic duty, should not have the right to make such a choice that would prejudice the conduct of a full, timely and objective investigation of the case and would complicate the process of restoring justice.

BIBLIOGRAPHY:

1. Gakhokidze J., Gabisonia I., Mamniashvili M., Moniava P., Investigative Law. 1st book, Tb., 2018.
2. Gogshelidze R., Paliashvili A., Criminalistics, Tb., 2009.
3. Eriashvili N., Psychological Features of Preliminary Investigation, Tb., 2010.
4. Trenkel E., Psychology of Witness Testimony, Tb. 2009.
5. Laliashvili T., Criminal Legal Process of Georgia. General part, Tb., 2015.
6. Mzhavanadze Z., Criminal Law Process, Tb., 1999.
7. Paliashvili A., and others, Criminalistics, vol. #2, Tb., 1995.
8. Papiashvili L, and others, Criminal Procedural Law of Georgia. Private part, Tb., 2017.
9. Trechsel S., Sarah J. Summers, Human Rights in Criminal Proceedings, Tb., 2009.

Legislative Acts:

1. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.11.1950.
2. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, 14.03.1981, #R(81)74.
3. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, 17.09.1987, #R(87)18.
4. Constitution of Georgia, 1995.
5. Criminal Procedure Code of Georgia, 2009.
6. Criminal Code of Georgia, 1999.
7. Criminal Procedure Code of Georgia, Tb., 1998.
8. Law of Georgia on Operative and Investigative Activities, 1999;
9. Law of Georgia on Special Investigation Service, 2018.

Electronic Resources:

1. Explanatory card on the draft law of Georgia On Amendments to the Criminal Procedure Code of Georgia, 11.12.2015, link: <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/106183>> [Last seen 19.07.23].
2. European Court of Human Rights, O'Holloran and Francis v. United Kingdom, 2007, p. 16, link: <<https://catalog.supremecourt.ge/blog/foto/286.pdf>> [Last seen 19.07.2023].

კვლევა (გრანტის #PHDF-22-541) განხორციელდა შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდის მხარდაჭერით

პირის გამოკითხვის პრობლემატიკა – მოქმედ სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში

ხვიჩა ბეგიაშვილი

სამართლის დოქტორანტი, საქართველოს დავით აღმაშენებლის სახელობის უნივერსიტეტი, სახელმწიფო უსაფრთხოების სამსახურის სასწავლო ცენტრის ინსტრუქტორი, საქართველო

აბსტრაქტი

სტატიაში განხილულია პირის გამოკითხვასთან დაკავშირებული რეგულაციები, მისი მსგავსება და განსხვავება სასამართლოში მოწმის დაკითხვის პროცესთან, საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობის შესაბამისად. ავტორის მიერ წარმოდგენილია პირის გამოკითხვასთან დაკავშირებული საკანონმდებლო ნორმების პრაქტიკაში გამოყენების დროს წამოჭრილი პრობლემატიკა. აღნიშნული ხშირად ხდება გამოძიების გაჭიანურების საფუძველი და, საერთო ჯამში, აზარალებს მართლმსაჯულების პროცესს. სტატიაში ვმსჯელობთ წარმოდგენილი პრობლემების გადაჭრის გზებზე.

ნაშრომში განხილული პრობლემატიკის უკეთ წარმოჩენის მიზნით, შემოთავაზებულია ჰიპოთეტური მაგალითები, რომლებიც მკითხველს დაეხმარება, ნათელი წარმოდგენა იქონიოს განსახილველი ნორმების პრაქტიკაში გამოყენების დროს შესაძლო ნეგატიური ფაქტორების არსებობაზე. აღნიშნული საკითხის შესწავლაში დაგვეხმარება მისი შედარება ამ საკითხთან ახლოს მდგომ მოწმის დაკითხვის საპროცესო წესთან. აგრეთვე, წარმოდგენილია საზღვარგარეთის ქვეყნების საკანონმდებლო ბაზების ანალიზი მოწმის დაკითხვის პროცედურებთან დაკავშირებით, რაც, აგრეთვე, დაგვეხმარება პრობლემის იდენტიფიცირებასა და გამოსავალი გზების მოძიებაში.

საკვანძო სიტყვები: გამომძიებელი, პროკურორი, მოწმე, დაკითხვა, მაგისტრი მოსამართლე

შესავალი

საქართველოს სისხლის სამართლის მოქმედმა საპროცესო კოდექსმა, მიღებიდან დღიდან მოყოლებული არაერთი ცვლილება განიცადა, რომელთა მიზანია გამოძიების გამარტივება, მხარეთა შორის შეჯიბრებითობის უზრუნველყოფა და საპროცესო წესების საერთაშორისო სტანდარტებთან შესაბამისობაში მოყვანა.

საპროცესო კანონმდებლობაში ცვლილებებისა და დამატებების განხორციელების პროცესი ბუნებრივი და მისაღებია ზემოაღნიშნული მიზნებით, უფრო მეტიც, ევროპის საბჭოს მინისტრიალმა შეიმუშავა რეკომენდაცია, რომლის მიხედვით, სისხლის სამართლის პროცესის დაჩქარებისა და გამარტივების მიზნით, წევრ სახელმწიფოებს დაევალოთ საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება, ვინაიდან კონტინენტური სამართლის სისტემის საპროცესო კანონმდებლობა დროში იყო გაწელილი.¹ ამასთან, ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის დამატებითი რეკომენდაციით, წევრ სახელმწიფოებს გაეწიათ რეკომენდაცია ეროვნულ კანონმდებლობაში სამართალწარმოების გამარტივებული ფორმების დანერგვაში.²

აღნიშნულის საწინააღმდეგოდ, პრაქტიკამ ცხადყო, რომ წლების განმავლობაში, მოქმედ სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში განხორციელებულმა ზოგიერთმა ცვლილებამ არათუ დააჩქარა და გაამარტივა სამართალწარმოების პროცესი, არამედ პირდაპირ დააზიანა საქმეზე სრულყოფილი, დროული და ობიექტური გამოძიების ჩატარების ლეგიტიმური ინტერესები.

გამოძიების პროცესი წარმოუდგენელია საგამოძიებო და საპროცესო მოქმედებების გარეშე. თითოეული საგამოძიებო მოქმედება ემსახურება, მხარეთა მიერ, საქმეზე მტკიცებულებების შეკრების პროცესს. სტატიაში შევხებით პრაქტიკაში ყველაზე გავრცელებულ საგამოძიებო მოქმედება – პირის გამო-

კითხვას. პრაქტიკულად არ არსებობს სისხლის სამართლის საქმე, სადაც არ ტარდება მოწმეთა გამოკითხვა. აღნიშნული საგამოძიებო მოქმედების ჩატარების შედეგად მოპოვებულ მტკიცებულებათა ხვედრითი წილი, მართლაც რომ შთამბეჭდავია.³

აღნიშნულ სამეცნიერო ნაშრომში შევხებით საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში, 2015 წლის 18 დეკემბერს, განხორციელებულ საკანონმდებლო ცვლილებებს, კერძოდ, გამოძიების ფარგლებში პირის გამოკითხვის ახალ საპროცესო წესს, მის უარყოფით მხარეებს, რომლებიც ნათლად იკვეთება პრაქტიკაში. დეტალურად გავაანალიზებთ იმ პრობლემას, რაც თან ახლავს კონკრეტული საგამოძიებო მოქმედების ჩატარებას, მის მიზნებს და მნიშვნელობას სისხლის სამართლის საქმეზე. ნაშრომში იდენტიფიცირებულია ის პრობლემები, რომელიც გამოუსწორებელ ზიანს აყენებს გამოძიების პროცესს და პირდაპირ უწყობს ხელს გამოძიების უსაფუძვლოდ გაჭიანურებას, შეუძლებელს ხდის საქმეზე მტკიცებულებების დროულად მოპოვებას.

სტატიაში წარმოდგენილია პირის გამოკითხვის საპროცესო წესთან დაკავშირებით იდენტიფიცირებული პრობლემების გადაჭრის ავტორისეული ხედვა. კერძოდ, შემოთავაზებულია საკანონმდებლო ცვლილებები და მათი განხორციელების დასაბუთებულობა.

პრობლემები პირის გამოკითხვის მოქმედი წესში

მოცემულ სტატიაში შევხებით პირის გამოკითხვასთან და დაკითხვასთან დაკავშირებულ საპროცესო წესების, ჩვენი აზრით, პრობლემურ საკითხებს. საკუთრივ, გამოკითხვის და გამოძიებაში მოწმის დაკითხვის დეტალური შესწავლა და გაანალიზება არ წარმოადგენს სამეცნიერო ნაშრომის მიზანს და ვერც ერთ სტატიაში იქნება განხილული

1 ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 14.03.1981 წ., #R(81)74.

2 ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 17.09.1987 წ., #R(87)18.

3 მკავანაძე ზ, „სისხლის სამართლის პროცესი“, თბ. 1999 წ, გვ. 82.

ყველა ასპექტი, რაც უკავშირდება განსახილველ საპროცესო ინსტიტუტს.

1998 წლის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით დადგენილი გამოძიების დროს მოწმის დაკითხვის წესის თანახმად, მოწმე შეიძლება დაბარებული ყოფილიყო საგამოძიებო ორგანოში ჩვენების მისაცემად, რა შემთხვევაშიც იგი ვალდებული იყო გამოცხადებულიყო და მიეცა ჩვენება, წინააღმდეგ შემთხვევაში მას დაეკისრებოდა სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობა.⁴

პირის გამოკითხვა, ქართულ სისხლის საპროცესო კანონმდებლობაში, პირველად მოქმედ საპროცესო კოდექსში იქნა რეგლამენტირებული. ამ ინსტიტუტს თამამად შეგვიძლია ვუწოდოთ მოქმედი სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის ერთ-ერთი მთავარი ნოვაცია, რომლის მიხედვით, მოწმეს მიეცა უფლება, გამოძიების ორგანოებთან ნებაყოფლობითი ურთიერთობა ჰქონდეს და მასზე ეძლევა თავისუფალი არჩევანის უფლება – მისცეს ან არ მისცეს ინფორმაცია გამოძიებელს ან დაცვის მხარის წარმომადგენელს, ანუ მან იმოქმედოს თავისი სურვილიდან გამომდინარე. კანონმდებლის მიერ ეს სტანდარტი ფუძემდებლურ სტანდარტად იქნა მიჩნეული ყველა სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის და აპელირება მოხდა ევროპის სასამართლოს პრეცედენტულ გადაწყვეტილებაზე John Murray v. the United Kingdom, § 45.⁵ კანონმდებელმა, საპროცესო კანონმდებლობაში ნოვაციის დანერგვასთან ერთად, ისაუბრა, აგრეთვე, იმ ნეგატიურ შედეგებზეც, რაც შესაძლებელია მოჰყოლოდა ამგვარ საკანონმდებლო სიახლეს იმ შემთხვევაში, თუ მოწმე არაკეთილსინდისიერად აარიდებდა თავს გამოძიებასთან თანამშრომლობას.⁶ სამწუხაროდ, აღნიშნულმა ნეგატიურმა შე-

დეგებმა მართლაც იჩინა თავი პრაქტიკაში და დღეის მდგომარებით პრაქტიკაში პრობლემურ საკითხად იქცა მოწმის მიერ დაუსაბუთებელი მოტივებით გამოძიებასთან თანამშრომლობის საკითხი, რაც, თავის მხრივ, პირდაპირ არის დაკავშირებული გამოძიების დროულად და ობიექტურად ჩატარების საპროცესო მოთხოვნებთან, რადგან იგი წინააღმდეგობაში მოდის ფუნდამენტურ და სახელმძღვანელო დათქმასთან, რომ ყველა ადამიანისთვის გარანტირებულია საქმის გონივრულ ვადაში განხილვის უფლება.⁷ ამ პრობლემატიკაზე დაწვრილებით კვლევის შემდეგ ნაწილში ვისაუბრებთ, მანამდე კი, სამართლიანობისთვის უნდა აღინიშნოს, რომ კანონმდებლის მიერ ევროპის სასამართლოს ზემოაღნიშნულ პრეცედენტულ გადაწყვეტილებაზე აპელირება, საკანონმდებლო ცვლილებების გამართლების მოტივით, მსუბუქად რომ ვთქვათ, იყო არადამაჯერებელი. მოცემულ საქმეში, ევროპის სასამართლომ იმსჯელა ძირითადად ბრალდებულის დუმილის უფლებაზე და უფლებაზე – არ მისცეს ჩვენება საკუთარი თავის წინააღმდეგ,⁸ აღნიშნული ფუნდამენტური მოცემულობა, რაც დამახასიათებელია დემოკრატიული ქვეყნების სისხლის საპროცესო კანონმდებლობისთვის, გათვალისწინებულია საქართველოს როგორც ძველ, ისე მოქმედ საპროცესო კანონმდებლობაში.⁹

სისხლის სამართლის საქმის გამოძიების სტადიაზე, პირის გამოკითხვა ხელს უწყობს მნიშვნელოვანი მტკიცებულებების მოპოვებას, რადგან აღნიშნულ საგამოძიებო მოქმედებაზე ხშირად დამოკი-

4 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, თბ. 1998 წ, მუხ. 305, ნაწ. 1 და 3.
5 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში ცვლილებების შეტანის შესახებ“, 11.12.2015, ელ. მის: <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/106183>> [ბოლო წვდომა: 19.07.23].
6 იხ. იქვე.

7 ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია, რომი, 1950 წლის 4 ნოემბერი, მუხ. 6. ნაწ. 1.
8 ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, საქმე ო'ჰოლორენი და ფრენსისი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 2007, გვ. 16, ელ. მის: <<https://catalog.supremecourt.ge/blog/foto/286.pdf>> [ბოლო წვდომა: 19.07.2023].
9 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 1998 წ, მუხ. 72, ნაწ. 3 და მუხ. 94, ნაწ. 4; საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009 წ, მუხ. 38, ნაწ. 2 და 4, მუხ. 49, ნაწ. 1, „დ“ ქვეპ.

დებულია დანაშაულის გახსნის საკითხი.¹⁰ აღნიშნული საგამოძიებო მოქმედება არის ის სამართლებრივი პროცედურა, რომლის დროსაც, ეტაპობრივად წარმოჩენილ ამოცანების დაძლევისათვის ერთად, მიიღწევა საგამოძიებო მოქმედების უმთავრესი მიზანი – საქმეზე მტკიცებულების მოპოვება.¹¹ სწორედ აღნიშნული გარემოება ანიჭებს პირის გამოკითხვას განსაკუთრებულ მნიშვნელობას გამოძიების დროს. ამასთან, საგამოძიებო მოქმედებისთვის ისეთი ბიუროკრატიული დათქმების დანერგვა, რაც, ხშირ შემთხვევაში, აჭიანურებს მის ჩატარებას და, შესაბამისად, აზიანებს გამოძიების პროცესს, ჩვენი აზრით, ხელს შეუშლის მართლმსაჯულების დროულად განხორციელების პროცესს.

ვერ დავეთანხმებით რიგ ავტორთა მოსაზრებას, რომ პირის გამოკითხვის ინსტიტუტის ქართული მოდელი ახლოს დგას ფრანგული საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებულ „ასისტირებული მოწმის“ სტატუსთან და რომ პირი შესაძლებელია გამოიკითხოს ფიცის გარეშე.¹² ამასთან, ქართული კანონმდებლობაც იცნობს პირის გამოკითხვას ფიცის გარეშე, როგორც ოპერატიულ-სამძებრო ღონისძიების სახეს.¹³ რაც შეეხება პირის გამოკითხვის საპროცესო წესს, გამოსაკითხი პირის მიერ გამოკითხვაზე თანხმობის განცხადების შემთხვევაში, მხარე მას წერილობით აფრთხილებს ცრუ დასმენისათვის (საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 373-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაული) და ცრუ ინფორმაციის მიწოდებისათვის (საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 370-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაული) მოსალოდნელი სისხლისსამა-

რთლებრივი პასუხისმგებლობის შესახებ.¹⁴

პირის გამოკითხვის მოქმედი საპროცესო წესი, არაერთხელ იქნა გადავადებული ახალი საპროცესო კოდექსის ამოქმედების შემდეგ, ბოლოს იგი ძალაში შევიდა 2016 წლის 20 თებერვლიდან,¹⁵ ამასთან, რიგ დანაშაულებზე გამოძიების დროს, აღნიშნული წესი ძალაში შევიდა 2017 წლის 1 იანვრიდან¹⁶ და 2019 წლის 30 ივნისიდან.¹⁷ პირის გამოკითხვის ახალ წესთან ერთად, მნიშვნელოვანი ცვლილება განიცადა გამოძიების დროს პირის მოწმედ დაკითხვის წესმაც,¹⁸ რამაც უფრო პრობლემატური გახადა გამოძიებაში მოწმის დაკითხვის ინსტიტუტი. აღნიშნულ საკითხზე დეტალურად ვისაუბრებთ სტატიის მომდევნო თავში.

პრობლემები პირის მოწმედ დაკითხვის წესში

როგორც აღვნიშნეთ, მოქმედი საპროცესო კანონმდებლობა ითვალისწინებს გამოძიების დროს პირის მოწმედ დაკითხვის წესს. კანონი იძლევა იმ ფაქტობრივი გარემოებების მოცემულობას, როდესაც, გამოძიების დროს, შესაძლებელია პირი მოწმის სახით იქნეს დაკითხული მაგისტრი მოსამართლის წინაშე.¹⁹ აღნიშნული სტანდარტული შემთხვევები არ წარმოადგენს მოცემული სტატიის განხილვის საგანს, შესაბამისად, მასზე არ გავამახვილებთ ყურადღებას, ვინაიდან მოცემული წესები არ არის პრობლემატური და პირიქით, ინტეგრირებულია გამოძიების ყოველმხრივ, დროულად და ობიექტურად ჩატარებაზე. პრობლემატურად მიგვაჩნია, 2015 წლის 18 დეკემბერს განხორციელებული კონკრეტული ცვლილება, რომლის მიხედვით, გამოძიების ეტაპზე, პირი შეიძლება დაიკითხოს მაგისტრის მოსამართლის წინაშე გამოკითხვაზე უარის

10 ფაფიაშვილი ლ, და სხვები, „საქართველოს სისხლის სამართლის კანონი“. კერძო ნაწილი“, თბ. 2017წ, გვ. 400-401.

11 ერიშვილი ნ, „წინასწარი გამოძიების ფსიქოლოგიური თავისებურებები“, თბ. 2010 წ, გვ. 35.

12 გახვციძე ჯ, გაბისონია ი, მამნიშვილი მ, მონიავა პ, „საგამოძიებო სამართალი. წიგნი პირველი“, თბ. 2018 წ, გვ. 287.

13 „ოპერატიულ-სამძებრო საქმიანობის შესახებ“ საქართველოს კანონი, 1999 წ, მუხ. 1, ნაწ. 2, „ა“ ქვეპ.

14 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009 წ, მუხ. 113, ნაწ. 7.

15 იხ. იქვე, მუხ. 332, ნაწ. 1.

16 იხ. იქვე, ნაწ. 3.

17 იხ. იქვე, ნაწ. 4.

18 იხ. იქვე, მუხ. 114.

19 იხ. იქვე, მუხ. 114, ნაწ. 1.

თქმის გამო.²⁰ რა შემთხვევაში შეუძლია პირს უარი თქვას გამომძიებელთან გამოკითხვაზე? პირის მიერ გამოკითხვაზე უარის თქმის მიზეზები შეიძლება იყოს: 1. გამოძიებისადმი უნდობლობა; 2. არ ფლობს ინფორმაციას საქმის ირგვლივ; 3. იყენებს გამოკითხვის კანონით მინიჭებულ ნებაყოფლობითობის უფლებას და მიუხედავად იმისა, რომ ენდობა გამომძიებელს, ნებისმიერი პოზიტიური თუ ნეგატიური მიზეზით, არ თვლის საჭიროდ ითანამშრომლოს მასთან.²¹ მოქმედი კანონის აღნიშნული მოცემულობა,²² რბილად რომ ვთქვათ, ზიანს აყენებს გამომძიების პროცესს და მხარეებს უწესებს დაუსაბუთებელ და დროში განვლილ ბიუროკრატიულ ბარიერებს. დეტალურად განვიხილოთ, რა შემთხვევაში შეიძლება გაუჩნდეს გამოსაკითხ პირს გამომძიების მიმართ უნდობლობა: როდესაც პირი ჩათვლის, რომ გამომძიება არ არის ობიექტური; მის მიმართ იყენებს უკანონო მეთოდებს ჩვენების მისაღებად; ამასთან, გამოსაკითხმა პირმა უნდობლობა შესაძლებელია გამოხატოს სხვა სუბიექტური მიზეზებით (მაგ: პოლიტიკური, სოციალური და სხვა თუნდაც დაუსაბუთებელი მიზეზით). გამოკითხვის პროცესი ადამიანური ურთიერთობის აზრთა გაცვლის პროცესს ჰგავს, საუბარი უფრო გულწრფელი და სასურველია იმ ადამიანებს შორის, რომელთაც ერთმანეთის მიმართ გააჩნიათ პატივისცემა. საგამომძიებო ორგანოებისადმი ნდობის არსებობის შემთხვევაში, გამოკითხვა ხდება ეფექტიანი იარაღი მტკიცებულებების შეკრების კუთხით.²³ მოქმედი კანონმდებლობა მიზეზების დასაბუთებას არ ითხოვს და ამიტომ პირის მხრიდან გამოხატული უნდობლობა საკმარისია, რომ მისი გამოკითხვა არ მოხდეს – მის მიერ ჩვენების მიცემა ხომ კანონით ნებაყოფლობითი პროცესია. აღნიშნული გარემოება კი გამოსაკითხი პირის მიერ შესაძლებელია გა-

მოყენებული იქნეს ბოროტად და სუბიექტურად, რაც შესაძლებელია მიმართული იყოს გამომძიების კანონიერი ინტერესების საწინააღმდეგოდ. ამასთან, გამომძიებლის ან საგამომძიებო ორგანოს უკანონო ქმედებების შემთხვევაში, კანონი ისედაც აწესებს სხვადასხვა დაცვის მექანიზმებს. მაგალითად, როგორც არის გამომძიებლის მიკერძოებულობის შემთხვევაში მისი აცილება,²⁴ გამომძიებლის მიერ პროცესის მონაწილის მიმართ ჩადენილი ნებისმიერი მუქარა და ძალადობა, რომელიც ჩადენილია საქმის გამომძიებასთან დაკავშირებით, წარმოადგენს დანაშაულებრივ ქმედებას²⁵ და აღნიშნული დანაშაულებრივი ქმედებების გამომძიების მიზნით, გარდა შიდა საუნყებო კონტროლის მექანიზმებისა, შექმნილია დამოკიდებული საგამომძიებო უწყება – სპეციალური საგამომძიებო სამსახური.²⁶ გარდა აღნიშნულისა, მხარეთა მიერ ნებისმიერი უკანონო ქმედებაზე რეაგირება პირდაპირ შედის პროკურატურის ვალდებულებაში. აღნიშნულის ფონზე, გამომძიებისათვის დაუსაბუთებელი და უსაფუძვლო უნდობლობის ფაქტის დაფიქსირების შემთხვევების არსებობა, რაც არც თუ იშვიათია პრაქტიკაში, ჩვენი აზრით, არ უნდა იყოს პირის მიერ გამოკითხვაზე უარის თქმის საფუძველი. განსაკუთრებულ ყურადღებას იქცევს, გამოკითხვაზე უარის თქმის საფუძვლად, პირის მიერ ინფორმაციის არფლობის შემთხვევა. როგორც წესი, მხარე გამოსაკითხად იბარებს ისეთ პირებს, რომლებსაც მხარეთა ხელთ არსებული მტკიცებულებებით, გააჩნიათ ინფორმაცია კონკრეტულ საქმეზე. თუმცა, არ უნდა გამოირიცხოს მხარის შეცდომაც და გამოსაკითხად ისეთი პირის დაბარება, რომელიც ობიექტურად არ ფლობს საქმეზე რაიმე სახის ინფორმაციას. ასეთ შემთხვევაში, დროში განვლილი პროცედურები დამაზიანებელია გამომძიებისთვის და პირს მარტივად შეუძლია გამოკითხვის დროს განაცხადოს, რომ არ ფლობს

20 ფაფიაშვილი ლ, და სხვები, „საქართველოს სისხლის საპროცესო სამართალი. კერძო ნაწილი“, თბ. 2017 წ, გვ. 407.
 21 იხ. იქვე, გვ. 412.
 22 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009, მუხ. 114, ნაწ. 2 და 21.
 23 თრენკელი ე, „მოწმის ჩვენების ფსიქოლოგია“, თბ. 2009, გვ. 16-18.

24 იხ. იქვე, მუხ. 59, ნაწ. 1, „ე“ ქვეპ.
 25 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999, მუხ. 335.
 26 საქართველოს კანონი „სპეციალური საგამომძიებო სამსახურის შესახებ“, 2018, მუხ. 19, ნაწ. 1, „ა“ ქვეპ.

რაიმე სახის ინფორმაციას. რაც შეეხება გამოკითხვაზე უარის თქმის მესამე საფუძველს, კერძოდ, როდესაც პირი ფლობს საჭირო ინფორმაციას საქმეზე, რომელიც სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია საქმეზე ობიექტური ქეშმარიტების დასადგენად, მაგრამ არ თვლის საჭიროდ, თუნდაც ნებისმიერი მიზეზით ითანამშრომლოს გამოძიებასთან და ამისთვის იყენებს კანონით მინიჭებულ ნებაყოფლობით გამოკითხვის უფლებას, ჩვენი აზრით, სცდება გონივრულობის ფარგლებს. კანონის აღნიშნული ჩანაწერი შეუქცევად და გამოუსწორებელ ზიანს აყენებს მართლმსაჯულების პროცესს და კოლიზიაში მოდის კონსტიტუციურ ჩანაწერთან, რომელიც ყველას ავალდებულებს საგამოძიებო კომისიას მიაწოდოს მათ ხელთ არსებული ინფორმაცია.²⁷ აღნიშნულის ფონზე, გამოძიების ფარგლებში, პირისთვის დაუსაბუთებელი საფუძველით, გამოკითხვაზე უარის თქმის გაცხადების უფლებამოსილების მინიჭება, ვფიქრობთ, კანონის აღნიშნულ ჩანაწერს შესძენს არაკონსტიტუციურ ელფერსაც.

გარდა ზემოაღნიშნული ფაქტობრივი მოცემულობისა, გამოძიების დროს, პირის მაგისტრი მოსამართლის წინაშე დაკითხვა, ქმნის სხვა მიმართულების პრობლემებსაც, კერძოდ, მოწმის დეპონირებული ჩვენება სასამართლოს მიერ გამოიყენება განაჩენის გამოტანის დროს. გარდა აღნიშნულისა, სასამართლო მხედველობაში იღებს, მხოლოდ იმ მოწმის ჩვენებას, რომელიც დაიკითხა სასამართლო პროცესზე მხარეთა მონაწილეობით, რა დროსაც უზრუნველყოფილი იქნა ევროპული კონვენციით გარანტირებული მოწმის კონფრონტაციის უფლება. ხოლო, ისეთ შემთხვევები, როდესაც მაგისტრალი მოსამართლის წინაშე მოწმის დაკითხვა წარმოებს მხოლოდ ბრალდების მხარის მიერ, შესაძლოა აღქმულ იქნას, როგორც სამართლიანი პროცესის წარმოებისათვის საფრთხის შემქმნელი.²⁸ მოქმედი კანონმდებლობა კი უშვებს მაგისტრი მოსამართლის

წინაშე პირის მხოლოდ ბრალდების მხარის მიერ დაკითხვის შესაძლებლობას.²⁹

ნაშრომის მომდევნო თავში, შევეცდებით პირის გამოკითხვასთან დაკავშირებული პრობლემატიკის დეტალურად შესწავლას, ჰიპოთეტური მაგალითების ფონზე პრაქტიკული ბარიერების წარმოჩენას, საკითხთან დაკავშირებული სტატისტიკის წარმოჩენას და კრიმინალისტიკური მიდგომებთან მოქმედი ნორმების შეუსაბამობის დადგენას.

პრაქტიკაში არსებული პრობლემები

საქმეზე სამართალწარმოების დაჩქარებულ დროში ჩატარება მხარეთა ინტერესებში შედის, ეს საკითხი განსაკუთრებულ რელევანტურობას იძენს ნაკლებად მძიმე და მძიმე დანაშაულთა გამოძიების დროს, რადგან გამოძიების დროული ჩატარება გულისხმობს, როგორც ადამიანურ, აგრეთვე მატერიალური, გაუმართლებელი ხარჯების თავიდან აცილებას.³⁰ ასეთია სახელმწიფოს და საზოგადოების დაკვეთა და ქვეყნის ვალდებულებები საერთაშორისო დემოკრატიულ პრინციპებთან მიმართებაში. მოქმედი კანონმდებლობის განსახილველი და პრობლემატური საკითხები, სამწუხაროდ, იძლევა საწინააღმდეგო მოცემულობას და ქმნის დაბრკოლებებს თუნდაც გამოძიების დროში გაჭიანურების კუთხით. ჩვენი მოსაზრების ნათლად წარმოდგენისთვის მოვიშველიებთ შემდეგ ჰიპოთეტურ მაგალითს: A და B არიან C-ს განზრახ მკვლელობის თვითმხილველი მოწმეები, მათ შეუძლიათ გამოძიებას მინოდონ ზუსტი ინფორმაცია და დაეხმარონ მკვლელის X-ის იდენტიფიკაციაში. თვითმხილველი მოწმეების არსებობის შესახებ ინფორმაცია ცნობილი გახდა საქმის გამომძიებლისთვის, რომელმაც ისინი დაიბარა საგამოძიებო უწყებაში გამოსაკითხად.³¹ A-მ

27 საქართველოს კონსტიტუცია, 1995, მუხ. 42, ნაწ. 3.

28 ლალიაშვილი თ, „საქართველოს სისხლის სამართლის პროცესი. ზოგადი ნაწილი“, თბ. 2015, გვ. 301-304.

29 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 2009, მუხ. 114, ნაწ. 9.

30 ტრექსელი შ, სარა ჯ. სამერსის დახმარებით, „ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში“, თბ. 2009წ, გვ. 242.

31 საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო

და B-მ უარი განაცხადეს ნებაყოფლობით გამოძიებისათვის ჩვენების მიცემაზე.³² ასეთ მოცემულობაში, გამოძიებელი ვალდებულია საქმის კურსში ჩააყენოს პროკურორი, რომელიც განიხილავს მაგისტრათი მოსამართლის წინაშე პირის მოწმედ დაკითხვის თაობაზე შუამდგომლობის შეტანის მიზანშეწონილობის საკითხს³³ და თუ პროკურორი დადებითად გადაწყვეტს გამოძიების პრობლემას, იგი უფლებამოსილია შუამდგომლობით პირადად მიმართოს სასამართლოს, ან გამოძიებელს დაავალოს აღნიშნული შუამდგომლობის მომზადება და ნება დართოს, თავად გამოძიებელმა მიმართოს სასამართლოს.³⁴ შუამდგომლობის სასამართლოში წარდგენის შემდეგ,³⁵ სასამართლო ვალდებულია მასზე იმსჯელოს და მოწმის დაკითხვა დაიწყოს 24 საათის განმავლობაში.³⁶ ამასთან, დაუშვებელია მოწმის ღამით დაკითხვა, ხოლო დაწყებული დაკითხვა ღამის დადგომისთანავე³⁷ უნდა შეწყდეს და გაგრძელდეს მეორე დღეს. გარდა აღნიშნულისა, კანონი ითვალისწინებს საპატიო მიზეზით³⁸ მოწმის გამოუცხადებლობასაც,³⁹ რაც, თავის მხრივ, დამატებით დროში აჭიანურებს საგამოძიებო მოქმედების ჩატარებას. თავის მხრივ, მოსამართლე უფლებამოსილია არ დააკმაყოფილოს მაგისტრათი მოსამართლის წინაშე პირის მოწმედ დაკითხვის თაობაზე შუამდგომლობა, რაზეც გამოაქვს მოტივირებული განჩინება და უგზავნის შუამდგომლობის ინიციატორ მხარეს.⁴⁰ აღნიშნული შუამდგომლობის გასაჩივრება მხარეს შეუძლია სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიაში, მისი ჩაბარებიდან 24 საათის ვადაში.⁴¹ გასაჩივრების შემთხვევაში, საგამოძიებო კოლეგიის მოსამართლე, შუამდგომლობას განიხილავს მისი შეტანიდან

არა უგვიანეს 24 საათისა.⁴² საჩივარზე საბოლოო გადაწყვეტილებას იღებს სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე, აკმაყოფილებს ან უარს ამბობს მის დაკმაყოფილებაზე.

ჩვენ მიერ მოყვანილი ჰიპოთეტური მაგალითისთვის, უკეთეს შემთხვევაში, კერძოდ, საჩივრის დაკმაყოფილების შემთხვევაში, განჩინება დაუყოვნებლივ ეგზავნება საჩივრის ავტორს და გასაჩივრებული განჩინების გამომტან მაგისტრატ მოსამართლეს.⁴³ ამ მოცემულობაში, მოწმის დაკითხვა უნდა დაიწყოს გონივრულ ვადაში, მაგრამ მაგისტრათი მოსამართლისთვის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის მოსამართლის განჩინების გადაცემიდან არაუგვიანეს 24 საათისა. ამასთან, ამ შემთხვევაშიც, გასათვალისწინებელია მოწმის საპატიო მიზეზით გამოუცხადებლობის შემთხვევაც.⁴⁴ თუმცა, ყოველივე აღნიშნულის შემდეგ, მოწმის სასამართლოში გამოცხადება, მაინც ატარებს ნებაყოფლობით ხასიათს, ხოლო, დანიშნულ დროს, გამოუცხადებლობის შემთხვევაში, მის მიმართ შესაძლებელია გამოყენებული იქნეს იძულებით მოყვანის ღონისძიებები,⁴⁵ რაც, თავის მხრივ, დამატებითი დროის რესურსს გულისხმობს. მას შემდეგ, რაც მოხერხდება მაგისტრი მოსამართლის წინაშე A-ს და B-ს დაკითხვა, მაგისტრათი მოსამართლე უზრუნველყოფს მოწმეთა მიერ სასამართლოში მიცემული ჩვენების დაკითხვის ინიციატორი მხარისთვის როგორც წერილობითი, ისე ელექტრონული ფორმით გადაცემას.⁴⁶

პრაქტიკაში, აღნიშნული პროცედურა ხშირად რამდენიმე დღე გრძელდება შემდეგ მიზეზთა გამო: 1. მოწმის ჩვენება სასამართლოში ფიქსირდება ელექტრონულად, კერძოდ, ხდება პროცესის მიმდინარეობის აუდიო ჩანერა, რის შემდეგაც, სასამართლოს სხდომის მდივანი აუდიო ჩანაწერის საფუძველზე უზრუნველყოფს დაკითხვის ოქმის ბეჭდური ვერსიის შედგენას. იმ შემთხვევაში, თუ მოწ-

კოდექსი, 2009, მუხ. 113, ნაწ. 1.
 32 იხ. იქვე.
 33 იხ. იქვე, მუხ. 114, ნაწ. 4.
 34 იხ. იქვე.
 35 იხ. იქვე, ნაწ. 5.
 36 იხ. იქვე, ნაწ. 6.
 37 იხ. იქვე, მუხ. 3, ნაწ. 17.
 38 იხ. იქვე, ნაწ. 18.
 39 იხ. იქვე, მუხ. 114, ნაწ. 6.
 40 იხ. იქვე, ნაწ. 7.
 41 იხ. იქვე.

42 იხ. იქვე.
 43 იხ. იქვე.
 44 იხ. იქვე.
 45 იხ. იქვე, მუხ. 149, ნაწ. 2 – 3.
 46 იხ. იქვე, მუხ. 114, ნაწ. 13.

მის ჩვენება არის ვრცელი, ან დაკითხულია რამდენიმე მოწმე, ეს პროცესი შესაბამისად მოითხოვს მეტ დროით რესურსსაც; 2. სასამართლოს მიერ დაკითხვის ოქმის შედგენის შემდეგ, მოწმე(ებ)ს ეძლევათ შესაძლებლობა გაეცნონ მათ მიერ მიცემულ ჩვენებას, რაც გულისხმობს მათ სასამართლოში დამატებით მისვლას (გასათვალისწინებელია ის გარემოება, რომ ამ შემთხვევაშიც შესაძლებელია ვადების გაჭიანურება და არ არსებობს რაიმე სახის იძულების ბერკეტი), მათ მიერ ოქმის პირადად წაკითხვას და მასზე შენიშვნების და განცხადებების გაკეთებას (ასეთის არსებობის შემთხვევაში); 3. მოწმის მიერ ოქმის გაცნობის შემდეგ, სასამართლო აღნიშნული ოქმის ბეჭდურ და ელექტრონულ ვერსიებს უგზავნის გამოძიების ორგანოს, რაც თავის მხრივ ითვალისწინებს 5-დღიან საპროცესო ვადას.⁴⁷ როგორც ვხედავთ, ასეთ ჰიპოთეტურ შემთხვევებში, რაც პრაქტიკაში არც თუ იშვიათად ხდება, გამოძიების მიერ, საჭირო ინფორმაციის მიღების დრო, შესაძლებელია გაიწელოს რამდენიმე დღე და კვირაც კი. ასეთ დროს კი შესაძლებელია გამოუსწორებელი ზიანი მიადგეს არა მარტო გამოძიების, არამედ სახელმწიფოს და საზოგადოების კანონიერ ინტერესებს, ვინაიდან დანაშაულის ჩამდენი პირის – X იდენტიფიცირების შემდეგ, შესაძლებელია აღმოჩნდეს, რომ მან მოასწრო მიმალვა ან/და ქვეყნის დატოვება. საბოლოო ჯამში, ზიანი მიადგება მართლმსაჯულების პროცესს და გაჭირდება საქმეზე სამართლიანობის აღდგენა, ხოლო, დანაშაულის ჩამდენი პირის მიმართ იძულების ღონისძიებების გამოყენება და სასჯელის აღსრულება.

გარდა აღნიშნულისა, ჩვენ მიერ განხილული მოქმედი კანონის პრობლემური მოცემულობა შეუსაბამობაში მოდის პირის გამოკითხვისთვის დაწესებულ კრიმინალისტიკურ მიდგომებთან. კრიმინალისტიკური ტაქტიკა ეფუძნება მეცნიერებების ისეთ მიღწევებს, როგორებიცაა ლოგიკა, ფსიქოლოგია და სხვა და გამოძიების პროცესს ეხმარება სხვადასხვა საგამოძიებო მოქმედებების, მათ შორის, დაკითხვის ეფექტუ-

რად ჩატარებაში, რაც გულისხმობს საქმეზე სწორი და ობიექტური მტკიცებულებების დროულ მოპოვებას.⁴⁸ გამომძიებელს, კრიმინალისტიკური თვალსაზრისით გამოკითხვის დროს, ევალება ისეთი ტაქტიკური ხერხის გამოყენება, რომელიც ხელს შეუწყობს საქმეზე ობიექტური და სრულყოფილი ინფორმაციის მიღებას და საქმეზე ობიექტური ქეშმარიტების დროულად დადგენის პროცესს.⁴⁹ კრიმინალისტიკაში დაკითხვის ზოგად ტაქტიკურ ერთ-ერთ ხერხად მიჩნეულია გამოკითხვისათვის ნორმალური პირობების შექმნა, რაც გულისხმობს გამოკითხვის განმარტოებით წარმოებას, გარეშე პირების დასწრების გარეშე და სხვა.⁵⁰ მიუხედავად იმისა, რომ კანონში არ არის იმპერატიულად განსაზღვრული გამოკითხვის ადგილი, სიტუაციიდან გამომდინარე და გამოძიების აგრეთვე, გამოსაკითხი პირის ინტერესებიდან გამომდინარე, აღნიშნული საგამოძიებო მოქმედების ჩატარება შესაძლებელია ნებისმიერ ადგილზე (საგამოძიებო ორგანო, საცხოვრებელი სახლი, სამსახური და ა.შ.), სადაც ტექნიკურად შესაძლებელია გამოკითხვის წერილობითი ოქმის შედგენა.⁵¹ დაკითხვის ადგილის შერჩევას განსაკუთრებული ყურადღება ენიჭება, რადგან გარე პირობები განსაკუთრებულ როლს თამაშობს გამოსაკითხი პირის ემოციური ფონის განსაზღვრაზე, კომუნიკაციის სწორად დამყარებაზე და ფსიქოლოგიური კონტაქტის დაბალანსებაზე. ამასთან, გამომძიებელსა და დასაკითხ პირს შორის გულწრფელი დიალოგის საწინდარია დაკითხვის პროცესში სხვა პირთა ჩაურევლობაც.⁵² მიზანშეწონილია, მოწმეები არ შეხვდნენ ერთმანეთს დაკითხვის დასრულებამდე, რათა არ მოხდეს მათ მიერ პოზიციების შეჯერება ან ერთმანეთზე ზეგავლენის

48 გოგშელიძე, ფალიაშვილია, „კრიმინალისტიკა“, თბ. 2009 წ, გვ. 13.

49 ფალიაშვილი ა, და სხვები, „კრიმინალისტიკა“, ტომი #2, თბ. 1995 წ, გვ. 84.

50 იხ. იქვე, გვ. 98.

51 ფაფიაშვილი ლ, და სხვები, „საქართველოს სისხლის საპროცესო სამართალი. კერძო ნაწილი“, თბ. 2017 წ, გვ. 402.

52 ერიაშვილი ნ, „წინასწარი გამოძიების ფსიქოლოგიური თავისებურებები“, თბ. 2010 წ, გვ. 40.

47 იხ. იქვე, მუხ. 195.

მოხდენა.⁵³ კრიმინალისტიკური ტაქტიკის აღნიშნულ მოთხოვნათა შესრულება ჩვენ მიერ განხილული ჰიპოთეტური მაგალითის შემთხვევაში პრაქტიკულად შეუძლებელია, რაც თავისთავად ამცირებს გამოძიებისთვის მნიშვნელოვანი ინფორმაციის მოპოვების ალბათობას.

სამეცნიერო ნაშრომზე მუშაობის პერიოდში თბილისის საქალაქო სასამართლოდან გამოთხოვილ იქნა სტატისტიკური ინფორმაცია გამოძიებაში მონმედ დაკითხვის შუამდგომლობების და მათზე მიღებული გადაწყვეტილებების შესახებ, რაზეც სამუხაროდ, პასუხი ვერ მივიღეთ.⁵⁴ საკითხზე მომუშავე პრაქტიკოს იურისტებთან ზეპირი ინტერვიუები ცხადყოფს, რომ აღნიშნული სახის შუამდგომლობები პრაქტიკაში არ არის იშვიათი, რასაც გარკვეულწილად ადასტურებს თბილისის საქალაქო სასამართლოს მიერ წარმოებულ საჯარო სტატისტიკა.⁵⁵

დეს გამოძიების გაჭიანურების მიზეზი, რაც, საბოლოო ჯამში, დააზიანებს სახელმწიფოს და საზოგადოების კანონიერ ინტერესებს. ერთი მხრივ, გამოძიების დროულად ჩატარების მიმართ მზარდი მოთხოვნა, ხოლო, მეორე მხრივ, დამაზიანებელი ბიუროკრატიული წესების შემოღება სისხლის სამართლის საპროცესო კანონმდებლობაში მიგვაჩნია გაუმართლებლად. ჩვენ მიერ იდენტიფიცირებული პრობლემები მოითხოვს დროულ საკანონმდებლო ჩარევას. მიგვაჩნია, რომ პირს, რომელიც ფლობს საქმეზე მნიშვნელოვან ვალდებულებას, საკუთარი სამოქალაქო ვალდებულებიდან გამომდინარე, არ უნდა ჰქონდეს ისეთი არჩევანის გაკეთების უფლება, რომელიც დააზიანებს საქმეზე სრულყოფილი, დროული და ობიექტური გამოძიების ჩატარებას და შეაფერხებს სამართლიანობის აღდგენის პროცესს.

დასკვნა

ჩვენ მიერ განხილული მოქმედი საპროცესო კანონმდებლობის პრობლემური საკითხი სერიოზული გამოწვევების წინაშე აყენებს გამოძიების და, ზოგადად, მართლმსაჯულების პროცესს. დაუსაბუთებელი და შეუსაბამო საკანონმდებლო რეგულაციები, ხშირ შემთხვევაში, შესაძლებელია გახ-

53 ფალიაშვილი ა, და სხვები, „კრიმინალისტიკა“, ტომი #2, თბ. 1995 წ, გვ. 104.
54 თბილისის საქალაქო სასამართლოს, 2023 წლის 13 ივლისის, #1-0499/27567 წერილის თანახმად, მოთხოვნილი ინფორმაციის სტატისტიკური დამუშავება არ ხორციელდება, რის გამოც უარი გვეთქვა მის მოწოდებაზე.
55 თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2021 წლის სტატისტიკური მონაცემები, ელ. მის: <<https://tcc.court.ge/ka/Statistics>> სტატისტიკა მოიცავს საგამოძიებო მოქმედებების ჩატარების თაობაზე სასამართლოში შესული შუამდგომლობების ანგარიშს, სადაც ცალკე პუნქტად განხილულია „სხვა სახის შუამდგომლობები“, რომლის რაოდენობაც 1 წლის განმავლობაში არის 1640. ვინაიდან სასამართლო, ცალკე აღებული მოწმის დაკითხვის შუამდგომლობების სტატისტიკას არ აწარმოებს, მათი ოდენობა შედის სხვა სახის შუამდგომლობებში.

ბიბლიოგრაფია:

1. გახოკიძე ჯ, გაბისონია ი, მამნიაშვილი მ, მონიავა პ, „საგამოძიებო სამართალი. წიგნი პირველი“, თბ. 2018 წ.
2. გოგშელიძე რ, ფალიაშვილი ა, „კრიმინალისტიკა“, თბ. 2009 წ.
3. ერიაშვილი ნ, „წინასწარი გამოძიების ფსიქოლოგიური თავისებურებები“, თბ. 2010 წ.
4. თრენკელი ე, „მონმის ჩვენების ფსიქოლოგია“, თბ. 2009 წ.
5. ლალიაშვილი თამარ, „საქართველოს სისხლის სამართლის პროცესი. ზოგადი ნაწილი“, თბ. 2015 წ.
6. მჭავანაძე ზ, „სისხლის სამართლის პროცესი“, თბ. 1999 წ.
7. ფალიაშვილი ა, და სხვები, „კრიმინალისტიკა“, ტომი #2, თბ. 1995 წ.
8. ფაფიაშვილი ლ, და სხვები, „საქართველოს სისხლის საპროცესო სამართალი. კერძო ნაწილი“, თბ. 2017 წ.
9. ტრექსელი შ, სარა ჯ. სამერსის დახმარებით, „ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში“, თბ. 2009 წ.

საკანონმდებლო აქტები:

1. ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია, რომი, 1950 წლის 4 ნოემბერი.
2. ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 14.03.1981 წ, #R(81)74.
3. ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 17.09.1987 წ, #R(87)18.
4. საქართველოს კონსტიტუცია, თბ. 1995 წ.
5. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, თბ. 2009 წ.
6. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, თბ. 1999 წ.
7. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, თბ. 1998 წ.
8. საქართველოს კანონი „ოპერატიულ-სამძებრო საქმიანობის შესახებ“, 1999 წ.
9. საქართველოს კანონი „სპეციალური საგამოძიებო სამსახურის შესახებ“, 2018 წ.

ელექტრონული რესურსები:

1. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში ცვლილებების შეტანის შესახებ“, 11.12.2015, ელ. მის: <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/106183>> [ბოლო წვდომა: 19.07.23],
2. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, საქმე ო'პოლორენი და ფრენსისი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 2007, ელ. მის: <<https://catalog.supremecourt.ge/blog/foto/286.pdf>> [ბოლო წვდომა: 19.07.2023].

THE EFFECT OF THE PRINCIPLE OF INTEGRITY IN THE INSURANCE CONTRACT

Nino Soziashvili

*Doctoral Candidate of Law, Caucasus International University,
Chief specialist of the Legal Department of
Representation in Courts of the Ministry of Defense of
Georgia*

ABSTRACT

The purpose of the research topic is to conduct an in-depth study of the issues related to integrity and its protection in insurance relations and to identify legal and practical problems that arise in non-compliance with this principle. Consequently, the goal of the topic is to analyze the mentioned problematic issues, highlight them, and subsequently propose potential solutions and recommendations for the benefit of readers.¹

Integrity is the principle of civil turnover, therefore its solidity and stability depend on the integrity of the participants in civil turnover. "Integrity is not only a right but also an assumption of fulfilling a duty, because integrity implies the action of the participants of the civil turnover with consideration and responsibility, treating each other with respect for the rights";²

Consequently, since the insurance contract is a type of civil contract, it is natural that the obligation to protect integrity is also essential in relation to it;³ Nonetheless, I believe that in the case of insurance, protection of integrity acquires an even wider meaning and

1 Soziashvili N. The principle of integrity in insurance relations, planning and design of a research paper, Tbilisi, 2021. p. 2.

2 Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil Cases, case #AS-1338-1376-2014, June 29, 2015.

3 Nino Khunashvili dissertation paper, Tbilisi 2014, p. 9.

implication. This is because the fundamental principle and core of insurance contracts is based on the supreme trust between the involved parties. Consequently, if the contracting parties fail to uphold the principle of integrity, it could cast doubt on the existence of the insurance.

KEYWORDS: Insurance, Principle of integrity, Insurance contract

INTRODUCTION

The relevance of the research topic is also determined by the continuous growth and increasing importance of the insurance sector. This is primarily attributed to the rapid pace of global development, where insurance has become an indispensable part of people's daily lives and existence. For instance, in the United States of America, there's a prevailing perspective that one cannot exist without insurance. Therefore, the insurance industry continues to evolve daily, and Georgia should be no exception to this trend.

As previously mentioned, integrity is a principle of civil law, and it naturally extends to insurance law. Therefore, I believe it is important to elucidate the principle of integrity and its essence in general: "As per the third part of Article 8 of the Civil Code, participants in a legal relationship shall exercise their rights and duties in integrity".⁴ The above-mentioned norm complements the part of Article 361 of the same Code, which stipulates that the obligation shall be performed duly, in integrity, and at the time and place determined⁵ and the aforementioned includes the entire private law.

The principle of integrity in the legislation and doctrine of modern developed countries is largely related to moral standards. Integrity encompasses sincerity, justice, and an honest attitude to fulfilling "obligations".⁶ In essence, it can

be described as a commitment to decency, with any breach resulting in accountability.⁷

In continental European law, the principle of integrity urges parties to fulfill their mutual obligations in integrity, based on mutual trust and faith. This principle is analogous to assessing human behavior in terms of moral qualities and interpersonal relationships based on the concepts of good and evil.⁸

THE EFFECT OF THE PRINCIPLE OF INTEGRITY IN THE INSURANCE CONTRACT

The principle of integrity in Georgian contract law is not thoroughly explored, with very few examples of its interpretation in contractual norms where the obligation to adhere to this principle is established. Its essence is primarily dispersed across various sections of the Civil Code, including the chapter on insurance contracts. Thus, it is only through a joint and complex study that we can determine the principle of integrity in insurance relationships. This underscores the relevance of the research topic, highlighting the importance of incorporating foreign doctrine and judicial practice to accurately define its essence and significance.

The principle of integrity in insurance law undoubtedly implies that both parties to the con-

4 Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil Cases, Case No. AS-1338-1376-2014, June 29, 2015.

5 Civil Code of Georgia, Tbilisi, 1997 (as of 01.11.2022).

6 Supreme Court of Georgia, Chamber for Civil Cases, Case No. AS-1338-1376-2014, June 29, 2015.

7 Decision of the Supreme Court of Georgia of June 29, 2015 No. AS-1338-1338-2014.

8 Khunashvili N. Dissertation paper "Principle of integrity in contract law", University Publishing House, Tbilisi 2014; p. 12.

tract, whether it's the insured or the insurer (insurance company), must fulfill their obligations under the insurance contract in a manner that is characterized by integrity, fairness, and honesty, as one would reasonably expect from each other.

As it is commonly known, the primary distinguishing feature of an insurance contract is the principle of *uberrimae fidei*,⁹ signifying the utmost integrity between the parties involved. This principle expresses the essence of the insurance contract itself, where the presence of an element of risk is pivotal. It stems from the fundamental uncertainty of whether an insurance risk will be "realized" i.e. an insurance event. Consequently, the parties are obliged to honestly disclose all pertinent and essential facts within their knowledge, which may influence the terms of the contract or its overall conclusion.¹⁰

When reviewing the concept of integrity within an insurance contract, it's crucial to discuss the accurate interpretation of when the insurance contract becomes effective. This is significant because it marks the point at which the insurance company's obligation to provide compensation to the insured originates.¹¹ And since the issue concerns the issuance of insurance compensation, it is natural that the observance of the principle of integrity acquires special importance, especially since the above-mentioned issue is regulated quite imperfectly by the Georgian legislation.

According to Article 806 of the Civil Code of Georgia, the insurance shall commence at 24:00 on the day the contract is entered into and shall end at 24:00 on the last day of the contract period.¹² And according to Article 816 of the same code, until the first or one-time insurance premium is paid, the insurer shall be free from liability. As observed, the aforementioned two articles exhibit some inconsistency, potentially leading to practical challenges, for example, when a person

signs an insurance contract with an insurance company, and the contract does not specify the exact time of payment of the initial insurance premium, the insurer planned to pay it after a few days, however, an insurance event occurred on the second day after the contract was signed, Although the insured had an expectation that the insurance contract was concluded and he/she would receive the insurance compensation, however, the insurance company legally refused to disburse the insurance compensation.

In the given example, it initially appears that there is no evident unconscientious attitude on the part of the contracting parties. Nonetheless, considering that insurance contracts rely on the utmost mutual trust and the principle of integrity between the parties, the insurance company should have, in the spirit of integrity, warned the insured of the mentioned issue during the contract signing process.

This is important because the insured probably wasn't informed about it and likely had different expectations as a result.

In summary, we can conclude that for the insurance contract to be established and become effective, there's a requirement for both Articles 806 and 816 of the Civil Code to coexist simultaneously. It would be beneficial if these two regulations were consolidated into a single article, while also specifying the timeframe within which the insurer must make the initial insurance payment, commonly known as the premium (ideally, this should be determined on the same day as the contract signing). This step aims to simplify the contractual arrangements between the parties and minimize the potential for legal disputes in the future.

In this regard, the situation is different in German law, which distinguishes three stages of the beginning of insurance: the "formal" commencement of the insurance, which coincides with the conclusion of the contract by the parties, when all essential conditions are agreed upon,¹³ the "technical" initiation of insurance, wherein the contract is considered finalized based on the

9 Soziashvili N. Social and legal aspects of life insurance, scientific journal, David Aghmashenebeli National Defence Academy of Georgia, 2022. p.77.

10 *Ibid*, p.106.

11 Soziashvili N. Thematic seminar, Comparative-legal analysis, social and legal aspects in insurance law, Tbilisi, 2020.

12 Civil Code of Georgia, 1997 (as of 01.06.2021).

13 <<http://heconomic.wordpress.com/2010/07/12/ten-giz-verulava-13/>> [Last seen 08.15.2022].

date specified in the record or policy; and finally, the “material start of insurance”, where the contract is considered to commence from the moment the insured pays the insurance premium.¹⁴

INSURANCE VALUE

When discussing the principle of integrity in insurance relationships, it is appropriate to consider the issue of insurance value. This is because the principle of integrity holds particular significance in insurance law when evaluating the insurance value.

The insurance value represents the monetary amount at which an individual’s life or health is insured. It is determined through an agreement between the parties, considering the insured risk.¹⁵ Meanwhile, an insurance assessment (or value) is the evaluation of the insured object expressed in monetary terms.¹⁶ It’s interesting to note that “while property insurance restricts the insured amount to the value of the insured object, in contrast to the aforementioned, life insurance places no such limitations. In the case of life insurance, the coverage is unlimited and is solely determined by the agreement of the parties involved in the contract, which is logical given the priceless nature of human life”.¹⁷ However, on the other hand, this flexibility that we enjoy in setting the insurance value for personal insurance carries a certain element of risk, for instance, in the case of life insurance, when insurance is carried out within the limits of a substantial sum insured, the risk of artificially (unfairly) causing an insurance event naturally increases, which primarily endangers the insured and their life. In such a case, obviously, we have the composition of the crime, which is punishable by law, but to pro-

tect the insured’s life and health from such cases as much as possible, I believe it is necessary for the legislator to define the scope of the insurance value even more strictly, and in each specific case, before signing the insurance contract, a thorough analysis, study, investigation, and personalized approach to each insured object should be conducted prior to signing the insurance contract, we can also use an illustration from the United States, where if an individual consumes even a few cigarettes daily, or half a pack, they are categorized as smokers and may not be able to sign a life insurance contract with the company at all,¹⁸ or receive it but within the limits of another insurance amount (far more expensive or more in a smaller amount than in the case of a non-smoker).¹⁹

In addition to this unique aspect, “insurance companies in the United States typically collaborate with specialized medical institutions before concluding a life insurance contract. These institutions serve as information centers regarding individuals who have applied for life insurance from other participating companies”.²⁰

A noteworthy aspect is that the insurance company has the authority to seek information about the prospective policyholder from their physician before finalizing the insurance contract.²¹ This practice provides an added layer of protection for both the insurer and the insured. I believe that this meticulous and thorough approach sets a high standard for insurance practices in this country, and it would be beneficial to consider incorporating a similar approach into our legislation.

INSURANCE RISK

Insurance risk is one of the main foundations of the insurance relationship. It refers to the situation outlined in the contract, the occurrence of which could result in the insurer’s loss or re-

14 <<http://elawjournal.wordpress.com/2012/02/05/და-ზღვევის-ინსტიტუტის-წა/>> [Last seen 15.08.2022].

15 Soziashvili N. Social and legal aspects of life insurance, scientific journal, David Aghmashenebeli National Defence Academy of Georgia, 2022. p. 78.

16 Dzagnidze D. The meaning of the insurance premium in the insurance contract, Tbilisi, “Individual and Constitution” journal, N3, 2003, p.71.

17 Soziashvili N. Social and legal aspects of life insurance, scientific journal, LEPL David Aghmashenebeli National Defence Academy of Georgia, 2022. p. 78.

18 *Ibid.* p. 79.

19 *Ibid.* P. 79.

20 Soziashvili N. Social and legal aspects of life insurance, scientific journal, David Aghmashenebeli National Defence Academy of Georgia, 2022. p. 79.

21 <<http://www.usa.gov/Citizen/Topics/Health/Health-Insurance.shtm>> [Last seen 23.05.2023].

duction of their property interest.²² These events are primarily characterized by the fact that the parties to the contract can assume only the possibility, probability, and not the inevitability of its occurrence. In relation to the assessment of insurance risks, insurance companies, as a rule, have developed for a specific type of insurance, written questionnaires about the circumstances of the risk. It is the insurer's responsibility to provide an accurate answer to this questionnaire. In relation to this, Article 810 of the Civil Code stipulates the following; "If the insured was required to respond to written queries about the circumstances of a danger, the insurer may terminate the contract for the failure to communicate the circumstances, which, though not inquired about, were intentionally withheld by the policyholder".²³ This means that the insured is obliged, in integrity, to inform the insurance company about a danger that no one inquired about but of which the insured had specific knowledge, and deliberately and unconscientiously concealed such a fact.

The article mentioned above undeniably safeguards the principle of integrity in insurance relationships. Violating this principle can undermine the very foundation of the insurance system, as the essence of insurance lies in the parties having only the probability or assumption of an insured event occurring. This assumption is the main distinguishing feature of an insurance contract from other types of contracts, and naturally, if the parties fail to uphold the principle of integrity in assessing insurance risk, we will not have an insurance contract.

CONCLUSION

As a result of the research, the special importance and influence of the principle of integrity in the insurance contract was highlighted. While this principle may not be explicitly defined by le-

gal regulations, this principle holds such significance in insurance relationships that it can be regarded as the primary and fundamental foundation for the formation of insurance contracts.

While working on the paper, a comparative-legal analysis was conducted, primarily focusing on foreign countries, particularly in relation to the United States of America. As a result, it was determined that it is appropriate to incorporate a requirement to protect the principle of integrity in the legal norms governing insurance relations, and it is also important to instruct the parties to an insurance contract to act with integrity towards each other.

It is crucial to emphasize the importance of safeguarding integrity when calculating insurance risk and value. In this context, it would be beneficial for the legislator to consider practices in the United States of America and adapt them to the specific needs of the Georgian population in our legislation, although not necessarily identical to those in the aforementioned country.

As it is well known, the legislation undergoes certain changes along with the development of the country, which is a natural process. Nevertheless, I believe that the insurance law lags behind other agreements outlined in the Civil Code. This is primarily due to the continuous growth of the insurance sector, as previously mentioned. It is evident that the applicable law in Georgia "On Insurance", including those in the Civil Code, no longer adequately addresses the contemporary demands of the insurance market. Consequently, this deficiency leads to complex insurance relationships. This is why it's crucial to undertake the so-called "modernization" of insurance legislation and establish a strong foundation for the country's progress. For example, I propose consolidating Articles 801-816 into a single provision to accurately define the commencement of the insurance contract's effectiveness. Additionally, it would be beneficial to specify the time for the payment of the initial insurance deposit (premium).

Based on all of the above, I believe that this field requires revision and refinement by the legislator.

22 Soziashvili N. The effect of the principle of integrity in the insurance Contract, paper, Tbilisi, 2023.

23 Civil Code of Georgia, Tbilisi, 1997 (as of 01.11.2022).

BIBLIOGRAPHY:

1. Commentary on the Civil Code of Georgia, book four, volume II Tbilisi, 2001; (Internet) available at: <<https://library.iliauni.edu.ge/wp-content/uploads/2021/06/44.-samoqalaqo-kodeqsis-komentari-tsigni-II-sanivtho-qonebrivi-samarthali.pdf>> [Last seen 23.04.2023].
2. Iremashvili K. Online commentary on the Civil Code, gccg.ge, 16.03.2016 (Internet) available at: <http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019-ge-civil_code_comm_III_book.pdf> [Last seen: 23.05.2023].
3. Vashakidze G. Integrity according to the Civil Code of Georgia or applicable law, "Georgian Law Review", 2007, (Internet) available at: <<https://newvision.ge/geo/review-of-georgian-law/georgian-law-review-archive>> [Last seen 23.05.2023].
4. Dzagidze D. The meaning of insurance premium, Tbilisi, journal Individual and Constitution N3, 2003.
5. Kakashvili N. Insurable and uninsurable risks, Tbilisi, Journal of Business and Legislation 2009.
6. Khunashvili N. Dissertation paper, Tbilisi 2014;(Internet) available at: <https://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/nino_xunashvili.pdf> [Last seen 01.06.2023].
7. Soziashvili N. The effect of the principle of integrity in the insurance Contract, paper, Tbilisi, 2023.
8. Soziashvili N. The principle of integrity in insurance relations, planning and design of a research paper, Tbilisi, 2021.
9. Soziashvili N. Social and legal aspects of life insurance, scientific journal, LEPL David Aghmashenebeli National Defence Academy of Georgia, Gori 2022 (Internet) available at: <https://www.researchgate.net/publication/367148715_ssip_-davit_aghmasheneblis_sakhelobis_ssip_-davit_aghmasheneblis_sakhelobis_sakartvelos_ervnuli_tavdatvis_akademia_sakartvelos_ervnuli_tavdatvis_akademia_LEPL_-DAVID_AGHMASHENEBELI_LEPL_-DAVID_AGH> [Last seen 10.06.2023].
10. Iremashvili K. Peculiarities of legal regulation of insurance, "Journal of Law", Faculty of Law of Ivane Javakishvili Tbilisi State University, N2, 2011; (Internet) available at: <<https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/issue/archive>> [Last seen 01.06.2023].
11. Iremashvili K. sadazRvevo interesis doqtrina da mis mimarT gamoTqmuli kritikis analizi, `samarTlis JurnalI", ivane javaxiSvilis saxelobis Tbilisis saxelmwifo universitetis iuridiuli fakulteti, #2, 2013; (Internet) available at: <<https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/issue/archive>> [Last seen 01.06.2023].
12. Jerry Ruchmond D. undestanding Insurance law. 4th Edition, 2007.

Internet resources:

1. <<http://www.insurance.com/life-insurance/life-insurance-basics.aspx>> [Last seen 23.05.2023].
2. <<http://heconomic.wordpress.com/2010/07/12/tengiz-verulava-13>> [Last seen 23.05.2023].
3. <<http://elawjournal.wordpress.com/2012/02/05/>> [Last seen: 23.05.2023].
4. <<http://saqartvelo201206.blogspot.com/2012/06/blog-post.html>> [Last seen 01.06.2023].

5. <<http://www.usa.gov/Citizen/Topics/Health/HealthInsurance.shtm>> [Last seen 01.06.2023].
6. <www.supremecourt.ge> [Last seen 01.06.2023].

Normative material:

1. Civil Code of Georgia. date of adoption 26/06/1997. [Internet] <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=122>> [Last seen 23.02.2023].
2. Law of Georgia on Insurance, Tbilisi, Parliament of Georgia, 1997. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=122>> [Last seen 23.02.2023].

კეთილსინდისიერების პრინციპის გეგავლენა დაზღვევის ხელშეკრულებაში

ნინო სოზიაშვილი

სამართლის დოქტორანტი, კავკასიის საერთაშორისო
უნივერსიტეტი,
საქართველოს თავდაცვის სამინისტროს იურიდიული
დეპარტამენტის სასამართლოებში წარმომადგენლობის
სამმართველოს მთავარი სპეციალისტი, საქართველო

აბსტრაქტი

საკვლევი თემის მიზანს წარმოადგენს სადაზღვევო ურთიერთობებში კეთილსინდისიერებასთან და მის დაცვასთან დაკავშირებული საკითხების სიღრმისეული შესწავლა და იმის გარკვევა, თუ რა სამართლებრივი თუ პრაქტიკული პრობლემები ჩნდება მისი შესრულებლობისას, შესაბამისად თემის მიზანს წარმოადგენს აღნიშნული პრობლემური საკითხების გაანალიზება, მათი წინ წამოწევა და შემდგომ უკვე მათი გადაჭრისა და მოგვარების შესაძლო გზების და რეკომენდაციების მოძიება და მკითხველისათვის შეთავაზება.¹

კეთილსინდისიერება სამოქალაქო ბრუნვის პრინციპია, ამიტომ მისი სიმყარე და სტაბილურობა სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა კეთილსინდისიერებაზე დამოკიდებულია. „კეთილსინდისიერება არა მარტო უფლების არამედ მოვალეობის შესრულების ვარაუდიცაა, რადგანაც კეთილსინდისიერება გულისხმობს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა მოქმედებას გულისხმიერებით და პასუხისმგებლობით, ერთმანეთის უფლებისადმი პატივისცემით მოპყრობას“² შესაბამისად, გამომდინარე იქიდან, რომ დაზღვევის ხელშეკრულება სამოქალაქო ხელშეკრულებების ერთ-ერთი სახეა, ბუნებრივია მასთან მიმართებითაც მნიშვნელოვანია კეთილსინდისიერების დაცვის ვალდებულება,³ თუმცა, ვფიქრობ, დაზღვე-

1 სოზიაშვილი ნ. კეთილსინდისიერების პრინციპი სადაზღვევო ურთიერთობებში, კვლევითი ნაშრომის დაგეგმვა და დიზაინი, თბილისი, 2021 წ. გვ. 2.

2 საქართველოსუზენაესი სასამართლო, სამოქალაქო საქმეთა პალატა, საქმე #ას-1338-1376-2014, 29 ივნისი, 2015 წელი

3 ნინო ხუნაშვილი სადისერტაციონაშრომი, თბილისი 2014, გვ. 9.

ვის შემთხვევაში კეთილსინდისიერების დაცვა კიდევ უფრო ფართო მნიშვნელობას და დატვირთვას იძენს, რადგანაც დაზღვევის ხელშეკრულების ძირითადი პრინციპი და არსი სწორედ მხარეთა უზენაეს ნდობაზეა დაფუძნებული, შესაბამისად, თუ არ იქნება დაცული კეთილსინდისიერების პრინციპი ხელშეკრულების მხარეთა მხრიდან, შესაძლოა საერთოდაც ეჭვქვეშ დადგეს დაზღვევის არსებობა.

საკვანძო სიტყვები: დაზღვევა, კეთილსინდისიერების პრინციპი, დაზღვევის ხელშეკრულება

შესავალი

საკვლევი თემის აქტუალობას ისიც განაპირობებს, რომ დაზღვევა ყოველდღიურად უფრო და უფრო ვითრდება და კიდევ უფრო მნიშვნელოვანი და მოთხოვნადი ხდება, რაც პირველ რიგში გამომდინარეობს იქიდან, რომ მსოფლიო ისე სწრაფად ვითარდება, წარმოუდგენელია ადამიანის ყოველდღიური ცხოვრება და არსებობა დაზღვევის გარეშე, მაგალითად, ამერიკის შეერთებულ შტატებში დამკვიდრებულია შეხედულება, რომ ვერ იარსებებ, თუ არ ხარ დაზღვეული, შესაბამისად, მსოფლიოში ყოველდღიურად ვითარება სააზღვევო სფერო, საიდანაც გამონაკლისი არც საქართველო უნდა იყოს.

როგორც აღინიშნა, კეთილსინდისიერება სამოქალაქო სამართლის პრინციპია, რომელიც ბუნებრივია ვრცელდება სადაზღვევო სამართალშიც, ამიტომაც, ვფიქრობ, მნიშვნელოვანია ზოგადად განიმარტოს თვითონ კეთილსინდისიერების პრინციპი და მისი არსი. „სამოქალაქო კოდექსის მე-8 მუხლის მესამე ნაწილის შესაბამისად, სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილენი ვალდებულნი არიან კეთილსინდისიერად განახორციელონ თავიანთი უფლებები და მოვალეობები“.⁴ ზემოხსენებული ნორმა ავსებს ამავე კოდექსის 361-ე მუხლის ნაწილს, რომლის თანახმად, ვალდებულება უნდა

შესრულდეს ჯეროვნად, კეთილსინდისიერად, დათქმულ დროსა და ადგილას,⁵ აღნიშნული კი, ფაქტობრივად, მოიცავს მთელ კერძო სამართალს.

კეთილსინდისიერების პრინციპი თანამედროვე განვითარებული ქვეყნების კანონმდებლობასა და დოქტრინაში დიდწილად დაკავშირებულია მორალურ სტანდარტებთან. კეთილსინდისიერება ნიშნავს გულწრფელობას, სამართლიანობას, ვალდებულებების მიმართ პატიოსან დამოკიდებულებას,⁶ შეიძლება ითქვას, რომ კეთილსინდისიერება, პირველ რიგში, წესიერებას ნიშნავს, რომლის დარღვევაც იწვევს პასუხისმგებლობას.⁷

კონტინენტური ევროპის სამართალში კეთილსინდისიერების პრინციპი მხარეებს მოუწოდებს, რომ ურთიერთვალდებულებები შეასრულონ კეთილსინდისიერად, ურთიერთნდობისა და რწმენის საფუძველზე, ისევე, როგორც სიკეთისა და ბოროტების კატეგორიების მეშვეობით შეიძლება შეფასდეს ადამიანის ქცევა, ასევე, პიროვნების მორალური თვისებები და ადამიანთა შორის არსებული ურთიერთობები.⁸

4 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, სამოქალაქო საქმეთა პალატა, საქმე №ას-1338-1376-2014, 29 ივნისი, 2015 წელი.

5 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, თბილისი, 1997 (01.11.2022 წლის მდგომარეობით).

6 საქართველოს უზენაესი სასამართლო, სამოქალაქო საქმეთა პალატა, საქმე №ას-1338-1376-2014, 29 ივნისი, 2015 წელი.

7 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 29 ივნისის გადაწყვეტილება №ას-1338-1338-2014.

8 ხუნაშვილი ნ. სადისერტაციო ნაშრომი „კეთილ-

კეთილსინდისიერების პრინციპის გეგავლენა დაზღვევის ხელშეკრულებაში

ქართულ სახელშეკრულებო სამართალში კეთილსინდისიერების პრინციპი სრულყოფილად გამოკვლეული არ არის და ძალიან მცირე დოზით თუ მოიძებნება სახელშეკრულებო სამართლის იმ ნორმების განმარტების მაგალითები, რომლებშიც დადგენილია კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვის ვალდებულება, ძირითადად, მისი არსი განბნეულია მთლიანად სამოქალაქო კოდექსის სხვადასხვა ნორმებში, მათ შორის, დაზღვევის ხელშეკრულების თავშიც. ამდენად, მხოლოდ ერთობლივი და კომპლექსური შესწავლით არის შესაძლებელი კეთილსინდისიერების პრინციპის განსაზღვრა სადაზღვევო ურთიერთობებში, რაც კიდევ უფრო მეტად აქტუალურს ხდის საკვლევ თემას, რომელშიც, ასევე, ძალიან მნიშვნელოვანია უცხოური დოქტრინის და სასამართლო პრაქტიკის გამოყენება მისი არსის და მნიშვნელობის სწორი განსაზღვრისათვის.

სადაზღვევო სამართალში კეთილსინდისიერების პრინციპი, რა თქმა უნდა, გულისხმობს, რომ ხელშეკრულების მონაწილეები, როგორც დამზღვევი, ისევე მზღვეველი, (სადაზღვევო კომპანია) ვალდებული არიან მათზე დაზღვევის ხელშეკრულებით დაკისრებული მოვალეობები განახორციელონ კეთილსინდისიერად, სამართლიანად, პატიოსნად ისე, როგორც მათ ამის მოლოდინი შეიძლება ჰქონდეთ ერთმანეთის მიმართ.

როგორც ცნობილია, დაზღვევის ხელშეკრულების ძირითად განმასხვავებელ ნიშანს წარმოადგენს uberrimae fedei-ის პრინციპი,⁹ რაც ნიშნავს მხარეთა უზენაესი ნდობის პრინციპს (utmost good faith). სწორედ აღნიშ-

ნული გამოხატავს თავად დაზღვევის ხელშეკრულების არსს, რომელშიც მნიშვნელოვანია რისკის ელემენტის არსებობა, რაც, თავის მხრივ, გამომდინარეობს იმ გარემოებიდან, რომ პრინციპულად შეუძლებელია იმის წინასწარ განსაზღვრა, მოხდება თუ არა სადაზღვევო რისკის „რეალიზაცია“, ე.ი. სადაზღვევო შემთხვევა, აქედან გამომდინარე მხარეები ვალდებული არიან კეთილსინდისიერად აცნობონ ერთმანეთს ყველა ის მათთვის ცნობილი და არსებითი ფაქტი, რამაც შეიძლება გავლენა მოახდინოს ხელშეკრულების პირობებზე, ან საერთოდ მის დადებაზე.¹⁰

დაზღვევის ხელშეკრულებაში კეთილსინდისიერების პრინციპის მიმოხილვისას მნიშვნელოვანია ვისაუბრო დაზღვევის ხელშეკრულების ძალაში შესვლის მომენტის სწორად განსაზღვრასთან დაკავშირებით, რადგანაც სწორედ ამ მომენტთან არის დაკავშირებული სადაზღვევო კომპანიის მოვალეობის წარმოშობა – დამზღვევის წინაშე გასცეს სადაზღვევო საზღაური.¹¹ ხოლო ვინაიდან საკითხი ეხება სადაზღვევო საზღაურის გაცემას, ბუნებრივია, განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს სწორედ კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვა, მით უფრო, რომ ზემოხსენებული საკითხს ქართული კანონმდებლობა საკმაოდ არასრულყოფილად აწესრიგებს.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 806-ე მუხლის თანახმად: დაზღვევა იწყება ხელშეკრულების დადების დღის ოცდაოთხ საათზე და მთავრდება ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვადის ბოლო დღის ოცდაოთხ საათზე.¹² ხოლო ამავე კოდექსის 816 მუხლის თანახმად კი პირველი ან ერთჯერადი სადაზღვევის შესატანის დროულად გადახდამდე მზღვეველი თავისუფალია თავისი მოვალეობისაგან, როგორც ვხედავთ, ზემოხსენებული ორი მუხლი გარკვეულ წი-

სინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში“, უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბილისი 2014 წ.; გვ.12.

9 სოზიაშვილი ნ. სიცოცხლის დაზღვევის სოციალური და სამართლებრივი ასპექტები, სამეცნიერო ჟურნალი, დავით აღმაშენებლის სახელობის საქართველოს ეროვნული თავდაცვის აკადემია, 2022 წ. გვ.77

10 იქვე, გვ. 106.

11 სოზიაშვილი ნ. თემატური სემინარი, შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი, სოციალური და სამართლებრივი ასპექტები სადაზღვევო სამართალში თბილისი, 2020.

12 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 1997 (01-06-2021 წლის მდგომარეობით).

ნააღმდეგობაშია ერთმანეთთან, რამაც შესაძლოა გარკვეული სირთულეები გამოიწვიოს პრაქტიკაში, მაგალითად: როდესაც პირი აფორმებს დაზღვევის ხელშეკრულებას სადაზღვევო კომპანიასთან და ხელშეკრულებით არ იყო განსაზღვრული პირველადი სადაზღვევო პრემიის გადახდის ზუსტი დრო, დამზღვევი გეგმავდა მის გადახდას რამდენიმე დღის შემდეგ, თუმცა ხელშეკრულების გაფორმებიდან მეორე დღეს დადგა სადაზღვევო შემთხვევა, მართალია დამზღვევს ჰქონდა მოლოდინი, რომ დაზღვევის ხელშეკრულება დადებული იყო და მიიღებდა სადაზღვევო ანაზღაურებას, თუმცა სადაზღვევო კომპანიამ კანონიერად განუცხადა უარი სადაზღვევო საზღაურის ანაზღაურებაზე.

განხილულ მაგალითში, ერთი შეხედვით, თითქოს არ გვაქვს ხელშეკრულების მხარეთა მხრიდან არაკეთილსინდისიერი დამოკიდებულება, თუმცა იმის გათვალისწინებით, რომ დაზღვევის ხელშეკრულება მხარეთა განსაკუთრებულ ურთიერთნდობასა და კეთილსინდისიერებაზეა დამოკიდებული, სადაზღვევო კომპანიას უნდა გაეფრთხილებინა კეთილსინდისიერების ფარგლებში დამზღვევი, ხელშეკრულების გაფორმებისას აღნიშნულის თაობაზე, ვინაიდან დამზღვევი დიდი ალბათობით არ იყო ინფორმირებული აღნიშნულის შესახებ და მას სულ სხვა მოლოდინი ექნებოდა.

თუ შევაჯამებთ ზემოხსენებულს, შეიძლება დავასკვნათ: იმისათვის, რომ დაზღვევის ხელშეკრულება იყოს დადებული და ძალაში შესული, აუცილებელია სსკ-ის 806, 816-ემუხლების ერთობლივი, კუმულაციური არსებობა, ასევე, კარგი იქნება, თუ ერთ მუხლში მოხდება ამ ორი ნორმის გაერთიანება და თანაც, დაემატება ჩანაწერი იმის შესახებ, თუ რა ვადაშია ვალდებული დამზღვევი, გადაიხადოს პირველადი სადაზღვევო შესატანი, ე.წ. პრემია (კარგი იქნება თუ ეს იმავე, ხელშეკრულების დადების დღეს განისაზღვრება), იმისათვის, რომ მაქსიმალურად იქნეს თავიდან აცილებული მხარეთა შორის გართულებული სახელშეკრულებო ურთიერთობა და საბოლოოდ სასამართლო დავებიც.

ამ მხრივ განსხვავებული ვითარებაა გერ-

მანულ სამართალში, რომელიც ერთმანეთისაგან განასხვავებს დაზღვევის დაწყების სამ ეტაპს: „**დაზღვევის ფორმალური დასაწყისი**“, რომელიც ემთხვევა მხარეთ მიერ ხელშეკრულების დადებას, როდესაც დაზღვევა დაწყებულად ითვლება, როცა მხარეები მის ყველა არსებით პირობაზე შეთანხმდებიან¹³, „**დაზღვევის ტექნიკური დასაწყისი**“, რომლითაც ხელშეკრულება დადებულად მიიჩნევა ფორმულარში ან პოლისში მითითებული თარიღიდან და ასევე „**დაზღვევის მატერიალური დასაწყისი**“, რომლის მიხედვითაც ხელშეკრულება დადებულად ითვლება დამზღვევის მიერ სადაზღვევო პრემიის გადახდის მომენტიდან.¹⁴

სადაზღვევო ღირებულება

სადაზღვევო ურთიერთობებში კეთილსინდისიერების პრინციპზე მსჯელობისას მიზანშეწონილია, განვიხილოთ ისეთი საკითხი, როგორიც არის სადაზღვევო ღირებულება, რადგან სადაზღვევო ღირებულების შეფასებისას იკვეთება კეთილსინდისიერების პრინციპი განსაკუთრებულ დატვირთვას სადაზღვევო სამართალში.

სადაზღვევო ღირებულება წარმოადგენს ფულად თანხას, რომლის ფარგლებშიც დაზღვეულია პირის სიცოცხლე ან ჯანმრთელობა, ხოლო მისი დადგენა ხდება მხარეთა შეთანხმებით დასაზღვევი რისკის გათვალისწინებით¹⁵, სადაზღვევო შეფასება (ღირებულება) ფულადი ფორმით გამოხატული დაზღვევის ობიექტის შეფასებაა.¹⁶ საი-

13 <<http://heconomic.wordpress.com/2010/07/12/ten-giz-verulava-13/>> [ბოლო წვდომა 08.15.2022].

14 <<http://elawjournal.wordpress.com/2012/02/05/დაზღვევის-ინსტიტუტის-წა/>> [ბოლო წვდომა – 15.08.2022].

15 სოზიაშვილი ნ. სიცოცხლის დაზღვევის სოციალური და სამართლებრივი ასპექტები, სამეცნიერო ჟურნალი, დავით აღმაშენებლის სახელობის საქართველოს ეროვნული თავდაცვის აკადემია, 2022 წ. გვ.77.

16 ძაგნიძე დ. სადაზღვევო პრემიის მნიშვნელობა საზღავო დაზღვევის ხელშეკრულებაში, თბილისი, ჟურნალი „ადამიანი და კონსტიტუცია“, N3, 2003, გვ.71.

ნტერესთა, რომ თუ „ქონების დაზღვევისას სადაზღვევო თანხა არ შეიძლება აღემატებოდეს დაზღვეული ობიექტის სადაზღვევო შეფასებას, აღნიშნულისგან განსხვავებით სიცოცხლის დაზღვევის დროს სადაზღვევო თანხის ფარგლები შეუზღუდავია და განისაზღვრება მხოლოდ ხელშეკრულების მონაწილეთა შეფასებით, თუმცა ეს ბუნებრივიც არის, რადგან ადამიანის სიცოცხლე უფასებელი ღირებულებაა“¹⁷ თუმცა, თავის მხრივ, ამ თავისუფლებას, რაც გვაქვს პირად დაზღვევაში სადაზღვევო ღირებულების განსაზღვრისას, გააჩნია გარკვეული სარისკო ელემენტიც, მაგალითად; სიცოცხლის დაზღვევის შემთხვევაში, როცა ხდება მაღალი სადაზღვევო თანხის ფარგლებში დაზღვევა, ბუნებრივია, იზრდება საფრთხე სადაზღვევო შემთხვევის ხელოვნურად (არაკეთილსინდისიერად) გამონვევის, რაც, პირველ რიგში, საფრთხის წინაშე აყენებს დაზღვეულს და მის სიცოცხლეს. ასეთ შემთხვევაში, რა თქმა უნდა, გვაქვს დანაშაულის შემადგენლობა, რაც ისჯება კიდევ კანონით, მაგრამ იმისათვის, რომ მაქსიმალურად იქნეს დაცული ასეთი შემთხვევებისგან დაზღვეულის სიცოცხლე და ჯანმრთელობა, ვფიქრობ, აუცილებელია კანონმდებლის მხრიდან კიდევ უფრო მკაცრად განისაზღვროს სადაზღვევო ღირებულების ფარგლები და ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში დაზღვევის ხელშეკრულების გაფორმებამდე მოხდეს დასაზღვევი ობიექტის დეტალური შესწავლა, გამოკვლევა და ინდივიდუალური მიდგომა თითოეული დასაზღვევი ობიექტის მიმართ, თუნდაც ისე, როგორც ეს ამერიკის შეერთებულ შტატებშია მიღებული. მაგალითად, იმ შემთხვევაში, თუ პირი დღეში რამდენიმე ლერს ან ნახევარ შეკვრა სიგარეტს ეწევა, ის მწველად ითვლება და შესაძლოა სიცოცხლის დაზღვევის ხელშეკრულება საერთოდ ვერ გააფორმოს კომპანიასთან,¹⁸ ან მიიღოს, მაგრამ სხვა სადაზღვევო თანხის ფარგლებში

17 სოზიაშვილი ნ. სიცოცხლის დაზღვევის სოციალური და სამართლებრივი ასპექტები, სამეცნიერო ჟურნალი, დავით აღმაშენებლის სახელობის საქართველოს ეროვნული თავდაცვის აკადემია, 2022 წ. გვ.78.

18 იქვე. გვ.79.

(გაცილებით უფრო ძვირად ან უფრო ნაკლებ თანხაში ვიდრე არამწველის შემთხვევაში).¹⁹ გარდა ამ თავისებურებისა, ამერიკის შეერთებული შტატების სადაზღვევო კომპანიები „სიცოცხლის დაზღვევის ხელშეკრულების დადებამდე თანამშრომლობენ სპეციალურ სამედიცინო დაწესებულებებთან, რომლებიც წარმოადგენს ერთგვარ ინფორმაციულ ცენტრს იმ ადამიანებთან დაკავშირებით, რომლებმაც მიმართეს სიცოცხლის დაზღვევისათვის სხვა, რომელიმე თანამონაწილე კომპანიას“.²⁰ მნიშვნელოვან თავისებურებას წარმოადგენს ის ფაქტიც, რომ სადაზღვევო კომპანიას შეუძლია დასაზღვევი პირის შესახებ ინფორმაცია გამოითხოვოს მისი პირადი ექიმისგანაც, დაზღვევის ხელშეკრულების დადებამდე,²¹ რაც დამატებითი დაცვაა როგორც მზღვეველის, ისე დაზღვეულის დავიქრობ, სწორედ ასეთი დეტალური და სიღრმისეული მიდგომა აყენებს ამ ქვეყანაში დაზღვევას ასეთ მაღალ სტანდარტზე, რომლის ჩვენს ქვეყანაში გარკვეულ დონემდე გადმოლება და კანონმდებლობაში ინტეგრირება კარგი იქნებოდა

სადაზღვევო რისკი

სადაზღვევო ურთიერთობის წარმოშობის ერთ-ერთი ძირითადი საფუძველი სწორედ სადაზღვევო რისკია. მასში იგულისხმება ხელშეკრულებაში აღნიშნული გარემოება, რომლის მოქმედებამ შეიძლება გამოიწვიოს დამზღვევის ქონებრივი ინტერესის დაკარგვა ან შემცირება.²² ეს მოვლენები უპირველეს ყოვლისა იმით ხასიათდება, რომ ხელშეკრულების მხარეებს შეუძლიათ ივარაუდონ მხოლოდ და მხოლოდ მისი დადგომის შე-

19 იქვე. გვ.79.

20 სოზიაშვილი ნ. სიცოცხლის დაზღვევის სოციალური და სამართლებრივი ასპექტები, სამეცნიერო ჟურნალი, დავით აღმაშენებლის სახელობის საქართველოს ეროვნული თავდაცვის აკადემია, 2022 წ. გვ.79.

21 <<http://www.usa.gov/Citizen/Topics/Health/HealthInsurance.shtm>> [ბოლო წვდომა 23.05.2023].

22 სოზიაშვილი ნ. მთლიანობის პრინციპის ეფექტი სადაზღვევო ხელშეკრულებაში, ნაშრომი, თბილისი, 2023 წ.

საძლებლობა, ალბათობა და არა გარდაუვალობა. სადაზღვევო რისკების შეფასებასთან დაკავშირებით სადაზღვევო კომპანიებს, როგორც წესი, შემუშავებული აქვთ კონკრეტული სახის დაზღვევისათვის წერილობითი კითხვარები საფრთხის გარემოებების შესახებ. ამ კითხვარზე ზუსტი პასუხის გაცემა დამზღვევის მოვალეობაა. აღნიშნულთან დაკავშირებით სსკ-ის 810-ე მუხლი განმარტავს შემდეგს; „თუ დამზღვევს საფრთხის გახეობების შესახებწეხილობით კითხვებზე უნდა გაეცა პასუხი, მაშინ მზღვევედს უფლება აქვს მოშადოს ხედშეკხუდება იმ გახეობებათა შეუცყობინებდობის გამო, ხომედთა თაობაზედაც, თუმცა კითხვა ახ დასმუდა, მაგხამ დამზღვევი განზხახ დუმდა“.²³ ეს ნიშნავს, რომ დამზღვევი მოვალეა სადაზღვევო კომპანიას კეთილსინდისიერად აცნობოს იმ საფრთხის თაობაზეც, რომელთან დაკავშირებითაც შეკითხვა დამზღვევისათვის არავის დაუსვამს, მაგრამ მან იცოდა კონკრეტული საფრთხის შესახებ და განზრახ არაკეთილსინდისიერად დამალა ასეთი ფაქტი.

ზემოხსენებული მუხლი, რა თქმა უნდა, კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვას ემსახურება სადაზღვევო ურთიერთობებში, რომლის დარღვევაც მთლიანად საფუძველს აცლის და საფრთხის წინაშე აყენებს სადაზღვევო სისტემის არსებობას, რადგანაც დაზღვევის მთავარი არსი, როგორც უკვე ითქვა, იმაში მდგომარეობს, რომ მხარეებს სადაზღვევო შემთხვევის დადგომის მხოლოდ ალბათობა/ვარაუდი, შეიძლება ჰქონდეთ. სწორედ აღნიშნული ვარაუდი წარმოადგენს დაზღვევის ხელშეკრულების მთავარ განმასხვავებელ ნიშანს სხვა სახის ხელშეკრულებებისაგან და, ბუნებრივია, თუკი არ იქნება დაცული მხარეთა მხრიდან კეთილსინდისიერების პრინციპი სადაზღვევო რისკის გამოთვლისას, დაზღვევის ხელშეკრულებაც არ გვექნება.

დასკვნა

კვლევის შედეგად გამოიკვეთა კეთილსინდისიერების პრინციპის განსაკუთრებული მნიშვნელობა და ზეგავლენა დაზღვევის ხელშეკრულებაში. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული პრინციპი საკანონმდებლო ნორმებით არ არის განმარტებული, მას ისეთი მნიშვნელობა ენიჭება სადაზღვევო ურთიერთობებში, რომ შეიძლება ითქვას, დაზღვევის ხელშეკრულების წარმოშობის ძირითად და მთავარ საფუძველს წარმოადგენს.

ნაშრომზე მუშაობისას გამოყენებულია შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი, საზღვარგარეთის ქვეყნების მაგალითზე დაყრდნობით, განსაკუთრებით კი ამერიკის შეერთებული შტატებთან მიმართებაში. რის შედეგადაც გამოიკვეთა, რომ მიზანშეწონილია, სადაზღვევო ურთიერთობების მარეგულირებელ სამართლებრივ ნორმებში მოხდეს კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვის მოთხოვნის შეტანა, ასევე, მნიშვნელოვანია დაზღვევის ხელშეკრულების მხარეებს დაევალოთ, რომ ერთმანეთის მიმართ იმოქმედონ კეთილსინდისიერად.

განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, ყურადღება გამახვილდეს კეთილსინდისიერების დაცვაზე, სადაზღვევო რისკის და სადაზღვევო ღირებულების გამოთვლისას ამ შემთხვევაშიც კარგი იქნება, თუ კანონმდებელი გაითვალისწინებს ამერიკის შეერთებულ შტატებში მოქმედ პრაქტიკას და დანერგავს მას ქართულ კანონმდებლობაშიც, თუმცა არა ზუსტად ისე, როგორც ეს ზემოხსენებულ ქვეყანაშია, არამედ საქართველოს მოსახლეობისათვის მორგებული დეტალების გათვალისწინებით.

როგორც ცნობილია, კანონმდებლობა, ქვეყნის განვითარებასთან ერთად, განიცდის გარკვეულ ცვლილებებს, რაც ბუნებრივი პროცესია, თუმცა მიმაჩნია, რომ სადაზღვევო სამართალი ამ მხრივ ოდნავ ჩამორჩება სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებულ სხვა ხელშეკრულებებს, რადგანაც სადაზღვევო სფერო, როგორც უკვე აღინიშნა, ყოველდღიურად სულ უფრო და უფრო ვითარდება და ცხადია, „დაზღვევის შესახებ“

23 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, თბილისი, 1997(01.11.2022 წლის მდგომარეობით).

საქართველოს კანონი და სამოქალაქო კოდექსი ველარ პასუხობს თანამედროვე საბაზრო მოთხოვნებს სადაზღვევო სფეროში, რაც საბოლოოდ გართულებულ სადაზღვევო ურთიერთობებს იწვევს, ამიტომაც მნიშვნელოვანია სადაზღვევო კანონმდებლობის ე.წ. „მოდერნიზაცია“ და ქვეყნის განვითარებისათვის ფეხის აწყობა. მაგალითისთვის კი მინდა მოვიყვანო ზემოთ განხილული დაზღვევის ხელშეკრულების ძალაში შეს-

ვლის მომენტის სწორად განსაზღვრა და ამ მიზნით, როგორც უკვე აღინიშნა 801-816-ე მუხლების გაერთიანება ერთ ნორმად, ასევე პირველადი სადაზღვევო შესატანის (პრემიის) გადახდის დროის დაკონკრეტება.

ყოველივე ზემოთაღნიშნულიდან გამომდინარე მიმაჩნია, რომ აღნიშნული დარგი აუცილებლად მოითხოვს კანონმდებლის მხრიდან გადახედვას და დახვეწას.

ბიბლიოგრაფია:

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მეოთხე, ტომი II თბილისი, 2001წ; (ინტერნეტი) ხელმისაწვდომია: <<https://library.iliauni.edu.ge/wp-content/uploads/2021/06/44.-samoqalaqo-kodeqsis-komentari-tsigni-II-sanivtho-qonebrivi-samarthali.pdf>> [ბოლო წვდომა 23.04.2023].
2. ირემაშვილი ქ. სამოქალაქო კოდექსის ონლაინ კომენტარი, gccc.ge, 16.03.2016 (ინტერნეტი) ხელმისაწვდომია: <http://lawlibrary.info/ge/books/giz2019-ge-civil_code_comm_III_book.pdf> [ბოლო წვდომა 23.05.2023].
3. ვაშაკიძე გ. კეთილსინდისიერება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით თუ მოქმედი სამართალი, „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 2007, (ინტერნეტი) ხელმისაწვდომია: <<https://newvision.ge/geo/review-of-georgian-law/georgian-law-review-archive>> [ბოლო წვდომა 23.05.2023].
4. ძაგნიძე დ. სადაზღვევო პრემიის მნიშვნელობა თბილისი, ჟურნალი ადამიანი და კონსტიტუცია N3,2003წ;
5. კაკაშვილი ნ. დაზღვევადი და დაუზღვევადი რისკები, თბილისი, ჟურნალი ბიზნესი და კანონმდებლობა 2009წ.
6. ხუნაშვილი ნ. სადისერტაციო ნაშრომი, თბილისი 2014; (ინტერნეტი) ხელმისაწვდომია: <https://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/nino_xunashvili.pdf> [ბოლო წვდომა 01.06.2023].
7. სოზიაშვილი ნ. კეთილსინდისიერების პრინციპი სადაზღვევო ურთიერთობებში, კვლევითი ნაშრომის დაგეგმვა და დიზაინი, თბილისი, 2021 წ.
8. სოზიაშვილი ნ. სიცოცხლის დაზღვევის სოციალური და სამართლებრივი ასპექტები, სამეცნიერო ჟურნალი, სსიპ დავით აღმაშენებლის სახელობის საქართველოს ეროვნული თავდაცვის აკადემია, გორი 2022 წ. (ინტერნეტი) ხელმისაწვდომია <https://www.researchgate.net/publication/367148715_ssip_-davit_ghmasheneblis_sakhelobis_ssip_-davit_ghmasheneblis_sakhelobis_sakartvelos_erovnuli_tavdatvis_akademia_sakartvelos_erovnuli_tavdatvis_akademia>

[LEPL -DAVID AGHMASHENBELI LEPL -DAVID AGH](#)> [ბოლო წვდომა 10.06.2023].

9. ირემაშვილი ქ. დაზღვევის სამართლებრივი რეგულირების თავისებურებანი, „სამართლის ჟურნალი“, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, N2, 2011; (ინტერნეტი) ხელმისაწვდომია: <<https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/issue/archive>> [ბოლო წვდომა 01.06.2023].
10. ირემაშვილი ქ. სადაზღვევო ინტერესის დოქტრინა და მის მიმართ გამოთქმული კრიტიკის ანალიზი, „სამართლის ჟურნალი“, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, #2, 2013; (ინტერნეტი) ხელმისაწვდომია: <<https://jlaw.tsu.ge/index.php/JLaw/issue/archive>> [ბოლო წვდომა 01.06.2023].
11. Jerry Ruchmond D. undestanding Insurance law. 4th Edition, 2007.

ინტერნეტ რესურსები:

1. <<http://www.insurance.com/life-insurance/life-insurance-basics.aspx>> [ბოლო წვდომა 23.05.2023].
2. <<http://heconomic.wordpress.com/2010/07/12/tengiz-verulava-13>> [ბოლო წვდომა 23.05.2023].
3. <<http://elawjournal.wordpress.com/2012/02/05/დაზღვევის-ინსტიტუტის-წარმოშობა>> [ბოლო წვდომა 23.05.2023].
4. <<http://saqartvelo201206.blogspot.com/2012/06/blog-post.html>> [ბოლო წვდომა 01.06.2023].
5. <<http://www.usa.gov/Citizen/Topics/Health/HealthInsurance.shtml>> [ბოლო წვდომა 01.06.2023].
6. <www.supremecourt.ge> [ბოლო წვდომა 01.06.2023].

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. მიღების თარიღი 26/06/1997. [ინტერნეტი] <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=122>> [ბოლო წვდომა 23.02.2023].
2. საქართველოს კანონი დაზღვევის შესახებ, თბილისი, საქართველოს პარლამენტი1997 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=122>> [ბოლო წვდომა 23.02.2023].

HOUSE ARREST AS AN ALTERNATIVE TO PRISON SENTENCE IN MODERN GEORGIAN LAW (Evolution and Transformation)

Mariam Gelashvili

*Doctoral Candidate of Law, Assistant in the field
of criminal law and penitentiary law, Caucasus
International University, Georgia*

ABSTRACT

This article is about house arrest, one of the types of non-custodial punishment in modern Georgian law, where the legal problems of using this benefit, provided by the law, are discussed, which is based on a deep analysis of practice and research of a number of scientific works.

The importance of the topic was determined by the unfavorable state of the domestic legislation, the existence of a non-homogenous practice on the part of the court in relation to the “revision” of the decisions made by the local councils of the special penitentiary service, the incalculability of statistical data, as well as the great practical importance of the said topic in the process of both law-making and law enforcement, due to the paucity of modern Georgian legal literature regarding this concept.

The aim of this article is to clarify the legal nature and the extent of house arrest, not only on the example of Georgia, but also on the example of some foreign countries, which will make the process of scientific research of the legal problems, of replacing the remaining sentence with house arrest, even more interesting and diverse. In addition, the article also aims to analyze the errors made in the applied practice and to develop scientifically based recommendations to eliminate the gaps in the rules regulating house arrest.

The results of the theoretical/empirical research allow legal analysis to be made on the introduction/establishment of non-custodial punishment, which was previously unfamiliar to our country; to what extent the aforementioned legislative innovation was justified and what can be done for its further refinement/perfection, which is ultimately aimed to prohibit the usage of non-homogenous practice, regarding the use of the mentioned legal mechanism, on the part of both the decision-making body and the court.

Historical, formal-logical, dogmatic, formal-legal, comparative-legal, descriptive and systematic methods were used to study the problem, posed in a separate chapter of the article. Furthermore, the data of legal statistics was used to study and generalize the practice of local councils, as well as the court, and the final part is devoted to the conclusive decrees obtained as a result of the study and scientific processing of the raised issues.

KEYWORDS: House arrest, Evaluation criteria (Evaluative marks), Prison sentence

INTRODUCTION

In modern Georgian law, day by day, special attention is paid to the humanization of both criminal law and penal law legislation, since the strictness of the law did not turn out to be a solution to the situation created in practice. The democratic processes implemented in recent years, as well as the liberalization of the criminal justice policy, have shown the role of non-custodial punishments in their own way. The institution of house arrest can be considered as one of the outstanding expressions of liberalization of non-custodial sentences, not only in the case of crimes committed by adult convicts, but also in relation to minors. This is mainly due to the fact that house arrest is both a real and effective alternative to imprisonment, which is not related to the complete isolation of the convict from society and is the best means of limiting the use of imprisonment, as well as resocialization of the convicts – rehabilitation. With this, as we can see, the state is already using the so-called “post-criminal encouraging” norms, one of which is the legal basis for the appointment and enforcement of house arrest and others.

From the introduction of this type of punishment in Georgia, which on its own doesn't have a long history, a considerable period has passed, some scientific analysis regarding the effective functioning of the given legal institution has changed. Therefore, the discussion of the topic, with its evaluations and recommendations, I think is quite important, especially in the background, when it remains an object of constant public observation again and again.

The topicality of the topic was determined by the unfavorable state of domestic legislation, the existence of a non-uniform practice on the part of the court in relation to the “revision” of the decisions made by the local councils of the special penitentiary service, the lack of statistical data regarding the return to the penitentiary institution of those persons who were released and replaced by the local councils of the special penitentiary service. The unpaid part of the sentence is house arrest, as well as those persons for whom the court determined house arrest as the main punishment, but despite this, they did not fulfill their duties or committed crimes again, as well as the great practical importance of the

named topic, both in terms of law-making and In the process of law enforcement, in addition, the scarcity of modern Georgian legal literature regarding this concept.

The article aims to clarify the legal nature and extent of house arrest, not only on the example of Georgia, but also on the example of some foreign countries, which will make the process of scientific research of the legal problems of replacing the remaining sentence with house arrest even more interesting and diverse. To develop scientifically based recommendations to eliminate the gaps in regulatory norms. The hypothesis of the research topic is to determine how effective the form of punishment is and what causes the legal problems of its use.

To achieve the goal of the research, it is formulated task: to study the opinions of scientists and to achieve the goal of the research by answering questions about problematic topics, at the same time, to examine the experience of foreign countries and make recommendations in terms of adjusting/improving the current legislation.

The subject of the research is the opinions in the legal, sociological and philosophical literature regarding the issue of the appointment of house arrest, as well as the relevant positions on the identification of the causes of the problems arising during its use, the types and forms of their manifestation, and the object of the research is the legal problems identified during the use of house arrest. When talking about the scientific novelty of the topic, the following should be emphasized:

- This article is the first attempt at a complex study of the research topic and represents the first monographic study;
- The article will formulate a position on the following issue: whether the local council should be limited to give priority to only one main criterion when making a decision on replacing the unpaid part of the sentence with a lighter one;
- From the point of view of law enforcement and rule-making, the article will substantiate the position of how reasonable it is

to regulate the standard of justification of the decision on the change of the regime of execution of house arrest by a by-law;

- The article will analyze the point of view as to how appropriate it is to add an assessment mark to the criteria established by Article 13 of the rule approved by the order of the Minister of Justice of Georgia on August 7, 2018, N320 – failure to make a summary decision on another criminal case;
- The article will evaluate the legal problems of criminal procedure, for example, when appointing the mechanism of release, the court takes into account the issue of achieving the goals of punishment, how far it is possible to fulfill the assigned duties – in the part of the protection of the defined regime;
- It will be discussed what can be considered special circumstances;
- Section 8 of Article 43 of the Prison Code will be explained in terms of consideration of petitions, etc. Sh.

THE ESSENCE AND MEANING OF HOUSE ARREST

At the initial stage of the complex reduction of house arrest, it is important to investigate what this type of punishment is and how it is explained both in Georgian legal dogmatics and in the applicable legislative norms.

To discuss the essence of house arrest in the Georgian legal framework, we should refer to both the Criminal Law Code and the Juvenile Justice Code and the Order No. 146 of December 28, 2017, of the Minister of Corrections and Probation of Georgia “On Approving the Rules for the Execution of House Arrest”, since the mentioned legal acts explain its nature. According to Article 47¹ of the Criminal Code, house arrest means imposing the obligation on the convicted person to

1 Criminal Law of Georgia Article 47¹ of the Criminal Code. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>> [Last seen 19.07.2023].

stay at his place of residence for a certain period of time. Article 69 of the Juvenile Justice Code, similar to Article 47¹ of the Criminal Code, establishes the appropriate definition of house arrest, the effect of which in this case applies to minors, which does not mean that a minor under house arrest must be placed at home for 24 hours. Based on this, we can conclude that Article 69 of the Code of Juvenile Justice and the Criminal Code have a unified definition of house arrest. Regarding the penitentiary system, the first part of Article 4 of the rule approved by the Order No. 146 of the Minister of Penitentiary and Probation of Georgia on December 28, 2017, defines the regime of execution of house arrest in the same way as Article 47¹ of the Criminal Code, house arrest. This minister's order confuses the essence of house arrest and the mode of execution as if there is not even an iota of difference between them. I think that the first part of Article 4 of the rule approved by the Order No. 146 of December 28, 2017, of the Minister of Penitentiary and Probation of Georgia should be formulated so as not to confuse the concepts of these two concepts. It should be emphasized that the majority of the mentioned articles are devoted to the conditions necessary for the use of house arrest, and the feeling remains that part of the definition is not spelled out precisely. I believe that house arrest should be interpreted as a form of non-custodial punishment, which implies the obligation to stay continuously at the place of residence of the convicted person/minor during the corresponding period of the day and night established by the legal act, which is carried out with the use of electronic supervision or without the use of electronic supervision in the event that technically it is impossible to execute the sentence using the means of electronic supervision. Perhaps, the given definition is not perfect, but the only attempt is to present the nature of house arrest in a complex way, which will help those interested in the given topic to further refine the concept of this punishment.

In the Georgian legal literature, the only opinion regarding the essence of house arrest is found in the thesis of Professor Venedi Benidze, who

believes that house arrest is a restriction of freedom for a specified period, by prohibiting leaving the house and imposing other restrictions established by law (prohibition of telephone conversations, receiving and sending correspondence, imposing police supervision and etc.) which is applied to the accused and the sentence by order of the judge, for the purpose of their temporary isolation from society.² I think, in this case, the above-mentioned definition is more suitable for such a definition of house arrest, which represents it only as a preventive measure.

Perhaps, time will pass and in Georgian legal dogmatics, there will be a discussion about how correctly and perfectly the definition of house arrest as a non-custodial punishment is defined in the current legislative acts, and appropriate changes will be made to refine the regulatory legal framework.

Among preventive measures, after imprisonment, house arrest is one of the strictest types due to the form of its commitment, in a way we can even say that it is related to imprisonment by its nature, although it is actually used as an alternative to imprisonment, which facilitates its execution without isolation from society, in addition, from the economic standpoint, it is a very favorable way for the state, because the state does not have to pay the corresponding costs for the provision of convicts in penitentiary institutions. It is even cheaper for the state to enforce this particular type of punishment. Also, we should not ignore the situation of violators of the rule of house arrest, in which case it may happen that a person's house arrest may be replaced by another legal measure based on the judge's decision, which includes stricter measures, such as imprisonment as a measure of punishment. Therefore, the execution of house arrest is adjusted to the interests of the convict, the state and the law, on the one hand, to promote the resocialization – rehabilitation of the person, and on the other hand, to prevent new illegal and guilty actions, which is ultimately aimed at protecting the legal

2 Benidze V., (2003), "Peculiarities of using arrest and house arrest as preventive measures" (diss.,) Tbilisi State University, Tbilisi, p. 118.

rights and freedoms of citizens. Based on this, we can conclude that the use of house arrest is very important and it is a very effective form of punishment.

TYPES OF HOUSE ARREST AND ITS EXECUTION MECHANISM

“There are three types of house arrest. The most severe – the closest to imprisonment – is house arrest, which obliges the offender to remain at home at all times. Allowed exceptions are visiting a medical facility or participating in a religious ceremony. Home detention is less strict – a person can only leave the house to go to work, to an educational institution or to go to the doctor. The most liberal form is curfew, when the prisoner is obliged to stay at home for certain hours, which is determined by the court’s decision. It mainly concerns the night hours”. “House arrest can be accompanied by electronic control”.³ According to the same rules, house arrest cannot be used incorrectly and inappropriately. There must be a reason for using such an alternative and the personality of the offender must be taken into account.⁴

As already mentioned, house arrest is carried out with the use of electronic supervision or without the use of electronic supervision in the event that it is technically impossible to execute the sentence with the use of electronic supervision.

In the homeland of Electronic Monitored Home Confinement, in the United States of America, three different types of home confinement are used:

- Curfew – obliges a person to stay away from home at night and on weekends. This type of house arrest is a relatively mild form of punishment;
- “Home Detention” is a more severe form of punishment compared to the first type of house arrest, which obliges the person

to stay at home all the time and gives the right to leave the place of residence only for specified purposes;

- “Home incarceration” is the strictest form of house arrest, which implies the absolute prohibition of leaving the house and receiving visitors.⁵

The legislation in force in Georgia does not recognize such a division. Accordingly, the obligations imposed during the execution of house arrest are radically different from the types of obligations existing in the United States of America. Here, the regime of execution of house arrest (hereinafter – the regime) refers to the obligation to stay continuously at the place of residence of the convicted person during the corresponding period of the day and night established by the legal act.⁶

As for the enforcement of house arrest without the use of electronic means of supervision, it is related to personal supervision. The person is checked at this time through irregular telephone conversations or personal visits. In the modern period, house arrest carried out with such irregular personal contact is replaced in most cases by house arrest carried out with electronic supervision.⁷ Taking into account the specifics of the place of execution of house arrest in Georgia, if it is technically impossible to execute the sentence using the means of electronic supervision, supervision is carried out through periodic control visits of the probation officer. This means making at least six unannounced visits to the convicted person at the place of execution of the sentence during the hours of house arrest.⁸

3 Pradel J., (1999), “Comparative criminal law”, “Sani”, Tbilisi, p. 431.

4 <https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/07-80478_ebook.pdf> [Last seen 12.06.2023].

5 Önel., (2012)Verfassungsmäßigkeit und Effektivität der “Elektronischen Fußfessel”, in: Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Institutes der Leibniz Universität Hannover, B. 1, S: 3.

6 The first part of Article 4 of the rule approved by Order No. 146 of December 28, 2017, of the Minister of Penitentiary and Probation of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3957873?publication=0>> [Last seen 16.08.2023].

7 Josine Junger-Tas., (1994), Alternatives to prison sentences, experiences and developments, Copyright 1994 Kugler Publications – Amsterdam / New York, p. 31.

8 Part 3 of Article 3 of the Rule approved by Order No. 146 of December 28, 2017, of the Minister of Peniten-

The many different uses of electronic surveillance around the world can generally be divided into two groups: Frontdoor Systems and Backdoor Systems. The alternative to prison prevents a person from serving a prison sentence entirely. Electronic monitoring is used instead of pre-trial detention or short-term imprisonment. The “Backdoor System” is used for parole after serving a partial prison sentence.⁹

A BRIEF HISTORICAL PERSPECTIVE OF THE ORIGIN AND DEVELOPMENT OF HOUSE ARREST

We find the use of house arrest as a form of punishment in the Middle Ages, naturally, it was a very innovative step in that era, although it should be noted that its subject was a quite successful scientist at that time – Galileo Galilei, therefore its use and relief probably happened rarely and it was not widely used, although the origin of the form of punishment was recorded as the first proven fact in 1632 in Rome, Italy.¹⁰ Galileo’s work was a significant departure from Aristotle’s thinking. His conflict with the Catholic Church is also seen as an important early example of conflict with authority and freedom of thought, especially in the field of science, in Western society, exemplified by the fact that Galileo was forced to confess his “mistakes” in a 1616 decree under the threat of torture. Galileo agreed and was brought to court. On June 21, 1633, he was sentenced to life imprisonment and forced to renounce his ideas. After doing so, the sentence was commuted to house arrest. He was imprisoned from 1633 to 1638 and during this period he was able to publish a few more works

because he could receive visits from some of his colleagues.¹¹

The mass use of house arrest in the last decades of the 20th century was connected to the development of technology and, accordingly, the possibility of electronic surveillance. Experiments on electronic human surveillance have been taking place since 1964 at Harvard University. The first sentence of electronically controlled house arrest was also handed down in the United States in 1983, when Jack Love, a judge in the Albuquerque, New Mexico City Court, convinced a computer technology dealer to develop a system for five convicts to be electronically monitored. Initially, the system was only used in the home, as it required fixed telephone lines. Later, in the 1990s, mobile devices and Internet connectivity made it possible for surveillance to be carried out not only at home, but anywhere the convict moved.¹² After that, the said punishment spread so quickly that by 1988 there were 2,300 convicts under house arrest across 32 American states,¹³ and ten years later, by January 1998, there were already 95,000 electronically controlled house prisoners in the states.¹⁴ In other countries, namely Canada, Great Britain, Australia, New Zealand, Singapore, South Africa, Sweden and the Netherlands, the number of convicts sentenced to house arrest each year was relatively unpredictable.¹⁵ As for Europe, this type of punishment, unlike the United States of America, took hold later. Electronically monitored house arrest for minors was introduced in Great Britain in 1989.¹⁶

tiary and Probation of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3957873?publication=0>> [Last seen 16.08.2023]

9 Mchedlishvili-Hedrikhi K., (2017), “House arrest as an alternative to imprisonment in juvenile justice – historical, legal aspects and appointment Peculiarities”, current issues of criminal law, N1, Tbilisi, p. 65.

10 <<http://chnm.gmu.edu/history/faculty/kelly/wciv/science/galileo.htm>> [Last seen 29.07.2023]

11 <<https://ka.warbletoncouncil.org/aportaciones-galileo-galilei-17>> [Last seen 25.07.2023]

12 Kherkheulidze I., (2014) “Probation Institute – Institute for Ensuring the Reintegration of Juvenile Offenders” (Analysis of the Criminal Justice Approach of Georgia and the USA), Mzia Lekveishvili 85, Jubilee Articles Collection, Tbilisi, p. 198.

13 Schmidt A., (1998) Electronic monitoring: What does the literature tell us? Federal Probation, 62(2), P. 10.

14 <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2009/01/youre_grounded.html> [Last seen 18.05.2023]

15 Dodgson K., Mortimer E., (2000) “Home detention curfew – The First Year Of Operation”, Research Findings, P. 110.

16 Mchedlishvili-Hedrikhi K., (2017), “House arrest as an alternative to imprisonment in juvenile justice – his-

No matter how surprising, house arrest was first used in Russia in 1795 against Count Bestuzhev-Ryumin.¹⁷ According to P. I. Lyublinski, this coercive measure was used as early as 1632 in Shein's case against Belosevski himself.¹⁸ House arrest as a form of punishment was also provided for in the 1923 Criminal Law Code of the Soviet Union. In the indicated period and context, house arrest was used for political and criminal offenders, although the place of execution of this punishment was not defined, which made it an instrument of political punishment.¹⁹

Naturally, the international law system has always influenced Georgian law, therefore, it took several decades for Georgian law and the state in general to receive the successful institutions of the American and European model of juvenile justice, including house arrest as a lighter form of punishment in the Georgian legal space. The institution of house arrest in Georgia has been operational since September 1, 2015. This type of punishment was used only for juvenile convicts, in the cases provided for by the Juvenile Justice Code and according to the established procedure. From January 1, 2018, house arrest was implemented in the Criminal Law Code of Georgia, as well as for adults. Despite the fact that the use of this type of punishment does not have a long history, there are still some legal problems both from the point of view of law-making and law enforcement.

Georgian legislation offers different terms of house arrest for adult convicts and minors, in the case of an adult, a person without a conviction may be sentenced to house arrest for a period of six months to two years,²⁰ and for a minor, six months to 1 year, as regulated by Article 69, Part

2 of the Code of Juvenile Justice. It is obvious that there is no difference between the lower limit of punishment for both minors and adults, and the upper limit is not identical, and this indicates disproportionality. Lowering the threshold has long been suspected of being disproportionately large.

It is especially important to develop an appropriate legal norm, which will establish that the competent authority for determining the hours of house arrest for a minor can be both the court and the local council when replacing the remaining sentence with a lighter one.

It is also acceptable to take into account the fact that until now there is no such legal record in the current legislation that would regulate the basic rules and conditions for determining the regime of house arrest, which would take into account the individual report of the person and various types of circumstances, which would present the main bases of the decision-making body, which became the main argument for defining a specific time period.

The legal mechanisms in the penitentiary system, by which the unpaid part of the sentence of the convicted person is replaced by a lighter type of punishment – house arrest, should not remain beyond the evaluation. In this case, the local councils of the Special Penitentiary Service represent the reviewing body, the number and territorial distribution of which is determined by Order No. 320 of the Minister of Justice of Georgia.²¹ The local councils are guided by Article 73 of the Criminal Code of Georgia, Articles 40, 41 and 43 of the Prison Code, as well as “The local councils of the special penitentiary service, a state sub-departmental institution included in the system of the Ministry of Justice of Georgia On approval of the procedure for consideration and decision-making of the issue of early release” according to the procedure approved by the order No. 320 of the Minister of Justice of Georgia dated August 7, 2018. Of these acts, the Criminal Law Code of Georgia and the Prison Code regulate

toretical legal aspects and the peculiarity of the appointment”, current issues of criminal law N1, Tbilisi, p. 64.

17 Makalinskiy P.V., (1907), “Practical guide for judicial investigators, Изд-во б-е, СПб, с: 425.

18 Lublinsky P.Y, (1906) “Freedom of personality in criminal proceedings”, СПб, с: 228.

19 Ibragimov T., (2017), “HISTORY OF THE DEVELOPMENT OF HOUSE ARREST AS A PREVENTIVE MEASURE IN RUSSIA”, Novosibirsk, с: 57.

20 Part 2 of Article 47 of the Criminal Code of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>> [Last seen 12.07.2023]

21 Order No. 320 of the Minister of Justice of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>> [Last seen 01.08.2023]

the specifics of replacing the unpaid part of the sentence with a lighter one only in general, the important details of the matter, such as the evaluation criteria and the measure of justification, are determined by the above-mentioned order.

When familiarizing with the order, it is logical that the question arises as to how perfect the defined evaluation marks are or whether some criterion needs to be added, which will further strengthen the justification of the local council's decision. In this case, I consider it expedient to write as the 6th criterion such an evaluation mark as failure to make a summary decision in another criminal case. Here, the mentioned criterion can be a kind of help to the local councils, when the negative context is created only by the nature of the crime, and this will further strengthen the argumentation of making a negative decision, especially when the already convicted person has appealed the decision of the council in court and there is a dispute regarding the invalidity of the act, which is often the case. A case when the justice enforcement body fully satisfies the claimant's claim and after the release the person returns to the penitentiary either because of a guilty verdict or because he committed a new crime. Here, someone might have the idea that the presumption of innocence is violated in a way, although I cannot agree, from whom a specific decision was taken at a specific stage of the review, and in the resolution part, a corresponding reference is made by the decision-making body, that for that stage, it is meant the stage of consideration of the benefits provided by the law. The criteria of the context are outweighed by the negative, which does not imply that such justification may be present at other times, it may be evaluated positively by the Council in the sense that at a specific stage the goal of the punishment is not achieved and the society outside the institution is not endangered. On the one hand, it is undesirable for this to happen, and if it turns out that the beneficiary placed in the institution is justified, he can already apply to the council for the distribution of the specified benefit, here, in this case, the local council will make an appropriate decision based

on the new circumstances, weighing public and private interests and their confrontation.

"Based on the procedure for consideration and decision-making of the issue of conditional release from serving the sentence by the local councils of the state sub-departmental institution – Special Penitentiary Service, included in the system of the Ministry of Justice of Georgia" according to the order of the Minister of Justice of Georgia dated August 7, 2018 No. 320²² Applied punishment – encouraging facts, which testify to the behavior of the convict in the penitentiary institution, how much he complies with the regime requirements, whether he complies with the rules defined by the institution's statute, etc. Sh. As one of the substantiating circumstances of the decision by the reviewing body, it is recommended to make a relevant legislative change in such a way that it is recorded that it is not necessary for a disciplinary punishment to be valid, since this is a general characteristic of the convicted person's personality and thus it is assessed what kind of relationship he has with the rules of behavior established in the penitentiary institution. In paragraph 21 of the petitions submitted to the local council, there were many times the relevant data on imposing multiple disciplinary penalties and leaving them outside the evaluation of their dynamics will only result in not taking into account the actions of the beneficiary when making a decision, which is incorrect. In such a case, we come again and again to the discussion with the goals of the punishment, that if the convict shows antisocial behavior tendencies again at a certain stage in the penitentiary institution, there is a probability that the same will be revealed in the case of release. Therefore, it is important to evaluate the invalid disciplinary punishment of the convicted person in conjunction with other factors, with the appropriate evaluation marks, after which the council will make the appropriate decision.

Local Council, as an administrative body, is obligated to make a decision based on the dis-

22 Order No. 320 of the Minister of Justice of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>> [Last seen 01.08.2023]

cretionary authority, taking into account public and private interests. “The discretionary authority of an administrative body is seen when, in the case of establishing the conformity of the actual composition of the law and the fact, it has the opportunity to choose the appropriate legal result”,²³ where the interests of each party in a specific case should be evaluated, contrasted with the other interest and checked.²⁴ Here, the question may arise as to how authorized the local council is to rely on only one criterion when considering the issue of replacing the remaining sentence with house arrest. According to Article 2 of the General Administrative Code of Georgia, Section 1, Subsection L,²⁵ the discretionary authority gives the administrative body or official the freedom to choose the most acceptable decision from several decisions in accordance with the law based on the protection of public and private interests. Taking into account the mentioned norm, we can conclude that the local council is not limited to give priority to only one main criterion, for example, the nature of the crime, when deciding on the matter of replacing the unpaid part of the sentence with a lighter one, here the council is authorized to assess how appropriate it is to replace the remaining sentence with house arrest. This should be dictated by the inner conviction of the members of the Council and should be based only on a qualified assessment of the objective and subjective circumstances of the disputed issue. Based on this, only one criterion may become the basis for making a negative or at least a positive decision.

It is important to pay attention to the part of the Public Defender's 2022 report²⁶ that deals with the procedure for conducting oral hearings, whereby the Public Defender recommends

making changes to the Prison Code and defining mandatory criteria for conducting oral hearings by the local council. I think that the legislative initiative to amend the prison code is inappropriate, since it violates the discretionary powers of the council. In addition, all mandatory criteria are expected to be of a general nature, which are taken into account based on unwritten norms, in addition, there are cases when the petition and case materials presented to the Council do not necessarily require additional questions. Accordingly, the writing of mandatory criteria will lead to the consideration of an unreasonably large volume of cases at the oral hearing, which creates the risk of violating the legislative deadline, as well as deprives the party of the opportunity to enjoy timely and quality justice. In addition, it is necessary to take into account the fact that the activities of local council members are unpaid, they are employed in different institutions, if the human resources of the local council apparatus will increase, at the same time, the council members will be fairly compensated, then it is possible to start discussing the process of implementing the given legislative change, although Based on today's data and existing circumstances, it is impossible to implement an appropriate response at this stage.

In today's situation, if we look at the contents of Article 43, Part 8 of the Prison Code,²⁷ it creates some ambiguity in terms of consideration of replacing it with a lighter punishment. In the mentioned norm, it is not explicitly stated that if the convicted person's petition to change the remaining sentence to house arrest was rejected, he has the right to apply to the local council to change the remaining sentence to community service. The discussion on this norm can be taken in two directions: in the first case, we should equip the convict with the right of appeal in the sense that the petition of the beneficiary will be considered for community service despite the fact that 6 months have not passed since the refusal to change the remaining sentence to house

23 Turava P., (2020), “General administrative law”, Tbilisi, p. 100.

24 Tskhadadze k., (2016), “Relevance of constitutional-legal principles for administrative law”, popular scientific journal of administrative law, Tbilisi, p. 10.

25 Article 2 of the General Administrative Code of Georgia, Article 2, Part 1, Subparagraph L. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16270?publication=43>> [Last seen 07.08.2023]

26 Special Report of the Public Defender of Georgia for 2022., (2022), Tbilisi, p.60.

27 Section 8 of Article 43 of the Prison Code of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=39>> [Last seen 07.08.2023]

arrest, and we should cite as an argument the fact that they did not reject the request for commuting to community service, the fact that they did not replace the remaining part with house arrest does not mean that the local council will discuss commuting with community service at the next session. The second reasoning should be developed in such a way as to limit the right to review from the point of view that since both types of punishment are of a lighter type, it is mandatory to pass the term established by the prison code against the background that the norm itself offers a general record in relation to the given topic. If we carefully observe the content of the above-mentioned article, we will understand that the entry in the legal norm – “on the same charge” refers to all types of lighter punishment in general, and not to a specific one, therefore, we can conclude that if the convicted person refused to change to work useful for society, it is mandatory to go out six months after refusal to consider a motion to commute the remaining sentence to house arrest. The same reasoning was developed in the decision of the Administrative Affairs Board of the Tbilisi City Court of April 29, 2022, where the court shares the position of the defendant (local council) and notes that the legislator considers it possible to discuss the motion submitted to replace the unpaid part of the sentence with two different punishments of a lighter type by observing the 6-month period, when submitting the mentioned deadline in an exceptional manner or at the same time.²⁸

Acceptability is also taken into account as to what is meant by the entry specified in Section 8 of Article 43 of the Prison Code – “special circumstance”.²⁹ Not a single legal act, like the Prison Code, contains a list of special circumstances or any kind of definition that would allow the council to consider the convict’s petition to change the remaining sentence to house arrest in violation of the deadline set by the legislation. It is

recommended, from this point of view, to make appropriate changes in the Prison Code and to give an explanation to the “dead record” of the given norm, which will contribute to the development of practice in this direction. As one of the special circumstances, we can consider the case when the justice-executive body obliges the local council to issue a new individual administrative-legal act in connection with the motion to replace the remaining sentence with house arrest. From here on there shouldn’t be the waiting process, as to when the six-month period, established by the legislation, will pass after the refusal of house arrest. I think, that the above discussion will help the person interested in this topic to further develop the process of scientific research and expand the list of special circumstances.

It is also necessary to analyze whether it is possible for the local council at the request of the convict to simultaneously consider the petitions regarding the replacement of the unpaid part of the sentence with both types of light punishment. If we think about it, we will see that the convicted person petitions the council for the application of a specific type of light punishment, and the administrative body makes the decision within the framework of the submitted request. It is significant that the legislator does not limit the author of the petition to submit a request/petition regarding the use of only one type of punishment, which gives the Council the opportunity to discuss and make one or two different decisions if both petitions are submitted at the same time. Based on this, we conclude that it is quite possible to consider the issue of replacing the remaining sentence with community service and house arrest for one convicted person in one session.

That house arrest is an effective and real alternative to imprisonment in Georgia is evidenced by the above-mentioned provisions, as well as the statistical data that confirm the number of decisions taken by local councils to replace the remaining sentence with house arrest, as well as the number of appeals to the specified authority. In particular, during the 12 months of

28 Decision N3/ 3207-21 of April 29, 2022 of the Administrative Affairs Board of Tbilisi City Court .

29 Section 8 of Article 43 of the Prison Code of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=39>> [Last seen 07.08.2023]

2022, 2,580 petitions regarding the replacement of the unpaid part of the sentence with a lighter punishment – house arrest were considered. 270 convicts had the unpaid part of the sentence replaced by house arrest (7 women and 263 men, including 0 – minor men, 0 – minor women). 2310 convicts were not satisfied with the petition to replace the unpaid part of the sentence with house arrest.³⁰ The only thing that emerged during the research process was the fact that until this stage neither the court nor the local councils produce such statistics, which would show the person interested in the issue the number of persons returned to the penitentiary institution in terms of gender and age, indicating the grounds of conviction. Based on this, it is necessary to develop such an accounting rule, which represents the mentioned concepts together, with one standard, in a broken form. The main goal is to assess how effective the form of punishment is and whether its use has harmed public and private interests, even in terms of not achieving the goals of the punishment.

Observing the practice of the local council, the need to issue an order of the Minister of Justice, which determines the procedure for making a decision on the change in the regime of execution of house arrest, was also highlighted. This will simplify the decision-making process for the decision-making body, as well as determine the rationale for the decision. It is necessary to write in the order the guiding standards – criteria for the change in the regime of execution of house arrest, as one evaluation sign we may consider the existence of an agreement signed between the released person and the employer, which states that the specified time objectively prevents the person from performing his work perfectly due to the specifics of the work, also the following criterion may be the person The degree of health condition, which proves the need to make a change in the decision made by the local council, because the beneficiary should be fully provided with the necessary assistance from the medical staff, etc. Sh. As much as possible, the time determined by

the council should help the released person to rehabilitate in the society, however, such cases should not be overlooked, where it is necessary to define a relatively strict regime where both private and public interests should be balanced again and again, this applies to such cases when the court from the side, the local council was instructed to issue a new act on the release of the convict, the factual circumstances contained in the petition creating the necessity to establish the mentioned regime. This especially applies to cases when the position of the local council and the justice enforcement body is radically different from each other, the person meets 4 out of 5 criteria to refuse to change the sentence, while the court takes a completely opposite position in its decision. As we can see, a number of issues have accumulated for this stage, which have not been discussed in the scientific community until now. Most of the above statements are the first attempt at a complex study of the research topic.

COURT PRACTICE MORE LIGHT FACIAL PUNISHMENT – HOUSE ARREST OF USE TO THE ISSUE WITH REGARD TO

In the present chapter, the issue of ordering house arrest will be discussed only based on judicial practice, only a part of the cases where small flaws have been identified has been selected, this does not serve to criticize or reprimand the court, but rather the process of avoiding violations and reducing the number of errors in the future, as the objective truth will be established.

T. Bilis, in one of the judgments, when determining the hours, the Chamber of Criminal Affairs refers to the first part of Article 69 of the Code of Juvenile Justice – according to the first part of Article 69, during the period of house arrest, he shall be obliged to stay at his place of residence from 22:00 to 07:00.³¹ Regarding the regime of house arrest, the court wrote only this in the verdict. Based on what the judge deter-

30 <http://sps.gov.ge/ka/public-information/2/> [Last seen 21.08.2023].

31 Judgment of Tbilisi Court of Appeal of November 27, 2017, case No. 1a/g-27-17.

mined this period of time, to what extent specific factual circumstances were taken into account, which shows the necessity of its determination, nothing similar is clear from the judgment. It is advisable to include some argumentation in the justification part when discussing the use of house arrest.

The obligation to stay at the place of residence and the specified period of time when imposing house arrest as the main punishment is indicated by the judgment of the Criminal Chamber of the Tbilisi Court of Appeal dated January 04, 2020, by which in the judgment of the Mtskheta District Court dated May 05, 2019 P. Regarding B, the part of the punishment was changed. P. B. He was found guilty of committing the crime provided for in Article 19, 177, Part 2, Sub-paragraph “b” of the Criminal Code of Georgia, and the form and measure of punishment was determined to house arrest for 2 (two) years. P. B. He was released from custody in the courtroom. P. B.’s time in prison was included in the term of his sentence – from January 10, 2018 to January 14, 2018 and from May 5, 2019 to January 4, 2020. From the verdict, it is clear that Tbilisi Court of Appeal P. 2 years of house arrest was determined as the form and measure of the punishment for B.³² However, he did not indicate the regime conditions, during which period he should be in the residential area, and there is no established rule regarding the obligation to stay in the residential area. Based on this, we can conclude that the rule defined by the first part of Article 471 of the Criminal Code of Georgia was violated by the court.³³

According to the judgment of the Tbilisi City Court of October 20, 2017, L. J. He was found guilty of committing a crime under the first part of Article 177 of the Criminal Code of Georgia and was sentenced to house arrest for 8 months. L. J. was obliged to stay at the place of residence from 03:00 to 08:00. It is clear from the above judgment that the judge L. J. was ordered to stay at

his residence from 3:00 p.m. to 8:00 a.m.³⁴ I believe that the imposed regime is unreasonable from the point of view that the rehabilitation of a person is completely impossible at the given moment, in this case it is pointless to even discuss the issue of the possibility of receiving an education. In addition, the given circumstance may facilitate committing a new crime.

As for the existing judicial practice regarding the decisions made by the local council, we cannot avoid discussing their non-uniformity. A clear example of this is the decisions of the Administrative Affairs Board of the Tbilisi City Court dated March 4, 2022³⁵ and February 28, 2022,³⁶ which were issued against the same person, based on identical factual circumstances, in one case the judge partially satisfied L. K. In the second case, he did not satisfy the claim, and the part of the justification is so well argued that an objectively thinking person will not even notice the special difference when reading them. L. K. He was convicted many times, in the past he was given the benefit provided by the law, although this was not found to be a positive circumstance that changed his behavior and was again implemented by L. Various types of crimes, including robbery, were committed by K. Accordingly, the justification of the decision of the Tbilisi City Court of March 4, 2022, only on the basis that the appealed act does not contain sufficient justification regarding the reason for the negative decision of the disputed issue by the administrative body is disputed, even in the sense that no reference is made as to what circumstances the review body left outside of the assessment. And why did he satisfy his claim in part, when there are 3 evaluation marks out of 5 guiding standards in his case. The argumentation that this was dictated by the inner conviction of the judge is not sufficient justification in this case. It is expedient, in the presence of similar circumstances, to develop the judicial practice in such a way that

32 Judgment of January 04, 2020 of the Criminal Chamber of the Tbilisi Court of Appeal, case No. 1a/g-04-20.

33 Criminal Code of Georgia. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=253>> [Last seen 21.09.2023].

34 Vardzelashvili I., (2020), “Some issues of sentencing (analysis of judicial practice)”, Tbilisi, p. 28-29.

35 Decision N3/7692-21 of March 4, 2022 of the Administrative Affairs Board of Tbilisi City Court.

36 Decision N/8099-21 of February 28, 2022 of the Administrative Affairs Board of Tbilisi City Court.

some common standard is formed and there is no place for non-uniform decisions to be made.

In the process of the research, there were also cases where completely unsubstantiated decisions were taken from the justice implementing body in relation to the results of the local council, which directly concerns the issue of replacing the remaining sentence of the convicts with house arrest. As an illustration, we present to you the decision of the Administrative Affairs Board of the Tbilisi City Court dated December 14, 2020, by which G.J.'s claim was partially satisfied. While considering the issue of changing G.J.'s remaining sentence to a lighter one – house arrest, the council took into account the convict's attitude towards the institution's administration and other personal characteristics. The fact of encouragement during the serving of the sentence, although the attention was focused on the nature of the crime, there was a combination of crimes, in particular, the threat of harming health was carried out by G.J. In addition, domestic violence in the presence of a minor, which caused physical pain and suffering to the victim. In addition, the fact that G.J. In the past, he was convicted for committing a crime related to property – fraud. Accordingly, the nature of the committed crime, the circumstances and circumstances in which the crime was committed, as well as past convictions had a particularly negative impact on the consideration of the issue of the convicted person by the local council. Accordingly, for that moment, he considered that the negative opinions accompanying the criteria defined by the order of the Minister of Justice 320 could not be nullified and could not be outweighed by other positive context criteria. Against the background of these factual circumstances, Judge G.J. The claim was partially satisfied on the grounds that the wife G.J. He forgives the illegal act committed against him and has no complaints with him.³⁷ In this case, as we can see, the judge rejected the criteria defined by the Council's guideline standard and brought forward the notarized consent of the victim in the case, against the background

that the position of the victim is not at all an evaluation mark established by the mentioned act. There is no understanding of the victim's point of view, although partial satisfaction of the claim on this basis alone is completely unfounded. I think the Council rightly made a negative decision to change the remaining sentence of G.J. to house arrest, it is his positive obligation to take care of creating normal living conditions for minors. on living in a safe environment. The priority of the minor's best interest first of all involves taking care of his safety, health protection, normal physical, moral and mental development, therefore, the judge should take the mentioned circumstances into consideration.

As for the practice in the higher instance, the situation is as follows: the appellate court rarely changes the decisions made by the court of the first instance, in the legal assessment of leaving them unchanged it is mainly noted that the factual circumstances have been correctly assessed by the city court and the legal validity of the decision does not raise doubts. The amendment of decision No. 3/6450-19 of the Tbilisi City Court of November 21, 2018, by which the lawsuit of the convicted person was fully satisfied, is included in the exceptional circle. Based on the factual circumstances of the case, the Tbilisi Court of Appeal partially satisfied the appeal of the local council and ordered the administrative body to re-examine the case based on the investigation of the circumstances essential to the case.³⁸

In the case of the Court of Cassation, the practice of appealing the decision of the Court of Appeal has been introduced in the penitentiary system for several months, at this stage, the majority of the decisions of the Administrative Affairs Chamber of the Supreme Court refer to leaving the cassator's appeal against the decision of the Administrative Affairs Chamber of the Court of Appeals unconsidered, even the Supreme Court's ruling of May 30, 2023, which e. The cassation appeal of E. was left unconsidered by the court of cassation and the ruling was issued using the first article of the Administrative

37 The Board of Administrative Affairs of the Tbilisi City Court of December 14, 2020, Decision N3/4313-20.

38 Tbilisi appeal Decision of the court No. 3 b / 295-19 of September 11, 2019 .

Procedure Code, Articles 60, 396, 399 of the Civil Procedure Code.³⁹

RELATIVE TO HOUSE ARREST – LEGAL DESCRIPTION

This chapter will discuss the peculiarities of using house arrest against the background of legal traditions and experience of foreign countries.

The electronic bracelet was first introduced in the USA in 1983 and immediately attracted the attention of criminologists from other countries. Its purpose was to relieve the overcrowded prisons. After the US, electronic surveillance was introduced from 1998 to 2000 in European countries, Sweden, Great Britain, and the Netherlands and later also in Switzerland, Spain, Portugal, Italy, France, Belgium and Germany either as a codified obligation or punishment or as a pilot project. Electronic wristbands are particularly popular in Sweden, Great Britain, the Netherlands and Belgium. In Southern European countries, they are used relatively less.⁴⁰

of some countries, the name of house arrest is simply changed and it is called house arrest. Slovakia is such a state. According to the Criminal Law Code of Slovakia, a person is liable to stay away from home for up to 1 year. Criminals sentenced to stay away from home are subject to the following conditions:

- The offender is obliged to stay at home for a certain period of time committed by a court decision;
- The offender is obliged to lead a decent life;
- The offender is obliged to submit the required report to the surveillance electronic monitoring, if he has been ordered to do so by a court decision;
- The offender has the right to leave his home only when it is based on urgent reasons for the necessary time.

39 Judgment of the Supreme Court of May 30, 2023 Nbs-283(K-23).

40 Collective of authors, (2016), "Trends of Liberalization of Criminal Law Legislation in Georgia", Tbilisi, p. 700.

Any breach of these terms may result in the revocation of any alternative penalty imposed. If this is the case, the court will change the two days of the unfulfilled curfew to 1 day of imprisonment. The Criminal Procedure Code of Slovakia does not provide for a special norm on electronic surveillance. Supervision of the offender is carried out by probation and mediation officers, perhaps through visits to the offender's home. In the Slovak Republic, a special act is still under discussion – whether electronic monitoring will be used or not. There are many issues that need to be resolved before the bill can be passed. For example, what kind of electronic devices should be used, issues of the dignity of the offender, the scope of privacy of the offender and his family, the ethical aspects of the execution of a sentence of imprisonment, issues of sexual and domestic violence offenders.⁴¹

In the home country of the electronic wristband, the US, as a rule, this device is used against people with a low risk of committing a crime. These are persons who have committed light health damage, light or medium crimes against property, who are characterized by a low risk of recidivism and appear to be part of a solid social background. This punishment is especially often used in the USA and Sweden for drunk drivers who have committed a crime.⁴²

In England, electronic bracelets are mainly used for property, traffic and drug crimes.

Pilot programs for the use of electronic wristbands have been implemented in the Netherlands since 1995. Electronic wristbands are used not only for those who are inevitably facing short-term imprisonment, but also for parole. In the Netherlands, e-mail we also find a combination of bracelet and community service.⁴³

In Spain, convicts are subject to house arrest

41 Tobiasova L., (2007) "Development And Construction of the European Legal System, Alternative Penalties" Bratislava, p. 271.

42 Kubik, (2001) "Strafen und ihre Alternativen im Zeitlichen Wandel", Berlin, S:618.

43 Önel., (2012)Verfassungsmäßigkeit und Effektivität der "Elektronischen Fußfessel", in: Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Institutes der Leibniz Universität Hannover, B. 1, S: 13 .

(house arrest) for a maximum of 12 days. An offender who is sentenced to stay away from home is obliged to serve the sentence imposed on him in his home or in another place, as determined by the court order from the judge. The sentence may be executed in parts, that is, with one or more interruptions. The duration of the sentence remains the same, although it works intermittently, only on Saturdays and Sundays (staying away from home on weekends). Weekend (weekend) curfews are imposed during sentencing and they usually work in the prison closest to where the offender lives. A judge or court may, through sentencing, order indoor detention on other days of the week or in a different location. If the offender has two unauthorized absences (negligence) the superior judge can impose the sentence without any delay (termination). Currently, Spain will see a bill to repeal (weekend curfew) because it is ineffective, as shown by seven years of (unsatisfactory) experience with this type of punishment.⁴⁴

Of the German states, the state of Hesse has the most experience in using electronic wristbands. This party introduced this new means of control since 2000. The Hesse pilot project envisaged the use of an electronic bracelet in the following cases:

1. Imposition of duty in case of a conditional sentence;
2. Instead of revoking the conditional sentence;
3. Behavior control after preventive detention;
4. instead of pre-trial detention and later also;
5. When pardoning the land of Hessian according to the Law on Pardoning;
6. Later, the blood of minors was added to this list.

A special measure of law. "Preliminary release" of minors four months before the execution of the sentence, to adapt to the conditions of freedom.

In all these cases, an electronic bracelet can be used only and only when the use of imprisonment without it would be an urgent necessity. In this

44 Tobiasova L., (2007), Development And Construction of the European Legal System, Alternative Penalties, Bratislava, p. 272.

way, the electronic wristband in Hessen serves two functions. This is either an alternative to mandatory imprisonment, or a means of supervision for those released from preventive detention.⁴⁵

In some countries, part of the cost of electronic monitoring is reimbursed by the convict. In Austria, this amount is 22 euros per day.⁴⁶

The comparative analysis reveals that the existing system in Georgia is radically different from the point of view that house arrest is not divided into forms, as well as the amount of fees imposed in the case of execution of house arrest through electronic supervision is also different, as well as social. Exemption of vulnerable persons from payment of the said tax, during the research process it was not possible to find such a norm that regulates the circle of persons exempted from payment of 22 euros daily in Austria, the fact that the decision-making body for the appointment of house arrest and the manner of its activities, along with its functions, is radically different from our country should be taken into account.

CONCLUSION

As we can see, house arrest is an alternative form of imprisonment and is not alien to Georgian legislation, the court practice and the past period have clearly, with all clarity, presented its positive and negative aspects, which were discussed in the present article with a general legal description.

As a result of the study of practical and scientific materials, I consider it appropriate to formulate several provisions that include an innovative solution to the existing shortcomings in relation to the present topic:

It is appropriate to interpret house arrest as a type of non-custodial punishment, which implies the obligation to stay continuously at the place of residence of the convicted person/mi-

45 Mayer M. (2004), "Modellprojekt elektronische Fußfessel, Freiburg im Breisgau, S:16.

46 Mchedlishvili-Hedrikhi K., (2017) "House arrest as an alternative to imprisonment in juvenile justice – historical, legal aspects and peculiarity of appointment, current issues of criminal law", N1, p.70.

nor during the corresponding period of the day and night established by the legal act. Execution of sentence using means of supervision.

Georgian legislation offers different terms of house arrest for adult convicts and minors, in the case of an adult, a person without a conviction may be sentenced to house arrest for a period of six months to two years, and for a minor, six months to 1 year, as regulated by Article 69, Part 2 of the Code of Juvenile Justice. It is obvious that there is no difference between the lower limit of punishment for both minors and adults, and the upper limit is not identical, and this indicates disproportionality. Lowering the threshold has long been suspected of being disproportionately large.

It is also acceptable to take into account the fact that until now there is no such legal record in the current legislation that would regulate the basic rules and conditions for determining the regime of house arrest, which would take into account the individual report of a person and various types of circumstances, which would clearly present the main grounds on the part of the decision-making body, which became The main argument for defining a specific time period.

It is appropriate to write in the order of the Minister of Justice No. 320 as the 6th criterion such an assessment mark as failure to make a summary decision on another criminal case.

It is important, when discussing the distribution of benefits provided by law, the invalid disciplinary punishment of the convicted person should be evaluated together with other factors with appropriate evaluation marks, after which the appropriate decision will be made by the council.

It was determined that the local council is not limited to give priority to only one main criterion, for example, the nature of the crime, when making a decision on the issue of replacing the unpaid part of the sentence with a lighter one, here the council is authorized to assess how appropriate it is to replace the remaining sentence with house arrest. This should be dictated by the inner conviction of the members of the Council and should be based only on a qualified assessment of the objective and subjective circumstances of the disputed issue. Based on this, only one crite-

tion may become the basis for making a negative or at least a positive decision.

Writing mandatory criteria will lead to the consideration of an unreasonably large volume of cases at the oral hearing, which creates the risk of violating the legal deadline, as well as depriving the party of the opportunity to enjoy timely and quality justice.

The legislator considers it possible to consider the motion to change the unpaid part of the sentence with two different punishments of a lighter type by observing the 6-month time limit, when the mentioned time limit is not protected in an exceptional manner or when it is submitted at the same time.

Not a single legal act, like the Prison Code, contains a list of special circumstances or any kind of definition that would allow the council to consider the convict's petition to change the remaining sentence to house arrest in violation of the deadline set by the legislation. It is recommended, from this point of view, to make appropriate changes in the Prison Code and to give an explanation to the "dead record" of the given norm, which will contribute to the development of practice in this direction.

The legislator does not limit the author of the petition to submit a request/petition regarding the application of only one type of punishment, which gives the Council the opportunity to discuss and make one or two different decisions if both petitions are submitted at the same time.

During the research process, it was revealed that until this stage, neither the court nor the local councils produce such statistics that would show the person interested in the issue the number of persons returned to the penitentiary institution in terms of gender and age, indicating the grounds of conviction. Based on this, it is necessary to develop such an accounting rule, which represents the mentioned concepts together, with one standard, in a broken form.

Observing the practice of the local council, the need to issue an order of the Minister of Justice, which determines the procedure for making a decision on the change in the regime of execution of house arrest, was also highlighted.

The article selects only a part of the cases where small flaws are revealed, this serves not to criticize or reprimand the court, but rather to the process of avoiding violations and reducing the number of errors in the future, as the objective truth is established.

The presence of non-uniform practice regarding decisions made by local councils was

highlighted.

By comparison – by conducting a legal analysis, the existing system at the national level was compared with the models known at the international level, the peculiarities of the use of house arrest were highlighted against the background of the legal traditions and experience of foreign countries.

BIBLIOGRAPHY:

Georgian language literature:

1. Collective of authors, (2016), “Trends of Liberalization of Criminal Law Legislation in Georgia”, Tbilisi.
2. Benidze V., (2003) “Peculiarities of using arrest and house arrest as preventive measures”, (diss.), Tbilisi State University, Tbilisi.
3. Vardzelashvili I., (2020), “Some issues of sentencing (analysis of judicial practice)”, Tbilisi.
4. Kherkheulidze I., (2014), “Probation Institute – Institute for Ensuring the Reintegration of Juvenile Offenders (Analysis of the Criminal Justice Approach of Georgia and the USA)”, Mzia Lekveishvili 85, Jubilee Articles Collection, Tbilisi.
5. Turava P., (2020), “General Administrative Law”, Tbilisi.
6. Pradel J., (1999) “Comparative criminal law”, Tbilisi.
7. Mchedlishvili-Hedrikhi K., (2017), “House arrest as an alternative to imprisonment in juvenile justice-historical, legal aspects and peculiarity of appointment”, Current issues of criminal law, N1, Tbilisi.
8. Tskhadadze k., (2016) “Relevance of constitutional-legal principles for administrative law”, scientific-popular journal of administrative law, Tbilisi.

Foreign literature:

1. Schmidt A., (1998), “Electronic monitoring: What does the literature tell us?” Federal Probation, 62(2).
2. Josine Junger-Tas ., (1994), “Alternatives to prison sentences, experiences and developments”, Copyright 1994 Kugler Publications – Amsterdam / New York.
3. Dodgson K., Mortimer E., (2000), “Home detention curfew _ The First Year Of Operation”, Research Findings.
4. Tobiasova L., (2007), “Development And Construction of the European Legal System, Alternative Penalties”, Bratislava.
5. Макалинский.П.В., (1907), “Практическое руководство для судебных следователей”, Изд-во б-е, СПб.
6. Люблинский П.И., (1906) “Свобода личности в уголовном процессе”, СПб.
7. Ибрагимов Т., (2017), “ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ДОМАШНЕГО АРЕСТА КАК МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В РОССИИ”, Новосибирск.
8. Kubik., (2001), “Strafen und ihre Alternativen im Zeitlichen Wandel”, Berlin.
9. Mayer M., (2004), “Modellprojekt elektronische Fußfessel”, Freiburg im Breisgau.

10. Önel., (2012), Verfassungsmäßigkeit und Effektivität der “Elektronischen Fußfessel”, in: Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Institutes der Leibniz Universität Hannover, B. 1.

Legal Acts (Normative material):

1. The Criminal Code of Georgia.
2. Criminal Procedure Code of Georgia.
3. Administrative Procedure Code of Georgia.
4. General Administrative Code of Georgia.
5. Juvenile Justice Code of Georgia.
6. Prison Code of Georgia.
7. Order N320 of the Minister of Justice of Georgia dated August 7, 2018.
8. Order No. 146 of December 28, 2017 of the Minister of Penitentiary and Probation of Georgia.

Recommendations:

1. 2022 special report of the Public Defender of Georgia, 2022, Tbilisi.

Electronic resource (addresses of web pages):

1. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>
2. https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/07-80478_ebook.pdf
3. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3957873?publication=0>
4. <http://chnm.gmu.edu/history/faculty/kelly/wciv/science/galileo.htm>
5. <https://ka.warbletoncouncil.org/aportaciones-galileo-galilei-17>
6. http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explain-er/2009/01/youre_grounded.html
7. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>
8. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>
9. <https://matsne.gov.ge/document/view/16270?publication=43>
10. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=39>
11. <http://sps.gov.ge/ka/public-information/2/>
12. <https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=253>

Court decisions:

1. Judgment of the Supreme Court of May 30, 2023 Nbs-283(K-23).
2. Decision No. 3b/295-19 of the Tbilisi Court of Appeal dated September 11, 2019.
3. Judgment of Tbilisi Court of Appeal of November 27, 2017, case No. 1a/g-27-17.
4. Judgment of the Criminal Chamber of the Tbilisi Court of Appeals dated January 04, 2020, case No. 1a/g-04-20.
5. Decision N3/7692-21 of March 4, 2022 of the Administrative Affairs Board of Tbilisi City Court.
6. Decision N3/3207-21 of April 29, 2022 of the Administrative Affairs Board of the Tbilisi City Court.
7. Decision N/8099-21 of February 28, 2022 of the Administrative Affairs Board of Tbilisi City Court.
8. Decision N3/4313-20 of the Administrative Affairs Board of the Tbilisi City Court of December 14, 2020.

შინაპატიმრობა, როგორც საპატიმრო სასჯელის ალტერნატივა თანამედროვე ქართულ სამართალში (ეგოლუცია და ტრანსფორმაცია)

მარიამ გელაშვილი

სამართლის დოქტორანტი, ასისტენტი სისხლის სამართლისა და სასჯელალსრულების სამართლის მიმართულებით, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საქართველო

აბსტრაქტი

წინამდებარე სტატია ეძღვნება თანამედროვე ქართულ სამართალში არსებულ არასაპატიმრო სასჯელის ერთ-ერთ სახეს – შინაპატიმრობას, მასში განხილულია კანონით გათვალისწინებული მოცემული შეღავათის გამოყენების სამართლებრივი პრობლემები, რაც ემყარება ემყარება პრაქტიკის ღრმა ანალიზსა და არაერთი სამეცნიერო ნაშრომის კვლევას.

თემის აქტუალობა განაპირობა შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობის არასახარბიელო მდგომარეობამ, სასამართლოს მხრიდან არაერთგვაროვანი პრაქტიკის არსებობამ სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებების „გადასინჯვასთან“ მიმართებით, სტატისტიკური მონაცემების აღურიცხველობამ, ასევე, დასახელებული თემის თეორიულთან ერთად დიდმა პრაქტიკულმა მნიშვნელობამ როგორც სამართალშემოქმედების, ისე სამართალგამოყენების პროცესში, გარდა ამისა, მოცემულ კონცეპტთან დაკავშირებით, თანამედროვე ქართული იურიდიული ლიტერატურის სიმწირემ.

სტატია მიზნად ისახავს მოხდეს შინაპატიმრობის სამართლებრივი ბუნებისა და რაობის გარკვევა, არა მხოლოდ საქართველოს, არამედ საზღვარგარეთის ზოგიერთი ქვეყნის მაგა-

ლითზე, რაც კიდევ უფრო საინტერესოსა და მრავალფეროვანს გახდის დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლის სამართლებრივი პრობლემების მეცნიერულ კვლევის პროცესს; გარდა ამისა, მიზნად ისახავს გამოყენებით პრაქტიკაში დაშვებულ შეცდომათა ანალიზისა და შინაპატიმრობის მომწესრიგებელ ნორმებში არსებული ხარვეზების აღმოსაფხვრელად მეცნიერულად დასაბუთებული რეკომენდაციების შემუშავებას.

განხორციელებული თეორიული/ემპირიული კვლევის შედეგები საშუალებას იძლევა სტატიაში გაკეთდეს სამართლებრივი ანალიზი ჩვენი ქვეყნისათვის აქამდე უცხო არასაპატიმრო სასჯელის შემოღება/დამკვიდრებაზე, თუ რამდენად გაამართლა აღნიშნულმა საკანონმდებლო ნოვაციამ და რა შეიძლება გაკეთდეს მისი შემდგომი დახვეწა/სრულყოფისათვის, რაც, საბოლოო ჯამში, მიმართულია იქეთკენ, რომ სწორი კომპლექსური მიდგომის შედეგად, ადგილი არ ჰქონდეს როგორც გადანყვეტილების მიმღები ორგანოს, ისე სასამართლოს მხრიდან აღნიშნული სამართლებრივი მექანიზმის გამოყენების თაობაზე არაერთგვაროვანი პრაქტიკის არსებობას.

წინამდებარე ნაშრომის ცალკეულ თავში დასმული პრობლემის კვლევისას გამოყენებულია როგორც ისტორიული, ფორმალურ – ლოგიკური, დოგმატური, ფორმალურ – იურიდიული, შედარებით სამართლებრივი, აღწერილობითი, სისტემური მეთოდები. ასევე, გამოყენებულია სამართლებრივი სტატისტიკის მონაცემები ადგილობრივი საბჭოების, ასევე, სასამართლოს პრაქტიკის შესწავლისა და განზოგადების მიზნით, ხოლო დასკვნით ნაწილი ეძღვნება, იმ შემთხვევებზე, რომლებიც მიღებულია დასმული საკითხების შესწავლისა და სამეცნიერო დამუშავების შედეგად.

საკვანძო სიტყვები: შინაპატიმრობა, შეფასების კრიტერიუმები (შეფასებითი ნიშნები), საპატიმრო სასჯელი

შესავალი

თანამედროვე ქართულ სამართალში დღითიდღე განსაკუთრებული ყურადღება ექცევა როგორც სისხლის სამართლის, ისე სასჯელაღსრულების სამართლის კანონმდებლობის ჰუმანიზაციას, ვინაიდან კანონის სიმკაცრე არ აღმოჩნდა გამოსავალი პრაქტიკაში შექმნილი მდგომარეობისა. ბოლო წლებში განხორციელებულმა დემოკრატიულმა პროცესებმა, აგრეთვე, სისხლის სამართლის პოლიტიკის ლიბერალიზაციამ

არასაპატიმრო სასჯელების როლი თავისებურად წარმოაჩინა. სწორედ შინაპატიმრობის ინსტიტუტი ლიბერალიზაციის ერთ-ერთ გამორჩეულ გამოხატულებად შეიძლება ჩაითვალოს არასაპატიმრო სასჯელთაგან არა მხოლოდ სრულწლოვანი მსჯავრდებულების მიერ ჩადენილი დანაშაულის შეთხვევაში, არამედ არასრულწლოვნებთან მიმართებითაც. ეს ძირითადად განპირობებულია იმით, რომ შინაპატიმრობა თავისუფლების აღკვეთის როგორც რეალური, ისე ეფექტიანი ალტერნატივაა, რომელიც

არ არის დაკავშირებული მსჯავრდებულის საზოგადოებისაგან სრულ იზოლირებასთან და წარმოადგენს თავისუფლების აღკვეთის გამოყენების შეზღუდვის, ასევე, მსჯავრდებულთა რესოციალიზაცია – რეაბილიტაციის საუკეთესო საშუალებას. ამით, როგორც ვხედავთ, მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეულ ქმედებასთან ბრძოლის სფეროში სახელმწიფო უკვე იყენებს ე.წ. „პოსტკრიმინალურ წამახალისებელ“ ნორმებს, რომელთაგან ერთ-ერთია შინაპატიმრობის დანიშვნის და აღსრულების სამართლებრივი საფუძვლები და სხვა.

საქართველოში სასჯელის ამ სახის შემოღებიდან, რომელსაც თავის მხრივ, არც თუ ისე დიდი ხნის ისტორია აქვს, გავიდა საკმაო პერიოდი, შეიცვალა გარკვეული მეცნიერული ანალიზი მოცემული სამართლებრივი ინსტიტუტის ეფექტიან ფუნქციონირებასთან მიმართებით. შესაბამისად, თემის განხილვა, თავისი შეფასებებითა და რეკომენდაციებით, ვფიქრობ, საკმაოდ მნიშვნელოვანია, მით უფრო იმ ფონზე, როცა იგი კვლავ რჩება საზოგადოების დაკვირვების მუდმივ ობიექტად.

თემის აქტუალურობა განაპირობა შიდა-სახელმწიფოებრივი კანონმდებლობის არასახარბიელო მდგომარეობამ; სასამართლოს მხრიდან არაერთგვაროვანი პრაქტიკის არსებობამ სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებების „გადასინჯვასთან“ მიმართებით; სტატისტიკური მონაცემების აღურიცხველობამ, რაც ეხება იმ პირთა პენიტენციურ დაწესებულებაში შებრუნების საკითხს, რომლებიც სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივმა საბჭოებმა გაათავისუფლა და შეუცვალა სასჯელის მოუხდელი ნაწილი შინაპატიმრობით, ასევე, იმ პირების, რომლებსაც სასამართლომ ძირითად სასჯელის სახედ განუსაზღვრა შინაპატიმრობა, თუმცა, მიუხედავად ამისა, მათ მიერ არ მოხდა დაკისრებული მოვალეობების შესრულება ანდა მათი მხრიდან ადგილი ჰქონდა ისევ დანაშაულის ჩადენას; ასევე, დასახელებული თემის თეორიულთან ერთად დიდმა პრაქტიკულმა მნიშვნელობამ

როგორც სამართალშემოქმედების, ისე სამართალგამოყენების პროცესში; გარდა ამისა, მოცემულ კონცეპტთან დაკავშირებით თანამედროვე ქართული იურიდიული ლიტერატურის სიმწირემ.

სტატია მიზნად ისახავს – მოხდეს შინაპატიმრობის სამართლებრივი ბუნებისა და რაობის გარკვევა, არა მხოლოდ საქართველოს, არამედ საზღვარგარეთის ზოგიერთი ქვეყნის მაგალითზე, რაც კიდევ უფრო საინტერესოსა და მრავალფეროვანს გახდის დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლის სამართლებრივი პრობლემების მეცნიერულ კვლევის პროცესს, გარდა ამისა, მიზნად ისახავს გამოყენებით პრაქტიკაში დაშვებულ შეცდომათა ანალიზისა და შინაპატიმრობის მომწესრიგებელ ნორმებში არსებული ხარვეზების აღმოსაფხვრელად მეცნიერულად დასაბუთებული რეკომენდაციების შემუშავებას. საკვლევი თემის ჰიპოთეზას წარმოადგენს დადგინდეს თუ რამდენად ქმედითი სასჯელის სახეა შინაპატიმრობა და რა განაპირობებს მისი გამოყენების სამართლებრივ პრობლემებს.

კვლევის მიზნის მისაღწევად, ფორმულირებულია ამოცანა: მეცნიერთა მოსაზრებების შესწავლა და პრობლემურ თემებთან დაკავშირებით კითხვებზე პასუხის გაცემის გზით კვლევის მიზნის მიღწევა, ამასთან, საზღვარგარეთის ქვეყნების გამოცდილების გამოკვლევა და რეკომენდაციების გაცემა მოქმედი კანონმდებლობის მოწესრიგება/სრულყოფის კუთხით.

კვლევის საგნად გვევლინება იურიდიულ, სოციოლოგიურ და ფილოსოფიურ ლიტერატურაში არსებული მოსაზრებები შინაპატიმრობის დანიშვნის საკითხთან მიმართებით, ასევე, მისი გამოყენებისას წარმოშობილი პრობლემების მიზეზების გამოკვეთის, გამოვლენის სახეებისა და ფორმების შესახებ შესაბამისი პოზიციები, ხოლო კვლევის ობიექტია – შინაპატიმრობის გამოყენებისას გამოვლენილი სამართლებრივი ხასიათის პრობლემები. თემის მეცნიერულ სიახლეზე საუბრისას ხაზი უნდა გაესვას შემდეგს:

- წინამდებარე სტატია პირველი ცდაა საკვლევი თემის კომპლექსური შეს-

წავლის და წარმოადგენს პირველ მონოგრაფიულ გამოკვლევას;

- სტატიაში ჩამოყალიბებული იქნება პოზიცია შემდეგ საკითხზე : შეზღუდული უნდა იყოს თუ არა ადგილობრივი საბჭო სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შეცვლის თაობაზე გადაწყვეტილების მიღებისას, პრიორიტეტი მიაჩნის მხოლოდ ერთ ძირითად კრიტერიუმს;
- სამართალზომელობითი და ნორმათშემოქმედებითი თვალსაზრისით, სტატიაში დასაბუთებული იქნება პოზიცია – რამდენად გონივრულია შინაპატიმრობის აღსრულების რეჟიმის ცვლილებაზე გადაწყვეტილების დასაბუთების სტანდარტი დარეგულირდეს კანონქვემდებარე აქტით;
- სტატიაში გაანალიზებული იქნება შეხედულება, თუ რამდენად მიზანშეწონილია საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს N320 ბრძანებით დამტკიცებული წესის მე-13 მუხლით დადგენილი კრიტერიუმებს დაემატოს შეფასებითი ნიშანი – სხვა სისხლის სამართლის საქმეზე შემაჯამებელი გადაწყვეტილების მიუღებლობა;
- სტატიაში შეფასებული იქნება სისხლის საპროცესო სამართლებრივი პრობლემები, მაგალითად, სასამართლო გათავისუფლების მექანიზმის დანიშვნისას, რამდენად იღებს მხედველობაში სასჯელის მიზნების მიღწევის საკითხს, რამდენად შესაძლებელია აღსრულება დაკისრებული მოვალეობების – განსაზღვრული რეჟიმის დაცვის ნაწილში;
- განხილული იქნება, თუ რა შეიძლება მოიხრებოდეს განსაკუთრებულ გარემოებად;
- განმარტებული იქნება, პატიმრობის კოდექსის 43-ე მუხლის მე-8 ნაწილი შუამდგომლობათა განხილვის ქრილში და ა. შ.

შინაპატიმრობის არსი და მნიშვნელობა

შინაპატიმრობის კომპლექსური კლავის საწყის ეტაპზე მნიშვნელოვანია, გამოვიკვლიოთ, თუ რას წარმოადგენს მოცემული სასჯელის სახე და როგორაა განმარტებული იგი როგორც ქართულ იურიდიულ დოგმატიკაში, ისე მოქმედ საკანონმდებლო ნორმებში.

ქართულ სამართლებრივ ჩარჩოში შინაპატიმრობის არსის განსახილველად უნდა შევხვით როგორც სისხლის სამართლის კოდექსს, ისე არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსსა და „შინაპატიმრობის აღსრულების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2017 წლის 28 დეკემბრის №146 ბრძანებას, ვინაიდან აღნიშნული სამართლებრივი აქტები განმარტავენ მის რაობას. სისხლის სამართლის კოდექსის 47¹-ე მუხლის თანახმად, შინაპატიმრობა ნიშნავს მსჯავრდებულისათვის დღე-ღამის განსაზღვრულ პერიოდში თავის საცხოვრებელ ადგილას ყოფნის ვალდებულების დაკისრებას.¹ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 69-ე მუხლი სისხლის სამართლის კოდექსის 47¹-ე მუხლის მსგავსად ადგენს შესაბამის განმარტებას შინაპატიმრობის თაობაზე, რომლის მოქმედება ამ შემთხვევაში ვრცელდება არასრულწლოვანთა მიმართებით, რაც თავისთავად არ ნიშნავს იმას, რომ შინაპატიმრობაში მყოფი არასრულწლოვანი პირი, 24 საათის განმავლობაში სახლის პირობებში უნდა იყოს გათავსებული, გამომდინარე აქედან, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 69-ე მუხლი და სისხლის სამართლის კოდექსი შინაპატიმრობის ერთიან განმარტებას ახდენს. რაც შეეხება სასჯელაღსრულებით სისტემას, საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2017 წლის 28 დეკემბრის №146 ბრძანებით დამტკიცებული წესის მე-4

1 საქართველოს სისხლის სამართლის სისხლის სამართლის კოდექსის 47¹-ე მუხლი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>> [ბოლო წვდომა 19.07.2023].

მუხლის პირველ ნაწილი განსაზღვრავს შინაპატიმრობის აღსრულების რეჟიმს ისე, როგორც სისხლის სამართლის კოდექსის 47¹-ე მუხლი შინაპატიმრობას. ე.ი. მინისტრის ბრძანება აღრევს შინაპატიმრობის არსსა და აღსრულების რეჟიმს ისე, თითქოს მათ შორის იოტის ოდენა სხვაობაც არ იყოს. ვფიქრობ, საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2017 წლის 28 დეკემბრის №146 ბრძანებით დამტკიცებული წესის მე-4 მუხლის პირველი ნაწილი უნდა ჩამოყალიბდეს ისე, რომ არ მოხდეს ამ ორი კონცეპტის ცნებათა ერთმანეთში გაიგივება. ხაზგასასმელია, ის გარემოებაც, რომ დასახელებულ მუხლებში უმეტესი ნაწილი ეთმობა შინაპატიმრობის გამოყენებისათვის საჭირო პირობებს და იქმნება ის განწყობაც, რომ დეფინიციის ნაწილი წუნდაუდებელი სახით არ არის განწერილი. მიმაჩნია, რომ შინაპატიმრობა უნდა განიშარტოს როგორც არასაპატიმრო სასჯელის სახე, რომელიც გულისხმობს სამართლებრივი აქტით დადგენილ, დღე-ღამის შესაბამის პერიოდში, მსჯავრდებულის/არასრულწლოვანის საცხოვრებელ ადგილზე მის უწყვეტად ყოფნის ვალდებულებას, რაც აღსრულდება ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენებით ანდა ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენების გარეშე იმ შემთხვევაში, თუ ტექნიკურად შეუძლებელია ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენებით სასჯელის აღსრულება. შესაძლოა, მოცემული განმარტება უნაკლო არაა, თუმცა ერთადერთი მცდელობაა იმისა, რომ კომპლექსური სახით მოხდეს შინაპატიმრობის რაობის წარმოჩენა, რაც მოცემული თემით დაინტერესებულ პირებს დაეხმარება კიდევ უფრო მეტად დახვეწოს ამ სასჯელის ცნება.

ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ერთადერთ მოსაზრებას შინაპატიმრობის არსთან დაკავშირებით ვხვდებით პროფესორ ვენედი ბენიძის დისერტაციაში, რომელიც მიიჩნევს, რომ შინაპატიმრობა არის თავისუფლების შეზღუდვა განსაზღვრული ვადით, სახლიდან გასვლის აკრძალვით და კანონით დადგენილი სხვა შეზღუდვების და-

წესებით (სატელეფონო საუბრის, კორესპონდენციების მიღება-გაგზავნის აკრძალვა, პოლიციის ზედამხედველობის დაწესება და ა.შ.), რომელიც ბრალდებულისა და განსასჯელის მიმართ გამოიყენება მოსამართლის ბრძანებით, მათი საზოგადოებისაგან დროებითი იზოლაციის მიზნით.² ვფიქრობ, ამ შემთხვევაში ზემოხსენებული განსაზღვრება უფრო მიესადაგება შინაპატიმრობის ისეთ განმარტებას, რომელიც მას მხოლოდ აღკვეთი ღონისძიების სახედ წარმოადგენს.

ალბათ, გავა დრო და ქართულ იურიდიულ დოგმატიკაშიც ოდესმე მოხდება მსჯელობა იმის თაობაზე, თუ რამდენად სწორად და სრულყოფილადაა ჩამოყალიბებული შინაპატიმრობის, როგორც არასაპატიმრო სასჯელის სახის დეფინიცია მოქმედ საკანონმდებლო აქტებში და შესაბამისი ცვლილებების გატარებაც მოხდება მარეგულირებელი სამართლებრივი ჩარჩოს დახვეწისათვის.

აღკვეთის ღონისძიებებიდან პატიმრობის შემდეგ შინაპატიმრობა ერთ-ერთი ყველაზე მკაცრი სახეა მისივე ვალდებულების ფორმიდან გამომდინარე, ერთგვარად შეგვიძლია ვთქვათ კიდევ, რომ იგი თავისი ბუნებით თავისუფლების აღკვეთასთანაა დაკავშირებული, თუმცა რეალურად გამოიყენება როგორც თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატივა, რაც ხელს უწყობს, რომ მისი აღსრულება მოხდეს საზოგადოებისაგან იზოლირების გარეშე, გარდა ამისა, ეკონომიკური თვალსაზრისით, მეტად ხელსაყრელი საშუალებაა სახელმწიფოსთვის, რადგან სახელმწიფოს არ უწევს შესაბამისი ხარჯების გაღება პენიტენციურ დაწესებულებებში მსჯავრდებულთა უზრუნველსაყოფად. ე.ი. სახელმწიფოს სასჯელის ამ კონკრეტული სახის აღსრულება გაცილებით იაფიც კი უჯდება. აგრეთვე, ყურადღების მიღმა არ უნდა დაგვრჩეს შინაპატიმრობის აღსრულების წესის დამრღვევთა მდგომარეობაც, რა დროსაც შესაძლოა მოხდეს ისე, რომ პირს შინაპატიმრობა შეეცვალოს მოსამართლის გადაწყვე-

2 ბენიძე ვ., (2003), „დაპატიმრებისა და შინაპატიმრობის აღკვეთის ღონისძიებად გამოყენების თავისებურებანი“ (დის.) თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, გვ. 118.

ტილების საფუძველზე სხვა სამართლებრივი ხასიათის ღონისძიებით, რაც, მათ შორის, მოიაზრებს უფრო მკაცრი ღონისძიების გატარებასაც, როგორცაა სასჯელის სახედ და ზომად თავისუფლების აღკვეთის მისჯა. მაშასადამე, შინაპატიმრობის აღსრულება მორგებულია როგორც მსჯავრდებულის, ისე სახელმწიფოსა და კანონის ინტერესებს, ერთი მხრივ, ხელი შეეწყოს პირის რესოციალიზაცია – რეაბილიტაციას, მეორე მხრივ, კი მოხდეს ახალი მართლსაწინააღმდეგო და ბრალეული ქმედების თავიდან არიდება, რაც, საბოლოო ჯამში, მიზანმიმართულია იქეთკენ, რომ დაცულ იქნას მოქალაქეთა კანონიერი უფლებები და თავისუფლებები. გამომდინარე აქედან, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ შინაპატიმრობის გამოყენებას უდიდესი მნიშვნელობა აქვს და იგი საკმაოდ ქმედით სასჯელის სახეს წარმოადგენს.

შინაპატიმრობის სახეები და მისი აღსრულების მექანიზმი

„შინაპატიმრობა სამი სახისაა. ყველაზე მკაცრი – დაპატიმრებასთან ყველაზე მეტად დაახლოებული – არის შინაპატიმრობა, რომელიც ავალდებულებს დამნაშავეს მუდამ შინ იყოს. ნებადართული გამონაკლისია მისი სამედიცინო დაწესებულებაში ვიზიტი ან რელიგიურ ცერემონიაში მონაწილეობა. ნაკლებად მკაცრია Home Detention – პირს შეუძლია დატოვოს სახლი მხოლოდ სამუშაოზე, სასწავლო დაწესებულებაში ან ექიმთან წასვლის დროს. ყველაზე ლიბერალური ფორმაა curfew, როდესაც პატიმარი ვალდებულია შინ იყოს გარკვეული საათების განმავლობაში, რასაც განსაზღვრავს სასამართლოს გადაწყვეტილება. ძირითადად, ეს ეხება ღამის საათებს“. „შინაპატიმრობას შეიძლება დაერთოს ელექტრონული კონტროლი“³. ამავე წესების მითითებით არ შეიძლება შინაპატიმრობა გამოყენებული იყოს არასწორად და შეუსაბამოდ. უნდა არსებობდეს ასეთი ალტერნატივის გამოყენების საფუძველი და

გათვალისწინებული უნდა იყოს დამნაშავეს პიროვნება.⁴

როგორც უკვე აღინიშნა, შინაპატიმრობა აღსრულება ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენებით ანდა ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენების გარეშე იმ შემთხვევაში, თუ ტექნიკურად შეუძლებელია ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენებით სასჯელის აღსრულება.

ელექტრონულად კონტროლირებადი შინაპატიმრობის („Electronic Monitored Home Confinement“) სამშობლოში, ამერიკის შეერთებულ შტატებში, შინაპატიმრობის სამ სხვადასხვა სახეს გამოიყენებენ:

- კომენდანტის საათი („Curfew“) – პირს ღამის საათებსა და შაბათ-კვირას სახლიდან გაუსვლელობას ავალდებულებს. შინაპატიმრობის ეს სახე სასჯელის შედარებით მსუბუქი ფორმაა;
- „Home Detention“ – პირველი სახის შინაპატიმრობასთან შედარებით სასჯელის უფრო მკაცრი სახეა, რაც პირს მუდმივად სახლში ყოფნის ვალდებულებას აკისრებს და უფლებას აძლევს, საცხოვრებელი ადგილი მხოლოდ განსაზღვრული მიზნებისათვის დატოვოს;
- „Home Incarceration“ – შინაპატიმრობის ყველაზე მკაცრი ფორმაა, რაც გულისხმობს სახლიდან გასვლისა და სტუმრის მიღების აბსოლუტურ აკრძალვას.⁵

ასეთ დაყოფას არ იცნობს საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობა. შესაბამისად, შინაპატიმრობის აღსრულებისას დაკისრებული ვალდებულებები ამერიკის შეერთებული შტატებში არსებული ვალდებულებათა სახეებიდან რადიკალურად განსხვავდება. აქ, შინაპატიმრობის აღსრულების რეჟიმი (შემდგომში – რეჟიმი) გულისხმობს სამართლებრივი აქტით დადგენილ, დღე-ღამის

3 პრადელი ე., (1999), „შედარებითი სისხლის სამართალი“, „სანი“, თბილისი, გვ. 431.

4 <https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/07-80478_ebook.pdf> [ბოლო წვდომა 12.06.2023].

5 Önel.,(2012)Verfassungsmäßigkeit und Effektivität der „Elektronischen Fußfessel“, in: Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Institutes der Leibniz Universität Hannover, B. 1, S:3.

შესაბამის პერიოდში, მსჯავრდებულის საცხოვრებელ ადგილზე მის უწყვეტად ყოფნის ვალდებულებას.⁶

რაც შეეხება, შინაპატიმრობის აღსრულებას ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენების გარეშე, ეს პიროვნულ ზედამხედველობასთანაა დაკავშირებული. პირი ამ დროს მოწმდება ან არარეგულარული სატელეფონო საუბრებით, ან პირადი ვიზიტებით. თანამედროვე პერიოდში ამგვარი არარეგულარული პიროვნული კონტაქტით განხორციელებულ შინაპატიმრობას, უმრავლეს შემთხვევაში, ელექტრონული ზედამხედველობით განხორციელებული შინაპატიმრობა ცვლის.⁷ საქართველოში შინაპატიმრობის აღსრულების ადგილის სპეციფიკის გათვალისწინებით, იმ შემთხვევაში, თუ ტექნიკურად შეუძლებელია ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენებით სასჯელის აღსრულება ზედამხედველობა ხდება პრობაციის ოფიცრის პერიოდული საკონტროლო ვიზიტების საშუალებით. ეს კი გულისხმობს მსჯავრდებულთან შინაპატიმრობის მოქმედების საათებში, სასჯელის აღსრულების ადგილზე თვეში არანაკლებ ექვსი, გაუფრთხილებელი ვიზიტის განხორციელებას.⁸

მსოფლიოში ელექტრონული ზედამხედველობის გამოყენების მრავალი სხვადასხვა სახე ზოგადად ორ ჯგუფად უნდა დაიყოს: ციხის კარამდელი („Frontdoor System“) და ციხის შემდგომი თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატივა („Backdoor System“). ციხის კარამდელი ალტერნატივა პირს საპატიმრო სასჯელს

სრულად აცილებს თავიდან. ელექტრონული ზედამხედველობა ამ დროს გამოიყენება წინასწარი პატიმრობის ან მოკლევადიანი თავისუფლების აღკვეთის ნაცვლად. ციხის შემდგომი სისტემა („Backdoor System“) კი საპატიმრო სასჯელის ნაწილობრივი მოხდის შემდეგ, პირობით ვადამდე გათავისუფლებისას გამოიყენება.⁹

შინაპატიმრობის წარმოშობისა და ბანკითარების მოკლე ისტორიული რაპორტი

შინაპატიმრობის, როგორც სასჯელის სახის გამოყენებას დადასტურებული ფაქტით ჯერ კიდევ შუა საუკუნეებში ვხვდებით, ბუნებრივია, იმ ეპოქაში ეს ძალიან ინოვაციური ნაბიჯი იყო, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ მისი სუბიექტი იმ დროში საკმაოდ წარმატებული მეცნიერი – გალილეო გალილეი იყო, შესაბამისად, ამ მეთოდის მოხმარება, მოშველიება სავარაუდოდ, იშვიათად ხდებოდა და ფართოდ არ გამოიყენებოდა, თუმცა როგორც სასჯელის სახის წარმოშობა პირველ დადასტურებულ ფაქტად სწორედ 1632 წელს ფიქსირდება იტალიაში, ქალაქ რომში.¹⁰ გალილეოს ნამუშევრები მნიშვნელოვანი გადახვევა იყო არისტოტელეს ნაზრევისგან. ამასთან ერთად მისი კონფლიქტი კათოლიკურ ეკლესიასთან განიხილება, როგორც დასავლურ საზოგადოებაში მნიშვნელოვანი ადრეული მაგალითი ავტორიტეტთან კონფლიქტისა და აზროვნების თავისუფლებისა, განსაკუთრებით, მეცნიერების დარგში, დასავლურ საზოგადოებაში, ამის შედეგია ის, რომ გალილეი იძულებული გახდა 1616 წლის განკარგულებაში ეღიარებინა თავისი „შეცდომები“, წინააღმდეგ შემთხვევაში, მას წამებით ემუქრებოდნენ. გალილეო დათანხმდა და სა-

6 საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2017 წლის 28 დეკემბრის №146 ბრძანებით დამტკიცებული წესის მე-4 მუხლის პირველ ნაწილი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3957873?publication=0>> [ბოლო წვდომა 16.08.2023].

7 Josine Junger-Tas., (1994), Alternatives to prison sentences, experiences and developments, Copyright 1994 Kugler Publications – Amsterdam / NeW York, p.31.

8 საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2017 წლის 28 დეკემბრის №146 ბრძანებით დამტკიცებული წესის მე-3 მუხლის მე-3 ნაწილი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3957873?publication=0>> [ბოლო წვდომა 16.08.2023].

9 მქედლიშვილი-ჰედრიხიქ., (2017), „შინაპატიმრობა, როგორც თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატივა არარულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში – ისტორიული, სამართლებრივი ასპექტები და დანიშვნის თავისებურება“, სისხლის სამართლის აქტუალური საკითხები, N1, თბილისი, გვ. 65.

10 <<http://chnm.gmu.edu/history/faculty/kelly/wciv/science/galileo.htm>> [ბოლო წვდომა 29.07.2023].

სამართლოში მიიყვანეს. 1633 წლის 21 ივნისს მას მიუსაჯეს უვადო თავისუფლების აღკვეთა და აიძულეს უერყო თავისი იდეები. რის შემდეგ, მას სასჯელი შინაპატიმრობით შეეცვალა. იგი პატიმრობაში იმყოფებოდა 1633 წლიდან 1638 წლამდე და ამ დროის მონაკვეთში მან კიდევ რამდენიმე ნაშრომის გამოქვეყნება შეძლო, რადგან მას უფლება ჰქონდა ზოგიერთი კოლეგა ვიზიტით მიეღო.¹¹

შინაპატიმრობის მასობრივი გამოყენება XX საუკუნის ბოლო ათწლეულებში, ტექნიკისა და, შესაბამისად, ელექტრონული ზედამხედველობის შესაძლებლობის განვითარებას უკავშირდება. ექსპერიმენტები ადამიანის ელექტრონულ ზედამხედველობაზე ჯერ კიდევ 1964 წლიდან ტარდებოდა ჰარვარდის უნივერსიტეტში. პირველი განაჩენი ელექტრონულად კონტროლირებადი შინაპატიმრობით, ასევე, ამერიკის შეერთებულ შტატებში 1983 წელს იქნა გამოტანილი, როდესაც ჯეკ ლოვმა, ნიუ-მექსიკოს შტატის, ქალაქ ალბუკერკეს საქალაქო სასამართლოს მოსამართლემ კომპიუტერული ტექნოლოგიის დილერი დაარწმუნა, შეემუშავებინა სისტემა 5 მსჯავრდებულზე ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალებით.

თავდაპირველად, სისტემა მხოლოდ სახლში გამოიყენებოდა, ვინაიდან მას ფიქსირებული სატელეფონო ხაზები სჭირდებოდა. მოგვიანებით, 1990-იან წლებში მობილურმა მოწყობილობებმა და ინტერნეტ კავშირმა შესაძლებელი გახადა, ზედამხედველობა განხორციელებულიყო არა მხოლოდ სახლში, არამედ ნებისმიერ ადგილას, სადაც მსჯავრდებული გადაადგილდებოდა.¹² ამის შემდეგ აღნიშნული სასჯელი ისე სწრაფად გავრცელდა, რომ 1988 წლისთვის ამერიკის 32 შტატის მასშტაბით შინაპატიმრობაში მყოფი 2300 მსჯავრდებული აღირიცხებოდა,¹³ ხოლო ათი

წლის შემდეგ, 1998 წლის იანვრისთვის, შტატებში უკვე 95 ათასი ელექტრონულად კონტროლირებული შინაპატიმარი იყო.¹⁴ სხვა ქვეყნებში, კერძოდ: კანადაში, დიდ ბრიტანეთში, ავსტრალიაში, ახალ ზელანდიაში, სინგაპურში, სამხრეთ აფრიკაში, შვედეთსა და ჰოლანდიაში, ყოველ წელს მსჯავრდებულთა რაოდენობა, რომელთაც შინაპატიმრობა ჰქონდათ შეფარდებული, არაპროგნოზირებადი იყო.¹⁵ რაც შეეხება ევროპას, სასჯელის ამ სახემ ამერიკის შეერთებული შტატებისგან განსხვავებით, მოგვიანებით მოიკიდა ფეხი. ელექტრონულად კონტროლირებადი შინაპატიმრობა არასრულწლოვნებში 1989 წელს დაინერგა დიდ ბრიტანეთში.¹⁶

რაოდენ გასაკვირიც უნდა იყოს, შინაპატიმრობა რუსეთში პირველად გამოყენებულ იქნა 1795 წელს გრაფ ბესტუჟევ – რიუმინის მიმართ.¹⁷ პ.ი. ლიუბლინსკის აზრით, კი ეს იძულებითი ღონისძიება, ჯერ კიდევ 1632 წელს იქნა გამოყენებული შეინის საქმეზე თავად ბელოსევსკის მიმართ.¹⁸ შინაპატიმრობა, როგორც სასჯელის სახე გათვალისწინებული იყო, აგრეთვე, საბჭოთა კავშირის 1923 წლის სისხლის სამართლის კოდექსში. მითითებულ პერიოდსა და კონტექსტში შინაპატიმრობის გამოყენება პოლიტიკური და კრიმინალური დამნაშავეების მიმართ ხდებოდა, თუმცა, ამ სასჯელის მოხდის ადგილი განსაზღვრული არ იყო, რაც პოლიტიკური დასჯის ინსტრუმენტს ქმნიდა.¹⁹

11 <<https://ka.warbletoncouncil.org/aportaciones-galileo-galilei-17>> [ბოლო წვდომა 25.07.2023].
12 ხერხეულიძე ი., (2014), „პრობაციის ინსტიტუტი – არასრულწლოვან დამნაშავეთა რეინტეგრაციის უზრუნველყოფის ინსტიტუტი“ (საქართველოსა და აშშ-ის სისხლისსამართლებრივი მიდგომის ანალიზი), მზია ლეკვიშვილი 85, საიუბილეო სტატიათა კრებული, თბილისი, გვ. 198.
13 Schmidt A., (1998) Electronic monitoring: What does

the literature tell us? Federal Probation, 62(2), P.10.
14 <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2009/01/youre_grounded.html> [ბოლო წვდომა 18.05.2023].
15 Dodgson K., Mortimer E., (2000), “Home detention curfew _ The First Year Of Operation”, Research Findings, P. 110.
16 მჭედლიშვილი-ჭედრიხი ქ., (2017), „შინაპატიმრობა, როგორც თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატივა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში – ისტორიულ სამართლებრივი ასპექტები და დანიშვნის თავისებურება“, სისხლის სამართლის აქტუალური საკითხები N1, თბილისი, გვ. 64.
17 Макалинский П.В., (1907), “Практическое руководство для судебных следователей”, Изд-во б-е, СПб, с: 425.
18 Люблинский П.И., (1906), “Свобода личности в уголовном процессе”, СПб, с:228.
19 Ибрагимов Т., (2017), „ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ

ბუნებრივია, საერთაშორისო სამართლის სისტემა ქართულ სამართალზეც მუდამ ახდენდა ზეგავლენას, გამომდინარე აქედან, რამდენიმე ათეული წელი დასჭირდა ქართულ სამართალს და ზოგადად სახელმწიფოს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ამერიკული და ევროპული მოდელის წარმატებული ინსტიტუტების რეცეფციისათვის, მათ შორის, შინაპატიმრობის, როგორც უფრო მსუბუქი სახის სასჯელის ქართულ სამართლებრივ სივრცეში დასამკვიდრებლად. შინაპატიმრობის ინსტიტუტი საქართველოში 2015 წლის პირველი სექტემბრიდან ამოქმედდა. სასჯელის ეს სახე გამოიყენებოდა მხოლოდ არასრულწლოვანი მსჯავრდებულების მიმართ, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსით გათვალისწინებულ შემთხვევებში და დადგენილი წესით. 2018 წლის პირველი იანვრიდან კი შინაპატიმრობა ამოქმედდა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსშიც, შესაბამისად სრულწლოვან პირთა მიმართაც. მიუხედავად იმისა, რომ სასჯელის ამ სახის გამოყენებას არც ისე დიდი ხნის ისტორია აქვს, მაინც არსებობს გარკვეული სამართლებრივი პრობლემები როგორც ნორმათშემოქმედებითი, ისე სამართალგამოყენებითი თვალსაზრისით.

საქართველოს კანონმდებლობა შინაპატიმრობის განსხვავებულ ვადებს გვთავაზობს სრულწლოვან მსჯავრდებულთა და არასრულწლოვან პირებთან დაკავშირებით, სრულწლოვანი პირის შემთხვევაში ნასამართლობის არმქონე პირს ექვსი თვიდან ორ წლამდე ვადით შესაძლოა, დაენიშნოს შინაპატიმრობა,²⁰ ხოლო არასრულწლოვანს ექვსი თვიდან 1 წლამდე, როგორც ეს რეგულირებულია არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 69-ე მუხლის მე-2 ნაწილით. აშკარაა, რომ სასჯელის ქვედა ზღვარს შორის სხვაობა არაა როგორც არასრულწლოვან, ისე სრულწლოვან პირთა მიმართებით, ხოლო ზედა ზღვარი იდე-

ნტური არაა, ეს კი არაპროპორციულობაზე მეტყველებს, ვფიქრობ, ამ კუთხით, მიზანშეწონილია, გარკვეული საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება ისევე და ისევე არასრულწლოვანთა საუკეთესო ინტერესებისათვის, თუნდაც სამ თვემდე ქვედა ზღვრის ჩამოწევა უკვე ხსნის ყოველგვარ ეჭვს არაპროპორციულ ზომასთან მიმართებით.

განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, შემუშავდეს შესაბამისი სამართლებრივი ნორმა, რომელიც დაადგენს, რომ არასრულწლოვანი პირის მიმართ შინაპატიმრობის საათის განმსაზღვრელი უფლებამოსილი ორგანო შესაძლებელია იყოს როგორც სასამართლო, ისე ადგილობრივი საბჭო დარჩენილი სასჯელის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შეცვლისას.

აგრეთვე, მხედველობაშია მისაღები ის ფაქტიც, რომ ამ დრომდე არ არსებობს მოქმედ კანონმდებლობაში ისეთი სამართლებრივი ჩანაწერი, რომელიც მოაწესრიგებს შინაპატიმრობის რეჟიმის განსაზღვრის ძირითად წესა და პირობებს, რითაც გათვალისწინებული იქნება პიროვნების ინდივიდუალური ანგარიში და სხვადასხვა სახის გარემოებები, რაც ნათლად წარმოაჩენს გადაწყვეტილების მიმღები ორგანოს მხრიდან იმ საფუძვლებს, რაც გახდა ძირითადი არგუმენტი კონკრეტული დროის მონაკვეთის განსაზღვრის.

შეფასების მიღმა არ უნდა დარჩეს სასჯელადსრულებების სისტემაში არსებული ის საკანონმდებლო მექანიზმები, რომლითაც მსჯავრდებულს სასჯელის მოუხდელი ნაწილი ეცვლება უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით – შინაპატიმრობით. განმხილველ ორგანოს ამ შემთხვევაში წარმოადგენს სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოები, რომელთა რაოდენობა და ტერიტორიული განსჯადობა განისაზღვრება საქართველოს იუსტიციის მინისტრის №320 ბრძანებით.²¹ ადგილობრივი საბჭოე-

ДОМАШНЕГО АРЕСТА КАК МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В РОССИИ”, Новосибирск, с:57.

20 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 47-ე მუხლის მე-2 ნაწილი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>> [ბოლო წვდომა 12.07.2023].

21 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის №320 ბრძანება. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>> [ბოლო წვდომა 01.08.2023].

ბი მითითებული საკითხის განხილვისას ხელმძღვანელობენ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 73-ე მუხლით, პატიმრობის კოდექსის მე-40, 41-ე და 43-ე მუხლებით, ასევე „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში შემავალი სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების – სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს №320 ბრძანებით დამტკიცებული წესით. ამ აქტებიდან, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი და პატიმრობის კოდექსი სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შეცვლის სპეციფიკას მხოლოდ ზოგადად არეგულირებენ, საკითხის მნიშვნელოვან დეტალებს, ისეთი, როგორცაა, შეფასების კრიტერიუმები და დასაბუთების საზომი განსაზღვრავს ზემოხსენებული ბრძანება.

ბრძანების გაცნობისას ლოგიკურია, ჩნდება კითხვა – რამდენად სრულყოფილად და განსაზღვრული შეფასებითი ნიშნები, ანდა საჭიროებს თუ არა იგი რაიმე სახის კრიტერიუმის დამატებას, რაც ადგილობრივი საბჭოს გადაწყვეტილების დასაბუთებას კიდევ უფრო მეტად გაამყარებს. ამ შემთხვევაში მიზანშეწონილად მიმაჩნია, გაინეროს მე-6 კრიტერიუმად ისეთი შეფასებითი ნიშანი, როგორცაა სხვა სისხლის სამართლის საქმეზე შემატყობილი გადაწყვეტილების მიუღებლობა. აქ, ადგილობრივ საბჭოებს, ერთგვარ დამხმარე საშუალებად შესაძლოა, გამოადგეთ ხსენებული კრიტერიუმი, იმ დროს, როცა უარყოფითი კონტექსტს მხოლოდ დანაშაულის ხასიათი ქმნის. ეს კი ერთობლიობაში კიდევ უფრო მეტად გაამყარებს უარყოფითი გადაწყვეტილების მიღების არგუმენტაციას განსაკუთრებით მაშინ, როცა მსჯავრდებულს საბჭოს გადაწყვეტილება სასამართლოში გასაჩივრებული აქვს და აქტის ბათილობასთან დაკავშირებით მიმდინარეობს დავა, ხშირია შემთხვევა, როცა მართლმსაჯულების განმახორციე-

ლებელი ორგანო სრულად აკმაყოფილებს მოსარჩელის სასარჩელო მოთხოვნას და გათავისუფლების შემდეგ პირი პენიტენციურ დაწესებულებას ისევ უბრუნდება ან გამამტყუნებელი განაჩენის დადგენის ანდაც მისი მხრიდან კიდევ ახალი დანაშაულის ჩადენის გამო. აქ შესაძლოა, ვიღაცას ის აზრიც გაუჩნდეს, რომ ამით ერთგვარად ირღვევა უდანაშაულობის პრეზუმფცია, თუმცა ვერ დავეთანხმები, ვინაიდან კონკრეტული გადაწყვეტილება მიღებულია განხილვის კონკრეტულ ეტაპზე და სარეზოლუციო ნაწილში კიდევ კეთდება შესაბამისი მითითება გადაწყვეტილების მიმღები ორგანოს მხრიდან, რომ იმ ეტაპისთვის, იგულისხმება კანონით გათვალისწინებული შეღავათის განხილვის ეტაპი დადებითი კონტექსტის კრიტერიუმებს გადაწონის უარყოფითი, რაც არ გულისხმობს იმას, რომ ამდაგვარი დასაბუთება სხვა დროსაც შესაძლოა იყოს, ეს ერთგვარად, საბჭოს მხრიდან, შესაძლოა შეფასდეს დადებითად იმ კუთხით, რომ კონკრეტულ ეტაპზე არ მოხდეს სასჯელის მიზნის მიუღწევლობა და დაწესებულების გარეთ მყოფი საზოგადოების საფრთხეში ჩაგდება. ერთი მხრივ, უპრიანიცაა ასე მოხდეს, ხოლო თუ იქნა ისე, რომ პირი გამართლდა, დაწესებულებაში განთავსებულ ბენეფიციარს უკვე შეუძლია თავიდან მიმართოს საბჭოს მითითებული შეღავათის გავრცელების თაობაზე, აქ, ამ შემთხვევაში, ადგილობრივი საბჭო შესაბამის გადაწყვეტილებას მიიღებს ახალ გარემოებებზე დაყრდნობით, საჯარო და კერძო ინტერესების აწონ-დაწონვისა და მათი შეპირისპირების საფუძველზე.

„საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში შემავალი სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების – სპეციალური პენიტენციური სამსახურის ადგილობრივი საბჭოების მიერ სასჯელის მოხდისაგან პირობით ვადამდე გათავისუფლების საკითხის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს №320 ბრძანებით²² დამტკიცებული წესით

22 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის №320 ბრძანება. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/>

ერთ – ერთ კრიტერიუმს წარმოადგენს სასჯელის მოხდის პერიოდში გამოყენებული დასჯა – ნახალისების ფაქტები, რაც ეფუძნება პენიტენციურ დაწესებულებაში მყოფი მსჯავრდებულის გამოვლენილ ქცევას, თუ რამდენად იცავს იგი სარეჟიმო მოთხოვნებს, იცავს თუ არა დაწესებულების დებულებით განსაზღვრულ წესებს და ა. შ. განმხილველი ორგანოს მიერ გადაწყვეტილების დასაბუთების ერთ – ერთ გამამყარებელ გარემოებად რეკომენდებულია გატარდეს შესაბამისი საკანონმდებლო ცვლილება ისეთი სახით, სადაც გაჩნდება ჩანაწერი, რომ აუცილებელი არ არის დისციპლინური სახდელი მოქმედი იყოს, ვინაიდან ეს წარმოადგენს მსჯავრდებულის პიროვნების ზოგად მახასიათებელს და ამით ფასდება თუ რა დამოკიდებულება აქვს პენიტენციურ დაწესებულებაში დადგენილ ქცევის წესებთან. ადგილობრივ საბჭოში შესულ შუამდგომლობების 21-ე პუნქტში ბევრჯერ ყოფილა შესაბამისი მონაცემები დატანილი არაერთგზის დისციპლინური სახდელის დადების, ქცევის დინამიკის შეფასების მიღმა დატოვება ვფიქრობ, გამოიწვევს მხოლოდ და მხოლოდ ბენეფიციარის ქმედებების გაუთვალისწინებლობას გადაწყვეტილების მიღებისას, რაც არამართებულია. ასეთ შემთხვევაში კი ისევ და ისევ, მივდივართ სასჯელის მიზნების შესახებ მსჯელობამდე, რომ თუ მსჯავრდებულის მხრიდან პენიტენციურ დაწესებულებაში გარკვეულ ეტაპზე ისევ იკვეთება ანტისოციალური ქცევის ტენდენციები, არის ალბათობა იმისა, რომ გათავისუფლების შემთხვევაშიც იგივე გამოვლინდეს. ამიტომ მნიშვნელოვანია, კანონით გათვალისწინებული შეღავათის გავრცელებაზე მსჯელობისას, მსჯავრდებულის არამოქმედი დისციპლინური სახდელი სხვა ფაქტორებთან ერთობლიობაში იქნას შეფასებული შესაბამისი შეფასებითი ნიშნებით, რის შემდეგაც საბჭოს მიერ მიღებული იქნება შესაბამისი გადაწყვეტილება.

ადგილობრივი საბჭო, როგორც ადმინისტრაციული ორგანო, ვალდებულია გადაწყვეტილება მიიღოს დისკრეციული უფლე-

ბამოსილების გამოყენების საფუძველზე, საჯარო და კერძო ინტერესების გათვალისწინებით. „ადმინისტრაციული ორგანოს დისკრეციული უფლებამოსილება მაშინ გვაქვს სახეზე, როდესაც სამართლის ნორმის ფაქტობრივი შემადგენლობისა და ფაქტის შესაბამისობის დადგენის შემთხვევაში მას რჩება შესაძლებლობა აირჩიოს შესაბამისი სამართლებრივი შედეგი“;²³ სადაც უნდა მოხდეს კონკრეტული საქმიდან თითოეული მხარის ინტერესების შეფასება, მეორე ინტერესთან შეპირისპირება და შემოწმება.²⁴ შესაძლოა, აქვე გაჩნდეს კითხვა თუ რამდენად უფლებამოსილია, ადგილობრივი საბჭო მხოლოდ ერთ კრიტერიუმს დაეყრდნოს დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლის საკითხის განხილვისას. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-2 მუხლის პირველი ნაწილის „ლ“ ქვეპუნქტის თანახმად,²⁵ დისკრეციული უფლებამოსილება ადმინისტრაციულ ორგანოს ან თანამდებობის პირს ანიჭებს თავისუფლებას საჯარო და კერძო ინტერესების დაცვის საფუძველზე კანონმდებლობის შესაბამისი რამდენიმე გადაწყვეტილებიდან შეარჩიოს ყველაზე მისაღები გადაწყვეტილება. აღნიშნული ნორმის გათვალისწინებით, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ადგილობრივი საბჭო შეზღუდული არ არის სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შეცვლის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღებისას პრიორიტეტი მიანიჭოს მხოლოდ ერთ ძირითად კრიტერიუმს, მაგალითად დანაშაულის ხასიათს, აქ საბჭო უფლებამოსილია, შეაფასოს თუ რამდენად მიზანშეწონილია მსჯავრდებულს შეეცვალოს დარჩენილი სასჯელი – შინაპატიმრობით. ეს კი ნაკარნახევი უნდა

23 ტურავა პ., (2020), „ზოგადი ადმინისტრაციული სამართალი“, თბილისი, გვ. 100.

24 ცხადაძე ქ., (2016), „კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პრინციპების რელევანტურობა ადმინისტრაციული სამართლისათვის“, სამეცნიერო-პოპულარული ჟურნალი ადმინისტრაციული სამართალი, თბილისი, გვ. 10.

25 საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-2 მუხლის 1-ელი ნაწილის „ლ“ ქვეპუნქტი. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16270?publication=43>> [ბოლო წვდომა 07.08.2023].

<[view/4289728?publication=0](https://matsne.gov.ge/document/view/4289728?publication=0)> [ბოლო წვდომა 01.08.2023].

იყოს საბჭოს წევრთა შინაგანი რწმენით და მხოლოდ და მხოლოდ ეფუძნებოდეს სადავო საკითხის ობიექტურ და სუბიექტურ გარემოებათა კვალიფიციურ შეფასებას. გამომდინარე აქედან, შესაძლოა მხოლოდ ერთი კრიტერიუმი გახდეს საფუძველი უარყოფითი ან სულაც დადებითი გადაწყვეტილების მიღებისა.

მნიშვნელოვანია, ყურადღება გამახვილდეს სახალხო დამცველის 2022 წლის ანგარიშის²⁶ იმ ნაწილზე, რომელიც ეხება ზეპირი მოსმენების ჩატარების წესს, რითაც სახალხო დამცველი რეკომენდაციას გასცემს შევიდეს ცვლილებები პატიმრობის კოდექსში და განისაზღვროს ადგილობრივი საბჭოს მიერ ზეპირი მოსმენების ჩატარების სავალდებულო კრიტერიუმები. ვფიქრობ, საკანონმდებლო ინიციატივა პატიმრობის კოდექსში ცვლილებების შეტანის შესახებ მიზანშეუწონელია, ვინაიდან, ამით ხდება საბჭოს დისკრეციული უფლებამოსილების დარღვევა. ამასთან, ყველა სავალდებულო კრიტერიუმი მოსალოდნელია ატარებდეს ზოგად ხასიათს, რომელთა გათვალისწინება დაუნერვლი ნორმების საფუძველზეც ხდება, გარდა ამისა, არის შემთხვევები, როცა საბჭოში წარმოდგენილი შუამდგომლობა და საქმის მასალები დამატებითი შეკითხვების გაჩენას სულაც არ საჭიროებს. შესაბამისად, სავალდებულო კრიტერიუმების გაწერა ზეპირ სხდომაზე არაგონივრულად დიდი მოცულობის საქმეთა განხილვას გამოიწვევს, რაც საკანონმდებლო ვადის დარღვევის რისკსაც წარმოშობს. ასევე, მხარეს ართმევს შესაძლებლობას ისარგებლოს დროული და ხარისხიანი მართლმსაჯულებით. გარდა ამისა, გასათვალისწინებელია ის გარემოებაც, რომ ადგილობრივი საბჭოს წევრთა საქმიანობა ანაზღაურების გარეშეა, ისინი დასაქმებულნი არიან სხვადასხვა დაწესებულებებში. თუ მოხდება ისე, რომ ადგილობრივი საბჭოს აპარატის ადამიანური რესურსები გაიზრდება, ამავდროულად, საბჭოს წევრებს სამართლიანი ანაზღაურება მიეცემათ, მაშინ შესაძლოა დაიწყოს მსჯელობაც მოცემული

საკანონმდებლო ცვლილების გატარების პროცესზე, თუმცა, დღევანდელი მონაცემებით და არსებული გარემოებების საფუძველზე, ამ ეტაპისთვის შეუძლებელიცააა შესაბამისი რეაგირების განხორციელება.

დღევანდელი მდგომარეობით თუ თვალს გადავავლებთ პატიმრობის კოდექსის 43-ე მუხლის მე-8 ნაწილს,²⁷ მისი შინაარსობრივი მხარე გარკვეულ ბუნდოვნებას წარმოშობს უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შეცვლის განხილვის თვალსაზრისით. ხსენებულ ნორმაში პირდაპირ არ არის გაწერილი, თუ მსჯავრდებულს დარჩენილი სასჯელის – შინაპატიმრობით შეცვლაზე შუამდგომლობა არ დაუკმაყოფილდა აქვს თუ არა მას უფლება ადგილობრივ საბჭოს მიმართოს დარჩენილი სასჯელის – საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომით შეცვლაზე. მოცემულ ნორმაზე მსჯელობა შესაძლოა წავიყვანოთ ორი მიმართულებით : პირველ შემთხვევაში, მსჯავრდებული აღვჭურვოთ მიმართვის უფლებით იმ თვალსაზრისით, რომ ბენეფიციარის შუამდგომლობა განხილულ იქნას საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომაზე, მიუხედავად იმისა, რომ დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლაზე უარის თქმიდან 6 თვე არ არის გასული და არგუმენტად მოვიყვანოთ ის გარემოება, რომ მას ხომ საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომით შეცვლაზე არ დაუკმაყოფილეს მოთხოვნა, ის, რომ შინაპატიმრობით არ შეუცვალეს დარჩენილი ნაწილი არ გულისხმობს შემაფერხებელ გარემოებას, ადგილობრივი საბჭოსთვის, რათა მან მომავალ სხდომაზე იმსჯელოს საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომით შეცვლაზე. ხოლო მეორე მსჯელობა განვავითაროთ ისე, რომ შევზღუდოთ განხილვის უფლება იმ თვალსაზრისით, რომ ვინაიდან ორივე სახის სასჯელი უფრო მსუბუქი სახისაა, სავალდებულოა, გავიდეს პატიმრობის კოდექსით დადგენილი ვადა იმ ფონზე, როცა თვით ნორმაც ზოგად ჩანაწერს გვთავაზობს მოცემულ თემასთან მიმართებით. თუ კარგად დავუ-

26 საქართველოს სახალხო დამცველის 2022 წლის სპეციალური ანგარიში, (2022), თბილისი, გვ.60.

27 საქართველოს პატიმრობის კოდექსის 43-ე მუხლის მე-8 ნაწილი. < <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=39> > [ბოლო წვდომა 07.08.2023].

კვირდებით ზემოხსენებული მუხლის შინაარს მივხვდებით, რომ სამართლებრივ ნორმაში ჩანანერი – „იმავე საკითხზე“ გულისხმობს ზოგადად, უფრო მსუბუქი სახის სასჯელის ყველა სახეს და არა კონკრეტულს, შესაბამისად, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ თუ მსჯავრდებულს უარი ეთქვა საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომით შეცვლაზე, სავალდებულოა, გავიდეს უარიდან 6 თვე, რათა მოხდეს შუამდგომლობის განხილვა დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლაზე. ასეთივე მსჯელობა განვითარებულია თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 29 აპრილის გადაწყვეტილებაში, სადაც სასამართლო იზიარებს მოპასუხის (ადგილობრივი საბჭოს) პოზიციას და აღნიშნავს, რომ კანონმდებელი სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის ორი სხვადასხვა სასჯელით შეცვლის შესახებ წარდგენილ შუამდგომლობაზე მსჯელობას შესაძლებლად მიიჩნევს 6-თვიანი ვადის დაცვით, აღნიშნული ვადის დაუცველად საგამონაკლისო წესით ან ერთდროულად წარდგენისას.²⁸

მხედველობაშია მისაღები, აგრეთვე, თუ რას გულისხმობს პატიმრობის კოდექსის 43-ე მუხლის მე-8 ნაწილში მითითებული ჩანანერი – „განსაკუთრებული გარემოება“.²⁹ არც ერთ სახელმძღვანელო აქტში პატიმრობის კოდექსის მსგავსად არ არის განწერილი განსაკუთრებულ გარემოებათა ჩამონათვალი ან რაიმე სახის განმარტება, რაც საბჭოს საშუალებას მისცემს კანონმდებლობით დადგენილი ვადის დარღვევით განიხილოს მსჯავრდებულის შუამდგომლობა დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლაზე. რეკომენდებულია, ამ თვალსაზრისით, გატარდეს შესაბამისი ცვლილებები პატიმრობის კოდექსში და მოცემული ნორმის „მკვდარ ჩანანერს“ მიეცეს ისეთი ახსნა, რაც ამ მიმართულებით პრაქტიკის განვითარებას ხელს

შეუწყობს. ერთ – ერთ განსაკუთრებულ გარემოებად შეიძლება მოვიზიაროთ, ის შემთხვევა, როდესაც მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანო ადგილობრივ საბჭოს ავალდებულებს გამოსცეს ახალი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ – სამართლებრივი აქტი მსჯავრდებულის მიმართ დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლის თაობაზე შუამდგომლობასთან დაკავშირებით. აქ, უკვე აღარ უნდა მოხდეს დაცდა თუ როდის გავა შინაპატიმრობაზე უარის თქმიდან 6 – თვიანი კანონმდებლობით დადგენილი ვადა. ვფიქრობ, ამ თემით დაინტერესებულ პირს ზემოხსენებული მსჯელობა დაეხმარება კიდევ უფრო მეტად განავითაროს მეცნიერო კვლევის პროცესი და გააფართოოს განსაკუთრებულ გარემოებათა ჩამონათვლის ოდენობა.

ასევე, გასაანალიზებელია, რამდენად შესაძლებელია ადგილობრივმა საბჭომ მსჯავრდებულის მოთხოვნით, სასჯელის მოუხდელი ნაწილის ორივე სახის მსუბუქი სასჯელით შეცვლასთან დაკავშირებით ერთდროულად განიხილოს შუამდგომლობები. თუ დავფიქრდებით, დავინახავთ, რომ მსჯავრდებული საბჭოს წინაშე თავად შუამდგომლობს კონკრეტული სახის მსუბუქი სასჯელის გამოყენებაზე და ადმინისტრაციული ორგანო გადაწყვეტილებას ხომ წარდგენილი მოთხოვნის ფარგლებში იღებს. საგულისხმოა, რომ კანონმდებელიც შუამდგომლობის ავტორს არ ზღუდავს მხოლოდ ერთი სახის სასჯელის გამოყენებასთან დაკავშირებით წარადგინოს მოთხოვნა/შუამდგომლობა, რაც საბჭოს შესაძლებლობას აძლევს, ორივე შუამდგომლობის ერთდროულად წარდგენის შემთხვევაში, იმსჯელოს და მიიღოს ერთი ან ორი სხვადასხვა გადაწყვეტილება. გამომდინარე აქედან, ვასკვნით, რომ სრულიად შესაძლებელია ერთ სხდომაზე ერთი მსჯავრდებულის მიმართ იხილებოდეს როგორც დარჩენილი სასჯელის საზოგადოებისათვის სასარგებლო შრომით შეცვლის საკითხი, ისე შინაპატიმრობის.

შინაპატიმრობა, რომ თავისუფლების აღკვეთის ეფექტური და რეალური ალტერნატივაა საქართველოში, ამაზე მეტყველებს

28 თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 29 აპრილის N3/3207-21 გადაწყვეტილება.

29 საქართველოს პატიმრობის კოდექსის 43-ე მუხლის მე-8 ნაწილი. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=39>> [ბოლო წვდომა 07.08.2023].

როგორც ზემოთ აღნიშნული დებულებები, ასევე, ის სტატისტიკური მონაცემები, რომლებიც ადასტურებს ადგილობრივი საბჭოების მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებათა ოდენობას დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლაზე, ასევე, მითითებულ ორგანოსთან მიმართვიანობის რაოდენობას. კერძოდ, 2022 წლის 12 თვის განმავლობაში განხილულ იქნა პენიტენციურ დაწესებულებაში განთავსებულ მსჯავრდებულთა მიმართ სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით – შინაპატიმრობით შეცვლასთან დაკავშირებით 2580 შუამდგომლობა. 270 მსჯავრდებულს შეეცვალა სასჯელის მოუხდელი ნაწილი შინაპატიმრობით (7 – ქალი და 263 მამაკაცი, მათ შორის 0 – არასრულწლოვანი მამაკაცი, 0 – არასრულწლოვანი ქალი); 2310 მსჯავრდებულს არ დაუკმაყოფილდა შუამდგომლობა სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შინაპატიმრობით შეცვლის შესახებ.³⁰ ერთადერთი, რაც კვლევის პროცესში გამოიკვეთა იყო ის გარემოება, რომ ამ ეტაპამდე არ ხდება არც სასამართლოს და არც ადგილობრივი საბჭოების მხრიდან ისეთი სტატისტიკის წარმოება, რაც დაანახებს საკითხით დაინტერესებულ პირს პენიტენციურ დაწესებულებაში შემობრუნებულ პირთა ოდენობას სქესობრივ – ასაკობრივ ჭრილში, გასამართლების საფუძვლების მითითებით. გამომდინარე აქედან, საჭიროა, შემუშავდეს ისეთი აღრიცხვის წესი, რაც ხსენებულ კონცეპტებს ერთობლიობაში, ერთი სტანდარტით წარმოადგენს, ჩაშლილი სახით. მთავარი მიზანია, ხომ ისაა, რომ მოხდეს შეფასება რამდენად ქმედითია სასჯელის სახე და ხომ არ მოუტანია მის გამოყენებას ზიანი საჯარო და კერძო ინტერესებისათვის, თუნდაც სასჯელის მიზნების მიუღწევლობის კუთხით.

ადგილობრივი საბჭოს პრაქტიკაზე დაკვირვებით, აგრეთვე, გამოიკვეთა საჭიროება მოხდეს იუსტიციის მინისტრის ბრძანების გამოცემა, რაც განსაზღვრავს შინაპატიმრობის აღსრულების რეჟიმის ცვლილების შე-

სახებ გადაწყვეტილების მიღების წესს. ეს ერთვარად გადაწყვეტილების მიღებ ორგანოს გაუმარტივებს მსჯლობის ჩამოყალიბების პროცესს, ასევე განსაზღვრავს გადაწყვეტილების დასაბუთებას. აუცილებელია, ბრძანებაში გაიწეროს შინაპატიმრობის აღსრულების რეჟიმის ცვლილების სახელმძღვანელო სტანდარტები – კრიტერიუმები, ერთ შეფასებით ნიშნად შესაძლოა მოვიაზროთ გათავისუფლებულ პირსა და დამსაქმებელს შორის გაფორმებული ხელშეკრულების არსებობა, რომლითაც დგინდება, რომ განსაზღვრული დრო ობიექტურად ხელს უშლის პირს მუშაობის სრულყოფილ განხორციელებაში სამუშაო სპეციფიკიდან გამომდინარე, აგრეთვე, შემდეგი კრიტერიუმი შეიძლება იყოს პირის ჯანმრთელობის მდგომარეობის ხარისხი, რომლითაც დასტურდება აუცილებლობა ცვლილება განხორციელდეს ადგილობრივი საბჭოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებაში, რადგან ბენეფიციარს სრულყოფილად გაეწიოს საჭირო დახმარება სამედიცინო პერსონალის მხრიდან და ა. შ. საბჭოს მიერ განსაზღვრული დრო მაქსიმალურად უნდა უწყობდეს ხელს გათავისუფლებულს მოახდინოს საზოგადოებაში რეაბილიტაცია, თუმცა ყურადღების მიღმა არ უნდა დარჩეს ისეთი შემთხვევაც, სადაც საჭიროა, განსაზღვრულ იქნას შედარებით მკაცრი რეჟიმი სადაც ისევ და ისევ დაბალანსებული უნდა იყოს როგორც კერძო, ისე საჯარო ინტერესები, ეს ისეთ შემთხვევებს ეხება, როცა სასამართლოს მხრიდან ადგილობრივ საბჭოს დაევალა ახალი აქტის გამოცემა მსჯავრდებულის გათავისუფლებაზე, რომლის შუამდგომლობაში მოცემული ფაქტობრივი გარემოებები ქმნის ხსენებული რეჟიმის დადგენის აუცილებლობას. განსაკუთრებით, ეს ეხება ისეთ შემთხვევებს, როცა ადგილობრივი საბჭოსა და მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანოს პოზიცია ერთმანეთისაგან რადიკალურად განსხვავებულია, პირი 5 კრიტერიუმიდან 4 აკმაყოფილებს უარი ეთქვას სასჯელის შეცვლაზე, ამ დროს კი სასამართლო სრულიად საპირისპირო პოზიციას აყალიბებს გამოტანილ გადაწყვეტილებაში. როგორც ვხედავთ,

30 <<http://sps.gov.ge/ka/public-information/2/>> [ბოლო წვდომა 21.08.2023].

ამ ეტაპისთვის არაერთი საკითხი დაგროვდა, რომელზე მსჯელობაც მოცემულ მომენტამდე არ მომხდარა სამეცნიერო საზოგადოებაში. ზემოხსენებული დებულებათა უმეტესობა პირველი ცდაა საკვლევი თემის კომპლექსური შესწავლის.

სასამართლო პრაქტიკა უფრო მსუბუქი სახის სასჯელის – შინაპატიმრობის გამოყენების საკითხთან მიმართებით

წინამდებარე თავში შინაპატიმრობის დანიშვნის საკითხი განხილული იქნება მხოლოდ სასამართლო პრაქტიკაზე დაყრდნობით, შერჩეულია მხოლოდ იმ საქმეთა ნაწილი, სადაც გამოვლენილია მცირე ხარვეზები, ეს ემსახურება არა სასამართლოს კრიტიკას ანდა გაკიცხვას, არამედ სამომავლოდ დარღვევათა აცილების, შეცდომათა რაოდენობის შემცირების პროცესს, რადგან დადგენილ იქნას ობიექტური ქეშმარიტება.

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს პრაქტიკის შესწავლისას ერთ-ერთ განაჩენში საათების განსაზღვრისას სისხლის სამართლის საქმეთა პალატა უთითებს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 69-ე მუხლის პირველ ნაწილზე – „შინაპატიმრობის პერიოდში 69-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად მას დაეკისროს თავის საცხოვრებელ ადგილას ყოფნის ვალდებულება 22:00 საათიდან 07:00 საათამდე“.³¹ განსაზღვრული შინაპატიმრობის რეჟიმთან დაკავშირებით სასამართლოს მხოლოდ ეს უნერია განაჩენში. რის საფუძველზე დაადგინა მოსამართლემ დროის ეს მონაკვეთი, რამდენად იქნა გათვალისწინებული კონკრეტული ფაქტობრივი გარემოებები რაც მისი განსაზღვრის აუცილებლობას წარმოაჩენს განაჩენიდან მსგავსი რამ არ იკვეთება. მიზანშეწონილია გარკვეული არგუმენტაცია დატანილი იყოს დასაბუთების ნაწილში შინაპატიმრობის გამოყენების თაობაზე მსჯელობისას.

31 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 27 ნოემბრის განაჩენი, საქმე №1ა/გ-27-17.

ძირითადი სასჯელის სახით შინაპატიმრობის დანიშვნისას საცხოვრებელ ადგილას ყოფნის ვალდებულებისა და დროის განსაზღვრული პერიოდის მიუთითებლობაზე შეტყვევებს თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2020 წლის 04 იანვრის განაჩენით, რომლითაც მცხეთის რაიონული სასამართლოს 2019 წლის 05 მაისის განაჩენში პ.ბ.-ს მიმართ, სასჯელის ნაწილში შევიდა ცვლილება. პ.ბ. ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 19,177-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენაში და სასჯელის სახედ და ზომად განესაზღვრა შინაპატიმრობა 2 (ორი) წლის ვადით. პ.ბ. პატიმრობიდან გათავისუფლდა სასამართლოს სხდომის დარბაზიდან. პ.ბ.-ს სასჯელის მოხდის ვადაში ჩათვალა პატიმრობაში ყოფნის დრო – 2018 წლის 10 იანვრიდან 2018 წლის 14 იანვრის ჩათვლით და 2019 წლის 05 მაისიდან 2020 წლის 04 იანვრამდე. განაჩენიდან აშკარად ჩანს, რომ თბილისის სააპელაციო სასამართლომ პ.ბ.-ს სასჯელის სახედ და ზომად განუსაზღვრა შინაპატიმრობა 2 წლის ვადით,³² თუმცა არ მიუთითა სარეჟიმო პირობებზე, რა პერიოდის განმავლობაში უნდა იმყოფებოდეს იგი საცხოვრებელ ტერიტორიაზე, ასევე, არ არის დადგენილი წესი, რაც ეხება საცხოვრებელ ადგილას ყოფნის ვალდებულებას. გამომდინარე აქედან, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ სასამართლოს მიერ დარღვეულ იქნა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 471 მუხლის პირველი ნაწილით განსაზღვრული წესი.³³

თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2017 წლის 20 ოქტომბრის განაჩენით, ლ.ჭ. ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 177-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული დანაშაულის ჩადენაში და სასჯელის სახედ და

32 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2020 წლის 04 იანვრის განაჩენი, საქმე №1ა/გ-04-20.

33 საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 471 მუხლის პირველი ნაწილი. <<https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=253>> [ბოლო წვდომა 21.09.2023].

ზომად განესაზღვრა შინაპატიმრობა 8 (რვა) თვის ვადით. ლ.ჭ.-ს დაეკისრა საცხოვრებელ ადგილზე ყოფნის ვალდებულება 03:00 საათიდან 08:00 საათამდე პერიოდში. ზემოაღნიშნული განაჩენიდან ირკვევა, რომ მოსამართლემ ლ.ჭ.-ს საცხოვრებელ ადგილას ყოფნის ვალდებულება დაუწესა ღამის 3 საათიდან დილის 8 საათამდე.³⁴ მიმაჩნია, რომ დაწესებული რეჟიმი არაგონივრულია იმ თვალსაზრისით, რომ პირის რეაბილიტაცია მოცემულ მომენტში სრულიად შეუძლებელია, მოცემულ შემთხვევაში აზრს მოკლებულია განათლების მიღების შესაძლებლობის საკითხის განხილვაც კი. გარდა ამისა, შესაძლოა მოცემულმა გარემოებამ ხელი შეუწყოს ისევ ახალი დანაშაულის განხორციელების პროცესს.

რაც შეეხება ადგილობრივი საბჭოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით არსებულ სასამართლო პრაქტიკას, გვერდს ვერ ავუვლით მათ არაერთგვაროვნებაზე მსჯელობას. ამისი ნათელი მაგალითია, თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 04 მარტისა³⁵ და 2022 წლის 28 თებერვლის³⁶ გადაწყვეტილებები, რომლებიც გამოტანილია ერთი და იგივე პირის მიმართ, იდენტური ფაქტობრივი გარემოებების საფუძველზე, ერთ შემთხვევაში მოსამართლემ ნაწილობრივ დააკმაყოფილა ლ.კ.-ს სასარჩელო მოთხოვნა, ხოლო მეორე შემთხვევაში არ დააკმაყოფილა, დასაბუთების ნაწილიც ისეა არგუმენტირებული განსაკუთრებულ სხვაობას ვერც კი შეამჩნევს მათი კითხვისას ობიექტურად მოაზროვნე პირი. ლ. კ. არაერთგვაროვნის იყო სასამართლო, მის მიმართ წარსულში გამოყენებული იქნა კანონით გათვალისწინებული შეღავათი, თუმცა ეს არ აღმოჩნდა შემდგომ მისი ქცე-

ვის შემცვლელი პოზიტიური გარემოება და კვლავ იქნა განხორციელებული ლ.კ.-ს მხრიდან სხვადასხვა ხასიათის დანაშაული, მათ შორის ყაჩაღობა. შესაბამისად, 2022 წლის 4 მარტის თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილების დასაბუთება მხოლოდ იმ საფუძველზე რომ გასაჩივრებული აქტი არ შეიცავს საკმარის დასაბუთებას ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ სადავო საკითხის უარყოფითად გადაწყვეტის მიზეზთან დაკავშირებით სადავოა, თუნდაც იმ კუთხით, რომ არანაირი მითითება არ არის გაკეთებული, თუ რა გარემოება დატოვა განმხილველმა ორგანომ შეფასების მიღმა და რატომ დააკმაყოფილა მისი სასარჩელო მოთხოვნა ნაწილობრივ, როცა სახეზეა 5 სახელმძღვანელო სტანდარტიდან 3 შეფასებითი ნიშნის არსებობა მის საქმეში. არგუმენტაცია, რომ ეს მოსამართლის შინაგანა რწმენით იყო ნაკარნახევი, საკმარის დასაბუთებას მოცემულ შემთხვევაში არ წარმოადგენს. მიზანშეწონილია, მსგავსი გარემოებების არსებობისას სასამართლო პრაქტიკა ისე განვითარდეს რაღაც საერთო სტანდარტი ჩამოყალიბდეს და ადგილი არ ჰქონდეს არაერთგვაროვან გადაწყვეტილებათა მიღებას.

კვლევის პროცესში გამოიკვეთა ისეთი შემთხვევებიც, როცა მართმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანოდან სრულიად დაუსაბუთებელი გადაწყვეტილებები იქნა მიღებული ადგილობრივი საბჭოს გამოტანილ შედეგებთან, რომელიც უშუალოდ ეხება მსჯავრდებულთა დარჩენილი სასჯელის – შინაპატიმრობით შეცვლის საკითხს. საილუსტრაციოდ წარმოგიდგენთ, თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2020 წლის 14 დეკემბრის გადაწყვეტილებას, რომლითაც გ.ჭ.-ს სარჩელი ნაწილობრივ დააკმაყოფილდა. საბჭომ გ.ჭ.-ს დარჩენილი სასჯელის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით – შინაპატიმრობით შეცვლის საკითხის განხილვისას გაითვალისწინა მსჯავრდებულის დამოკიდებულება დაწესებულების ადმინისტრაციასთან და მისი პიროვნული მახასიათებლები. სასჯელის მოხდის პერიოდში წახალისების ფაქტი, თუმცა ყურადღება გაამახვილა დანაშაულის

34 ვარძელაშვილი ი., (2020), „სასჯელის დანიშნის ზოგიერთი საკითხი (სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი)“, თბილისი, გვ.28-29.
 35 თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 04 მარტის N3/7692-21 გადაწყვეტილება.
 36 თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 28 თებერვლის N/8099-21 გადაწყვეტილება.

ხასიათზე, სახეზე იყო დანაშაულთა ერთობლიობა, კერძოდ, კი გ.ჯ.-ს მხრიდან განხორციელდა ჯანმრთელობის დაზიანების მუქარა. ამასთან, არასრულწლოვნის თანდასწრებით ოჯახში ძალადობა, რამაც დაზარალებულის ფიზიკური ტკივილი და ტანჯვა გამოიწვია. გარდა ამისა, მხედველობაში იქნა მიღებული ის, ფაქტი, რომ გ.ჯ.-ს წარსულში ნასამართლევი იყო საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის – თაღლითობის ჩადენისათვის. შესაბამისად, ადგილობრივი საბჭოს მიერ მსჯავრდებულის შესახებ საკითხის განხილვისას განსაკუთრებით უარყოფითი გავლენა იქონია ჩადენილი დანაშაულის ხასიათმა, თუ რა გარემოებაში და რა ვითარებაში იქნა განხორციელებული დანაშაული, ასევე, წარსულში ნასამართლობამ. შესაბამისად, იმ მომენტისათვის მიიჩნია, რომ იუსტიციის მინისტრის 320 ბრძანებით განსაზღვრული კრიტერიუმების თანმხლები ნეგატიური მოსაზრებები ვერ გააბათილა და ვერ გადაწონა სხვა დადებითი კონტექსტის კრიტერიუმებმა. ამ ფაქტობრივი გარემოებების ფონზე კი მოსამართლემ გ.ჯ.-ს სასარჩელო მოთხოვნა ნაწილობრივ დააკმაყოფილა იმ დასაბუთებით, რომ მეუღლე გ.ჯ. პატიობს მის მიმართ ჩადენილ არაკანონიერ ქმედებას და მასთან პრეტენზია არ გააჩნია.³⁷ მოცემულ შემთხვევაში, მოსამართლემ როგორც ვხედავთ, უკუაგდო საბჭოს სახელმძღვანელო სტანდარტით განსაზღვრული კრიტერიუმები და წინა პლანზე წამოწია საქმეში არსებული დაზარალებულის ნოტარიულად დამოწმებული თანხმობა, იმ ფონზე, როცა დაზარალებულის პოზიცია საერთოდ არ არის ხსენებული აქტით დადგენილი შეფასებითი ნიშანი. რა თქმა უნდა, ეს პოზიცია არ უნდა გავიგოთ, ისე თითქოს, მნიშვნელობა არ აქვს მსხვერპლის აზრის გაგებას, თუმცა მხოლოდ ამ საფუძვლით სასარჩელო მოთხოვნის ნაწილობრივ დაკმაყოფილება სრულიად უსაფუძვლოა. ვფიქრობ, საბჭომ მართებულად მიიღო გ.ჯ.-ს მიმართ დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლა-

ზე უარყოფითი გადაწყვეტილება, სწორედ მისი პოზიტიური ვალდებულება იზრუნოს არასრულწლოვნებისათვის ნორმალური ცხოვრების პირობების შექმნაზე. უსაფრთხო გარემოში ცხოვრებაზე. არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტი პირველ რიგში ხომ მის უსაფრთხოებას, ჯანმრთელობის დაცვას, ნორმალურ ფიზიკურ, ზნეობრივ და გონებრივ განვითარებაზე ზრუნვას გულისხმობს, გამომდინარე აქედან, მოსამართლესაც მხედველობაში უმთავრესად უნდა მიეღო ხსენებული გარემოებები.

რაც შეეხება ზემდგომ ინსტანციაში არსებულ პრაქტიკას, ვითარება გვესახება შემდეგნაირად: სააპელაციო სასამართლო იშვიათად ცვლის პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ გამოტანილ გადაწყვეტილებებს, უცვლელად დატოვების სამართლებრივ შეფასებაში ძირითადად აღნიშნულია, რომ საქალაქო სასამართლოს მიერ ფაქტობრივი გარემოებები სწორად შეფასებულია და გადაწყვეტილების სამართლებრივი საფუძვლიანობა ეჭვს არ იწვევს. საგამონაკლისო წრეშია შესული თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 21 ნოემბრის №3/6450-19 გადაწყვეტილების ცვლილება, რომლითაც მსჯავრდებულის სარჩელი სრულად დაკმაყოფილდა. საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან გამომდინარე, თბილისის სააპელაციო სასამართლომ ადგილობრივი საბჭოს საჩივარი დააკმაყოფილა ნაწილობრივ და ადმინისტრაციულ ორგანოს დაავალა საქმის ხელახლა განხილვა საქმისათვის არსებითი მნიშვნელობის გარემოებების გამოკვლევის ფონზე.³⁸

საკასაციო სასამართლოს შემთხვევაში სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრების პრაქტიკა რამდენიმე თვეა, რაც დაინერგა სასჯელაღსრულების სისტემაში, ამ ეტაპისთვის უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის განჩინებათა უმრავლესობა ეხება სააპელაციო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის განჩინებაზე კასატორის საჩივრის განუხილველად დატოვებას, ასე-

37 თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2020 წლის 14 დეკემბრის N3/4313-20 გადაწყვეტილება.

38 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 11 სექტემბრის №3ბ/295-19 გადაწყვეტილება.

თია, თუნდაც, უზენაესი სასამართლოს 2023 წლის 30 მაისის განჩინება, რითიც ე. ე.-ს საკასაციო საჩივარი განუხილველად დატოვა საკასაციო სასამართლომ და განჩინება ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის პირველი მუხლის, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-60, 396-ე, 399-ე მუხლების გამოყენებით გამოიტანა.³⁹

შინაპატიმრობის შედარებით-სამართლებრივი დახასიათება

მოცემულ თავში მოხდება განხილვა საზღვარგარეთის ქვეყნების სამართლებრივი ტრადიციებისა და გამოცდილების ფონზე შინაპატიმრობის გამოყენების თავისებურებების.

ელექტრონული სამაჯური პირველად 1983 წელს აშშ-ში იქნა შემოღებული და მაშინვე მსოფლიოს სხვა ქვეყნების კრიმინოლოგთა ყურადღების ცენტრში მოექცა. მისი მიზანი გადატვირთული ციხეების განტვირთვა იყო. აშშ-ის შემდეგ ელექტრონული ზედამხედველობა 1998 წლიდან 2000 წლამდე შემოღებულ იქნა ევროპის ქვეყნებში, შვედეთში, დიდ ბრიტანეთში, ნიდერლანდებში. მოგვიანებით კი, შვეიცარიაში, ესპანეთში, პორტუგალიაში, იტალიაში, საფრანგეთში, ბელგიასა და გერმანიაში ან როგორც კოდიფიცირებული ვალდებულება ან სასჯელი, ანდა როგორც საცდელი პროექტი. ელექტრონული სამაჯური განსაკუთრებულად გავრცელდა შვედეთში, დიდ ბრიტანეთში, ნიდერლანდებსა და ბელგიაში. სამხრეთ ევროპის ქვეყნებში კი მათ შედარებით ნაკლებად იყენებენ.⁴⁰

ზოგიერთი ქვეყნის კანონმდებლობით უბრალოდ შეცვლილია შინაპატიმრობის სახელწოდება და მას სახლიდან გაუსვლელობას უწოდებენ. ასეთ სახელმწიფოს წარმოადგენს სლოვაკეთი. სლოვაკეთის სისხლის

სამართლის კოდექსის თანახმად, პირს შესაბამისი სამართალდარღვევისათვის სახლიდან გაუსვლელობა ეკისრება 1 წლამდე ვადით. დამნაშავეებს, რომელთაც მიესაჯათ სახლიდან გაუსვლელობა ექვემდებარებიან შემდეგ პირობებს:

- დამნაშავე ვალდებულია დარჩეს სახლში იმ გარკვეული დროით, რომელიც
- სასამართლოს გადაწყვეტილებითაა დადენილი;
- დამნაშავე ვალდებულია მიჰყვეს წესიერ ცხოვრებას;
- დამნაშავე ვალდებულია წარუდგინოს სათვალთვალ ელექტრონულ მონიტორინგს საჭირო ანგარიში, თუ ეს სასამართლო გადაწყვეტილებით აქვს დაკისრებული;
- დამნაშავეს უფლება აქვს დატოვოს საკუთარი სახლი მხოლოდ მაშინ, როცა ის ეფუძნება გადაუდებელ მიზეზებს საჭირო დროის განმავლობაში.

ამ პირობების ნებისმიერმა დარღვევამ შეიძლება გამოიწვიოს დაკისრებული ალტერნატიული სასჯელის გაუქმება. თუ ეს ასეა, სასამართლო სახლიდან გაუსვლელობის შეუსრულებელი ვადის ორ დღეს შეცვლის თავისუფლების აღკვეთის 1 დღედ. სლოვაკეთის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი არ ითვალისწინებს სპეციალურ ნორმას ელექტრონული თვალთვალის შესახებ. დამნაშავეზე ზედამხედველობა სრულდება პრობაციისა და მედიაციის ოფიცრების მიერ, ალბათ დამნაშავეს სახლში ვიზიტების გზით. სლოვაკეთის რესპუბლიკაში ჯერ კიდევ განხილვის სტადიაშია სპეციალური აქტი – გამოყენებულ იქნეს თუ არა ელექტრონული მონიტორინგი. არსებობს მრავალი საკითხი, რომელიც საჭიროებს აუცილებლად მოგვარებას, სანამ კანონპროექტს მიიღებენ, მაგალითად: რა სახის ელექტრონული მონიტორინგები უნდა იქნას გამოყენებული, დამნაშავეს ღირსების საკითხები; დამნაშავესა და მისი ოჯახის კონფიდენციალურობის ფარგლები; სახლიდან გაუსვლელობის სასჯელის აღსრულების ეთიკის ასპექტები; სექსუალურ და ოჯახური ძალადობის დამნაშავე პირთა საკითხები.⁴¹

39 უზენაესი სასამართლოს 2023 წლის 30 მაისის Nბს-283(კ-23) განჩინება.

40 ავტორთა კოლექტივი, (2016), „სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში“, თბილისი, გვ. 700.

41 Tobiasova L., (2007), “Development And Construction

ელექტრონული სამაჯურის სამშობლოში, აშშ-ში, როგორც წესი, ეს მოწყობილობა დანაშაულის განხორციელების დაბალი რისკის მქონე პირთა მიმართ გამოიყენება. ესენია პირები, რომლებმაც ჩაიდინეს ჯანმრთელობის მსუბუქი დაზიანება, საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული მსუბუქი ან საშუალო სიმძიმის დანაშაული, რომლებიც რეციდივის ალბათობის დაბალი საშიშროებით ხასიათდებიან და მყარი სოციალური ფონის ნაწილებად გვევლინებიან. განსაკუთრებით ხშირად ეს სასჯელი გამოიყენება აშშ-ისა და შვედეთში არაფხიზელ მდგომარეობაში მყოფი მძღოლების მიმართ, რომელთაც ჩაიდინეს დანაშაული.⁴²

ელექტრონული სამაჯური ინგლისში ძირითადად საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული, სატრანსპორტო და ნარკოტიკული დანაშაულებისათვის გამოიყენება.

ნიდერლანდებში 1995 წლიდან ელექტრონული სამაჯურის გამოყენების საპილოტო პროგრამები ხორციელდება. ელექტრონული სამაჯური გამოიყენება არა მხოლოდ იმ პირთა მიმართ, რომლებსაც უცილობლად მოკლევადიანი თავისუფლების აღკვეთა ემუქრებათ, არამედ აგრეთვე პირობით ვადამდე გათავისუფლების დროსაც. ნიდერლანდებში ელ. სამაჯურისა და საზოგადოებრივად სასარგებლო შრომის კომბინაციასაც ვხვდებით.⁴³

ესპანეთში სახლიდან გაუსვლელობა (შიდა პატიმრობა) მსჯავრდებულებს ეკისრებათ მაქსიმუმ, 12 დღემდე. დამნაშავე, რომელსაც სახლიდან გაუსვლელობა მიესაჯა, ვალდებულია მასზე დაკისრებული სასჯელი მოიხადოს თავის სახლში ან სხვაგან, როგორც ეს განსაზღვრულია მოსამართლისგან სასამართლოს განაჩენით. განაჩენი შესაძლოა აღსრულებული იქნას ნაწილ-ნაწილ, ანუ ერთჯერ ან მეტჯერ შეწყვეტით. განაჩენის სა-

ნგრძლივობა უცვლელი რჩება, თუმცა ეს მუშაობს არაგანგრძობითად, მხოლოდ შაბათს და კვირას (შაბათ-კვირას (უიქენდზე) სახლიდან გაუსვლელობა). შაბათ-კვირას (უიქენდზე) სახლიდან გაუსვლელობა ინიშნება განაჩენის გამოტანის დროს და ის, როგორც წესი მუშაობს ციხეში, რომელიც ყველაზე ახლოსაა დამნაშავეს საცხოვრებელ ადგილთან. მოსამართლეს ან სასამართლოს განაჩენის დანიშვნის მეშვეობით, შეუძლიათ დანიშნონ შიდა პატიმრობა კვირის სხვა დღეებში ან სხვა ადგილას. თუ დამნაშავეს აქვს ორი არასანქცირებული გამოუცხადებლობა (უყურადღებობა) ზემდგომ მოსამართლეს შეუძლია დანიშნოს სასჯელი ყოველგვარი შეფერხების (შენწყვეტის) გარეშე. ამჟამად, ესპანეთი იხილავს კანონპროექტს (შაბათ-კვირას (უიქენდზე) სახლიდან გაუსვლელობის) გაუქმების თაობაზე, რადგან იგი არის არაეფექტური, რასაც ამ ტიპის სასჯელის შვიდწლიანი (არდამაკმაყოფილებელი) გამოცდილება უჩვენებს.⁴⁴

გერმანიის მიწათაგან ჰესენის მიწას ელექტრონული სამაჯურის გამოყენების ყველაზე დიდი გამოცდილება აქვს. ამ მხარემ კონტროლის ეს ახალი საშუალება 2000 წლიდან დაწერა. ჰესენის საპილოტო პროექტი ელექტრონული სამაჯურის გამოყენებას შემდეგ შემთხვევებში ითვალისწინებდა:

1. პირობითი მსჯავრის შეფარდებისას მოვალეობის დაკისრება;
2. პირობითი მსჯავრის გაუქმების მაგიერ;
3. ქცევაზე კონტროლისას პრევენციული პატიმრობის შემდეგ;
4. წინასწარი პატიმრობის მაგიერ და მოგვიანებით ასევე;
5. ჰესენის მიწის შეწყალების შესახებ კანონით შეწყალებისას;
6. შემდგომ კი ამ ჩამონათვალს დაემატა არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის განსაკუთრებული ღონისძიება. არასრულწლოვანთა „წინასწარი გათავისუფლება“ სასჯელის მოხდა-

of the European Legal System, Alternative Penalties“ Bratislava, p. 271.

42 Kubik, (2001), “Strafen und ihre Alternativen im Zeitlichen Wandel“, Berlin , S:618.

43 Önel, (2012), Verfassungsmäßigkeit und Effektivität der „Elektronischen Fußfessel“, in: Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Institutes der Leibniz Universität Hannover, B. 1, S: 13.

44 Tobiasova L., (2007), “Development And Construction of the European Legal System, Alternative Penalties“ Bratislava, p. 272.

მდე ოთხი თვით ადრე, თავისუფლების პირობებთან ადაპტაციისათვის.

ყველა ამ შემთხვევაში ელექტრონული სამაჯურის გამოყენება შეიძლება მხოლოდ და მხოლოდ მაშინ, როდესაც მის გარეშე თავისუფლების აღკვეთის გამოყენება გადაუდებელი აუცილებლობა იქნებოდა. ამგვარად, ელექტრონული სამაჯური ჰესენში ორ ფუნქციას ასრულებს. ესაა ან უცილობელი თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატივა, ანდა პრევენციული პატიმრობიდან გათავისუფლებულზე ზედამხედველობის საშუალება.⁴⁵

ზოგიერთ ქვეყანაში ელექტრონული ზედამხედველობის ხარჯის ნაწილს მსჯავრდებული ანაზღაურებს. ავსტრიაში ეს თანხა ყოველდღიურად 22 ევროს შეადგენს.⁴⁶

შედარებითი ანალიზი ცხადყოფს, რომ საქართველოში არსებული სისტემა რადიკალურად განსხვავებულია ჯერ კიდევ იმ თვალსაზრისით, რომ არ ხდება შინაპატიმრობის ფორმებად დაყოფა, აგრეთვე, შინაპატიმრობის ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალებით აღსრულების შემთხვევაში დაწესებული საფასურის ოდენობაც განსხვავებულია, ასევე, არ ხდება სოც. დაუცველთა გათავისუფლება ხსენებული გადასახადის გადახდისაგან, კვლევის პროცესში ვერ იქნა მოძიებული ისეთი, ნორმა რომელიც არეგულირებს ავსტრიაში ყოველდღიურად 22 ევროს გადახდისაგან გათავისუფლებულ პირთა წრეს, აქვე გასათვალისწინებელია, ის ფაქტორიც, რომ შინაპატიმრობის დანიშვნის გადანაცვების მიმღები ორგანო და მისი საქმიანობის წესი, ფუნქციებთან ერთად ჩვენი ქვეყნისაგან რადიკალურად განსხვავებულია.

დასკვნა

როგორც ვხედავთ, შინაპატიმრობა, თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატიულ სახეს წარმოადგენს და ქართული კანონმდებლობისთვის უცხო არ არის, სასამართლო პრაქტიკამ და განვლილმა პერიოდმა აშკარად, მთელი სიცხადით, წარმოაჩინა მისი დადებითი და უარყოფითი მხარეები, რომელიც წინამდებარე სტატიაში განხილულ იქნა ზოგად სამართლებრივი დახასიათებით.

პრაქტიკული და სამეცნიერო მასალების შესწავლის შედეგად მიზანშეწონილად მიმაჩნია, ჩამოაყალიბდეს რამდენიმე დებულება, რომელიც წინამდებარე თემასთან მიმართებით არსებული ხარვეზების ნოვატორულ გადანაცვლებას მოიცავს:

მიზანშეწონილია, შინაპატიმრობა, განიშარტოს როგორც არასაპატიმრო სასჯელის სახე, რომელიც გულისხმობს სამართლებრივი აქტით დადგენილ, დღე-ღამის შესაბამის პერიოდში, მსჯავრდებულის/არასრულწლოვნის საცხოვრებელ ადგილზე მის უწყვეტად ყოფნის ვალდებულებას, რაც აღსრულდება ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენებით ანდა ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენების გარეშე იმ შემთხვევაში, თუ ტექნიკურად შეუძლებელია ელექტრონული ზედამხედველობის საშუალების გამოყენებით სასჯელის აღსრულება.

საქართველოს კანონმდებლობა შინაპატიმრობის განსხვავებულ ვადებს გვთავაზობს სრულწლოვან მსჯავრდებულთა და არასრულწლოვან პირებთან დაკავშირებით, სრულწლოვანი პირის შემთხვევაში ნასამართლობის არმქონე პირს ექვსი თვიდან ორ წლამდე ვადით შესაძლოა, დაენიშნოს შინაპატიმრობა, ხოლო არასრულწლოვანს ექვსი თვიდან 1 წლამდე, როგორც ეს რეგულირებულია არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 69-ე მუხლის მე-2 ნაწილით. აშკარაა, რომ სასჯელის ქვედა ზღვარს შორის სხვაობა არაა როგორც არასრულწლოვან, ისე სრულწლოვან პირთა მიმართებით, ხოლო ზედა ზღვარი იდენტური არაა, ეს კი არაპროპორციულობაზე მეტყველებს,

45 Mayer M. (2004), „Modellprojekt elektronische Fußfessel“, Freiburg im Breisgau, S:16.

46 მჭედლიშვილი-ჭედრიანი ქ., (2017) შინაპატიმრობა, როგორც თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატივა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში – ისტორიული, სამართლებრივი ასპექტები და დანიშვნის თავისებურება, სისხლის სამართლის აქტუალური საკითხები, N1, გვ.70.

ვფიქრობ, ამ კუთხით, მიზანშეწონილია, გარკვეული საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება ისევ და ისევ არასრულწლოვანთა საუკეთესო ინტერესებისათვის, თუნდაც სამ თვემდე ქვედა ზღვრის ჩამონევა უკვე ხნის ყოველგვარ ეჭვს არაპროპორციულ ზომასთან მიმართებით.

მხედველობაშია მისაღები ის ფაქტიც, რომ ამ დრომდე არ არსებობს მოქმედ კანონმდებლობაში ისეთი სამართლებრივი ჩანაწერი, რაც მოაწესრიგებს შინაპატიმრობის რეჟიმის განსაზღვრის ძირითად წესსა და პირობებს, რითაც გათვალისწინებული იქნება პიროვნების ინდივიდუალური მახასიათებლები და სხვადასხვა სახის გარემოებები, რაც ნათლად წარმოაჩენს გადაწყვეტილების მიმღები ორგანოს მხრიდან იმ ძირითად საფუძვლებს, რაც გახდა ძირითადი არგუმენტი კონკრეტული დროის მონაკვეთის განსაზღვრის.

მიზანშეწონილია, გაიწეროს იუსტიციის მინისტრის N320 ბრძანებაში მე-6 კრიტერიუმად ისეთი შეფასებითი ნიშანი, როგორიცაა სხვა სისხლის სამართლის საქმეზე შემატყაველი გადაწყვეტილების მიუღებლობა.

მნიშვნელოვანია, კანონით გათვალისწინებული შეღავათის გავრცელებაზე მსჯელობისას მსჯავრდებულის არამოქმედი დისციპლინური სახდელი სხვა ფაქტორებთან ერთობლიობაში იქნას შეფასებული შესაბამისი შეფასებითი ნიშნებით, რის შემდეგაც საბჭოს მიერ მიღებული იქნება შესაბამისი გადაწყვეტილება.

დადგინდა, რომ ადგილობრივი საბჭო შეზღუდული არ არის სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის სასჯელით შეცვლის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღებისას პრიორიტეტი მიანიჭოს მხოლოდ ერთ ძირითად კრიტერიუმს, მაგალითად დანაშაულის ხასიათს, აქ საბჭო უფლებამოსილია, შეაფასოს, თუ რამდენად მიზანშეწონილია მსჯავრდებულს შეეცვალოს დარჩენილი სასჯელი – შინაპატიმრობით. ეს კი ნაკარნახევი უნდა იყოს საბჭოს წევრთა შინაგანი რწმენით და მხოლოდ და მხოლოდ ეფუძნებოდეს სადავო საკითხის ობიექტურ და სუბიექტურ გარემოებათა კვალიფიციურ შეფასებას. გა-

მომდინარე აქედან, შესაძლოა მხოლოდ ერთი კრიტერიუმი გახდეს საფუძველი უარყოფითი ან სულაც დადებითი გადაწყვეტილების მიღების.

სავალდებულო კრიტერიუმების განწერა ზეპირ სხდომაზე არაგონივრულად დიდი მოცულობის საქმეთა განხილვას გამოიწვევს, რაც საკანონმდებლო ვადის დარღვევის რისკსაც წარმოშობს, ასევე, მხარეს ართმევს შესაძლებლობას ისარგებლოს დროული და ხარისხიანი მართლმსაჯულებით.

კანონმდებელი სასჯელის მოუხდელი ნაწილის უფრო მსუბუქი სახის ორი სხვადასხვა სასჯელით შეცვლის შესახებ წარდგენილ შუამდგომლობაზე მსჯელობას შესაძლებლად მიიჩნევს 6-თვიანი ვადის დაცვით, აღნიშნული ვადის დაუცველად საგამონაკლისო წესით ან ერთდროულად წარდგენისას.

არც ერთ სახელმძღვანელო აქტში პატიმრობის კოდექსის მსგავსად არ არის განწერილი განსაკუთრებულ გარემოებათა ჩამონათვალი ან რაიმე სახის განმარტება, რაც საბჭოს საშუალებას მისცემს კანონმდებლობით დადგენილი ვადის დარღვევით განიხილოს მსჯავრდებულის შუამდგომლობა დარჩენილი სასჯელის შინაპატიმრობით შეცვლაზე. რეკომენდებულია, ამ თვალსაზრისით, გატარდეს შესაბამისი ცვლილებები პატიმრობის კოდექსში და მოცემული ნორმის „მკვდარ ჩანაწერს“ მისცეს ისეთი ახსნა, რაც ამ მიმართულებით პრაქტიკის განვითარებას ხელს შეუწყობს.

კანონმდებელი შუამდგომლობის ავტორს არ ზღუდავს მხოლოდ ერთი სახის სასჯელის გამოყენებასთან დაკავშირებით წარადგინოს მოთხოვნა/შუამდგომლობა, რაც საბჭოს შესაძლებლობას აძლევს ორივე შუამდგომლობის ერთდროულად წარდგენის შემთხვევაში იმსჯელოს და მიიღოს ერთი ან ორი სხვადასხვა გადაწყვეტილება.

კვლევის პროცესში გამოიკვეთა იყო ის გარემოება, რომ ამ ეტაპამდე არ ხდება არც სასამართლოს და არც ადგილობრივი საბჭოების მხრიდან ისეთი სტატისტიკის წარმოება, რაც დაანახებს საკითხით დაინტერესებულ პირს პენიტენციურ დაწესებულებაში შემობრუნებულ პირთა ოდენობას სქესობ-

რიგ-ასაკობრივ წრილში გასამართლების საფუძვლების მითითებით. გამომდინარე აქედან, საჭიროა, შემუშავდეს ისეთი აღრიცხვის წესი, რაც ხსენებულ კონცეპტებს ერთობლიობაში, ერთი სტანდარტით წარმოადგენს, ჩაშლილი სახით.

ადგილობრივი საბჭოს პრაქტიკაზე დაკვირვებით, აგრეთვე, გამოიკვეთა საჭიროება მოხდეს იუსტიციის მინისტრის ბრძანების გამოცემა, რაც განსაზღვრავს შინაპატიმრობის აღსრულების რეჟიმის ცვლილების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების წესს.

სტატიაში შერჩეულია, მხოლოდ იმ საქმეთა ნაწილი, სადაც გამოვლენილია მცირე ხარვეზები, ეს ემსახურება არა სასამართლოს

კრიტიკას ანდა გაკიცხვას, არამედ სამომავლოდ დარღვევათა აცილების, შეცდომათა რაოდენობის შემცირების პროცესს, რადგან დადგენილ იქნას ობიექტური ქეშმარიტება.

გამოკვეთილ იქნა, არაერთგვაროვანი პრაქტიკის არსებობა ადგილობრივი საბჭოების მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით.

შედარებით-სამართლებრივი ანალიზის ჩატარებით ეროვნულ დონეზე არსებული სისტემა შედარდა საერთაშორისო დონეზე ცნობილ მოდელებს, გამოიკვეთა საზღვარგარეთის ქვეყნების სამართლებრივი ტრადიციებისა და გამოცდილების ფონზე შინაპატიმრობის გამოყენების თავისებურებები.

ბიბლიოგრაფია:

ქართულენოვანი ლიტერატურა:

1. ავტორთა კოლექტივი, (2016), „სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში“, თბილისი.
2. ბენიძე ვ., (2003), „დაპატიმრებისა და შინაპატიმრობის აღკვეთის ღონისძიებად გამოყენების თავისებურებანი“, (დის.), თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი.
3. ვარძელაშვილი ი., (2020), „სასჯელის დანიშნის ზოგიერთი საკითხი (სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი)“, თბილისი.
4. ხერხეულიძე ი., (2014), „პრობაციის ინსტიტუტი – არასრულწლოვან დამნაშავეთა რეინტეგრაციის უზრუნველყოფის ინსტიტუტი (საქართველოსა და აშშ-ის სისხლისსამართლებრივი მიდგომის ანალიზი)“, მზია ლეკვეიშვილი 85, საიუბილეო სტატიათა კრებული, თბილისი.
5. ტურავა პ., (2020), „ზოგადი ადმინისტრაციული სამართალი“, თბილისი.
6. პრადელი ჟ., (1999), „შედარებითი სისხლის სამართალი“, თბილისი.
7. მჭედლიშვილი-ჰერიხი ქ., (2017), „შინაპატიმრობა, როგორც თავისუფლების აღკვეთის ალტერნატივა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში-ისტორიული, სამართლებრივი ასპექტები და დანიშვნის თავისებურება“, სისხლისსამართლის აქტუალური საკითხები, N1, თბილისი.
8. ცხადაძე ქ., (2016), „კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პრინციპების რელევანტურობა ადმინისტრაციული სამართლისათვის“ სამეცნიერო – პოპულარული ჟურნალი ადმინისტრაციული სამართალი, თბილისი.

უცხოენოვანი ლიტერატურა:

1. Schmidt A., (1998), „Electronic monitoring: What does the literature tell us?“ Federal Probation, 62(2).
2. Josine Junger-Tas., (1994), „Alternatives to prison sentences, experiences and developments“, Copyright 1994 Kugler Publications – Amsterdam / NeW York.
3. Dodgson K., Mortimer E., (2000), „Home detention curfew _ The First Year Of Operation“, Research Findings.
4. Tobiasova L., (2007), „Development And Construction of the European Legal System, Alternative Penalties“, Bratislava.
5. Макалинский.П.В. ,(1907), „ Практическое руководство для судебных следователей“, Изд-во б-е, СПб.
6. Люблинский П.И., (1906),„Свобода личности в уголовном процессе“, СПб.
7. Ибрагимов Т., (2017), „ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ДОМАШНЕГО АРЕСТА КАК МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ В РОССИИ“, Новосибирск.
8. Kubik., (2001),„Strafen und ihre Alternativen im Zeitlichen Wandel“, Berlin.
9. Mayer M., (2004), „Modellprojekt elektronische Fußfessel“, Freiburg im Breisgau.
10. Önel.,(2012)Verfassungsmäßigkeit und Effektivität der „Elektronischen Fußfessel“, in: Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Institutes der Leibniz Universität Hannover, B. 1.

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი.
2. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი.
3. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი.
4. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი.
5. საქართველოს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი.
6. საქართველოს პატიმრობის კოდექსი.
7. საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2018 წლის 7 აგვისტოს N320 ბრძანება.
8. საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრის 2017 წლის 28 დეკემბრის №146 ბრძანება.

რეკომენდაციები:

1. საქართველოს სახალხო დამცველის 2022 წლის სპეციალური ანგარიში, 2022, თბილისი.

ინტერნეტსაიტები (ვებ-გვერდების მისამართები):

1. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>
2. https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/07-80478_ebook.pdf
3. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3957873?publication=0>
4. <http://chnm.gmu.edu/history/faculty/kelly/wciv/science/galileo.htm>
5. <https://ka.warbletoncouncil.org/aportaciones-galileo-galilei-17>
6. http://www.slate.com/articles/news_and_politics/explainer/2009/01/youre_grounded.html
7. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=253>

8. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4289728?publication=0>
9. <https://matsne.gov.ge/document/view/16270?publication=43>
10. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/91612?publication=39>
11. <http://sps.gov.ge/ka/public-information/2/>
12. <https://matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=253>

სასამართლო გადაწყვეტილებები:

1. უზენაესი სასამართლოს 2023 წლის 30 მაისის Nბს-283(კ-23) განჩინება.
2. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 11 სექტემბრის Nფ3ბ/295-19 გადაწყვეტილება.
3. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2017 წლის 27 ნოემბრის განაჩენი, საქმე Nფ1ა/გ-27-17.
4. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 2020 წლის 04 იანვრის განაჩენი, საქმე Nფ1ა/გ-04-20.
5. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 04 მარტის N3/7692-21 გადაწყვეტილება.
6. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 29 აპრილის N3/3207-21 გადაწყვეტილება.
7. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2022 წლის 28 თებერვლის N/8099-21 გადაწყვეტილება.
8. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2020 წლის 14 დეკემბრის N3/4313-20 გადაწყვეტილება.

THE ORGANIZATIONAL STRUCTURE OF THE ENFORCEMENT SYSTEM IN GEORGIA

(In terms of a mixed system of enforcement and protection of basic rights of persons participating in the enforcement proceedings)

Tamar Khujadze

*Doctoral Candidate of Law, Assistant in direction of the public law, New Vision University,
Enforcement officer at the National Bureau of Enforcement*

Mariam Khujadze

*Master of Law,
Chief Specialist, Public Service Hall,
Instructor at the Public Service Hall*

ABSTRACT

Timely and efficient enforcement of court decisions is the most important process for any legal state since the power of the law lies in its enforcement. The effectiveness of the enforcement process may have a significant impact on the development of the socio-economic situation of the country, as well as positively affect the level of public confidence in the court.

The effectiveness of the enforcement process largely depends on a well-functioning enforcement system; therefore, it must have maximum independence, and flexibility and, at the same time, be focused on the protection of basic human rights and freedoms.

Its organizational arrangement and the levers of enforcement implementation, the rights and duties of the persons participating in the enforcement

proceedings, as well as the scope of authority of the bailiff as an enforcement entity in the process of enforcement proceedings are important, along with this, the existence of the private bailiff institution in Georgian enforcement law is of the utmost importance.

Based on the foregoing, the article reviews the development of the enforcement system in Georgia, the structure of the National Bureau of Enforcement and its powers and the peculiarities of the work of a private bailiff. The importance of the principle of protection of balance and proportionality between the persons participating in the enforcement proceedings is also reviewed and the author's vision regarding each issue is presented to eliminate the gaps in practice.

KEYWORDS: Structure, Enforcement, System, Protection

INTRODUCTION

The enforcement of valid court decisions is an act of exercising supreme authority in a modern, legal state. Accordingly, the enforcement system in the country should be efficient and independent as much as possible and, most importantly, there should always be a red line on the protection of basic human rights and freedoms.

The power of the law lies in its enforcement: The right to request the enforcement of a legally binding decision is equal to the right of a person to apply to the court to protect his/her rights and freedoms. The level of public confidence in the courts is of great importance in a legal state, which obviously cannot be achieved if the decisions made by the court are not implemented quickly and flexibly.¹

As in other European countries, sharing the practice of the European Court of Human Rights by national courts, analyzing precedential decisions and integrating national law with European law is also of particular importance in Georgia. The European Court of Human Rights has repeatedly discussed the importance of effective enforcement of decisions. In one precedent case (*Hornsby v Greece*), the Court explained that “the enforcement of any decision made by a court shall be regarded as an integral part of

the “judicial process”.² As for the enforcement process itself, it must be transparent, and several basic principles must be respected so that no party's interests are harmed and/or vice versa: no one is given an unjustified advantage. In another high-profile case “*IZA LTD and Makrakhidze v. Georgia*” the assessment of the Strasbourg Court was as follows: – “In connection with the fact, that the state failed to ensure the enforcement of the binding decision within four years, there was a violation of the right under Article 6 of the European Convention on Human Rights”.³ The Court reiterates that the right to a fair trial includes the right to enforce a final judgment. This right would be unrealistic if the national legal system of the High Contracting Party made it possible for a final judgment in force to remain void to the detriment of one party.⁴

One of the most important decisions in this regard was also *Kyrtatos v. Greece* – The applicants won a case concerning local planning decisions affecting their property. The local government authorities avoided the execution of the court decision for more than seven years, thus they effectively lost the meaning of Article 6 of the European Convention on Human Rights. Any

1 “Executive Law” Winfried Suske.

2 *Hornsby v Greece* (EGtHR March 19, 1997).

3 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, November 4, 1950.

4 “*IZA*” LTD and Makrakhidze v. Georgia.

complaint related to the delay in the execution of a legally binding judgment is considered by the Strasbourg Court not in the context of “justice” but about the “right to a judicial review”, and to determine whether the essence of the right has been violated by the non-enforcement of the court decision, such criteria as the complexity of the case, specific circumstances, behaviour of the parties, etc. are taken into account.

Based on its practice, the European Court of Human Rights constantly emphasizes that the principle of the rule of law can be implemented only if effective enforcement of the decisions made by the court and other competent bodies is guaranteed.

The execution of decisions should ensure the restoration and protection of the rights of entities participating in legal processes, as well as the gradual development of legal, economic and other types of relations between states both at the internal state and international levels. In connection with the fact that “Compulsory execution” in itself implies the use of force and interference with the basic rights of a person (a party to enforcement proceedings and/or a third party) – it is necessary that the existing enforcement system in the country makes it possible to protect the interests of the parties proportionately during enforcement processes.⁵

In one of the precedent decisions, *Apostol v. Georgia*, which referred to the meaning of enforcement, the European Court of Human Rights explained: “The jurisdiction of the court is not merely a theoretical right to have its final decision recognized, but this right also implies the enforcement of the final decision”.⁶

Enforcement proceedings are organized differently in all states, which is due to the legal traditions and system of each country, however, in any case, the national legislation must be consistent with the main international standards or principles established in the field of

enforcement. In connection with the fact that the enforcement process has a great role in the economic, social and many other aspects of the development of the country, the state needs to share the best and most sophisticated practices of the enforcement system of foreign countries. The system should be focused on the protection of human rights as much as possible, regardless of which side of the proceedings a person represents: a creditor, a debtor or a third party.

Based on the foregoing, this article aims to review the existing enforcement system in the country, the main enforcement institutions and the basic principles that should be present as a red line in the entire process of enforcement proceedings. The protection of the proportionality principle is especially important, which means that the interests of any of the parties participating in the enforcement proceedings will not be harmed, and/or any of them will not be given an unjustified advantage.

1. DEVELOPMENT OF THE ENFORCEMENT SYSTEM IN GEORGIA

Throughout the centuries as in the legal systems of other countries of the world, in Georgia too, proper importance was not given to the execution of legally binding decisions and other acts made by the court and other authorized bodies, however, in recent years, the mentioned approach has changed radically, and as of today, the execution of decisions has already taken one of the important places among legal processes. “Along with setting the XXI century, the economy is in decline and when the economy is going through hard times, clients need more than ever to collect debt and enforce judgments to keep their businesses viable”.⁷

Justice in Georgia is implemented by the judicial authority – it issues a decision on behalf of the country. The issuance of the said decision

5 “Overview of Georgia’s Law Enforcement System (Georgian Law Enforcement System in National and International Context)”, Jos Uitdehaag et al.

6 *Apostol v. Georgia*, 3 №40765/02, November 28, 2006.

7 Brown J., 2009. *Judgment Enforcement* James. Law and Business, Aspen Publishers Walters Kluwer, third edition, preface.

itself implies the mandatory nature of its execution. The right to a “Fair Trial” includes, not only the right to apply to the court and decide the case impartially but also the right to its proper execution. Non-enforcement of the court decision is equal to a violation of the right to appeal to the court.

A brief historical excursus of the development of the enforcement system in Georgia is as follows: Even in ancient, there were various enforcement mechanisms of court decisions in Georgian law which represented a guarantee of the protection of the rights of the parties involved in the proceedings.⁸

In the last century, the first signs of the formation of the enforcement system in the country are related to the period when the new civil code was enacted, as a result of which the enforcement service was created in the Ministry of Justice. The abovementioned service had a formal character and obviously, the scope of independence that this service had as a legal entity was also formal. In such conditions, it was certainly unnecessary to talk about the flexibility and efficiency of the system.⁹

Since 2001, the Enforcement Service has been transformed into the Enforcement Department, and several significant changes have been made in the field of enforcement, both in terms of legislative and structural arrangements. The abovementioned process had rather a short-term duration and did not have the same successful development as the beginning, however, despite this, it was the first and quite successful attempt to develop the Georgian enforcement system. After the creation of the enforcement department, several years were an age of absolute immobility for the enforcement system. Neither legislative nor organizational changes were made.¹⁰

Finally, in 2008, the department under the governance of the Ministry of Justice was estab-

lished as a legal entity under public law – the National Bureau of Enforcement and is still operating in this form.

2. ENFORCEMENT SYSTEM AND LEGISLATION OF GEORGIA

As stated above, in Georgia, the main normative act in the field of enforcement is the Law of Georgia On Enforcement Proceedings.¹¹ However, because enforcement proceedings are a complex institution that combines the norms of civil, civil procedural, administrative, tax and other branches of law, accordingly, enforcement legislation will obviously not be limited only by the Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”. The abovementioned law has been in force since 1999 and it regulates the relations regarding the compulsory execution of the acts adopted by the court and other bodies. Apart from establishing the rights and duties of the parties to the proceedings, the legal bases of the executive’s activities, the procedure for appointing and dismissing him/her, rights and duties, guarantees of social and legal protection, and others are also defined by the law.

3. NATIONAL BUREAU OF ENFORCEMENT

The Law of Georgia “On Enforcement Proceedings” determines that the LEPL National Bureau of Law Enforcement carries out the enforcement of decisions made by courts and other authorized bodies in Georgia, which represents a Legal Entity Under Public Law under the governance of the Ministry of Justice. The Ministry of Justice of Georgia monitors the activities of the National Enforcement Bureau. The regulation of the Bureau is approved by the Minister of Justice. The appointment/dismissal of the chairman of the National Bureau of Enforcement is also within the competencies of the Minister of Justice.¹²

8 Metreveli V., History of Georgian Law.

9 Todua, Sh., 2013, The need for enforcement law as an autonomous direction of national jurisprudence, Magazine “Justice”.

10 Todua, Sh., 2013, The need for enforcement law as an autonomous direction of national jurisprudence, Magazine “Justice”.

11 The Law of Georgia on Enforcement Proceedings.

12 Article 4th of the Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”.

The National Bureau of Enforcement carries out its activities through structural units and territorial bodies – enforcement bureaus, which are located throughout the territory of Georgia according to regions. The Enforcement Bureau in each region is chaired by the head of the Bureau, who is appointed and dismissed by the chairman of the national enforcement bureau in agreement with the Minister of Justice.

Enforcement bureaus carry out their activities throughout the territory of the country in accordance with the Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”, other normative acts and internal regulations.

In addition, the National Bureau of Enforcement includes the following structural units:

- Insolvency Case Management Office
- Enforcement Police
- Legal Office
- Economics Office
- International Relations and Project Management Office
- Proceedings Office
- Internal Controls and Auditing Office
- Assessment Office
- Parties Interest Protection and Mediation Office
- Logistics Office;
- Simplified Case Management Department
- Human Resource Development and Management Office.¹³

4. INSTITUTE OF PRIVATE BAILIFF IN THE ENFORCEMENT SYSTEM OF GEORGIA

According to the legislation, the authority to carry out compulsory enforcement actions is also granted to a private bailiff, in addition to the National Bureau of Enforcement in Georgia, who carries out enforcement activities based on the license

issued by the National Bureau of Enforcement. The institution of the private bailiff was introduced into the Georgian enforcement legislation based on the recommendations issued by the European Union and their technical and material support.¹⁴ However, because the said institution was completely alien to the Georgian reality, it was expected from the beginning that many flaws and shortcomings would appear in the process of its implementation. Exactly such a grounded assumption conditioned it, that to avoid expected errors, the competence of private bailiff was somewhat limited and several issues were defined, to the implementation of which private bailiff would not have access and the mentioned issues would remain only in the exclusive competence of the legal entity under public law – the National Enforcement Bureau.¹⁵

It should be noted that, unlike a public bailiff, a private bailiff does not have the right to perform all actions provided for by the Georgian legislation “On Enforcement Proceedings” and to accept all categories of proceedings.¹⁶ It is this that raises the main question mark regarding how the given fact can be evaluated: Does the mentioned circumstance represent the advantage of the private bailiff and the possibility for him/her to receive additional benefits from a material point of view. It is ambiguous, which sector is in an advantageous position and from what point of view, an unequivocal approach has not been established in this regard, and arguments continue to be actively contested to this day.

A private bailiff is a natural person of a free profession, performing public authority-enforcement activities based on the legislation, and is considered an entrepreneur in matters of taxation. He/she performs his/her authority unlimitedly on the entire territory of Georgia, just like the National Bureau of Enforcement.¹⁷

13 Order of the Minister of Justice of Georgia N24, “On approval of the regulation of the National Enforcement Bureau of the Legal Entity under Public Law operating under the governance of the Ministry of Justice of Georgia” May 6, 2014.

14 Manual of enforcement law trainers, I. Utdehaag and others, Tbilisi 2020.

15 Comment on the Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”; Kurdadze Sh. and others.

16 Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”, Article 14(7).

17 Order of the Minister of Justice of Georgia N88 on determining the conditions and form of enforcement proceedings by a private bailiff.

Since its introduction, the institution of private bailiff has been very effective: Statistics revealed, that appeal by such large creditors, such as the largest financial institutions operating in Georgia, was quite high. However, despite all this, the state gradually began to impose several practical and legal barriers to the institution of a private bailiff, for example, as a result of legislative changes implemented in 2010, private bailiffs were prohibited from accepting cases of the category where the demand exceeded 500,000 GEL and many others. The abovementioned type of restrictions did not apply to public officials, and they could conduct any category of business without any restrictions.

As a result of analyzing the examples given above, it seems at first glance that the private bailiff is “less privileged” compared to the public one, since the legislator imposes different legal and practical barriers on him/her, restricts the authority to perform certain actions, however, a question arises: Which bailiff is in an advantageous position? To what degree can the “restrictions” imposed by the legislator on the private bailiff be considered a barrier? Based on the practice, it can be said, that the private bailiff has limited authority to execute those categories of cases, the proceedings of which are characterized by special difficulty (for example, alimony and eviction category cases), and those cases, which the private bailiff has the right to perform, can bring more benefits from a material point of view, than, for example, the category, which is conventionally represented: administrative fine, case of alimony category and others.

Another important factor is that, unlike the public bailiff, the private bailiff has the opportunity to decide for himself/herself even from the categories of cases listed above, in a specific case, based on the creditor’s appeal, which case he/she will accept in the proceedings and which one he/she will not, while the public bailiff, who works in the National Bureau of Enforcement, is completely deprived of this opportunity, and any category of case is automatically assigned to him/her. The public bailiff does not have the opportunity to choose which category of cases he/

she will accept for execution in the proceedings and which he/she will refuse (except for the exceptions provided by law).

As for the number of cases, neither the law nor the regulations of the Bureau determine the maximum number of cases that may be assigned to one bailiff. Accordingly, in practice, such a situation arises when one public bailiff employed by the National Bureau of Enforcement has several thousand cases pending, and the public bailiff is deprived of the opportunity to request a reduction in the number of cases assigned to him/her.

Based on the abovementioned circumstances, to improve the enforcement system and refine the legislation, in 2013, the EU representative office implemented a project: DEEP-Development of Enforcement Legislation Project in Georgia. Experts invited by the European Union took part in the abovementioned project, with whose active involvement, recommendations were developed and several measures were taken to reflect the abovementioned recommendations in legislative acts and put them into practice. The main essence and purpose of the abovementioned recommendations was the maximal equalization of private and public bailiff institutions at the legislative level.

As already mentioned, the institution of the private bailiff was introduced to take into account the best practices of European countries, and the final goal was to completely reorganize the existing system in the country on the activities of private bailiffs. The overall, the existence of the abovementioned institution is primarily beneficial for the state: a stable and healthy business environment is created, competition is stimulated as much as possible, service quality increases and prices decrease. All this ultimately creates such a situation, that the state is significantly exempted from expenses and all favourable conditions for economic growth are present. All this is based on the basic principle that the state should not provide the services that the private sector can provide.

5. THE INSTITUTE OF THE REGISTER OF DEBTORS AS AN INNOVATION IN GEORGIAN ENFORCEMENT LEGISLATION

Another important and the most recent institution provided by the Law of Georgia “On Enforcement Proceedings” is the Register of Debtors. The aforementioned institution “On Enforcement Proceedings” was reflected in the Law of Georgia on July 15, 2008 and began to operate in 2010. One of the reasons for the introduction of this institution was to bring the enforcement system in the country even closer to international standards. From that period to the present day, the institute has undergone numerous changes, the procedure for its production is approved by the Minister of Justice, and the register of debtors is maintained by the National Liaison Enforcement Bureau.¹⁸

The main essence and purpose of the production of the register of debtors by the National Bureau of Enforcement is to increase the efficiency of enforcement and to avoid the risks that accompany the aforementioned relations. In particular, this institution creates additional guarantees for the creditor that the debtor cannot avoid the obligations imposed on him/her during the compulsory enforcement proceedings.¹⁹

It is important that the data of the register of debtors is public, i.e. any person has the opportunity to receive information about the entities registered in the register. Unlike, for example, the German enforcement system, which does not make public the data of the register of debtors, but only provides information if the interested person indicates the purpose of receiving the information with appropriate justification, there is no such thing in the Georgian enforcement system. Absolutely any person can identify the persons registered in the Register of Debtors without limitation and determine by whom the registration of a person was carried out in the unified

database of the Register of Debtors. It should be noted that the publicity of the register is also one of the drawbacks and this issue should be regulated differently by the legislation.

A person registered in the register of debtors is limited to one of the basic rights provided by the constitution: the property right. The restriction of the abovementioned right is provided for in the Constitution of Georgia only in the presence of the following conditions:²⁰

- Restrictions are allowed for essential public needs and “Common Welfare”;
- The restriction shall be implemented based on the law and in the manner determined by the same law.

It is necessary to observe the principle of proportionality, and this principle includes the following:

- Legitimacy of the legislator’s goal;
- Effectiveness of the means to achieve the goal. If there is a less painful way to achieve the goal, then there is no need to restrict ownership.²¹

Notwithstanding the foregoing, it can be safely said that the institution of the Register of Debtors is a step forward for the Georgian enforcement system.

6. BASIC PRINCIPLES OF ENFORCEMENT PROCEEDINGS

6.1. Protection of Legality, Transparency and Proportionality during the Enforcement Proceedings

It should be noted that the Georgian enforcement legislation does not pay much attention to the principles that should be drawn as a red line in the course of enforcement proceedings – from

18 Order of the Minister of Justice of Georgia N234 “On the approval of the procedure for the production of the register of debtors”.

19 Buadze K., 2011, Register of debtors in Georgian and German law (comparative legal analysis); Master thesis.

20 Papuashvili S., 2009, Legal basis of restriction of property rights, according to the European Convention on Human Rights and Georgian legislation, collection of articles “Modern Challenges of Human Rights Protection”.

21 Komakhidze, Ts., 2017, Legal basis for restriction of property rights according to the Constitution of Georgia and the practice of the Constitutional Court (Justice and Law #2(54)17.

the moment of the start of enforcement. However, the legislator indicates, for example, the need to protect the general principles and norms of morality in the case that, enforcement actions are initiated against the debtor, However, due to special circumstances on the site (e.g. illness, death of a debtor's family member, or other emergency), the National Enforcement Bureau can postpone the enforcement measure for no more than 6 months. In addition, although the law does not provide a direct reference to the abovementioned, the principle of proportionality between the parties must be respected during the enforcement proceedings.

Equal protection of the interests of the parties to enforcement proceedings is superficially discussed in the law of Georgia "On Enforcement Proceedings". The Supreme Court of Georgia indicates in one of its decisions that: "The legislator granted the third party the right to demand compensation from the debtor, due to whose obligation his/her property was alienated". It should be noted that the legislator did not associate the alienation of the third party's property with the annulment of the results of the enforcement proceedings, even though it is clear that the interests of the third party were harmed by such an action. The city court explained that through such a record of the law, the legislator took into account the interests of the person who won the auction as a conscientious buyer and the creditor as a person interested in the compulsory enforcement of the claim existing in his/her favour and considered that their interests should be given priority over the interests of the third party, whose right to the realized property was established only after the realization of the property. Besides, the city court explained that „such an interpretation of the norm did not mean that the interests of third parties were not protected in such a case, although the Law of Georgia "On Enforcement Proceedings" defined a specific way for the third party to protect his/her interests, such as a demand for damages from the debtor, which, in turn, precluded the protection of his/her interests by invalidating the already held auction and returning the alienated property to a third party".²² On the other hand, the

22 See Decision No. BS-10(K-20) of the Administrative

importance of the principle of proportionality and the need to take it into account at any stage of the enforcement proceedings are emphasized in the European Convention on Human Rights.

There are different approaches regarding proportionality as a guiding principle and its importance in enforcement proceedings, the fact remains, however, that the observance of the abovementioned principle has an essential influence on the proper functioning of the enforcement system. Enforcement proceedings are organized differently in all countries, which is determined by the different legal traditions and systems of each country.

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) – Having determined the enforcement of court decisions as one of its priorities, published guidelines for a better implementation of the recommendations of the European Council related to enforcement. On December 17, 2009, CEPEJ developed certain directives to effectively implement the recommendations of the European Council in the field of enforcement.²³

The enforcement system cannot be perfect, there are always drawbacks in some aspects. However, the abovementioned recommendations are based on such basic principles in enforcement proceedings as transparency, efficiency and perceptibility.

European Commission for the Efficiency of Justice determined the basic principles that shall be followed for a flexible and transparent enforcement system.

The guiding principles defined by the **CEPEJ 2009 Guidelines** are as follows: fairness and transparency of the enforcement process; Determining the capabilities of the debtor – to perform the court decision; maximum efficiency of the enforcement process; flexibility of enforcement process; The role and involvement of the bailiff in the process of enforcement proceedings; high degree of bailiff autonomy; clearly defining the

Affairs Chamber of the Supreme Court of Georgia of July 9, 2020.

23 CEPEJ (2009) 11 Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe's Recommendation on Enforcement, European Commission on the Efficiency of Justice (CEPEJ).

competence of the bailiff by national legislation; Protection of the balance between the creditor and debtor parties during the enforcement proceedings and others.

6.2. The Scope of the Bailiff's Authority and Interference in Communication between the Parties during the Implementation of Compulsory Enforcement Actions.

In enforcement proceedings, the bailiff is the central figure, since the legislator assigns to him/her the right and duty to execute the acts issued by the court and other bodies.

There are different approaches to the status of the bailiff in different countries. For example, in several countries (Germany, Sweden, Denmark), bailiffs act as civil servants and their authorities are quite narrow, the organizational structure in this case is quite hierarchical and bureaucratic.

In Georgia, the rights and duties of the bailiff are precisely defined by the Law of Georgia "On Enforcement Proceedings", although in some cases he/she still has some discretion when making decisions. Therefore, when carrying out any action, the bailiff is obliged to maintain impartiality as much as possible and equally protect the interests of both the debtor and the creditor party and third parties participating in the proceedings.

7. PARTIES IN ENFORCEMENT PROCEEDINGS

7.1. Creditor and Debtor as the Main Entities Participating in Enforcement Proceedings

The relations between the parties to the proceedings: the creditor and the debtor are mainly regulated by the Georgian Enforcement legislation.²⁴ It is important to highlight the fact, that

²⁴ Tchkonია, Z. 2012 "Entities of Enforcement proceedings", "Justice and Law", N:1 (32)12).

the interests of any party shall not be harmed excessively, i.e. the principle of proportionality between the parties shall be protected as much as possible, especially in the conditions when a number of rights of the debtor are limited by the implementation of compulsory enforcement actions, including the main one: the property right. From the moment of the initiation of enforcement proceedings, the immovable and movable property registered in the name of the debtor is searched, the said property is seized, and in case of non-fulfilment of the obligation by the debtor, any property registered in his/her name is sold by auction. Under these conditions, interference with the debtor's property right and its restriction shall be proportional and proportionate to the creditor's request. In addition, there is a special burden on the limited use of personal data in the course of compulsory enforcement proceedings. Since, as we all know, the personal information and data of the parties are actively being processed during the proceedings, therefore, the personal data of the parties shall only be obtained and processed if there is a clear official need.²⁵

7.2. Third parties and the scope of their involvement in enforcement proceedings

In addition to the creditor and debtor parties, third parties also participate in the enforcement proceedings. The right of the bailiff to seize any movable property that turns out to be at the debtor's address specified in the enforcement sheet during the visit is provided for in the Georgian enforcement legislation. However, it is possible that the said property does not necessarily belong to the debtor and represents the property of a completely foreign, third party. In the performance of official duty, the bailiff does not have the obligation to establish the fact of belonging to the person of the thing, on the contrary, the burden of proof is transferred to the owner of the thing. The above-mentioned provision of the law derives from the first part of Article 158 of the Civil Code of Georgia,

²⁵ Law of Georgia "On Protection of Personal Data".

which explains that: “The possessor of a thing shall be presumed to be its owner.”

In order not to harm the rights and legal interests of third parties, the legislator reserves to them the right to file a suit in court for the release of property from seizure.²⁶

7.3. State and administrative bodies as debtors – features of enforcement

The state participates in legal relations as well as any other person. Concerning the issue of state participation in enforcement proceedings: Enforcement proceedings can usually be directed against the state as well, although there are certain limitations in this case. The imposition of the abovementioned restrictions is due to the motive of not harming the interests of society and statehood, for example, not alienating such property that belongs to the category of common public property and/or has any cultural significance for the country.

As for the enforcement proceedings against the state related to the payment of money, unlike other subjects, the legislator defines a different term for the voluntary execution of the decision (If the debtor party is represented by a legal entity under public law, a one-month deadline is established for the voluntary execution of the decision),²⁷ The abovementioned term applies also in the case when the debtor is a budgetary organization.²⁸

CONCLUSION

In conclusion, Georgian enforcement law, compared to other branches of law, is still a new and developing area of law: In Georgia, as well as in any other democratic legal state, where it is important to ensure a high level of public confi-

dence in the court, enforcement is a fundamental element of the rule of law. As stated in the document, every country has a different enforcement system. The procedures of Enforcement proceedings are organized differently everywhere, determined by the national legislation and different legal traditions of each country. However, some important principles are common everywhere, which should be drawn as a red line throughout the entire process of enforcement proceedings, such as the principle of protection of balance and proportionality between the parties participating in the proceedings, the need to protect personal data during enforcement proceedings and others.

As a result of the analysis of the existing enforcement system and legislation in Georgia, given in this article, it is clear that the Georgian system is of a mixed nature, which implies the functioning of both public and private enforcement institutions, which is implemented more or less successfully in the country and contributes to the stimulation of a healthy, competitive environment.

As noted in the document, the introduction of the institution of the private bailiff in the Georgian enforcement legislation was indeed an innovation and another big step forward. The goal of the abovementioned innovation, just like in foreign countries, was to establish an effective system of enforcement in Georgia and most importantly: promote healthy competition between private and public sectors. All this, in turn, was the basis for the economic growth of the state and the establishment of a healthy business environment.

Since the country’s aspiration for the maximum transparency and efficiency of the legal (including enforcement) system is clear, the necessity of reforming the enforcement legislation is also evident. With this in mind, working on a new enforcement code began a few years ago in Georgia, which will fundamentally change the Georgian enforcement system. The draft of the abovementioned code includes many legislative changes and innovations, which ultimately serve to make the Georgian enforcement system and institutions more transparent and efficient, and the legislation as close as possible to the

26 Article 32nd, The Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”.

27 Article 90³ Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”.

28 Article 90⁴ Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”.

international standards in this field. After introducing the enforcement code, a completely new enforcement system, different from the existing

one, will be introduced and the standards of this system will be modernized as much as possible.

BIBLIOGRAPHY:

1. Sources in Georgian: Constitution of Georgia, Civil Code of Georgia, Civil Procedure Code of Georgia, Administrative Code of Georgia, Administrative Procedure Code of Georgia.
2. Law of Georgia “On Enforcement Proceedings”.
3. Law of Georgia “On Protection of Personal Data”.
4. Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
5. Order of the Minister of Justice of Georgia N234 “On the approval of the procedure for the production of the register of debtors”.
6. Order of the Minister of Justice of Georgia N24, “On approval of the regulation of the National Enforcement Bureau of the Legal Entity under Public Law operating under the governance of the Ministry of Justice of Georgia” May 6, 2014.
7. The Georgian enforcement system in the national and international context, Jos Uytdehaag 2013.
8. Subjects of enforcement proceedings, Tchkonია Z., Justice and Law N1 (32), Tbilisi 2012.
9. Enforcement Law, Winfried Suske, 2011.
10. Comment on the Law of Georgia on Enforcement Proceedings, Sh. Kurdadze and others, Tbilisi, 2018.
11. Handbook for enforcement law trainers, I. Uytdehaag and others, Tbilisi 2020.
12. Buadze K., 2011 Register of debtors in Georgian and German law (comparative legal analysis); Master thesis.
13. Papuashvili S., 2009, Legal Basis of Limiting Property Rights.
14. A collection of articles “Modern Challenges of Human Rights Protection” according to according to the European Convention on Human Rights and Georgian legislation.
15. “Overview of Georgia’s Enforcement System (Georgian Enforcement System in National and International Context)” by Jos Uytdehaag and others.
16. “IZA” LTD and Makrakhidze v. Georgia.
17. Apostol v. Georgia.

Sources in English:

1. Brown j., 2009. Judgment Enforcement James. Law and Business, Aspen Publishers Walters Kluwer, third edition, preface Walters Kluwer, third edition, preface.
2. CEPEJ 2009 11 Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe’s Recommendation on Enforcement, European Commission on the efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ 2009 11 REV
3. Uytdehaag A. Survey of enforcement in Europe, Tbilisi 2017.
4. Hornsby v Greece (EGtHR March 19, 1997).
5. Case of Kyrtatos v. Greece.

სააღსრულებო სისტემის ორგანიზაციული სტრუქტურა საქართველოში (აღსრულების შერეული სისტემისა და სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე პირთა ძირითადი უფლებების დაცვის ჭრილში)

თამარი ხუჯაძე

*სამართლის დოქტორანტი, ნიუ-ვიუენ უნივერსიტეტი,
ასისტენტი საჯარო სამართლის მიმართულებით,
სსიპ აღსრულების ეროვნული ბიუროს აღმასრულებელი*

მარიამი ხუჯაძე

*სამართლის მაგისტრი,
სსიპ იუსტიციის სახლის უფროსი სპეციალისტი,
სსიპ იუსტიციის სახლის ინსტრუქტორი*

აბსტრაქტი

სასამართლო გადაწყვეტილებების დროული და ეფექტიანი აღსრულება, ნემისმიერი სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის უმნიშვნელოვანეს პროცესს წარმოადგენს, ვინაიდან კანონის ძალა მის აღსრულებაშია. აღსრულების პროცესის ეფექტიანობამ შესაძლოა მნიშვნელოვანი გავლენა იქონიოს ქვეყნის სოციალურ-ეკონომიკური მდგომარეობის განვითარებაზე, ასევე, დადებითად იმოქმედოს საზოგადოების მხრიდან სასამართლოსადმი ნდობის ხარისხზე.

აღსრულების პროცესის ეფექტიანობას დიდწილად განსაზღვრავს გამართული სააღსრულებო სისტემა, შესაბამისად, მნიშვნელოვანია, რომ მას გააჩნდეს მაქსიმალური დამოუკიდებლობა, მოქნილობა და, ამასთანავე, ორიენტირებული იყოს ადამიანის

ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვაზე. მნიშვნელოვანია მისი ორგანიზაციული მოწყობა და აღსრულების განხორციელების ბერკეტები, სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე პირთა უფლება-მოვალეობები, ასევე აღმასრულებლის, როგორც აღსრულების განმახორციელებელი სუბიექტის უფლებამოსილების ფარგლები სააღსრულებო წარმოების პროცესში, ამასთან ერთად, უმნიშვნელოვანესია კერძო აღმასრულებლის ინსტიტუტის არსებობა ქართულ სააღსრულებო სამართალში.

ზემო აღნიშნულიდან გამომდინარე, სტატიაში მიმოხილულია სააღსრულებო სისტემის განვითარების გზა საქართველოში, აღსრულების ეროვნული ბიუროს სტრუქტურა და მისი უფლებამოსილებები, განხილულია კერძო აღმასრულებლის მუშაობის თავისებურებები, ასევე მიმოხილულია სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე პირთა შორის ბალანსისა და თანაბრობის დაცვის პრინციპის მნიშვნელობა და გადმოცემულია ავტორებისეული ხედვა თითოეულ საკითხთან დაკავშირებით პრაქტიკაში არსებული ხარვეზების აღმოფხვრის მიზნით.

საკვანძო სიტყვები: სტრუქტურა, აღსრულება, სისტემა, დაცვა

შესავალი

თანამედროვე, სამართლებრივ სახელმწიფოში კანონიერ ძალაში შესული სასამართლო გადაწყვეტილებების აღსრულება წარმოადგენს უზენაესი ხელისუფლების განხორციელების აქტს. შესაბამისად, სააღსრულებო სისტემა ქვეყანაში იმგვარად უნდა იქნეს რეგულირებული, რომ გააჩნდეს მაქსიმალური ეფექტიანობა, დამოუკიდებლობა და რაც მთავარია: წითელი ხაზი ყოველთვის უნდა გადიოდეს ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვაზე.

კანონის ძალა მის აღსრულებაშია: კანონიერ ძალაში შესული გადაწყვეტილების აღსრულების მოთხოვნის უფლება უტოლდება პირის უფლებას-საკუთარი უფლებებისა და თავისუფლებების დასაცავად მიმართოს სასამართლოს. უდიდესი მნიშვნელობა გააჩნია სამართლებრივ სახელმწიფოში საზოგადოების ნდობის ხარისხს სასამართლოსადმი, აღნიშნული კი, ცხადია, ვერ იქნება მიღწეული, თუკი არ განხორციელდება სასა-

მართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების სწრაფი და მოქნილი აღსრულება¹.

ისევე როგორც ევროპის სხვა ქვეყნებში, საქართველოშიც განსაკუთრებული მნიშვნელობა გააჩნია ეროვნული სასამართლოების მიერ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის გაზიარებას, პრეცედენტული გადაწყვეტილებების გაანალიზებასა და ეროვნული სამართლის ინტეგრირებას ევროპულ სამართალთან. გადაწყვეტილებათა ეფექტური აღსრულების მნიშვნელობასთან დაკავშირებით, არაერთხელ იმსჯელა ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ: ერთერთ პრეცედენტულ საქმეში (Hornsby v Greece) სასამართლომ განმარტა, რომ „ნებისმიერი სასამართლოს მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების აღსრულება უნდა იქნეს მიჩნეული, როგორც „სასამართლო პროცესის“ განუყოფელი ნაწილი“². რაც შეეხება თავად აღსრულების პროცესს, ის უნდა იყოს გამჭვირვალე, დაცული უნდა იქნეს

1 „სააღსრულებო სამართალი“, ვინფრიდ შუშკე.

2 Hornsby v Greece (EGtHR March 19,1997).

მთელი რიგი ძირითადი პრინციპები, რათა ზიანი არ მიადგეს არცერთი მხარის ინტერესებს ან/და პირიქით: არავის მიენიჭოს გაუმართლებელი უპირატესობა. კიდევ ერთ გახმაურებულ საქმეში: „შპს IZA და მაკრახიძე საქართველოს წინააღმდეგ“ – სტრასბურგის სასამართლოს შეფასება იყო შემდეგი: „გამომდინარე იქიდან, რომ სახელმწიფომ ვეი უზუნველყო სავადებურო ხასიათის გადაწყვეტილების აღსრულება 4 წლის განმავლობაში, ადგილი ქონდა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლით გათვალისწინებული უფლების დაზღვევას,³ სასამართლო იმეოხებ, რომ სამართლიანი სასამართლო განხილვის უფლება მოიცავს ძალაში შესული გადაწყვეტილების აღსრულების უფლებას. ეს უფლება ახაჟელუხი იქნებოდა თუ მალადი ხელშეწყვეტილი მხარის ეხოვნული სამართლებრივი სისტემა შესაძლებელს გახდიდა, ძალაში შესული საბოლოო გადაწყვეტილება ეხთი მხარის საზიანოდ ახაქმეღითი დაჩენიღიყო“.⁴

ერთ-ერთ მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებას ამ კუთხით ასევე წარმოადგენდა: „კირტატოსი საბერძნეთის წინააღმდეგ“⁵-განმცხადებლებმა მოიგეს საქმე, რომელიც ეხებოდა ადგილობრივი დაგეგმარების გადაწყვეტილებებს, რაც გავლენას ახდენდა მათ ქონებაზე. ადგილობრივი მმართველობის ორგანოები კი თავს არიდებდნენ სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულებას 7 წელზე მეტი ხნის განმავლობაში, რითაც მათ ფაქტობრივად აზრი დაუკარგეს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლს. ნებისმიერ საჩივარს, რომელიც დაკავშირებულია კანონიერ ძალაში შესული სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულების გაჭიანურებასთან, სტრასბურგის სასამართლო განიხილავს არა „სამართლიანობის“ კონტექსტში, არამედ „სასამართლო განხილვის უფლებასთან“ მიმართებაში, ხოლო იმის დასადგენად, ხელყოფილ იქნა თუ არა სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულებ-

ლობით უფლების არსი, ხდება ძირითადად ისეთი კრიტერიუმების გათვალისწინება, როგორებიცაა საქმის სირთულე, კონკრეტული გარემოებები, მხარეთა ქცევა და ა.შ.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო თავისი პრაქტიკით მუდმივად ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ კანონის უზენაესობის პრინციპის რეალიზაცია შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი გარანტირებული იქნება სასამართლოსა და სხვა კომპეტენტური ორგანოების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების ეფექტიანი აღსრულება.

როგორც შიდასახელმწიფოებრივ დონეზე, საერთაშორისო ასპარეზზეც გადაწყვეტილებათა აღსრულება უნდა იძლეოდეს სამართლებრივ პროცესებში მონაწილე სუბიექტების უფლებათა აღდგენისა და დაცვის, ასევე, სახელმწიფოთა შორის სამართლებრივი, ეკონომიკური თუ სხვა სახის ურთიერთობების ჯეროვანი განვითარების გარანტიას. გამომდინარე იქიდან, რომ „იძულებითი აღსრულება“ თავისთავად გულისხმობს ძალის გამოყენებას და პირის (სააღსრულებო წარმოების მხარის ან/და მესამე პირის) ძირითად უფლებებში ჩარევას – აუცილებელია ქვეყანაში არსებული სააღსრულებო სისტემა მაქსიმალურად შესაძლებელს ხდიდეს სააღსრულებო პროცესების მიმდინარეობისას მხარეთა ინტერესების თანაზომიერ დაცვას.⁶

ერთ-ერთ პრეცედენტულ გადაწყვეტილებაში – „აპოსტოლი საქართველოს წინააღმდეგ“, რომელიც შეეხებოდა აღსრულების მნიშვნელობას, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმარტა: „სასამართლოს უფლებამოსილება არ არის უბრალოდ თეორიული უფლება, რომ მისი საბოლოო გადაწყვეტილება იყოს აღიარებული, არამედ ეს უფლება, ასევე, გულისხმობს საბოლოო გადაწყვეტილების აღსრულებას.“⁷

სააღსრულებო წარმოების პროცედურები ყველა სახელმწიფოში სხვადასხვანაირად არის მოწესრიგებული, რაც განპირობებულია

3 ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია, რომი 04 ნოემბერი, 1950 წ.
 4 შპს „იზა“ და მაკრახიძე საქართველოს წინააღმდეგ /„IZA“ LTD and Makrakhidze v. Georgia.
 5 Case of Kyrtatos v. Greece

6 „საქართველოს სააღსრულებო სისტემის მიმოხილვა (ქართული სააღსრულებო სისტემა ეროვნულ და საერთაშორისო კონტექსტში)“ იოს უითდეჰააგი და სხვები.
 7 აპოსტოლი საქართველოს წინააღმდეგ (Apostol v. Georgia)3 №40765/02, 28 ნოემბერი, 2006 წ.

თითოეული ქვეყნის სამართლებრივი ტრადიციებით და სისტემით, თუმცა, ნებისმიერ შემთხვევაში, აუცილებელია, ეროვნული კანონმდებლობა შესაბამისობაში იყოს იმ ძირითად საერთაშორისო სტანდარტებსა თუ პრინციპებთან, რომლებიც დამკვიდრებულია აღსრულების სფეროში. გამომდინარე იქიდან, რომ აღსრულების პროცესს აქვს უდიდესი როლი ქვეყნის ეკონომიკური, სოციალური და სხვა მრავალი კუთხით განვითარებისათვის, მნიშვნელოვანია, სახელმწიფოს მიერ გაზიარებულ იქნეს უცხო ქვეყნების სააღსრულებო სისტემის საუკეთესო და დახვეწილი პრაქტიკა. სისტემა მაქსიმალურად უნდა იყოს ორიენტირებული ადამიანის უფლებათა დაცვაზე განურჩევლად იმისა, თუ წარმოების რომელ მხარეს წარმოადგენს პიროვნება: კრედიტორს, მოვალეს თუ მესამე პირს.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, წინამდებარე სტატიის მიზანს წარმოადგენს ქვეყანაში არსებული სააღსრულებო სისტემის, ძირითადი სააღსრულებო ინსტიტუტებისა და იმ ძირითადი პრინციპების მიმოხილვა, რომელიც წითელ ხაზად უნდა გასდევდეს სააღსრულებო სამართალწარმოების მთელ პროცესს. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი კი არის თანაბრობის პრინციპის დაცვა, რაც გულისხმობს იმას, რომ ზიანი არ მიადგეს სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე რომელიმე მხარის ინტერესებს, ან/და არ მიენიჭოს რომელიმე მათგანს გაუმართლებელი უპირატესობა. ამასთან, სტატიის მიზანია აღნიშნული მიზნის მიღწევის ავტორებისეული გზების/რეკომენდაციების განსაზღვრა.

1. სააღსრულებო სისტემის განვითარება საქართველოში

1.1. მოკლე ისტორიული ექსკურსი

საუკუნეთა განმავლობაში, ისევე როგორც მსოფლიოს სხვა ქვეყნების სამართლებრივ სისტემებში, საქართველოშიც არ ენიჭებოდა სათანადო მნიშვნელობა სასამართლოსა და სხვა უფლებამოსილი ორგანოების მიერ

მიღებული, კანონიერ ძალაში შესული გადაწყვეტილებებისა და სხვა აქტების აღსრულებას, თუმცა, ბოლო წლებში აღნიშნული მიდგომა რადიკალურად შეიცვალა და დღეის მდგომარეობით, გადაწყვეტილებათა აღსრულებამ უკვე ერთერთი მნიშვნელოვანი ადგილი დაიკავა სამართლებრივ პროცესებს შორის. „XXI საუკუნის დადგომასთან ერთად, ეკონომიკა დაცემას განიცდის და ხოდესაც ეკონომიკა მძიმე დღეშია, კლიენტებს უფრო მეტად, ვიდრე ოდესმე, სჭიხდებათ ვადის ამოღება და გადაწყვეტილების აღსრულება, ხათა მათი ბიზნესი სიცოცხლისუნაჩიანი იყოს“.⁸

მართლმსაჯულებას საქართველოში ახორციელებს რა სასამართლო ხელისუფლება – გამოაქვს გადაწყვეტილება ქვეყნის სახელით. აღნიშნული გადაწყვეტილების გამოტანა კი თავისთავად გულისხმობს მისი აღსრულების სავალდებულო ხასიათსაც. „სამართლიანი სასამართლოს“ უფლება თავის თავში მოიცავს არა მხოლოდ სასამართლოსადმი მიმართვისა და საქმის მიუკერძოებლად გადაწყვეტის, არამედ მისი სათანადოდ აღსრულების უფლებასაც. სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულებლობა უთანაბრდება სასამართლოსადმი მიმართვის უფლების ხელყოფას.

საქართველოში, სააღსრულებო სისტემის განვითარების მოკლე ისტორიული ექსკურსი ასეთია: ჯერ კიდევ ძველ ქართულ სამართალში არსებობდა სასამართლო გადაწყვეტილებათა აღსრულების სხვადასხვა მექანიზმები, რაც წარმოადგენდა წარმოებაში მონაწილე მხარეების უფლებათა დაცვის გარანტს.⁹

გასულ საუკუნეში, ქვეყანაში სააღსრულებო სისტემის ჩამოყალიბების პირველი ნიშნები უკავშირდება ჯერ კიდევ იმ პერიოდს, როდესაც ამოქმედდა ახალი სამოქალაქო კოდექსი, რის შედეგადაც იუსტიციის სამინისტროში შეიქმნა სააღსრულებო სამსახური. აღნიშნულ სამსახურს ჰქონდა აბსოლუტურად ფორმალური ხასიათი და ცხადია, ფორმალურობას ვერ აცდებოდა ვერც დამოუკიდებლობის ის ფარგლები, რომლებიც გა-

8 Brown j., 2009. Judgment Enforcement James. Law and Business, Aspen Publishers Walters Kluwer, third edition, preface.

9 მეტრეველი ვ. ქართული სამართლის ისტორია.

აჩნდა ამ სამსახურს, როგორც საჯარო სამართლის იურიდიულ პირს. ასეთ პირობებში კი, რა თქმა უნდა ზედმეტი იყო საუბარი სისტემის მოქნილობასა და ეფექტიანობაზე.¹⁰

2001 წლიდან, სააღსრულებო სამსახური გადაკეთდა სააღსრულებო დეპარტამენტად და განხორციელდა რამდენიმე საკმაოდ მნიშვნელოვანი ცვლილება აღსრულების სფეროში, როგორც საკანონმდებლო, ისე სტრუქტურული მოწყობის თვალსაზრისით. აღნიშნული პროცესი იყო საკმაოდ ხანმოკლე და არ ჰქონია ისეთივე წარმატებული განვითარება, როგორც დასაწყისი, თუმცა, ამის მიუხედავად, ეს იყო ქართული სააღსრულებო სისტემის განვითარების პირველი და საკმაოდ წარმატებული მცდელობა სააღსრულებო დეპარტამენტის შექმნის შემდეგ, რამდენიმე წელი სააღსრულებო სისტემისათვის იყო აბსოლუტური უძრაობის ხანა. არ განხორციელებულა არცერთი ცვლილება არც საკანონმდებლო და არც ორგანიზაციული კუთხით.¹¹

საბოლოოდ, 2008 წელს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში შემავალი დეპარტამენტი ჩამოყალიბდა საჯარო სამართლის იურიდიულ პირად-აღსრულების ეროვნულ ბიუროდ და დღემდე ამ სახითა და ფორმით ახორციელებს საქმიანობას.

2. ქართული სააღსრულებო სისტემა და კანონმდებლობა

2.1. „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი

როგორც უკვე აღინიშნა, საქართველოში, აღსრულების სფეროში ძირითად ნორმატიულ აქტს წარმოადგენს „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი¹². თუმცა,

10 თოდუა შ., 2013, სააღსრულებო სამართლის, როგორც ეროვნული სამართალმცნეიერების ავტონომიური მიმართულების საჭიროება, ჟურნალი „მართლმსაჯულება“.

11 თოდუა შ., 2013, სააღსრულებო სამართლის, როგორც ეროვნული სამართალმცნეიერების ავტონომიური მიმართულების საჭიროება, ჟურნალი „მართლმსაჯულება“.

12 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართვე-

ლოს კანონი.

გამომდინარე იქიდან, რომ სააღსრულებო წარმოება არის კომპლექსური ინსტიტუტი, რომელიც აერთიანებს სამოქალაქო, სამოქალაქო საპროცესო, ადმინისტრაციულ, საგადასახადო და სამართლის სხვა დარგების ნორმებს, შესაბამისად, სააღსრულებო კანონმდებლობა, ცხადია, არ ამოიწურება მხოლოდ „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონით. აღნიშნული კანონი ძალაშია 1999 წლიდან და იგი არეგულირებს სასამართლო და სხვა ორგანოების მიერ მიღებული აქტების იძულებით აღსრულებასთან დაკავშირებულ ურთიერთობებს. გარდა წარმოების მხარეების უფლება-მოვალეობების დადგენისა, კანონით განსაზღვრულია ასევე აღმასრულებლის საქმიანობის სამართლებრივი საფუძვლებიც, მისი თანამდებობაზე დანიშვნისა და გათავისუფლების წესი, უფლება-მოვალეობები, სოციალურ-სამართლებრივი დაცვის გარანტიები და სხვა.

3. აღსრულების ეროვნული ბიურო

„სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი განსაზღვრავს, რომ საქართველოში სასამართლოსა და სხვა უფლებამოსილი ორგანოების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების აღსრულებას ახორციელებს სსიპ აღსრულების ეროვნული ბიურო, რომელიც წარმოადგენს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში შემავალ საჯარო სამართლის იურიდიულ პირს. აღსრულების ეროვნული ბიუროს საქმიანობაზე კონტროლს ახორციელებს საქართველოს იუსტიციის სამინისტრო. ბიუროს დებულებას ამტკიცებს იუსტიციის მინისტრი. ამ უკანასკნელის კომპეტენციას განეკუთვნება, ასევე, აღსრულების ეროვნული ბიუროს თავმჯდომარის თანამდებობაზე დანიშვნა/ გათავისუფლება.¹³

აღსრულების ეროვნული ბიურო საქმიანობას ახორციელებს სტრუქტურული ერთეულებისა და ტერიტორიული ორგანო-

13 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 4.

ების-სააღსრულებო ბიუროების მეშვეობით, რომლებიც განთავსებულია საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე-რეგიონების მიხედვით. თითოეულ რეგიონში არსებულ სააღსრულებო ბიუროს ხელმძღვანელობს ბიუროს უფროსი, რომელსაც თანამდებობაზე ნიშნავს და ათავისუფლებს აღსრულების ეროვნული ბიუროს თავმჯდომარე, იუსტიციის მინისტრთან შეთანხმებით.

სააღსრულებო ბიუროები ქვეყნის მთელ ტერიტორიაზე საქმიანობას ახორციელებენ „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონის, სხვა ნორმატიული აქტებისა და შიდა დებულებების შესაბამისად.

ამასთან, აღსრულების ეროვნული ბიურო მოიცავს სტრუქტურულ დანაყოფებსაც:

- გადახდისუნარობის საქმისწარმოების დეპარტამენტი
- აღსრულების პოლიციის სამმართველო
- იურიდიული დეპარტამენტი
- ეკონომიკური დეპარტამენტი
- საერთაშორისო ურთიერთობებისა და პროექტების მართვის დეპარტამენტი
- საქმისწარმოების დეპარტამენტი
- შიდა კონტროლისა და მონიტორინგის დეპარტამენტი
- შეფასების დეპარტამენტი
- მხარეთა ინტერესების დაცვისა და მედიაციის დეპარტამენტი
- ლოჯისტიკის დეპარტამენტი
- გამარტივებული საქმისწარმოების დეპარტამენტი
- ადამიანური რესურსების მართვისა და განვითარების დეპარტამენტი.¹⁴

4. კერძო აღმასრულებლის ინსტიტუტი ქართულ სააღსრულებო სისტემაში

კანონმდებლობით განსაზღვრულია, რომ საქართველოში აღსრულების ეროვნული ბი-

უროს გარდა, კანონით გათვალისწინებული იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელების უფლებამოსილება ენიჭება კერძო აღმასრულებელსაც, რომელიც სააღსრულებო საქმიანობას ახორციელებს აღსრულების ეროვნული ბიუროს მიერ გაცემული ლიცენზიის საფუძველზე.

კერძო აღმასრულებლის ინსტიტუტი ქართულ სააღსრულებო კანონმდებლობაში შემოღებულ იქნა ევროკავშირის მიერ გაცემული რეკომენდაციებისა და მათი, როგორც ტექნიკური, ასევე, მატერიალური მხარდაჭერით.¹⁵ თუმცა, გამომდინარე იქიდან, რომ აღნიშნული ინსტიტუტი სრულიად უცხო იყო ქართული სინამდვილისათვის, თავიდანვე იყო მოსალოდნელი, რომ მისი დანერგვის პროცესში ბევრი ხარვეზი და ნაკლოვანება იჩენდა თავს. სწორედ ამ საფუძველიანმა ვარაუდმა განაპირობა ის, რომ მოსალოდნელი ხარვეზების თავიდან არიდების მიზნით, კერძო აღმასრულებლებს გარკვეულწილად შეეზღუდათ კომპეტენცია და განისაზღვრა მთელი რიგი საკითხებისა, რომელთა განხორციელებაზე წვდომა კერძო აღმასრულებლებს არ ექნებოდათ და აღნიშნული საკითხები დარჩებოდა მხოლოდ საჯარო სამართლის იურიდიული პირის-აღსრულების ეროვნული ბიუროს ექსკლუზიურ კომპეტენციაში.¹⁶

აღსანიშნავია, რომ განსხვავებით საჯარო აღმასრულებლისაგან, კერძო აღმასრულებელს არ გააჩნია „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებული ყველა ქმედების განხორციელებისა და ყველა კატეგორიის საქმის წარმოებაში მიღების უფლება.¹⁷ სწორედ ეს აჩენს ძირითად კითხვის ნიშანს იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ შეიძლება იქნეს შეფასებული მოცემული ფაქტი: წარმოადგენს თუ არა აღნიშნული გარემოება კერძო აღმასრულებლის

14 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანება N24, „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში მოქმედი საჯარო სამართლის იურიდიული პირის-აღსრულების ეროვნული ბიუროს დებულების დამტკიცების შესახებ“ 06 მაისი, 2014 წ.

15 აღსრულების სამართლის ტრენერების სახელმძღვანელო, ი. იუთელჰააგი და სხვები, თბილისი 2020 წ.

16 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონის კომენტარი; ქურდაძე შ. და სხვები.

17 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 14(7).

უპირატესობასა და მისთვის, მატერიალური კუთხით დამატებითი სარგებლის მიღების შესაძლებლობას, რეალურად, რომელი სექტორი არის უპირატეს მდგომარეობაში და რა კუთხით, ამასთან დაკავშირებით ცალსახა მიდგომა არ არის ჩამოყალიბებული და დღემდე აქტიურად გრძელდება არგუმენტების დაპირისპირება.

კერძო აღმასრულებელი არის ფიზიკური პირი, რომელიც თავისუფალი პროფესიის ადამიანია და საჯარო უფლებამოსილებას – სააღსრულებო საქმიანობას ახორციელებს კანონმდებლობის საფუძველზე, ხოლო დაბეგვრის საკითხებში კი მიიჩნევა მეწარმედ. ის საკუთარ უფლებამოსილებას ახორციელებს საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე – შეუზღუდავად, ისევე როგორც აღსრულების ეროვნული ბიურო.¹⁸

დღიდან დანერგვისა, კერძო აღმასრულებლის ინსტიტუტი გამოირჩეოდა საკმაოდ დიდი ეფექტიანობით: სტატისტიკა ცხადყოფდა, რომ მიმართვიანობა ისეთი მსხვილი კრედიტორების მიერ, როგორებიც იყვნენ, მაგალითად, საქართველოში მოქმედი ყველაზე მსხვილი საფინანსო ინსტიტუტები – იყო საკმაოდ მაღალი, თუმცა, ამ ყველაფრის მიუხედავად, სახელმწიფოს მხრიდან ეტაპობრივად დაიწყო კერძო აღმასრულებლის ინსტიტუტის მიმართ მთელი რიგი პრაქტიკული და სამართლებრივი ბარიერების დაწესება. მაგალითად: 2010 წელს განხორციელებული საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად, კერძო აღმასრულებლებს აეკრძალათ იმ კატეგორიის საქმეების წარმოებაში მიღება, სადაც მოთხოვნა აღემატებოდა 500 000 ლარს და მრავალი სხვა. აღნიშნული ტიპის შეზღუდვები, ცხადია, არ ვრცელდებოდა საჯარო აღმასრულებლებზე და მათ აბსოლუტურად შეუზღუდავად შეეძლოთ ეწარმოებინათ ნებისმიერი კატეგორიის საქმე.

ზემოთ მოყვანილი მაგალითების გაანალიზების შედეგად, ერთი შეხედვით თითქოს იკვეთება, რომ კერძო აღმასრულებელი არის

„ნაკლებად პრივილეგირებული“ საჯაროსთან მიმართებაში, ვინაიდან, მას კანონმდებელი უწესებს სხვადასხვა სამართლებრივ და პრაქტიკულ ბარიერს; უზღუდავს გარკვეული ქმედებების განხორციელების უფლებამოსილებას, თუმცა, ჩნდება კითხვა: რომელი აღმასრულებელი აღმოჩნდება ამით უპირატეს მდგომარეობაში? რამდენად შეიძლება ბარიერად იქნეს მიჩნეული ის „შეზღუდვები“, რასაც კერძო აღმასრულებელს უწესებს კანონმდებელი? პრაქტიკიდან გამომდინარე, შესაძლოა ითქვას, რომ კერძო აღმასრულებელს სწორედ იმ კატეგორიის საქმეთა აღსრულების უფლებამოსილება აქვს შეზღუდული, რომელთა წარმოებაც განსაკუთრებული სირთულით ხასიათდება (მაგალითად, ალიმენტისა და გამოსახლების კატეგორიის საქმეები). ხოლო იმ საქმეებს, რომელთა წარმოების უფლებაც კერძო აღმასრულებელს გააჩნია, შეუძლია მეტი სარგებლის მოტანა მატერიალური კუთხით, ვიდრე მაგალითად იმ კატეგორიას, როგორსაც წარმოადგენს პირობითად: ადმინისტრაციული ჯარიმა, ალიმენტის კატეგორიის საქმე და სხვა.

კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი ფაქტორი არის ის, რომ საჯარო აღმასრულებლისაგან განსხვავებით, კერძო აღმასრულებელს ზემოთ ჩამოთვლილ საქმეთა კატეგორიებიდანაც კი აქვს იმის შესაძლებლობა, რომ თავად გადაწყვიტოს, კონკრეტულ შემთხვევაში, კრედიტორის მიმართვის საფუძველზე, რომელ საქმეს მიიღებს წარმოებაში და რომელს – არა. მაშინ, როდესაც საჯარო აღმასრულებელი, რომელიც საქმიანობას ახორციელებს აღსრულების ეროვნულ ბიუროში, აბსოლუტურად მოკლებულია აღნიშნულ შესაძლებლობას და მასზე ნებისმიერი კატეგორიის საქმის განაწილება ხდება ავტომატური წესით. საჯარო აღმასრულებელს არ აქვს შესაძლებლობა აირჩიოს, რა კატეგორიის საქმეებს მიიღებს წარმოებაში აღსასრულებლად და რაზე იტყვის უარს (კანონით გათვალისწინებული გამონაკლისების გარდა).

რაც შეეხება საქმეთა რაოდენობას, არც კანონით და არც ბიუროს დებულებით არ არის განსაზღვრული იმ საქმეების მაქსიმალური რაოდენობა, რომლებიც, შესაძლოა, აღსას-

18 საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანება N88 კერძო აღმასრულებლის მიერ სააღსრულებო საქმის წარმოების განხორციელების პირობებისა და ფორმის განსაზღვრის შესახებ.

რულებლად გადაეცეს ერთ აღმასრულებელს. შესაბამისად, პრაქტიკაში ძირითადად არის ისეთი მოცემულობა, როდესაც ერთ საჯარო აღმასრულებელს, რომელიც დასაქმებულია აღსრულების ეროვნულ ბიუროში, წარმოებაში აქვს რამდენიმე ათასი საქმე და საჯარო აღმასრულებელი მოკლებულია შესაძლებლობას მოითხოვოს მასზე განაწილებული საქმეების რაოდენობის შემცირება.

გამომდინარე ზემოაღნიშნული გარემოებებიდან, სააღსრულებო სისტემის გაუმჯობესებისა და კანონმდებლობის დახვეწის მიზნით, ევროკავშირის წარმომადგენლობის მიერ 2013 წელს განხორციელებულ იქნა პროექტი: „აღსრულების კანონმდებლობის განვითარება საქართველოში“ (DEEP-Development of Enforcement Legislation Project in Georgia). აღნიშნულ პროექტში მონაწილეობა მიიღეს ევროკავშირის მიერ მოწვეულმა ექსპერტებმა, რომელთა აქტიური ჩართულობით შემუშავებულ იქნა რეკომენდაციები და გატარებულ იქნა მთელი რიგი ღონისძიებები აღნიშნული რეკომენდაციების საკანონმდებლო აქტებში ასახვისა და პრაქტიკაში გატარების მიზნით. აღნიშნული რეკომენდაციების ძირითად არსსა და მიზანს წარმოადგენდა კერძო და საჯარო აღსრულების ინსტიტუტების მაქსიმალური გათანაბრება საკანონმდებლო დონეზე.

როგორც უკვე აღინიშნა, კერძო აღმასრულებლის ინსტიტუტი დანერგილ იქნა ევროპული ქვეყნების საუკეთესო პრაქტიკის გათვალისწინების მიზნით, საბოლოო მიზანს კი წარმოადგენდა ქვეყანაში არსებული სისტემის სრულად გადაწყობა კერძო აღმასრულებელთა საქმიანობაზე. ვინაიდან, ზოგადად, აღნიშნული ინსტიტუტის არსებობა პირველ რიგში სახელმწიფოსათვის არის უამრავი სარგებლის მომტანი: იქმნება სტაბილური და ჯანსაღი ბიზნეს გარემო, ხდება კონკურენციის მაქსიმალური სტიმულირება, იზრდება მომსახურების ხარისხი და იკლებს ფასი. ყოველივე ეს კი, საბოლოოდ ქმნის იმგვარ მოცემულობას, რომ სახელმწიფო მნიშვნელოვნად თავისუფლდება ხარჯებისაგან და სახეზეა ეკონომიკური ზრდისათვის ხელსაყრელი ყველა პირობა. ყველაფერ ამას საფუძვლად უდევს ის ძირეული პრინციპი, რომლის მიხედვითაც,

სახელმწიფო არ უნდა ახორციელებდეს იმ მომსახურების მიწოდებას, რომლის მიწოდებაც შეუძლია კერძო სექტორს.

5. მოვალეთა რეესტრის ინსტიტუტი, როგორც მოვალეთა ქართულ სააღსრულებო კანონმდებლობაში

კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი და უახლესი ინსტიტუტი, რომელიც გათვალისწინებულია „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონით, არის მოვალეთა რეესტრი. აღნიშნული ინსტიტუტი „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონში 2008 წლის 15 ივლისს აისახა და მოქმედება დაიწყო 2010 წლიდან. ერთერთი მიზეზი ამ ინსტიტუტის დანერგვისა იყო ქვეყანაში არსებული სააღსრულებო სისტემის კიდევ უფრო დაახლოება საერთაშორისო სტანდარტებთან. ამ პერიოდშიდან დღემდე, ინსტიტუტმა განიცადა უამრავი სახეცვლილება, მისი წარმოების წესს ამტკიცებს იუსტიციის მინისტრი, ხოლო მოვალეთა რეესტრს აწარმოებს სსიპ აღსრულების ეროვნული ბიურო.¹⁹

აღსრულების ეროვნული ბიუროს მიერ, მოვალეთა რეესტრის წარმოების ძირითადი არსი და მიზანი მდგომარეობს აღსრულების ეფექტიანობის გაზრდასა და იმ რისკების თავიდან აცილებაში, რომლებიც აღნიშნულ ურთიერთობებს ახლავს თან, კერძოდ, ეს ინსტიტუტი უქმნის კრედიტორს დამატებით გარანტიებს, რომ მოვალე ვერ აარიდებს თავს მასზე დაკისრებულ ვალდებულებებს იძულებითი სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას.²⁰

მნიშვნელოვანია, რომ მოვალეთა რეესტრის მონაცემები არის საჯარო, ანუ ნებისმიერ პირს აქვს შესაძლებლობა მიიღოს ინფორმაცია რეესტრში რეგისტრირებული

19 „მოვალეთა რეესტრის წარმოების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანება N234.

20 ბუაძე ქ., 2011, მოვალეთა რეესტრი ქართულ და გერმანულ სამართალში (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი); სამაგისტრო ნაშრომი.

სუბიექტების შესახებ. განსხვავებით, მაგალითად, გერმანული სააღსრულებო სისტემისაგან, რომელიც არ ასაჯაროებს მოვალეთა რეესტრის მონაცემებს, არამედ მხოლოდ იმ შემთხვევაში გასცემს ინფორმაციას, თუ დაინტერესებული პირი მიუთითებს ინფორმაციის მიღების მიზანს შესაბამისი დასაბუთებით, ქართულ სააღსრულებო სისტემაში მსგავსი რამ არ გვხვდება და აბსოლუტურად ნებისმიერი პირისათვის შეუზღუდავად არის შესაძლებელი მოვალეთა რეესტრში რეგისტრირებული პირების იდენტიფიცირება და იმის დადგენაც, თუ ვის მიერ განხორციელდა პირის რეგისტრაცია მოვალეთა რეესტრის ერთიან ბაზაში. უნდა აღინიშნოს, რომ რეესტრის საჯაროობა არის, ასევე, ერთ-ერთი ხარვეზი და ეს საკითხი კანონმდებლობით სხვაგვარად უნდა იქნას დარეგულირებული.

მოვალეთა რეესტრში რეგისტრირებულ პირს ეზღუდება კონსტიტუციით გათვალისწინებული ერთ-ერთი ძირითადი – საკუთრების უფლება. საქართველოს კონსტიტუციით გათვალისწინებულია აღნიშნული უფლების შეზღუდვა მხოლოდ შემდეგი პირობების არსებობისას:²¹

- შეზღუდვა დასაშვებია აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის და „საერთო კეთილდღეობისათვის“;
- შეზღუდვა უნდა განხორციელდეს კანონის საფუძველზე და ამავე კანონით განსაზღვრული წესით.

აუცილებელია დაცული იქნეს პროპორციულობის პრინციპი, აღნიშნული პრინციპი კი მოიცავს შემდეგს:

- კანონმდებლის მიზნის ლეგიტიმურობა;
- მიზნის მიღწევის საშუალების ქმედითობა.

იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს მიზნის მიღწევის ნაკლებად მტკივნეული გზა, მაშინ საკუთრების შეზღუდვა არ არის აუცილებელი.²²

21 პაპუაშვილი ს., 2009, საკუთრების უფლების შეზღუდვის სამართლებრივი საფუძვლები ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და ქართული კანონმდებლობის მიხედვით, სტატიათა კრებული „ადამიანის უფლებათა დაცვის თანამედროვე გამოწვევები“.

22 კომანხიძე ც., 2017, საკუთრების უფლების შე-

ზღუდვის სამართლებრივი საფუძვლები საქართველოს კონსტიტუციასა და საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით (მართლმსაჯულება და კანონი #2(54)17.

6. სააღსრულებო სამართალწარმოების ძირითადი პრინციპები

6.1. კანონიერების, თანაზომიერების, გამჭვირვალობისა და პროპორციულობის დაცვა სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას

აღსანიშნავია, რომ ქართული სააღსრულებო კანონმდებლობა განსაკუთრებულ აქცენტს არ აკეთებს იმ პრინციპებზე, რომლებიც წითელ ხაზად უნდა გასდევდეს სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობას-აღსრულების დაწყების მომენტიდან. თუმცა, კანონმდებელი მიუთითებს, მაგალითად, მორალის ზოგადი პრინციპებისა და ნორმების დაცვის აუცილებლობაზე იმ შემთხვევაში, თუკი, ვთქვათ, მოვალის მიმართ დაწყებულია იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელება, თუმცა, ადგილზე შექმნილი განსაკუთრებული გარემოების გამო (მაგ: მოვალის ოჯახის წევრის ავადმყოფობა, გარდაცვალება ან სხვა საგანგებო შემთხვევა), აღსრულების ეროვნულ ბიუროს შეუძლია გადადოს აღსრულების ესა თუ ის ღონისძიება არაუმეტეს 6 თვის ვადით. ამასთან, მართალია, კანონი პირდაპირ მითითებას არ იძლევა აღნიშნულის თაობაზე, თუმცა, ძალიან მნიშვნელოვანია, რომ სააღსრულებო წარმოებისას დაცული იქნეს მხარეთა შორის თანაზომიერების პრინციპი.

„სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონში ზედაპირულად არის საუბარი სააღსრულებო წარმოების მხარეთა

ინტერესების თანაბარ დაცვაზე; საქართველოს უზენაესი სასამართლო კი ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში მიუთითებს, რომ: „კანონმდებელმა მესამე პირს მიანიჭა უფლება მოეთხოვა ზიანის ანაზღაურება მოვალისგან, რომლის ვალდებულების გამოც მოხდა მისი ქონების გასხვისება. გასათვალისწინებელია, რომ კანონმდებელი მესამე პირის ქონების გასხვისებას სააღსრულებო წარმოების შედეგების გაუქმებას არ უკავშირებდა, მიუხედავად იმისა, რომ ცხადია, ასეთი მოქმედებით ილახებოდა მესამე პირის ინტერესები. საქალაქო სასამართლომ განმარტა, რომ კანონის ამგვარი ჩანაწერით კანონმდებელმა გაითვალისწინა აუქციონში გამარჯვებული პირის, როგორც კეთილსინდისიერი შემძენისა და კრედიტორის, როგორც მის სასარგებლოდ არსებული მოთხოვნის იძულებითი აღსრულებით დაინტერესებული პირის ინტერესები და მიიჩნია, რომ მათ ინტერესებს უპირატესობა უნდა მინიჭებოდა მესამე პირის ინტერესებთან შედარებით, რომლის უფლებაც რეალიზებულ ქონებაზე დადგენილი იქნა მხოლოდ ქონების რეალიზაციის შემდგომ. ამასთან, საქალაქო სასამართლომ განმარტა, რომ ნორმის ამგვარი განმარტება არ ნიშნავდა იმას, რომ ასეთ შემთხვევაში მესამე პირთა ინტერესები დაცული არ იყო, თუმცა „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონმა მესამე პირს საკუთარი ინტერესების დაცვის ისეთი კონკრეტული საშუალება განუსაზღვრა, როგორცაა მოვალისგან ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა, რაც თავის მხრივ, გამორიცხავდა მისი ინტერესების დაცვას უკვე ჩატარებული აუქციონის ბათილად ცნობისა და გასხვისებული ქონების მესამე პირისთვის დაბრუნების გზით.“²³ მეორე მხრივ, ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაში ხაზგასმულია თანაზომიერების (პროპორციულობის) პრინციპის მნიშვნელობა და მისი გათვალისწინების აუცილებლობა სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობის ნებისმიერ ეტაპზე.

სააღსრულებო წარმოების მიმდინარე-

ობისას თანაზომიერების, როგორც სახელმძღვანელო პრინციპისა და მისი მნიშვნელობის შესახებ, არსებობს განსხვავებული მიდგომები, თუმცა ფაქტად რჩება ისიც, რომ აღნიშნული პრინციპის დაცვას არსებითი და სასიცოცხლო გავლენა გააჩნია სააღსრულებო სისტემის გამართულ ფუნქციონირებაზე.

სააღსრულებო წარმოების პროცედურები ყველა ქვეყანაში სხვადასხვანაირადაა მოწესრიგებული, რასაც განაპირობებს თითოეული ქვეყნის განსხვავებული სამართლებრივი ტრადიციები და სისტემა.

CEPEJ-ევროსაბჭოს კომიტეტმა მართლმსაჯულების ეფექტიანობის სფეროში, ერთ-ერთ პრიორიტეტად განსაზღვრა რა სასამართლო გადაწყვეტილებების აღსრულება, გამოაქვეყნა სახელმძღვანელო – აღსრულებასთან დაკავშირებული ევროსაბჭოს რეკომენდაციების უკეთესი იმპლემენტაციის მიზნით. 2009 წლის 17 დეკემბერს **CEPEJ**-მა აღსრულების სფეროში ევროსაბჭოს რეკომენდაციების ეფექტურად აღსრულების მიზნით შეიმუშავა გარკვეული დირექტივები.²⁴

სააღსრულებო სისტემა არ შეიძლება იყოს იდეალური, ყოველთვის არსებობს ხარვეზები გარკვეული კუთხით, თუმცა, აღნიშნული რეკომენდაციები ეფუძნება ისეთ ფუძემდებლურ პრინციპებს სააღსრულებო წარმოებაში, როგორებიცაა, მაგალითად: გამჭვირვალობა, ეფექტიანობა და აღქმადობა.

ევროპის საბჭოს მართლმსაჯულების ეფექტიანობის კომისიის მიერ განსაზღვრული იქნა ის ძირითადი პრინციპები, რომელთა დაცვა სავალდებულოა მოქნილი და გამჭვირვალე სააღსრულებო სისტემის არსებობისათვის. **CEPEJ 2009 Guidelines**-ის მიერ განსაზღვრული სახელმძღვანელო პრინციპები არის შემდეგი:

- აღსრულების პროცესის სამართლიანობა და გამჭვირვალობა;
- მოვალის შესაძლებლობების განსაზღვრა – შეასრულოს სასამართლო გადაწყვეტილება; აღსრულების პროცე-

23 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2020 წლის 09 ივლისის №ბს-10(კ-20) გადაწყვეტილება.

24 CEPEJ (2009) 11 Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe's Recommendation on Enforcement, European Commission on the efficiency of Justice (CEPEJ).

- სის მაქსიმალური ეფექტურობა;
- აღსრულების პროცესის მოქნილობა; აღმასრულებლის როლი და ჩართულობა სააღსრულებო წარმოების პროცესში;
- აღმასრულებლის ავტონომიურობის მაღალი ხარისხი; აღმასრულებლის კომპეტენციის მკაფიოდ განსაზღვრა ეროვნული კანონმდებლობით;
- სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას ბალანსის დაცვა კრედიტორ და მოვალე მხარეებს შორის და სხვა.

6.2. აღმასრულებლის უფლებამოსილებისა და მხარეთა კომუნიკაციაში ჩარევის ფარგლები იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელების დროს

სააღსრულებო სამართალწარმოების მიმდინარეობისას, აღმასრულებელი წარმოადგენს ცენტრალურ ფიგურას, ვინაიდან, კანონმდებელი სწორედ მას აკისრებს სასამართლო და სხვა ორგანოების მიერ გაცემული აქტების აღსრულების უფლება-მოვალეობას.

განსხვავებული მიდგომაა სხვადასხვა ქვეყნებში აღმასრულებლის სტატუსთან მიმართებაში. მაგალითად, რიგ ქვეყნებში (გერმანია, შვედეთი, დანია) აღმასრულებლები მოქმედებენ საჯარო მოხელის სტატუსით და მათი უფლებამოსილებები საკმაოდ ვიწროა, ორგანიზაციული სტრუქტურა ამ შემთხვევაში არის საკმაოდ იერარქიული და ბიუროკრატიული.

საქართველოში, აღმასრულებლის უფლება-მოვალეობები ზუსტად არის განსაზღვრული „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონით, თუმცა რიგ შემთხვევებში მას მაინც რჩება გარკვეული დისკრეცია გადაწყვეტილებათა მიღებისას. სწორედ ამიტომ, ნებისმიერი ქმედების განხორციელებისას, აღმასრულებელი ვალდებულია მაქსიმალურად შეინარჩუნოს ობიექტურობა

და თანაბრად დაიცვას როგორც მოვალე, ისე კრედიტორი მხარისა და წარმოებაში მონაწილე მესამე პირების ინტერესები.

7. მხარეები სააღსრულებო წარმოებაში

7.1. კრედიტორი და მოვალე, როგორც სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე ძირითადი სუბიექტები

ქართული სააღსრულებო კანონმდებლობით ძირითადად არის დარეგულირებული ურთიერთობები წარმოების მხარეებს: კრედიტორსა და მოვალეს შორის.²⁵ მნიშვნელოვანია აქცენტი იქნეს გაკეთებული იმ გარემოებაზე, რომ ზედმეტად არ მიადგეს ზიანი რომელიმე მხარის ინტერესებს, ანუ მაქსიმალურად უნდა იქნეს დაცული მხარეებს შორის თანაზომიერების პრინციპი, განსაკუთრებით იმ პირობებში, როდესაც იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელებით იზღუდება მოვალე მხარის მთელი რიგი უფლებები, მათ შორის ძირითადი: საკუთრების უფლება. სააღსრულებო წარმოების დაწყების მომენტიდან, ხდება რა მოვალის სახელზე რიცხული უძრავ-მოძრავი ქონების მოძიება, ედება ყადაღა აღნიშნულ ქონებას და მოვალის მიერ ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში ხორციელდება მის სახელზე რიცხული ნებისმიერი ქონების რეალიზაცია აუქციონის გზით. ამ პირობებში კი, ჩარევა მოვალის საკუთრების უფლებაში და მისი შეზღუდვა აუცილებლად უნდა იყოს კრედიტორის მოთხოვნის პროპორციული და თანაზომიერი. ამასთან, განსაკუთრებული დატვირთვა გააჩნია პერსონალური მონაცემების გამოყენების ზღვარს-იძულებითი სააღსრულებო სამართალწარმოების მიმდინარეობისას. ვინაიდან, როგორც ვიცით, წარმოების პროცესში აქტიურად მიმდინარეობს მხარეთა პერსონალური ინფორმაციისა და მონაცემების დამუშავება, შესაბამისად,

25 ქყონია ზ. 2012 „სააღსრულებო წარმოების სუბიექტები“, „მართლმსაჯულება და კანონი“ N:1 (32|12)).

თამარი ხუჭაძე, მარიამი ხუჭაძე

მხარეთა პერსონალური მონაცემები მხოლოდ მკაფიო სამსახურებრივი საჭიროების შემთხვევაში უნდა იქნეს მოპოვებულ-დამუშავებული.²⁶

7.2. მესამე პირები და მათი ჩართულობის ფარგლები სააღსრულებო წარმოებაში

სააღსრულებო წარმოებაში, გარდა კრედიტორი და მოვალე მხარეებისა, მონაწილეობენ მესამე პირებიც. ქართული სააღსრულებო კანონმდებლობით გათვალისწინებულია აღმასრულებლის უფლება-ყადაღა დაადოს ნებისმიერ მოძრავ ქონებას, რაც დახვედბა ვიზიტის განხორციელების დროს სააღსრულებო ფურცელში მითითებულ მოვალის მისამართზე. თუმცა, შესაძლოა აღნიშნული ქონება სულაც არ ეკუთვნოდეს მოვალეს და რეალურად წარმოადგენდეს სრულიად უცხო, მესამე პირის საკუთრებას. სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებისას აღმასრულებელს არ აქვს ნივთის პირისადმი კუთვნილების ფაქტის დადგენის ვალდებულება, პირიქით, მტკიცების ტვირთი ნივთის მესაკუთრეზე გადადის. კანონის აღნიშნული დანაწესი კი გამომდინარეობს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 158-ე მუხლის პირველი ნაწილიდან, რომელიც განმარტავს, რომ: „ივარაუდება, რომ ნივთის მფლობელი არის მისი მესაკუთრე“.

იმისათვის, რომ ზიანი არ მიადგეს მესამე პირების უფლებებსა და კანონიერ ინტერესებს, კანონმდებელი უტოვებს მათ უფლებას წარადგინონ სარჩელი სასამართლოში ქონების ყადაღისაგან გათავისუფლების თაობაზე.²⁷

7.3. სახელმწიფო და ადმინისტრაციული ორგანოები, როგორც მოვალეები-აღსრულების თავისებურებები

სახელმწიფო ისევე მონაწილეობს სამართლებრივ ურთიერთობებში, როგორც ნებისმიერი სხვა პირი. რაც შეეხება სააღსრულებო წარმოებაში სახელმწიფოს მონაწილეობის საკითხს: სააღსრულებო წარმოება ჩვეულებრივად შეიძლება იქნეს მიმართული სახელმწიფოს წინააღმდეგაც, თუმცა, ცხადია არსებობს გარკვეული შეზღუდვები ამ შემთხვევაში. აღნიშნული შეზღუდვების დაწესება კი განპირობებულია იმ მოტივით, რომ ზიანი არ მიადგეს საზოგადოების ინტერესებსა და სახელმწიფოებრიობას, მაგალითად, არ მოხდეს ისეთი ქონების გასხვისება, რომელიც საერთო საზოგადოებრივი ქონების კატეგორიას განეკუთვნება ან/და აქვს რაიმე კულტურული მნიშვნელობა ქვეყნისათვის.

რაც შეეხება თანხის გადახდევინებასთან დაკავშირებულ, სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართულ სააღსრულებო წარმოებებს, სხვა სუბიექტებისაგან განსხვავებით კანონმდებელი განსაზღვრავს გადაწყვეტილების ნებაყოფლობით შესრულების განსხვავებულ ვადას (იმ შემთხვევაში, თუკი მოვალე მხარეს წარმოადგენს საჯარო სამართლის იურიდიული პირი, გადაწყვეტილების ნებაყოფლობით შესრულებისათვის დადგენილია ერთ თვიანი ვადა)²⁸, აღნიშნული ვადა ვრცელდება ასევე იმ შემთხვევაში, როდესაც მოვალეს წარმოადგენს საბიუჯეტო ორგანიზაცია.²⁹

დასკვნა

დასკვნის სახით, უნდა ითქვას შემდეგი: ქართული სააღსრულებო სამართალი, სამართლის სხვა დარგებთან შედარებით არის ჯერ კიდევ ახალი და განვითარების

26 „პერსონალური მონაცემების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი.

27 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 32.

28 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 903.

29 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 904.

ეტაპზე მყოფი სამართლის მიმართულება. საქართველოში, ისევე, როგორც ნებისმიერ სხვა დემოკრატიულ, სამართლებრივ სახელმწიფოში, სადაც მნიშვნელოვანია უზრუნველყოფილ იქნეს სასამართლოსადმი საზოგადოების ნდობის მაღალი ხარისხი-აღსრულება წარმოადგენს სამართლის უზენაესობის ფუნდამენტურ ელემენტს. როგორც ნაშრომში აღინიშნა, ყველა ქვეყანას გააჩნია განსხვავებული სააღსრულებო სისტემა. სააღსრულებო წარმოების პროცედურები ყველგან სხვადასხვანაირად არის მოწესრიგებული, რასაც განაპირობებს თითოეული ქვეყნის ეროვნული კანონმდებლობა და განსხვავებული სამართლებრივი ტრადიციები. თუმცა, ყველგან საერთოა რამდენიმე მნიშვნელოვანი პრინციპი, რომელიც წითელ ხაზად უნდა გასდევდეს სააღსრულებო წარმოების მთელს პროცესს, ასეთია მაგალითად: ბალანსისა და თანაზომიერების დაცვის პრინციპი წარმოებაში მონაწილე მხარეთა შორის, პერსონალური მონაცემების დაცვის აუცილებლობა იძულებითი სააღსრულებო სამართალწარმოების განხორციელების დროს და სხვა.

წინამდებარე სტატიაში მოცემული, საქართველოში არსებული სააღსრულებო სისტემისა და კანონმდებლობის ანალიზის შედეგად ირკვევა, რომ ქართული სისტემა არის შერეული ხასიათის, რაც გულისხმობს როგორც საჯარო, ისე კერძო აღსრულების ინსტიტუტების ფუნქციონირებას, რაც ქვეყანაში მეტნაკლებად წარმატებით ხორციელდება და ხელს უწყობს ჯანსაღი, კონკურენტული გარემოს სტიმულირებას.

როგორც ნაშრომში აღინიშნა, ქართულ სააღსრულებო კანონმდებლობაში კერძო აღმასრულებლის ინსტიტუტის შემოღება ნამდვილად წარმოადგენდა ნოვაციას და კიდევ ერთ წინ გადადგმულ დიდ ნაბიჯს. აღნიშნული სიახლის მიზანი კი, ისევე როგორც საზღვარგარეთის ქვეყნებში, საქართველოშიც იყო აღსრულების ეფექტიანი სისტემის ჩამოყალიბება და რაც მთავარია :ჯანსაღი კონკურენციის ხელშეწყობა კერძო და საჯარო სექტორებს შორის. ყოველივე ეს კი თავის მხრივ, იყო სახელმწიფოს ეკონომიკური

ზრდისა და ჯანსაღი ბიზნეს გარემოს ჩამოყალიბების საწინდარი.

ვინაიდან, მკაფიოა ქვეყნის სწრაფვა სამართლებრივი (მათ შორის სააღსრულებო) სისტემის მაქსიმალური გამჭვირვალობისა და ეფექტურობისკენ, იკვეთება სააღსრულებო კანონმდებლობის რეფორმის აუცილებლობაც. აღნიშნულის გათვალისწინებით, ჯერ კიდევ რამდენიმე წლის წინ დაიწყო საქართველოში მუშაობა აღსრულების ახალ კოდექსზე, რომელიც ძირეულად შეცვლის ქართულ სააღსრულებო სისტემას. აღნიშნული კოდექსის პროექტი მოიცავს ბევრ საკანონმდებლო ცვლილებებსა და ნოვაციებს, რაც საბოლოო ჯამში ემსახურება იმას, რომ ქართული სააღსრულებო სისტემა და ინსტიტუტები გახდეს მეტად გამჭვირვალე და ეფექტური, კანონმდებლობა კი მაქსიმალურად დაუახლოვდეს ამ სფეროში არსებულ საერთაშორისო სტანდარტებს. სააღსრულებო კოდექსის ამოქმედების შემდეგ დაინერგება სრულიად ახალი, არსებულისაგან განსხვავებული სააღსრულებო სისტემა და მოხდება ამ სისტემის სტანდარტების მაქსიმალური მოდერნიზაცია.

ბიბლიოგრაფია:**წყაროები ქართულ ენაზე:**

1. საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს ადმინისტრაციული კოდექსი, საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი
2. „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი;
3. „პერსონალური მონაცემების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი;
4. ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია
5. „მოვალეთა რეესტრის წარმოების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანება N234
6. საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანება N24, „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს მმართველობის სფეროში მოქმედი საჯარო სამართლის იურიდიული პირის-აღსრულების ეროვნული ბიუროს დებულების დამტკიცების შესახებ“ 06 მაისი, 2014 წ.
7. ქართული სააღსრულებო სისტემა ეროვნულ და საერთაშორისო კონტექსტში, იოს უითდეჰააგი 2013 წ.
8. სააღსრულებო წარმოების სუბიექტები, ჟუონია ზ., მართლმსაჯულება და კანონი N1 (32), თბილისი 2012 წ.
9. სააღსრულებო სამართალი, ვინფრიდ შუშკე, 2011 წ.
10. სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ საქართველოს კანონის კომენტარი, შ.ქურდაძე და სხვები, თბილისი, 2018 წ.
11. აღსრულების სამართლის ტრენერების სახელმძღვანელო, ი.უ. უითდეჰააგი და სხვები, თბილისი 2020 წ.
12. ბუაძე ქ., 2011 მოვალეთა რეესტრი ქართულ და გერმანულ სამართალში(შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი); სამაგისტრო ნაშრომი.
13. პაპუაშვილი ს., 2009, საკუთრების უფლების შეზღუდვის სამართლებრივი საფუძვლები.
14. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და ქართული კანონმდებლობის მიხედვით.
15. სტატიათა კრებული „ადამიანის უფლებათა დაცვის თანამედროვე გამოწვევები“.
16. „საქართველოს სააღსრულებო სისტემის მიმოხილვა (ქართული სააღსრულებო სისტემა ეროვნულ და საერთაშორისო კონტექსტში)“ იოს უითდეჰააგი და სხვები.
17. შპს „იზა“ და მაკრახიძე საქართველოს წინააღმდეგ /„IZA“ LTD and Makrakhidze v. Georgia.
18. აპოსტოლი საქართველოს წინააღმდეგ (Apostol v. Georgia).

წყაროები ინგლისურ ენაზე:

1. Brown j., 2009. Judgment Enforcement James. Law and Business, Aspen Publishers. Walters Kluwer, third edition, preface.
2. CEPEJ (2009) 11 Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe's Recommendation on Enforcement, European Commission on the efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ (2009) 11 REV.
3. Uitdehaag A. Survey of enforcement in Europe, Tbilisi, 2017.
4. Hornsby v Greece (EGtHR March 19, 1997).
5. Case of Kyrtatos v. Greece.

CONSUMER RIGHTS CONCEPT AND HISTORICAL REVIEW

Jivan Mkrtchian

Master of Private Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Trainer in issues of democracy and human rights, Georgia

ABSTRACT

The article aims to establish the concept of consumer rights and the need for protection based on the historical necessity of the origin of consumer rights and the review of the existing legal regulations in Georgia, the European Union and the EU member states. Accordingly, the paper discusses the issues of the origin of consumer rights, their development in the territory of the European Union and the former Soviet Union. In the article, there is a separate review of the current approaches to the concept of consumer and trader in the legislation of the European Union, EU member states and Georgia.

KEYWORDS: Consumer, Trader, Rights, Georgia, European Union, Soviet Union, Concept, Definition

INTRODUCTION

Consumer rights protection law is a relatively new and specific direction in private law, the purpose of which is, on the one hand, to protect the rights of the consumer as the “weak side” of a private legal relationship, and on the other hand, to reduce the risks of unfair use of monopoly power by large companies.

Protection of consumer rights is recognized as a priority by the Constitution of Georgia, according to the last sentence of Article 26 (4) of which, “consumer rights are protected by law”. Additionally, on April

4, 2022, the Parliament of Georgia adopted a new law “On the Protection of Consumer Rights”, which, to some extent, repeats the regulations and spirit of the EU Consumer Rights Protection Directive.

Consequently, the purpose of the paper is to discuss the stages of the origin and development of consumer rights based on the mutual comparison of the experience of the European Union and the former Soviet Union, as well as the necessity of the law for the protection of consumer rights based on the new law of Georgia, to determine the definition of consumer and trader by comparing it with the directives of the European Union and the legislation of the member states of the European Union. At the same time, the topic under discussion is relevant because the law of protection of consumer rights is a constantly evolving field, and defining the concepts of consumer and trader is key to determining the further development and transformation of the law of protection of consumer rights, taking into account the necessity and history of the origin of consumer rights protection.

1. HISTORICAL OVERVIEW

1.1. Origin and Development of Consumer Rights

Consumer rights protection law is a relatively new direction in legal science. Initially, the protection of consumer rights was related to the development of the market economy, and the need to protect consumer rights was due to the danger of abuse of the monopoly position of entrepreneurs in the market.¹

The modern understanding of consumer rights originates from the United States President John Kennedy’s address to Congress in 1962,² where the president defined consumers as follows: “Consumers by definition include all

of us”.³ The further development of consumer rights is mainly related to the European Union. It is true that today the member states of the European Union have almost similar regulations for the protection of consumer rights,⁴ although historically this harmonization has been quite difficult.

The first difficulty was related to the fact that the European Community included countries of completely different families of law, namely the families of common law, Roman law, German law and Scandinavian law.⁵ However, despite this challenge, two important consumer protection programs were implemented by the European Commission between 1975 and 1980.⁶ In particular, the Consumer Protection Program of 1975 provided for five basic consumer rights:

- right to protection of health and safety;
- the right to protect economic interests;
- compensation for damages;
- right to education (right to receive information);
- the right to be heard.⁷

The second serious problem was related to the absence of a common market in the European Union and the existence of different legal regulations in the member states of the Union. The first serious attempt to create a common European market and adopt more or less similar legal regulations was the adoption of the Single European Act by the European Union countries in 1986,⁸ as a result of which the previously existing regulations related to the internal market of the European Union were changed. Although the Act provided for high standards of protection of

1 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, No. 1, Tbilisi, 2014, 79.

2 Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, German Law Journal, Vol. 4, No. 10, 2003, 1043.

3 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 79.

4 Lakerbaia T., Zaalishvili V., Zoidze T., Consumer Rights Protection Law, Tbilisi, 2018, 62.

5 Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, German Law Journal, Vol. 4, No. 10, 2003, 1043.

6 *Ibid.*

7 Lakerbaia T., The right to reject the contract: a comparative analysis of Georgian and European contract law, Tbilisi, 2016, 30.

8 Lakerbaia T., Zaalishvili V., Zoidze T., customers rights protection Law, Tbilisi, 2018, 62.

consumer rights, in practice it was not related to actual results.⁹

In order to bring closer the economic and political cooperation between the countries of the European Union,¹⁰ the European Union was established in 1992 by the Maastricht Treaty,¹¹ which led to the need to adopt higher standards for the protection of consumer rights.¹²

One of the decisive agreements in terms of strengthening consumer rights is the Amsterdam Treaty of 1997, on the basis of which the right to receive information acquired a critical weight.¹³

1.2. Consumer Rights in the Soviet Union

In parallel with the European continent, where standards for the protection of consumer rights developed along with the development of the market economy, in the Soviet Union there was a completely different picture. In a centrally planned market, the consumer had no power to protect his rights, as the producer dominated the market and there was a “must buy, easy sell” principle.¹⁴ In the 1970s and 1980s, when consumer rights programs in Europe debated the five basic consumer rights, the Soviet Union failed to meet even the most basic consumer needs, which subsequently led to the 1990s and 1991 strikes of Siberian miners and Minsk tractor workers.¹⁵

9 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, *Journal of Law*, №1, Tbilisi, 2014, 80.

10 Lakerbaia T., of the contract denial Right: Georgian and European contracts of law comparative Analysis, Tbilisi, 2016, 30.

11 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, *Journal of Law*, №1, Tbilisi, 2014, 80.

12 Lakerbaia T., of the contract denial Right: Georgian and European contracts of law comparative Analysis, Tbilisi, 2016, 31.

13 Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, *German Law Journal*, Vol. 4, No. 10, 2003, 1043.

14 Kozminski AK, Consumers in Transition from the Centrally Planned Economy to the Market Economy, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 14, No. 4, 1991, 356.

15 *Ibid.*, 360.

After the collapse of the Soviet Union, the transition period led to serious risks of violation of consumer rights. For independent Russia, a satisfied customer has become a prerequisite for political stability.¹⁶ Among the post-Soviet countries, Poland chose the “shock treatment” and “accelerated transition” policy, while Hungary chose the “gradual transition” policy, which had a positive impact on consumer welfare.¹⁷

1.3. Harmonization of National legislation with Directives and Georgia on the Path of Harmonization

After the adoption of the common regulations governing consumer rights in the European Union, the issue of implementation of the said regulations in the national legislation by the member states was on the agenda. On this path, member states had two choices – either to extend consumer protection standards to the entire contract law,¹⁸ or to regulate this area specifically by adopting new laws.¹⁹ From this point of view, Germany and the Netherlands chose the first way, making changes to the Civil Code, thereby extending uniform standards to consumer and all “weak” parties of contract law.²⁰ In contrast, France and Italy have gone the other way and adopted a separate law (or code) for the protection of consumer rights.²¹

16 *Ibid.*, 363.

17 Kozminski AK, Consumers in Transition from the Centrally Planned Economy to the Market Economy, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 14, No. 4, 1991, 363-366.

18 Lakerbaia T., of the contract denial Right: Georgian and European contracts of law comparative Analysis, Tbilisi, 2016, 34.

19 Loos M., Full Harmonization as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive, Center for the Study of European Contract Law, No. 3, 2010, 3, <<https://ssrn.com/abstract=1639436>> [15.04.2023].

20 Lakerbaia T., Zaalishvili V., Zoidze T., Consumer Rights Protection Law, Tbilisi, 2018, 73.

21 Loos M., Full Harmonization as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive, Center for the Study of European Contract Law, N3, 2010, 3,

Unlike European countries, Georgia was a member of the Soviet Union and therefore shared the Soviet legislation. After the collapse of the Soviet Union, in 1996, even before the adoption of the Civil Code, the Law “On Protection of Consumer Rights” was adopted in Georgia,²² which emphasized the importance of consumer rights protection in Georgia. At a later stage, after the adoption of the Civil Code of Georgia, the rights of the consumer were regulated to some extent by the Civil Code. A clear example of this was the existence of Article 336 of the Civil Code, which regulated the issue of transactions made on the street. In 2012, the Parliament of Georgia adopted the Law of Georgia “On Product Safety and Free Circulation”,²³ which repealed the 1996 Law of Georgia “On Protection of Consumer Rights”.

Harmonization of Georgia’s consumer rights protection legislation with European standards was greatly influenced by the signing of the Association Agreement between Georgia on the one hand and the European Union and the European Atomic Energy Community and their member states on July 27, 2014, including in the direction of consumer rights.²⁴

Based on Article 26 (4) of the Constitution of Georgia and the Association Agreement with the European Union, Georgia adopted a new law on the protection of consumer rights on March 29, 2022. Therefore, Georgia, like Italy and France, has chosen the way of harmonizing with EU directives through a separate act.

2. THE CONCEPT OF CONSUMER RIGHTS AND THE NEED TO PROTECT THEM

People’s daily life is unimaginable without purchasing personal items and using services.²⁵ At the same time, the purchase of goods and the use of services are in the interests of both sides of these relations, to the extent that they arise from the needs of both parties.²⁶ And the relations established between private persons, which are regulated by civil legislation, are based on the principles of equality of persons and freedom of contract.²⁷ The principle of freedom of contract, first of all, derives from the principle of private autonomy²⁸ and includes the freedom to conclude and determine the content of a contract.²⁹ And the equality of the parties means their ability, as a result of showing their free will, to freely choose a counterparty and establish a private legal relationship with him.³⁰ Historically, however, in this type of relationship, the trader has always had the power to pursue his own best interests by limiting the interests of the other party,³¹ and thus he has tended to achieve and maintain a dominant position. At the same time, the consumer is recognized as less knowledgeable, less informed and economically inferior to the producer and trader.³² This creates inequality between the parties and puts the consumer in a weak position. Thus, the issue of eliminating the mentioned inequality and ensuring the private autonomy and equality of the parties characteristic of private legal relations arises.

<<https://ssrn.com/abstract=1639436>> [15.04.2023].

22 The Law of Georgia on Protection of Consumer Rights, Parliamentary Office, 007, 30/04/1996, (repealed by the Law of Georgia, – Project Security and Free Circulation Code, Legislative Gazette of Georgia, 25/05/2012).

23 Law of Georgia Code of Product Safety and Free Circulation, Legislative Gazette of Georgia, 25/05/2012, Article 104 (1) (a).

24 Association Agreement of 27 June 2014 between Georgia, of the one part, and the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part, website, 11/09/2014, Annex XXIX.

25 Lakerbaia T., Zaalishvili V., Zoidze T., customers rights protection Law, Tbilisi, 2018, 107.

26 Chanturia L., General part of civil law, Tbilisi, 2011, 92.

27 Law of Georgia Civil Code of Georgia, Department of the Parliament of Georgia, 31, 24/07/1997, Articles 1 and 319 (1).

28 Chanturia L., general part of civil law, Tbilisi, 2011, 90-91.

29 Gelashvili I., Chanturia L. (ed.), Commentary on the Civil Code of Georgia, Book Three, General Part of Obligatory Law, Tbilisi, 2019, 55.

30 *Ibid.*, 54.

31 Haupt S., An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, German Law Journal, Vol. 4, №11, 2003, 1137, <<https://doi.org/10.1017/S2071832200012013>> [09.04.2023].

32 *Ibid.*

According to Article 10 (2) of the Civil Code of Georgia, “participants of civil legal relations may perform any action not prohibited by law, including those not provided for by law”. Therefore, the Civil Code of Georgia does not give unlimited autonomy/freedom to the parties, but, if necessary, clearly establishes a mandatory rule of conduct through imperative norms.³³ In such a case, the legislator aims to protect the weak side.³⁴

Based on the above, when one party in private legal relations³⁵ is considered a weak party due to objective or subjective circumstances, the legislator tries to balance the interests of the parties through imperative norms and ensure the private autonomy of the parties and the equality of the parties.

The consumer, in the private legal relations established with the trader, is recognized as a weak party, not only because of the trader’s aspiration and real possibility to be dominant in the relationship,³⁶ but also, first of all, because of the consumer’s lack of awareness.³⁷ Accordingly, it is necessary to equalize the mentioned inequality between the parties. In this context, the provision of information at the pre-contractual stage can be a key tool for ensuring equality.³⁸ Therefore, the legislator, through imperative norms, imposes on the trader the obligation to provide the consumer with information about the goods and services to be purchased, which is necessary for the consumer to make a free and informed choice.³⁹

According to the Consumer Rights Protection

- 33 Law of Georgia Civil Code of Georgia, Department of the Parliament of Georgia, 31, 24/07/1997, Article 10 (3).
- 34 Chachava S., Competition of demands and grounds of demand in private law, Tbilisi, 2010, 8.
- 35 *Ibid.*
- 36 Haupt S., An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, German Law Journal, Vol. 4, №11, 2003, 1138, <https://doi.org/10.1017/S2071832200012013> [09.04.2023].
- 37 *Ibid.*, 1137.
- 38 Waddington L., Reading a Duty to Provide Accessible Pre-Contractual Information for Consumers with Disabilities into EU Consumer Protection Law, Journal of Consumer Policy, Vol. 45, №2, 2022, 308.
- 39 Mendes I., The Development of Portuguese Consumer Law with Special Regard to Conflict Resolution, Journal of Consumer Policy, Vol. 17, №1, 1994, 115.

Directive, “This Directive shall apply, under the conditions and to the extent set out in its provisions, to any contract concluded between a trader and a consumer...”.⁴⁰ Article 2 (1) of the Law on the Protection of Consumer Rights contains a similar regulation, according to which “this law defines General principles of protection of the rights of the consumer who establishes a legal relationship with the trader...”. Therefore, the law of protection of consumer rights is the law regulating the relationship between the consumer and the trader.⁴¹

In summary, lack of awareness is one of the main factors causing consumer weakness, as a result of which the consumer is deprived of the opportunity to enter into a transaction with free will and equally influence this process. Thus, the law of protection of consumer rights ensures the realization of the principles of private autonomy and equality of parties,⁴² which are the foundations of the progress of the market economy and civil stability.

3. CONCEPT OF CONSUMER

Based on Georgia’s aspirations for EU membership and the Association Agreement signed with the EU, it is appropriate to consider the regulations of the Consumer Rights Protection Directive and the approaches of the EU member states to this issue.

3.1. The Concept of Consumer in the European Union Directive

According to the Consumer Protection Directive, a consumer is any natural person “who, in contracts covered by this Directive, is acting for

- 40 Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64 , Article 3 (1).
- 41 Part A.C. of the Explanatory Card on the Draft Law of Georgia "On Protection of Consumer Rights" indicates this, according to which “the draft law regulates the civil legal relations between the consumer and the trader...”.
- 42 Chanturia L., General part of civil law, Tbilisi, 2011, 91.

purposes which are outside his trade, business, craft or profession”.⁴³

Based on this definition, two – Subjective and functional criteria⁴⁴ must be cumulatively present for a person to be considered a consumer. In particular:

- The consumer must be a natural person (subjective criterion);
- and he/she must act for non-professional purposes (functional criterion).⁴⁵

Moreover, in mixed type of contracts, when a natural person acts partly within the scope of his commercial activity and partly outside of his commercial activity, moreover, the purpose of his commercial activity is limited and not predominant for the purposes of the contract, the person should be considered as a consumer.⁴⁶

3.2. The concept of the User in the Legislation of the Member states of the European Union

There are different approaches in the EU member states regarding the definition of consumer. In some countries, the definition of consumer is defined as in the Consumer Rights Directive. For example, according to §13 of the German Civil Code, “a consumer is any natural person who enters into a transaction that does not belong to his business or professional activity”.⁴⁷ In addition, according to German judicial practice, the norms protecting consumer rights, to some extent, also

apply to employees who are not self-employed.⁴⁸

According to the “Patrik vs Pinto” decision of the European Court of Justice, a broad definition of a consumer is unacceptable and should be limited to a natural person only.⁴⁹ This approach is shared, for example, by Germany.

Although the member states of the European Union try to establish as much as possible the same standards in the law of consumer rights,⁵⁰ in the legislation of the member states, there are still different approaches to the concept of the consumer. This is not a violation of the directive, but the law of the European Union itself allows the member states to expand the concept of consumer in the national legislation and include also legal entities and natural persons who are not considered consumers according to Article 2 (1) of the Directive on the protection of consumer rights.⁵¹ According to another decision of the Court of Justice of the European Union, it is possible for the jurisprudence of the member state to expand the concept of consumer and its protective rules to extend to such entities of law that are not natural persons in the sense of the directive, for example, in Italian law, the association of co-owners.⁵² Under Austrian and Czech law, a legal entity can also be a consumer if it purchases a product or uses a service for non-professional purposes.⁵³ French jurisprudence considers natural and legal persons as consumers if they act

43 Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64, Article 2 (1).

44 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 82.

45 Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, 6, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [28.042023].

46 *Ibid.*

47 German Civil Code, second edited edition, Chechelashvili Z. Translator, Chachanidze E./Darjania T. (ed.), Tbilisi, 2019, Paragraph 13.

48 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 84.

49 Case C-361/89, Patrice Di Pinto, [1991], ECR I-01189; Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 83.

50 Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64, Article 1.

51 Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, 6-7, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [28.042023].

52 Case C-329/19, Condominio di Milano, via Meda v Eurothermo SpA, [2020] ECR, para. 34.

53 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 83.

with non-professional purposes. For example, a real estate agency that wants to install an alarm system at its workplace and enters into a contract for this is considered a customer.⁵⁴

3.3. Definition of the Consumer in the Legislation of Georgia

“Anyone of us is a customer”.⁵⁵ Similar to the directive on the protection of consumer rights, the legislation of Georgia also shares this approach.

According to the 1996 Law of Georgia “On the Protection of Consumer Rights”, “a consumer is a citizen who uses goods/work, services for personal needs, acquires, orders, or has such an intention”. However, today’s legislation in Georgia, like Germany, shares the definition defined by the Consumer Rights Protection Directive, with the difference that the consumer definition in Georgia is given in the Consumer Rights Protection Law, and in Germany – in the Civil Code. According to the Consumer Rights Protection Law, “a consumer is any natural person who is offered or who acquires or subsequently uses goods or services primarily for personal use and not for carrying out a trade, business, professional or other professional activity”.⁵⁶ The Consumer Rights Protection Law of Georgia, like the Consumer Rights Protection Directive, also provides for the case of mixed contracts. In the case of mixed contracts, there are generally four main approaches:

- They are not considered consumer contracts;
- They are considered consumer contracts if personal interest prevails;
- They are considered consumer contracts if personal interest is disputed and unclear;

- They are considered consumer contracts.⁵⁷

The legislation of Georgia shares the 2nd and 3rd approaches, in particular, “the effect of the law on the protection of consumer rights also applies to such a mixed purpose contract, in which the interest of personal consumption prevails over the commercial interest. Ambiguity related to the priority of interest in the contract should be resolved in favor of the customer”.⁵⁸

After the implementation of the new law, so far there has been no dispute in court in terms of consumer rights protection, so it is not known how the court will interpret this record of the law. However, in all cases, the explanatory note to the law specifies that state policy promotes “general principles of protection of the rights of an individual who enters into a contractual relationship with a trader...”.⁵⁹ It is clear that, in this context, the adoption of a new law is part of this policy of the state. Therefore, I think in all cases, the court will be limited to expand the concept of consumer too much to include legal entities (eg non-profit legal entities,⁶⁰ small and medium-sized enterprises, small and medium-sized enterprises⁶¹ or non-governmental organizations).

4. THE CONCEPT OF A MERCHANT

4.1. The Concept of Trader in the European Union

As mentioned above, the law of protection of consumer rights is the law regulating the relationship between the consumer and the trader.

54 Lakerbaia T., Zaalishvili V., Zoidze T., customers rights protection Law, Tbilisi, 2018, 110.

55 Kardava E., Comparative legal review of European standards for consumer rights protection on the example of a contract concluded on the street, Review of Georgian Law, special edition, 2007, 122.

56 Law of Georgia on Consumer Rights, 06/04/2022, Article 4 (i).

57 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 84.

58 Law of Georgia on Consumer Rights, 06/04/2022, Article (2).

59 Explanatory card on the Draft Law of Georgia “On Protection of Consumer Rights”, Part A.C., <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/113041>> [10.04.2023].

60 Lakerbaia T., Zaalishvili V., Zoidze T., customers rights protection Law, Tbilisi, 2018, 111.

61 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 83.

Terminologically, in the legal acts of the European Union, next to the customer, there are also other terms (for example, business, seller, service provider, etc.⁶²), which, in fact, perform the function of the strong party of the contract. Due to the objectives of the paper, in this section we will discuss only the definition of the European Union Consumer Rights Protection Directive.

Article 2 (2) of the Consumer Rights Protection Directive defines a trader as *“any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession in relation to contracts covered by this Directive”*.⁶³

Despite this interpretation of the directive, in case law the court evaluates a number of circumstances. The European Court of Justice in the “Kamenova” case notes that the definition of “trader” is defined more or less identically in the EU Directive 2005/29/ EC and the EU Human Rights Directive.⁶⁴ Accordingly, based on the judicial practice developed based on Directive 2005/29/EC, in each specific case, the extent to which a specific entity is a trader should be determined based on the following criteria:

- “Whether the trade is organized or not;
- Whether trading is intended to make a profit;
- whether the seller had a legal status that allowed them to engage in commercial activity;
- Does the party have information about the item for sale, which the customer does not have and which puts him in a more favorable position and other criteria”.⁶⁵

62 Lakerbaia T., Zaalishvili V., Zoidze T., customers rights protection Law, Tbilisi, 2018, 114.

63 Directive 2011/83/EC of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011, Article 2 (2).

64 Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova, [2018] ECR, para(s). 27-30.

65 Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, 6, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [28.042023].

However, according to the definition of the European Court of Justice, these prerequisites are not exhaustive. Moreover, the court emphasizes that even if one or two criteria are present, it does not automatically mean that a person is a trader.⁶⁶ Thus, according to court practice, a person who is in a stronger position compared to the consumer is considered a trader.

4.2. Concept of Trader in Georgian Legislation

Georgia’s 1996 Law on Consumer Rights did not provide a definition of trader, instead the law provided definitions of “seller”, “performer”, and “manufacturer”.⁶⁷

The law in force today, like the Consumer Protection Directive, includes a definition of a trader. In particular, according to Article 4 (h) of this law, a trader is “any natural person, legal entity or association of persons acting within the scope of commercial activity, as well as any other person acting on behalf of or on behalf of a trader”.

Based on this entry in the law, a trader can be a natural person, a legal entity or an association of persons, which operates within the framework of commercial activity.⁶⁸

CONCLUSION

Along with the constant development of the world, the new needs of people lead to the need

66 Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova, [2018] ECR , para(s). 27-29, 34-40 and 45; Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [28.042023].

67 Law of Georgia on Protection of Consumer Rights, Parliamentary Office, 007, 30/04/1996, (repealed by the Law of Georgia – Draft Security and Free Movement Code, Legislative Gazette of the State Council of Georgia, 25/05/2012).

68 Law of Georgia on Consumer Rights, 06/04/2022, Article 4 (g).

to organize existing relationships in a new way. A clear example of this is the law of protection of consumer rights, which originates from the 1960s and becomes crucial with the Amsterdam Treaty of 1997, according to which the right to receive information assumes a key role in terms of consumer protection. In contrast, in the Soviet Union, consumers did not have even the minimum leverage to protect their rights.

As established, the purpose of consumer protection law is to prevent abuse of market power by companies and to protect the rights of the weaker party in private legal relationships.

As part of the research, it was revealed that Georgia, like France and Italy, chose the way of regulating consumer rights by a separate law, unlike Germany, where consumer rights are regulated by the Civil Code and the concept of consumer is defined more broadly. Within the scope of the study, it was determined that the Consumer

Rights Protection Directive sets minimum standards for the protection of consumer rights and empowers member states to protect consumer rights with higher standards.

As a result of the research, different approaches are observed in the EU member states and the consumer rights protection directive regarding the definition of consumer and trader. In this regard, the Law on the Protection of Consumer Rights of Georgia shares the regulations of the Directive on the Protection of Consumer Rights. As it turned out, in some cases, the question of whether a particular person is considered a consumer (or a trader) is disputed. I think that in mixed contracts and other disputed cases, the issue should be resolved in the law of protection of consumer rights, taking into account the fundamental principle that the consumer is the “weak side” of the relationship, and the trader is the “strong one”.

BIBLIOGRAPHY:

Georgian language literature:

1. Chachava S., Competition of demands and grounds of demand in private law, Tbilisi, 2010.
2. Chanturia L., General part of civil law, Tbilisi, 2011.
3. Explanatory card on the draft law of Georgia "On protection of consumer rights", <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/113041>> [Last seen 10.04.2023].
4. Gelashvili I., Chanturia L. (Ed.), Commentary on the Civil Code of Georgia, Book Three, General Part of Obligatory Law, Tbilisi, 2019.
5. German Civil Code, second edited edition, Chechelashvili Z. Translator, Chachanidze E./Darjania T. (ed.), Tbilisi, 2019.
6. Kardava E., Comparative legal review of European standards of consumer rights protection on the example of a contract concluded on the street, Review of Georgian Law, special edition, 2007.
7. Lakerbaya T., The right to reject a contract: a comparative analysis of Georgian and European contract law, Tbilisi, 2016.
8. Lakerbaya T., Zaalishvili V., Zoidze T., Consumer Rights Protection Law, Tbilisi, 2018.

Legislative acts:

1. Association Agreement of June 27, 2014 between Georgia, on the one hand, and the European Union and the European Atomic Energy Union, on the other hand, and their member states, website, 11/09/2014.

2. Law of Georgia Civil Code of Georgia, Department of the Parliament of Georgia, 31, 24/07/1997.
3. Law of Georgia Code of Product Safety and Free Circulation, Legislative Gazette of Georgia, 25/05/2012.
4. Law of Georgia on Consumer Rights, SSM website, 06/04/2022.
5. Law of Georgia on Protection of Consumer Rights, Parliamentary Office, 007, 30/04/1996, (repealed by the Law of Georgia, – Project Security and Free Circulation Code, Legislative Gazette of Georgia, 25/05/2012).

English speaking:

1. Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [Last seen 28.04.2023].
2. Haupt S., An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, German Law Journal, Vol. 4, No. 11, 2003, <<https://doi.org/10.1017/S2071832200012013>> [Last seen: 09.04.2023].
3. Kozminski AK, Consumers in Transition from the Centrally Planned Economy to the Market Economy, Journal of Consumer Policy, Vol. 14, No. 4, 1991.
4. Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, No. 1, Tbilisi, 2014 .
5. Loos M., Full Harmonization as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive, Center for the Study of European Contract Law, No. 3, 2010, <<https://ssrn.com/abstract=1639436>> [Last seen 15.04.2023].
6. Mendes I., The Development of Portuguese Consumer Law with Special Regard to Conflict Resolution, Journal of Consumer Policy, Vol. 17, No. 1, 1994.
7. Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, German Law Journal, Vol. 4, No. 10, 2003 .
8. Waddington L., Reading a Duty to Provide Accessible Pre-Contractual Information for Consumers with Disabilities into EU Consumer Protection Law, Journal of Consumer Policy, Vol. 45, No. 2, 2022.

Legislative acts and judicial practice:

1. Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova, [2018] ECR.
2. Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova , [2018] ECR .
3. Case C-329/19, Condominio di Milano, via Meda v Eurothermo SpA , [2020] ECR .
4. Case C-361/89, Patrice Di Pinto, [1991], ECR.
5. Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64.

მომხმარებლის უფლებების ცნება და ისტორიული მიმოხილვა

ჯივან მკრტჩიან

*ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო
უნივერსიტეტის კერძო სამართლის მაგისტრი*

აბსტრაქტი

სტატია მიზნად ისახავს მომხმარებლის უფლებების ცნებისა და დაცვის აუცილებლობის დადგენას მომხმარებლის უფლებების წარმოშობის ისტორიული აუცილებლობისა და საქართველოში, ევროკავშირისა და ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებში არსებული საკანონმდებლო რეგულაციების განხილვის საფუძველზე. შესაბამისად, ნაშრომში განხილულია მომხმარებლის უფლებების წარმოშობის, ევროკავშირისა და ყოფილი საბჭოთა კავშირის ტერიტორიაზე მათი განვითარების საკითხები. სტატიაში, გარდა ამისა, მიმოხილულია ევროკავშირის, ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოებისა და საქართველოს კანონმდებლობებში მომხმარებლისა და მოვაჭრის ცნებასთან დაკავშირებით დღეს არსებული მიდგომები.

საკვანძო სიტყვები: მომხმარებელი, მოვაჭრე, საქართველო, ევროკავშირი, საბჭოთა კავშირი, ცნება, დეფინიცია

შესავალი

მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართალი შედარებით ახალი და სპეციფიკური მიმართულებაა კერძო სამართალში, რომლის მიზანია, ერთი მხრივ, მომხმარებლის, როგორც კერძო სამართლებრივი ურთიერთობის „სუსტი მხარის“ უფლებების დაცვა, ხოლო, მეორე მხრივ, დიდი კომპანიების მონოპოლიური და-

ლაუფლების არაკეთილსინდისიერად გამოყენების რისკების შემცირება.

მომხმარებლის უფლებების დაცვას პრიორიტეტულ მიმართულებად აღიარებს საქართველოს კონსტიტუცია, რომლის 26 (4) მუხლის ბოლო წინადადების თანახმად, „მომხმარებლის უფლებები დაცულია კანონით“. ამასთანავე, 2022 წლის 4 აპრილს საქართველოს პარლამენტმა მიიღო ახალი კანონი „მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ“, რომელიც, გარკვეულწილად, იმეორებს ევროკავშირის მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის რეგულაციებსა და სულისკვეთებას.

შესაბამისად, ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს მომხმარებლის უფლებების წარმოშობისა და განვითარების ეტაპების განხილვა ევროკავშირისა და ყოფილი საბჭოთა კავშირის გამოცდილების ურთიერთშედარების საფუძველზე, ასევე, საქართველოს ახალი კანონიდან გამომდინარე, მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართლის აუცილებლობის, მომხმარებლისა და მოვაჭრის დეფინიციის განსაზღვრა ევროკავშირის დირექტივებთან და ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების კანონმდებლობასთან შედარების გზით. ამასთან ერთად, განსახილველი თემა აქტუალურია, რადგან მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართალი მუდმივად განვითარებადი სფეროა და მომხმარებლისა და მოვაჭრის ცნებების დადგენა საკვანძოა მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართლის შემდგომი განვითარებისა და ტრანსფორმირების დასადგენად, ისტორიულად მომხმარებლის უფლებების დაცვის აუცილებლობის და წარმოშობის ისტორიის გათვალისწინებით.

1. ისტორიული მიმოხილვა

1.1. მომხმარებლის უფლებების წარმოშობა და განვითარება

მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართალი შედარებით ახალი მიმართულებაა სამართლის მეცნიერებაში. თავდაპირ-

ველად, მომხმარებლის უფლებების დაცვა დაკავშირებული იყო საბაზრო ეკონომიკის განვითარებასთან, ხოლო მომხმარებლის უფლებების დაცვის აუცილებლობა განპირობებული იყო ბაზარზე მენარმეების მონოპოლიური მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების საშიშროებით.¹

მომხმარებლის უფლებების თანამედროვე გაგება სათავეს იღებს ჯერ კიდევ ამერიკის შეერთებული შტატების პრეზიდენტის ჯონ კენედის 1962 წლის კონგრესისადმი მიმართვიდან,² სადაც პრეზიდენტი მომხმარებელს განმარტავს შემდეგნაირად: „მომხმარებელი განსაზღვრებით მოიცავს ჩვენ ყველას“.³ მომხმარებლის უფლებების შემდგომი განვითარება ძირითადად დაკავშირებულია ევროკავშირთან. მართალია, დღეს ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს მომხმარებლის უფლებების დაცვის თითქმის მსგავსი რეგულაციები აქვთ,⁴ თუმცა ისტორიულად აღნიშნული ჰარმონიზაცია საკმაოდ რთულად წარიმართა.

პირველი სირთულე დაკავშირებული იყო იმ ფაქტთან, რომ ევროპის თანამეგობრობაში შედიოდნენ სრულიად განსხვავებული სამართლის ოჯახის ქვეყნები, კერძოდ, საერთო სამართლის, რომანული სამართლის, გერმანული სამართლისა და სკანდინავიური სამართლის ოჯახები.⁵ თუმცა, მიუხედავად ამ გამოწვევისა, ევროპის კომისიის მიერ განხორციელდა ორი მნიშვნელოვანი პროგრამა მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მიმართულებით, რაც დაკავშირებულია 1975-1980-იან წლებთან.⁶ კერძოდ, 1975 წლის

1 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 79.

2 Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, German Law Journal, Vol. 4, №10, 2003, 1043.

3 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 79.

4 ლაკერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, თბილისი, 2018, 62.

5 Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, German Law Journal, Vol. 4, №10, 2003, 1043.

6 იქვე.

მომხმარებელთა დაცვის პროგრამაში გათვალისწინებული იყო მომხმარებლის ხუთი ძირითადი უფლება:

- ჯანმრთელობისა და უსაფრთხოების დაცვის უფლება;
- ეკონომიკური ინტერესების დაცვის უფლება;
- ზიანის ანაზღაურების;
- განათლების უფლება (ინფორმაციის მიღების უფლება);
- მოსმენის უფლება.⁷

მეორე სერიოზული პრობლემა დაკავშირებული იყო ევროპის გაერთიანებაში საერთო ბაზრის არარსებობასა და გაერთიანების წევრ ქვეყნებში სხვადასხვა სამართლებრივი რეგულაციების არსებობასთან. საერთო ევროპული ბაზრის შექმნისა და მეტ-ნაკლებად, მსგავსი სამართლებრივი რეგულაციების მიღების პირველი სერიოზული მცდელობა იყო 1986 წელს ევროპის გაერთიანების ქვეყნების მიერ ერთიანი ევროპული აქტის მიღება,⁸ რომლის შედეგად შეიცვალა ევროპის გაერთიანების შიდა ბაზართან დაკავშირებული მანამდე არსებული რეგულაციები. მიუხედავად იმისა, რომ აქტით გათვალისწინებული იყო მომხმარებელთა უფლებების დაცვის მაღალი სტანდარტები, პრაქტიკულად, იგი დაკავშირებული არ იყო რეალურ შედეგებთან.⁹

ევროპის გაერთიანების ქვეყნებს შორის ეკონომიკური და პოლიტიკური თანამშრომლობის უფრო დაახლოების მიზნით,¹⁰ 1992 წელს, მაასტრიხტის ხელშეკრულებით შეიქმნა ევროკავშირი,¹¹ რომელმაც განაპი-

რობა მომხმარებლის უფლებების დაცვის უფრო მაღალი სტანდარტების მიღების აუცილებლობა.¹²

მომხმარებელთა უფლებების გაძლიერების კუთხით ერთ-ერთი გადამწყვეტი შეთანხმებაა 1997 წლის ამსტერდამის ხელშეკრულება, რომლის საფუძველზე ინფორმაციის მიღების უფლებამ კრიტიკულად მნიშვნელოვანი დატვირთვა შეიძინა.¹³

1.2. მომხმარებლის უფლებები საბჭოთა კავშირში

ევროპის კონტინენტის პარალელურად, სადაც საბაზრო ეკონომიკის განვითარებასთან ერთად ვითარდებოდა მომხმარებლის უფლებების დაცვის სტანდარტები, საბჭოთა კავშირში სრულიად განსხვავებული სურათი იყო. ცენტრალურად დაგეგმილი ბაზრის პირობებში, მომხმარებელს არ ჰქონდა საკუთარი უფლებების დაცვის ძალაუფლება, რადგან მწარმოებელი დომინირებდა ბაზარში და არსებობდა „უნდა იყიდო, ადვილია გაყიდვა“ პრინციპი.¹⁴ 1970-1980-იან წლებში, როდესაც ევროპაში მომხმარებლის უფლებების დაცვის პროგრამებში მომხმარებლის ხუთ ძირითად უფლებებზე მსჯელობდნენ, საბჭოთა კავშირი მომხმარებლის ყველაზე ელემენტარული საჭიროებებსაც კი არ აკმაყოფილებდა, რამაც შემდგომში გამოიწვია 1990-1991-იან წლებში ციმბირის მაღაროელთა და მინსკის ტრაქტორების მუშების გაფიცვები.¹⁵

საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ, გარდამავალმა პერიოდმა განაპირობა მომხმარებლის უფლებების დარღვევის სერიოზუ-

7 ლაკერბაია თ., ხელშეკრულების უარყოფის უფლება: ქართული და ევროპული სახელმწიქროს სამართლის შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2016, 30.

8 ლაკერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, თბილისი, 2018, 62.

9 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 80.

10 ლაკერბაია თ., ხელშეკრულების უარყოფის უფლება: ქართული და ევროპული სახელმწიქროს სამართლის შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2016, 30.

11 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi,

2014, 80.

12 ლაკერბაია თ., ხელშეკრულების უარყოფის უფლება: ქართული და ევროპული სახელმწიქროს სამართლის შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2016, 31.

13 Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, German Law Journal, Vol. 4, №10, 2003, 1043.

14 Kozminski A. K., Consumers in Transition from the Centrally Planned Economy to the Market Economy, Journal of Consumer Policy, Vol. 14, №4, 1991, 356.

15 იქვე, 360.

ლი რისკები. დამოუკიდებელი რუსეთისთვის კმაყოფილი მომხმარებელი გახდა პოლიტიკური სტაბილურობის წინაპირობა.¹⁶ პოსტ-საბჭოთა ქვეყნებიდან პოლონეთმა აირჩია „შოკის მკურნალობის“ და „დაჩქარებული გადასვლის“ პოლიტიკა, ხოლო უნგრეთმა „თანდათანობითი გადასვლის“ პოლიტიკა, რაც საკმაოდ დადებითად აისახა მომხმარებლის კეთილდღეობაზე.¹⁷

1.3. ნაციონალური კანონმდებლობების დირექტივებთან ჰარმონიზაცია

ევროკავშირში მომხმარებელთა უფლებების მომწესრიგებელი საერთო რეგულაციების მიღების შემდეგ დღის წესრიგში წევრი სახელმწიფოების მიერ აღნიშნული რეგულაციების ნაციონალურ კანონმდებლობაში იმპლემენტაციის საკითხი დადგა.¹⁸ ამ გზაზე წევრ სახელმწიფოებს ორი არჩევანი ჰქონდათ – ან მომხმარებელთა დაცვის სტანდარტები გაეზრცელებინათ მთლიან სახელშეკრულებო სამართალზე, ან ახალი კანონების მიღებით სპეციალურად მოეწესრიგებინათ ეს სფერო.¹⁹ ამ თვალსაზრისით, გერმანიამ და ჰოლანდიამ პირველი გზა აირჩიეს, განახორციელეს ცვლილებები სამოქალაქო კოდექსში, რითაც ერთიანი სტანდარტები გააზრცელეს მომხმარებელსა და სახელშეკრულებო სამართლის ყველა „სუსტ“ მხარეზე.²⁰ ამის საპირისპიროდ, საფრანგეთი და

იტალია მეორე გზით წავიდნენ და მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ცალკე კანონი (ან კოდექსი) მიიღეს.²¹

ევროპის ქვეყნებისგან განსხვავებით, საქართველო საბჭოთა კავშირის წევრი ქვეყანა იყო და შესაბამისად, საბჭოთა კანონმდებლობას იზიარებდა. საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ, 1996 წელს, ჯერ კიდევ სამოქალაქო კოდექსის მიღებამდე, საქართველოში მიღებულ იქნა „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ“ კანონი,²² რომელიც ხაზს უსვამდა საქართველოში მომხმარებლის უფლებების დაცვის მნიშვნელობას. შემდგომ ეტაპზე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიღების შემდეგ, მომხმარებლის უფლებებს, გარკვეულწილად, სამოქალაქო კოდექსიც აწესრიგებდა. ამის ნათელი მაგალითი იყო სსკ-ში 336-ე მუხლის არსებობა, რომელიც აწესრიგებდა ქუჩაში დადებული გარიგების საკითხს. 2012 წელს საქართველოს პარლამენტმა მიიღო „პროდუქტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის შესახებ“ საქართველოს კანონი,²³ რომლითაც გაუქმდა „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ“ საქართველოს 1996 წლის კანონი.

საქართველოს მომხმარებლის უფლებების დაცვის კანონმდებლობის ევროპულ სტანდარტებთან ჰარმონიზაციაზე საკმაოდ დიდი ზეგავლენა მოახდინა 2014 წლის 27 ივლისს, ერთი მხრივ, საქართველოს და, მეორე მხრივ, ევროკავშირსა და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებასა და მათ წევრ

თბილისი, 2018, 73.

16 იქვე, 363.

17 Kozminski A. K., Consumers in Transition from the Centrally Planned Economy to the Market Economy, Journal of Consumer Policy, Vol. 14, №4, 1991, 363-366.

18 ლაკერბაია თ., ხელშეკრულების უარყოფის უფლება: ქართული და ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2016, 34.

19 Loos M., Full Harmonisation as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive, Centre for the Study of European Contract Law, №3, 2010, 3, <<https://ssrn.com/abstract=1639436>> [ბოლო წვდომა 15.04.2023].

20 ლაკერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი,

21 Loos M., Full Harmonisation as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive, Centre for the Study of European Contract Law, №3, 2010, 3, <<https://ssrn.com/abstract=1639436>> [ბოლო წვდომა 15.04.2023].

22 საქართველოს კანონი მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ, პარლამენტის უწყებანი, 007, 30/04/1996, (გაუქმებულია საქართველოს კანონით, – პროექტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის კოდექსით, სსიპ საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 25/05/2012).

23 საქართველოს კანონი პროდუქტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის კოდექსი, სსიპ საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 25/05/2012, მუხლი 104 (1) (ა).

სახელმწიფოებს შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმების დადებამ, რითაც საქართველოს ეროვნული კანონმდებლობის ევროკავშირის კანონმდებლობასთან დაახლოების ვალდებულება დაეკისრა, მათ შორის, მომხმარებელთა უფლებების მიმართულებით.²⁴

ევროკავშირთან დადებული ასოცირების ხელშეკრულებისა და საქართველოს კონსტიტუციის 26 (4) მუხლიდან გამომდინარე, საქართველომ 2022 წლის 29 მარტს მომხმარებლის უფლებების დაცვის ახალი კანონი მიიღო. საქართველომ, იტალიისა და საფრანგეთის მსგავსად, აირჩია ევროკავშირის დირექტივებთან ჰარმონიზაციის ცალკე აქტით მოწესრიგების გზა.

2. მომხმარებლის უფლებების ცნება და დაცვის აუცილებლობა

წარმოდგენელია ადამიანების ყოველდღიური ცხოვრება პირადი საჭიროების ნივთების შექმნისა და მომსახურებით სარგებლობის გარეშე.²⁵ ამავდროულად, ნივთების შექმნა და მომსახურებით სარგებლობა ამ ურთიერთობების ორივე მხარის ინტერესებში შედის, იმდენად რამდენადაც ორივე მხარის საჭიროებიდან გამომდინარეობს.²⁶ ხოლო კერძო პირებს შორის დამყარებული ურთიერთობები, რომელიც წესრიგდება სამოქალაქო კანონმდებლობით, ემყარება პირთა თანასწორობასა და ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპებს.²⁷ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი, უპირველეს ყოვლისა, კერძო ავტონომიის პრინციპიდან

გამომდინარეობს²⁸ და მოიცავს ხელშეკრულების დადებისა და შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებას.²⁹ ხოლო მხარეთა თანასწორობა ნიშნავს მათ შესაძლებლობას თავისუფალი ნების გამოვლენის შედეგად, თავისუფლად აირჩიონ კონტრაქტის და მასთან დაამყარონ კერძო სამართლებრივი ურთიერთობა.³⁰ თუმცა, ისტორიულად, ასეთი ტიპის ურთიერთობებში, მოვაჭრეს ყოველთვის ჰქონდა ძალაუფლება, მეორე მხარის ინტერესების შეზღუდვის გზით, მოეხდინა საკუთარი საუკეთესო ინტერესების რეალიზება³¹ და ამდენად, იგი მიდრეკილი იყო დომინანტური მდგომარეობის მიღწევისა და შენარჩუნებისკენ. ამასთანავე, მომხმარებელი აღიარებულია როგორც ნაკლებად მცოდნე, ნაკლებად ინფორმირებული და ეკონომიკურად დაბლა მდგომი მწარმოებლისა და მოვაჭრისგან.³² აღნიშნული ქმნის უთანასწორობას მხარეებს შორის და მომხმარებელს სუსტ პოზიციაზე აყენებს. ამდენად, ჩნდება აღნიშნული უთანასწორობის აღმოფხვრისა და კერძო სამართლებრივი ურთიერთობებისთვის დამახასიათებელი კერძო ავტონომიისა და მხარეთა თანასწორობის უზრუნველყოფის საკითხი.

სსკ-ის 10 (2) მუხლის თანახმად, „სამოქალაქო სამახთღებრივი უხითიურობის მონაწილეებს შეუძლიათ განახოხციელონ კანონით აუკხიდავი, მათ შოხის კანონით გაუთვადისწინებელი, ნებისმიეხი მოქმედება“. აქედან გამომდინარე, სსკ მხარეებს შეუზღუდავ ავტონომიას/თავისუფლებას კი არ აძლევს, არამედ, საჭიროების შემთხვევაში, მკაფიოდ ადგენს სავალდებულო ქცევის წესს, იმპერატიული ნორმების მეშვეობით.³³ ასეთ

24 2014 წლის 27 ივნისის ასოცირების შეთანხმება ერთის მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირის და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, ვებგვერდი, 11/09/2014, XXIX დანართი.
25 ლაკერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, თბილისი, 2018, 107.
26 ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 92.
27 საქართველოს კანონი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 31, 24/07/1997, მუხლები პირველი და 319 (1).

28 ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 90-91.
29 გელაშვილი ი., ჭანტურია ლ. (რედ.), საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2019, 55.
30 იქვე, 54.
31 Haupt S., An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, German Law Journal, Vol. 4, №11, 2003, 1137, <<https://doi.org/10.1017/S2071832200012013>> [ბოლო წვდომა 09.04.2023].
32 იქვე.
33 საქართველოს კანონი საქართველოს სამოქალა-

შემთხვევაში, კანონმდებელი სუსტი მხარის დაცვას ისახავს მიზნად.³⁴

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, როდესაც კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებში ერთი მხარე, ობიექტური ან სუბიექტური გარემოებების გამო³⁵ ითვლება სუსტ მხარედ, კანონმდებელი ცდილობს იმპერატიული ნორმების მეშვეობით დააბალანსოს მხარეთა ინტერესები და უზრუნველყოს მხარეთა კერძო ავტონომია და მხარეთა თანასწორობა.

მომხმარებელი, მოვაჭრესთან დამყარებულ კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებში, აღიარებულია სუსტ მხარედ, ვინაიან მომხმარებელი არის ნაკლებად ინფორმირებული, ხოლო მოვაჭრე კი მინისწრაფვის იყოს დომინანტი.³⁶ შესაბამისად, საჭიროა მხარეთა შორის აღნიშნული უთანასწორობის გათანაბრება. ამ კონტექსტში, წინასახელშეკრულებო ეტაპზე ინფორმაციის მიწოდება შეიძლება იყოს თანასწორობის უზრუნველსაყოფად საკვანძო მნიშვნელობის მქონე ინსტრუმენტი.³⁷ აქედან გამომდინარე, კანონმდებელი, იმპერატიული ნორმების მეშვეობით, მოვაჭრეს უწესებს მომხმარებლისთვის შესაძენი საქონლისა და მომსახურების შესახებ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას, რომელიც საჭიროა მომხმარებლის თავისუფალი და ინფორმირებული არჩევანის გასაკეთებლად.³⁸

მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის თანახმად, „წინამდებარე დირექტივა, მის დებულებებში მოცემული პირობების თანახმად და მათ ფარგლებში, ვრცელდება მოვაჭრესა და მომხმარებელს

შორის დადებულ ნებისმიერ ხელშეკრულებაზე.“³⁹ მსგავს რეგულაციას შეიცავს მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ კანონის 2 (1) მუხლი, რომლის თანახმად, „ეს კანონი განსაზღვრავს იმ მომხმარებლის უფლებების დაცვის ზოგად პრინციპებს, რომელიც სამართლებრივ ურთიერთობას ამყარებს მოვაჭრესთან...“. აქედან გამომდინარე, მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართალი არის მომხმარებელსა და მოვაჭრეს შორის წარმოშობილი ურთიერთობების მომწესრიგებელი სამართალი.⁴⁰

შეჯამების სახით, არასაკმარისი ინფორმირებულობა მომხმარებლის სისუსტის განმაპირობებელი ერთ-ერთი მთავარი ფაქტორია, რის შედეგად მომხმარებელს მოკლებული აქვს შესაძლებლობა თავისუფალი ნების გამოვლენით დადოს გარიგება და თანაბრად ზეგავლენა მოახდინოს ამ პროცესზე. ამდენად, მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართალი უზრუნველყოფს კერძო ავტონომიისა და მხარეთა თანასწორობის პრინციპების რეალიზებას, რომლებიც საბაზრო ეკონომიკის წინსვლისა⁴¹ და სამოქალაქო სტაბილურობის საფუძვლებია.

3. მომხმარებლის ცნება

გამომდინარე საქართველოს ევროკავშირის წევრობის მისწრაფებისა და ევროკავშირთან დადებული ასოცირების ხელშეკრულებიდან, მიზანშეწონილია განვიხილოთ, ასევე, მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის რეგულაციები და ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების მიდგომები ამ საკითხთან დაკავშირებით.

ქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 31, 24/07/1997, მუხლი 10 (3).

34 ჩაჩავა ს., მოთხოვნების და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია კერძო სამართალში, თბილისი, 2010, 8.

35 იქვე.

36 იქვე, 1137.

37 Waddington L., Reading a Duty to Provide Accessible Pre Contractual Information for Consumers with Disabilities into EU Consumer Protection Law, Journal of Consumer Policy, Vol. 45, №2, 2022, 308.

38 Mendes I., The Development of Portuguese Consumer Law with Special Regard to Conflict Resolution, Journal of Consumer Policy, Vol. 17, №1, 1994, 115.

39 Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64, Article 3 (1).

40 აღნიშნულზე მიუთითებს „მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე განმარტებითი ბარათის ა.გ) ნაწილიც, რომლის თანახმად, „კანონპროექტი არეგულირებს მომხმარებელსა და მოვაჭრეს შორის სამოქალაქო სამართლებრივ ურთიერთობებს...“

41 ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 91.

3.1. მომხმარებლის ცნება ევროკავშირის დირექტივაში

მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის თანახმად, მომხმარებელი არის ნებისმიერ ფიზიკურ პირი, „*ხომედიც წინამდებარე დიხექტივით განსაზღვრულ ხედშეკიდებაში მოქმედებს იმ მიზნებისთვის, ხომდებიც ახ უკავშირდება მის ვაჭრობას, ბიზნესს, ხედობას ან პხოფესიას*“.⁴²

ამ განმარტებიდან გამომდინარე, ორი – სუბიექტური და ფუნქციონალური კრიტერიუმები⁴³ – კუმულატიურად უნდა იყოს სახეზე იმისათვის, რომ პირი მომხმარებლად მოიაზრებოდეს. კერძოდ:

- მომხმარებელი უნდა იყოს ფიზიკური პირი (სუბიექტური კრიტერიუმები);
- და უნდა მოქმედებდეს არაპროფესიული მიზნებით (ფუნქციონალური კრიტერიუმები).⁴⁴

უფრო მეტიც, შერეული ტიპის ხელშეკრულებებში, როდესაც ფიზიკური პირი ნაწილობრივ მოქმედებს თავისი კომერციული საქმიანობის ფარგლებში და ნაწილობრივ ცდება მის კომერციულ საქმიანობას, ამასთანავე, მისი კომერციული საქმიანობის მიზანი შეზღუდულია და არ არის უპირატესი ხელშეკრულების მიზნებისთვის, პირი უნდა განიხილებოდეს მომხმარებლად.⁴⁵

3.2. მომხმარებლის ცნება ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების კანონმდებლობებში

ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებში განსხვავებული მიდგომები აღინიშნება მომხმარებლის დეფინიციასთან დაკავშირებით. ზოგიერთ ქვეყანაში მომხმარებლის დეფინიცია განსაზღვრულია ისე, როგორც მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივაში. მაგალითად, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის მე-13 პარაგრაფის თანახმად, „*მომხმარებელი აჩის ნებისმიერი ფიზიკური პირი, ხომედიც ეებს ისეთ გაჩიგებას, ხომედიც აჩ განეკუთვნება მის სამეწაქიმეო ან პხოფესიულ საქმიანობას*“.⁴⁶ ამასთანავე, გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, მომხმარებლის უფლებების დამცავი ნორმები, გარკვეულწილად, ვრცელდება დასაქმებულზეც, რომელიც არ არის თვითდასაქმებული.⁴⁷

ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს “Patrik vs. Pinto” გადაწყვეტილების თანახმად, მომხმარებლის ფართო განმარტება მიუღებელია და იგი უნდა შემოიფარგლებოდეს, მხოლოდ, ფიზიკური პირით.⁴⁸ აღნიშნულ მიდგომას იზიარებს, მაგალითად, გერმანია.

მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირის წევრი ქვეყნები ცდილობენ მაქსიმალურად ერთნაირი სტანდარტები დაამკვიდრონ მომხმარებელთა უფლებების სამართალში,⁴⁹ წევრი სახელმწიფოების კანონმდებლობებში მომხმარებლის ცნებასთან დაკავშირებით მაინც განსხვავებული მიდგომებიც

42 Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64, Article 2 (1).

43 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law No 1, Tbilisi, 2014, 82.

44 Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, 6, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [ბოლო წვდომა: 28.04.2023].

45 იქვე.

46 გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, მეორე რედაქტირებული გამოცემა, ჭეჭელაშვილი ზ. მთარგმნელი, ჩაჩანიძე ე./დარჯანია თ. (რედ.), თბილისი, 2019, პარაგრაფი 13.

47 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, No 1, Tbilisi, 2014, 84.

48 Case C-361/89, Patrice Di Pinto, [1991], ECR I-01189; Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014, 83.

49 Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64, Article 1.

აღნიშნება. აღნიშნული, დირექტივის დარღვევა კი არ არის, არამედ ევროკავშირის სამართალი თვითონ აძლევს წევრ სახელმწიფოებს ნაციონალურ კანონმდებლობაში გააფართოონ მომხმარებლის ცნება და მასში მოიაზრონ, ასევე, იურიდიული პირები და ფიზიკურები პირები, რომლებიც მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის 2 (1) მუხლის თანახმად არ ითვლებიან მომხმარებლებად.⁵⁰ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს სხვა გადაწყვეტილების თანახმად, შესაძლებელია წევრი სახელმწიფოს სასამართლო პრაქტიკით გაფართოვდეს მომხმარებლის ცნება და მისი დამცავი წესები გავრცელებდეს სამართლის ისეთ სუბიექტებზე, რომლებიც არ არიან ფიზიკური პირები დირექტივის გაგებით, მაგალითად, იტალიის კანონმდებლობაში თანამფლობელთა ასოციაცია.⁵¹ ავსტრიისა და ჩეხეთის კანონმდებლობის თანახმად, იურიდიული პირიც შეიძლება იყოს მომხმარებელი, თუ იგი ყიდულობს პროდუქტს ან სარგებლობს მომსახურებით არაპროფესიული მიზნებით.⁵² ხოლო საფრანგეთის სასამართლო პრაქტიკა მომხმარებლად იხილავს ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს, თუ ისინი მოქმედებენ არაპროფესიული მიზნებით. მაგალითად, უძრავი ქონების სააგენტო, რომელიც სამუშაო ადგილზე სიგნალიზაციის სისტემის დაყენება სურს და ამის თაობაზე დებს გარიგებას, ითვლება მომხმარებლად.⁵³

3.3. მომხმარებლის დეფინიცია საქართველოს კანონმდებლობაში

„ნებისმიერი ჩვენთაგანი მომხმარებელი“.⁵⁴ მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის მსგავსად, საქართველოს კანონმდებლობაც აღნიშნულ მიდგომას იზიარებს.

„მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ“ საქართველოს 1996 წლის კანონის თანახმად, „მომხმარებელი აჩის პიჩადი საჭიჩოებისათვის საქონდის/სამუშაოს, მომსახურების/ გამოყენებელი, შემძენი, შემკვეთი, ან ასეთი განზხახვის მქონე მოქალაქე“. მაგრამ, დღეს საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობა, გერმანიის მსგავსად, მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივით განსაზღვრულ დეფინიციას იზიარებს, იმ განსხვავებით, რომ საქართველოში მომხმარებლის დეფინიცია მოცემულია მომხმარებლის უფლებების დაცვის კანონში, ხოლო გერმანიაში – სამოქალაქო კოდექსში. მომხმარებლის უფლებების დაცვის კანონის თანახმად, „მომხმარებელი აჩის ნებისმიეჩი ფიზიკუჩი პიჩი, ჩომედსაც სთავაზობენ ან ჩომედიც იძენს ან შემდგომ იყენებს საქონედს ან მომსახურებას უპიჩაგესაც პიჩადი მოხმარების მიზნით და აჩა სავაჭრო, სამეწაჩიმეო, სახელობო ან სხვა პჩოფესიუდი საქმიანობის განსახოჩიკედებდად“.⁵⁵ საქართველოს მომხმარებლის უფლებების დაცვის კანონი, მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის მსგავსად, ითვალისწინებს, ასევე შერეული ხელშეკრულებების შემთხვევაში, ზოგადად, ოთხი ძირითადი მიდგომა არსებობს:

- ისინი არ ითვლებიან სამომხმარებლო ხელშეკრულებებად;
- ისინი სამომხმარებლო ხელშეკრულებებად ითვლებიან, თუ პერსონალური

50 Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, 6-7, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [ბოლო წვდომა: 28.04.2023].

51 Case C-329/19, Condominio di Milano, via Meda v Eurothermo SpA, [2020] ECR, para. 34.

52 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law №1, Tbilisi, 2014, 83.

53 ლაქერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, თბილისი, 2018, 110.

54 ქარდავა ე., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ევროპული სტანდარტების შედარებითსამართლებრივი მიმოხილვა ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მაგალითზე, ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, 2007, 122.

55 საქართველოს კანონი მომხმარებლის უფლებების შესახებ, სსმ ვებგვერდი, 06/04/2022, მუხლი 4 (ი).

- ინტერესი უპირატესია;
- ისინი სამომხმარებლო ხელშეკრულებად ითვლებიან, თუ პერსონალური ინტერესი სადავო და გაურკვეველია;
- ისინი ითვლებიან სამომხმარებლო ხელშეკრულებებად.⁵⁶

საქართველოს კანონმდებლობა მე-2 და მე-3 მიდგომებს იზიარებს, კერძოდ, მომხმარებლის უფლებების დაცვის „კანონის მოქმედება ვიდეო, ავხეთვე, ისეთ შეხვედრი მიზნის ხელშეკრულებაზე, რომელიც პირადი მოხმარების ინტერესის კომეხციუდ ინტერესზე უპირატესია. ხელშეკრულებაში ინტერესის უპირატესობასთან დაკავშირებული ბუნდოვანება მომხმარებლის სასახებდოდ უნდა გადაწყდეს“.⁵⁷

ახალი კანონის ამოქმედების შემდეგ, ჯერჯერობით, სასამართლოში მომხმარებელთა უფლებების დაცვის თვალსაზრისით არ ყოფილა დავა, შესაბამისად, არ არის ცნობილი, სასამართლო როგორ განმარტავს კანონის ამ ჩანაწერს. თუმცა, ყველა შემთხვევაში, კანონის განმარტებითი ბარათი განსაზღვრავს, რომ სახელმწიფო პოლიტიკა ხელს უწყობს „ფიზიკური პირის უფლებების დაცვის ზოგად პრინციპებს, რომელიც სახელშეკრულებო ურთიერთობაში შედის მოვალეობასთან...“.⁵⁸ ცხადია, რომ, ამ კონტექსტში, ახალი კანონის მიღება სახელმწიფოს ამ პოლიტიკის ნაწილია. შესაბამისად, ვფიქრობ, ყველა შემთხვევაში, სასამართლო შეზღუდული იქნება მომხმარებლის ცნება ძალიან გააფართოვოს და მასში მოიაზროს იურიდიული პირები (მაგ. არაკომერციული იურიდიული პირები,⁵⁹ მცირე და საშუალო ზომის საწარმოები, პატარა და საშუალო ზომის საწარმოები⁶⁰ ან

არასამთავრობო ორგანიზაციები).

4. მოვალეობის ცნება

4.1. მოვალეობის ცნება ევროკავშირში

როგორც ზემოთ აღინიშნა, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი არის მომხმარებელსა და მოვალეობას შორის წარმოშობილი ურთიერთობების მომწესრიგებელი სამართალი. ტერმინოლოგიურად, ევროკავშირის სამართლებრივ აქტებში, მომხმარებლის გვერდით, გვხვდება სხვა ტერმინებიც (მაგ. ბიზნესი, გამყიდველი, მომსახურების გამწვევი და ა.შ.⁶¹), რომლებიც, ფაქტობრივად, ხელშეკრულების ძლიერი მხარის ფუნქციას ასრულებენ. ნაშრომის მიზნებიდან გამომდინარე, ამ ნაწილში განვიხილავთ მხოლოდ ევროკავშირის მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის დეფინიციას.

მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის 2 (2) მუხლი მოვალეობას განმარტავს, როგორც „ნებისმიერ ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს, მიუხედავად მისი კეხდო ან საჯახო საკუთრებაში ახსებობისა, რომელიც თავად, მათ შორის, მისი სახელით ან მის ნაცვდად მოქმედი პირის საშუალებით, მოქმედებს წინამდებარე დირექტივით განსაზღვრულ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული მისი ვაჭრობის, ბიზნესის, ხელობის ან პიროფესიის მიზნებისთვის“.⁶²

მიუხედავად დირექტივის ამ განმარტებისა, სასამართლო პრაქტიკაში სასამართლო რიგ გარემოებებს აფასებს. ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლო „Kamenova“-ს საქმეში აღნიშნავს, რომ „მოვალეობის“ დეფინიცია მეტ-ნაკლებად იდენტურადაა განმარტებული ევროკავშირის 2005/29/EC დირექტივასა და ევროკავშირის

56 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law №1, Tbilisi, 2014, 84.

57 საქართველოს კანონი მომხმარებლის უფლებების შესახებ, სსმ ვებგვერდი, 06/04/20222, მუხლი (2).

58 „მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე განმარტებითი ბარათი, ა.გ) ნაწილი, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/113041>> [ბოლო წვდომა: 10.04.2023].

59 ლაკერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, თბილისი, 2018, 111.

60 Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European

Consumer Protection Law, Journal of Law №1, Tbilisi, 2014, 83.

61 ლაკერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, თბილისი, 2018, 114.

62 ევროპარლამენტისა და საბჭოს 2011 წლის 25 ოქტომბრის დირექტივა 2011/83/EC, სსმ ვებგვერდი, 20/02/2019, მუხლი 2 (2).

ადამიანის უფლებების დაცვის დირექტივაში.⁶³ შესაბამისად, გამომდინარე 2005/29/EC დირექტივის საფუძველზე განვითარებული სასამართლო პრაქტიკიდან, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში შემდეგი კრიტერიუმების საფუძველზე უნდა დადგინდეს რამდენად არის კონკრეტული სუბიექტი მოვაჭრე:

- „ვაჭრობა ოჩგანიზებულ ხასიათს ატარებს თუ არა;
- ვაჭრობა გამიზნულია, თუ არა მოგების მოღებისკენ;
- გააჩნდა თუ არა გამყიდველს იუხიდიური სტატუსი, ხომელიც მათ საშუალებას აძლევდა ეწეოდნენ კომეხციურ საქმიანობას;
- გააჩნია თუ არა მხაჩეს გასაყიდი ნივთის შესახებ ინფორმაცია, ხომელიც ახ გააჩნია მომხმარებელს და ხომელიც მას უფრო ხელსაყიდ მდგომარეობაში აყენებს და სხვა კრიტერიუმები“.⁶⁴

თუმცა, ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს განმარტებით, ეს წინაპირობები არ არის ამომწურავი. უფრო მეტიც, სასამართლო ხაზს უსვამს, რომ თუნდაც სახეზე იყოს ერთი ან ორი კრიტერიუმი, ეს ავტომატურად არ ნიშნავს, რომ პირი მოვაჭრეა.⁶⁵ ამდენად, სასამართლო პრაქტიკით მოვაჭრედ განიხილება პირი, რომელიც მომხმარებელთან შედარებით ძლიერ მდგომარეობაში იმყოფება.

4.2. მოვაჭრის ცნება საქართველოს კანონმდებლობაში

„მომხმარებელთა უფლებების შესახებ“ საქართველოს 1996 წლის კანონი არ ითვალისწინებდა მოვაჭრის დეფინიციას, სამაგიეროდ, კანონი აძლევდა „გამყიდველის“, „შემსრულებლის“ და „დამამზადებლის“ ცნებების დეფინიციებს.⁶⁶

დღეს მოქმედი კანონი, მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის მსგავსად, მოიცავს მოვაჭრის დეფინიციას. კერძოდ, ამ კანონის 4 (თ) მუხლის თანახმად, მოვაჭრე არის „ნებისმიერი ფიზიკური პირი, იუხიდიური პირი ან პირთა გაერთიანება, ხომელიც მოქმედებს კომეხციური საქმიანობის ფაჩგვებში, აჩეთვე, ნებისმიერი სხვა პირი, ხომელიც მოქმედებს მოვაჭრის სახელით ან დავადებით“.

კანონის ამ ჩანაწერიდან გამომდინარე, მოვაჭრე შეიძლება იყოს ფიზიკური პირი, იურიდიული პირი ან პირთა გაერთიანება, რომელიც მოქმედებს კომერციული საქმიანობის ფარგლებში.⁶⁷

დასკვნა

მსოფლიოს მუდმივი განვითარების პარალელურად ადამიანების ახალი საჭიროებები განაპირობებენ არსებული ურთიერთობების ახლებურად მოწესრიგების აუცილებლობას. ამის ნათელი მაგალითია მომხმარებლის უფლებების დაცვის საერთაშორისო, რომელიც სათავეს იღებს 1960-იანი წლებიდან და გადამწყვეტ მნიშვნელობას იძენს 1997 წლის ამსტერდამის ხელშეკრულებით, რომლის თანახმად, ინფორმაციის მიღების უფლება, მომხმარებლის დაცვის კუთხით, საკვანძო როლს იკისრებს. ამისგან განსხვავებით,

63 Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova, [2018] ECR, para(s). 27-30.

64 Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, 6, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [ბოლო წვდომა 28.042023].

65 Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kamenova, [2018] ECR, para(s). 27 – 29, 34 – 40 and 45; Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [ბოლო წვდომა 28.042023].

66 საქართველოს კანონი მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ, პარლამენტის უწყებანი, 007, 30/04/1996, (გაუქმებულია საქართველოს კანონით – პროექტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის კოდექსით, სსიპ საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 25/05/2012).

67 საქართველოს კანონი მომხმარებლის უფლებების შესახებ, სსმ ვებგვერდი, 06/04/2022, მუხლი 4 (ზ).

საბჭოთა კავშირში მომხმარებელს თავისი უფლებების დაცვის მინიმალური ბერკეტებიც არ ჰქონდა.

როგორც დადგინდა, მომხმარებლის დაცვის სამართლის მიზანია ბაზარზე კომპანიების ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების თავიდან აცილება და კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებში სუსტი მხარის უფლებების დაცვა.

კვლევის ფარგლებში გამოვლინდა, რომ საქართველომ, საფრანგეთისა და იტალიის მსგავსად, მომხმარებლის უფლებების ცალკე კანონით რეგულირების გზა აირჩია, განსხვავებით გერმანიისგან, სადაც მომხმარებლის უფლებები სამოქალაქო კოდექსით წესრიგდება და მომხმარებლის ცნება უფრო ფართოდ განიმარტება. კვლევის ფარგლებში დადგინდა, რომ მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივა მომხმარებლის უფლებების დაცვის მინიმალურ სტანდარტებს აწესებს და წევრ სახელმწიფოებს მომხმარებლის

უფლებების უფრო მაღალი სტანდარტებით დაცვის უფლებამოსილებას ანიჭებს.

როგორც კვლევის შედეგად გამოვლინდა, მომხმარებლისა და მოვაჭრის დეფინიცია-სთან დაკავშირებით, მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივასა და ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებში განსხვავებული მიდგომები აღინიშნება. საქართველოს მომხმარებლის უფლებების დაცვის კანონი, ამ კუთხით, იზიარებს მომხმარებლის უფლებების დაცვის დირექტივის რეგულაციებს. როგორც გაირკვა, ზოგიერთ შემთხვევაში, სადავო საკითხი იმის თაობაზე, თუ კონკრეტული პირი რამდენად ითვლება მომხმარებლად (ან მოვაჭრედ). ვფიქრობ, შერეული ხელშეკრულებებისა და სხვა სადავო შემთხვევაში საკითხი უნდა გადაწყდეს მომხმარებლის უფლებების დაცვის სამართალში იმ ფუნდამენტური პრინციპის გათვალისწინებით, რომ მომხმარებელი არის ურთიერთობის „სუსტი მხარე“, ხოლო მოვაჭრე – „ძლიერი“.

ბიბლიოგრაფია:

ქართულენოვანი ლიტერატურა:

1. გელაშვილი ი., ჭანტურია ლ. (რედ.), საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მესამე, ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2019.
2. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, მეორე რედაქტირებული გამოცემა, ჭეჭელაშვილი ზ. მთარგმნელი, ჩაჩანიძე ე./დარჯანია თ. (რედ.), თბილისი, 2019.
3. ლაკერბაია თ., ზაალიშვილი ვ., ზოიძე თ., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალი, თბილისი, 2018.
4. ლაკერბაია თ., ხელშეკრულების უარყოფის უფლება: ქართული და ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის შედარებითი ანალიზი, თბილისი, 2016.
5. „მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე განმარტებითი ბარათი, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/113041>> [ბოლო წვდომა: 10.04.2023].
6. ქარდავა ე., მომხმარებელთა უფლებების დაცვის ევროპული სტანდარტების შედარებითსამართლებრივი მიმოხილვა ქუჩაში დადებული ხელშეკრულების მაგალითზე, ქართული სამართლის მიმოხილვა, სპეციალური გამოცემა, 2007.
7. ჩაჩავა ს., მოთხოვნების და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია კერძო სამართალში, თბილისი, 2010.
8. ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011.

საკანონმდებლო აქტები:

1. საქართველოს კანონი მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ, პარლამენტის უწყებანი, 007, 30/04/1996, (გაუქმებულია საქართველოს კანონით, – პროექტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის კოდექსით, სსიპ საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 25/05/2012).
2. საქართველოს კანონი მომხმარებლის უფლებების შესახებ, სსმ ვებგვერდი, 06/04/20222.
3. საქართველოს კანონი პროდუქტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის კოდექსი, სსიპ საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 25/05/2012.
4. საქართველოს კანონი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის უწყებანი, 31, 24/07/1997.
5. 2014 წლის 27 ივნისის ასოცირების შეთანხმება ერთის მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის, ვებგვერდი, 11/09/2014.

ინგლისურენოვანი ლიტერატურა:

1. Guidance on the interpretation and application of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council on consumer rights, Official Journal of the European Union, C 525/1, 2021, <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)&from](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(04)&from)> [Last seen: 28.04.2023].
2. Haupt S., An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law, German Law Journal, Vol. 4, №11, 2003, <<https://doi.org/10.1017/S2071832200012013>> [Last seen: 09.04.2023].
3. Kozminski A. K., Consumers in Transition from the Centrally Planned Economy to the Market Economy, Journal of Consumer Policy, Vol. 14, №4, 1991.
4. Lakerbaia T., The Right of Withdrawal in European Consumer Protection Law, Journal of Law, №1, Tbilisi, 2014.
5. Loos M., Full Harmonisation as a Regulatory Concept and its Consequences for the National Legal Orders: The Example of the Consumer Rights Directive, Centre for the Study of European Contract Law, №3, 2010, <<https://ssrn.com/abstract=1639436>> [Last seen: 15.04.2023].
6. Mendes I., The Development of Portuguese Consumer Law with Special Regard to Conflict Resolution, Journal of Consumer Policy, Vol. 17, №1, 1994.
7. Micklitz B., The Necessity of a New Concept for the Further Development of the Consumer Law in the EU, German Law Journal, Vol. 4, №10, 2003.
8. Waddington L., Reading a Duty to Provide Accessible Pre Contractual Information for Consumers with Disabilities into EU Consumer Protection Law, Journal of Consumer Policy, Vol. 45, №2, 2022.

საკანონმდებლო აქტები და სასამართლო პრაქტიკა:

1. Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kameno-ova, [2018] ECR.
2. Case C-105/17, Komisia za zashtita na potrebitelite v Evelina Kameno-ova, [2018] ECR.
3. Case C-329/19, Condominio di Milano, via Meda v Eurothermo SpA, [2020] ECR.
4. Case C-361/89, Patrice Di Pinto, [1991], ECR.
5. Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011, OJ L 304/64.

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: www.lawandworld.ge
ელ. ფოსტა: info@lawandworld.ge
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171

The online version of the journal is available on the website:
www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge
Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141
Phone: (+995 32) 2 000 171 (120); (+995 596) 171 171