

ADR YEARBOOK



ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წელიწდეული 2020-2021

მთავარი რედაქტორი პროფ. ირაკლი ბურდული

Editor-in-Chief Prof. Dr. Irakli Burduli

ბ ე ზ 0 ბ ზ ე ე ე ზ 0

2020-2021

IVANE JAVAKHISHVILI TBILISI STATE UNIVERSITY
NATIONAL CENTER FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Alternative Dispute Resolution

Yearbook

2020-2021

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წელწიწი

2020-2021



უნივერსიტეტის
გამომცემლობა

მთავარი რედაქტორი

ირაკლი ბურდული (პროფ., ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

მმართველი რედაქტორი

ნათია ჩიტაშვილი (ასოც. პროფ., ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

სარედაქციო კოლეგია:

ქეთრინ გ. ბარნეთი (პროფ., ჰიუსტონის სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა, აშშ)

ჯეიმს ჯ. ალფინი (პროფ., ემერიტუს დეკანი, ჰიუსტონის სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა, აშშ)

ელიზაბეთ ა. დენისი (პროფ., ჰიუსტონის სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა, აშშ)

ირაკლი ყანდაშვილი (პროფ., გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტი)

აკაკი განერელია (პროფ. ასისტენტი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

ირაკლი ადეიშვილი (სამართლის დოქტორი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

დემეტრე ეგნატაშვილი (პროფ. ასისტენტი, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

ტექნიკური რედაქტორი:

ირაკლი ლეონიძე (ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

Editor-in-Chief

Irakli Burduli (Prof., Iv. Javakhishvili Tbilisi State University)

Managing Editor

Natia Chitashvili (Assoc. Prof., Iv. Javakhishvili Tbilisi State University)

Editorial Board:

Catherine G. Burnett (Prof., South Texas College of Law Houston, USA)

James J. Alfini (Prof., Dean Emeritus, South Texas College of Law Houston, USA)

Elizabeth A. Dennis (Prof., South Texas College of Law Houston, USA)

Irakli Kandashvili (Prof., Grigol Robakhidze University, Chairman of Mediators Association of Georgia)

Akaki Gatserelia (Prof. Assistant, Iv. Javakhishvili Tbilisi State University)

Irakli Adeishvili (Doctor of Law, Iv. Javakhishvili Tbilisi State University)

Demetre Egnatashvili (Prof. Assistant, Iv. Javakhishvili Tbilisi State University)

Technical Editor:

Irakli Leonidze (Iv. Javakhishvili Tbilisi State University)



გამოცემულია ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საუნვერსიტეტო საგამომცემლო საბჭოს გადაწყვეტილებით

Published by the decision of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing Board

© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2021
© Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, 2021

P-ISSN 1987-9199
E-ISSN: 2720-7854

ს ა რ ჩ ე ვ ი

ჯეიმს ჯ. ალფინი

დავის მოგვარების ეთიკა.....7

James J. Alfini

Settlement Ethics.....19

გიორგი კერატიშვილი

აღდგენითი მართლმსაჯულება – სანციის ხედვა მართლმსაჯულების

განვითარების გზაზე..... 28

Giorgi Keratishvili

Restorative Justice – an Initial View on the Development of Justice..... 49

სოფიო დუღაშვილი

პოსტპანდემიურ პერიოდში მედიაციის მნიშვნელობა მიკროსაფინანსო

ორგანიზაციებთან არსებულ სასესხო დავებზე საქართველოში..... 66

Sophio Dughashvili

Significance of Mediation in Loan-Related Disputes Against Microfinance Organizations

in the Post-Pandemic Period in Georgia 80

თეო კვირიკაშვილი

ვენის კონვენცია სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ, როგორც საინვესტიციო

ხელშეკრულების ნორმების განმარტების წყარო ინვესტორსა და სახელმწიფოს

შორის საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავისას..... 92

Teo Kvirikashvili

Vienna Convention on the Law of Treaties as the Source of Bilateral Investment

Treaty Provisions Interpretation in Investor-State Arbitration..... 106

ნანა უზნაძე

სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები საქართველოსა და

ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოთა კანონმდებლობის მიხედვით118

Nana Uznadze

Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlements Under the Legislation of

Georgia and the Member States of the European Union136

დავის მოგვარების ეთიკა**

1. შესავალი

მოხარული ვარ, რომ დღეს თქვენთან ვიმყოფები, რათა წვლილი შევიტანო ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრის (TSU NCADR) მიერ მხარდაჭერილ პროგრამაში და სამხრეთ ტეხასის სამართლის კოლეჯის, როგორც პარტნიორი დაწესებულების სახელით, გადმოგცეთ ჩვენი საუკეთესო სურვილები. დღეს მე წარვადგენ მოხსენებას – „დავის მოგვარების ეთიკა“.

21-ე საუკუნის მეორე ათწლეულში ჩვენ მომსწრენი ვართ როგორც ქართულ საზოგადოებაში, ისე ამერიკის შეერთებულ შტატებში მიმდინარე მნიშვნელოვანი ცვლილებებისა სამოქალაქო დავების სამართალწარმოების მიმართულებით. ეს ცვლილებები ამ საუკუნეში განხორციელებულთაგან ყველაზე მნიშვნელოვანია. ამ ცვლილებების უმეტესობა შედეგია ადვოკატთა და მოსამართლეთა მიერ ბოლო დროს განვითარებული უფრო ფართო ხედვისა იმ საშუალებების, მექანიზმების შესახებ, რომლებიც შეიძლება გამოიყენებოდეს სამოქალაქო დავების გადასაწყვეტად. მოსამართლეები აღარ არიან მხოლოდ პასიური გადაწყვეტილების მიმღებნი, არამედ ისინი ახლა საქმის აქტიური მმართველები არიან. ახლა სასამართლოს საქმეები ეგზავნება მედიაციას განსახილველად და ადვოკატები ურჩევენ თავიანთ კლიენტებს დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებების ხელმისაწვდომობის, გამოყენების შესახებ, ავითარებენ ტაქტიკებსა და სტრატეგიებს თავიანთი კლიენტების განსხვავებულ გარემოში წარმომადგენლობისთვის.

ბევრი რამ ითქვა და დაინერა ამ მოვლენებზე, უმეტესწილად, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მოძრაობის სათაურით, თუმცა ძალიან მცირე ყურადღება ეთმობა იმას, თუ რა შეიძლება ეწოდოს ამ მოძრაობის, ან, სხვაგვარად რომ ვთქვათ, მისი პარალელური განვითარების შედეგს. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებების მზარდი გამოყენების ერთ-ერთი შედეგი არის ის, რომ მან ხელი შეუწყო „დავის მოგვარების კულტურის“ განვითარებას. ამით იმას ვგულისხმობ, რომ ადვოკატები და მოსამართლეები სამოქალაქო დავებს განიხილავენ სრულიად განსხვავებული გონით, ვიდრე ამას აკეთებდნენ ათი წლის წინ. ამ აზროვნებამ, გარკვეული თვალსაზრისით,

* სამართლის პროფესორი, ჰიუსტონის სამხრეთ ტეხასის სამართლის კოლეჯის ემერიტუს დეკანი. კოლუმბიის უნივერსიტეტი (B.A.), ჩრდილო-დასავლეთის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლა (J.D.).

** მოხსენება წარდგენილ იქნა ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრის (TSU NCADR) მიერ ორგანიზებულ და აღმოსავლეთ-დასავლეთის მართვის ინსტიტუტის მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობისა და სამართლებრივი გაძლიერების პროექტის (EWMI-JILEP) მიერ მხარდაჭერილ საერთაშორისო კონფერენციაზე („მედიაცია და არბიტრაჟი - ეროვნული და გლობალური გამოწვევები“, 9-10 ივნისი, 2014).

შეცვალა მათი ქცევაც, ან, ალბათ, უფრო ზუსტად რომ ვთქვათ, კონკრეტული ქცევები უფრო თვალშისაცემი გახადა. ჩემი გადმოსახედიდან, პრობლემა ისაა, რომ ჩვენ დავის მოგვარების კულტურის მხარდასაჭერად არ შეგვიქმნია აუცილებელი ეთიკური ფუნდამენტი, ეთიკის წესები.

საქართველოსა და აშშ-ში სამართალწარმოების პროცესის ეს მნიშვნელოვანი ასპექტი მრავალი თვალსაზრისით მოუნესრიგებელია. ჩვენი ქცევის სამართავად მცირე რაოდენობის წესები არსებობს. შედეგად, მდგომარეობა მომართულია ბევრი დისფუნქციური ქცევისკენ, რომელიც (1) ხელს უშლის სამოქალაქო საქმეების სამართლიან გადაწყვეტას, (2) დისკრედიტაციით ემუქრება ჩვენს იურიდიულ პროფესიებსა და სამოქალაქო მართლმსაჯულების სისტემებს.

დღეს, თქვენთან ყოფნის პერიოდში, მსურს, ყურადღება გავამახვილო ამ პრობლემაზე – ეთიკის ამ შავ ხვრელზე და შემოგთავაზოთ რამდენიმე სავარაუდო წინადადება აღნიშნული პრობლემის გამოსასწორებლად. პირველ რიგში, ნება მომეცით, განვმარტო ცალკეული საკითხები. მე გარკვეულ ვარაუდებზე დაყრდნობით გავაკეთე რამდენიმე ვრცელი განცხადება, რომელიც საჭიროებს გულდასმით დამუშავებას. კვლავაც, ჩემი მთავარი წანამძღვარი ისაა, რომ უკანასკნელი ორი ათწლეულის განმავლობაში ჩვენ შევქმენით „დავის მოგვარების კულტურა“, მაგრამ არ შეგვიქმნია აუცილებელი ეთიკური ფუნდამენტი ამ კულტურის მხარდასაჭერად.

1. დავის მოგვარების კულტურა

მოდით, პირველ რიგში, განვიხილოთ ევოლუცია იმისა, რაც მე აღვწერე, როგორც „დავის მოგვარების კულტურის“ ევოლუცია აქ, საქართველოში. პირველ რიგში, ყურადღება გავამახვილოთ მოსამართლეებზე.

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 217-ე მუხლი („საქმის განხილვის დაწყება“) სტიმულს აძლევს მოსამართლეებს მიიღონ ზომები მათ წინაშე არსებული საქმეების მორიგებით დასასრულებლად. მე ცოტა ხნის წინ მქონდა შესაძლებლობა, გავსაუბრებოდი პირველი ინსტანციის მოსამართლეებს საქართველოს სხვადასხვა რეგიონიდან. უმრავლესობამ აღნიშნა, რომ ისინი ხელს უწყობენ მორიგებას. ზოგიერთმა ისარგებლა თქვენი წესით, რომელიც შესაძლებლობას ანიჭებს მოსამართლეებს საქმეში ადვოკატებისგან დამოუკიდებლად გაესაუბრონ უშუალოდ მხარეებს მორიგებასთან დაკავშირებით. მათ აღნიშნეს, რომ განწყობილნი იყვნენ გაეკეთებინათ ის, რასაც მე მედიაციის კონტექსტში ვუწოდებდი „რეალობის ტესტს“. ეს ნიშნავს, რომ მოსამართლეები სთხოვდნენ მხარეებს რეალურად დაფიქრებულიყვნენ, რა მოხდებოდა სასამართლოში, თუკი საქმე სასამართლოს მიერ განიხილებოდა. მოსამართლეებმა ასევე ნათლად აღნიშნეს, რომ ისინი არ გააკეთებდნენ რაიმეს, რასაც შეეძლო ზეწოლა მოეხდინა მორიგების თაობაზე მხარეთა მიერ გადაწყვეტილების მიღებაზე. ნაცვლად ამისა, ისინი საკუთარ თავს მორიგების წამახალისებლად ხედავდნენ.

საქართველოში მოსამართლის, როგორც დავის მორიგების ხელშემწყობის, როლი, ალბათ, უფრო გაძლიერდება, რაც მეტი მოსამართლე გაივლის მედიაციის ტრენინგს. ჩემთვის ცნობილია, რომ გერმანელი მოსამართლეები, როგორც მედიაციის ინსტრუქტორები, ცოტა ხნის წინ ჩამოვიდნენ საქართველოში. როგორც ბევრ თქვენგანს მოეხსენება, სასამართლო მედიაცია გავრცელებულია გერმანიაში. ჩემი ღრმა რწმენით,

გერმანელებმა შეიმუშავეს ძალიან კარგი მოდელი სამოსამართლო ეთიკის თვალსაზრისით. კერძოდ, გერმანელებმა დიდი სიფრთხილით დაიცვეს სამოსამართლო მიუკერძოებლობის მთავარი ღირებულება იმის უზრუნველყოფით, რომ ის მოსამართლე, რომელიც მედიატორია საქმეში, ვეღარ განიხილავს შემდგომში იმავე საქმეს, თუ საქმე მედიატორიაში ვერ დასრულდება მორიგებით ამ მოსამართლის ძალისხმევის შედეგად. კვლავაც, ვფიქრობ, რომ ეს გონივრულია, ვინაიდან მოსამართლემ, რომელიც მოქმედებს როგორც მედიატორი, შეიძლება შეიტყოს საქმის ისეთი ფაქტების შესახებ, რომლებიც სხვაგვარად არ იქნებოდა ხელმისაწვდომი მოსამართლისთვის, როგორც მსაჯულისთვის. აგრეთვე, და ალბათ, უფრო მნიშვნელოვანია, რომ მოსამართლე შეიძლება გახდეს მიუკერძოებელი ერთ-ერთი ან ორივე მხარის მიმართ, თუკი მათ არ გამოხატეს სურვილი მორიგებაზე მოსამართლის მიერ წარმართულ მოლაპარაკებაში.

ეს დამოკიდებულება შეიძლება გავრცელდეს ასევე საქართველოს კანონმდებლობის ახალ ნაწილზე. ჩემთვის ცნობილია, რომ საქართველოს პარლამენტმა ცოტა ხნის წინ მიიღო კანონი, რომელიც ქართველ მოსამართლეებს ანიჭებს უფლებამოსილებას, რომ მხარეებს შესთავაზონ თავიანთი საქმის შეფასება მანამ, სანამ მოსამართლის წინაშე მოსმენა დაიწყება. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 218-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, „მოსამართლეს შეუძლია მიუთითოს დავის გადაწყვეტის შესაძლო შედეგებზე და მხარეებს შესთავაზოს მორიგების პირობები“. გარდა ჩემ მიერ აღნიშნული იძულებისა და მიუკერძოებულობის საფრთხეებისა, ვშიშობ, რომ ქართველი მოსამართლეები, რომლებიც სთავაზობენ შეფასებას, შესაძლოა აღმოჩნდნენ „წინასწარ გამოტანილი გადაწყვეტილების“ გაჟღერების რისკის წინაშე საქართველოს სამოსამართლო ეთიკის წესების მე-5 მუხლის დარღვევით. ამდენად, გონიერი დამკვირვებელი შეიძლება დაეჭვდეს, რომ მოსამართლე, რომელმაც გააკეთა მხარეებისათვის მიუღებელი შეფასება, ხოლო შემდგომ აგრძელებს საქმის განხილვას და გამოაქვს გადაწყვეტილება, რომელიც ემთხვევა მოსამართლის შეფასებას, შესაძლოა არ ყოფილა გონებით ღია, მოწმეთა ჩვენებების მოსმენისას.

ამ ფენომენის განვითარება საუკეთესოდ იკვეთება იმ ცვლილებებში, რომლებიც განხორციელდა ბოლო 25 წლის განმავლობაში შეერთებული შტატების სამოქალაქო საპროცესო ფედერალური წესების მე-16 მუხლის მიმართ. მე-16 მუხლი ადგენს წინასასამართლო სხდომის ჩატარების წესს. ეს ნორმა, რომელიც თავდაპირველად მიიღეს 1938 წელს სამოქალაქო საპროცესო ფედერალური წესების საყოველთაოდ გამოქვეყნებასთან ერთად (გადამწყვეტი წყალგამყოფი შეერთებული შტატების საპროცესო ისტორიაში), თავდაპირველად იყო ძალიან მცირე (მოიცავდა რამდენიმე პარაგრაფს) და ვიწროდ ფოკუსირებული. ის მოსამართლეს ანიჭებდა უფლებამოსილებას, დისკრეციის ფარგლებში მიემართა სამოქალაქო საქმეში მხარეთა წარმომადგენელი ადვოკატებისთვის, რომ გამოცხადებულიყვნენ მოსამართლესთან წინასასამართლო სხდომაზე. სხდომაზე შეიძლებოდა განხილულიყო სასამართლო განხილვამდე, საქმის მოსამზადებელ ეტაპზე არსებული სხვადასხვა საკითხი. მათ შორის: რომელი შუამდგომლობა უნდა ჩასწორებულიყო, ასეთის არსებობის შემთხვევაში, რომელი ფაქტი და დოკუმენტი შეიძლებოდა მიღებულიყო მტკიცების გარეშე და ა.შ.

1983 წელს მე-16 მუხლი შესწორდა. ალბათ, 1983 წლის შესწორებებიდან მე-16 მუხლში განხორციელებული ყველაზე მნიშვნელოვანი ცვლილება ის იყო, რომ მკაფიოდ პირველად იქნა მოხსენიებული ტერმინი „დავის მოგვარება“. 1938 წელს მიღებული

წესის პირველად ვერსიაში დავის მოგვარება არ იყო სასამართლო პროცესამდე განსახილველ წინასწარ განსაზღვრული ხუთი საკითხის სიაში.

ნორმა კვლავ შესწორდა 1993 წელს. მე-16 მუხლის 1993 წლის ცვლილებით გააფართოვეს პირველი ინსტანციის სასამართლოს უფლებამოსილება „მიეღო სათანადო ზომები“ ხუთ სხვადასხვა სფეროში, მათ შორის, სამოქალაქო სარჩელის განხილვისას. მათ შორის მნიშვნელოვანი იყო დავის მოგვარების სფერო. მუხლი 16 (c)(9) ამჟამად ასეთია:

„ამ მუხლის თანახმად ნებისმიერ სხდომაზე შეიძლება განიხილებოდეს და სასამართლოს შეუძლია მიიღოს სათანადო ზომა დავის მოსაგვავებლად და გამოიყენოს სპეციალური პროცედურები კონფლიქტის გადაწყვეტაში დახმავების მიზნით, თუ ეს კანონით ან ადგილობრივი წესით ნებადართულია“.

საკონსულტაციო კომიტეტის შენიშვნებში წესის შესახებ, კომიტეტი განმარტავს:

„მაშინაც კი, როდესაც საქმე უშუალოდ პიხდაპიხ ვეჩ წყდება, მოსამართლეს და ადვოკატებს შეუძლიათ გამოიყენონ ადგილობრივი პროცედურები, როგორცაა, მაგალითად, მინი-სასამართლო პროცესები, შემატყობველი ნაფიც მსაჯულთა სასამართლო, მედიაცია, ნეიტრალური შეფასება და ახასიათებელი ახიბგჩაჟი, რომელთაც შეუძლიათ მიგვიყვანონ კონფლიქტის კონსენსუალური გადაწყვეტამდე ახსებითად სხუდვასოვანი სასამართლო პროცესის გახეშე“.

კომიტეტის შენიშვნა შემდეგ განაგრძობს: *„მუხლი აღიარებს საკანონმდებლო აქტების და ადგილობრივი წესების ან გეგმების ახსებობას, რომლებიც შეიძლება იძლეოდეს ზოგიერთი ამ პროცედურის გამოყენების უფლებას მაშინაც კი, როდესაც მხარეები ამაზე ახ თანხმდებიან“.*

ამრიგად, ათწლიანი ხანმოკლე პერიოდის განმავლობაში ჩვენ ფედერალური წინასასამართლო სხდომის იმ წესიდან, რომელიც მიზნად ისახავდა სასამართლო პროცესისთვის საკითხების გამოკვეთას, მივედით იმ წესამდე, რომელიც აშკარა უფლებამოსილებას იძლევა და მხარდაჭერას უცხადებს დავების მოგვარებასთან – მხარეთა მორიგებისკენ მიმართულ განხილვებს; წესამდე, რომელიც ამჟამად დავის მხარეთა მორიგების ხელშესაწყობად უკვე მხარს უჭერს ისეთი სპეციალური პროცედურების გამოყენებას, როგორცაა მედიაცია და ადრეული ნეიტრალური შეფასება.

რამდენადაც ეს პროცესუალური და პრაქტიკული ცვლილებები ხელს უწყობს სასამართლო პროცესის მთავარი სუბიექტების – სახელდობრ, მოსამართლეებისა და ადვოკატების – ახლებურ და სხვადასხვა ქცევას, მოსალოდნელია, რომ ეთიკის წესები მოსამართლეებისა და ადვოკატებისთვის შესაბამისად შესწორდება ან შეიცვლება მათი ქმედებების სახელმძღვანელოდ. ეს შემთხვევა ჯერ არ ყოფილა. ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) სამოსამართლო ქცევის მოდელური კოდექსი და ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) პროფესიული ქცევის მოდელური წესები მცირე ხელმძღვანელობას უწევს ამერიკელ მოსამართლეებსა და ადვოკატებს. ფაქტობრივად, ამ ეთიკის კოდექსებით ხელმძღვანელობამ, შეიძლება წაახალისოს კიდევაც არასწორი ქმედება.

3. მოსამართლის როლი

მოდით, პირველ რიგში განვიხილოთ ამერიკელი მოსამართლის ხელთ არსებული ეთიკური სახელმძღვანელო ამ ახალ „დავის მოგვარების კულტურასთან დაკავშირებით. 2007 წლამდე ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) სამოსამართლო ქცევის

მოდელური კოდექსი დუმდა მოსამართლისთვის დამხმარე სახელმძღვანელოს შეთავაზების საკითხზე, დავის მოსაგვარებელი დისკუსიების ხელშეწყობასთან ან მათ გამართვასთან დაკავშირებით. 2007 წელს ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) ახალი სამოსამართლო ქცევის მოდელური კოდექსის გამოცემით მოსალოდნელი იყო, რომ უფრო მეტი ყურადღება დაეთმობოდა მოსამართლის როლს სამოქალაქო საქმეების მოგვარებაში. სამწუხაროდ, ასე არ მოხდა. ერთადერთი ცვლილება, რომელიც 2007 წელს მოდელურ კოდექსში განხორციელდა, იყო მოსამართლის შესაძლებლობა, მონაწილეობა მიეღო მხარეთა მორიგების მიზნით წარმართულ განხილვაში ან დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის აქტივობებში ეთიკური თვალსაზრისით, მაგრამ რეალურად კანონი მოსამართლეს თითქმის არ მიუთითებდა დავის მხარეთა მორიგებისკენ მიმართულ განხილვებში მართლზომიერი მონაწილეობისათვის სათანადო ქცევის შესახებ.

რაიმე სახელმძღვანელო წესის შეთავაზებასთან ყველაზე ახლოს 2007 წლის კოდექსი დგას კანონის კომენტარში არსებული ჩანაწერით, რომლის მიხედვითაც მოსამართლეებს მოეთხოვებათ თავიანთი მოვალეობების მიუკერძოებლად შესრულება და მხარეების უფლების, რომ იყვნენ მოსმენილნი, უზრუნველყოფა. 2.6 (B) წესი ადგენს, რომ „მოსამართლემ შეიძლება წაახალისოს მხარეები და მათი ადვოკატები სადავო საკითხების შესათანხმებლად, მაგრამ არ უნდა იმოქმედოს ისე, რომ რომელიმე მხარეს შეთანხმება დააძალოს.“ მართალია, 2.6(B) წესის კომენტარი იძლევა ზოგად მითითებას მოსამართლის მიერ დავის მოგვარების – მორიგებისკენ მიმართული პროცესის შესახებ, მაგრამ არ განმარტავს, თუ ვინ უნდა აიღოს საკუთარ თავზე ორმაგი – მედიატორისა და მოსამართლის – როლი.

ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) მოდელური კოდექსის ხარვეზის საჩვენებლად დავის მხარეთა მორიგებისკენ მიმართულ განხილვებში მონაწილე მოსამართლისთვის საკმარისი მითითების მიცემის თვალსაზრისით, ალბათ, ყველაზე კარგი – კალიფორნიის მაგალითია. საქმეში – *Dodds v. Commission on Judicial Performance* (1996) – კალიფორნიის უზენაესმა სასამართლომ განიხილა სამოსამართლო ქცევაზე კალიფორნიის კომიტეტის რეკომენდაცია, რომლის მიხედვითაც, უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე გაიკიცხა კონკრეტული ქმედებისთვის. კერძოდ, როგორც ამტკიცებდნენ, მოსამართლემ სცადა [მხარეთა] იძულება საქმის მორიგების პროცესში. საქმე ეხებოდა ექიმის მიერ ჩადენილ შესაძლო სექსუალურ დანაშაულს.

კონფლიქტის მოსაგვარებელ სხდომაზე (მედიაციაზე) მოსამართლემ უხეშად და არაერთგზის შეანყვეტინა მოსარჩელეს. მოსამართლისა და მოსარჩელის პაექრობის პროცესში მოსამართლე უბიძგებდა მოსარჩელეს მორიგებისკენ. მოსარჩელეს არ სურდა ამ პირობებზე დათანხმება, ვინაიდან დაცვის მხარე მოითხოვდა კონფიდენციალობის პირობის გათვალისწინებას მორიგების ხელშეკრულებაში. მოსარჩელე ეწინააღმდეგებოდა კონფიდენციალობის პირობას, ვინაიდან ეს ხელს შეუშლიდა მას ექიმის ქმედების შესახებ სხვების გაფრთხილებაში, თუმცა მოსამართლე დაჟინებით აცხადებდა, რომ საქმე ცალსახად შეეხებოდა ფულს და მოითხოვდა თანხის დასახელებას დავის მოსაგვარებლად. როდესაც მოსარჩელემ საბოლოოდ განაცხადა თანხა, მოსამართლემ გაბრაზებით დაუყვირა მოსარჩელეს – „გადით აქედან, ასე ვერ შეთანხმდებით“. მოსარჩელე ტიროდა იმ დროს და მაშინაც, როდესაც დისციპლინარული სამართალწარმოების ფარგლებში სთხოვეს ინციდენტის შესახებ მოყოლა.

მოსამართლე ამ ქმედებას იმ საფუძვლით ხსნიდა, რომ მისი „მტკიცე სამოსამართლო სტილი“ სასურველი იყო, ვინაიდან ეს მას საშუალებას აძლევდა მოეგვარებინა რთული საქმეები. კალიფორნიის უზენაესმა სასამართლომ არ გაითვალისწინა მოსამართლის პოზიცია და მიუთითა: „მორიგება, თუ ის თავს მოხვეულია დაჩქარებული წესის და იძულების გამოყენებით, ვნებს მართლმსაჯულებას, ხანგრძლივად ტოვებს რა მხარეებს აღშფოთებულს ერთმანეთით და სასამართლო სისტემით. ჩვენ ვემხრობით შემოქმედებით და მრავალფეროვან საშუალებებს, რომლებითაც მოსამართლეები ეხმარებიან მხარეებს რთული კონფლიქტების ნებაყოფლობით გადაწყვეტაში. მაგრამ, როდესაც მოსამართლე თავისი თანამდებრივი რეპუტაციისა და უფლებამოსილების საფარველით არაერთგზის აწყვეტინებს მომჩივან მხარეს და საკმარისი პროვოცირების არარსებობისას გაბრაზებით უყვირის მას, იგი აჭარბებს საკუთარ ჩვეულ როლს და რეპუტაციას უბღალავს მთელ სასამართლო სისტემას.“ მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ დაასკვნა, რომ მოსამართლის ქმედებები იყო მავნებლური, საჭარო გაკიცხვა არ იყო გამართლებული, რადგან მოსამართლის ქმედებები არ აკმაყოფილებდა სერიოზულობის ხარისხს და, ამდენად, სასამართლომ არ გაითვალისწინა კომისიის რეკომენდაცია. მჯერა, რომ ასეთი შედეგი უმეტესწილად ნაკარნახევი იყო კალიფორნიის სამოსამართლო ქცევის კოდექსის ხარვეზულობის გამო, რადგან იგი გამოკვეთილად და გასაგებად არ კრძალავდა ამგვარ ქმედებებს.

არსებობს რამდენიმე შემთხვევა, როდესაც სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა პირველი ინსტანციის მოსამართლის უარი მის აცილებაზე ისეთ შემთხვევებში, როდესაც პირველი ინსტანციის მოსამართლე იძულებით ერეოდა მხარეთა მორიგებისთვის გამართულ დისკუსიებში. თუმცა, ვერ აღმოვაჩინე ვერცერთი შემთხვევა, სადაც მოსამართლეს შტატის უმაღლესი სასამართლოს მიერ, სამოსამართლო ეთიკის კომისიის რეკომენდაციით განესაზღვრა დისციპლინარული სასჯელი იმის გამო, რომ მან დაარღვია ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) სამოსამართლო ქცევის მოდელური კოდექსი დავის მოგვარების, მხარეთა მორიგების პროცესში იძულებითი ჩარევით. ვფიქრობ, გარკვეული თვალსაზრისით, გასაგებია, რომ შეერთებული შტატების უმაღლესი სასამართლოები ორი მიზეზით არ განუსაზღვრავენ დისციპლინარულ სასჯელს მოსამართლეებს მათ მიერ დავის მოგვარების პროცესში იძულებითი ჩარევისთვის. პირველი, ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) სამოსამართლო ქცევის მოდელური კოდექსის მოდავე მხარეთა მორიგებასთან დაკავშირებული ფორმულირება არის ძალიან ზოგადი და სუბიექტური საიმისოდ, რომ ნათლად უხელმძღვანელოს მოსამართლეს. მეორე, სწორედ მე-16 მუხლისა და ანალოგიური პროცესუალური ინოვაციების საშუალებით, სახელმწიფოს უზენაესი სასამართლოების უმეტესობა, როგორც სახელმწიფო სამართლებრივი სისტემის ადმინისტრაციული ორგანოები, თავიანთი კანონშემოქმედებითი უფლებამოსილების ფარგლებში, ჩვეულებრივ, აქტიურ ღონისძიებებს ატარებენ დავის მოგვარების კულტურის ხელშეწყობის მიზნით. ამიტომ გასაგებია, რომ ისინი თავს უხერხულად იგრძნობდნენ დისციპლინარული სასჯელის იმ მოსამართლისთვის განსაზღვრით, რომელიც ზედმეტად გულმოდგინედ შეეცადა დავის მხარეთა მორიგებას.

მართლაც, მათ აგრეთვე თავი შეიკავეს და არ მოსთხოვეს მოსამართლეს განეცხადებინა თვითაცილება, თუ მოსამართლე მანამდე მოქმედებდა, როგორც მედია-

ტორი, საქმე ვერ მოგვარდა და მხარეებმა იშუამდგომლეს მოსამართლის აცილებაზე. ეს იყო საქმის – Home Depot v. Saul Subsidiary – ფაქტები. მოსამართლემ, რომელიც მოქმედებდა, როგორც მედიატორი, უარი განაცხადა აცილებაზე მხარეების მოთხოვნისას. სააპელაციო საჩივრის განხილვისას კენტუკის უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ მოსამართლეს არ უნდა გამოეცხადებინა აცილება.

4. ადვოკატის როლი

ახლა მსურს, დავუბრუნდე მეორე მთავარი სუბიექტის, სახელდობრ, ადვოკატის როლს დავის მოგვარების კულტურაში. ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) სამოსამართლო ქცევის მოდელური კოდექსის მსგავსად, ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) პროფესიული ქცევის მოდელური წესები იძლევა მცირე მითითებებს ადვოკატებისთვის, რომლებიც ჩაბმულნი არიან დავის მორიგებისგენ მიმართულ მოლაპარაკებებში. ყველაზე უარესი ისაა, რომ ერთადერთი მუხლი, რომელიც ყველაზე ყურადსაღებია, შეიცავს მითითებებს, რომლებიც, ჩემი აზრით, ცალკე აღებული, საზიანოა სასამართლო სამართალწარმოების პროცესის სათანადო ფუნქციონირებისათვის.

მოდელური წესების 4.1 წესს აქვს დიდსულოვანი სათაური: „სიმართლე სხვების მიმართ გაკეთებულ განცხადებებში“. ის ნაწილობრივ ადგენს შემდეგს: „კლიენტის წარმოდგენის პროცესში ადვოკატი მიზანმიმართულად არ: (ა) გააკეთებს არსებით ფაქტზე ან კანონზე ყალბ განცხადებას მესამე პირის მიმართ“.

ეს არის საოცრად პირდაპირი და მკაფიო განცხადება, რომელიც ქცევის მაღალ სტანდარტს უწესებს პრაქტიკოს ადვოკატს. გარეგნულად ჩანს, რომ ადვოკატმა არ უნდა იცრუოს. თუმცა თუ ჩავხედავთ ამ წესის კომენტარს, მეორე პარაგრაფში ჩვენ ვხედავთ შემდეგს: „ეს წესი ეხება ფაქტების გადმოცემას. რამდენად შეიძლება კონკრეტული განცხადება ჩაითვალოს ფაქტად, დამოკიდებულია გარემოებებზე. მოლაპარაკებებში, საყოველთაოდ მიღებული ჩვეულების თანახმად, კონკრეტული ტიპის განცხადებები, ჩვეულებრივ, არ მიიჩნევა არსებითი ფაქტის განცხადებად. ამ კატეგორიაში ხვდება მორიგების საგნის თანხის ან ღირებულების აღრიცხვა და მხარის მიზნები დავის მისაღები გადაწყვეტის მიმართ, აგრეთვე, გაუმჟღავნებელი მარწმუნებლის არსებობა, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც მარწმუნებლის გაუმჟღავნებლობა თაღლითობად მოიაზრება“.

ამრიგად, როდესაც საქმე ეხება მოლაპარაკებებს, წესი კრძალავს მხოლოდ „არსებითნ ტყუილს და, ამგვარად, იგი გზას უხსნის მოლაპარაკებებში ე.წ. „გაზვიადებას“ ან ტყუილს. კომენტარების ერთ-ერთმა ავტორმა დაასკვნა, რომ ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციას აქვს „ცალსახად თავს მოხვეული „ნიუ იორკის სიჯიუტე“, როგორც პრაქტიკაში მიღებული სტანდარტი“.

კომისიამ, რომელიც პასუხისმგებელი იყო წესების ფორმულირებაზე – ე.წ. „კატეკის კომისიამ“, თავდაპირველად შემოგვთავაზა სამართლის წესი ყველანაირი პირობითი ფორმულირების გარეშე, თუმცა ისინი დარწმუნებულები იყვნენ, რომ პრაქტიკოსი ადვოკატისთვის ასეთი აბსოლუტიზმი გამოუსადეგარი იქნებოდა. ყველაზე მნიშვნელოვან სტატიაში, რომელიც განიხილავს შესწორებულ წესს, რომელიც დასაშვებს ხდის „გაზვიადებას“ მოლაპარაკებებში, მიჩიგანის სამართლის სკოლის პროფე-

სორმა, ჯეიმს უაითმა განაცხადა: „გულწრფელი და განზოგადებული მტკიცებანი, რომ მომლაპარაკებელი უნდა იყოს „კეთილსინდისიერი“ ან, რომ ადვოკატმა უნდა გამოიყენოს „გულწრფელობა“, არ არის სასარგებლო. ისინი არიან ძალიან მაღალ დონეზე ზოგადობის თვალსაზრისით და ვერ აფასებენ იმ ფაქტს, რომ ერთ დროს, ერთ გარემოებაში, ერთი კატეგორიის მომლაპარაკებლებთან სიმართლე და მართალი ქცევა, შესაძლოა მცდარი იყოს სხვა გარემოებაში სხვა მომლაპარაკებლებთან.“

პროფესორ უაითს წარმატება ხვდა წილად. სამართლებრივად ნებადართულია მოტყუება მოლაპარაკებებში. მოდელური წესების მიღების შემდგომ, უამრავ მომხსენებელს აქვს დაწერილი მოლაპარაკებისას ტყუილის თქმის თემაზე, რომელშიც ისინი ამტკიცებენ, რომ ჩვენ გვესაჭიროება მუდმივი მსჯელობა მოლაპარაკებების დროს ტყუილის თქმის ეთიკაზე, რამეთუ ჩვენი მსჯელობა, როგორც ერთ-ერთმა მომხსენებელმა აღნიშნა, „არის არაკრიტიკული, თვით – გამამართლებული და არადამაჯერებელი“. ეს მომხსენებელი აღნიშნავს, რომ „...სიცრუის თქმა არ წარმოადგენს იმ რამდენიმე არაეთიკური ადვოკატის სფეროს, რომლებიც მოქმედებენ პროფესიის ზღვარზე. ეს არის ადვოკატურის მუდმივი და, შესაბამისად, მთლიანად, სამართლის დამახასიათებელი ნიშანი“. სხვები ამტკიცებენ, რომ ჩვენ გვჭირდება მოლაპარაკების ალტერნატიული მოდელი, რომელიც აქცენტირებს სიმართლის ძიებაზე, ან მოლაპარაკების ისეთი წესი, რომელიც აზუსტებს სხვადასხვა „შეთანხმებას“ მოლაპარაკების ფარგლებში. ერთ-ერთი მათგანი კი იმდენად შორს მიდის, რომ ადვოკატის სიცრუეს მიიჩნევს მოლაპარაკების ნორმად და გვთავაზობს, რომ ჩვენ შეიძლება გავითვალისწინოთ წინასწარი გაფრთხილების წესი ადვოკატის შესახებ (ანუ იმის აღიარება, რომ სიცრუის თქმა არის მოლაპარაკების პროცესის განუყოფელი ნაწილი და უბრალოდ უნდა მივიღოთ ფაქტი, რომ ყველაფერი დასაშვებია). ამ სტატიების წაკითხვის შემდეგ მკითხველი უკმაყოფილო რჩება ეთიკის დაბალი დონის გამო.

სასამართლოების მიერ მედიაციის გამოყენებადობისა და მედიაციის სფეროში ადვოკატების ჩართულობის ზრდამ 4.1 წესი უფრო პრობლემური გახადა. ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) კონფლიქტების გადაწყვეტის პერიოდული ჟურნალის სტატიაში, ბრუს მეიერსონი, არიზონას ადვოკატ-მედიატორი, კითხულობს: „რა ვალდებულება უნდა ჰქონდეს ადვოკატს მედიაციაში, რათა იყოს პატიოსანი მედიატორთან, მოწინააღმდეგე მხარესთან და მის მრჩეველთან?“ სტატიის დასაწყისში ის გადმოსცემს საუბარს, რომელიც მას ბოლო დროს ჰქონდა ცნობილ მედიატორთან და მედიაციის ინსტრუქტორთან, რომელმაც უთხრა ბატონ მეიერსონს: „არაფერი დაიჯეროთ, რასაც ადვოკატი გეტყვით მედიაციის განმავლობაში“. ბატონი მეიერსონი აგრძელებს მტკიცებას, რომ ადვოკატს მედიატორის მიმართ უნდა ჰქონდეს გულწრფელობის იგივე ეთიკური ვალდებულება, რაც მას აქვს მოსამართლის მიმართ.

ადვოკატის გულწრფელობის ვალდებულება სასამართლოსა თუ არბიტრის წინაშე ნამდვილად ბევრად უფრო მაღალია მოლაპარაკების პროცესთან შედარებით. მოდელური წესი 3.3, რომლის სახელწოდებაცაა „გულწრფელობა ტრიბუნალის წინაშე“, ადგენს, რომ ადვოკატმა არსებით ფაქტზე ან კანონზე შეგნებულად არ უნდა გააკეთოს ცრუ განცხადება სასამართლოში. 4.1 წესისგან განსხვავებით, 3.3 წესს არ აქვს იმავე ტიპის დამაზუსტებელი ფორმულირება წესში ან წესის კომენტარში. სამწუხაროდ, ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის (ABA) ეთიკის დასკვნის მიხედვით სიმართლის წესი

(3.3) არ ვრცელდება მედიაციაზე, რადგან მედიაცია არ არის „ტრიბუნალი“. ასე რომ, დასკვნის თანახმად, მედიაციაში გამართული კომუნიკაციის დროს ადვოკატის მიმართ 4.1 წესი გამოიყენება. თავის მხრივ, არბიტრაჟი განისაზღვრება, როგორც ტრიბუნალი. ამრიგად, ადვოკატებმა შეიძლება მოიტყუონ მედიაციაში, მაგრამ არა არბიტრაჟში.

ახლა დავბრუნდეთ ქართველი ადვოკატების ეთიკურ ვალდებულებებს, კერძოდ, სიმართლის თქმის ვალდებულებას. საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის მიერ ადვოკატებისთვის გამოცემული საქართველოს ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსის 9(3) მუხლის თანახმად, „ადვოკატმა არ უნდა მიაწოდოს სასამართლოს წინასწარი შეცნობით ყალბი მტკიცებულება“. ამრიგად, მსგავსად ამერიკული 3.3 წესისა, ქართველი ადვოკატი სასამართლოში უნდა იყოს გულწრფელი. მაგრამ როგორი უნდა იყოს იგი, როდესაც წარმოადგენს კლიენტს სასამართლოს გარეთ, განსაკუთრებით, დავის მოსაგვარებელი მოლაპარაკებების ან მედიაციის დროს? რაც შემიძლია გითხრათ, ისაა, რომ თქვენი კოდექსი ამ საკითხზე დუმს.

თუმცა, ქართული ეთიკის კოდექსში არის ორი პირობა, რომლებშიც ნაგულისხმევია, რომ ქართველი ადვოკატები უნდა იყვნენ გულწრფელნი, როდესაც მოლაპარაკებებს აწარმოებენ სხვა ადვოკატებთან. მე-7 პრინციპი არის „კოლეგიალობის პრინციპი“ და ადგენს, რომ „ადვოკატი ვალდებულია პატივი სცეს კოლეგებს, არ შელახოს მათი ღირსება და დაიცვას პროფესიული ღირებულებები“. ეს არის საოცრად პირდაპირი განცხადება, რომელმაც უნდა აამაღლოს იურიდიული პროფესიის კორექტულობა საქართველოში. ვისურვებდი, ჩვენც გვქონოდა კოლეგიალობის დებულება ამერიკულ ეთიკის წესებში. ამ ნორმაში იგულისხმება, რომ დაუშვებელია ტყუილის თქმა მისთვის, ვის მიმართაც პატივისცემა მოგეთხოვებათ.

ასევე, ქართული კოდექსის 10-ე მუხლის მე-2 პუნქტი არა მხოლოდ ხელახლა განსაზღვრავს პატივისცემის მოთხოვნას, არამედ, იგი ასევე ადგენს შემდეგს: „პროფესიის კორპორატიული არსი მოითხოვს ადვოკატთა შორის ნდობასა და თანამშრომლობაზე დამყარებულ ურთიერთობას მათი კლიენტების სასარგებლოდ სასამართლო პროცესების და სხვა კლიენტისთვის საზიანო ქმედებების თავიდან აცილების მიზნით. თუმცა დაუშვებელია კლიენტის ინტერესებზე წინ პროფესიის ინტერესების დაყენება.“ კვლავაც, როგორ შეგიძლია მოატყუო პირი, რომელთანაც მოგეთხოვება ურთიერთნდობასა და თანამშრომლობაზე დამყარებული ურთიერთობის შენარჩუნება?

5. დასკვნა

ახლა ცოტა ხნით დავბრუნდეთ უკან და განვიხილოთ ის რამდენიმე საკითხი, რომლებიც მე გამოვყავი. მე შევქმენი ორი ურჩხული, ან ტყუპი დემონი: მოძალადე მოსამართლე და მატყუარა ადვოკატი. უფრო გასაგებად რომ ვთქვა, არ მივიჩნევ, რომ ეს მახასიათებლები შეერთებული შტატების ან საქართველოს ბევრ დღევანდელ მოსამართლესა და ადვოკატს შეესაბამება. მე მხოლოდ იმას ვამბობ, რომ „დავის მოგვარების კულტურის“, როგორც სამოქალაქო სამართალწარმოების პროცესის არსებითი ასპექტის, უწყვეტმა განვითარებამ, საფუძველი ჩაუყარა ასეთი სუბიექტების დიდი რაოდენობით გამოჩენას ჩვენს სასამართლო დავებში.

რისი გაკეთება შეგვიძლია ამ მდგომარეობაში? ნება მომეცით შემოგთავაზოთ ორი წინადადება, ერთი მჩაგვრელ ან მოძალადე მოსამართლესთან, ხოლო მეორე – მატყუარა ადვოკატთან დაკავშირებით.

მოსამართლის მიერ შესაძლო ძალადობის აღმოსაფხვრელად, მივიჩნევ, რომ ამერიკელებს ესაჭიროებათ სამოსამართლო ქცევის მოდელური კოდექსის ცვლილება, რათა მოსამართლეებს აეკრძალოთ პირდაპირი მონაწილეობა იმ საქმის დავის მოგვარების – მხარეთა მორიგების პროცესში, რომელიც, [მოურიგებლობის შემთხვევაში] გადასაწყვეტად გადაცემული აქვს იმავე მოსამართლეს. ზოგმა შეიძლება იფიქროს, რომ ეს საათს ისევ იმ დროისკენ მომართავს, როდესაც მოსამართლე იყო მხოლოდ პასიური გადაწყვეტილების მიმღები. არ ვდაობ იმაზე, რომ მოსამართლემ უნდა აწარმოოს კონტროლი თავის საქმეებზე სასამართლოს მოსამზადებელი სხდომების გამართვით, განრიგის განსაზღვრით და სხვა მენეჯერული პასუხისმგებლობების განხორციელებით, მათ შორის, მან უნდა წაახალისოს მხარეები მონაწილეობა მიიღონ დავის მორიგებისკენ მიმართულ განხილვებში ან გამოიყენონ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდები. არც იმას ვამტკიცებ, რომ მოსამართლეს არ უნდა შეეძლოს პირდაპირი მონაწილეობა დავის მორიგებისკენ მიმართულ განხილვებში ან თუნდაც იმოქმედოს, როგორც მედიატორმა, სხვა მოსამართლისთვის განკუთვნილ საქმეში. ჩემი აზრით, პრობლემა ისაა, რომ, როდესაც მოსამართლე ჩაერთვება დავის მორიგებისკენ მიმართულ განხილვებში იმ საქმეში, რომელიც მას გადაეცა სასამართლო განხილვისთვის, იძულების რისკი ძალიან დიდია თუ მოსამართლე მოიხსნის მოსამართლის ქუდს და დაიფარებს მედიატორისას. მოსამართლეს აქვს პირადი ინტერესი ამოშალოს ეს საქმე თავისი საქმის წარმოების დოსიედან. მხარეებმა ეს იცინა და მაღალია ალბათობა იმისა, რომ მხარეებმა და მათ წარმომადგენლებმა განიცადონ თუნდაც მსუბუქი ზეწოლა მორიგებაზე შეთანხმების თვალსაზრისით. უარესია მდგომარეობა, როდესაც საქმე ვერ გადაწყდა და მასში მანამდე მედიატორის როლში მონაწილე მოსამართლე ახლა უკვე სასამართლოში განიხილავს საქმეს. იქნება კი მოსამართლე მიუკერძოებელი, როდესაც მან მედიაციის ფარგლებში მოისმინა კონკრეტული ფაქტები, რომლებიც არ იქნებოდა ცნობილი სასამართლოსთვის? ან შესაძლებელია, მოსამართლე მიკერძოებული იყოს იმ მხარის საწინააღმდეგოდ, რომელსაც არ სურდა შეთანხმება?

ჩვენ ვერ გამოვრიცხავთ, რომ მოსამართლემ სთხოვოს სხვა მოსამართლეს დავის მორიგებისკენ მიმართულ განხილვებში ჩაბმა. ამგვარი „მეგობრული სისტემა“ როდესაც ერთი მოსამართლე უმეგობრდება მეორე მოსამართლეს, რომელიც ხელმძღვანელობს წინასასამართლო სხდომას დავის მორიგების თაობაზე და პირიქით, ფაქტობრივად უკვე დარეგულირებულია გერმანიაში და, როგორც აღვნიშნე, აღმოსავლეთ კანადაში. ამასთანავე, არიზონას უზენაესი სასამართლოს წესების მიხედვით, დავის მხარეთა მოსარიგებლად არიზონას სავალდებულო წინასასამართლო სხდომის ჩატარების წესი ავალდებულებს საქმის განხილვაში მონაწილე მოსამართლეს, რომ გამართოს სხდომა დავის მოსარიგებლად, მაგრამ აძლევს მოსამართლეს მოქმედების თავისუფლებას, „გადასცეს ეს დავის მოსარიგებელი სხდომა სასამართლოს სხვა კოლეგიას, რომელსაც სურს ამ სხდომის ჩატარება“. ერთ-ერთმა ფედერალურმა მოსამართლემ აღნიშნა, რომ ამგვარი მეგობრული სიტემა აბსტრაქტულად შეიძლება ყვე-

ლაზე სასურველი იყოს, მაგრამ მოსამართლისთვის პრაქტიკულად შეუძლებელია გადასცეს სხვა მოსამართლეებს მოსამართლის საქმეთა დიდი ნაწილი დავის მხარეთა მოსარიგებელი სხდომის ჩასატარებლად. ვფიქრობ, საკამათოა სამოსამართლო ჩარევის საჭიროება და, ასეთი საჭიროებისას, [ეს უნდა განხორციელდეს] მოსამართლის საქმეთა მხოლოდ მცირე ნაწილში. მოსამართლეს უნდა ჰქონდეს საკმარისი აღქმის უნარი, რომ ეს საქმეები განასხვავოს იმ საქმეებისგან, რომლებშიც მოსამართლეს უბრალოდ შეიძლება მოუწიოს მხარეების ნახალისება მორიგებაზე მიმართულ მოლაპარაკებებში ჩასაბმელად ან დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდების გამოყენების თაობაზე მხარეთა დასარწმუნებლად.

ახალ დებულებასთან დაკავშირებით, რომლის თანახმადაც ქართველ მოსამართლეებს ეძლევათ შეფასების გაზიარების უფლება, შემოგთავაზებდით ანალოგიურ მიდგომას. ეს მიდგომარეობს შემდეგში: თუ მოსამართლე სთავაზობს შეფასებას, რომელიც არ იქნება მხარდაჭერილი მხარეთა მიერ, საქმე განსახილველად უნდა გადაეცეს სხვა მოსამართლეს. წინააღმდეგ შემთხვევაში, არსებობს რისკი მიკერძოების გამოვლენისა ან „წინასწარ გამოტანილი გადაწყვეტილებისა“, რითაც შეილახება მოსამართლის, როგორც სამართლიანი მსაჯულის, იმიჯი.

ახლა განვიხილოთ მატყუარა ადვოკატის პრობლემა. დავეთანხმები ბრუს მეიერსონის შემოთავაზებას, რომ იურიდიული პროფესიის ეთიკური ნორმები, მოლაპარაკების პროცესში, უნდა უახლოვდებოდეს ადვოკატის ასეთივე ნორმებს, [რომლებიც მოქმედებს] სასამართლოში. მაგრამ როგორ გავაკეთოთ ეს? კერძოდ, სიცრუის თქმა მოლაპარაკებებში იმდენად არის დამკვიდრებული, რომ სავარაუდოდ რთული იქნება 4.1 წესის კომენტარით დადგენილი პრაქტიკის აღმოფხვრა.

რატომ არ უნდა დავუმატოთ პროფესიონალური ქცევის მოდელურ წესებს მედიაციაში ადვოკატირების წესი, რომელიც იქნებოდა ტრიბუნალის წინაშე გულწრფელობის 3.3 მუხლით დადგენილი მოთხოვნის ანალოგი. ნორმა უნდა მოითხოვდეს გულწრფელობას არა მხოლოდ მედიატორის, არამედ მოწინააღმდეგე მხარის / მხარეების და მათ მრჩეველთა მიმართაც.

ეს კარგი იქნებოდა. ამრიგად, ჩვენ გვაქვს დავის მხარეთა მორიგებისკენ მიმართული მოლაპარაკებების მაღალი სტანდარტი მედიაციის კონტექსტში, მაგრამ მაინც გვაქვს სიცრუის პრობლემა არასამედიაციო გზით დავების მორიგების განხილვებისას. ეს მართალია, მაგრამ, რომი ერთ დღეში არ აშენებულა. თუ ადვოკატები შეძლებენ გულწრფელობისა და სიმართლის მაღალი სტანდარტების დამკვიდრებას მედიაციაში და მედიაციაც თანდათან უფრო ფართოდ გამოიყენება, საბოლოოდ, ამას ექნება საგანმანათლებლო შედეგი იურიდიულ პროფესიაზე. საბოლოო ჯამში უფრო და უფრო გართულდება მოლაპარაკების დროს გაზვიადებისა და სიცრუის გამართლება.

აგრეთვე, ყურადღება გავამახვილე საქართველოს ეთიკის წესებში არსებულ კოლეგიალობის პრინციპზე. საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციამ შეიძლება მოისურვოს მედიაციის პროცესში წარმოშობილი ურთიერთობებისთვის უფრო ცხადად გამოხატული წესების მიღება, ვინაიდან მედიაცია უფრო და უფრო ფართოდ გამოიყენება საქართველოში.

ჩემთვის ყველაზე პრობლემურია საკითხი, რომელიც წარმოიშობა მედიაციაში ადვოკატირების წესის შემოღების წინადადებიდან, ესაა საკითხი, თუ ვინ უზრუნველ-

ყოფს გულწრფელობის ან სიმართლის მოთხოვნების მედიაციის პროცესში განხორციელებას. მედიაციების უმეტესობაში კონფიდენციალურობის მოთხოვნიდან გამომდინარე, აშკარა პრობლემები წარმოიშობა, თუ მხარე, ან, უარეს შემთხვევაში, მედიატორი შეატყობინებს სასამართლოს, ან, თუნდაც, დისციპლინურ ორგანოს ერთ-ერთი მხარის გულწრფელობის ან სიმართლის ნაკლებობის შესახებ. ამიტომ გთავაზობთ მედიატორის ქცევის სტანდარტებში ანალოგიური წესის მიღებას, რომლის მიხედვითაც მედიატორს დაეკისრება ვალდებულება, შეახსენოს მხარეებს თავიანთი გულწრფელობის ვალდებულებების შესახებ მედიაციის განმავლობაში.

ვფიქრობ, „დავის მოგვარების კულტურის“ ჩემული დახასიათების დახმარებით გამოიკვეთა სულ მცირე ორი პრობლემა. შესაძლოა, თქვენ არ იზიარებთ ამ პრობლემების და მათი მოგვარების გზების ჩემულ გაგებას. სიამოვნებით მივიღებ მხედველობაში თქვენს კითხვებს, კომენტარებსა და კრიტიკას.

მთარგმნელები:

ნანა უზნაძე*

ნათია ჩიჭაშვილი**

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამართლის მაგისტრი.

** ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, სამართლის დოქტორი; მედიატორი; ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრის აღმასრულებელი დირექტორი; საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის დამფუძნებელი, აღმასრულებელი საბჭოს წევრი და ტრენერი.

James J. Alfini*

Settlement Ethics**

1. Introduction

I am very pleased to be with you today to contribute to this program sponsored by the NCADR, and to represent South Texas College of Law in conveying our best wishes as a partner institution. My topic is "Settlement Ethics."

As we continue into the second decade of the 21st century, we are witnessing very significant changes in the litigation of civil disputes in the Georgian society, as well as in the United States. These changes are more significant than at just about any other period during this century. Much of the change has resulted from lawyers and judges recently developing a much more expansive view of the means that may be employed for resolving civil disputes. Judges are no longer simply passive adjudicators, but are now active case managers. Cases in litigation are now being sent to mediation, arbitration, and other alternatives to adjudication and lawyers are beginning to advise their clients of the availability of those ADR devices and are developing tactics and strategies for representing their clients in these different settings.

A lot has been said and written about these developments, generally under the heading of the alternative dispute resolution movement. However, very little attention has been given to what might be called a byproduct of this movement or, alternatively, a parallel development. One consequence of the increased use of ADR is that it has encouraged the development of a "settlement culture." What I mean by this is that lawyers and judges are approaching the litigation of civil cases with a very different mindset than they did ten years ago. This mindset has altered their behavior somewhat, or perhaps more accurately stated, has made certain behaviors more salient. The problem as I see it is that we have not created the necessary ethics infrastructure, or ethics rules, to support this settlement culture.

In many respects, this important aspect of our litigation process in Georgia and in the U.S. is in a state of anarchy. There are few rules to govern our behavior. As a result, the stage is set for a lot of dysfunctional behavior that (1) gets in the way of the just resolution of civil cases and (2) threatens to bring discredit to our legal professions and our civil justice systems.

In the time I have with you today I would like to focus on this problem – this ethics black hole – and to offer a few tentative suggestions for correcting this problem. Let me first though explain myself a bit more. I have made a number of broad statements based on

* Professor of Law and Dean Emeritus at South Texas College of Law Houston, Columbia University (B.A.), Northwestern University School of Law (J.D.).

** The following speech has been presented at the international conference „Mediation and Arbitration – National and Global Challenges“ (June 9-10, 2014) organized by Ivane Javakhishvili Tbilisi State University National Center for Alternative Dispute Resolution (TSU NCADR) with the support of East-West Management Institute’s Judicial Independence and Legal Empowerment Project (EWMI JILEP) in Georgia.

certain assumptions that need to be elaborated. Again, my central premise is that we have created a “settlement culture” over the past two decades, but have not created the necessary ethics infrastructure to support that culture.

2. Settlement Culture

Let’s first examine the evolution of what I have described as a “settlement culture” here in Georgia. Let’s focus first on the judges.

Article 217 of the Civil Procedure Code of Georgia (“Commencement of the Hearing”) clearly encourages judges to take steps to settle cases before them. I have recently had the opportunity to speak with trial judges from various regions of Georgia. Many said that they do encourage settlement. Some have taken advantage of your rule that allows judges to excuse the lawyers in the case and speak directly with the parties about settlement. They indicated that they were inclined to do what I would refer to in the mediation context as “reality testing.” That is, they would ask the parties to think realistically about what would happen in court if the case were to go to a hearing before the judge. They made it clear that they would not do anything that might coerce the parties into settlement. Rather, they saw their role as that of facilitating a settlement discussion between the parties.

This role of the judge in Georgia as settlement facilitator will probably be enhanced as more Georgia judges receive mediation training. I understand that German judges have recently come to Georgia as mediation trainers. As you many know, judicial mediation has become pervasive in Germany. And, I believe, the Germans have adopted a very positive model from a judicial ethics standpoint. In particular, the Germans have been very careful to preserve the core value of judicial impartiality by providing that a judge who mediates a case may not subsequently preside over the trial of the same case if the case fails to settle through the judge’s efforts at mediation. Again, I believe this is wise because a judge who acts as a mediator may acquire knowledge of the facts of the case that would not otherwise be available to the judge as adjudicator. Also, and perhaps more importantly, the judge may have developed a bias towards one or both of the parties if they were reluctant to settle in the mediation conducted by the judge.

These concerns might also be transferred to a new piece of legislation in Georgia. I understand that the Georgia legislature recently passed an act that would give Georgian judges the authority to offer parties an evaluation of their case before it goes to a hearing before the judge. Article 218.2 of the Civil Procedure Code of Georgia provides that, “A judge may indicate the possible outcomes or resolution of the case and suggest settlement conditions to the parties.” In addition to the concerns I have raised over coercion and bias, I would also be concerned that Georgian judges who conduct an evaluation might run the risk of engaging in prejudgment in violation of Article 5 of the Norms of Judicial Ethics of Georgia. That is, a reasonable observer might be concerned that the judge who offered an evaluation that is not accepted by the parties and subsequently presides over the case and renders a judgment that is the same as the judge’s evaluation may not have kept an open mind in hearing the testimony of witnesses.

Let's turn now to the evolution and nature of what I have referred to as a "settlement culture" in the U.S. The evolution of this phenomenon is perhaps best reflected in the changes that have been made to Rule 16 of the Federal Rules of Civil Procedure in the U. S. over the past twenty five years. Rule 16 is the pretrial conference rule. This rule, as it was originally adopted with the wholesale promulgation of the Federal Rules of Civil Procedure in 1938 (a major watershed in U. S. procedural history) was originally quite brief, only a couple of paragraphs in length, and relatively narrow in focus. It authorized the judge, as a matter of discretion, to direct the attorneys representing parties in a civil case to appear before the judge for a conference prior to trial. At the conference various pretrial matters could be considered. Among them was whether the pleadings should be amended and which facts and documents, if any, could be admitted without need of proof.

In 1983, Rule 16 was amended. Perhaps the most significant change reflected in the 1983 amendments to Rule 16 was that settlement was explicitly mentioned for the first time. As it was originally promulgated in 1938, settlement was not among the five pretrial enumerated discussion subjects in the original version of the rule.

The rule was amended again in 1993. The 1993 amendments to Rule 16 expanded the power of the trial court to "take appropriate action" in five different areas involving the litigation of a civil action. Principal among these was the area of settlement. Rule 16(c)(9) now reads:

"At any conference under this rule consideration may be given and the court may take appropriate action with respect to settlement and the use of special procedures to assist in resolving the dispute when authorized by statute or local rule."

In the advisory committee notes to the rule the committee explains:

Even if a case cannot immediately be settled, the judge and attorneys can explore possible use of alternative procedures such as mini-trials, summary jury trials, mediation, neutral evaluation, and nonbinding arbitration that can lead to consensual resolution of the dispute without a full trial on the merits."

The committee note then goes on to say:

"The rule acknowledges the presence of statutes and local rules or plans that may authorize use of some of these procedures even when not agreed to by the parties."

So, in ten short years, we went from a federal pretrial conference rule intended to sharpen issues for trial to a rule that explicitly authorized and encourage settlement discussions, to a rule that now encourages the use of special procedures such as mediation, and early neutral evaluation to assist in settlement.

Because these procedural and practice changes foster new and different behaviors by the major actors in the litigation process – namely judges and lawyers – one might expect that ethics rules for judges and lawyers would be amended or changed accordingly to guide their actions. This has not been the case. The ABA Model Code of Judicial Conduct and the ABA Model Rules of Professional Conduct give American judges and lawyers little guidance. Indeed, what guidance there is in these ethics rules may actually encourage dysfunctional behaviors.

3. The Judge's Role

Let's first examine the ethical guidance available to the American judge in dealing with this new "settlement culture". Until 2007, the ABA Model Code of Judicial Conduct was virtually silent in terms of offering helpful guidance to the judge in encouraging or conducting settlement discussions. With the promulgation of a new ABA Model Code of Judicial Conduct in 2007, one might have expected that more careful attention would have been given to the judge's role in the settlement of civil cases. Unfortunately, this did not happen. The only changes of any consequence in the 2007 Model Code made it clear that the judge could participate from an ethical standpoint in settlement conference or ADR activities. But it gave little guidance to the judge as to appropriate behavior in participating in settlement discussions.

The closest the 2007 code gets to offer some guidance to the judge in this regard is found in the commentary to the Canon relating to the requirement that judges perform the duties of their offices impartially, and ensure the parties' right to be heard. Rule 2.6(B) states that "a judge may encourage parties to a proceeding and their lawyers to settle matters in dispute but shall not act in a manner that coerces any party into settlement." The comments to Rule 2.6(B) offer some general guidance about judges' settlement procedures, but stop short of offering guidance to the judge who adopts the dual role of mediator and judge.

The shortcomings of the ABA model code in terms of their giving sufficient guidance to the judge who participates in settlement discussions are perhaps best exemplified by a California case. In *Dodds v. Commission on Judicial Performance* (1996), the Supreme Court of California considered a recommendation by the California Commission on Judicial Performance that a superior court judge be censured for engaging in certain conduct. In particular, the judge had allegedly attempted to coerce settlement in a case. The case involved alleged sexual misconduct by a physician.

At the settlement conference (or mediation), the judge abruptly and repeatedly interrupted the plaintiff. During an argument between the judge and the plaintiff, the judge pushed the plaintiff for a settlement figure. The plaintiff was reluctant to state a settlement figure because the defense was insisting on a confidentiality clause in the settlement agreement. The plaintiff opposed the confidentiality clause because it would prevent her from warning others about the physician's actions. However, the judge insisted that the case was simply about money and demanded a settlement figure. After the plaintiff finally stated a figure, the judge angrily threw up his arms and yelled, "Get out, it will not settle." The plaintiff was observed crying at the time and again when asked to recount the incident as part of the disciplinary proceeding.

The judge defended this conduct on the grounds that his "assertive judicial style" is desirable because it enables him to effect settlements in difficult cases. The Supreme Court of California was unsympathetic with the judge's defense stating: "Even an otherwise just settlement, if imposed summarily and coercively, is likely to disserve justice by leaving the parties with a lingering resentment of one another and the judicial system. We laud the creative and diverse means by which judges assist parties in reaching voluntary settlements of complex disputes. But when a judge, cloaked with the prestige and authority of his judicial office, repeatedly interrupts a litigant and yells angrily and without adequate provocation, the

judge exceeds his proper role and casts disrepute on the judicial office.” Although the court found that the judge’s actions constituted prejudicial conduct, they concluded that public censure was not warranted because the judge’s actions did not rise to a sufficient level of seriousness and they thus rejected the commission’s recommendation. I believe that such a result was dictated, in large part, by the failure of the California Code of Judicial Conduct to clearly and explicitly prohibit such behavior.

There are a few cases where an appellate court has reversed a trial judge’s refusal to recuse himself or herself based on a finding that the trial judge had engaged in coercive behavior during settlement discussions. However, I was unable to find a single case where a judge was disciplined by a state high court on the recommendation of a judicial conduct commission that the judge had violated the code of judicial conduct by engaging in coercive behavior during a settlement conference. I believe state high courts in the U.S. are somewhat understandably reluctant to discipline a judge for settlement coercion for two reasons. First, the language relating to settlement in the ABA Model Code of Judicial Conduct is much too general and subjective to provide clear guidance to the judge. Second, as the administrative head of a state judicial system, most state supreme courts have taken active measures, usually though their rulemaking powers, to encourage this settlement culture, perhaps most prominently through the adoption of Rule 16 and analogous procedural innovations. It is therefore understandable that they would feel uncomfortable in disciplining a judge who became overly zealous in his or her attempts to settle a case.

Indeed, they have also stopped short of requiring a judge to recuse him or herself, if the judge has acted as a mediator, the case has failed to settle, and the parties have asked the judge to recuse herself for the trial of the case. These were the facts in *Home Depot v. Saul Subsidiary*. The judge who had acted as a mediator refused, at the request of the parties, to recuse herself. On appeal, the Supreme Court of Kentucky ruled that the judge did not have to recuse herself.

4. The Role of the Lawyer

Let me now turn to a discussion of the role of the other major actor in our settlement culture; namely, the lawyer. Like the ABA’s Model Code of Judicial Conduct, the ABA’s Model Rules of Professional Conduct provide little guidance to the lawyer engaged in settlement negotiations. What is worse is that the one rule that is most instructive provides guidance that I believe, standing alone, is harmful to the proper functioning of the litigation process.

Rule 4.1 of the Model Rules has the high-minded title: “Truthfulness in Statements to Others” The rule states, in part: “In the course of representing a client a lawyer shall not knowingly: (a) make a false statement of material fact or law to a third person.”

This is a wonderfully straightforward and clear statement that appears to set a high standard of conduct for a practicing lawyer. On the face of it, it seems to say that a lawyer should not lie. However, when we look to the commentary to this rule we find in the second paragraph the following. “This rule refers to statements of fact. Whether a particular statement should be regarded as one of fact can depend on the circumstances. Under generally accepted conventions in negotiation, certain types of statements ordinarily are not taken as

statements of material fact. Estimates of price or value placed on the subject of a transaction and a party's intentions as to an acceptable settlement of a claim are in this category, and so is the existence of an undisclosed principal except where non-disclosure of the principal would constitute fraud."

So, when it comes to negotiations, the rule prohibits only "material" lies. And, it thus opens the door to what has been referred to as "puffery" or lying in negotiations, one commentator has concluded that the ABA has "unambiguously embraced "New York hardball" as the official standard of practice."

The commission that was responsible for drafting the rules, the so-called Kutak commission, had originally proposed a truthfulness rule without all the conditional language. However, they were convinced that such an absolutist rule would be untenable for the practicing lawyer. In perhaps the most influential article arguing for an amended rule that would permit "puffery" in negotiation, Professor James White of the University of Michigan Law School stated: "Pious and generalized assertions that the negotiator must be "honest" or that the lawyer must use "candor" are not helpful. They are at too high a level of generality and they fail to appreciate the fact that truth and truthful behavior at one time in one set of circumstances with one set of negotiators may be untruthful in another circumstance with other negotiators."

Professor White won the day. The rule permits lying in negotiations. And since the adoption of the Model Rules, numerous commentators have written on the topic of lying in negotiation arguing that we need a continuing discourse on the ethics of lying in negotiation because our discourse is, as one commentator put it, "uncritical, self-justificatory, and unpersuasive." This commentator states, "...lying is not the province of a few "unethical lawyers who operate on the margins of the profession. It is a permanent feature of advocacy and thus of almost the entire province of law." Others have argued that we need an alternative model for negotiation that emphasizes truth seeking, or that we need a negotiation rule that articulates the various "conventions" in negotiations. One goes so far to accept lawyer deceit as a negotiation norm and suggests that we might consider a caveat lawyer rule (that is recognize that lying is an inherent part of the negotiation process and just accept the fact that anything goes). After reading these articles, one is left with a strong sense of unease over this ethics low water mark.

With the increased use of mediation by the courts and the colonization of the mediation field by attorneys, Rule 4.1 has become more problematic. In an article in the ABA's Dispute Resolution Section Magazine, Bruce Meyerson, an Arizona attorney mediator, asks the question, "What obligation does a lawyer in mediation have to be honest with the mediator, the opposing party and counsel?" He begins the article by reporting on a conversation that he had recently with a well-known mediator and mediation trainer, who told Mr. Meyerson, "Don't believe anything a lawyer will tell you during a mediation." Mr. Meyerson goes on to argue that a mediator should be owed the same ethical obligation of candor that a lawyer owes to a judge.

Indeed, the lawyer's obligation of candor to a judge or a court is much higher than the lawyer's obligation of truthfulness in negotiation. Model Rule 3.3, which is entitled "Candor toward the Tribunal", states that a lawyer shall not knowingly make a false statement of

material fact or law to a tribunal. Unlike Rule 4.1, Rule 3.3 does not have the same kind of qualifying language in the rule or in the commentary to the rule. Unfortunately, an ABA ethics opinion has stated that the truthfulness rule (3.3) does not apply in mediations because mediation is not a “tribunal”. Thus, the opinion goes on to say, the permissive Rule 4.1 applies to lawyer communications during mediations. Arbitration, on the other hand, is defined as a tribunal. So, lawyers may not lie in arbitrations, but they may lie in mediations.

Let’s turn to the ethical obligations of Georgian lawyers, particularly their obligation to tell the truth. Article 9(3) of the Georgian Code of Professional Ethics for Lawyers, promulgated by the Georgian Bar Association, provides: “A lawyer should not present knowingly false evidence to the court.” So, similar to the American Rule 3.3, a Georgian lawyer must be truthful in court. How about when representing a client outside of court particularly in settlement negotiations and mediations? As far as I can tell your code is silent on this point.

However, there are two provisions in the Georgian ethics code that I believe implicitly require Georgian Lawyers to be truthful when negotiating with other lawyers. Principle 7 is your “Principle of Collegiality” and states” “In the course of the discharge of professional activities, a lawyer shall be required to respect his or her colleagues and not to abuse their dignity.” This is a wonderfully straightforward statement that should enhance the civility of the legal profession in Georgia. I wish we had a collegiality provision in the American ethics rules. Implicit in this rule is the notion that you shouldn’t lie to someone you are required to respect.

Also, your Article 10 of the Georgian code not only restates the respect requirement but goes on to state: “the corporate spirit of the profession of a lawyer requires a relationship based on mutual trust and cooperation between lawyers in order to avoid litigation and any actions that may prejudice their clients.” Again, how can you lie to someone with whom you are required to have a relationship of mutual trust and cooperation?

5. Conclusion

So, let’s step back for a moment and take stock of some of these points that I have made. I have created two monsters, or twin demons: the bullying judge and the lying lawyer. Let me be clear that I am not arguing that many of today’s judges and lawyers fit these characterizations in either the U.S. or Georgia. What I am saying though, is that the continuing development of a “settlement culture” as an essential aspect of the civil litigation process has set the stage for these characters to emerge in increasing numbers on our litigation scene.

What can we do about this situation? Well, let me offer two suggestions, one that addresses the bullying or coercive judge situation and another that takes on the lying lawyer.

To remedy the potential bullying judge situation, I would argue that Americans need to amend the Model Code of Judicial Conduct to prohibit judges from participating directly in settlement discussions in a case that has been assigned for adjudication to the judge. Some might argue that this would turn back the clock to the time when a judge was simply a passive adjudicator. I am not, however, arguing that the judge should not exercise control over his or her case load by holding pretrial conferences, issuing scheduling orders and exercising other managerial responsibilities, including encouraging the parties to enter into settlement

discussions or to use alternative dispute resolution techniques. Nor, am I arguing that a judge cannot directly participate in settlement discussions, or even act as a mediator, in a case that has been assigned to another judge. My concern here is that when a judge involves himself or herself in settlement discussions in a case that has been assigned to the judge for trial the risk of coercion is too great if the judge takes off the judge hat and puts on the hat of a mediator. The judge has a personal interest in clearing that case off his or her docket. The parties know this and there is a high likelihood that the parties and their representatives will feel pressure, however subtle, to enter into a settlement agreement. Worse yet, is the situation where the case does not settle, and the same judge who acted as a mediator in the case is now the judge trying the case. Can the judge be impartial, when the judge heard certain facts during the mediation that would not be available at trial, or might the judge be biased against a party who was reluctant to settle?

Again, this would not preclude having a judge ask another judge in his court to engage in settlement discussions with the parties. Such a “buddy system” which has one judge buddying up with another judge who presides at their pretrial settlement conference and vice versa, has actually been codified in Germany, as I have mentioned, and in eastern Canada. Also, under Arizona Supreme Court rules, Arizona’s mandatory pretrial settlement conference rule obligates a trial judge to conduct a settlement conference, but gives the judge the discretion to “transfer the settlement conference to another division of the court willing to conduct the settlement conference.” One federal judge has noted that such a buddy system may in the abstract be the most desirable course, but it is a practical impossibility for a judge to refer more than a fraction of the judge’s caseload to other judges for settlement conference. I would argue, though, that judicial intervention is necessary, if at all, in only a small fraction of a judge’s caseload. A judge needs to be perceptive enough to distinguish these cases from those cases where the judge may simply need to encourage settlement negotiations between the parties or urge the parties to consider the use of an ADR technique.

In light of the new provision that permits Georgian judges to offer evaluations, I would suggest a similar approach. That is, if a judge offers an evaluation that is not accepted by the parties, the case should be referred to another judge for the hearing. Otherwise, there is a risk of the appearance of bias or prejudgment, compromising the judge’s image as an impartial adjudicator.

Let’s now consider the problem of the lying lawyer. I would support Bruce Meyerson’s suggestion that we need to move the legal profession’s ethical norms in negotiation closer to those relating to a lawyer’s norms in court. But how do we do this? Particularly since lying in negotiations is pretty well entrenched and it would probably be difficult to eliminate the qualifying language in the commentary to Rule 4.1.

Why not add a Mediation Advocacy Rule to the Model Rules of Professional Conduct that parallels the candor to a tribunal requirement of Rule 3.3 The rule should require candor not only to the mediator but also to opposing counsel and the opposing party or parties.

Well, that would be fine. So we have a high standard for settlement negotiations in the context of a mediation, but we still have the problem of lying in non-mediated settlement discussions. That’s right, but Rome wasn’t built in a day. If lawyers can establish a high standard of candor and truthfulness in mediations and the use of mediation continues to

expand, ultimately this should have an educative effect on the legal profession. Eventually, it will become more and more difficult to justify negotiation conventions that include puffery or lying.

Although I have pointed to the collegiality requirements in the Georgia ethics rules, the Georgian Bar Association may wish to consider the adoption of an explicit rule that applies to communications in mediation as mediation is used more and more in Georgia.

To me, the most troubling question that arises from this proposal for a mediation advocacy rule is the question of who will police this candor or truthfulness requirement in mediations. Given the confidentiality requirement in most mediations, there are obvious problems if a party, or worse yet, a mediator reports a lack of candor or truthfulness on the part of one of the parties to the court or even to a disciplinary authority. I would therefore suggest that there be an analogous rule in mediator standards of conduct that place an affirmative duty on the mediator to remind the parties of their duty of candor during the mediation.

Well, I think that I have identified at least two problems that have resulted from the emergence of what I have characterized as a “settlement culture.” You may have a problem with my characterization of these two problems or with the solutions I have suggested. I would be pleased to entertain your questions, comments or criticisms at this time.

აღდგენითი მართლმსაჯულება – სანყისი ხელვა მართლმსაჯულების განვითარების გზაზე

აღდგენითი მართლმსაჯულება სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების ერთ-ერთი ყველაზე პოპულარული პაჩაღმია. იგი ორიენტირებულია დაზარალებულზე და აქცენტს აკეთებს ადამიანებისა თუ საზოგადოების მიერ დანაშაულებიერი ქმედების შედეგად განცდილი ზიანის გამოსწორებაზე. თანამედროვე მსოფლიოში აღდგენითი მართლმსაჯულების ხორცი და მნიშვნელობა დღითიდღე უფრო იზრდება. ბოლო ხამდენიმე წლის განმავლობაში გაერთიანებული ერების ორგანიზაცია, ევროპის საბჭო და ევროკავშირის მტკიცედ ადასტურებენ აღდგენითი მართლმსაჯულების პოტენციალს და თავიანთ წევრ სახელმწიფოებს აღდგენითი პირობების დანერგვისა და მათი გამოყენების შემდგომი გაფართოებისაკენ მოუწოდებენ. საქართველოს საკანონმდებლო სიხვედრეში პიხვედად ახასხუდწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსმა დანერგა აღდგენითი მართლმსაჯულების ცნება და ამით განამტკიცა აზიი, ხომ, მიუხედავად დაზარალებულის ხორცის პასიუობისა, სისხლის სამართალში სასამართლოს გახეთ დამნაშავესა და მსხვეპლს შორის კონფლიქტის მშვიდობიანი დახეგუდრება და მიყენებული ზიანის (ან ზაზადის) ანაზღაუება კიმიინადუხ-პოდიტიკუხ დისკუსიაში ძვედებუხად მნიშვნელოვან ადგილს იკავებს მხაეებს შორის შეხიგების მცდელობისას, ხასაც მოსდევს სასჯელის თანამედვი განსაკუთრებული იუხიდიული შედების - ნასამართლობის - თავიდან აცილება.

წინამდებაე სტატიიაში განხილული საკითხები - აღდგენითი მართლმსაჯულების წახმოშობის საფუძვლები, სამედიაციო სასამართლოს ხორცი კონფლიქტის მშვიდობიანი დახეგუდრებისას ძვედ ქახთუდ ჩვეულებით სამართალში, პიოგხამები, ხომდებმაც ზემოქმეება მოახდინა აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარებაზე და დღევანდელი გადასახედიან აღიქმება ხოგოხც ძადიან მნიშვნელოვანი მისი შემდგომი განვითარებისა და აღდგენითი პირობების გამოყენებისათვის, - დავებმაეება იმის გაცნობიეებაში, თუ ხა ფაქტოეების გავდენით მოხდა აღდგენითი მართლმსაჯულებიდან მართლმსაჯულების სხვა კონცეფციებისაკენ გადახვევა და ხაგომ შეიძლება გავვიჩნდეს ამ მოდელთან დაბუნების სუხვიდი.

საკვანძო სიგყვები: აღდგენითი მართლმსაჯულება, განხიდება, მედიაცია, ხესტიგუცია, მსხვეპლი, დამნაშავე, დაზარალებული, ზიანი.

1. შესავალი

სისხლის სამართალს და სისხლის სამართლის პროცესს უმთავრეს ლაიტმოტივად გასდევს ჰუმანიზმისა და ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის პრინციპები. ამ მიმართებით ისინი ეტაპობრივად იხვეწებიან და ვითარდებიან. ბოლო პერიოდში როგორც საზოგადოება, ისე სახელმწიფო ხელისუფლების შესაბამისი სტრუქტურები თანდათანობით მივიდნენ დასკვნამდე, რომ დასჯითი მართლმსაჯულება ლეგიტიმურ ფარგლებში უნდა შეიზღუდოს. ამ ფაქტს ადასტურებს ის გარემოებაც, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსმა (შემდგომში – სსსსკ) და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსმა (შემდგომში – სამკ) განრიდებისა და მედიაციის ინსტიტუტების საკანონმდებლო რეგულაციის მეშვეობით მოახდი-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, მოწვეული ლექტორი, თბილისის საქალაქო სასამართლოს მოსამართლე.

ნა სისხლისსამართლებრივი დევნის ალტერნატიული გზის – აღდგენითი მართლმსაჯულების იმპლემენტაცია. აღდგენითი მართლმსაჯულება დღეს უკვე სისხლის სამართლის პროცესის მნიშვნელოვანი მიმართულებაა. იგი ცდილობს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სამივე ელემენტის – დამნაშავის, მსხვერპლისა და საზოგადოების – ინტეგრირებას.¹ მთელი მსოფლიოს მასშტაბით ბოლო ოცდაათი წლის განმავლობაში აღდგენითი მართლმსაჯულების პრინციპები და პრაქტიკა ძალზე პოპულარული გახდა მართლმსაჯულების სისტემებში. აღსანიშნავია, რომ აღდგენითი მართლმსაჯულების თეორიებმა ზეგავლენა მოახდინა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემებზე ავსტრალიაში, კანადაში, ჰონგ-კონგში, ისრაელში, სამხრეთ აფრიკასა და დასავლეთ ევროპის უდიდეს ნაწილში.²

საქართველოში თანამედროვე სისხლის სამართლის მედიაციის ისტორია 2010 წლიდან, სსსსკ-ში შესული ცვლილებების საფუძველზე, არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის დანერგვით იწყება.³ „ახალი პროგრამა ერთი მხრივ განარიდებს არასრულწლოვანს სისხლის სამართლის სისტემისა და ნასამართლობისგან, მეორე მხრივ, ხელს უწყობს სამართლიანობის აღდგენას, რეციდივის თავიდან აცილებას და მოზარდის კანონმორჩილ პიროვნებად ჩამოყალიბებას“.⁴ საერთაშორისო სტანდარტებისა და მიდგომების თანახმად, განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის ამოსავალი წერტილია არასრულწლოვანთა განრიდება ფორმალური მართლმსაჯულების სისტემიდან და მისთვის იმგვარი გარემოს შექმნა, რომელიც ხელს შეუწყობს არასრულწლოვნის მიერ განმეორებითი დანაშაულის ჩადენის თავიდან აცილებას.⁵

აღსანიშნავია, რომ კანონმდებელმა სსსსკ-ში 2011 წლის 21 ივნისს შეტანილი ცვლილებებით კიდევ უფრო ფართოდ გაუღო კარი სისხლის სამართლის საქმეებზე ინტერვენციის არატრადიციულ მეთოდებს⁶ და სსსსკ-ის 168¹-ე და 168²-ე მუხლების შემოღებით სრულწლოვან პირებსაც მიეცათ შესაძლებლობა, ნაკლებად მძიმე და მძიმე დანაშაულის შემთხვევაში განრიდებული ყოფილიყვნენ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან.

2018-2019 წლებში საქართველოში დაიწყო აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარების ახალი ეტაპი, კერძოდ, საპილოტე რეჟიმში ამოქმედდა სისხლის სამართლის მედიაციის პროგრამა მსჯავრდებული პირებისათვის. ამ რეგულაციების ამოქმედების შემდეგ მედიაცია საქართველოში უკვე წარმოდგენილია დამოუკიდებელ მექანიზმად და გამოიყენება განრიდების პროგრამისგან დამოუკიდებლად, როგორც დაზა-

¹ შაპოვიჩი ნ. ვ., დოეკი ი. ე., ცეხმაგენი ჟ., ბავშვის უფლებები საერთაშორისო სამართალში, თბ., 2012, 348.

² იბ. Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 139, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

³ საქართველოს კანონი საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში დამატებებისა და ცვლილებების შეტანის შესახებ, №3616, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 24.09.2010.

⁴ შადიკაშვილი მ., არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის სისხლისსამართლებრივი, კრიმინოლოგიური და ფსიქოლოგიური ასპექტები, თბ., 2013, 4.

⁵ ჯავახიშვილი დ., არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის მიმოხილვა, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა - წელიწადი“, ბუხედი ი. (ხედ.), თბ., 2016, 179.

⁶ თუმანიშვილი გ., აღდგენითი (რესტორაციული) მართლმსაჯულება და მისი განვითარების პერსპექტივა საქართველოში. სისხლის სამართლის სამეცნიერო სიმპოზიუმის კრებული: სისხლის სამართლის მეცნიერება ერთიანი ევროპული სივრცის განვითარების პროცესში, თბ., 2013, 260.

რალეებულის სერვისი ან/და მსჯავრდებულის რესოციალიზაციისა და რეალიზაციის პროგრამა.⁷

აღდგენითი მართლმსაჯულება – ესაა მოძრაობა სამართლიანობისათვის, რომელიც შესაძლებლობას იძლევა, მხარეებისა და საზოგადოების ჩართულობით გამოვასწოროთ, აღვადგინოთ პირვანდელი ვითარება; ვეძებოთ გზა, რომელიც ხელს შეუწყობს არა მხოლოდ ზიანის ანაზღაურებას, არამედ დამნაშავეს სოციალურ რეინტეგრაციას და შეამცირობს სისხლისსამართლებრივ იძულებით ღონისძიებას – სასჯელს. აღდგენითი მართლმსაჯულება საჭიროა არა იმისათვის, რათა გაუქმდეს ტრადიციული მართლმსაჯულება, არამედ იმისათვის, რათა კონკრეტულ სიტუაციაში, საჯარო ინტერესის არარსებობის შემთხვევაში, დავის ალტერნატიული მეთოდის საშუალებით პრობლემა გადაიჭრას საზოგადოების ორ ინდივიდს – დაზარალებულსა და ბრალდებულს – შორის მათი პირისპირ შეხვედრითა და მოლაპარაკების გზით, როდესაც ორივე მხარე სასურველ შედეგს მიაღწევს არა სახელმწიფო იძულების ყველაზე მკაცრი ღონისძიების – სასჯელის – გამოყენებით, არამედ მატერიალური და მორალური ზიანის ანაზღაურებით.

სტატიის მიზანია ინსტიტუტის ირგვლივ არსებული ლიტერატურის ანალიზის გზით აღდგენითი მართლმსაჯულების ცნებისა და, ზოგადად, მისი ფესვების ისტორიული წარმოშობისა და განვითარების შესწავლა. წარსულში არსებული აღდგენითი მართლმსაჯულების პრაქტიკამ და მეთოდებმა შესაძლოა, გარკვეული მითითებები შემოგვთავაზოს სამომავლო მოდელების შესამუშავებლად. აღდგენითი მართლმსაჯულების ისტორიის მიმოხილვა ასევე დაგვეხმარება იმის გაცნობიერებაში, თუ რა ფაქტორების გავლენით მოხდა აღდგენითი მართლმსაჯულებიდან მართლმსაჯულების სხვა კონცეფციებისაკენ გადახვევა და რატომ შეიძლება გავგიჩინდეს ამ მოდელთან დაბრუნების სურვილი.

2. აღდგენითი მართლმსაჯულების სათავეები

აღდგენითი მართლმსაჯულება განიხილება სამართლიანობის აღმდგენ მოძრაობად, რომელიც ავსებს მართლმსაჯულების ოფიციალურ ფორმას, ახდენს თვით მხარეებისა და საზოგადოების ჩართვას დანაშაულის შედეგების აღმოფხვრაში, ხელს უწყობს დამნაშავეს სოციალურ რეინტეგრაციას და ამცირებს სისხლისსამართლებრივ სასჯელთა გამოყენებას. როგორც კრიმინოლოგი ჯონ ბრაითვაითი აცხადებს, „აღდგენითი მართლმსაჯულება წარმოადგენდა სისხლის სამართლის დომინანტურ მოდელს კაცობრიობის ისტორიის უდიდესი პერიოდის განმავლობაში მსოფლიოს ყველა ხალხისათვის.“⁸ აღდგენითი მართლმსაჯულების კონცეფციების ფესვები მომდინარეობს როგორც დასავლური, ისე არადასავლური ტრადიციებიდან. შესაბამისად, მართლმსაჯულების აღდგენით მოდელთან დაბრუნება შეიძლება აღვიქვათ როგორც მართლმსა-

⁷ ეჩსნი ი., ჯავახიშვილი ჯ., ჯავახიშვილი დ., აღდგენითი მართლმსაჯულების სახელმძღვანელო, საუნივერსიტეტო და პროფესიული სწავლებისათვის, თბ., 2020, 123.

⁸ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 5, ციტირებულია: Braithwaite J., Restorative Justice: Assessing an Immodest Theory and a Pessimistic Theory. Review Essay Prepared for University of Toronto Law Course, Restorative Justice: Theory and Practice in Criminal Law and Business Regulation, 1997. სტატია ასევე ხელმისაწვდომია: World Wide Web, Australian Institute of Criminology Home Page, 3 <<http://www.aic.gov.au>> [21.06.2021].

ჯულების ფესვებთან დაბრუნება და არა როგორც თანამედროვე ეპოქის „ყველაფრის მაკურნებელი წამალი ავადმყოფი სისტემისათვის.“⁹

არსებობს ალდგენითი მართლმსაჯულების განვითარების ისტორიის ორი ნარატივი, რომლებიც ერთმანეთს კონკურენციას უწევენ: პირველი ნარატივის მომხრეები ალდგენით მართლმსაჯულებას აღწერენ როგორც სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებისადმი შედარებით ბოლოდროინდელ მიდგომას, რაც 1970-იან წლებში ჩრდილოეთ ამერიკის კონტინენტზე დაიწყო და მას შემდეგ საერთაშორისო ფენომენი გახდა. ამ შეხედულების მიხედვით, ალდგენითი მართლმსაჯულება აღქმულია ახალ და ინოვაციურ სისტემად, რომელმაც ბოლო სამი ათწლეულის განმავლობაში იმდენი მოახერხა, რომ გლობალურ დონეზე მოახდინა ზეგავლენა არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემებზე; მეორე ნარატივის მიხედვით, ალდგენითი მართლმსაჯულება არცთუ ისე ახალი და უჩვეულოა – ადამიანთა საზოგადოების მსგავსად, ის სამართლიანობის ძველი არქეტიპია. როგორც მალიგანი აღნიშნავს, „იგი კაცობრიობის არსებობის უდიდესი პერიოდის განმავლობაში იყო და არის უძველესი და ყველაზე გავრცელებული მიდგომა მიყენებული ზიანით გამონვეული პრობლემის გადასაჭრელად“.¹⁰ კონფლიქტების გადაჭრა ყოველთვის იყო საზოგადოების მნიშვნელოვანი კომპონენტი, დაწყებული ძველი მონადირე-შემგროვებლების საზოგადოებაში არსებული პრობლემებიდან, რომლებსაც უკვე ათვისებული ჰქონდათ მიწათმოქმედების ელემენტარული ფორმები და ასევე მისდევდნენ მეთევზეობას.¹¹

მალიგანი იშველიებს ელმარ გ. მ. უეითკამპის განმარტებას, რომ „ადრეულ საზოგადოებებში მომთაბარე ტომებმა ალდგენითი მართლმსაჯულების გარკვეული ფორმით რეაგირება მოახდინეს კლანთა შორის დანაშაულზე. ალდგენითი მართლმსაჯულების ამ ფორმას რესტიტუციის შესახებ მოლაპარაკებები ეწოდებოდა“.¹² ჰორვარდ ზეჰრი აღნიშნავს, რომ ადრეული თემური წყობილების დროს დანაშაული განიხილებოდა როგორც პიროვნებათაშორისი ურთიერთობა. დანაშაულში ყველაზე ხშირად იგულისხმებოდა კონფლიქტი ორ ადამიანს შორის ან ზიანის მიყენება. ზიანის მიყენების შემთხვევაში წარმოიქმნებოდა მისი ანაზღაურების ვალდებულებები – სწორედ ეს უკანასკნელი იყო სამართლიანობის ალდგენის ყველაზე გავრცელებული ხერხი. ამ პროცესში მნიშვნელოვან როლს ასრულებდნენ დამნაშავეები და მსხვერპლი, აგრეთვე ნათესავები და თემი.¹³ იმ შემთხვევაში, თუ სხვა (გარეშე) კლანის წევრები ჩადიდნენ ქურდობას ან მკვლელობას, კლანის უხუცესები ორგანიზებას უწევდნენ კლანებს შო-

⁹ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 5, ციტირებულია: Braithwaite J., Restorative Justice: Assessing an Immodest Theory and a Pessimistic Theory. Review Essay Prepared for University of Toronto Law Course, Restorative Justice: Theory and Practice in Criminal Law and Business Regulation, 1997. სტატია ასევე ხელმისაწვდომია: World Wide Web, Australian Institute of Criminology Home Page, 3 <<http://www.aic.gov.au>> [21.06.2021].

¹⁰ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 142, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

¹¹ Эртсен И., Маккей Р., Пеликан К., Виллемсенс Д., Райт М., Реконструкция связей в сообществе – Медиация и Восстановительное Правосудие в Европе, „Книжкова Полиция“, №2, Киев, 2007, 79.

¹² Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 142, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

¹³ Зер Х., Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание, „Судебно-правовая реформа“, Москва, 2002, 48.

რის მოლაპარაკებების გამართვას. ეს მოლაპარაკებები კი, როგორც წესი, დაზარალებული მხარისთვის გარკვეული ფორმის კომპენსაციის მიცემით სრულდებოდა. ამგვარად ხდებოდა „სისხლის აღებისა“ და სხვა ძალადობრივი ქმედებების თავიდან აცილება. უეითკამპი ასკვნის, რომ რესტიტუცია, „ალბათ, კონფლიქტის გადაჭრის ყველაზე მეტად გავრცელებული ფორმა იყო აცეფალურ საზოგადოებებში“.¹⁴

პ. ზეპრი განმარტავს, რომ შერიგება, რომელიც კონფლიქტის მოგვარებას მოჰყვებოდა, ხორციელდებოდა ოჯახისა და თემის ჩარჩოებში; კონფლიქტის მოგვარებაში ასევე წამყვან როლს ასრულებდნენ ეკლესიისა და თემის უხუცესები, რომლებიც პასუხისმგებელი იყვნენ მიღწეულ შეთანხმებასთან დაკავშირებულ ყველა ჩანაწერზე. მართლმსაჯულების აღსრულება, პირველ რიგში, ეფუძნებოდა შუამავლობასა და მოლაპარაკებას და არა კანონების გამოყენებას და გადაწყვეტილების თავზე მოხვევას.¹⁵

არ შეიძლება ყურადღების მიღმა დავტოვოთ ის ფაქტი, რომ თემურ მართლმსაჯულებას ჰქონდა სერიოზული ნაკლოვანებებიც. სადავო საქმეებში ბრალეულობის დადგენის მეთოდები იყო თვითნებური, არაზუსტი და არ იძლეოდა სამართლიანობის განხორციელების არავითარ გარანტიას. მართლმსაჯულების ეს ფორმა ყველაზე წარმატებულად მოქმედებდა იერარქიულად თანაბარ საფეხურზე მყოფ პიროვნებათა შორის დავების გადაწყვეტისას. სხვა შემთხვევაში, თემური მართლმსაჯულება შეიძლებოდა დაუმორჩილებელი და სასტიკი ყოფილიყო.¹⁶ თემური მართლმსაჯულება მძიმე ტვირთს ადებდა დაზარალებულსაც, რადგან საქმეზე გამოძიება ამ უკანასკნელთა ინიციატივასა და მატერიალურ საშუალებებზე იყო დამოკიდებული. მიუხედავად აღნიშნულისა, კონფლიქტების რეგულირება თემური მართლმსაჯულების განხორციელების დროს ხდებოდა მოლაპარაკებისა და კომპენსაციის გზით – თემური მართლმსაჯულება პირველ ადგილზე აყენებდა ურთიერთობათა შენარჩუნებასა და შერიგებას.¹⁷

ადრეული საზოგადოებების მართლმსაჯულების სისტემებში აღდგენითი მართლმსაჯულების განხორციელების დეტალები არაერთ ისტორიულ წყაროშია დოკუმენტირებული, რომელთაგან ბევრი მიუთითებს იმაზე, რომ „დასჯა“, მისი ამჟამინდელი გაგებით, უფრო გამონაკლისი იყო, ვიდრე ნორმა.¹⁸ აღდგენითი მართლმსაჯულების ისტორიულ წარმომავლობაზე საუბრისას მკვლევრები საკუთარი განცხადებების გასამყარებლად ხშირად მოიხსენიებენ კოდექსებს უძველესი საზოგადოებებიდან. ვან ნესსა და სტრონგს წიგნში – „აღდგენითი მართლმსაჯულება“ – მაგალითად მოჰყავთ რამდენიმე უძველესი ბაბილონური კოდექსი, მათ შორის „ხამურაბის კანონები“ (ძვ. წ. 1700 წ.).¹⁹ „ხამურაბის კანონები“ წერილობითი იურიდიული დოკუმენტის ერთ-ერთი პირველი ნიმუშია, რომელიც ინდივიდუალური კომპენსაციის პრაქტიკას

¹⁴ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

¹⁵ Зер X., Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание, „Судебно-правовая реформа“, Москва, 2002, 48.

¹⁶ იქვე, 51.

¹⁷ იქვე.

¹⁸ Gavrielides T., Restorative Practices: From The Early Societies To The 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 8, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a-7c703d13630.pdf> [21.06.2021].

¹⁹ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, , University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021], ციტირებულია: Van Ness D., Strong K. H., Strong Restoring Justice, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.

იზიარებდა. ზოგ შემთხვევაში მან სიკვდილით დასჯის შემცველის როლი შეასრულა.²⁰ ასევე, ქონებრივ დანაშაულთან მიმართებით იგი ითვალისწინებდა რესტიტუციას;²¹ ახლო აღმოსავლეთის სხვა უძველესი კანონებით რესტიტუცია ძალადობრივი დანაშაულების შემთხვევაშიც კი იყო მოთხოვნილი. „ურ-ნამუს შემერულ კოდექსში“ მითითებულია: „თუკი ადამიანი თვალს ამოუგდებს მეორე ადამიანს, მან 1/2 მინა ვერცხლი უნდა აწონოს“;²² გარდა აღნიშნულისა, „ილიადაში“ (წიგნი IX) ჰომეროსმა მოიხსენია შემთხვევა, როცა აიაქსმა გააკრიტიკა აქილეუსი იმის გამო, რომ მან არ მიიღო აგამემნონის შეთავაზება ზარალის ანაზღაურებასთან დაკავშირებით. აიაქსმა აქილეუსს მიუთითა, რომ ძმის სიკვდილის კომპენსირებაც კი შესაძლებელია ფულის გადახდის გზით. თვით სისხლის სამართლის ნორმის ამოქმედებისა და მიზნების შესრულებისთვის აუცილებელი ორი სეგმენტი – ბრალი და სასჯელი – თავდაპირველად სწორედ გადახდასთან, ანუ ზიანის ანაზღაურებასთან იყო დაკავშირებული. აღსანიშნავია, რომ სიტყვა „სასჯელი“ მომდინარეობს ბერძნული სიტყვიდან – „pune“ (ποινή), რაც მიყენებული ზიანის სანაცვლოდ ფულის გადახდას გულისხმობს, მაშინ, როდესაც სიტყვა „ბრალი“ შეიძლება მომდინარეობდეს ანგლოსაქსური სიტყვიდან – „geldam“, რაც გადახდას ნიშნავს.²³

ვან ნესი და სტრონგი ასევე იშველიებენ უძველეს ებრაულ კანონს და ამტკიცებენ, რომ ებრაული სიტყვა „shillum“, რომელიც რესტიტუციას ნიშნავს, იმავე ფუძიდან წარმოდგება, საიდანაც „shalom“ და ითარგმნება როგორც „მშვიდობა“. ავტორთა აზრით, ამგვარი ლინგვისტური კავშირი ამყარებს შეხედულებას, რომ ძველი ებრაული სამართლიანობის მიზანი იყო მშვიდობის აღდგენა მთლიანობის აღდგენის გზით.²⁴

იმავე პოზიციაზე დგას ჰორვარდ ზეჰრი და აღნიშნავს, რომ „შალომი“ ფუნდამენტური ცნებაა, რომლის განხილვის გარეშე ვერ გავარკვევთ ბიბლიურ წარმოდგენებს კანონსა და მართლმსაჯულებაზე. სიტყვა „შალომის“ ტრადიციული თარგმანია მშვიდობა. ეს მხოლოდ ერთი მნიშვნელობაა ამ ცნებისა და არ მოიცავს მისი მნიშვნელობების მთელ სიმდიდრეს ძველ ებრაულ ენაზე. „შალომი“ ნიშნავს წესრიგს, ისეთ მდგომარეობას, როდესაც ყველგან ჰარმონია სუფევს.²⁵ პერი იოდერსა და სხვა მენონიტ თეოლოგებზე დაყრდნობით, ჰორვარდ ზეჰრი აღწერს შალომის სამ განზომილებას, რომლებიც მოიცავს: 1. მატერიალურ ან ფიზიკურ კეთილდღეობას; 2. სწორ ურთი-

²⁰ Gavrielides T., Restorative Practices: From The Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d13630.pdf> [21.06.2021], ციტირებულია: Gillin J. L., Criminology and Penology, New York: Appleton-Century, 1935.

²¹ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021], ციტირებულია: Van Ness D., Strong K. H., Strong Restoring Justice, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.

²² იქვე.

²³ Gavrielides T., Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d13630.pdf> [21.06.2021], ციტირებულია: Braithwaite J., Restorative Justice & Responsive Regulation Oxford: Oxford University Press.

²⁴ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and the History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021], ციტირებულია: Van Ness D., Strong K. H., Strong Restoring Justice, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.

²⁵ Зер Х., Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание, „Судебно-правовая реформа“, Москва, 2002, 64-65.

ერთობებს სხვა ადამიანებსა და ღმერთთან, და 3. მორალურ ან ეთიკურ „პირდაპირობას“, რაც გულისხმობს როგორც პატიოსნებას სხვებთან ურთიერთობებში, ასევე მორალურ მთლიანობას, ანუ ბრალეულობისა თუ დანაშაულის გარეშე მდგომარეობას.²⁶

ამ მნიშვნელობებიდან გამომდინარე, ჰორვარდ ზეჰრი ასკვნის, რომ „შალომი“ – ეს მშვიდობაა, კეთილდღეობაა, რომელიც ეხება ადამიანთა ცხოვრების მატერიალურ პირობებს, პიროვნებათაშორის სოციალური და პოლიტიკური ურთიერთობების სფეროს.²⁷ ავტორის აზრით, ანგარიშის გასწორებისა (shillum) და კომპენსაციის (shillem) აღმნიშვნელი სიტყვები ერთი ძირიდან მოდის („შალომი“ – shalom). ზარალის ანაზღაურება იყო ნესრიგის აღდგენის ცდა. „კომპენსაცია“ ზოგჯერ ითარგმნებოდა როგორც „ჯილდო“ და გულისხმობდა დაკმაყოფილებას, ვიდრე შურისგებას.²⁸

ამავე ნაშრომში ჰორვარდ ზეჰრი ეხება ძველ აღთქმაში რამდენჯერმე ნახსენებ ფრაზას „თვალი თვალისა წილ“, რომელშიც გამოხატულია ბიბლიური კანონის არსი. ფრაზაში „თვალი თვალისა წილ“ მოიაზრებოდა გარკვეული შეზღუდვა და არა დასჯის მოწოდება. გერმანელმა თეოლოგმა მარტინ ბუბერმა თარგმნა ეს ფრაზა როგორც „თვალი თვალის საზღაურად და კბილი კბილის საზღაურად“, რაც, როგორც ზეჰრს მიაჩნია, გულისხმობს მშვიდობის დამყარებას ანაზღაურების (კომპენსაციის) საშუალებით და მისი მიზანი ჯგუფებს შორის ძალთა ბალანსის შენარჩუნებაა.²⁹ ჰერმან ბიანჩი განსაკუთრებით ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ არც რომაულ ენას და არც ბერძნულს არ გააჩნდათ სიტყვა, რომელიც დანაშაულს ან სასჯელს აღნიშნავდა. ყველაზე გავრცელებული ანაქრონიზმი მართლმსაჯულების კონცეფციებთან დაკავშირებით, არის, ალბათ, ბიბლიისა და ებრაული კანონის გამოყენება დასჯითი მექანიზმის გასამართლებლად. ამ მიზნით მუდმივად ხდება ფრაზის – „თვალი თვალისა წილ“ – მოშველიება ძველი აღთქმიდან. ბევრს მიაჩნია, რომ ძველი აღთქმისა და ებრაული მართლმსაჯულების ტექსტის თემატიკა, ძირითადად, დასჯას ეძღვნება, ამან კი ძლიერი არგუმენტის როლი შეასრულა არსებული სადამსჯელო სისტემის ჩამოყალიბებაში, თუმცა ძველი აღთქმის ასეთ არგუმენტად გამოყენება სერიოზულ პრობლემებს უკავშირდება. როდესაც ზეჰრის იდეებს იშველიებს, ბიანჩი აღნიშნავს, რომ ფრაზა „თვალი თვალისა წილ“, რომელიც მართლმსაჯულების ძირითადი არსის გამომხატველადაა მიჩნეული ძველ აღთქმაში, ტექსტში სულ სამ-ოთხჯერაა ნახსენები. გარდა ამისა, ყველაზე დიდი პრობლემა ფრაზის გამოყენების სიხშირე კი არა, მისი არასწორი ინტერპრეტაციაა. ზეჰრის აზრით, ფრაზის – „თვალი თვალისა წილ“ – ინტერპრეტაცია, როგორც დასჯის მოთხოვნა, ზედმეტად პრიმიტიულია“. ბიანჩის კრიტიკა გაცილებით უფრო კატეგორიულია. იგი ამტკიცებს, რომ: „ბიბლიის ტექსტის არასწორი თარგმანისას ჩვენ საქმე გვაქვს საერთაშორისო „შეცდომასთან“. როგორც ის განმარტავს, „ძველი აღთქმის თითქმის ყველა ადგილას, სადაც ინგლისური და სხვა ევროპული ენების თარგმანებში გამოყენებულია ისეთი ტერმინები, როგორებიცაა: დასჯა, სამაგიეროს გადახდა, Vergeltung (გერმანული) და vergelding (ჰოლანდიური), ებრაულ ტექსტში შესა-

²⁶ Wides Saade M., Social Work Values and Restorative Justice, წიგნში: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L.(eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 216.

²⁷ Зер X., Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание, „Судебно-правовая реформа“, Москва, 2002, 64-65.

²⁸ იქვე.

²⁹ Llewellyn J. J., Howse R., Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 6, ციტირებულია: Zehr H., Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Waterloo: Herald Press, 1990, 106.

ბამისი სიტყვის ფუძე არის sh-l-მ, ცნობილი როგორც შალომ, რომელიც „მშვიდობას“ ნიშნავს.“ ფაქტობრივად, როგორც ის აღნიშნავს, ბიბლია არა მარტო არ შეიცავს დასჯის მოთხოვნას, არამედ კრძალავს მას, რადგანაც, როგორც უფალი ამბობს, „არ იძიო შური, რადგანაც მე მეკუთვნის მშვიდობა“. როდესაც საზოგადოების შემადგენელ ელემენტებს ტომები შეადგენდნენ, როგორც ეს ძველი აღთქმის შექმნის პერიოდში იყო, დამნაშავის ტომიდან ერთი წევრის განირვა დაზარალებული ტომის მსხვერპლის სანაცვლოდ შესაძლებელი იყო სოციალური თანასწორობის აღდგენის მიზნით, ე.ი. მიზანი ანაზღაურება, ანუ იმ ბალანსის აღდგენა, რომელიც ტომის ერთი წევრის დაკარგვით დაირღვა. „შალომ“-ის იდეა – აღდგენა და არა დასჯა – იყო ძველი აღთქმის მართლმსაჯულების ძირითადი არსი. „ზარალის ანაზღაურება და ურთიერთობების აღდგენა ფარავდა დასჯის თემას, რადგან მიზანი სწორედ ურთიერთობების აღდგენა იყო.“³⁰

ისტორიული კუთხით, რესტიტუციასთან დაკავშირებით თავიანთი განცხადებების გასამყარებლად ვან ნესი და სტრონგი მიუთითებენ ევროპულ წყაროებზე. მაგალითად, რომის „თორმეტი დაფის კანონები“ (ძვ. წ. 449) ქურდებს ავალდებულებდა ანაზღაურების გადახდას მოპარული ქონებისათვის და მოიცავდა რესტიტუციას, როგორც გამოკვეთილ ალტერნატიულ სასჯელს გარკვეული ფიზიკური დანაშაულის ფაქტებზე; ადრეული გერმანული ტომების კანონებით, რესტიტუცია დაშვებული იყო დანაშაულთა ფართო სპექტრთან, მათ შორის მკვლელობასთან; ხოლო ეტელბერტის კანონები, VII საუკუნის ინგლისური კანონების კრებული, შეიცავდა კომპენსაციის დეტალურ გეგმებს, დაზარალებულისათვის მიყენებული ფიზიკური ზიანიდან გამომდინარე. ანგლოსაქსური სამართალიც კი აღდგენითი მართლმსაჯულების პრინციპებს ეფუძნებოდა.³¹

რესტიტუციასთან დაკავშირებით არსებული ისტორიული წყაროების დიდი ნაწილი იმაზე მიუთითებს, რომ „აღნიშნული კონცეფცია გამოიყენებოდა როგორც საკუთრებასთან, ისე პიროვნებასთან დაკავშირებული დანაშაულობების შემთხვევაში³². იან დრაპკინი ამტკიცებდა, რომ რესტიტუცია თითქმის ყველა უძველეს საზოგადოებაში იყო რეალიზებული, რაც მოიცავდა როგორც ქონებრივ დანაშაულებს, ასევე „ადამიანთა წინააღმდეგ ჩადენილ დანაშაულებს“.³³ გარდა ამისა, სტენლი დაიმონდის კვლევის მონაცემების მიხედვით, ფულადი რესტიტუცია, რომელიც მკვლელობისთვის დაწესებულ სანქციებს შეეხებოდა, სასჯელის გამართლებული ფორმა იყო მთელი დასავლური სამყაროს მასშტაბით.³⁴

³⁰ Llewellyn J.J., Howse R., Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 6.

³¹ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 144, < <https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html> > [21.06.2021].

³² Gavrielides T., Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d136-30.pdf> [21.06.2021], ციტირებულია: Weitekamp E., The History of Restorative Justice, in: Walgrave L., Bazemore G. (eds.), Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime, Monsey: Criminal Justice Press, 1999.

³³ Gavrielides T., Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d136-30.pdf> [21.06.2021], ციტირებულია: Drapkin I., Crime and Punishment in the Ancient World, Lexington, MA: Lexington Books, 1989.

³⁴ Gavrielides T., Restorative Practices: From The Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d13630.pdf> [21.06.2021], ციტირებულია: Diamond S., Primitive Law, London: Longmans, Green & Co., 1935.

პერიოდს, რომელიც წინ უძღოდა ცენტრალიზებულ, ანუ ე.წ. სახელმწიფო მართლმსაჯულების ჩამოყალიბებას, ხშირად კერძო მართლმსაჯულების პერიოდს უწოდებენ. თუმცა ასეთმა ტერმინმა შესაძლოა, გარკვეული გაუგებრობა გამოიწვიოს. კერძო მართლმსაჯულების იმიჯი ხშირად აერთიანებს პირად შურისძიებას, ძალადობრივ პასუხს რაიმე ზიანზე. თუმცა ეს არ ქმნის მართლმსაჯულების პირობებში სახელმწიფოს ჩარევამდე არსებული აქტიურობების დაბალანსებულ სურათს, პირიქით, „მართლმსაჯულების განხორციელება თავდაპირველად უფრო მეტად შუამავლობისა და მოლაპარაკებების პროცესს წარმოადგენდა, ვიდრე წესების გამოყენებისა და გადაწყვეტილებების აღსრულების პროცესს“. ზეჰრის აზრით, ამ პერიოდს უფრო მეტად შეეფერება ტერმინი „სათემო მართლმსაჯულება“, რადგანაც დავები უკავშირდებოდა თემებს და ისინი წყდებოდა თემების მიერ. სათემო მართლმსაჯულება „...აღიარებს, რომ ზიანი ადგებათ ადამიანებს, რომ დავების გადაწყვეტაში ცენტრალურ ფიგურას ადამიანი წარმოადგენს და რომ ზიანის ანაზღაურება უმნიშვნელოვანესია. სათემო მართლმსაჯულება დიდ მნიშვნელობას ანიჭებდა ურთიერთობის შენარჩუნებას, შერიგებას“.³⁵ ვან ნესისა და სტრონგის მიხედვით, „...მართლმსაჯულების პროცესის მიზანია სიტუაციის გამოსწორება მხარეებისათვის მიყენებული ფიზიკური, ფინანსური თუ ურთიერთობითი ზიანის ანაზღაურებით“.³⁶ ჰოვბელი პრიმიტიულ სამართალს ექიმის საქმიანობას ადარებს: როგორც ექიმია პასუხისმგებელი ადამიანის ჯანმრთელობის ბალანსის შენარჩუნებაზე, ისე სამართალი – ჯანმრთელი საზოგადოების შენარჩუნებაზე, რაც შეიძლება განხორციელდეს „დავაში მონაწილე მხარეების ურთიერთობაში ბალანსის აღდგენით“.³⁷

ბიანჩის აზრით, აუცილებელია გარკვეული შეთანხმება იმ საკითხთან დაკავშირებით, რომ სათემო მართლმსაჯულებიდან იმ სისტემაზე გადასვლა, რასაც დღეს ცენტრალიზებული სახელმწიფო მართლმსაჯულება ეწოდება, XI-XII საუკუნეებში დაიწყო. თუმცა მომდევნო საუკუნეებში „...ბევრ ქვეყანაში კონფლიქტის მოგვარების, აღდგენისა და დავების გადაწყვეტის ძველი სისტემა, აშკარად თუ ფარულად, კვლავაც აგრძელებდა არსებობას.“³⁸

ლიტერატურაში არსებობს საყოველთაო აზრი იმასთან დაკავშირებით, რომ ევროპაში აღდგენითი პრაქტიკა გაუარესდა შუა საუკუნეებში და, რომ უმთავრესი ცვლილებები მოხდა IX საუკუნეში.³⁹ ასევე ითვლება, რომ XII საუკუნის ბოლოსათვის დასრულდა აღდგენითი მართლმსაჯულების, როგორც „სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემების“, ოფიციალური პარადიგმის დაშლა.⁴⁰

³⁵ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 7, ციტირებულია: Zehr H., Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Waterloo: Herald Press, 1990, 100.

³⁶ Llewellyn J. J., Howse R. „Restorative justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 7, ციტირებულია: Van Ness D.W., Strong K.H., Strong Restoring Justice, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997, 6.

³⁷ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative justice” a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 8, ციტირებულია: Hoebel E. A., The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics, New York: Atheneum, 1973, 279.

³⁸ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 8, ციტირებულია: Bianchi H., Justice as Sanctuary: Toward a System of Crime Control Bloomington: Indiana University Press, 1994, 15-16.

³⁹ Gavrielides T., Restorative Practices: From The Early Societies To The 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 7, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb48069-5a6a7c703d13630.pdf> [21.06.2021].

⁴⁰ იქვე, 9.

ისტორიკოსთა უმრავლესობა ამტკიცებს, რომ ახ. წ. 1100 წლიდან 1500 წლამდე მოღვაწე ანგლოსაქსმა მონარქებმა და კონუნგებმა მართლმსაჯულების განხორციელება თანდათანობით მოგებიან ინსტიტუტად აქციეს – დაზარალებულისათვის კომპენსაციის მიღების უფლების ჩამორთმევისა და სახელმწიფოსათვის გადასახდელი ჯარიმების დაწესების გზით.⁴¹

მართლმსაჯულების ახალ მოდელს დომინანტობის მოსაპოვებლად საკმაოდ ხანგრძლივი პერიოდი დასჭირდა – XIX საუკუნემდე. სხვა რა ფაქტორებსაც არ უნდა შეეწყოს ხელი ამ პროცესისათვის, ნათელია, რომ, ნაწილობრივ მაინც, ეს მოტივირებული იყო პოლიტიკური ძალაუფლების მოპოვების სურვილით როგორც საერო, ისე რელიგიურ სფეროებში.⁴²

სამართლის ისტორიკოსი ჰაროლდ ბერმანი ამტკიცებს, რომ სწორედ ასეთმა ცვლილებამ გამოიწვია „სამართლებრივი რევოლუცია.“ ასეთი რევოლუციის შედეგად მივიღეთ დავების ბუნების ახლებური კონცეპტუალიზაცია. სასამართლოების როლი შეიცვალა, მათი ამოცანა აღარ იყო დავაში მონაწილე მხარეებს შორის მედიატორის როლის შესრულება. სასამართლოებმა ახლა უკვე ძალაუფლების დამცველის როლი იკისრეს. მათ დაიწყეს აქტიური როლის შესრულება ბრალდების კუთხით ისეთ საქმეებში, სადაც სახელმწიფო მსხვერპლის როლში გამოდიოდა.⁴³

სისხლის სამართლის პროცესში მონაწილეობის უფლება დღეს აქვთ სახელმწიფო ბრალდებას, ბრალდებულებსა და მათ ადვოკატებს. დაზარალებული მხარე მთავარ სცენას ჩამოშორებულია. ხელისუფლება აღარ ზრუნავს დაზარალებულზე, სჯის დამნაშავეს და სახელმწიფო ბიუჯეტის სასარგებლოდ ახდევინებს მას ჯარიმებს. ლორენ ვოლკერის აზრით, „ასეთმა ცვლილებამ დანაშაულის ჩამდენ ინდივიდებს გაუქრო დაზარალებულების მიმართ პირადი ანგარიშვალდებულების გრძნობა. ეს გრძნობა ხელისუფლების მიერ გამოტანილი სასჯელისაგან თავის დაღწევაზე ზრუნვამ შეცვალა“.⁴⁴

ფაქტია, რომ პატიება, რესტიტუცია, კონფლიქტამდე არსებული ურთიერთობების აღდგენა აღდგენითი მართლმსაჯულების პროცესის ძირითადი სეგმენტებია. კონფლიქტის გადაჭრის ამ მეთოდების საწყისი ფესვები კი არა მხოლოდ ჩვენს წელთაღრიცხვამდე არსებულ კანონებში, არამედ თვით ძველ აღთქმასა და შუმერულ წყაროებში უნდა ვეძებოთ. სამწუხაროდ, ჩვენ არ ვიცით, ადრეულ საზოგადოებაში კონფლიქტის ამ წესით დარეგულირება რამდენად ეფექტიანი იყო ტრადიციულ, სადამსჯელო მართლმსაჯულებასთან შედარებით. თუმცა ის ფაქტიც არ უნდა დარჩეს ყურადღების მიღმა, რომ სასჯელის დანიშვნისას არც სახელმწიფოს დომინანტური მდგომარეობა და პიროვნული ინტერესების სრული იგნორირება გამოდგა საზოგადოებისთვის სიკე-

⁴¹ Gavrielides T., Restorative Practices: From The Early Societies To The 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 9, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb48069-5a6a7c703d13630.pdf> [21.06.2021].

⁴² Llewellyn J. J., Howse R., Restorative justice a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 9, ციტირებულია: Zehr H., Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Waterloo: Herald Press, 1990, 106.

⁴³ Llewellyn J. J., Howse R., Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 9, ციტირებულია: Berman H. J., Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

⁴⁴ Sdr. Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, წიგნში: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 5.

თის მომტანი და გლობალურ პრობლემად იქცა. საჭირო გახდა ახალი, ალტერნატიული ფორმის მოძებნა. 1970-იან წლებში ჩრდილოეთ ამერიკის კონტინენტზე სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებისადმი ჩამოყალიბებულმა ახალმა მიდგომებმა, რომლებმაც აღდგენითი მართლმსაჯულების სახით თითქოს ინოვაციური სისტემისკენ გვიბიძგა, სინამდვილეში მართლმსაჯულების იმ ფესვებთან დაგვაბრუნა, რომლებიც კაცობრიობის არსებობის უდიდესი პერიოდის განმავლობაში უძველეს და ყველაზე გავრცელებულ მიდგომად ითვლებოდა კონფლიქტების გადასაჭრელად. „აღდგენითი სამართალი რჩება სისხლის სამართალში არსებულ იმედისმომცემ, მაგრამ მარგინალურ მოვლენად, რომელიც ჯერ კიდევ „ფუნდამენტური პრინციპების“ ძიებაშია.“⁴⁵

3. კონფლიქტის მშვიდობიანი დარეგულირებისა და შერიგების წესები ძველ ქართულ სამართალში

აღდგენითი მართლმსაჯულების უძველესი ინსტიტუტები საქართველოშიც დიდი ხნის წინ არსებობდა. სამედიატორო სასამართლო საზოგადოებრივი განვითარების ადრეულ პერიოდში სამართლებრივი კულტურის შემადგენელი ნაწილი იყო. მას მიმართავდნენ მხარეთა შერიგებისა და ზარალის ანაზღაურების მიზნით, შუამავლების მეშვეობით. „შუამავლობით საქმის გარჩევისას მხარეები დაასახელებდნენ თავიანთ მოსამართლეებს, უკანასკნელნი კი გაარჩევდნენ საქმეს.“⁴⁶ „მიხეილ კეკელიას დაკვირვებით, სიტყვა მედიატორს XIX საუკუნის დამდეგამდე ქართული სინამდვილე არ იცნობს. ამ სიტყვას მხოლოდ 1802 წლიდან ვხვდებით.“⁴⁷

XIX საუკუნის დამდეგს შედგენილ ქართველი მეფეების დროინდელ „ჰსჯულში“ მოხსენიებულია ბჭეც და მედიატორიც; ამ ძეგლის მიხედვით, „განჩინება მდივანბეგთა, ბჭეთა და ადგილობით დადგინებულ მოსამართლეთა“ საბოლოოა, ე.ი. არ საჭიროებს მეფის დამტკიცებას.⁴⁸ სამედიატორო სასამართლო გაბატონებული კლასისთვის იყო შექმნილი, ხოლო თავისუფლებას მოკლებული ყმებისათვის მოურავისა და მემამულის კონტროლქვეშ მყოფი ბჭე ეწეოდა მოსამართლეობას.⁴⁹

აშკარაა, სამედიატორო სასამართლოს მხარეები მიმართავდნენ, რათა თავიდან აეცილებინათ შურისძიება და მორიგებულიყვნენ ჩვეულებითი სამართლით დადგენილი სასჯელით – ქონებრივი საზღაურის დაკისრებით. გ. დავითაშვილი მიუთითებს, რომ „ფაქტობრივად იმდროინდელი მდგომარეობის ასახვას წარმოადგენს ბჭე მედიატორების ინსტიტუტის წარმოჩენა XIX საუკუნის დასაწყისში შექმნილ ძეგლში – „საქართველოს ჩვეულებითი სჯული“. ამ ძეგლის მე-60 მუხლში ვკითხულობთ: „ორთა მოდავეთაგან საქართველოსა შინა არა აღმორჩეულ არს შეკრულების ხელწერილით ბჭენი, არამედ უწერილოდ. ესრეთ ორნი მოდავენი ვინც იქნებოდნენ, ურთიერთის თანხმობით გამოირჩევდნენ ორს, სამს, ექვსსაც ბჭეს და მეტს კი აღარ. ანუ მეფის ბრძანებით, ანუ სადაურნიც იქნებოდნენ მოდავენი, მუნებურის მოხელის ბრძანებით

⁴⁵ *London R., A New Paradigm Arises in: A Restorative Justice Reader, Johnstone G.(ed.), 2nd ed., London and New York, 2013, 10.*

⁴⁶ *სუხგუდაძე ი., საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისთვის, თბ., 1952, 347.*

⁴⁷ *დავითაშვილი გ., სასამართლო ორგანიზაცია და პროცესი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2004, 5.*

⁴⁸ *სუხგუდაძე ი., საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისთვის, თბ., 1952, 351.*

⁴⁹ *იქვე, 356.*

და ისე გარდასწყვეტდნენ მათს სადაოს, დაუნერდნენ გარდაწყვეტილობის განაჩენს ორსავ მხარეს.⁵⁰

ი. სურგულაძე აღნიშნავს: ძირითადი დამახასიათებელი ნიშანი მედიატორისა და ბჭისათვის ის უნდა იყოს, რომ მას თავის ნებით მიმართავენ მხარეები. მხარეებისაგან ამორჩეულ მოსამართლეთა მიერ გარჩეული საქმეების შესახებ ცნობებს ვხვდებით სხვადასხვა წყაროში. ამ მხრივ, ი. სურგულაძის აზრით, მრავალმხრივ საინტერესოა 1789 წლის სიგელი, საიდანაც ირკვევა, რომ მხარეებს პირველად მეფის სასამართლოსთვის მიუმართავთ, მაგრამ საქმე ვერ დაუმთავრებიათ, ალბათ იმიტომ, რომ სასამართლოს გადაწყვეტილება ერთ-ერთ მხარეს არ უცნია. ამის შემდეგ დედოფლისათვის მიუმართავთ სამედიატორო სამართლის შესახებ და დედოფლის დასტური მიუღიათ.⁵¹ ამ შემთხვევიდან ნათლად ჩანს, რომ მოდავე მხარეები თავიანთი ინიციატივით მოითხოვდნენ მედიატორთა საშუალებით დავის გადაწყვეტას, ხოლო დედოფალმა დასტური მისცა და, კონფლიქტის მშვიდობიანად მოგვარების პირობით, საქმე მედიატორებს გადასცა განსახილველად.

ისტორიულად, როგორც ჩვენი ნაშრომის დასაწყისშიც აღვნიშნეთ, აღდგენითი მართლმსაჯულების მთავარი მიზანია კონფლიქტის ორივე მხარის „განკურნება“ და მათთვის „ჭრილობების მოშუშება“. ამ შემთხვევაში სახელმწიფო ორგანო უძღური აღმოჩნდა დავის გადაწყვეტისას, ხოლო მხარეთა მიერ ერთობლივად არჩეულმა კერძო პირებმა მოლაპარაკების გზით შეძლეს კომპრომისის მიღწევა და ორივე მხარემ „იყაბულა“ ეს გადაწყვეტილება. წყარო ნათელს ხდის, რომ ჯერ კიდევ XVIII საუკუნის ბოლოს მიმართავდნენ დავის ალტერნატიული მეთოდებით გადაწყვეტას.

ქართული სამართლის ძეგლებში არა მარტო ეს შემთხვევაა აღწერილი, არამედ გვხვდება კიდევ სხვა უამრავი ფაქტი, როდესაც მედიატორთა მონაწილეობით უმძიმესი დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაშიც კი დავა მორიგებით დასრულებულა. განსაკუთრებულ ყურადღებას იპყრობს სვანეთისა და ხევსურეთის ჩვეულებები.

გ. დავითაშვილი ნაშრომში – „დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში“ – უხვად იშველიებს მხარეთა მორიგებასა და პატიებასთან დაკავშირებულ გადაწყვეტილებებს. კერძოდ, ქართულ ჩვეულებით სამართალში მხარეთა შერიგების განხილვისას ავტორი მიუთითებს: არაერთი ხევსური ინფორმატორი საუბარში ხაზს უსვამს იმას, რომ სასჯელის განსაზღვრისას არავითარი მნიშვნელობა არ ჰქონდა, მკვლელობა განზრახ მოხდა თუ უნებლიეთ, თუმცა მიუთითებენ, რომ შერიგება ამ უკანასკნელ შემთხვევაში უფრო გაადვილებულია. შერიგება ხევსურეთში არ გულისხმობდა დაზარალებულის მიერ დამნაშავის სრულ პატიებას და პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას. შერიგება, უპირველეს ყოვლისა, ნიშნავდა იმას, რომ დაზარალებული თანახმა იყო, უარი ეთქვა შურისძიებაზე და ამის სანაცვლოდ მიეღო კონკრეტული დანაშაულისათვის გათვალისწინებული საზღაური. საზღაურის გადახდას კი მოჰყვებოდა მხარეებს შორის შერიგების ცერემონიალი.⁵²

„განაჩენის აღსრულებაში აქტიურ მონაწილეობას იღებენ „რჯულის კაცები“. ისინი, როდესაც ორივე მხარისაგან მიიღებენ თანხმობას, მიემართებიან იმ მხარეს-

⁵⁰ დავითაშვილი გ., სასამართლო ორგანიზაცია და პროცესი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2004, 13.

⁵¹ იქვე.

⁵² დავითაშვილი გ., დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2011, 111-113.

თან, რომელსაც გადახდა ევალეზა, მიიღებენ მისგან „დრამას“⁵³ და მიაქვთ დაზარალებულთან“.⁵⁴

გ. დავითაშვილი აღნიშნავს, რომ, ხევსურეთის მსგავსად, სვანეთშიც უნებლიე დანაშაულის დროს (მათ შორის მკვლელობისას) შედარებით ადვილი იყო მოკლულის ოჯახის დაყოლიება, უარი ეთქვა შურისძიებაზე და დასთანხმებოდა მედიატორი მოსამართლეების (მორვების) მიერ გამოტანილი განაჩენის საფუძველზე შერიგებას. საბოლოო შერიგებისათვის აუცილებელი იყო, დამნაშავეს დაზარალებულისათვის გადაეხადა მორვების მიერ დაკისრებული საზღაური. სვანეთში უნებლიე მკვლელობისას ხეობის, ანუ თემისა და სოფლის, საზოგადოება უფრო აქტიურად ერეოდა შერიგების პროცესში, რადგან მოკლულის ოჯახი ამ დროს ნაკლებად მოსარიდებელი იყო. ცხადია, განზრახ მკვლელობის შემთხვევაში საზოგადოება შერიგების პროცესში ვერ ჩაერეოდა და მოკლულის ოჯახის მიმართ ბევრად უფრო მორიდებული იქნებოდა. ა. დავითიანის თქმით, ხევი (თემი) „არასდროს არ მისცემდა ნებას, რომ ჭირისუფალს უნებური მკვლელობის სისხლი აეღო, პირდაპირ მკვლელს გამოსდგომოდა და მოეკლა ან ის, ანდა მისი ოჯახის რომელიმე წევრი“. კალელი ინფორმატორი კი უფრო კატეგორიულია: „გაუფრთხილებელი მკვლელობა ყოველთვის მორიგებით მთავრდება, განზრახ მკვლელობისას მორიგებაზე დათანხმება მეტად ჭირს, რომელსაც დიდი მოციქულობა უძღვის წინ“.⁵⁵ როგორც კი მედიატორები დაასრულებდნენ საიდუმლო თათბირს, ურთიერთშეთანხმებით გამოიტანდნენ განაჩენს. განაჩენის გამოცხადება და მხარეთა შერიგება უმეტეს შემთხვევაში, ფაქტობრივად, ერთდროულად ხორციელდებოდა, განაჩენის გამოცხადება ხდებოდა სწორედ მხარეთა შერიგების მიზნით დამნაშავე მხარის ოჯახში გაშლილ სუფრასთან. აქვე დაზარალებულს გადაეცემოდა დადგენილი თანხა და საჩუქრები.⁵⁶ სამედიატორო სასამართლოს განაჩენი აღსასრულებლად სავალდებულოა, სვანური ადათი არ იცნობს გადაწყვეტილების ფაკულტატიურობას და ეს წესი დღემდეა დაცული.⁵⁷

აღსანიშნავია, რომ იგივე მონაცემები ფიქსირდება აჭარაშიც. აჭარაშიც „ყეზად“, ანუ განზრახვის გარეშე, მკვლელობისას შერიგება გაიოლებული იყო და, როგორც ინფორმატორები მიუთითებენ, ამ დროს სისხლის აღება (განსხვავებით განზრახვი მკვლელობისგან) არ ხდებოდა. შერიგება უნებლიე მკვლელობისას თუ დაჭრისას უფრო ადვილდებოდა ხევშიც და ფშავშიც.⁵⁸

მოყვანილი მაგალითები ცხადყოფს, რომ საქართველოში, განსაკუთრებით მაღალმთიან რეგიონებში, პრიორიტეტული იყო არა ზიანის მიმყენებლის დასჯა და მისთვის სხეულებრივი თუ სხვა სახის სასჯელის დაკისრება, არამედ მედიატორების მიერ აქცენტი კეთდებოდა შერიგებასა და პირვანდელი ურთიერთობის აღდგენაზე ისეთი დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაშიც კი, როგორიცაა უნებლიე მკვლელობა. ცალსახაა,

⁵³ ფულისა და წონის ერთეულის სახელწოდება ძველ ქართულ სამართალში, იხ. დავითაშვილი გ., სამედიატორო სასამართლო ანუ „რჯული“ ხევსურეთში, თბ., 2001, 72.

⁵⁴ დავითაშვილი გ., სამედიატორო სასამართლო ანუ „რჯული“ ხევსურეთში, თბ., 2001, 73, ციტირებულია: კეკელიძე მ., მასალები ხევსურულ ჩვეულებით სამართალზე, ეთნოგრაფიული რვეული, №2, თბ., 1977, 66.

⁵⁵ დავითაშვილი გ., დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2011, 115-116.

⁵⁶ დავითაშვილი გ., სამედიატორო სასამართლო სვანეთში, თბ., 2002, 100-111.

⁵⁷ ონიანი ს., დავითაშვილი გ., ჩვეულებითი სამართლის მოქმედება თანამედროვე ბალსზემო სვანეთში, თბ., 2016, 34.

⁵⁸ დავითაშვილი გ., დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2011, 118.

რომ შერიგება უნებლიე მკვლევლობის დროს უფრო გაიოლებული იყო, მაგრამ, მასალების მიხედვით, განზრახ მკვლევლობის დროსაც არ ყოფილა გამორიცხული. ნიშანდობლივია, რომ მკვლევლობისთვის რესტიტუცია გამართლებული იყო არა მარტო ქართული ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით, არამედ მთელი დასავლური სამყაროს მასშტაბით (მათ შორის ანტიკურ საბერძნეთშიც). მართლმსაჯულების აღსრულება კი, უპირველეს ყოვლისა, შუამავლობისა და მოლაპარაკებების გზით ხდებოდა.

მიუხედავად იმისა, რომ აღდგენითი მართლმსაჯულების პროცესში მედიატორის-/მომრიგებლის როლს შერიგების ხელშეწყობა და არა მისი იძულება წარმოადგენს, ქართულ ისტორიულ სინამდვილეში აშკარაა, რომ გაუფრთხილებელი დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში ზოგჯერ იძულებით შერიგებაც მომხდარა თემის ჩარევით.⁵⁹

შერიგების პროცესი ქართულ ჩვეულებით სამართალში ხაზს უსვამს დამნაშავის, მსხვერპლისა და საზოგადოების აქტიურ მონაწილეობას, ფაქტების დადგენასა და პროცესში ჩართული პირების მიერ მოწოდებული ინფორმაციის ანალიზს. ზიანის მიმყენებელი პირი პასუხისმგებლობას იღებს მის მიერ ჩადენილი დანაშაულისათვის და ზღავს დაზარალებულისათვის მიყენებულ ზიანს. ეს კი მონაწილების, მიტევებისა და რეინტეგრაციის საშუალებას იძლევა, რაც აღდგენითი მართლმსაჯულების მთავარი მიზანია. ამასთან, ყველაზე მნიშვნელოვანი მაინც ის არის, რომ დღეს – XXI საუკუნის რეალობაშიც კი – სვანური ადათობრივი სამართალი კვლავ ცოცხალია და გარკვეული ტრანსფორმაციით, მაგრამ არსებობს მაინც განაგრძობს, რასაც 2015 წლის 20-30 ივნისის საველე-ეთნოგრაფიული ექსპედიციის დროს სულხან ონიანისა და გიორგი დავითაშვილის მიერ არაერთი რესპონდენტის გამოკითხვაც ცხადყოფს. უფრო მეტიც, გამოკითხვაში მონაწილე რესპონდენტთა უმრავლესობა, როგორც მკვლევრები აღნიშნავენ, „თავად წარმოადგენს ჩვეულებითი სამართლის ხელმძღვანელ მომრიგებელ-მოსამართლეს“.⁶⁰

4. აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარების პროგრამები

კვლევის თემატიკის თვალსაზრისით, საინტერესოა ვისაუბროთ აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარების იმ ნარატივზე, რომლის ისტორია სულ რამდენიმე ათწლეულს მოიცავს, დღესაც აქტიურად აგრძელებს საზღვრების გაფართოებას და, რომლის მომხრეებმაც საკუთარი წვლილი შეიტანეს ამ ინსტიტუტის ხელახლა აღდგენასა და განვითარებაში. სახელმწიფო ინსტიტუტების გაძლიერებამ და გლობალიზაციის ტემპებმა გარკვეული გავლენა მოახდინეს აღდგენითი მართლმსაჯულების პროგრამების ტრანსფორმირებაზე. აღდგენითმა მართლმსაჯულებამ ფოკუსირება ინდივიდებსა და საზოგადოებებზე გააკეთა, რათა გაერკვია, რა სურდათ მათ. XX საუკუნის 70-იან წლებში ჩატარებული ექსპერიმენტების თანახმად, თანამედროვე აღდგენითი მართლმსაჯულება განვითარდა მაშინ, როდესაც დანაშაულის ჩამდენი პირები ხვდებოდნენ იმ პირებს, რომელთაც მათი ქმედების გამო ზიანი მიადგათ. ისინი საუბრობდნენ

⁵⁹ დანვრილებით იხ. დავითაშვილი გ., მონოგრაფიები: დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2011; სასამართლო ორგანიზაცია და პროცესი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2004; სამედიატორო სასამართლო სვანეთში, თბ., 2002, სამედიატორო სასამართლო ანუ რჯული ხევსურეთში, თბ., 2001.

⁶⁰ ონიანი ს., დავითაშვილი გ., ჩვეულებითი სამართლის მოქმედება თანამედროვე ბალსზემო სვანეთში, თბ., 2016, 8.

დანაშაულის შედეგად წარმოშობილი ანგარიშვალდებულების შესახებ, იმაზე, თუ როგორ დაზარალდნენ ადამიანები და როგორ შეიძლებოდა ამ ზიანის გამოსწორება.⁶¹ როსნერი და კლაუსი მიუთითებდნენ, რომ ბრალდებულმა და დაზარალებულმა შეძლებისდაგვარად საერთო მოლაპარაკებაში ნეიტრალური მესამე პირის ჩართვით უნდა მოახერხონ ერთმანეთთან საუბარი მომხდარზე. ამ დროს გათვალისწინებულ უნდა იქნეს როგორც მსხვერპლის ტკივილი, ასევე დამნაშავის ცნობიერებაც. დამნაშავის არამატერიალური საკომპენსაციო ანაზღაურება ბოდიშის მოხდის სახით ხშირად ხელს უწყობს მოლაპარაკებაში მონაწილე მხარეთა შემდგომი ქმედებების განხორციელებას. შეთანხმების მიღწევაში დანაშაულით გამოწვეული მატერიალური ზარალის ანაზღაურებაც შეიძლება მნიშვნელოვან როლს ასრულებდეს.⁶² ამგვარი მიდგომა დანაშაულის მიმართ რადიკალურად განსხვავდება სისხლის სამართლის სისტემისაგან, რომლის მთავარი მიზანი დამნაშავის იდენტიფიცირება და მისი დასჯაა.

საჭიროდ მიგვაჩნია ასევე შევეხოთ თავად ტერმინ „აღდგენითი მართლმსაჯულების“ წარმოშობის ისტორიას. ზოგადად მიჩნეულია, რომ ეს ტერმინი პირველად 1977 წელს გამოიყენა ალბერტ ეგლაშმა თავის სტატიაში: „რესტიტუციის მიღმა: კრეატიული რესტიტუცია“,⁶³ თუმცა ყურადღების მიღმა არ უნდა დარჩეს ის ფაქტიც, რომ აღნიშნული ტერმინი ალბერტ ეგლაშის მიერ გამოყენებულ იქნა დაახლოებით 20 წლით ადრე. ეგლაშის წყაროს აღდგენითი მართლმსაჯულების ტერმინთან მიმართებით 2005 წელს მიაკვლია ენ სკელტონმა 1955 წელს გამოცემულ წიგნში „სამართლიანობისა და სამართლის ბიბლიური დოქტრინა“.⁶⁴ ამ წიგნის შესაბამის ნაწილში, სადაც განხილულია კავშირი სამართალსა და სიყვარულს შორის, ვკითხულობთ: „... მხოლოდ აღდგენით მართლმსაჯულებას შეუძლია იმის გაკეთება, რასაც კანონი ვერასოდეს გააკეთებს. მას შეუძლია უმძიმესი ჭრილობის მოშუშება, რომლისგანაც მთელი კაცობრიობა იტანჯება და რომელიც ზოგადად სამართლიანობას ადამიანებს შორის ურთიერთობის დროს მუდმივ უსამართლობად აქცევს. სოციალური სამართლიანობა ვერასოდეს გავიყვანს რეპარაციის ნორმის ფარგლებს გარეთ, სადამსჯელო მართლმსაჯულებას არანაირი რესურსი არ გააჩნია ზიანის აღსადგენად. როგორც ბიბლიიდან ირკვევა, მხოლოდ აღდგენით მართლმსაჯულებას აქვს ცოდვის დაძლევის პოზიტიური ძალა“.⁶⁵ ასევე საყურადღებოა ალბერტ ეგლაშის 1955 წელს გამოცემული სტატია „კრეატიული რესტიტუცია: მისი ფესვები ფსიქოლოგიაში, რელიგიასა და სამართალში“. ავტორის აზრით, პენოლოგიის სფეროში რესოციალიზაციის ერთ-ერთი მეთოდი, რომელიც ზემოქმედებას მოახდენს დამნაშავე პირებზე, არის კრეატიული რესტიტუცია და აკეთებს დასკვნას, რომ მართლმსაჯულებას აქვს აღდგენითი ელემენტი. აღდგენით მართლმსაჯულებას შეუძლია იმ რეზულტატის გამოწვევა, რასაც კანონი ვერასოდეს მოახერხებს - მას შეუძლია, მოაშუშოს ყველაზე ღრმა ჭრილობა და გადა-

⁶¹ Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, წიგნში: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 4-5.

⁶² Kaspar J., Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, München, 2004, 3.

⁶³ Eglash A., Creative Restitution, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 48, No. 6, Northwestern University Pritzker School of Law, Mar.-Apr., 1958, 619-620.

⁶⁴ Van Ness D.W., Strong K.H., Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 22.

⁶⁵ Eglash A., Creative Restitution, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 48, No. 6, Northwestern University Pritzker School of Law, Mar.-Apr., 1958, 620.

ლახოს ცოდვა; რესტიტუციის დროს დამნაშავემ ჩვენი დახმარებით უნდა შეძლოს იმ ზიანის კომპენსირება, რომელიც დაზარალებულს მიადგა.⁶⁶ ეგლაში დანაშაულის ჩადენის შედეგად დაზარალებულ ადამიანებს აკუთვნება თავად დანაშაულის ჩამდენ პირებსა და მის ახლობლებს, იმ მოტივით, რომ გამონვეული ზიანის გამო, მათაც აქვთ „ჭრილობები მოსაშუშებელი“. ეგლაშის თანახმად, დანაშაულით დაზარალებული ადამიანების ჯგუფი მოიცავს მათ, ვისაც უშუალო ზიანი მიადგა, დაზარალებულის ახლობლებს, ასევე დანაშაულის ჩამდენ პირსა და მის ახლობლებს. აღდგენითი მართლმსაჯულება ამ უკანასკნელთაც სთავაზობს, რომ აიყვანონ თავი ხელში, პასუხისმგებლობა აიღონ მათი საქციელის გამო და მოიშუშონ ჭრილობები.⁶⁷

თავდაპირველად ალბერტ ეგლაშს მიაჩნდა, რომ „აღდგენითი მართლმსაჯულება და ზარალის ანაზღაურება, ისევე როგორც მისი ორი ალტერნატივა – დასჯა და სასჯელი, – უპირველეს ყოვლისა, დამნაშავეებს ეხება. ნებისმიერი სარგებელი, რასაც აქედან დაზარალებული იღებს, არის ერთგვარი ბონუსი, დამატებითი სარგებელი, მაგრამ არა პრო-ცესის გული“.⁶⁸ შემდგომში, აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარებასთან ერთად, მისაღები გახდა ის აზრიც, რომ დაზარალებულებზე ზრუნვა ამ მოძრაობის ცენტრალურ საკითხს შეადგენს.⁶⁹

ლორენ უოლკერი აცხადებს, რომ მსოფლიოში აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარებაში ჰ. ზეჰრს ყველაზე დიდი წვლილი მიუძღვის. თავის ნაშრომში – „აღდგენითი მართლმსაჯულება“ – ზეჰრმა ასეთი სახის დეფინიცია მოგვცა: „დანაშაულს ზიანი მოაქვს ადამიანებისთვის და ურთიერთობებისთვის. აღდგენითი მართლმსაჯულება ქმნის ყველაფრის გამოსწორების ვალდებულებას ისეთი გადაწყვეტილებების ძიებისას, რომლებიც ხელს უწყობენ ურთიერთობების აღდგენას, შერიგებასა და დარწმუნებულობის შეგრძნების განვითარებას, მართლმსაჯულების პროცესში მონაწილეობს დაზარალებული, სამართალდამრღვევი და საზოგადოება.“⁷⁰ მარშალმა ეს აღწერა როგორც პროცესი, როდესაც კონკრეტულ დანაშაულში ჩართული ყველა მხარე იკრიბება იმის ერთობლივად გადასაწყვეტად, თუ როგორ გაუმკლავდნენ დანაშაულის შედეგებს და მის გავლენას მომავალში. ავტორის აზრით, მართალია, ამ განმარტების განვრცობა კიდევ მრავალმხრივია შესაძლებელი, მაგრამ ესეც სრულიად საკმარისია მისი ფუნქციონირებისათვის.⁷¹ მარტინ რაიტი ამტკიცებდა, რომ ახალი მოდელის შემთხვევაში „დანაშაულზე რეაგირება არ იქნება კიდევ უფრო მეტი ზიანის მომტანი ორივე მხარისთვის, არამედ შესაძლებლობის ფარგლებში ყველაფერი უნდა გაკეთდეს იმისათვის, რათა მოხდეს მდგომარეობის აღდგენა. საზოგადოება დახმარებას სთავა-

⁶⁶ Eglash A., Creative Restitution, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 48, No. 6, Northwestern University Pritzker School of Law, Mar.-Apr., 1958, 619-620.

⁶⁷ Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, წიგნში: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 5, ციტირებულია: Eglash A., Beyond restitution: Creative Restitution, in: Hudson J., Galaway B. (eds.), Restitution in Criminal Justice, Lexington, Mass.: D.C. Heath, 1977.

⁶⁸ იქვე, 7.

⁶⁹ Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, წიგნში: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 7.

⁷⁰ Зер Х., Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание, „Судебно-правовая реформа“, Москва, 2002, 64-65.

⁷¹ Marshall T. F., The Evolution of Restorative Justice in Britain, ჟურნალში: Restorative Justice and Mediation European Journal on Criminal Policy and Research, 1996, 38.

ზობს დაზარალებულს და სამართალდამრღვევს აკისრებს პასუხისმგებლობას, რომელსაც მოეთხოვება რეპარაციის განხორციელება. ამ დროს ყურადღება უნდა მიექცეს არა მარტო შედეგს, არამედ მთლიანად იმ პროცესის განვითარებას, რომელშიც აღიარებული იქნება როგორც დაზარალებულის, ასევე სამართალდამრღვევის გრძნობები და ადამიანური ბუნება.⁷² აღდგენითი მართლმსაჯულებისთვის არსებითი მნიშვნელობა აქვს როგორც კოლაბორაციულ, ასევე მონაწილეობით პროცესს. აღდგენითი ღონისძიებების ფარგლებში სხვათა ქმედებების შედეგად დაზარალებული პირები უნდა იყვნენ აქტიური მონაწილეები და არა პასიური მიმღებები.⁷³

გაერო მთავარ როლს ასრულებს სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სტრატეგიების, საერთაშორისო წესების, სტანდარტებისა და რეკომენდაციების შემუშავებაში. გაეროს სტანდარტების მიხედვით: აღდგენითი მართლმსაჯულება იძლევა პასუხს კრიმინალურ ქცევაზე საზოგადოების, დაზარალებულებისა და დამნაშავეების მოთხოვნილებების დაბალანსების გზით. ის არის განვითარებადი კონცეფცია, რომელმაც წარმოშვა განსხვავებული ინტერპრეტაციები სხვადასხვა ქვეყანაში, კონცეფცია, რომელზეც სრული კონსენსუსის მიღწევა ყოველთვის ვერ ხერხდება (2006).⁷⁴ 1999 წელს ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტმა შეიმუშავა რეკომენდაცია მედიაციის გამოყენების შესახებ დასჯადი დანაშაულების დროს. იმავე წელს ევროკავშირმა დააფინანსა „დაზარალებულისა და დამნაშავის მედიაციისა და აღდგენითი მართლმსაჯულების ევროპული ფორუმის“ ჩამოყალიბება. შედეგად, ევროკავშირმა მიიღო კანონმდებლობა, რომელიც ითვალისწინებდა აღდგენითი მართლმსაჯულების გამოყენების ნახალისებას თავის წევრ ქვეყნებში. 2002 წელს გაეროს ეკონომიკურმა და სოციალურმა საბჭომ (ECOSOC) მიიღო „სისხლის სამართლის საქმეებში აღდგენითი მართლმსაჯულების პროგრამების გამოყენების ძირითადი პრინციპების დეკლარაცია“, რომელიც შემუშავებული იყო არა მარტო აღდგენითი მართლმსაჯულების გლობალურ დონეზე გამოყენების ნასახალისებლად, არამედ აღდგენითი მართლმსაჯულების მიდგომების ჩასართავად სისხლის სამართალში, ისე, რომ არ დარღვეულიყო დაზარალებულისა და დამნაშავის უფლებები.⁷⁵

მსოფლიოს სხვადასხვა რეგიონში მრავალი კრიმინალური სიტუაციის გადაჭრა ხორციელდება აღდგენითი მართლმსაჯულების პროგრამების საშუალებით. ამ პროგრამების ნაწილი ჩამოყალიბდა მკვიდრი მოსახლეობის ხალხების ტრადიციული კულტურის გავლენით. აღდგენითი მართლმსაჯულების პროგრამები დაკავშირებულია აღდგენით პროცესებსა და აღდგენით შედეგებთან. აღდგენითი პროცესი გულისხმობს დანაშაულთან შემხებლობაში მყოფი ყველა ადამიანის ჩაბმასა და წარმოქმნილი პრობლემის გადაჭრაში შუამავლის (სამართლიანი და მიუკერძოებელი მესამე მხარის) აქტიურ მონაწილეობას. აღდგენითი შედეგი კი მიმართულია აღდგენით პროცესზე

⁷² Van Ness D.W., Strong K.H., Restoring Justice, An Introduction to Restorative justice, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 23.

⁷³ Takahashi R., Restorative Justice Almost 50 Years Later: Japanese American Redress for Exclusion, Restriction, and Incarceration, წიგნში: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), 2013, 227.

⁷⁴ Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, წიგნში: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 7.

⁷⁵ Van Ness D.W., Strong K.H., Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 27.

მიღწეული შეთანხმების შესრულებისაკენ. ამ შემთხვევებში ფიქსირდება სამართალ-დამრღვევის კონკრეტული მოქმედებების თანმიმდევრობა, რომელიც გულისხმობს მსხვერპლისთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურებას და სამართალდამრღვევის სოციალურ გარემოცვაში რეპუტაციის აღდგენის ხელშეწყობას.

აღდგენითი მართლმსაჯულების განვითარებაზე სამმა ძირითადმა პროგრამამ მოახდინა გავლენა:

- პირველია ყველაზე გავრცელებული *მსხვერპლისა და სამართალდამრღვევის შეხიგების პროგრამა* (Victim – Offender Reconciliation Programs – VORP), რომელიც ცნობილია აგრეთვე „მსხვერპლისა და სამართალდამრღვევის მედიაციის“ სახელწოდებით (Victim – Offender – VOM). თანამედროვე გამოყენება ასეთი სახის შეხვედრებისა, რომლებიც იძლეოდნენ იმის საშუალებას, რომ დაზარალებულს სამართალდამრღვევისათვის აეხსნა დანაშაულის ზემოქმედება, პირველად 1974 წელს ელმირაში (თემი ონტარიოს პროვინციაში, კანადა) დაფიქსირდა. აშშ-ის მედიაციის საკითხებზე მომუშავე პირველი პრაქტიკოსები და მკვლევრები იყვნენ ჰოვარდ ზეჰრი, რონ კლასენი და მარკ უმბრეითი. უმბრეითმა მთელი რიგი სტატიებისა და წიგნების სერია მიუძღვნა დაზარალებულსა და დამნაშავეს შორის მედიაციას, მათ შორის ძალადობრივი დანაშაულის შემთხვევაში ასეთი პროგრამების გამოყენების განმარტებასა და შეფასებას. ზეჰრი და კლასენი, რომლებიც თავადაც მენონიტების ქრისტიანული ტრადიციის მიმდევრები იყვნენ, ამტკიცებდნენ, რომ ჭეშმარიტად განკურნებისაკენ სწრაფვაში მხარეების ხელშეწყობის კუთხით, ეკლესიაზე დაფუძნებულ [საეკლესიო] ან უკიდურეს შემთხვევაში საზოგადოებრივ აზრზე დაფუძნებულ [სათემო] პროგრამებს უფრო მეტი პოტენციალი ჰქონდა, ვიდრე სახელმწიფოს მიერ შედგენილ პროგრამებს. საზოგადოებრივი [სათემო] აზრი უფრო მეტად უწყობს ხელს დაზარალებულსა და სამართალდამრღვევს შორის მედიაციის განმტკიცებას და (იმის მიუხედავად, რომ შეიძლება უფრო შრომატევადი იყოს), სასურველია, პროგრამების ორგანიზება სწორედ ამ გზით განხორციელდეს და არა სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემის წინილის, ან სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემის მიერ დაფინანსებული პროგრამის მიხედვით.⁷⁶ პროგრამის (Victim – Offender Reconciliation Programs – VORP) პირველი საპილოტე ვერსიის განხორციელება 1981 წელს დაიწყო ნორვეგიაში, გავრცელდა მთელი ევროპის მასშტაბით და მის ფარგლებსაც გასცდა.⁷⁷

- აღდგენითი მართლმსაჯულების მეორე პროგრამა – „ოჯახური კონფერენციები“ (Family Group Conferences – FGC) – შეიქმნა ახალ ზელანდიაში და ბაზირებულია მკვიდრი მოსახლეობის – მაორის ტრადიციებზე. კონფერენცია რამდენიმე კუთხით განსხვავდება დაზარალებულისა და დამნაშავეს მედიაციისაგან, მაგრამ ერთ-ერთი ყველაზე აღსანიშნავი ფაქტია ის, რომ შეხვედრებში უფრო მეტი ადამიანი მონაწილეობს: დამნაშავესა და დაზარალებულის გარდა, ჩართული არიან ოჯახის წევრები, მხარდამჭერები და ხელისუფლების წარმომადგენლები.

კონფერენციებს აწყობს და უძღვება ანაზღაურებადი სამსახურის სოციალური მომსახურების პერსონალი – არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოორდინატორი. ზეჰრი აღნიშნავს, რომ, რადგანაც ოჯახური ჯგუფური შეხვედრების მეთოდით დავების

⁷⁶ Van Ness D.W., Strong K.H., Restoring Justice, An Introduction to Restorative justice, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 26-27.

⁷⁷ იქვე, 28.

გადაწყვეტა ჩვეულებრივი სასამართლოს შემცვლელია, ამ მეთოდის ფარგლებში უნდა მოხდეს დამნაშავისათვის მთლიანი გეგმის შემუშავება, რომელიც, გარდა ზარალის ანაზღაურებისა, მოიცავს პრევენციისა და ზოგჯერ სასჯელის ელემენტებს. ასეთ შეხვედრებზე შესაძლებელია ბრალზე მოლაპარაკებაც. საინტერესოა, რომ გეგმა შეხვედრაში მონაწილე ყველა პირის შეთანხმებით უნდა იქნეს შედგენილი. დაზარალებულს, დამნაშავეს ან პოლიციელს (პროკურორს) შეუძლია, დაბლოკოს იმ შემთხვევაში, თუ რომელიმე უკმაყოფილოა.⁷⁸

• „მახტმსაჯულების წიხები“ (“Sentencing Circles”) აღდგენითი შეხვედრების მესამე ფორმაა. ისინი გასული საუკუნეების 80-იან წლებში პირველად გამოჩნდნენ კანადაში და ეფუძნებოდნენ კანადის მკვიდრი ხალხების მართლმსაჯულების აბორიგენულ გაგებას. ამ შეხვედრაში მონაწილეობის მიღება შეუძლია მოსამართლეს, პოლიციელს, ადვოკატებს, პრობაციის ოფიცერს, დაზარალებულს, დამზარალებელს, ადგილობრივი თემის წევრებსა და წარმომადგენლებს.⁷⁹ ვან ნესი და სტრონგი ყურადღებას ამახვილებენ იმ გარემოებაზე, რომ წრეები უარყოფდა პროფესიონალების მონოპოლიას, აუმჯობესებდა ხელმისაწვდომი ინფორმაციის რაოდენობასა და ხარისხს, შესაძლებელს ხდიდა ახალი გზების კრეატიულ ძიებას, ის ბიძგს აძლევდა პასუხისმგებლობის გაზიარებას, წაახალისებდა დამნაშავის ჩართულობას, გულისხმობდა დაზარალებულის მონაწილეობას განაჩენის გამოტანის პროცესში, ქმნიდა კონსტრუქციულ გარემოს. წრიული მოდელი შესაძლებელს ხდიდა, ყველას უკეთესად გაეგო მართლმსაჯულების სისტემის შეზღუდვები, აფართოებდა სისხლის სამართლის სისტემის ფოკუსს, ეხმარებოდა საზოგადოებას რესურსების მობილიზებაში და ხელს უწყობდა ადგილობრივებისა და კანადის ხელისუფლების ღირებულებების შერწყმას.⁸⁰

აღდგენითი მართლმსაჯულება სულ უფრო მეტ ქვეყანაში ხდება ერთ-ერთი კონკურენტული მიდგომა დანაშაულისა და სადამსჯელო მართლმსაჯულების მიმართ, რომელიც რეგულარულად განიხილება სასამართლოებისა და კანონმდებლების მიერ. შედეგად, სახელისუფლებო სისტემები მხარს უჭერენ აღდგენითი მართლმსაჯულების პროგრამების განვითარებასა და გაფართოებას. ხორციელდება საკანონმდებლო ცვლილებები, რათა შესაძლებელი გახდეს აღდგენითი მართლმსაჯულების ჩართვა კანონმდებლობაში.

5. დასკვნა

კვლევამ ცხადყო, რომ აღდგენითი მართლმსაჯულება კაცობრიობის უდიდესი პერიოდის განმავლობაში იყო უძველესი და ყველაზე გავრცელებული მიდგომა მსხვერპლსა და სამართალდამრღვევს შორის კონფლიქტების დასარეგულირებლად. მართლმსაჯულების აღდგენითი კონცეფციების ფესვები მომდინარეობს როგორც დასავლური, ისე არადასავლური ტრადიციებიდან. შესაბამისად, მართლმსაჯულების აღდგენითი მოდელისაკენ დაბრუნება შეგვიძლია აღვიქვათ როგორც მართლმსაჯულების ფესვებთან დაბრუნება და არა როგორც თანამედროვე ეპოქის უახლესი ინსტიტუტი. აღ-

⁷⁸ ბეჰნი ჰ., აღდგენითი მართლმსაჯულების პატარა წიგნი, თბ., 2011, 52-54.

⁷⁹ იქვე, 30.

⁸⁰ Van Ness D.W., Strong K.H., Restoring Justice, An Introduction to Restorative justice, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 29.

დგენითი მართლმსაჯულების განვითარების წინარე ისტორიული მოვლენების შესწავლამ თვალსაჩინო გახადა ამ მოვლენის ზრდის ეტაპები. აღსანიშნავია, რომ აღდგენითი მართლმსაჯულება გლობალურ დონეზეა. გარდა იმისა, რომ მასზე ზეგავლენა მოახდინა მსოფლიოს არაერთი ქვეყნის ხალხთა ტრადიციებმა და წეს-ჩვეულებებმა, ის ასევე განსხვავებულ კულტურებსა და სამართლებრივ სისტემებში იქნა შემოღებული. რეალურად აღდგენითი მართლმსაჯულების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი თვისებაა ის ფაქტი, რომ მისი საფუძვლები პრაქტიკულად ერთდროულად შეიქრა მსოფლიოს სხვადასხვა მხარეში. ზოგ შემთხვევაში პროგრამის ან თეორიის განვითარება ხდებოდა აღდგენითი მართლმსაჯულების იდეებთან უშუალო კონტაქტამდე. აღდგენითი პროცესებისა და სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემაზე ამ პროცესების გავლენის გაანალიზებისას შეიძლება დავასკვნათ, რომ აღდგენითი მართლმსაჯულების დარგი სწრაფად იზრდება და დარგის აღსაწერად და დასახასიათებლად პარალელურად ყალიბდება ახალი კონცეფციები.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 24/08/1995, 23/03/2018 მდგომარეობით.
2. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 09/10/2009 22/06/2021 მდგომარეობით.
3. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 12/06/2015 22/06/2021 მდგომარეობით.
4. დავითაშვილი გ., სასამართლო ორგანიზაცია და პროცესი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2004, 5, 13.
5. დავითაშვილი გ., დანაშაული და სასჯელი ქართულ ჩვეულებით სამართალში, თბ., 2011, 111-113, 115-116, 118.
6. დავითაშვილი გ., სამედიატორო სასამართლო ანუ „რჯული“ ხევსურეთში, თბ., 2001, 72-73.
7. დავითაშვილი გ., სამედიატორო სასამართლო სვანეთში, თბ., 2002, 100-111.
8. ეჩინი ი., ჯავახიშვილი ჯ., ჯავახიშვილი დ., აღდგენითი მართლმსაჯულების სახელმძღვანელო, საუნივერსიტეტო და პროფესიული სწავლებისათვის, თბ., 2020, 123.
9. ზეჭიჩი ჰ., აღდგენითი მართლმსაჯულების პატარა წიგნი, თბ., 2011, 30, 52-54.
10. თუმანიშვილი გ., აღდგენითი (რესტორაციული) მართლმსაჯულება და მისი განვითარების პერსპექტივა საქართველოში. სისხლის სამართლის სამეცნიერო სიმპოზიუმის კრებული: სისხლის სამართლის მეცნიერება ერთიანი ევროპული სივრცის განვითარების პროცესში, თბ., 2013, 260.
11. ონიანი ს., დავითაშვილი გ., ჩვეულებითი სამართლის მოქმედება თანამედროვე ბალსზემო სვანეთში, თბ., 2016, 8, 34.
12. სუხგუდაძე ი., საქართველოს სახელმწიფოსა და სამართლის ისტორიისთვის, თბ., 1952, 347, 351, 356.
13. შადიკაშვილი მ., არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის სისხლისსამართლებრივი, კრიმინოლოგიური და ფსიქოლოგიური ასპექტები, თბ., 2013, 4.
14. შაპოვიჩი ნ. ვ., დოევი ი. ე., ცეხმატენი ჟ., ბავშვის უფლებები საერთაშორისო სამართალში, თბ., 2012, 348.
15. ჯავახიშვილი დ., არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის მიმოხილვა, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული“, ბუჩქელი ი. (ხედ.), თბ., 2016, 179.
16. Eglash A., Creative Restitution, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 48, No. 6, Published by: Northwestern University Pritzker School of Law, Mar.-Apr., 1958, 619-620.
17. Gavrielides T., Restorative Practices: From The Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6-8. <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d1363-0.pdf> [21.06.2021].

18. *Llewellyn J. J., Howse R.*, „Restorative Justice” a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 5-9.
19. *London R.*, A New Paradigm Arises *ᄡᄡᄡᄡᄡ*: A Restorative Justice Reader, *Johnstone G.(ed.)*, 2nd ed., London and New York 2013, 10.
20. *Marshall T. F.*, The Evolution of Restorative Justice in Britain, *Restorative Justice and Mediation European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996, 38.
21. *Mulligan S.*, From Retribution to Repair: Juvenile Justice and the History of Restorative Justice, *University of La Verne Law Review, Ontario*, 2009, 139, 142-144, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].
22. *Takahashi R.*, Restorative Justice Almost 50 Years Later: Japanese American Redress for Exclusion, Restriction, and Incarceration, *ᄡᄡᄡᄡᄡ*: Restorative Justice Today, Practical Applications, *Van Wormer K.S., Walker L. (eds.)*, 2013, 227.
23. *Van Ness D.W., Strong K.H.*, Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice, Matthew Bender & Company, Inc., a Member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 22-23, 26-29.
24. *Walker L.*, Restorative Justice Definition and Purpose, *ᄡᄡᄡᄡᄡ*: Restorative Justice Today, Practical Applications, *Van Wormer K. S., Walker L. (eds.)*, Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 4-5, 7.
25. *Wides S. M.*, Social Work Values and Restorative Justice, *ᄡᄡᄡᄡᄡ*: Restorative Justice Today, Practical Applications, *Van Wormer K. S., Walker L. (eds.)*, Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 216.
26. *Kaspar J.*, *Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht*, München, 2004, 3.
27. *Зер Х.*, Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание, „Судебно-правовая реформа”, Москва, 2002, 48, 51, 64-65.
28. *Эртсен И., Маккей Р., Пеликан К., Виллемсенс Д., Райт М.*, Реконструкция связей в сообществе –Медиацация и Восстановительное Правосудие в Европе, „Книжкова Полиция”, №2, Киев, 2007, 79.

Restorative Justice – an Initial View on the Development of Justice

Restorative justice is one of the most popular paradigms of criminal justice. It is oriented on the victim and focuses on repairing the damage occurred as a result of a criminal act committed by individuals or society. In the modern world, the role and importance of restorative justice is increasingly growing. Over the past few years, international organizations such as the United Nations, the Council of Europe and the European Union have firmly recognized the potential of restorative justice and called on their Member States to introduce restorative processes and further expand their application. Georgia's Juvenile Justice Code was the first to introduce the concept of restorative justice in the legislature of Georgia and thus reinforced the view that despite the passive role of the victim, the peaceful settlement of the conflict between the offender and the victim outside the criminal court and the reparation of the damage (or loss) have long played an important role in the criminal political discussions regarding the attempts to reconcile the parties, which is followed by the avoidance of a punishment – a special legal consequence of the sentence.

The issues discussed in the present paper – the basics of restorative justice; the role of the mediation court in the peaceful settlement of conflicts in the old customary law of Georgia; the programs that have influenced the development of restorative justice and that from today's perspective are considered to be very important for its further development, and application of restorative processes – will help us to understand what factors influenced the shift from restorative justice to other concepts of justice and why we may have a desire to return to this model.

Keywords: restorative justice, diversion, mediation, restitution, victim, offender, damage.

1. Introduction

The principles of humanism and protection of human rights and freedoms are main issues of criminal law and criminal process. In this regard, they are gradually improving and developing. Recently, both the society and the relevant state structures have gradually come to the conclusion that punitive justice should be restricted within a legitimate framework. This is confirmed by the fact that through the legislative regulation of the institutions of diversion and mediation, the Criminal Procedure Code of Georgia (hereinafter – the CPCG) and the Juvenile Justice Code of Georgia (hereinafter – JJCG) have implemented restorative justice – an alternative way of criminal prosecution. Currently, restorative justice is already an important part of the criminal proceeding. It seeks to integrate all three elements of juvenile justice – the offender, the victim and the community.¹ Over the last thirty years principles and practices of restorative justice have become very popular in justice systems around the world. It is worth noting that the theories of restorative justice have influenced juvenile justice systems in Australia, Canada, Hong Kong, Israel, South Africa and most part of Western Europe.²

* PhD student, Invited Lecturer, Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University; Judge at Tbilisi City Court.

¹ *Shahovich N. V., Doek I. E., Zermaten Zh.*, Child Rights in International Law, Tbilisi, 2012, 348 (in Georgian).

² see *Mulligan S.*, From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 139.

The history of modern criminal mediation in Georgia dates back to 2010 and is connected with the introduction of the Juvenile Diversion and Mediation Program based on the amendments made to the CPCG³. “On the one hand, the new program diverts juveniles from the criminal justice and punishment and on the other hand it helps to restore justice, prevent recidivism and promotes the development of the adolescent as a law-abiding person.”⁴ According to international standards and approaches, the starting point of the diversion and mediation program is to divert juveniles from the formal justice system and create an environment that will help prevention of the recurrence of a crime by juveniles.⁵

It should be noted that by amendment made to the CPCG on June 21, 2011 the legislator further opened the door to non-traditional methods⁶ of intervention in criminal cases and by introducing Articles 168¹ and 168² in the CPCG, adults were also given the opportunity to be diverted from criminal liability in the case of less serious and serious crimes.

In Georgia a new stage in the development of restorative justice began in 2018-2019. In particular, a criminal mediation program for accused was launched in a pilot mode. After the enactment of these regulations, mediation represents an independent mechanism in Georgia and is applied independently of the diversion program as a victim service and/or an accused resocialization and realization program.⁷

Restorative justice represents a movement for justice, which provides an opportunity to restore the original situation with the involvement of the parties and the society; to seek the way that will help not only a damage to be compensated but also will encourage social reintegration of the offender and reduce punishment – a criminal coercive measure. Restorative justice is needed not because traditional justice should be abolished, but because in a particular situation and in the absence of public interest to resolve the problem through face-to-face meetings and negotiations between two individuals – victim and accused – and when both parties achieve the desired result not by applying punishment, which is the most severe measure of state coercion, but by compensating for material and moral damage.

The purpose of the paper is to study the concept of restorative justice and, in general, its historical origin and development based on the analysis of the literature regarding this institution. Earlier practices and methods of restorative justice may provide some guidance for the development of future models. Reviewing the history of restorative justice will also help us to identify the factors that encouraged the shift from restorative justice to other concepts of justice and why we may want to return to this model.

³ The Law of Georgia on Amendments to the Criminal Procedure Code of Georgia, №3616, Legislative Herald of Georgia, 24.09.2010.

⁴ *Shalikhshvili M.*, Criminal, Criminological and Psychological Aspects of the Juvenile Diversion and Mediation Program, Tbilisi, 2013, 4 (In Georgian).

⁵ *Javakhishvili L.*, Review of the Juvenile Diversion and Mediation Program, Journal of Alternative Dispute Resolution - Yearbook, *Burduli I. (ed.)*, Tbilisi, 2016, 179 (In Georgian).

⁶ *Tumanishvili G.*, Restorative Justice and its Development Perspective in Georgia. Proceedings of the Scientific Symposium on Criminal Science: The Science of Criminal Law in the Development of a Common European Framework, Tbilisi, 2013, 260 (In Georgian).

⁷ *Ertsni I., Javakhishvili J., Javakhishvili L.*, Textbook of Restorative Justice for University and Vocational Education, Tbilisi, 2020, 123 (In Georgian).

2. Origins of Restorative Justice

Restorative justice is considered as a movement for restoring justice that complements the formal form of justice, engages the parties and the community themselves in eliminating the consequences of crime, promotes the social reintegration of the offender, and reduces application of criminal punishment. As criminologist John Braithwaite states “restorative justice has been the dominant model of criminal justice throughout most of human history for all the world’s people”.⁸ Therefore, a historical perspective represents a discussion of the events that led to a re-emergence of restorative principles. The roots of the concepts of restorative justice are originated from both Western and non-Western traditions. Therefore, returning to the restorative model of justice might be perceived as returning to the roots of justice and not as “all healing medicine for sick system”⁹ of a modern era.

There are two narratives regarding the history of development of restorative justice that compete with each other: supporters of the the first narrative describe restorative justice as a relatively recent approach to the criminal justice, which started in the North American continent in the 1970s and has become an international phenomenon since then. According to this opinion, the restorative justice is perceived as a new and innovative system that, for the last three decades, has managed to influence the juvenile justice systems on the global level; According to the second narrative, the restorative justice is not something new and unusual and like the human community, it is the old archetype of justice. As Mulligan notes, “throughout most of human history it has been the most ancient and prevalent approach in the world to resolve harm and conflict.”¹⁰ Resolving a conflict has always been an important component of a society, starting from the problems in the hunter-gathering community, which already used elementary forms of farming and were also engaged in fishing.¹¹

Mulligan provides the explanation by Elmar G. M. Weitekamp saying that in early societies nomadic tribes responded to inter-clan transgressions through a form of restorative justice called “restitution negotiations.”¹² Howard Zehr notes that in communal society crime was considered as interpersonal relationship. The crime was most often meant to be a conflict between two people or making damage. In case of damage, obligations for compensating it occurred – the latter was the most common method of restoring justice. The offenders and victims, as well as their relatives and communities played an important role in this process.¹³

⁸ Llewellyn J. J., Howse R., “Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 5, cited: Braithwaite J., Restorative Justice: Assessing an Immodest Theory and a Pessimistic Theory. Review Essay Prepared for University of Toronto Law Course, Restorative Justice: Theory and Practice in Criminal Law and Business Regulation, 1997. The paper is also available at World Wide Web, Australian Institute of Criminology Home Page, 3 <<http://www.aic.gov.au>> [21.06.2021].

⁹ Ibid.

¹⁰ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 142, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

¹¹ Ertsen I., McKay R., Pelikan K., Willemsens D., Wright M., Reconstruction of Relations in a Community – Mediation and Restorative Justice in Europe, №2, Kiev, 2007, 79 (in Russian).

¹² Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 142, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

¹³ Zehr H., Restorative Justice: A New Look at Crime and Punishment, Judicial and Legal Reform, Moscow, 2002, 48 (in Russian).

In case the members of another clan were engaged in thievery or murder, the elders of the clan organized negotiations between the clans, which resulted in some form of compensation to the affected party. In this way Blood Revenge and other violent actions were avoided. Weitekamp concludes that restitution “was probably the most common form of resolving a conflict in acephalous societies.”¹⁴ H. Zehr explains that reconciliation following the conflict resolution was carried out in the framework of the family and community; elders of the Church and community also played the leading role in resolving conflicts and they were responsible for all entries related of the reached agreement. The execution of justice, first of all, was based on mediation and negotiations and not the use of laws and making the decisions compulsory.¹⁵

We should also take into consideration the fact that justice in communal society had serious shortcomings. The methods for determining the guilt in arguable affairs were willful, inaccurate and did not provide any guarantee for justice. This form of justice was the most successful in resolving disputes between persons at the same stage of hierarchy. In other cases, the communal justice could have been disobedient and severe.¹⁶ Communal justice was also a heavy burden for the victim, as investigation of the case depends on the initiative and material means of the latter. In spite of this, in communal justice conflicts were regulated by negotiations and compensation – maintaining relations and reconciliation took the first place in communal justice.¹⁷

The details of restorative justice’s implementation in the justice systems of the early societies is documented in a number of other historical sources, many of which indicate that punishment’, in today’s sense, was the exception rather than the norm¹⁸ When talking about the historical origins of restorative justice, scholars often cite codes from ancient societies to support their claims. In their book *Restorative Justice*, Van Ness and Strong provide a few examples from ancient Babylonian codes. including the Code of Hammurabi (C.1700 B.C.E.).¹⁹ The Code of Hammurabi is one of the first examples of a written legal document that shared the practice of individual compensation. On several occasions, this served as a substitute for the death penalty.²⁰ In addition, it prescribed restitution for property offenses.²¹ Other

¹⁴ Mulligan S., *From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice*, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

¹⁵ Zehr, H., *Restorative Justice: A New Look at Crime and Punishment, Judicial and Legal Reform*, Moscow, 2002, 48.

¹⁶ Ibid, 51.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Gavrielides T., *Restorative Practices: From The Early Societies To The 1970s*, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 8, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d13630.pdf> [21.06.2021].

¹⁹ Mulligan S., *From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice*, , University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021], Cited Van Ness D., Strong K. H., *Strong Restoring Justice*, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.

²⁰ Gavrielides T., *Restorative Practices: From The Early Societies to the 1970s*, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d13630.pdf> [21.06.2021], cited from: Gillin J. L., *Criminology and Penology*, New York: Appleton-Century, 1935.

²¹ Mulligan S., *From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice*, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021], cited from: Van Ness D., Strong K. H., *Strong Restoring Justice*, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.

ancient Middle Eastern codes required restitution even in the case of violent crimes. The Sumerian Code of Ur -Nammu (C.2050 B.C.E.), dictates: "If a man knocks out the eye of another man, he shall weigh out 1/2 a mina of silver."²² In addition, in the Iliad (Book IX) Homer mentions a case in which Ajax criticized Achilles for not accepting Agamemnon's offer of compensating the damage. Ajax pointed out to Achilles that even a brother's death may be compensated by the payment of money. The two segments needed for the enactment of the criminal norm and the fulfillment of the goals – guilt and punishment – were originally related to payment, i.e. compensation for damages. It is worth noting that the word 'punishment' derives from the Greek word *pune* (ποινή), which means an exchange of money for harm done, while the word 'guilt' may derive from the Anglo-Saxon word 'geldam', which means payment.²³ Based on the ancient Hebrew Law, Van Ness & Strong argue that "shillum", "the Hebrew word for "restitution", comes from the same root as "shalom" which translates as "peace". According to the authors, this linguistic link supports the notion that the aim of ancient Hebrew justice was to restore peace by restoring wholeness.²⁴

Howard Zehr also agrees with the above view and notes that "shalom" is a core concept which is essential for understanding the biblical notions of law and justice. The traditional translation of the word "Shalom" is peace. This is only one meaning of this concept and does not include all the richness of its meanings in the ancient Hebrew language. " Shalom" means order, a state when there is harmony everywhere.²⁵ Based on the views of Perry Yoder and other Mennonite theologians, Howard Zehr describes the three dimensions of Shalom, which include: 1. material or physical well-being; 2. right relationships with other people and with God; and 3. moral or ethical "straightforwardness," referring to both honesty in dealing with others and moral integrity or a condition of being without guilt or fault.²⁶

Based on these meanings, Howard Zehr concludes that "Shalom" is peace, prosperity, which refers to material conditions of human life, the sphere of social and political relations between individuals.²⁷ The author thinks that the word for paying back (shillum) and recompense (shillem) have the same root word as shalom. Compensation was an attempt to

²² Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021], cited from: Van Ness D., Strong K. H., Strong Restoring Justice, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.

²³ Gavrielides T., Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d136-30.pdf> [21.06.2021], cited from: Braithwaite J., Restorative Justice & Responsive Regulation Oxford: Oxford University Press.

²⁴ Mulligan S., From Retribution to Repair: Juvenile Justice and the History of Restorative Justice, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 143, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021], cited: Van Ness D., Strong K. H., Strong Restoring Justice, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.

²⁵ Zehr H., Restorative Justice: A New Look at Crime and Punishment, Judicial and Legal Reform, Moscow, 2002, 64-65.

²⁶ Wides Saade M., Social Work Values and Restorative Justice, Book: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 216.

²⁷ Zehr H., Restorative Justice: A New Look at Crime and Punishment, Judicial and Legal Reform, Moscow, 2002, 64-65 (in Russian).

restore order. "Compensation" was sometimes translated as "reward" and meant satisfaction rather than revenge.²⁸

In the same paper Howard Zehr refers to the phrase "eye for an eye" mentioned in the Old Testament for several times, which expresses the essence of Biblical law. The phrase "eye for an eye" meant a certain restriction and did not represent a call for punishment. The German theologian Martin Buber translated this phrase as "eye for eye and tooth for tooth", which, as Zehr thinks means to bring peace through compensation and aims at maintaining the balance of power between different groups.²⁹ Herman Bianchi particularly emphasizes the fact that neither Roman nor Greek languages had a word for crime or punishment. The most widespread anachronism regarding the concepts of justice is probably application of the Bible and Jewish law to justify the punishment. For this purpose, the phrase "eye for an eye" is constantly used in the Old Testament. Many believe that the theme of the Old Testament and the Hebrew justice is mainly devoted to punishment, which has served as a strong argument in shaping the existing system of punishment, although the use of the Old Testament as such an argument is related with serious problems. When referring to Zehr's ideas, Bianchi notes that the phrase "eye for an eye", which is considered to express the basic essence of justice in the Old Testament, is mentioned for just three or four times in the text. In addition, not the frequency with which the phrase is used, but its misinterpretation is the most serious problem here. In Zehr's opinion, the interpretation of the phrase "eye for an eye" as a demand for retribution is "oversimplification." Bianchi is much stronger in his censure. "We are here concerned with a gross example of intentional "error" in the translation of a Biblical text." As he explains, "nearly all passages in the Old Testament where English and European translations use such terms as retribution, retaliation, Vergeltung (German), and vergelding (Dutch), we find in the Hebrew text the root sh-l-m, well known as shalom, signifying "peace"." In fact, as he notes, not only is retribution not intended it is specifically forbidden as the bible commands "Don't retaliate, for mine is the peace, says the Lord." When tribes presented the constituent elements of society as was the case in the time of the Old Testament, sacrificing a member of the perpetrator's tribe in compensation for the loss of the victim from her tribe was possible for restoring social equality. Therefore, the focus was compensation, re-establishing the balance disturbed by the loss of a member of the tribe. The idea of shalom – restoration and not retribution – was central to the concept of justice in the Old Testament. "Restitution and restoration of relations overshadowed punishment as a theme because the goal was restoration to right relationships."³⁰

From historical perspective, for supporting their claims regarding restitution Van Ness and Strong cite European sources. For example, the Roman Law of the Twelve Boards (449 BCE) required thieves to pay compensation for stolen property and it also included restitution as an alternative punishment to certain physical offenses; Under the laws of the early Germanic tribes, restitution was allowed for a wide range of crimes, including murder; while

²⁸ Zehr H., *Restorative Justice: A New Look at Crime and Punishment*, Judicial and Legal Reform, Moscow, 2002, 64-65 (in Russian).

²⁹ Llewellyn J. J., Howse R., *Restorative Justice" - a Conceptual Framework*, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 6, cited from: Zehr H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Waterloo: Herald Press, 1990, 106.

³⁰ Ibid.

the Laws of Ethelbert, a seventh century collection of English laws, included a detailed compensation plans for the physical harm caused to the victim. Even Anglo Saxon law was based on the principles of restorative justice.³¹

Numerous historical sources on restitution indicate that “this concept was used for both property and personal crimes”.³² Ian Drapkin argued that restitution was practiced in almost all ancient societies, including both property offences and “crimes against persons”.³³ In addition, according to Stanley Diamond's research on the sanctions imposed for murder, monetary restitution was an accepted form of punishment throughout the whole Western world.³⁴

The period before the development of the centralized, or so-called public justice is often referred to as the period of private justice. However, such a term may be source of some misunderstanding. The image of private justice often includes personal revenge and a violent response to any harm. However, this does not provide a balanced portrayal of the operation of justice before state involvement. On the contrary, “the administration of justice was primarily a mediating and negotiating process rather than a process of applying rules and imposing decisions.” Zehr suggests that “community justice” is a more appropriate term to describe this early period as disputes were connected to community and were resolved by the community. Community justice “...recognized that harm had been done to people, that the people involved had to be central to a resolution, and that reparation of harm was critical. Community justice placed a high premium on maintaining relationships, on reconciliation.”³⁵ Van Ness and Strong consider that “...goal of the justice process was to make things right by repairing the damage to those parties, whether the damage was physical, financial or relational.”³⁶ Hoebel compares the work of primitive law with the work of a doctor – just as doctors are responsible for maintaining the balance of human health, law keep is responsible for the social body in good health by “bringing the relations of the disputants back into balance.”³⁷

³¹ Mulligan S., *From Retribution to Repair: Juvenile Justice and The History of Restorative Justice*, University of La Verne Law Review, Ontario, 2009, 144, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].

³² Gavrielides T., *Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s*, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d136-30.pdf> [21.06.2021], cited from: Weitekamp E., *The History of Restorative Justice*, in: Walgrave L., Bazemore G. (eds.), *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, Monsey: Criminal Justice Press, 1999.

³³ Gavrielides T., *Restorative Practices: From the Early Societies to the 1970s*, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c703d1363-0.pdf> [21.06.2021], cited from: Drapkin I., *Crime and Punishment in the Ancient World*, Lexington, MA: Lexington Books, 1989.

³⁴ Ibid.

³⁵ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 7, cited from: Zehr H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Waterloo: Herald Press, 1990, 100.

³⁶ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 7, cited from: Van Ness D.W., Strong K.H., *Strong Restoring Justice*, Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997, 6.

³⁷ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative justice” a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 8, cited from: Hoebel E. A., *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, New York: Atheneum, 1973, 279.

According to Bianchi, it is necessary to reach some agreement on the issue that the shift from community justice to what we know today as public, state centered, retributive justice began in the 11th and 12th centuries. However, in the following centuries, "...the old systems of conflict resolution, repair, and dispute settlement survived, openly or covertly, in many countries."³⁸

There is a common opinion in the literature that restorative practice in Europe started to deteriorate during the Middle Ages and that major changes took place in the 9th century.³⁹ It is also believed that restorative justice's erosion as a formal paradigm for "criminal justice systems" was complete by the end of the 12th century.⁴⁰

Most historians claim that between 1100 to 1500 AD Anglo-Saxon monarchs and Germanic rulers gradually made the administration of justice a profitable institution by taking away victims' rights to compensation, and by imposing fines that were payable to the State.⁴¹

It took quite a long time, until the 19th century, before a new model of justice gained dominance. Whatever other factors may have prompted this change, it is obvious that, at least partly, it was motivated by the desire for gaining political power both in the secular and religious spheres.⁴²

Legal Historian Harold Berman claims that this change led to a "legal revolution." This revolution resulted in a new conceptualization of the nature of disputes. The role of the courts changed and their task was no longer to act as a mediator between the parties to the dispute. The courts have now assumed the role of defending the crown. They began to play an active role in prosecution, taking ownership over those cases in which the state acted as a victim.⁴³

Nowadays, state prosecutors, defendants and their attorneys have the right to participate in criminal proceedings. The affected party is removed from the main scene. The government no longer cares about the victim, punishes the offender and fines him in favor of the state budget. According to Loren Walker, as a result of such a change the sense of personal accountability to the victims of crime in the offenders has disappeared, as this feeling has been replaced by care to escape the punishment imposed by the authorities.⁴⁴

It is obvious that forgiveness, restitution, the restoration of the pre-conflict relations are key segments of the restorative justice process. The origins of such methods of conflict resolution are to be found not only in pre-Christian laws but also in the Old Testament and

³⁸ Llewellyn J. J., Howse R., „Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 8, cited from: Bianchi H., Justice as Sanctuary: Toward a System of Crime Control Bloomington: Indiana University Press, 1994, 15-16.

³⁹ Gavrielides T., Restorative Practices: From The Early Societies To The 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 7, <https://docs.wixstatic.com/ugd/b93dd4_b68b3e905ddb480695a6a7c70-3d13630.pdf> [21.06.2021].

⁴⁰ Ibid, 9.

⁴¹ Ibid.

⁴² Llewellyn J. J., Howse R., Restorative justice a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 9, cited from: Zehr H., Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice, Waterloo: Herald Press, 1990, 106.

⁴³ Llewellyn J. J., Howse R., Restorative Justice” - a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 9, cited from: Berman H. J., Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983.

⁴⁴ Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, Book: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 5.

Sumerian sources. Unfortunately, we do not know how effective the settlement of the conflict in this early society was compared to traditional, punitive justice. However, it should be also paid attention that neither the dominant role of the state nor the complete ignoring of personal interests in sentencing turned out to be good for the society and has become a global problem. The need for seeking a new, alternative form has occurred. The new approaches to criminal justice formed on the North American continent in the 1970s, which seemed to push us toward an innovative system of restorative justice, have in fact brought us back to the roots of justice that were considered to be the oldest and most common approach to conflict resolution throughout most of human existence. "Restorative justice remains a promising but marginal phenomenon in criminal law that is still in search of 'fundamental principles'".⁴⁵

3. Rules for the Peaceful Settlement of Conflict and Reconciliation in Old Georgian Law

Ancient institutions of restorative justice also existed in Georgia a long time ago. Mediation court was an integral part of the legal culture in the early period of development of society. It was applied through intermediaries for compensation of the damage and reconciliation between parties. "When judging the case through intermediaries, the parties would nominate their judges and the latter would decide the case."⁴⁶ "As Mikheil Kekelia observes, the word 'mediato' did not exist in Georgian reality until the beginning of the 19th century. The word is only used since 1802."⁴⁷

In the "Hsjuli" (legal act) compiled at the beginning of the 19th century in the times of Georgian kings, both 'Bche' (judge) and 'Mediator' are mentioned; According to this document, "decision of the secretaries, Bches and judges appointed locally" is final and does not require the approval of the king.⁴⁸ Mediation court was set up for the ruling class, while a court under the control of the Mouravi and the landlord served as judge for serfs deprived of liberty."⁴⁹

It is obvious that the parties applied to the mediation court to avoid retaliation and reach the agreement through the means prescribed by customary law – the imposition of compensation. G. Davitashvili points out that "in fact, representation of the institute of mediators in "Georgian customary law", a document created at the beginning of the 19th century, gives a reflection of the situation at that time. Article 60 of this document says: "Two litigants in Georgia do not choose Bche on a written basis. These two litigants, whoever they are, on the basis of mutual agreement elect two, three or even six Bche, but not more than that. Either by the order of the king, or of the official of the place they were from, would be the dispute resolved; the verdict of decision would be written for both parties."⁵⁰

I.Surguladze notes: the main characteristic of a mediator and a Bche should be the fact that they are voluntarily addressed by the parties. References to cases selected by judges

⁴⁵ London R., *A New Paradigm Arises in: A Restorative Justice Reader*, Johnstone G. (ed.), 2nd ed., London and New York, 2013, 10.

⁴⁶ Surguladze I., *For the History of the State and Law of Georgia*, Tbilisi, 1952, 347 (in Georgian).

⁴⁷ Davitashvili G., *Judicial Organization and Process in Georgian Customary Law*, Tbilisi, 2004, 5 (in Georgian).

⁴⁸ Surguladze I., *For the History of the State and Law of Georgia*, Tbilisi, 1952, 351 (in Georgian).

⁴⁹ Ibid, 356.

⁵⁰ Davitashvili G., *Judicial Organization and Process in Georgian Customary Law*, Tbilisi, 2004, 13.

elected by the parties can be found in various sources. There are various sources that provide evidence about the cases judged by the judges elected by the parties. According to I. Surguladze, in this regard, the deed of 1789 is interesting in many ways as the document shows that the parties had first applied to the king's court but could not finish the case, probably because one of the parties did not recognize the court's decision. They afterwards applied to the Queen for the mediation justice and received the Queen's approval.⁵¹ This case clearly shows that the parties required their dispute to be resolved by mediators on their own initiative; the Queen gave her approval and handed the case over to the mediators to be peacefully resolved.

Historically, as we have already noted at the beginning of our paper, the main goal of restorative justice is to "treat" both sides of the conflict and "heal their wounds." In this case, the state body could not manage to resolve the dispute while the individuals elected by the parties were able to reach a compromise through negotiations, and both parties agreed with that decision. According to that source, it becomes clear that alternative methods for dispute resolution were used as early as the end of the 18th century.

This is not the only case described in the monuments of Georgian law. There are a number of other facts when with the participation of mediators the dispute ended in an agreement, even in the case of a serious crime. The customs of Svaneti and Khevsureti attract special attention in this regard.

In his work "Crime and Punishment in Georgian Customary Law" G. Davitashvili often applies to the decisions related to the reconciliation and forgiveness among parties. In particular, while discussing the cases of reconciliation between parties in Georgian law, the author points out that a number of Khevsurian informants note that in determining the sentence it did not matter whether the murder took place intentionally or unintentionally, although they indicated that in the latter case reconciliation was easier. Reconciliation in Khevsureti did not imply full forgiveness and release of the offender by the victim. First and foremost reconciliation meant that the victim agreed not to seek revenge and to receive compensation for a definite crime in return. The payment of the compensation would be followed by a reconciliation ceremony between the parties.⁵²

"Rjuli people' were actively involved in the execution of the sentence. Upon getting approval of both parties, they go to the party to whom the payment is due, receive a 'drama'⁵³ from him and take it to the victim."⁵⁴

G. Davitashvili notes that in case of an unintentional crime (including murder) in Svaneti, like in Khevsureti, it was relatively easy to persuade the victim's family to refuse revenge and to agree to reconciliation on the basis of the sentence passed by mediator judges (Morves). For final reconciliation, it was necessary for the offender to pay the victim the compensation imposed by the Morves. In Svaneti, in case of unintentional murder, the community of the gorge, or the community and village, was more actively involved in the

⁵¹ *Davitashvili G.*, *Judicial Organization and Process in Georgian Customary Law*, Tbilisi, 2004, 13.

⁵² *Davitashvili G.*, *Crime and Punishment in Georgian Customary Law*, Tbilisi, 2004, 111-113 (in Georgian).

⁵³ The Names of the Unit of Money and Weight in the old Georgian Law, in *Davitashvili G.*, *Mediatory Court or "Rjuli" in Khevsureti*, Tbilisi, 2001, 72 (in Georgian).

⁵⁴ *Davitashvili G.*, *Mediatory Court or "Rjuli" in Khevsureti*, Tbilisi, 2001, 73. Cited from: *Kekelia M.*, *Materials on Costomary Justice in Khevsureti*, Ethnographic Notebook, №2, Tbilisi, 1977, 66 (in Georgian).

reconciliation process, as in such case there was less need to keep away from the family of the murdered person. Obviously, when murder took place intentionally, the community would refrain from participating in the reconciliation process and would keep away from the family of the murdered person. As A. Davitiani notes, Khevi (community) "would never allow the family of the murdered one to take the blood revenge for an unintentional murder, run directly after the murderer and kill him or any of his family members." Informator from Kala is much more categorical: "unintentional murder always ends in an agreement, in case of intentional murder it is much difficult to reach an agreement, which is preceded by a great mediation."⁵⁵ As soon as the mediators completed their secret meeting, they had a mutually agreed verdict. In most cases, the announcement of the verdict and reconciliation of the the parties took place at the same time. The verdict was announced in the family of the offender where dinner was prepared with the purpose to reconcile the parties. Here the victim was given the prescribed amount of money and gifts.⁵⁶ The judgment of the mediatory court is obligatory to be enforced, the Svanetian custom does not recognize facultative nature of the decision and this rule is still preserved.⁵⁷

It should be noted that the similar situation is observed in Adjara. In Adjara, too, reconciliation was easier in case of unintentional murder; and, as informers point out, blood revenge was not taken (unlike in case of intentional murder). Both in Khevi and Pshavi reconciliation was also easier in case of involuntary murder or wounding.⁵⁸

The above examples show that in Georgia, especially in the mountainous regions, it was not a priority to punish the offender and impose corporal or other kind of punishment over him, but mediators focused on reconciliation and restoration of the original relations even in the case of the crimes such as involuntary murder. It is clear that reconciliation was easier during involuntary murder, but, according to the references, there were cases of reconciliation even in case of voluntary murder. It is noteworthy that the restitution for murder was justified not only under Georgian customary law, but throughout the Western world (including ancient Greece). The administration of justice took place, first of all, through mediation and negotiations. Justice was carried out through mediators and negotiations.

Although the role of mediator in the restorative justice process is to facilitate reconciliation rather than coercion, Georgian historical reality shows that in the case of an unintentional crime, sometimes coercive reconciliation also took place through community intervention.⁵⁹

The reconciliation process in Georgian customary law usually emphasizes the active participation of the offender, the victim and the community, the identification of facts and the analysis of the information provided by the people involved in the process. The person causing the damage takes responsibility for the crime committed by him and pays

⁵⁵ *Davitashvili G.*, *Crime and Punishment in Georgian Customary Law*, Tbilisi, 2011, 115-116 (in Georgian).

⁵⁶ *Davitashvili G.*, *Mediatory Court in Svaneti*, Tbilisi, 2002, 100-111 (in Georgian).

⁵⁷ *Oniani S.*, *Davitashvili G.*, *The Impact of Customary Law on Modern Balszemo Svaneti*, Tbilisi, 2016, 34 (in Georgian).

⁵⁸ *Davitashvili G.*, *Crime and Punishment in Georgian Customary Law*, Tbilisi, 2011, 118 (in Georgian).

⁵⁹ For more details see monographs by *Davitashvili G.*, *Crime and Punishment in Georgian Customary Law*, Tbilisi 2011 (in Georgian); *Judicial Organization and Process in Georgian Customary Law*, Tbilisi, 2004 (in Georgian); *Mediatory Court in Svaneti*, Tbilisi, 2002 (in Georgian); *Mediatory Court or "Rjuli" in Khevsureti*, Tbilisi, 2001 (in Georgian).

compensation for the damage caused to the victim. This, in turn, allows for repentance, forgiveness and reintegration, which represents the ultimate goal of restorative justice. Moreover, the most important fact is that Svanetian customary justice is still alive today, in the 21st century and though partly transformed it still continues to exist. This is evidenced by a survey of a number of respondents by Sulkhan Oniani and Giorgi Davitashvili during the field ethnographic expedition on June 20-30, 2015. Moreover, as the researchers note, the majority of the respondents themselves participating in the survey "are mediator-judges of the customary law."⁶⁰

4. Restorative Justice Development Programs

From the standpoint of the research topic, it is interesting to talk about the narrative of the restorative justice development, whose history covers only a few decades, still actively continues to expand its borders and whose supporters have contributed to the restoration and development of this institution. The strengthening of the state institutions and the pace of globalization have influenced the transformation of restorative justice programs. Restorative justice focused on individuals and societies to find out what they wanted. The experiments carried out in the 1970s showed that modern restorative justice emerged when those who committed offences were brought face-to-face with the people, who were harmed as a result of the offence. They discussed the accountability arising as a result of crime; talked about how people were harmed, and how that harm could be remedied.⁶¹ Rosner and Klaus pointed out that by involving a neutral third party in the overall negotiation the accused and the victim should be able to talk to each other about what has happened. Both the pain of the victim and the consciousness of the offender should be taken into consideration in this case. Intangible compensation in the form of an apology by offender often facilitates further actions to be implemented by the parties to the negotiation. Paying compensation for the material damage caused by the crime can also play an important role in reaching an agreement.⁶² Such an approach to crime is radically different from the criminal justice system, whose main purpose is to identify and punish the offender.

In our opinion, it is also important to discuss the history of the origin of the term "restorative justice". Generally, it is believed that the term was first used by Albert Eglash in 1977 in his paper "Beyond Restitution: Creative Restitution";⁶³ however, it should be also noted that this term was used by Albert Eglash about 20 years earlier. In 2005 Ann Skelton traced Eglash's source for the restorative justice to a 1955 book *The Biblical Doctrine of Justice and Law*.⁶⁴ The section of this book, which addresses the connection between justice and love

⁶⁰ Oniani S., Davitashvili G., *The Impact of Customary Law on Modern Balszemo Svaneti*, Tbilisi, 2016, 8 (in Georgian).

⁶¹ Walker L., *Restorative Justice Definition and Purpose*, ზღბძი: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 4-5.

⁶² Kaspar J., *Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht*, München, 2004, 3.

⁶³ Eglash A., *Creative Restitution*, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 48, No. 6, Northwestern University Pritzker School of Law, 1958, 619-620.

⁶⁴ Ness D.W., Strong K.H., *Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice*, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 22.

says: "...Restorative justice alone can do what law as such can never do: it can heal the fundamental wound from which all mankind suffers and which turns the best human justice constantly into injustice, the wound of sin. Distributive justice can never take us beyond the norm of reparation; commutative justice can provide only due compensation; retributive justice has no means of repairing the damage save by punishment and expiation. Restorative justice, as it is revealed in the Bible, alone has positive power for overcoming sin."⁶⁵ Creative Restitution: Its Roots in Psychology, Religion, and Law by Albert Eglash published in 1955 is also worth to mention. According to the author, creative restitution represents one of the methods of re-socialization in the field of penology, which will affect the offenders. He concludes that justice has a restorative element. Restorative justice can bring about the result that the law can never achieve – it can heal the deepest wound and overcome sin; In case of restitution, with our help the offender should be able to compensate for the damage done to the victim.⁶⁶ In Eglash's opinion, the offenders themselves and their relatives also represent the victims of the crime as they also have "wounds to be healed". According to Eglash, the group of people affected by the crime includes those who were directly harmed, the relatives of the victim, as well as the offender and his relatives. Restorative justice provides a possibility for the latter to take responsibility for what they have done and heal wounds.⁶⁷

At first Albert Eglash considered that "restorative justice and restitution, like its two alternatives, punishment and treatment, is concerned primarily with offenders. Any benefit to victims is a bonus, gravy, but not the meat and potatoes of the process."⁶⁸ Later, with the development of restorative justice, the idea that caring for the victims represents a central issue of this movement has also become acceptable.⁶⁹

Lauren Walker states that the contribution of H. Zehr in the development of restorative justice around the world is the greatest. In his work Restorative Justice, Zehr defines restorative justice as follows: "Crime harms people and relationships. In search of solutions that promote rebuilding of relations, reconciliation and building a sense of self-confidence, restorative justice creates an obligation for everything to be rectified; the victim, the offender and the community are involved in the justice process."⁷⁰ Marshall described it as a process whereby all the parties with a stake in a particular offense come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offense and its implications for the future. The author believes that although this definition can be further extended in many ways, even this one is quite sufficient for its functioning.⁷¹ Martin Wright claimed that in case of the new

⁶⁵ Eglash A., Creative Restitution, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, Vol. 48, No. 6, Northwestern University Pritzker School of Law, 1958, 620.

⁶⁶ *Ibid.* 619-620.

⁶⁷ Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, in a book: Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 5, cited from: Eglash A., Beyond restitution: Creative Restitution, in Ö Hudson J., Galaway B. (eds.), Restitution in Criminal Justice, Lexington, Mass.: D.C. Heath, 1977.

⁶⁸ *Ibid.* 7.

⁶⁹ Walker L., Restorative Justice Definition and Purpose, in a book Restorative Justice Today, Practical Applications, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 7.

⁷⁰ Зер Х., Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание, „Судебно-правовая реформа“, Москва, 2002, 64-65.

⁷¹ Marshall T. F., The Evolution of Restorative Justice in Britain, *Journal: Restorative Justice and Mediation European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996, 38.

model “the response to crime would be, not to add to the harm caused by imposing further harm on the offender, but to do as much as possible to restore the situation. The community offers aid to the victim; the offender is held accountable and required to make reparation. Attention would be given not only to the outcome, but also to evolving a process that respected the feelings and humanity of both the victim and the offender.”⁷² Collaborative and participatory processes are essential for restorative justice. Within the framework of restorative measures “those harmed by the actions of others should be active participants and not passive recipients.”⁷³

The UN plays a key role in developing strategies of criminal justice, international rules, standards and recommendations. According to the UN standards, restorative justice is a way of responding to criminal behaviour by balancing the needs of the community, the victims and the offenders. It is an evolving concept that has given rise to different interpretation in different countries, one around which there is not always a perfect consensus (2006).⁷⁴ In 1999, the Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a recommendation on the use of mediation in penal matters. That same year the European Union (EU) funded creation of the European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice. As a result, the EU adopted legislation to encourage use of restorative justice in its members countries. In 2002, the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) endorsed a Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters, designed not only to encourage the use of restorative justice on the global level, but also to provide guidelines for incorporating restorative approaches into criminal justice without violating the human rights of victims and offenders.⁷⁵

Restorative justice programs are used for solving various criminal situations in different regions of the world. These programs were partly formed under the influence of the traditional culture of the indigenous peoples. Restorative justice programs are concerned with restorative processes and restorative outcomes. Restorative process refers to active involvement of all the persons involved in the crime and active participation of the mediator (fair and impartial third party) in solving the problem. Restorative outcome focuses on fulfilling the agreement reached at the restorative process. In this case the sequential order of specific actions to be taken by the offender is determined, which includes compensation for the damage caused to the victim and promoting the restoration of the offender's reputation in the social environment.

Three main programs have influenced the development of restorative justice:

- The first and most widespread program is Victim – Offender Reconciliation Programs (VORP), also known as Victim-Offender Mediation Program (VOM). The first modern use of

⁷² Van Ness D.W., Strong K.H., *Restoring Justice, An Introduction to Restorative justice*, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 23.

⁷³ Takahashi R., *Restorative Justice Almost 50 Years Later: Japanese American Redress for Exclusion, Restriction, and Incarceration*, 508680: *Restorative Justice Today, Practical Applications*, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), 2013, 227.

⁷⁴ Walker L., *Restorative Justice Definition and Purpose*, in the book: *Restorative Justice Today, Practical Applications*, Van Wormer K.S., Walker L. (eds.), Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 7.

⁷⁵ Van Ness D.W., Strong K.H., *Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice*, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 27.

these meetings, which allowed victims to explain the impact of the crime to the offenders is found in Elmira, Ontario (Canada) in 1974. Howard Zehr, Ron Claassen, and Mark Umbreit were earliest practitioners and writers on mediation in the United States were. Umbreit has published a series of articles and books about mediation between the victim and the offender, explaining and evaluating victim offender mediation, including the use of such programs in cases of violent crime. Zehr and Claassen, who themselves were members of the Mennonite Christian tradition, argued that church-based—or at least, community-based—programs offer greater potential than state-run programs for helping the parties move toward genuine healing. The community base strengthens the vitality of victim-offender mediation, and it is preferable (even though it may include harder work) to organize programs in this way rather than as a part of, or funded by, the criminal justice system.⁷⁶ VORP was first launched in a pilot mode in Norway in 1981; it spread throughout Europe and went beyond its borders.⁷⁷

- Family Group Conferences (FGC) – the second program of restorative justice was established in New Zealand and is based on indigenous Maori traditions. The conference differs from victim and offender mediation in several ways, but one of the most remarkable fact is that more people attend the meetings and in addition to the offender and the victim, family members, supporters, and government officials are also involved.

- Conferences are organized and led by paid social services personnel called Youth Justice Coordinators. Zehr notes that as Family Group Conferences take the place of court, they have to develop the entire plan for the offender that, in addition to reparations, includes elements of prevention and sometimes punishment. Charges may be also negotiated within the framework of this meeting. Interestingly, the plan should be the outcome of the consensus of everyone in the conference. Victim, offender, police (prosecutor) can all block an outcome if they are unsatisfied.⁷⁸

- Sentencing Circles are the third form of restorative meetings. They have first emerged in Canada in the 1980s and were based on the aboriginal understanding of justice of the indigenous peoples living in Canada. Judges, police officers, lawyers, probation officers, victims, offenders, local community members and representatives are allowed to participate in the meetings.⁷⁹ Van Ness and Strong highlighted that circles rejected the monopoly of the professionals, it improved the amount and quality of information available, led to a creative search for new options, promoted a sense of shared responsibility, encouraged the offender to participate, involved the participation of the victim in sentencing and created a constructive environment. Circles allowed everyone to better understand the limitations of the justice system, it extended the focus of the criminal justice system, it helped mobilize community resources, and it helped merge the values of the aborigines with those of the Canadian government.⁸⁰

⁷⁶ Van Ness D.W., Strong K.H., *Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice*, 2010, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 27.

⁷⁷ Ibid, 28.

⁷⁸ Zehr H., *A Little Book on Restorative Justice*, Tbilisi, 2011, 52-54 (in Georgian).

⁷⁹ Ibid, 30.

⁸⁰ Van Ness D.W., Strong K.H., *Restoring Justice, An Introduction to Restorative justice*, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 29.

Restorative justice is becoming one of the most competitive approaches to crime and punitive justice in more and more countries, which is regularly discussed by courts and legislators. As a result, government systems support the development and expansion of restorative justice programs. Legislative changes are being made to make it possible to incorporate restorative justice into legislation.

5. Conclusion

The study has shown that restorative justice has been the oldest and the most common approach to resolving conflicts between victim and offender throughout most of humanity. The roots of restorative concepts of justice go back to both Western and non-Western traditions. Therefore, returning back to the restorative model of justice might be perceived as returning to the roots of justice and not as latest institution of the the modern era. The study of the previous historical events in the development of restorative justice has revealed the stages of development of this phenomenon. It is worth noting that restorative justice is global. It has been influenced by the traditions and customs of peoples around the world, but it has also been introduced into different cultures and legal systems. In fact, one of the most important features of restorative justice is that its foundations were practically simultaneously introduced in different parts of the world. In some cases, a program or a theory began to develop before its direct contact with the ideas of restorative justice. While analyzing the restorative processes and their impact on the criminal justice system, we can conclude that the field of restorative justice is growing rapidly and new concepts are being developed to describe and characterize the field.

Bibliography:

1. Constitution of Georgia, 25/08/1995.
2. Criminal Procedure Code of Georgia, 09/10/2009.
3. Juvenile Justice Code of Georgia, 12/06/2015.
4. *Davitashvili G.*, Judicial Organization and Process in Georgian Customary Law, Tbilisi, 2004, 5, 13 (in Georgian).
5. *Davitashvili G.*, Crime and Punishment in Georgian Customary Law, Tbilisi, 2011, 111-113, 115-116, 118 (in Georgian).
6. *Davitashvili G.*, Mediatory Court or "Rjuli" in Khevsureti, Tbilisi, 2001, 72-73 (in Georgian).
7. *Davitashvili G.*, Mediatory Court in Svaneti, Tbilisi, 2002, 100-111 (in Georgian).
8. *Eglash A.*, Creative Restitution, The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science, Vol. 48, No. 6, Published by: Northwestern University Pritzker School of Law, 1958, 619-620.
9. *Ertsni I., Javakhishvili J., Javakhishvili L.*, Textbook of Restorative Justice for University and Vocational Education, Tbilisi, 2020, 123 (in Georgian).
10. *Ertsen I., McKay R., Pelikan K., Willemsens D., Wright M.*, Reconstruction of Relations in a Community – Mediation and Restorative Justice in Europe, №2, Kiev, 2007, 79 (in Russian).
11. *Gavrielides T.*, Restorative Practices: From The Early Societies to the 1970s, Internet Journal of Criminology, United Kingdom, 2011, 6-8.
12. *Javakhishvili L.*, Review of the Juvenile Diversion and Mediation Program, Journal, Alternative Dispute Resolution – Yearbook, *Burduli I.* (ed.), Tbilisi, 2016, 179 (in Georgian).
13. *Kaspar J.*, Wiedergutmachung und Mediation im Strafrecht, München, 2004, 3.

14. *Llewellyn J. J., Howse R.*, „Restorative Justice” a Conceptual Framework, Prepared for the Law Commission of Canada, 1998, 5-9.
15. *London R.*, A New Paradigm Arises: A Restorative Justice Reader, *Johnstone G. (ed.)*, 2nd ed., London and New York 2013, 10.
16. *Marshall T. F.*, The Evolution of Restorative Justice in Britain, *Restorative Justice and Mediation European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996, 38.
17. *Mulligan S.*, From Retribution to Repair: Juvenile Justice and the History of Restorative Justice, *University of La Verne Law Review, Ontario*, 2009, 139, 142-144, <<https://docplayer.net/60248070-From-retribution-to-repair-juvenile-justice-and-the-history-of-restorative-justice.html>> [21.06.2021].
18. *Oniani S., Davitashvili G.*, The Impact of Customary Law on Modern Balszemo Svaneti, Tbilisi, 2016, 8, 34 (in Georgian).
19. *Shalikashvili M.*, Criminal, Criminological and Psychological Aspects of the Juvenile Diversion and Mediation Program, Tbilisi, 2013, 4 (in Georgian).
20. *Shahovich N. V., Doek I. E., Zermaten Zh.*, Child Rights in International Law, Tbilisi, 2012, 348, (in Georgian).
21. *Surguladze I.*, For the History of the State and Law of Georgia, Tbilisi, 1952, 347, 351, 356 (in Georgian).
22. *Takahashi R.*, Restorative Justice Almost 50 Years Later: Japanese American Redress for Exclusion, Restriction, and Incarceration: Restorative Justice Today, Practical Applications, *Van Wormer K. S., Walker L. (eds.)*, 2013, 227.
23. *Tumanishvili G.*, Restorative Justice and its Development Perspective in Georgia. Proceedings of the Scientific Symposium on Criminal Science: The Science of Criminal Law in the Development of a Common European Framework, Tbilisi, 2013, 260 (in Georgian).
24. *Van Ness D.W., Strong K.H.*, Restoring Justice, An Introduction to Restorative Justice, Matthew Bender & Company, Inc., a Member of the LexisNexis Group, New Providence, NJ, 2010, 4th publishing, 22-23, 26-29.
25. *Walker L.*, Restorative Justice Definition and Purpose: Restorative Justice Today, Practical Applications, *Van Wormer K. S., Walker L. (eds.)*, Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 4-5, 7.
26. *Wides S. M.*, Social Work Values and Restorative Justice, *წიგნები: Restorative Justice Today, Practical Applications*, *Van Wormer K. S., Walker L. (eds.)*, Sage, Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC, 2013, 216.
27. *Zehr H.*, Restorative Justice: A New Look at Crime and Punishment, Judicial and Legal Reform, Moscow, 2002, 48, 51, 64-65 (in Russian).
28. *Zehr H.*, A Little Book on Restorative Justice, Tbilisi, 2011, 30, 52-54 (in Georgian).

პოსტპანდემურ პერიოდში მედიაციის მნიშვნელობა მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებთან არსებულ სასესიო დავებზე საქართველოში

სტატია მიზნად ისახავს განსაზღვროს მედიაციის მექანიზმის ეფექტიანობა მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებთან არსებულ სასესიო დავებთან მიმართებით COVID-19 – ით გამოწვეული პოსტ-პანდემიური მდგომარეობის დროს. მედიაციის გამოყენების პოტენციალური შესაძლებლობა შესაძლოა ჩაითვალოს მსგავსი ტიპის დავაში ჩახტული და პანდემიით დაზარალებული მხარეების უფლებრივი და მატერიალური მდგომარეობის აღდგენისა და გაჯანსაღების საშუალებად.

სტატიაში წახმოდგენილია მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ადგილობრივი საშუალების, ზოგადი მიმოხილვა და საქართველოში მისი დანერგვისა და განვითარებისთვის განხორციელებული მნიშვნელოვანი საკანონმდებლო სიახლეები. კვლევა ასევე ეთმობა ანალიტიკურ მსჯელობას მედიაციის უპირატესობებზე პანდემიის და პოსტ-პანდემიის პირობებში დავის გადაწყვეტის სხვა საშუალებებთან მიმართებით. ნაშრომში ასევე წახმოდგენილია საქართველოს მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების სამართლებრივი სტატუსი შემდგომში მედიაციის პოტენციალში მონაწილე მხარის სტატუსის შესაფასებლად და გამოკვლეულია პოსტ-პანდემიური პირობებში მედიაციის ეფექტურობის საკითხი მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებთან არსებულ სასესიო დავებზე.

კვლევა ხელს შეუწყობს მედიაციის გზით სასესიო დავების გადაწყვეტა აღიარებულ იქნეს პანდემიით დაზარალებული მხარეების ხიური მდგომარეობის გასაუმჯობესებლად და უფლებათა დროული განხორციელების ქმედით საშუალებად.

საკვანძო სიტყვები: გამსესხებელი, დისტანციურად წახმართული მედიაცია, ვადაგადაცდება, მედიაცია, მედიაციის, მიკროსაფინანსო ორგანიზაცია, მსესხებელი, მოხილება, პანდემია, პოსტ-პანდემიური პერიოდი, სასესიო დავები, სესხი.

„მშვიდობა ახ ახის კონფლიქტის აჩახსებობა,
ის მასთან გამკლავების უნახია“
მაკათმა განდი

1. შესავალი

დღევანდელ რეალობაში რთულად წარმოსადგენია ადამიანთა შორის ურთიერთობები კონფლიქტისა და დავის გარეშე. რაც უფრო მეტი ადამიანი მონაწილეობს ურთიერთობაში, მით უფრო მაღალია საპირისპირო აზრის ჩამოყალიბების ალბათობა. აზრთა სხვადასხვაობა, მხარეთა ემოციური მდგომარეობა, განსხვავებული ღირებულებები, საჭიროებები და ინტერესები სწორედ ის ფაქტორებია, რამაც შესაძლოა ადამიანები უთანხმოებად მიიყვანოს.

კონფლიქტში მყოფ მხარეებს შორის წარმოებული მოლაპარაკება განსხვავებული და ურთიერთსაინააღმდეგო პოზიციების კომბინირების პროცესია, დანყებული კომუნიკაციის გზით და დასრულებული ერთობლივი გადაწყვეტილებით.¹

* თბილისის ღია სასწავლო უნივერსიტეტისა და ევროპის უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი, ნიუ ვიჟენ უნივერსიტეტის დოქტორანტი.

კლასიკურად კონფლიქტები გადაიზრდება დავაში, დავათა უმრავლესობა საბოლოოდ თავს იყრის სასამართლოში, რაც პირდაპირ პროპორციულია სასამართლოს გადატვირთულობის. ამ მხრივ მზარდია დავების დესტრუქციული ეფექტიც. კერძოდ, ის დავები, რომელთა გადაწყვეტაც არ ხდება დროში ეფექტიანად, სამომავლოდ შესაძლოა მნიშვნელოვანი დამაბრკოლებელი ფაქტორი გახდეს სახელმწიფოთა დემოკრატიული და ეკონომიკური წინსვლისთვის.²

დღევანდელ დღეს სასამართლოში საქმისწარმოებას და დავების განხილვას, როგორც წესი, გარკვეული წლები სჭირდება. დროში გაჭიანურებულ საქმეებს ასევე ემატება სასამართლო და სხვა მასთან დაკავშირებული ხარჯები. ხანდახან დავის განხილვის პერიოდი იმდენ დროს მოიცავს, რომ არ არის გამორიცხული მხარეებმა დაკარგონ დავის მიმართ არსებული თავდაპირველი იურიდიული ინტერესი. სწორედ ასეთი კონფლიქტების გადაჭრის დროს არის მედიაცია ყველაზე ხელსაყრელი და ეფექტიანი მხარეთათვის.

მედიაცია არის დავის გადაჭრის ალტერნატიული საშუალება, რა დროსაც მხარეებს აქვთ იმის შესაძლებლობა, რომ მედიატორის დახმარებით თავიანთი დავა, თუ კონფლიქტი მოაგვარონ ურთიერთშეთანხმების გზით.³ მედიაციის არჩევით მხარეები თავს არიდებენ, არა მხოლოდ დროში გაწელილ ფორმალურ სასამართლო პროცესებს, არამედ ზოგავენ დროს, ხარჯებს და შედეგად იღებენ მათზე მორგებულ, მათ მიერვე კონტროლირებად და მოქნილ პროცესს.⁴

2. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალების - მედიაციის არსობრივი დახასიათება და ინსტიტუციონალიზაციის ეტაპები

მედიაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდია, რომელიც პრობლემის გადაჭრის და მოლაპარაკების ურყევ პრინციპებთა კონცეფციიდან ჩამოყალიბდა.⁵ მედიაციის პროცესი ნებაყოფლობითია, რომლის დროსაც, დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი პირი – მედიატორი ეხმარება მხარეებს მოაგვარონ ერთმანეთს შორის წამოჭრილი უთანხმოება და დავა დაასრულონ მორიგებით.

მედიაცია არაფორმალური პროცესია, არ არის შებოჭილი მკაცრი პროცედურებით და მხარეებს აძლევს რეალურ საშუალებას მიუთითონ საკუთარ ინტერესებსა და საჭიროებებზე. სწორედ არსებული პროცედურულ-შინაარსობრივი კოტროლით მხარეებს ხელეწიფებათ მიიღონ ორმხრივად სასურველი გადაწყვეტილება. მედიაციის არაფორმალურობა რიგ შემთხვევებში მეტად მისაღებია მოდავე მხარეთათვის, ვიდრე მათი სამართლებრივ ჩარჩოებში მოქცევა და ფორმალური პროცესები.⁶

ჩიხში შესული კონფლიქტიც კი, შესაძლოა გახდეს მოლაპარაკებადი, თუ მედიატორის დახმარებით მხარეებს ექნებათ ერთმანეთის მოსმენის და რეალური ორმხრი-

¹ Zartman W., Negotiation and Conflict Management, Essays on Theory and Practice, Routledge, London, New York, 2008, 7.

² გყმაღაძე ს., მედიაცია საქართველოში ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბ., 2016, 7.

³ Commercial Mediation in the UAE and the Laws Concerning Mediation UAE., 2019, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/counco6&div=24&id=&page=>> [03.09.2021].

⁴ იქვე.

⁵ ფოდბეჩი ჯ., გოდანი დ., წუღაძე ა. (ხედ.), მოლაპარაკება: თეორია, პრაქტიკა და სამართალი, თბ., 2018, 284.

⁶ წუღაძე ა., ქართული სასამართლო მედიაციის შედარებითი ანალიზი, თბ., 2017, 25.

ვი საჭიროებების გააზრების შესაძლებლობა. მეორე მხარის პოზიციების სრული გაცნობიერებით და მის უკან მდგომი ემოციებისა, თუ ცხოვრებისეული საჭიროებების გათვალისწინებით, მხარეებს შეუძლიათ გაიაზრონ ერთმანეთის მდგომარეობა და ყოველგვარი არსებითი ინტერესის დათმობის გარეშე მონახონ ისეთი კეთილგონიერი გამოსავალი, რომელიც ორმხრივ ინტერესებს დააკმაყოფილებს.⁷ სწორედ მედიატორს შეუძლია საკუთარი ჩართულობით გამოავლინოს მხარეთა რეალური საჭიროებები და ინტერესები, რაც ხდება კიდევ მორიგების წინაპირობა.

მედიაციის დროს დავის მიმდინარეობასა და პროცესს თავად მხარეები აკონტროლებენ. დავის სასამართლო წესით განხილვისას კი მხარეები კარგავენ საქმეზე კონტროლს და პროცესის მსვლელობაც შენელებულია. ამას ემატება დამატებითი რისკი იმისა, რომ დავის სამართლებრივი გადაწყვეტის შედეგი შეიძლება არასასურველი იყოს სულ მცირე ერთ-ერთი ან ორივე მხარისთვის. მედიაციის გზით დასრულებული დავა, მისაღებია მასში მონაწილე ყველა მხარისათვის, რამეთუ მათი ნებაყოფლობითი შეთანხმება მორიგების მიმართ სრულ მიმღებლობას განაპირობებს.⁸

მედიატორი სპეციალური ცოდნითა და უნარებით აღჭურვილია პირია, რომელიც მედიაციის წარმოებისათვის აღიარებული მეთოდებით მართავს მხარეთა შორის არსებული მოლაპარაკების პროცესს და ხელს უწყობს მხარეებს გამონახონ ერთმანეთთან შეთანხმების და მიმდინარე დავის გადაწყვეტის საუკეთესო გზა.⁹

მედიატორის მოქმედების ფარგლებთან მიმართებით მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ მედიატორი არ იღებს რაიმე სახის გადაწყვეტილებას და არ სთავაზობს გარკვეულ პირობებსა თუ გამოსავალს მხარეებს, არამედ თანმიმდევრული და აქტიური მოლაპარაკების ხელშეწყობით მხარეები თავად მიჰყავს საერთო, მისაღებ გადაწყვეტილებამდე.¹⁰

მედიაციის საპილოტე პროექტი საქართველოში დაინერგა 2012 წელს და სწორედ ამ პერიოდიდან წარმართებოდა სამედიაციო პროცესები თბილისის საქალაქო სასამართლოს მედიაციის ცენტრში, სასამართლოს მიერ ცენტრისთვის გადაცემულ სამოქალაქო საქმეებზე.¹¹ ამასთან, გარდა თბილისის სამედიაციო ცენტრისა, სასამართლო მედიაციის ცენტრები დღემდე წარმატებით ფუნქციონირებს რუსთავში, მცხეთასა და გორში.

მედიაციის, როგორც დარგის განვითარების მიმართულებით განსაკუთრებით ნაყოფიერი იყო გასული 2 (ორი) წელი, რადგან სწორედ 2019 წელს მიღებულ იქნა საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, რომელიც ამოქმედდა 2020 წლის 1 იანვრიდან.

ზემოაღნიშნული კანონის მე-2 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი იძლევა მედიაციის კანონისმიერ განმარტებას: *მედიაცია – პიროვნების, მისი სახელწოდების მიუხედავად, რომლის სა-*

⁷ Coleman P. T., Deutsch M., Marcus E. C. (eds.), Conflict Resolution (Theory and Practice), 3rd ed., Jossey-Bass, New-York, 2014, 25.

⁸ Dispute Resolution and Mediation During the Covid-19 Disruption - Maritime and Transport Law Committee, July 2020, <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=CEB54377-412E-40F2-8328-533-902295BD8>> [3.09.2021].

⁹ ყანდაშვილი ი., მედიაცია დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული საშუალება, თბ., 2019, 137.

¹⁰ The Role of the Mediator – WMO, December 2018, <<https://worldmediation.org/role-of-mediator/>> [3.09.2021].

¹¹ განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089>> [3.09.2021].

შუადებითაც ოხი ან ჰამდენიმე მხაჲ მედიაგოჲის დახმარებით ცდილობს დავის უხითი-თშეთანხმებით დასხუდებას, მიუხედავად იმისა, ეს პირობები დაწყებულია მხაჲთა ინიციატივით თუ კანონით გათვარისწინებული საფუძვლითა და წესით.¹² აღსანიშნავია ასევე თავად მედიატორის კანონისეული განმარტება მე-2 მუხლის „ე“ ქვეპუნქტში: მედიაგოჲი - მედიაგოჲთა ეხითან ხეესტჲში ხევისტჲიხეებული ფიზიკური პიხი, ხომედიც აკმაყოფილებს ამ კანონით გათვარისწინებულ მოთხოვნებს და თანახმაა, წაჲმახთოს მედიაცია, მიუხედავად მისი სტატუსისა და ახრევის/დანიშვნის წესისა.¹³

მედიატორის კანონისმიერ განმარტებაში მოხსენიებულია „მედიატორთა ერთიანი რეესტრი“, რომელიც მეტ კონკრეტიკას საჭიროებს. კერძოდ მედიაციის დარგის განვითარების მიმართულებით განხორციელებული სიახლეების კუთხით მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ 2019 წლის 29 ნოემბერს, ჯერ კიდევ „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის ძალაში შესვლამდე საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს №1/300 გადაწყვეტილების საფუძველზე შეიქმნა მედიატორთა ერთიანი რეესტრი და მასში დარეგისტრირდა 55 მედიატორი. აღნიშნული შესაძლებელია გავაიგივოთ, ე.წ. აკრედიტაციასთან ან მედიატორისათვის განსაკუთრებული უფლებამოსილების მინიჭებასთან, რომელიც ადგენს კანონიერ საფუძველს, რომ ერთიანი რეესტრში რეგისტრირებული მედიატორის მიერ ნაწარმოები სამედიაციო საქმე, მორიგებით დასრულების შემთხვევაში მხარეთა თანხმობით აღსრულდება საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით დადგენილი წესით, მიუხედავად იმისა პროცესი მიმდინარეობდა კერძო მედიაციის, თუ სასამართლო მედიაციის ფარგლებში.¹⁴

სიახლეების კუთხით ასევე აღსანიშნავია, რომ მედიატორთა საქმიანობის დარეგულირებისა და მედიაციის საყოველთაოდ ხელმისაწვდომობის მიზნით 2019 წლის 14 დეკემბერს დაფუძნდა სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია“ და არჩეულ იქნა მისი თავმჯდომარე და აღმასრულებელი საბჭოს წევრები.¹⁵

3. მედიაციის უპირატესობა პანდემიის და პოსტპანდემიის პირობებში

ჯანმრთელობის დაცვის მსოფლიო ორგანიზაციის მიერ 2020 წლის 11 მარტს ახალი კორონავირუსის COVID-19-ის პანდემიად გამოცხადებამ მსოფლიოს ფაქტობრივი პარალიზება გამოიწვია.

თანამედროვეობის გლობალურმა გამოწვევამ დღის წესრიგში დააყენა მედიაციის უპირატესობის კვლევა. ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია იმ ეტაპიდან, როდესაც მსოფლიომ პანდემიის სირთულეებით გამონწვეულ გლობალურ პრობლემებთან ბრძოლა დაიწყო. ამასთან, ჯერ კიდევ საწყის ეტაპზე მყოფ ეპიდემიოლოგიურ პირობებში რთულია წინასწარ განჭვრეტა იმისა, თუ სადამდე შეიძლება მივიდეს¹⁶ COVID-19-ით გამონწვეული დავები.

¹² საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-2 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი.

¹³ იქვე, „ე“ ქვეპუნქტი.

¹⁴ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, თავი XLIV¹³ - სამედიაციო მორიგების აღსრულება.

¹⁵ ინფორმაცია სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის“ შესახებ - საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, <<https://mediators.ge/ka/association>> [3.09.2021].

¹⁶ Mediation Law During Covid-19 - CEDR, 2020, <<https://www.cedr.com/mediation-law-during-the-covid-19-pandemic/>> [3.09.2021].

კომერციული ხასიათის დავების ზრდასთან ერთად, ბიზნესი უფრო მეტად ახდენს სამართლებრივი მდგომარეობის შესწავლას და იმის გათვალისწინებას, თუ რა ზომების მიღება შეუძლიათ საკუთარი უფლებების/ინტერესების დასაცავად. სასამართლოებთან დაკავშირებული შეფერხების გათვალისწინებით, დავა ხშირად არ არის საუკეთესო გამოსავალი მხარეებისთვის.¹⁷ COVID-19 – ის უარყოფითი შედეგების გავლენით უკვე არსებულ და მოსალოდნელ დავებში მხარეები აღმოჩნდნენ მათი სურვილისა და განზრახვის მიუხედავად. ასეთ დროს გაცილებით მაღალია ალბათობა შეთანხმების მიღწევის, რადგან ორივე მხარე წარმოადგენს გარემოების უნებლიე, არაბრალეულ მსხვერპლს.

პანდემიურ და პოსტ-პანდემიურ პირობებში მედიაცია საუკეთესო გამოსავალი და ეფექტიანი პროცესია საიმისოდ, რომ აცილებულ იქნეს თანმდევი დროში განვლილი პროცესები, სასამართლო ხარჯები და დამატებითი სტრესი. პროცესში მონაწილე მხარეების მიზანი კი სასურველი შედეგის მიღწევით გამოიხატება.¹⁸

მედიაციას მთელი რიგი უპირატესობები აქვს, კერძოდ:

ნაკლები დრო და მოქნილობა – სასამართლოში საქმისწარმოებასთან შედარებით, მედიაცია უფრო სწრაფი და მოქნილი პროცესია. დროის მხრივ, მხარეთა შორის უთანხმოება იმაზე მოკლე ვადაში შეიძლება მოგვარდეს, ვიდრე ეს გადაწყდებოდა სასამართლოში საქმის განხილვის დროს. მედიაცია იმ მხრივაც მოქნილია, რომ თუ მხარეები სასამართლოში საქმისწარმოების დროს გადაწყვეტენ, რომ გამოიყენონ მედიაცია, მისი მიმდინარეობისას მედიაციის დასრულებამდე სასამართლო საქმისწარმოება შეჩერდება. დავის მორიგებით დაუსრულებლობის შემთხვევაში დასაშვებია სასამართლოში დავის განახლება,¹⁹ შესაბამისად პროცესი აღდგება ზუსტად იმ ეტაპიდან, რა დროსაც განხორციელდა მისი შეჩერება. ვადასთან მიმართებით ასევე მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ საქართველოს მოქმედი კანონმდებლობის თანახმად, სასამართლო მედიაციის ვადა შეადგენს 45 დღეს, რომელიც მხარეთა შეთანხმებით შეიძლება გაგრძელდეს იმავე ვადით, ხოლო კერძო მედიაციის დროს ვადები სრულად მხარეთა შეთანხმების საგანია, თუმცა ორივე შემთხვევაში მედიაციით იზოგება საკმაოდ დიდი დრო, ვიდრე სასამართლო წარმოებისას.²⁰

კონტროლირებადი პროცესი – მხარეებს აქვთ სრული კონტროლი მისაღწევ შეთანხმებაზე, რადგან ისინი უშუალოდ აწარმოებენ მოლაპარაკებას და მორიგებული პირობების თანახმად, შეუძლიათ შეთანხმდნენ კონკრეტულ კომერციულ გადაწყვეტილებებსა თუ შედეგებზე. აღნიშნული, სამწუხაროდ, არ მიიღწევა დავის სასამართლოს გზით განხილვის შემთხვევაში.²¹

¹⁷ Dispute Resolution and Mediation during the Covid-19 Disruption - Maritime and Transport Law Committee, July 2020, <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUId=CEB54377-412E-40F2-8328-533902295BD8>> [3.09.2021].

¹⁸ ფორბეჩი ჯ., გოდანი დ., წუდაძე ა., (ივრ.), მოლაპარაკება: თეორია, პრაქტიკა და სამართალი, თბ., 2018, 284.

¹⁹ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, 187⁷ მუხლი, მე-2 ნაწილი.

²⁰ The Benefits of Mediation and Mediating during Covid-19 lockdown, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].

²¹ იქვე.

საქმიანი ურთიერთობების შენარჩუნება – მხარეთა ურთიერთობების შენარჩუნების მხრივაც შესაძლებელია შეფასდეს დავის გადაწყვეტის ფორმები. ცალკეულ შემთხვევაში მხარეთათვის ძალზედ მნიშვნელოვანია კონფლიქტის იმ მხრივ დარეგულირება, რომ მომავალში შესაძლებელი იყოს ურთიერთობის გაგრძელება.²² მედიაცია მხარეებს ეხმარება ფოკუსირდნენ კომუნიკაციაზე, რითაც ხშირ შემთხვევაში უზრუნველყოფილია არსებული საქმიანი ურთიერთობების შენარჩუნება. აღნიშნული გამომდინარეობს მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალების, უმთავრესი მიზნიდან, რომელიც მხარეებისთვის ნორმალური ურთიერთობების შენარჩუნებით გამოიხატება.²³

კონფიდენციალობა – მედიაციის პროცესი არის სრულიად კონფიდენციალური,²⁴ მაშინ როდესაც სასამართლოს შემთხვევაში სხდომები საჯარო წესით იმართება. დავის არსის გახმაურებამ კი შეიძლება მხარეები არასასურველ შედეგებამდეც მიიყვანოს. მედიაციით უზრუნველყოფილი იქნება კონფიდენციალობა, შენარჩუნდება რეპუტაცია და ურთიერთობების გრძელვადიანი ხასიათი.

ნაკლები დანახარჯები – მედიაციის ხარჯები გაცილებით დაბალია, ვიდრე სასამართლოს მეშვეობით საკითხის გადაწყვეტა. ამასთან უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ სასამართლო მედიაციის დროს, დავის მხარეთა შეთანხმებით დასრულების შემთხვევაში მოსარჩელეს უზრუნდება მის მიერ გადახდილი სახელმწიფო ბაჟის 70%.²⁵ რაც შეეხება კერძო მედიაციას, ამ შემთხვევაში მედიატორის საქმიანობის ანაზღაურების წესი განისაზღვრება მხარეებსა და მედიატორს შორის შეთანხმებული პირობებით²⁶, რომელიც ასევე გაცილებით ნაკლებია, ვიდრე მხარეთა მიერ სასამართლო წარმოებისთვის გაღებული ხარჯები.²⁷

ყოველივე ზემოაღნიშნულის მხედველობაში მიღებით, მედიაციის ღირებულებითი უპირატესობაა, როდესაც მედიატორის დახმარებით და ჩართულობით შედეგი თავად მხარეთა მიერ მიიღწევა. ამ დროს გამორიცხულია დადგეს ისეთი შედეგი, რომელიც არ იქნება მხარეთა ინტერესების ამსახველი.

მიუხედავად იმისა, რომ პანდემიურ რეალობამდე მედიაციაში მედიატორის ერთ-ერთი როლი უშუალო და ფიზიკურ ჩართულობაში გამოიხატებოდა, პანდემიამ მედიაციის დისტანციურად წარმართვისათვის გახსნა ახალი შესაძლებლობები.²⁸

რთულია იმის უარყოფა, რომ ტექნოლოგიები დიდ გარდაქმნებს ინვესტადამიანთა ურთიერთობებში.²⁹ კომუნიკაციისთვის ტექნოლოგიის გამოყენება დღეს უკვე ჩვეულებრივი მოვლენაა, რომელსაც აქტიურად ვიყენებთ, როგორც პირად, ისე პროფესიულ ცხოვრებაში.³⁰

²² *ოსტეხმიდგი მ. ს., სვენსონი ჰ. დ., დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები საქართველოში*, თბ., 2014, 279.

²³ *ყანდაშვილი ი., მედიაცია დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული საშუალება*, თბ., 2019, 34.

²⁴ *ცეხცვაძე გ., მედიაცია*, თბ., 2010, 35.

²⁵ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, 49-ე მუხლის მე-2¹ ნაწილი.

²⁶ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-11 მუხლის პირველი პუნქტი.

²⁷ *The Benefits of Mediation and Mediating During Covid-19 Lockdown*, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].

²⁸ იქვე.

²⁹ *Rule C*, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, San Jose, California, 2020, 1.

³⁰ იქვე.

ონლაინ მედიაციამ განსაკუთრებული ადგილი დაიკავა დავის გადაწყვეტის საშუალებებს შორის. დავების ამ ფორმით მოგვარება იმის გააზრების შედეგად შეიქმნა, რომ კომერციული ხასიათის ვირტუალური ურთიერთობები ქმნიდა განსხვავებული ხასიათის მქონე კონფლიქტს, ვიდრე პირისპირ ურთიერთობისას.³¹ COVID-19 პანდემიის შედეგად დაწესებული სოციალური დისტანცირების და მსგავსი შეზღუდვების დადგენამდე კი, ელექტრონული კომერციის გარეთ ინფორმაციისა და კომუნიკაციის ტექნოლოგიის საშუალებების გამოყენებაზე მოთხოვნა იზრდებოდა დავის მოგვარების სხვადასხვა რეჟიმში, მათ შორის, მედიაციის გზითაც. თუმცა აქვე უნდა ითქვას, რომ მედიაციის წარმართვის ამგვარი პრაქტიკა ვითარდებოდა ტრადიციული მედიაციის პრაქტიკაში ტექნოლოგიების ინტეგრაციის ეტაპობრივი და ზოგადი დაწინაურებით.³²

დისტანციურად წარმართულ მედიაციასაც აქვს არაერთი უპირატესობა. კერძოდ, არ არის იმის აუცილებლობა, რომ სამედიაციო პროცესები გადაიდოს დაწესებული შეზღუდვების გაუქმებამდე. მედიაციის დროს უზრუნველყოფილია მოლაპარაკების პროცესი და გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა, იმის განურჩევლად მხარეები იქნებიან საკუთარ სახლში, სამუშაო ოფისში, თუ სხვა სივრცეში. მედიაციის წარმართვის ეს ფორმა მხარეებს და მათ შორის მედიატორსაც აძლევს საშუალებას იყვნენ მათთვის კომფორტულ და თავისუფალ გარემოში და მართონ დავის გადაწყვეტის პროცესი. დისტანციური პლატფორმის გამოყენებით წარმართული მედიაციით აგრეთვე შესაძლოა დაიზოგოს დრო და ხარჯებიც. მაგალითად სამედიაციო სესიებზე დასასწრებად მგზავრობისთვის გამოყოფილი დრო და ხარჯი.³³

ონლაინ მედიაციის პროცესის ფორმატის მხრივაც არაფერი იცვლება, რადგან შეიძლება კვლავ გაიმართოს, როგორც საერთო შეხვედრები, ისე კერძო შეხვედრები ინდივიდუალურად თითოეულ მხარესთან. ასევე ტექნიკურად შესაძლებელია გამოყენებულ იქნეს შესვენება და ყველა ის პროცესუალური საშუალება, რაც მედიაციის ფიზიკურად ჩატარების დროს იქნებოდა შესაძლებელი.³⁴

მეტად დაპირისპირებულ მხარეებთან არსებულ დავებზე ონლაინ მედიაცია პანდემიის მიუხედავად, შესაძლოა კარგი გამოსავალი აღმოჩნდეს კონფლიქტური ურთიერთობების დასარეგულირებლად. ონლაინ არხები დღეისათვის იძლევა იმის საშუალებას, რომ მედიატორმა ისე მართოს პროცესი ტექნოლოგიურად, რომ შეძლოს მხარეების განცალკევება ე.წ. „“,“-“ ინდივიდუალურ ოთახებში. ამ მეთოდის გამოყენებით ასევე დამატებით არის უზრუნველყოფილი როგორც თავად პროცესის, ისე მხარეთა კომუნიკაციის კონფიდენციალობა.³⁵

როდესაც საუბარია დისტანციური პლატფორმის გამოყენებით მედიაციის წარმართვის გამოწვევებსა და უპირატესობებზე, შეუძლებელია არ აღინიშნოს საქართველოს ხელისუფლების მხრიდან დროულად გადადგმული ქმედითი ნაბიჯი, რომელიც ეხებოდა COVID-19-ის პირობებში მედიაციის ინსტიტუტის მხარდაჭერას, კერძოდ: საქართველოს მთავრობის 2020 წლის 1 აპრილის №211 დადგენილების – „საქართველო-

³¹ Ebner N., Rainey D., Online Dispute Resolution and Mediation, Hague, 2020, 2.

³² იქვე.

³³ The Benefits of Mediation and Mediating During Covid-19 Lockdown, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].

³⁴ იქვე.

³⁵ იქვე.

ში ახალი კორონავირუსის გავრცელების აღკვეთის მიზნით გასატარებელი ღონისძიებების დამტკიცების შესახებ საქართველოს მთავრობის 2020 წლის 23 მარტის №181 დადგენილებაში ცვლილების შეტანის თაობაზე დამტკიცებული დანართი №2-ით მედიაცია (დისტანციურად) განისაზღვრა, როგორც დაშვებული ეკონომიკური საქმიანობა. ამით არ შეფერხებულა პანდემიამდე დაწყებული და არსებული სამედიაციო პროცესები, პირიქით მსგავს დავებზე უკვე პანდემიის პირობებში შედგა რამდენიმე სამედიაციო მორიგება დისტანციურად.³⁶

4. მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების სამართლებრივი სტატუსი

განვითარებად ქვეყნებში სამუშაო ძალის დიდი ნაწილი ან თვით დასაქმებულია, ან დასაქმებულია მცირე და საშუალო ბიზნესში. დაბალი შემოსავლის მქონე, თვითდასაქმებულ ან არაფორმალურად დასაქმებულ პირებს აქვთ შეზღუდული წვდომა უმუშევრობის დაზღვევასა თუ ჯანმრთელობის დაზღვევაზე. ასეთი პირები განსაკუთრებით დაუცველნი აღმოჩნდნენ COVID-19-ით გამოწვეული ფაქტორების წინაშე. მიკროსაფინანსო ინსტიტუტები კი მნიშვნელოვან როლს ასრულებენ სწორედ ღარიბი და დაბალშემოსავლიანი შინამეურნეობებისა და მიკრო საწარმოების მხარდასაჭერად.³⁷

დღეს საქართველოში რეგისტრირებულია 40 მიკროსაფინანსო ორგანიზაცია,³⁸ რომელთა რეგისტრაციას, მოქმედი კანონმდებლობის თანახმად, ახორციელებს საქართველოს ეროვნული ბანკი. საქართველოში მიკროსაფინანსო ორგანიზაციები ოპერირებენ შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების ან სააქციო საზოგადოების სამართლებრივი ფორმით, ახორციელებენ რა, კანონით გათვალისწინებულ საქმიანობას, კონტროლდებიან საქართველოს ეროვნული ბანკის მიერ.³⁹ აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ მხოლოდ მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებს აქვთ ვალდებულება თავიანთ იურიდიულ დასახელებაში შეიტანონ ტერმინი „მიკროსაფინანსო ორგანიზაცია“, ან სიტყვა „მისო“.⁴⁰

მიკროსაფინანსო ორგანიზაცია განსხვავდება ფინანსური ინსტიტუტების სხვა სახეობებისგან, მათ შორის კომერციული ბანკისგან და ძირითადი განმასხვავებელი ფაქტორი არის სარეგისტრაციო კაპიტალის ოდენობა. კერძოდ თუ მიკროსაფინანსო ორგანიზაციად რეგისტრაციისათვის განაღდებული კაპიტალის მინიმალური ოდენობა არ უნდა იყოს 1 000 000 (ერთ მილიონ) ლარზე ნაკლები, რომელიც შეივსება ნაღდი ფულით, კომერციული ბანკების შემთხვევაში კაპიტალი გაცილებით მაღალია და მისი მინიმალური ოდენობა შეადგენს 12 000 000 ლარს.⁴¹

განსხვავებულია აგრეთვე მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების საქმიანობა, რომელთა ჩამონათვალს განსაზღვრავს „მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების შესახებ“ სა-

³⁶ მედიაცია - როცა დავა შეთანხმებად იქცევა, თბილისის საქალაქო სასამართლო, სექტემბერი, 2020 <<https://tcc.court.ge/ka/News/mediacia---roca-dava-sheTanxmebad-iqceva>> [3.09.2021].

³⁷ The Impact of COVID-19 on the Efficiency of Microfinance Institutions – NCBI, 2020, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7521446/>> [3.09.2021].

³⁸ საქართველოში რეგისტრირებული არასაბანკო დაწესებულებები - საქართველოს ეროვნული ბანკი, <<https://www.nbg.gov.ge/index.php?m=529>> [3.09.2021].

³⁹ საქართველოს კანონი „მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების შესახებ“, სსმ, 30, 18/07/2006, მე-3 მუხლის პირველი ნაწილი.

⁴⁰ იქვე, მე-3 ნაწილი.

⁴¹ საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის №61/04-ე ბრძანება, სსმ, 03/05/2017.

ქართველოს კანონის მე-4 მუხლი. კერძოდ, ეს საქმიანობაა ფიზიკურ და იურიდიულ პირებზე სხვადასხვა სახეობის მიკრო სესხების გაცემა, როგორც სამომხმარებლო, ისე სალომბარდო, იპოთეკური, არაუზრუნველყოფილი, ჯგუფური და სხვა, და ასევე ამ მიზნით საკრედიტო საგადახდო ბარათების გამოშვება.

მიუხედავად იმისა, რომ ზემოთ აღნიშნული კანონი ამ ტიპის ორგანიზაციებს უდგენს საქმიანობათა ვიწრო წრეს, ამავდროულად, მე-5 მუხლით დამატებით უწესებს გასაცემი კრედიტების მაქსიმალურ ოდენობას. კერძოდ ერთეულ მსესხებელზე გაცემული სესხის ოდენობა არ უნდა აღემატებოდეს 100 000 (ასი ათას) ლარს. საგულისხმოა თავად სიტყვა „მიკრო კრედიტი“, რომელიც კანონის მე-5 მუხლის დანაწესიდან გამომდინარეობს. მიკრო – შედარებით მცირე ოდენობის სესხია, რომელიც კომერციული ბანკების მიერ გასაცემ სესხებთან მიმართებით მსგავსი შეზღუდვის ფორმით არ გვხვდება.

საქართველოს მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების განვითარებისა და მხარდაჭერის მიზნით 2009 წელს დაფუძნდა წევრობაზე დაფუძნებული არასამეწარმეო (არაკომერციული) იურიდიული პირი – ა(ა)იპ „მიკროსაფინანსო ასოციაცია“. ასოციაცია მიზნად ისახავს მიკროსაფინანსო სექტორის განვითარებასა და გაძლიერებას, აგრეთვე მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების უფლებებისა და ინტერესების დაცვას და საქმიანობის კოორდინაციისთვის ხელის შეწყობას.⁴² დღეის მდგომარეობით ასოციაცია აერთიანებს საქართველოში რეგისტრირებულ და მოქმედ 21 მიკროსაფინანსო ორგანიზაციას.⁴³

5. მედიაციის ეფექტიანობა მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებთან არსებულ სასესხო დავებში

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1873 მუხლი ითვალისწინებს სასამართლო სავალდებულო მედიაციას დაქვემდებარებული დავების ჩამონათვალს. კერძოდ, მითითებული მუხლის პირველი ნაწილის „გ“⁴⁴ ქვეპუნქტის მიხედვით, სასამართლო მედიაცია შეიძლება გავრცელდეს - საქართველოს საბანკო დაწესებულებების, მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებისა და ახასაბანკო სადეპოზიტო დაწესებულებების მიერ დადებული სესხის ხელშეკრულებიდან (მათ შორის, ედექტორული ფორმით დადებული სესხის ხელშეკრულებიდან) გამომდინარე დავებზე, თუ დავის საგნის ღირებულება 10000 ლარს ან აღემატება.⁴⁴

ამასთან მოსამართლეს აქვს კანონით მინიჭებული უფლებამოსილება, წინასწარ შეაფასოს საქმისათვის მნიშვნელოვანი გარემოებები და ზემოაღნიშნული საქმე მხარეთა თანხმობის გარეშე გადასცეს მედიატორს. რაც შეეხება იმ შემთხვევას, როდესაც იმავე დავაზე მხარეთა მიერ უკვე გამოყენებულ იქნა კერძო მედიაცია და იგი დასრულდა უშედეგოდ, ასეთ შემთხვევაში მოსამართლე გადაწყვეტილებას საქმის მედიატორისათვის გადაცემის თაობაზე იღებს მხოლოდ მხარეთა თანხმობით.⁴⁵

⁴² საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაციის საქმიანობა - საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაცია, <<http://www.microfinance.ge/activities/>> [3.09.2021].

⁴³ იქვე.

⁴⁴ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, 187³ მუხლის პირველი ნაწილის „გ“⁴⁴ ქვეპუნქტი.

⁴⁵ იქვე, 187³ მუხლის მე-3 ნაწილი.

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ პოსტ პანდემიურმა პერიოდმა მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებთან არსებულ სასესხო დავებზე დადებითი ეფექტი იქონია, რაც თავის მხრივ, მსესხებლებისთვისაც მისაღები და ავთენტური აღმოჩნდა.

თბილისის საქალაქო სასამართლოს მიერ 2021 წლის 26 თებერვალს გაცემულ №2-0414/4404673 წერილით გათვალისწინებულ საჯარო ინფორმაციაზე დაყრდნობით ირკვევა, რომ 2020 წლის სტატისტიკური მონაცემებით, გასულ წელს განხილულ იქნა 61 სასესხო დავა, სადაც ერთ-ერთ მხარედ წარმოდგენილი იყვნენ მიკროსაფინანსო ორგანიზაციები. აღნიშნული დავები მედიატორებს გადაეცათ სავალდებულო მედიაციის ფარგლებში. თბილისის მედიაციის ცენტრისთვის გადაცემული სასესხო დავებიდან მორიგებით დასრულდა საქმეების 80%. აღნიშნული ციფრი შთამბეჭდავია, რადგან თბილისის საქალაქო სასამართლოს მედიაციის ცენტრის მიერ გაცემული საჯარო ინფორმაციით ასევე დასტურდება, რომ მედიაცია შედეგიანია ვალდებულებით სამართლებრივ ურთიერთობებში, ხოლო მათი მორიგების საერთო მაჩვენებელი 70%-ს შეადგენს.⁴⁶

იმის გათვალისწინებით, რომ მხარეებს შორის არსებული თითოეული დავა ინდივიდუალურია, განსხვავებულია მორიგების ფარგლებიც ცალკეულ შემთხვევაში.

2020 წლის 22 ოქტომბერს სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის“ და „გლობალური შეთანხმების საქართველოს ქსელის“ ორგანიზებით გაიმართა შეხვედრა ბიზნესის სექტორის წარმომადგენლებთან თემაზე „მედიაცია – დავის გადაწყვეტის უალტერნატივო მექანიზმი ბიზნეს სექტორში“.⁴⁷ შეხვედრაზე მონაწილე ერთ-ერთი მიკროსაფინანსო ორგანიზაციის, კერძოდ „ევროკრედიტი“-ის აღმასრულებელმა დირექტორმა ჟურნალისტებთან გაკეთებულ ოფიციალურ ინტერვიუში ისაუბრა მედიაციასთან დაკავშირებით და აღნიშნა, რომ რამოდენიმე სასესხო დავა, რომელიც სასამართლოში წლების განმავლობაში მიმდინარეობდა, მედიატორების დახმარებით ერთ თვეში დასრულდა მორიგებით. აქვე გაჟღერდა ფაქტი, რომ მიკროსაფინანსო სექტორმა დაიწყო მედიაციის გამოყენება, რითაც იზოგება დრო, დანახარჯი და შედეგად ორივე მხარე მოგებულია.⁴⁸

მორიგების სტატისტიკასთან ერთად, მიკროსაფინანსო სექტორის მედიაციით დაინტერესებას აგრეთვე მოწმობს 2020 წლის ოქტომბრის თვეში გამართული გაცნობითი შეხვედრა სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაციას“ და ა(ა)იპ „მიკროსაფინანსო ასოციაციას შორის“, რომელსაც იმავე წლის 22 ოქტომბერს მოჰყვა ასოციაციებს შორის ურთიერთთანამშრომლობის მემორანდუმის გაფორმება. მემორანდუმით ხელშემკვრელი მხარეები შეთანხმდნენ განსახორციელებელ ერთობლივ პროექტებზე, რომლებიც მიზნად ისახავს მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ახალი მექანიზმის, გაცნობას და პოპულარიზაციას საქართველოში მოქმედი ქართველი და უცხოური ბიზნეს სუბიექტებისთვის მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების სექტორში. მემორანდუმის ფაგლებში ასევე დაიგეგმა კონკრეტული ნაბიჯები და სამო-

⁴⁶ თბილისის საქალაქო სასამართლოს მიერ გაცემული №2-0414/4404673-ე წერილი, 26/02/2021.

⁴⁷ მედიაცია და ბიზნესი: დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმი, საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, ოქტომბერი, 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/mediacia-da-biznesi-davis-gadawyvetis-alternatiuli-meqanizmi/66>> [3.09.2021].

⁴⁸ სამუშაო შეხვედრა მიკროსაფინანსო ასოციაციის აღმასრულებელ დირექტორთან - საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, ოქტომბერი, 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/irakli-yandashvilis-samushao-shevedra-saqartvelos-miksosafinanso-asociacii-agmasrulebel-direqtortan-baton-iurilebanidzestan/59>> [3.09.2021].

მავლო ერთობლივი ინიციატივები მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების წარმომადგენელთათვის.⁴⁹

კოვიდ პანდემიამ გლობალური ეკონომიკური ზრდის შენელებას შეუწყო ხელი და მსოფლიო ეკონომიკაც მასშტაბური კრიზისის წინაშე აღმოჩნდა. შექმნილმა მდგომარეობამ, თავის მხრივ, დააზარალა ბიზნეს სექტორი, მათ შორის, ფინანსური ინსტიტუტებიც.

უნდა აღინიშნოს, რომ პოსტ პანდემიურმა პერიოდმა სასესხო დავაში მყოფი მხარეები ერთმანეთთან უფრო მოლაპარაკებუნარიანი გახადა. მედიაცია, მსგავს დავებში ჩართული, პანდემიით დაზარალებული მხარეებისთვის, ერთგვარი საშუალებაა არსებული კრიზისული მდგომარეობის აღდგენისა და გაჯანსაღებისათვის. საქართველოში რეგისტრირებული მიკროსაფინანსო ორგანიზაციის სს „მისო ევრო კრედიტი“-ს მიერ 2021 წლის 1 მარტის №02.03.21/1-40 წერილი მიუთითებს, რომ კომპანია არ აწარმოებს მორიგებით დასრულებული დავების სტატისტიკას, რაც თავის მხრივ შეუძლებელს ხდის განისაზღვროს მორიგებების ზუსტი პროცენტული მაჩვენებელი, თუმცა მსესხებლების მხრიდან გონივრული შემოთავაზების შემთხვევაში, მხარესთან არსებულ დავას უმეტეს წილად მორიგებით ასრულებს. მორიგებით სრულდება საქმეები არამართო სასამართლოს, არბიტრაჟისა და მედიაციის ფარგლებში, არამედ აღსრულების ეტაპზეც კი.

მიკროსაფინანსო ორგანიზაციები სამედიაციო პროცესებში უფრო აქტიურად მონაწილეობენ და პანდემიამ შეცვალა მათი მიდგომებიც მსესხებლებთან მიმართებით, გახადა რა მათ მიმართ უფრო ლოიალური, ასევე საფუძველი ჩაუყარა მსესხებლის მდგომარეობის ინდივიდუალურ შესწავლას.⁵⁰ აღნიშნული ეხება მათ, ვინც პირდაპირი წესით დაზარალდა, დაკარგა სამსახური, თუ შემოსავლის სხვა წყარო. ამ მხრივ საყურადღებოა შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის (ILO) გამოქვეყნებული ანგარიში, რომლის თანახმად, 2020 წელს გლობალური კრიზისის პირობებში 114 000 000 ადამიანი დაკარგა სამუშაო ადგილი.⁵¹

რაც შეეხება მორიგების ფარგლებს, იგი სრულად დამოკიდებულია მხარეთა შორის არსებულ სახელშეკრულებო ურთიერთობაზე და ინდივიდუალურ შეთანხმებაზე, რაც თავის მხრივ კონფიდენციალურია. სს „მისო ევრო კრედიტი“-ს მიერ 2021 წლის 1 მარტის №02.03.21/1-40 წერილის საფუძველზე გაცემული ინფორმაციის თანახმად, საქმეებისა და მსესხებლების იდენტიფიცირების გარეშე, შესაძლებელია ზოგადი სურათის ჩამოყალიბება, თუ როგორი შეიძლება იყოს სასესხო დავებზე მხარეთა მორიგების პირობები. როგორც წესი, მორიგების ფარგლები დამოკიდებულია გაცემული სესხის სახეობაზე და მსესხებლის გადამხდელუნარიანობაზე და აგრეთვე იმაზე, არის თუ არა სესხი უზრუნველყოფილი.

⁴⁹ საქართველოს მედიატორთა ასოციაციასა და საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაციას შორის ურთიერთთანამშრომლობის მემორანდუმი გაფორმდა - საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, ოქტომბერი 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/saqartvelos-mediator-ta-asociaci-asa-da-saqartvelos-mikrosafinanso-asociacias-shoris-urtiettanamshromlobis-memorandum-i-gaformda/68>> [3.09.2021].

⁵⁰ სს „მისო ევრო კრედიტი“-ის მიერ წინამდებარე კვლევის მიზნებისთვის გაცემული საჯარო №02.03.21/1-40 წერილი, 01/03/2021.

⁵¹ COVID-19 and the World of Work, 7th ed., ILO, January 2021, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf> [3.09.2021].

მორიგების პირობები ყოველთვის ინდივიდუალურია და გამომდინარეობს მსესხებელთან გაფორმებული სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან. მორიგების ფარგლები დამოკიდებულია რამდენიმე ფაქტორზე, მათ შორის როგორც უკვე აღინიშნა მსესხებლის გადამხდელუნარიანობაზე და იმაზე, თუ რამდენად მომხრეა მხარე სამედიაციო შეთანხმების.⁵²

მხარეთა შორის სამედიაციო მორიგებით, ხშირ შემთხვევაში მიიღწევა შეთანხმება შემდეგ პირობებზე:

ა) სასესხო თანხების კორექტირება, მისი ოდენობის შემცირების მიზნობრიობით. ასეთ დროს შესაძლებელია მოხდეს მსესხებლისათვის, როგორც ვადაგადაცილების საურავის (პირგასამტეხლოს) შემცირება / პატიება, ისე მასზე დარიცხული სარგებლის შემცირება, აგრეთვე ერთეულ შემთხვევებში ძირითადი ვალის კორექტირებაც. ძირითადი ვალის კორექტირების შემთხვევა შესაძლოა სახეზე იყოს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სესხი არაუზრუნველყოფილია, და/ან გაცემულია მოკლე ვადიანი სესხი და/ან თუ მხარე თანახმაა შეთანხმებული თანხა გადაიხადოს ერთიანად;⁵³

ბ) ახალი გადახდის გრაფიკის შემუშავება, როგორც სესხის თანხის კორექტირებით, ისე მის გარეშე. ამ შემთხვევაში იცვლება სესხის გადახდის ვადები მხარეთათვის ხელსაყრელი თარიღების შესაბამისად.⁵⁴ ამასთან უნდა აღინიშნოს, რომ გასათვალისწინებელია თითოეული მსესხებლის გადახდების ისტორია და ვადაგადაცილებასთან არსებული მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი. განსაკუთრებით, თუ მსესხებელი აქამდე კეთილსინდისიერი გადამხდელი იყო და ფინანსური მდგომარეობის გაუარესების გამო ვერ ახორციელებს ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებას. ეს ფაქტორი განაპირობებს მის მიმართ ლოიალურ დამოკიდებულებას და ასეთი მსესხებლების მიმართ მიკროსაფინანსო ორგანიზაციის მხრიდან შეთავაზებული პირობები უფრო დამთმობ ხასიათს ატარებს.⁵⁵

სასესხო დავებთან მიმართებით არსებულ გამოწვევებს ასევე ეხმაურება სს „მისო ევრო კრედიტი“-ის 2021 წლის 1 მარტის №02.03.21/1-40 წერილი, რომლის საფუძველზეც შეიძლება ითქვას, რომ დღეისათვის სასამართლო მედიაციასთან მიმართებით პროცედურულ და ტექნიკურ ნაწილში დასაწერგია ერთგვაროვანი პრაქტიკა, რომლითაც იხელმძღვანელებს თითოეული მოსამართლე, თუ სამედიაციო ცენტრის თანამშრომელი.

ასევე მნიშვნელოვანი გამოწვევაა მსესხებლების, ე.წ. მოპასუხეების მოძიების საკითხი, რომელიც შემაფერხებელია, არა მხოლოდ მათთვის შესაბამისი სასარჩელო დოკუმენტაციის ჩაბარების მხრივ, არამედ სრულად გამორიცხავს მოპასუხეების მონაწილეობას სავალდებულო მედიაციაში სასესხო კატეგორიის დავებზე.⁵⁶

პოსტეპიდემიოლოგიურმა მდგომარეობამ ნათლად აჩვენა, რომ სასესხო ვალდებულებიდან გამომდინარე მოდავე ორივე მხარე მიდის კეთილგონიერ დათმობაზე და მსგავს სასესხო დავებს ასრულებს მორიგებით. აღნიშნული კი შექმნილ ვითარებაში ორივე მხარისათვის საუკეთესო გამოსავალია.

⁵² სს „მისო ევრო კრედიტი“-ის მიერ გაცემული №02.03.21/1-40 წერილი, 01/03/2021.

⁵³ იქვე.

⁵⁴ იქვე.

⁵⁵ იქვე.

⁵⁶ იქვე.

6. დასკვნა

სტატიის მიზანი იყო ეჩვენებინა მედიაციის ინსტიტუტის ეფექტიანობა მიკროსაფინანსო ორგანიზაციებთან არსებულ სასესხო დავებთან მიმართებით, COVID-19-ით გამოწვეული პოსტპანდემიური მდგომარეობის დროს.

კვლევამ აჩვენა, რომ მედიაცია ზუსტად ის მექანიზმია, რომელიც მსგავს დავებში ჩართული და პანდემიით დაზარალებული მხარეებისთვის უზრუნველყოფს არსებული მდგომარეობის აღდგენასა და გაუმჯობესებას. მედიაციის არჩევა შექმნილ ვითარებაში ორივე მხარისათვის მისაღები გამოსავალია. სამედიაციო შეთანხმებით, ერთი მხრივ, მსესხებელი იღებს სასესხო ვალდებულების დაფარვის მასზე მორგებულ პირობებს, ხოლო მიკროსაფინანსო ორგანიზაციისთვის გარანტირებულია მსესხებლისაგან მისაღები, თუნდაც მცირე ოდენობის თანხა, რომ არაფერი ითქვას მედიაციით დაზოგილ დროსა და დანახარჯებზე.

პოსტპანდემიურმა მდგომარეობამ დადებითი გავლენა იქონია სასესხო ვალდებულებითი დავების მშვიდობიანი გზით გადაწყვეტასთან მიმართებაში. მედიაცია შექმნილ ვითარებაში მხარეთათვის ეფექტური და მოქნილი პროცესი აღმოჩნდა.

კვლევის ფარგლებში შესაძლებელი გახდა იმ გამოწვევების იდენტიფიცირება, რომელიც თავს იჩენს მედიაციის დროს მსგავს სასესხო დავებზე. აგრეთვე, უნდა აღინიშნოს, რომ COVID-19-ის პანდემიით გამოწვეულ სასესხო ვადაგადაცილებებზე სამართლებრივი პროცედურები ახალი დაწყებულია და შესაძლოა, რომ უმეტეს შემთხვევაში, შესაბამისი პროცესები მასშტაბურად ჯერ არც კი იყოს დაწყებული. სასესხო დავებზე სამედიაციო საქმეების ინტენსივობის ზრდა გამოიწვევს მედიაციაში მიკროსაფინანსო ინსტიტუტების ლოიალურად ჩართვის კიდევ უფრო გააქტიურებას, ხოლო გადამხდელუნარიანი მსესხებელი, თუნდაც მინიმალური თანხობრივი შენატანით უზრუნველყოფს სექტორის მდგრადობის შენარჩუნებას კრიზისის დაძლევის პირობებში. დავის მედიაციის გზით გადაწყვეტის შემთხვევაში და მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების ლოიალური დამოკიდებულებით უზრუნველყოფილია მსესხებლების ინტერესებზე მორგებული შედეგის მიღება, რითაც არ უარესდება მათი საკრედიტო ისტორია.

ბიბლიოგრაფია:

1. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, №47-48, 14/11/1997.
2. საქართველოს კანონი „მიკროსაფინანსო ორგანიზაციების შესახებ“, სსმ, №30, 18/07/2006.
3. საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019.
4. საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის №61/04-ე ბრძანება, სსმ, 03/05/2017.
5. *ოსტეხმიდეხი მ. ს., სვენსონი ჰ. ე.,* დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებები საქართველოში, თბ., 2014, 279.
6. *ტყემადაძე ს.,* მედიაცია საქართველოში ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბ., 2016, 7.
7. *ფოდებეგი ჯ., გოდანი ე., წუდაძე ა. (ხედავ),* მოლაპარაკება: თეორია, პრაქტიკა და სამართალი, თბ., 2018, 284.
8. *ყანდაშვილი ი.,* მედიაცია დავის გადაწყვეტის ეფექტური ალტერნატიული საშუალება, თბ., 2019, 34, 137.
9. *ცეხცვაძე გ.,* მედიაცია, თბ., 2010, 35.
10. *წუდაძე ა.,* ქართული სასამართლო მედიაციის შედარებითი ანალიზი, თბ., 2017, 25.
11. *Coleman P. T., Deutsch M., Marcus E. C. (eds.),* Conflict Resolution (Theory and Practice), 3rd ed., Jossey-Bass, New-York, 2014, 25.

12. *Ebner N., Rainey D.*, Online Dispute Resolution and Mediation, Hague, 2020, 2.
13. *Rule C.*, Online Dispute Resolution and the Future of Justice, San Jose, California, 2020, 1.
14. *Zartman W.*, Negotiation and Conflict Management, Essays on Theory and Practice, Routledge, London, New York, 2008, 7.
15. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089> [3.09.2021].
16. მედიაცია – როცა დავა შეთანხმებად იქცევა, თბილისის საქალაქო სასამართლო, სექტემბერი 2020, <https://tcc.court.ge/ka/News/mediacia---roca-dava-sheTanxmehad-iqceva> [3.09.2021].
17. მედიაცია და ბიზნესი: დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმი, საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, ოქტომბერი 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/mediacia-da-biznesi-davis-gadawyvetis-alternatiuli-meqanizmi/66>> [3.09.2021].
18. სამუშაო შეხვედრა მიკროსაფინანსო ასოციაციის აღმასრულებელ დირექტორთან – საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, ოქტომბერი, 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/irakli-yandashvilis-samushao-shehvedra-saqartvelos-miksosafinanso-asociaciis-agmasrulebel-direqtortan-baton-iurilebanidzestan/59>> [3.09.2021].
19. საქართველოში რეგისტრირებული არასაბანკო დაწესებულებები – საქართველოს ეროვნული ბანკი, <<https://www.nbg.gov.ge/index.php?m=529>> [3.09.2021].
20. თბილისის საქალაქო სასამართლოს მიერ გაცემული №2-0414/4404673-ე წერილი, 26/02/2021.
21. საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაციის საქმიანობა – საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაცია, <<http://www.microfinance.ge/activities/>> [3.09.2021].
22. საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაციის წევრები – საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაცია, <<http://www.microfinance.ge/activities/>> [3.09.2021].
23. საქართველოს მედიატორთა ასოციაციასა და საქართველოს მიკროსაფინანსო ასოციაციას შორის ურთიერთთანამშრომლობის მემორანდუმის გაფორმების შესახებ – საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, ოქტომბერი 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/saqartvelos-mediators-asociaciisa-da-saqartvelos-miksosafinanso-asociacias-shoris-urtietanamshromlobis-memorandumigaformda/68>> [3.09.2021].
24. სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის“ შესახებ – საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია, <<https://mediators.ge/ka/association>> [3.09.2021].
25. სს „მისო ევრო კრედიტი“-ის მიერ წინამდებარე კვლევის მიზნებისთვის გაცემული საჯარო №02.03.21/1-40 წერილი, 01/03/2021.
26. Commercial Mediation in the UAE and the Laws concerning Mediation UAE., 2019 – HeinOnline, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/counco6&div=24&id=&page=>> [03.09.2021].
27. COVID-19 and the World of Work, 7th ed., ILO, January 2021 <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf> [3.09.2021].
28. Dispute Resolution and Mediation During the Covid-19 Disruption – Maritime and Transport Law Committee, July 2020, <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=CEB54377-412E-40F2-8328-5339-02295BD8>> [3.09.2021].
29. Mediation Law During Covid-19 – CEDR, 2020, <<https://www.cedr.com/mediation-law-during-the-covid-19-pandemic/>> [3.09.2021].
30. The Benefits of Mediation and Mediating During Covid-19 Lockdown, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].
31. The Role of the Mediator – WMO, December 2018, <<https://worldmediation.org/role-of-mediator/>> [3.09.2021].
32. The Impact of COVID-19 on the Efficiency of Microfinance Institutions – NCBI, Sep. 2020, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7521446/>> [3.09.2021].

Significance of Mediation in Loan-Related Disputes Against Microfinance Organizations in the Post-Pandemic Period in Georgia

The article aims at determination of effectiveness of the mediation tool in dealing with loan-related disputes against microfinance organizations in the post-pandemic situation caused by COVID-19. The procedural opportunity of applying the mediation can be considered as a means of recovery and rehabilitation of the legal and material situation of the parties involved in a similar type of dispute and affected by pandemic.

The article provides a general overview of mediation as of an alternative means of dispute resolution and the important legislative innovations for its introduction and development in Georgia. The study also focuses on analytical reasoning about the benefits of mediation over other means of dispute resolution in terms of pandemic and post-pandemic situations. The paper also presents the legal status of Georgian microfinance organizations to further assess the status of a party to the mediation process and examines effectiveness of mediation in loan-related disputes against microfinance organizations in post-pandemic conditions.

The study will facilitate the resolution of loan-related disputes through mediation to be recognized as an effective way to improve the difficult situation of the parties affected by pandemic and as an efficient means for the timely exercise of rights.

Keywords: *Lender, Remotely Carried out Mediation, Overdue, Mediation, Mediator, Microfinance Organization, Borrower, Settlement, Pandemic, Post-Pandemic Period, Loan-related Disputes, Loan.*

***“Peace is not the absence of conflict,
but the ability to cope with it.”***
Mahatma Gandhi

1. Introduction

In today's reality it is hard to imagine human relationships without conflict and dispute. The more people involved in a relationship, the higher the likelihood of forming the opposite opinion. Gap of opinion, emotional state of the parties, different values, needs and interests are exactly the factors that may lead people to disagreement.

Negotiations between the parties to a conflict are a process of combining different and mutually opposed positions, starting with a way of communication and ending with a common decision.¹

Classically, conflicts escalate into disputes, with most disputes eventually ending up in court, which is directly proportional to the overload of the court. The destructive effect of disputes is also growing in this regard. In particular, disputes that are not resolved effectively in

* Visiting Lecturer at Tbilisi Open University and European University, PhD Candidate at New Vision University.

¹ Zartman W., *Negotiation and Conflict Management, Essays on Theory and Practice*, Routledge, London, New York, 2008, 7.

time may further become a significant impediment to the democratic and economic progress of states.²

Today, court proceedings and litigation usually take several years. Court expenses and other related costs are also added to time-delayed cases. Sometimes the dispute resolution period is so long that it is possible for the parties to lose their primary legal interest in the dispute. It is in resolving such conflicts that mediation is most beneficial and effective for the parties.

Mediation is an alternative means of dispute resolution, during which the parties have the opportunity to resolve their dispute or conflict through reaching on mutual agreement with the help of a mediator.³ By choosing mediation, the parties avoid not only time-consuming formal court proceedings, but also save time, costs, and as a result obtain a flexible, tailored process, that is controlled by them.⁴

2. Fundamental Characterization of the Alternative Means of Dispute Resolution – Mediation and the Stages of Institutionalization

Mediation is an alternative method of resolving disputes developed from the concept of persistent principles of problem solving and negotiation⁵. The mediation process is voluntary, during which an independent and impartial person – a mediator helps the parties to resolve their disagreement and settle the dispute amicably.

Mediation is an informal process, not bound by strict procedures and giving the parties a real opportunity to refer to their own interests and needs. It is through the existing procedural-essential control that the parties manage to make a mutually desirable decision. The informality of mediation is in some cases more acceptable to the disputing parties than their inclusion in the legal framework and formal processes.⁶

Even a conflict come to a deadlock may become negotiable if, with the help of a mediator, the parties are able to listen to each other and understand real mutual needs. With a full understanding of the other party's position and taking into account the emotions behind him/her or the vital necessities, the parties can understand each other's situation and, without compromising any substantial interest, find a reasonable solution that satisfies mutual interests.⁷ It is the mediator who can identify the real needs and interests of the parties through his/her involvement, which becomes a precondition for settlement.

During mediation, the course and process of the dispute is controlled by the parties themselves, while in litigation, the parties lose control of the case and the process is slowed down. Added to this is the additional risk that the outcome of a legal settlement of the dispute may be undesirable for at least one or both parties. Disputes ended through mediation are

² *Tkemaladze S.*, *Mediation in Georgia from Tradition to Contemporaneousness*, Tbilisi, 2016, 7 (in Georgian).

³ *Commercial Mediation in the UAE and the Laws Concerning Mediation UAE.*, 2019, <<https://heino-nline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/counco6&div=24&id=&page=>> [03.09.2021].

⁴ *Ibid.*

⁵ *Folberg J., Golan D., Tsuladze A. (Ed.)*, *Negotiation: Theory, Practice and Law*, Tbilisi, 2018, 284.

⁶ *Tsuladze A.*, *Comparative Analysis of Georgian Judicial Mediation*, Tbilisi, 2017, 25 (in Georgian).

⁷ *Coleman P. T., Deutsch M., Marcus E. C. (eds.)*, *Conflict Resolution (Theory and Practice)*, 3rd ed., Jossey-Bass, New-York, 2014, 25.

acceptable to all parties involved, as their voluntary agreement preconditions the full acceptance against settlement.⁸

A mediator is a person with special knowledge and skills who manages the negotiation process between the parties through recognized methods for conducting mediation and helps the parties to find the best way to reach an agreement with each other and resolve the current dispute.⁹

Regarding the scope of the mediator's action, it is important to note that the mediator does not make any decisions and does not offer certain conditions or solutions to the parties, but rather facilitates consistent and active negotiations between the parties themselves leading them to a common, acceptable decision.¹⁰

The mediation pilot project was introduced in Georgia in 2012, and it was from this period that mediation proceedings were conducted at the Mediation Center of the Tbilisi City Court on civil cases transferred to the Center by the Court.¹¹ Furthermore, in addition to the Tbilisi Mediation Center, judicial mediation centers still function successfully in Rustavi, Mtskheta and Gori.

The past 2 (two) years were especially fruitful in development of mediation as a sector, because in 2019 the Law of Georgia “on Mediation” was adopted, which came into force on 1 January 2020.

Subparagraph “a” of Article 2 of the abovementioned law provides a legal definition of mediation: Mediation – the process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator, regardless of whether the process is initiated by the parties or on the grounds and according to the procedure determined by law.¹² Also noteworthy is the legal definition of a mediator in Subparagraph “e” of Article 2: Mediator – a natural person registered with the Unified Register of Mediators who meets the requirements of this Law and agrees to conduct mediation, regardless of his/her status and selection/appointment procedure.¹³

The legal definition of a mediator refers to the "Unified Register of Mediators", which requires more specifics. In particular, in terms of innovations in the development of the mediation sector, it is important to note that on 29 November 2019, before the entry into force of the Law “on Mediation”, a Unified Register of Mediators was established based on №1/300 Resolution of the High Council of Justice of Georgia and 55 mediators were registered therein. This can be compared to the so-called accreditation or granting special powers to a mediator, which establishes the legal basis that a mediation case conducted by a mediator registered in the Unified Register, if ended with an agreement, with the consent of the parties, shall be

⁸ Dispute Resolution and Mediation During the Covid-19 Disruption - Maritime and Transport Law Committee, July 2020, <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=CEB54377-412E-40F2-8328-533902295BD8>> [3.09.2021].

⁹ *Kandashvili I.*, Mediation - an Effective Alternative Means of Dispute Resolution, Tbilisi, 2019, 137 (in Georgian).

¹⁰ The Role of the Mediator – WMO, December 2018, <<https://worldmediation.org/role-of-mediator/>> [3.09.2021].

¹¹ Explanatory card on the Draft Law of Georgia “on Mediation”, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089>> [3.09.2021].

¹² Law of Georgia “on Mediation”, GLH, 18/09/2019, Subparagraph “a” of Article 2.

¹³ Ibid, Subparagraph “e”.

enforced in accordance with the rules established by the Civil Procedure Code of Georgia, regardless of whether the process took place within the framework of private mediation or judicial mediation.¹⁴

In terms of innovations, it is also noteworthy that in order to regulate the activities of mediators and universal access to mediation, LEPL “Mediators Association of Georgia” was established on 14 December 2019 and its chairman and members of the Executive Board were elected.¹⁵

3. Advantages of Mediation in Pandemic and Post-Pandemic Conditions

The announcement of the new coronavirus COVID-19 as a pandemic by the World Health Organization on 11 March 2020 has caused an actual paralysis of the world.

The global challenge of contemporaneousness has put the study of the advantages of mediation on the order of the day. This issue is especially relevant from the moment when the world began to struggle with the global problems caused by the difficulties of the pandemic. However, with epidemiological conditions still in their infancy, it is difficult to predict how far COVID-19-caused disputes may reach.¹⁶

With the increase of commercial disputes, businesses are increasingly exploring the legal situation and considering what measures they can take to protect their rights/interests. Given the delays associated with the courts, disputes are often not the best solution for the parties.¹⁷ Under the influence of the negative consequences of COVID-19, the parties found themselves in already existing and expected disputes, regardless of their wishes and intentions. In such a case, the probability of reaching an agreement is much higher, as both parties are unintentional, innocent victims of the circumstances.

In pandemic and post-pandemic conditions, mediation is the best solution and effective process to avoid the overlong litigation, court costs and additional stress. The goal of the parties involved in the process is to achieve the desired result.¹⁸

Mediation has a number of advantages, in particular:

Less time and flexibility – Mediation is a faster and more flexible process compared to litigation. In terms of time, disagreements between the parties can be resolved in a shorter period of time than would be resolved during the court hearing. Mediation is also flexible to the extent that if the parties decide to use mediation during the court proceedings, the court proceedings will be suspended until the mediation is completed. In case of failure to settle the dispute, it is allowed to resume the dispute in court,¹⁹ therefore the process will be resumed from the stage exactly at which it was suspended. Regarding the term, it is also important to

¹⁴ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette 47-48, 14/11/1997, Chapter XLIV¹³ – Enforcement of Mediation Settlement.

¹⁵ Information on LEPL “Mediators Association of Georgia” - “Mediators Association of Georgia”, <<https://mediators.ge/ka/association>> [3.09.2021].

¹⁶ Mediation Law During Covid-19 - CEDR, 2020, <<https://www.cedr.com/mediation-law-during-the-covid-19-pandemic/>> [3.09.2021].

¹⁷ Dispute Resolution and Mediation during the Covid-19 Disruption - Maritime and Transport Law Committee, July 2020, <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=CEB54377-412E-40F2-8328-533902295BD8>> [3.09.2021].

¹⁸ *Folberg J., Golan D., Tsuladze A., (Ed.), Negotiation: Theory, Practice and Law*, Tbilisi, 2018, 284, (in Georgian)

¹⁹ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997, Article 187⁷, Section 2.

note that according to the effective legislation of Georgia, the term of judicial mediation is 45 days, which can be extended by agreement of the parties, while in private mediation the term is fully agreed upon by the parties, although in both cases mediation saves more time than court proceedings.²⁰

Controlled process – the parties have full control over the agreement to be reached, as they negotiate directly and can agree on specific commercial decisions or outcomes under agreed terms. This, unfortunately, will not be achieved in the event of a dispute examination through the courts.²¹

Maintenance of business relations – Forms of dispute resolution can also be assessed in terms of maintaining relationship between the parties. In some cases, it is very important for the parties to resolve the conflict in such a way that it is possible to continue the relationship in the future.²² Mediation helps the parties to focus on communication, which in many cases ensures the maintenance of existing business relationships. This stems from the main purpose of mediation as of an alternative means of dispute resolution, which is manifested in maintaining normal relations for the parties²³

Confidentiality – The mediation process is completely confidential,²⁴ while in the case of a court, the hearings are held in public. Disclosure of the essence of the dispute may even lead to undesirable consequences for the parties. Mediation will ensure confidentiality, maintain a reputation and the long-term nature of the relationship.

Less expenses – Mediation expenses are much lower than those for resolving a case through the courts. It should also be noted that during judicial mediation, in case of completion of the dispute by agreement of the parties, the plaintiff will be reimbursed 70% of the state duty paid by him/her.²⁵ As for private mediation, in this case the remuneration of the mediator's activities is determined by the terms agreed between the parties and the mediator²⁶, which is also much less than the costs incurred by the parties for court proceedings.²⁷

Taking into account all the above-mentioned, a cost advantage of mediation is when the result is achieved by the parties themselves with the help and involvement of a mediator. At this time, it is impossible to attain a result that will not reflect the interests of the parties.

Although one of the mediator's roles in mediation before the pandemic reality was manifested in direct and physical involvement, the pandemic opened up new possibilities for remote mediation.²⁸

²⁰ The Benefits of Mediation and Mediating during Covid-19 lockdown, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].

²¹ Ibid.

²² *Ostermiller M. S., Svensson R. D.*, Alternative Means of Dispute Resolution in Georgia, Tbilisi, 2014, 279 (in Georgian).

²³ *Kandashvili I.*, Mediation - an Effective Alternative Means of Dispute Resolution, Tbilisi, 2019, 34 (in Georgian).

²⁴ *Tsertsvadze G.*, Mediation, Tbilisi, 2010, 35 (in Georgian).

²⁵ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997, Section 2¹ of Article 49.

²⁶ Law of Georgia "on Mediation", GLH, 18/09/2019, Paragraph 1 of Article 11.

²⁷ The Benefits of Mediation and Mediating during Covid-19 lockdown, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].

²⁸ Ibid.

It is hard to deny that technology is causing great transformations in human relationships.²⁹ The use of technology for communication is now a common occurrence that we actively use in both personal and professional life.³⁰

Online mediation occupied a special place among dispute resolution tools. Dispute resolution in this form was created by understanding that virtual relationships of a commercial nature created conflict of a different nature than those created in face-to-face relationships.³¹ Even before the social distancing and similar restrictions imposed by COVID-19 pandemic, the demand for the use of information and communication technology tools outside of e-commerce was growing in various dispute resolution modes, including through mediation. However, it should be noted that such a practice of conducting mediation developed with the gradual and general introduction of technology integration into traditional mediation practice.³²

Remotely conducted mediation also has a number of advantages. In particular, there is no need to postpone mediation until the restrictions are lifted. During mediation, the negotiation process and the opportunity to make decisions are provided, regardless of whether the parties will be in their own home, office or other space. This form of mediation allows the parties, including the mediator, to be in a comfortable and free environment for them and to manage the dispute resolution process. Mediation conducted using a remote platform can also save time and money. For example, the time and expense of travelling to attend a mediation session.³³

Nothing changes in the format of the online mediation process, as both public and private meetings can be held individually with each party. It is also technically possible to use a break and all the procedural means that would be possible during the physical conduct of mediation.³⁴

Online mediation on disputes with highly opposing parties may be a good solution to regulate conflict relationships regardless of a pandemic. Online channels now allow the mediator to manage the process technologically so as to be able to separate the parties in the so-called "online individual rooms". This method also additionally ensures the confidentiality of both the process itself and the communication between the parties.³⁵

When talking about the challenges and benefits of conducting mediation using a remote platform, it is impossible not to mention the effective step timely taken by the Georgian authorities to support the institution of mediation under COVID-19 conditions, in particular: Mediation (remote) was defined as an allowable economic activity in Annex 2 on making amendment to the Resolution № 181 of the Government of Georgia dated 23 March 2020 of Resolution № 211 of the Government of Georgia dated 1 April 2020 "On the Approval of Measures to be Implemented in connection with the Prevention of the Spread of the New Coronavirus (COVID-19) in Georgia". This did not hinder the mediation process that started before the

²⁹ *Rule C.*, Online Dispute Resolution and the Future of Justice, San Jose, California, 2020, 1.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ebner N., Rainey D.*, Online Dispute Resolution and Mediation, Hague, 2020, 2.

³² *Ibid.*

³³ The Benefits of Mediation and Mediating during Covid-19 lockdown, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

pandemic, on the contrary, several mediation agreements have already been reached remotely on similar disputes during the pandemic.³⁶

4. Legal Status of Microfinance Organizations

In developing countries, a large share of the workforce is either self-employed or employed in small and medium-sized businesses. Low-income, self-employed or informally employed people have limited access to unemployment insurance or health insurance. Such individuals were particularly vulnerable to the factors caused by COVID-19. Microfinance institutions play an important role in supporting poor and low-income households and micro-enterprises.³⁷

Today, 40 microfinance organizations³⁸ are registered in Georgia, the registration of which, according to the effective legislation, is carried out by the National Bank of Georgia. Microfinance organizations in Georgia operate in the legal form of a limited liability company or a joint stock company and carry out the activities prescribed for by the laws and are controlled by the National Bank of Georgia.³⁹ It should also be noted that only microfinance organizations are required to include the term "microfinance organization" or the word "MFO" in their legal name.⁴⁰

A microfinance organization differs from other types of financial institutions, including a commercial bank, and the main distinguishing factor is the amount of registration capital. In particular, if the minimum amount of the paid capital for registration as a microfinance organization should not be less than GEL 1,000,000 (one million) to be replenished in cash, in the case of commercial banks the capital is much higher, and the minimum amount is GEL 12,000,000.⁴¹

The activities of microfinance organizations are also different, the list of which is defined by Article 4 of the Law of Georgia "on Microfinance Organizations". In particular, this activity is to issue micro loans, including consumer, pawn, mortgage, unsecured, group or other loans to legal and natural entities, and issue credit payment cards for such purpose.

Although the abovementioned law stipulates a narrow circle of activities for these types of organizations, at the same time, Article 5 additionally stipulates the maximum amount of the loans to be issued. In particular, the amount of the loan issued to a single borrower should not exceed GEL 100,000 (one hundred thousand). The word "micro-credit" itself, which derives from the provision of Article 5 of the law, is significant. Micro – is a relatively small amount of loans, which is not found in the form of a similar restriction on the loans issued by commercial banks.

In order to develop and support Georgian microfinance organizations, a membership-based non-profit (non-commercial) legal entity – N(N)LE "Microfinance Association" was esta-

³⁶ Mediation - When a dispute turns into an agreement, Tbilisi City Court, September, 2020, <<https://tcc-court.ge/ka/News/mediacia---roca-dava-sheTanxmebad-iqceva>> [3.09.2021].

³⁷ The Impact of COVID-19 on the Efficiency of Microfinance Institutions – NCBI, 2020, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7521446/>> [3.09.2021].

³⁸ Non-bank Institutions Registered in Georgia - the National Bank of Georgia, <<https://www.nbg.gov.ge/index.php?m=529>> [3.09.2021].

³⁹ Law of Georgia "on Microfinance Organizations", GLH, 30, 18/07/2006, Section 1 of Article 3.

⁴⁰ Ibid, Section 3.

⁴¹ №61/04 Decree of the President of the National Bank of Georgia, GLH, 03/05/2017.

blished in 2009. The association aims to develop and strengthen the microfinance sector, as well as to protect the rights and interests of microfinance organizations and to facilitate the coordination of activities.⁴² As of today, the Association unites 21 microfinance organizations registered and operating in Georgia.⁴³

5. Effectiveness of Mediation in Loan-related Disputes Against Microfinance Organizations

Article 1873 of the Civil Procedure Code of Georgia provides for a list of disputes subject to mandatory judicial mediation. In particular, according to subparagraph “c4” of the first section of the mentioned article, judicial mediation can be applied on disputes arising from loan agreements (including electronically concluded loan agreements) concluded by Georgian banking institutions, microfinance organizations and non-bank depository institutions, if dispute subject value does not exceed GEL 10000.⁴⁴

In addition, the judge has the authority granted under the law to assess in advance the circumstances relevant to the case and to transfer the abovementioned case to the mediator without the consent of the parties. As for the case where private mediation has already been used by the parties to the same dispute and it has ended in vain, in such a case the judge decides to transfer the case to the mediator only with the consent of the parties.⁴⁵

It is important to note that the post-pandemic period has had a positive effect on loan-related disputes against microfinance organizations, which in turn was found to be acceptable and authentic to borrowers.

Based on the public information provided by N^o2-0414/4404673 Letter issued by the Tbilisi City Court on 26 February 2021, it is clear that according to the statistics of 2020, 61 loan-related disputes were examined last year, where microfinance organizations were represented as one of the parties. These disputes were transferred to the mediators within the framework of compulsory mediation. 80% of the loan-related disputes transferred to the Tbilisi Mediation Center completed with an agreement. This figure is impressive, as the public information provided by the Mediation Center of the Tbilisi City Court also confirms that mediation is effective in legal obligatory relations, and the total figure of their settlement is 70%.⁴⁶

Given that each dispute between the parties is individual, the scope of the settlement also varies from case to case.

On 22 October 2020, LEPL “Mediators Association of Georgia” and “Global Compact Network Georgia” organized a meeting with representatives of the business sector on the topic “Mediation – a dispute resolution tool having no alternative in the business sector”.⁴⁷ The CEO of

⁴² Activities of the Microfinance Association of Georgia - Microfinance Association of Georgia, <<http://www.-microfinance.ge/activities/>> [3.09.2021].

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997, Subparagraph „c4“ of Section 1 of Article 187³.

⁴⁵ Ibid, Section 3 of Article 187³.

⁴⁶ N^o2-0414/4404673 Letter Issued by the Tbilisi City Court, 26 February 2021.

⁴⁷ Mediation and Business: a Dispute Resolution Tool Having no Alternative, Mediators Association of Georgia, October, 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/mediacia-da-biznesi-davis-gadawyvetis-alternatiuli-meqanizmi/66>> [3.09.2021].

one of the microfinance organizations participating in the meeting, namely of “Eurocredit”, spoke in an official interview with journalists about mediation and noted that several loan-related disputes, which have been going on in court for years, were settled within a month with the help of mediators. The fact that the microfinance sector has started to use mediation was also highlighted, thus saving time, costs and as a result both parties have benefited.⁴⁸

Along with the settlement statistics, the interest of the microfinance sector in mediation is also evidenced by the introductory meeting held in October 2020 between LEPL “Mediators Association of Georgia” and N(N)LE “Microfinance Association”, followed by the signing of a memorandum of cooperation between the associations on 22 October of the same year. Under the memorandum the Contracting Parties agreed on joint projects to be implemented, aimed at introducing and promoting the mediation as a new dispute resolution tool for Georgian and foreign business entities operating in Georgia in the microfinance sector. Specific steps and future joint initiatives for representatives of microfinance organizations were also planned in the framework of the memorandum.⁴⁹

The Covid Pandemic has contributed to the slowdown in global economic growth and the world economy has also faced to a large-scale crisis. The current situation, in its turn, has affected the business sector, including financial institutions.

It should be noted that the post-pandemic period has made the parties to the loan dispute more negotiable with each other. Mediation, for pandemic-affected parties to such disputes, is a means of recovering and rehabilitating the current crisis situation. №02.03.21/1-40 Letter of the microfinance organization registered in Georgia JSC “MFO Euro Credit” dated 1 March 2021, indicates that the company does not provide statistics on settled disputes, which in its turn makes it impossible to determine the exact percentage of settlements, although in the event of a reasonable offer from the borrowers, the dispute with the party is for the most part settled amicably. Cases are settled not only within the courts, arbitration and mediation, but also at the enforcement stage.

Microfinance organizations are more actively involved in the mediation process, and the pandemic has changed their attitudes towards borrowers, making them more loyal to them, as well as laying the groundwork for an individual study of the borrower's condition.⁵⁰ This applies to those who have been directly affected, lost a job or other source of income. In this regard, the report published by the International Labor Organization (ILO) is noteworthy, according to which in 2020 114 000 000 people lost their jobs in the global crisis.⁵¹

As for the scope of the settlement, it depends entirely on the contractual relationship between the parties and the individual agreement, which in turn is confidential. According to the information issued by JSC “MFO Euro Credit” on the basis of №02.03.21/1-40 Letter dated 1

⁴⁸ Working Meeting with CEO of the Microfinance Association - Mediators Association of Georgia, October 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/irakli-yandashvilis-samushao-shexvedra-saqartvelos-miksosafinanso-asociaciis-agmasrulebel-direqtortan-baton-iuri-lebanidzestan/59>> [3.09.2021].

⁴⁹ Memorandum of Cooperation has been Signed by and Between Mediators Association of Georgia and Microfinance Association of Georgia - Mediators Association of Georgia, October 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/saqartvelos-mediartorta-asociaciasa-da-saqartvelos-miksosafinanso-asociacias-shoris-urtiettanamshromlobis-memorandumi-gaformda/68>> [3.09.2021], (in Georgian)

⁵⁰ №02.03.21/1-40 Public Letter Issued by JSC “MFO Euro Credit” for the Purposes of this Study, 01/03/2021.

⁵¹ COVID-19 and the World of Work, 7th ed., ILO, January 2021, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf> [3.09.2021].

March 2021, without identifying the cases and the borrowers, it is possible to form a general pattern of what the terms of settlement of the parties to the loan-related dispute may be. As a rule, the scope of the settlement depends on the type of loan issued and the solvency of the borrower, as well as whether the loan is secured or not.

The terms of the settlement are always individual and are based on the contractual relationship with the borrower. The scope of the settlement depends on several factors, including, as already mentioned, the solvency of the borrower and the extent to which a party consents to a mediation agreement.⁵²

Through mediation settlement between the parties, the following terms are often agreed upon:

a) Adjustment of loan amounts in order to reduce its amount. In such a case, it is possible for the borrower to reduce/cancel the overdue interest (penalty), as well as to reduce the interest accrued on it, as well as to adjust the principal debt in some cases. A principal debt adjustment may occur only if the loan is unsecured, and/or a short-term loan is issued, and/or if the party agrees to repay the amount in total;⁵³

b) Drafting a new payment schedule, both with and without loan adjustments. In this case, the loan repayment terms are changed according to the dates favourable for the parties⁵⁴. It should be noted, however, that the history of each borrower's payments and the cause-and-effect relationship with the delay must be taken into account. Especially if the borrower has previously been a prompt payer and is unable to meet his/her obligations due to deteriorating financial condition. This factor leads to a loyal attitude towards him/her and the terms offered by the microfinance organization towards such borrowers are more concessive.⁵⁵

Nº02.03.21/1-40 Letter of JSC "MFO Euro Credit" dated 1 March 2021 also responds to the challenges related to loan-related disputes, on the basis of which it can be said that a uniform practice is to be introduced in the procedural and technical part regarding judicial mediation, which will be the guidelines for each judge or employee of the mediation center.

The issue of search for borrowers, the so-called defendants is also a significant challenge, which is a hindrance, not only in terms of delivery of the relevant suit documents to them, but also completely excludes the participation of defendants in mandatory mediation in loan category disputes.⁵⁶

The post-epidemiological situation has made it clear that due to the loan obligation both parties to the dispute are making reasonable concessions and settling similar loan-related disputes amicably. This is the best solution for both parties in the created situation.

6. Conclusion

The purpose of this article was to demonstrate the effectiveness of the Mediation Institute towards the loan-related disputes with microfinance organizations during the post-pandemic situation caused by COVID-19.

⁵² Nº02.03.21/1-40 Letter Issued by JSC "MFO Euro Credit", 01/03/2021.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

The study has shown that mediation is exactly the tool that provides for the parties involved in such disputes and affected by pandemic the recovery and improvement of the existed situation. Deciding on mediation is an acceptable solution for both parties in the created situation. Under the mediation agreement, on the one hand, the borrower receives the terms of repayment of the loan obligation tailored to him/her, while the microfinance organization is guaranteed to receive from the borrower even a small amount, not to mention the time and costs saved through mediation.

The post-pandemic situation has had a positive impact on the amicable settlement of debt obligatory disputes. Mediation proved to be an effective and flexible process for the parties in the created situation.

The study made it possible to identify the challenges that arise during mediation on similar loan-related disputes. It should also be noted that legal proceedings for loan overdue caused by the COVID-19 pandemic have just begun and it is possible that, in most cases, the relevant proceedings have not even begun on a large scale. Increasing the intensity of mediation cases on loan-related disputes will lead to further intensification of the loyal involvement of microfinance institutions in mediation, while a solvent borrower, even with a minimum payment, will ensure the sustainability of the sector in the face of crisis resolution. In the event of a dispute being settled through mediation and the loyalty of microfinance organizations, it is ensured that the outcome is tailored to the interests of the borrowers, thus not worsening their credit history.

Bibliography:

1. Civil Procedure Code, Parliamentary Gazette, №47-48, 14/11/1997.
2. Law of Georgia “on Microfinance Organizations”, GLH, №30, 18/07/2006.
3. Law of Georgia “on Mediation”, GLH, 18/09/2019.
4. Explanatory card on the draft Law of Georgia “on Mediation”, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089>> [3.09.2021].
5. Activities of the Microfinance Association of Georgia – Microfinance Association of Georgia <<http://www.microfinance.ge/activities/>> [3.09.2021] (in Georgian).
6. Coleman P. T., Deutsch M., Marcus E. C. (eds.), Conflict Resolution (Theory and Practice), 3rd ed., Jossey-Bass, New-York, 2014, 25.
7. COVID-19 and the World of Work. 7th ed., ILO, January 2021, <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_767028.pdf> [3.09.2021].
8. Commercial Mediation in the UAE and the Laws Concerning Mediation UAE., 2019, HeinOnline, <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/counco6&div=24&id=&page=>> [03.09.2021].
9. Dispute Resolution and Mediation During the Covid-19 Disruption – Maritime and Transport Law Committee, July 2020, <<https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=CEB54377-412E-40F2-8328-533902295BD8>> [3.09.2021].
10. Ebner N., Rainey D., Online Dispute Resolution and Mediation, Hague, 2020, 2.
11. Folberg J., Golan D., Tsuladze A. (ed.), Negotiation: Theory, Practice and Law, Tbilisi, 2018, 284 (in Georgian).
12. Mediation – When a Dispute Turns Into an Agreement, Tbilisi City Court, September 2020, <<https://tcc.court.ge/ka/News/mediacia---roca-dava-sheTanxmebad-iqceva>>[3.09.2021] (in Georgian).
13. Mediation Law During Covid-19 – CEDR, 2020, <<https://www.cedr.com/mediation-law-during-the-covid-19-pandemic/>> [3.09.2021].

14. Mediation and Business: a Dispute Resolution Tool Having no Alternative, Mediators Association of Georgia, October, 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/mediacia-da-biznesi-davis-gadawyvetis-alternatiuli-meqanizmi/66>> [3.09.2021] (in Georgian).
15. Members of the Microfinance Association of Georgia – Microfinance Association of Georgia, <<http://www.microfinance.ge/activities/>> [3.09.2021] (in Georgian).
16. Non-bank Institutions Registered in Georgia, The National Bank of Georgia, <<https://www.nbg.gov.ge/index.php?m=529>> [3.09.2021] (in Georgian).
17. *Kandashvili I.*, Mediation – an Effective Alternative Means of Dispute Resolution, Tbilisi, 2019, 34, 137 (in Georgian).
18. *Ostermiller M. S., Svensson R. D.*, Alternative Means of Dispute Resolution in Georgia, Tbilisi, 2014, 279 (in Georgian).
19. On Signing the Memorandum of Cooperation by and Between Mediators Association of Georgia and Microfinance Association of Georgia – Mediators Association of Georgia, October 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/saqartvelos-mediatora-asociaciada-saqartvelos-miksosafinanso-asociacias-shoris-urtietanamshromlobis-memorandumi-gaformda/68>> [3.09.2021] (in Georgian).
20. On LEPL “Mediators Association of Georgia” – Mediators Association of Georgia <<https://mediators.ge/ka/association>> [3.09.2021] (in Georgian).
21. *Rule C.*, Online Dispute Resolution and the Future of Justice, San Jose, California, 2020, 1.
22. The Benefits of Mediation and Mediating during Covid-19 lockdown, Furley Page, May 2020, <<https://www.furleypage.co.uk/insights/law-updates/the-benefits-of-mediation-and-mediating-during-covid-19-lockdown/>> [3.09.2021].
23. The Role of the Mediator – WMO, December 2018, <<https://worldmediation.org/role-of-mediator/>> [3.09.2021].
24. The Impact of COVID-19 on the Efficiency of Microfinance Institutions – NCBI, 2020, <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7521446/>> [3.09.2021].
25. *Themaladze S.*, Mediation in Georgia from Tradition to Contemporaneousness, Tbilisi, 2016, 7 (in Georgian).
26. *Tsertsvadze G.*, Mediation, Tbilisi, 2010, 35 (in Georgian).
27. *Tsuladze A.*, Comparative Analysis of Georgian Judicial Mediation, Tbilisi, 2017, 25 (in Georgian).
28. *Zartman W.*, Negotiation and Conflict Management, Essays on Theory and Practice, Routledge, London, New York, 2008, 7.
29. Working meeting with CEO of the Microfinance Association – Mediators Association of Georgia, October 2020, <<https://mediators.ge/ka/article/irakli-yandashvilis-samushao-shexvedra-saqartvelos-miksosafinanso-asociaciis-agmasrulebel-direqtortan-baton-iuri-lebanidzestan/59>> [3.09.2021].
30. №61/04 Decree of the President of the National Bank of Georgia, GLH, 03/05/2017 (in Georgian).
31. №2-0414/4404673 Letter issued by the Tbilisi City Court, 26/02/2021 (in Georgian).
32. №02.03.21/1-40 Public letter issued by JSC “MFO Euro Credit” for the purposes of this study, 01/03/2021 (in Georgian).

ვენის კონვენცია სახელშეკრულებით სამართლის შესახებ, როგორც საინვესტიციო ხელშეკრულების ნორმების განმარტების წყარო ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავისას

ოქმბხივი საერთაშორისო საინვესტიციო ხელშეკრულებები საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის მთავარი მამოძრავებელი ძალაა. საინვესტიციო ურთიერთობის კომპლექსურობიდან გამომდინარე კი, ხშირად წახმობიშობა დავა უცხოელ ინვესტორსა და მასპინძელ სახელმწიფოს შორის, რომლის გადაწყვეტის ყველაზე ეფექტური მექანიზმად საერთაშორისო საარბიტრაჟო გვევლინება. დავის განხილვისას დიდ გამოწვევას წახმოადგენს საინვესტიციო ხელშეკრულების ბუნდოვანი ნორმები, მის საფუძველზეც უნდა გადაწყდეს მხარეთა შორის დავა. აღნიშნულის განსამარტად კი, აუცილებელია სათანადო სახელმძღვანელო პრინციპების ახსნა, ხასაც უზრუნველყოფს ვენის კონვენცია სახელშეკრულებით სამართლის შესახებ. ვენის კონვენციით შემოთავაზებულია ნორმის განმარტების თანმიმდევრული მიდგომები, რომელიც მნიშვნელოვან გამოყენებას ჰპოვებს ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის დავის გადაწყვეტისას საინვესტიციო საარბიტრაჟო გიბუნადის მიეხ.

საკვანძო სიტყვები: ვენის კონვენცია სახელშეკრულებით სამართლის შესახებ, ოქმბხივი საინვესტიციო ხელშეკრულება, ნორმის განმარტება, საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავა.

1. შესავალი

საინვესტიციო არბიტრაჟში საერთაშორისო სამართლის პრინციპების გამოყენება, რომელიც დღესდღეობით ერთხმად მხარდაჭერილია, ხანგრძლივი დროის განმავლობაში წარმოადგენდა განხილვის საგანს.¹ საინვესტიციო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული არბიტრაჟი უშუალოდ არის დაკავშირებული საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალთან. უდავოა ის გარემოება, რომ დღესდღეობით საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალი მოიცავს არა მხოლოდ კერძო სახელშეკრულებით ურთიერთობას უცხოელ ინვესტორსა და მასპინძელ სახელმწიფოს შორის, არამედ ის ასევე დაფუძნებულია საერთაშორისო სახელშეკრულებით სამართლის ძირითად პრინციპებზე. აგრეთვე, ნაწილობრივ საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალსა და სამართლის ზოგად პრინციპებს.²

საერთაშორისო საინვესტიციო ხელშეკრულებები უნდა უზრუნველყოფდეს ინვესტორთა უფლებების დაცვას მაქსიმალურად.³ მასპინძელ სახელმწიფოსა და უცხოელ ინვესტორს შორის ურთიერთობის დასარეგულირებლად საინვესტიციო ხელშეკ-

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი.

¹ Zarra G., *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, G. Giappichelli Torino, Eleven International Publishing, Torino, 2017, 109.

² *De Brabandere E.*, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 17.

³ *Basener N.*, *Investment Protection in the European Union (Considering EU law in Investment Arbitrations arising from intra-EU and extra-EU Bilateral Investment Agreements)*, Nomos, Baden-Baden, 2017, 54.

რულება შეიცავს უცხოელი ინვესტორისადმი მოპყრობის ვრცელ სტანდარტებს. აღნიშნული სტანდარტების მიხედვით მოეთხოვება მასპინძელ სახელმწიფოს მოეპყრას უცხოელ ინვესტორს. ეს სტანდარტები ქმნის თანამედროვე საერთაშორისო ინვესტიციების დაცვის საფუძველს.⁴ საინვესტიციო ხელშეკრულებებით მოწესრიგებულია ისეთი პრინციპები, როგორცაა, მაგალითად: ექსპროპრიაცია, სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის სტანდარტი,⁵ ეროვნული მოპყრობის სტანდარტი,⁶ კეთილსინდისიერების პრინციპი და უპირატესი ხელშეწყობის პრინციპი.⁷⁸

თუმცა, დასახელებული სტანდარტები უმრავლეს შემთხვევაში გაურკვეველი და ბუნდოვანია. პრინციპები იშვიათად არის განმარტებული საინვესტიციო ხელშეკრულებების ტექსტში, რაც დავის წარმოშობის შემთხვევაში საარბიტრაჟო ტრიბუნალის ხელთ რჩება.⁹ ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებით მოცემული დათქმა ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის საინვესტიციო არბიტრაჟით დავის გადაწყვეტის შესახებ, ინვესტორს ლეგიტიმურ მოლოდინს უქმნის, რომ მისი უფლებების დარღვევის შემთხვევაში, მისი ინტერესები იქნება დაცული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ბუნდოვანი პრინციპების სათანადოდ განმარტების მეშვეობით.¹⁰

ვენის კონვენცია სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ¹¹ კი მნიშვნელოვან როლს ასრულებს საერთაშორისო ხელშეკრულებების განმარტების თვალსაზრისით. საინვესტიციო ხელშეკრულების განმარტებისას მიმართავენ იმ ძირითად წესებს, რომლებიც დარეგულირებულია ვენის კონვენციის 31-ე, 32-ე და 33-ე მუხლებით. კონვენციის 31-ე მუხლში მოცემული არის ხელშეკრულების განმარტების ზოგადი წესები. 32-ე მუხლი განსაზღვრავს განმარტების ე.წ. დამატებით საშუალებებს, როდესაც ხელ-

⁴ Schreuer Ch., Introduction: Interrelationship of Standards, in: Reinisch A. (ed.), Standards of Investment Protection, Oxford University Press, Oxford, 2008, 10.

⁵ სამართლიანი და თანაბარი მოპყრობის პრინციპი აბსოლუტური სტანდარტია. საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის ფარგლებში ტერმინი „სამართლიანი“ გულისხმობს: რამდენად სწორად ახორციელებს ინვესტიციის მიმღები სახელმწიფო მოგებისა და ხარჯების განაწილებას გამოსაყენებელი სამართლის საფუძველზე, ინვესტორი რითი კომპენსირდება რაიმეს გაცემის ან დათმობის სანაცვლოდ, გარანტირებულ უფლებებს რამდენად სათანადოდ უზრუნველყოფს სახელმწიფო ინვესტიციის განხორციელების ნებისმიერ ეტაპზე. ტერმინი „თანაბარი“ კი მოიცავს უცხოელი ინვესტორისა და მასპინძელი სახელმწიფოს საჯარო ინტერესებს შორის რაციონალური ბალანსის დაცვას, წყარო: *ცეხცვაძე გ.*, შესავალი საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში, მერიდიანი, თბილისი, 2013, თბ., 102.

⁶ ეროვნული მოპყრობის პრინციპი შედარებითი სტანდარტია. აღნიშნული მოითხოვს უცხოელი ინვესტორის მიმართ განხორციელებულ მოპყრობას ადგილობრივი ინვესტორის მსგავსად. წყარო: *Galea I., Biris B.*, National Treatment in International Trade and Investment Law, Acta Juridica Hungarica, №2, Academia Kiado, Budapest, 2014, 179.

⁷ სახელმწიფომ იმაზე ნაკლებად ხელსაყრელი პირობები არ უნდა გაავრცელოს საინვესტიციო ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფოს ინვესტორსა და ინვესტიციაზე, ვიდრე ის ავრცელებს საკუთარ და მესამე სახელმწიფოს ინვესტორებზე. წყარო: *Ziegler A., Asif Q.*, International Economic Law, Third Edition, Thomson Reuters, London, 2011, 507.

⁸ *Trujillo E.*, Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from Trade Regime, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue 8, Boston College Law School, Boston, 2739.

⁹ *Salacuse J.*, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010, 139.

¹⁰ *Marsahal M.*, Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 17, №1, Pepperdine University, Malibu, 2017, 244.

¹¹ ვენის კონვენცია სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ, 23/05/1969.

შეკრულების ნორმები გაურკვეველი და ბუნდოვანია. ხოლო, 33-ე მუხლი მიემართება იმ ხელშეკრულებების განმარტებას, რომლებიც ავთენტურია ორ ან მეტ ენაზე.¹²

ვენის კონვენციას დიდი მნიშვნელობა გააჩნია საქართველოსთვის (საქართველო ვენის კონვენციას მიუერთდა 1995 წელს და ამოქმედდა ამავე წლის 8 ივლისს), როგორც ინვესტიციებისთვის მიმზიდველი სახელმწიფოსთვის, რომლის მიერ მრავალი ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებაა გაფორმებული. საქართველოს მიერ გაფორმებული ყველა ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებით დავის გადაწყვეტის მექანიზმად განსაზღვრულია არბიტრაჟი, რომლის მიერაც უნდა განხორციელდეს ნორმების განმარტება. ეს უკანასკნელი კი გარდამტეხ როლს ასრულებს საინვესტიციო სამართლებრივი გარემოს ჩამოყალიბებაში.

წინამდებარე სტატიაში პირველ თავში განხილულია ვენის კონვენციის მნიშვნელობა საქართველოსთვის. შემდგომ – მეორე, მესამე და მეოთხე – თავებში მიმოხილულია ვენის კონვენციით გათვალისწინებული ნორმის განმარტებისთვის მოცემული მარეგულირებელი მუხლების შინაარსი და მათი გამოყენების შესაძლებლობები, საინვესტიციო საარბიტრაჟო საქმეების მაგალითზე. საბოლოოდ კი, შეჯამებული იქნება ვენის კონვენციის გამოყენების პრაქტიკული მახასიათებლები და მისი გავლენა საარბიტრაჟო საინვესტიციო არბიტრაჟში.

2. ვენის კონვენციის მნიშვნელობა საქართველოსთვის საინვესტიციო ხელშეკრულების ნორმების თვალსაზრისით

საქართველო მსოფლიოში ერთ-ერთ მონინავე ადგილს იკავებს უცხოური ინვესტიციების მიმზიდველობის თვალსაზრისით. საინვესტიციო კლიმატი საქართველოში ხელსაყრელია, რადგან არსებული მექანიზმები ორიენტირებულია ინვესტორების მხარდაჭერაზე.¹³

საქართველოს მიერ გაფორმებულია 36 ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულება. აღნიშნულიდან 32 ხელშეკრულება ძალაშია შესული, 3 – ხელმოწერილია, მაგრამ ძალაში არ არის შესული (არაბეთის გაერთიანებული ემირატები, თურქეთი, ეგვიპტე), ხოლო იტალიასთან შეწყვეტილია ხელშეკრულება. საყურადღებოა, რომ საქართველოს მიერ გაფორმებული ყველა ორმხრივი საერთაშორისო საინვესტიციო ხელშეკრულება ითვალისწინებს დავის გადაწყვეტის მექანიზმად ვაშინგტონის საერთაშორისო საინვესტიციო დავების განმხილველ ცენტრს. რაც გულისხმობს იმას, რომ თუ უცხოელი ინვესტორის იმ ქვეყნის მოქალაქეა, რომელთანაც საქართველოს აქვს გაფორმებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულება, მაშინ უცხოელ ინვესტორმა დავის წარმოშობის შემთხვევაში უნდა მიმართოს ვაშინგტონის საინვესტიციო დავების განმხილველ ცენტრს.

ამასთან, ვენის კონვენციის მნიშვნელობას ის გარემოება ზრდის, რომ საქართველო მსოფლიოში ერთ-ერთ მონინავე ადგილს იკავებს უცხოური ინვესტიციების მიმზიდველობის თვალსაზრისით.¹⁴ შესაბამისად, იმის გათვალისწინებით, რომ საქარ-

¹² Salacuse, J., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, New York, 2010, 139.

¹³ *Doing Business 2019*, A World Bank Group Flagship Report, 16th Edition, The World Bank, Washington DC, 2019, 5.

¹⁴ იქვე.

თველოში დიდი ოდენობით ინვესტიციის შემოდინებაა, ალბათობაც არსებობს იმისა, რომ ინვესტორები თუ მიიჩნევენ, რომ მათი უფლებები დაირღვა, დავის განსახილველად მიმართავენ საერთაშორისო არბიტრაჟს.

ორ სახელმწიფოს შორის გაფორმებული საინვესტიციო ხელშეკრულებით, როდესაც გათვალისწინებულია დავის გადაწყვეტა არბიტრაჟის მეშვეობით, უცხოელ ინვესტორსა და ბენეფიციარ სახელმწიფოს შორის დავის წარმოშობის შემთხვევაში მათ ურთიერთობაზე ვრცელდება ბენეფიციარ სახელმწიფოსა და უცხოელი ინვესტორის სახელმწიფოს შორის დადებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულება (რასაც იყენებს საარბიტრაჟო ტრიბუნალი დავის განხილვისას).

აღნიშნულთან ერთად, ვენის კონვენციის გამოყენების დიდი შანსი არსებობს საქართველოს მონაწილეობით არსებულ საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავებში, რადგან საქართველოს მიერ გაფორმებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების ნორმები ხშირ შემთხვევაში ბუნდოვანია ან ფართოდ არის მოწესრიგებული (მაგალითად, ფართოდ არის რეგულირებული არაპირდაპირი ექსპროპრიაციის ფორმულირება, რაც საფრთხის შემცველია, რადგან ნებისმიერი სახელმწიფო რეგულირება შესაძლოა დაკვალიფიცირდეს არაპირდაპირ ექსპროპრიაციად, თუნდაც ის მოიცავდეს საჭარო ინტერესს).¹⁵

აქედან გამომდინარე, ვენის კონვენცია საქართველოსთვის მნიშვნელოვან სამართლებრივ დოკუმენტს წარმოადგენს იმის გათვალისწინებით, რომ საინვესტიციო არბიტრაჟში მასპინძელ სახელმწიფოსა და უცხოელ ინვესტორს შორის წარმოშობილი დავის გადაწყვეტისას არბიტრაჟი უპირატესად ხელმძღვანელობს მიმღებ სახელმწიფოსა და ინვესტორის სახელმწიფოს შორის გაფორმებული ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებით, ასეთის არსებობის შემთხვევაში.

3. ნორმის განმარტება ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის შესაბამისად

საარბიტრაჟო ტრიბუნალები საინვესტიციო ხელშეკრულების ნორმების განმარტებას თავდაპირველად იწყებენ ვენის კონვენციის 31-ე მუხლით. კონვენცია განმარტების ზოგადი წესისთვის განსაზღვრავს, რომ ხელშეკრულება უნდა განიმარტოს კეთილსინდისიერად. ე.ი., ჩვეულებრივი მნიშვნელობის შესაბამისად, ხელშეკრულების შინაარსისა და მისი ობიექტიდან და მიზნებიდან გამომდინარე.¹⁶ აღნიშნული მუხლის პირველი პუნქტი ადგენს ნორმის განმარტების ძირითად წესებს. კერძოდ, „ხელშეკრულება უნდა განიმარტოს კეთილსინდისიერად, ჩვეულებრივი მნიშვნელობის შესაბამისად, რომელიც ხელშეკრულების ტერმინებს უნდა მიეცეს მათ კონტექსტში და ასევე გამომდინარე ხელშეკრულების ობიექტიდან და მიზნებიდან“. მოცემული ნორმა გამოყოფს ხელშეკრულების განმარტების ოთხ ძირითად ელემენტს: 1. ხელშეკრულების ტექსტი; 2. ნორმების ჩვეულებრივი მნიშვნელობა; 3. ხელშეკრულების ნორმების მნიშვნელობა; 4. ხელშეკრულების მიზანი და დანიშნულება.¹⁷

¹⁵ ვეკუა გ., საქართველოს ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების პოლიტიკურ-სამართლებრივი ანალიზი, თბ., 2016, 4.

¹⁶ Kaufmann-Kohler G., Interpretation of Treaties: How Do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties, in: *Mistelis L., Lew J. (eds.), Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 258.

¹⁷ Salacuse, J., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, New York, 2010, 139.

ვენის კონვენცია აშკარად აღიარებს იმას, რომ ხელშეკრულების ნორმის განმარტება უნდა განხორციელდეს ჩვეულებრივი მნიშვნელობის შესაბამისად მათი შინაარსის გათვალისწინებით. ნორმის განმარტებისას ადგენენ „ჩვეულებრივი მნიშვნელობის“ ნუსხას მისი შინაარსის განსასაზღვრად, რათა ხსენებული სიიდან მიუსადაგონ ყველაზე სათანადო ჩვეულებრივი მნიშვნელობა. მაგრამ, ხშირად ამგვარი მიდგომა არ ამართლებს. ამიტომ, უმჯობესი იქნებოდა, რომ ნორმის ფორმულირება უფრო კონკრეტული იყოს.¹⁸

ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის პირველი პუნქტით ნათლად არის დადგენილი, რომ ნორმა არ უნდა განიმარტოს მანამ, სანამ არ განისაზღვრება მისი შინაარსი. ე.ი., ნორმის შინაარსს აქვს უპირატესი ძალა სიტყვებსა და წინადადებებთან შედარებით, რადგან მათ არ გააჩნიათ დამოუკიდებელი მნიშვნელობა. ამასთან, ვენის კონვენციის მიხედვით, დავა უნდა გადაწყდეს ხელშეკრულების პირობების შესაბამისად.¹⁹ საქმეზე *Siemens AG v. Argentine Republic*²⁰ ტრიბუნალმა აღნიშნა, რომ ხელშეკრულება არ უნდა განიმარტოს არც ლიბერალურად და არც მკაცრად, რადგან ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული ფორმულირება ამას არ ითვალისწინებს. ტრიბუნალმა უნდა იხელმძღვანელოს ხელშეკრულების მიზნის შესაბამისად, როგორც ეს გამომხატულია ხელშეკრულების დასახელებაში და პრეამბულაში, რათა ხელი შეეწყოს ინვესტიციების წახალისებასა და დაცვას.²¹

ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის მე-2 პუნქტი განსაზღვრავს, თუ რა მოიაზრება ხელშეკრულების ტექსტში. აღნიშნული მუხლის მიხედვით, „ხელშეკრულების განმარტების მიზნისათვის, მისი შინაარსი, ხელშეკრულების ტექსტის, პრეამბულისა და დანართების გარდა მოიცავს: ა) ნებისმიერ შეთანხმებას, რომელიც ხელშეკრულებასთანაა დაკავშირებული და რომელიც მიღწეული იყო ყველა მხარეს შორის ხელშეკრულების გასაფორმებლად; ბ) ნებისმიერ დოკუმენტს, რომელიც შედგენილია ერთი ან რამდენიმე მხარის მიერ ხელშეკრულებების დადებასთან დაკავშირებით და სხვა სახელმწიფოებმა მიიღეს იგი, როგორც ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული დოკუმენტი.“²² მნიშვნელოვან საკითხს წარმოადგენს ამავე მუხლში დასახელებულ ყველა დოკუმენტს ერთნაირი სტატუსი და ავტორიტეტი გააჩნია თუ არა. ამის განსახილველად აუცილებელია დადგინდეს, თუ პირდაპირ რას გამოხატავს ეს ნორმა.²³ კონვენციის 31-ე მუხლის მე-2 პუნქტი აშკარად განსაზღვრავს, რომ კონტექსტის გარეშე სიტყვებს ვერ მიენიჭება მნიშვნელობა. ეს კი მოიცავს არა მხოლოდ ხელშეკრულების ტექსტს (მათ შორის ნებისმიერ პრეამბულას და დამატებას), არამედ ყველა სხვა შეთანხმებას ან

¹⁸ *Regan H.D., Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using “Sources for Treaty Interpretation”, in: Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1052.*

¹⁹ *Rubino-Sammartano M., International Arbitration Law and Practice, Third Edition, JurisNet, New York, 2014, 1581.*

²⁰ ვაშინგტონის საერთაშორისო საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავების განმხილველი ცენტრის 2007 წლის 6 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case №ARB/02/8.

²¹ *Rubino-Sammartano M., International Arbitration Law and Practice, Third Edition, JurisNet, New York, 2014, 1581-1582.*

²² *Regan H.D., Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using “Sources for Treaty Interpretation”, in: Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1050.*

²³ იქვე, 1052.

დოკუმენტს, რომლებიც მიიღება ყველა მხარის მიერ. ნორმის განმარტება არ უნდა შემოიფარგლოს მხოლოდ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული შეზღუდული კონტექსტით. აღსანიშნია, რომ 31-ე მუხლის მე-2 პუნქტით დასახელებული სამართლებრივი დოკუმენტები არის 31-ე მუხლის პირველ პუნქტში მითითებული კონტექსტის ნაწილი, რაც ერთ მთლიანობაში უნდა განიხილებოდეს.²⁴

რაც შეეხება, კონვენციის 31-ე მუხლის ბოლო ნაწილს, მე-3 პუნქტი მიუთითებს იმაზე, რომ კონტექსტთან ერთად მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული მხარეთა შორის ნებისმიერი შეთანხმება, პრაქტიკა და საერთაშორისო სამართლის ნებისმიერი შესაბამისი ნორმა. იქიდან გამომდინარე, რომ ტერმინებისთვის მნიშვნელობის მინიჭებამდე უნდა დადგინდეს ნორმის კონტექსტი, მაშინ ის წინაპირობები, რაც გათვალისწინებულია ვენის კონვენციის 31(1) მუხლით, უნდა გამოიყენონ ამ შემთხვევაშიც. ეს მოსაზრება ასევე განმტკიცებულია საერთაშორისო სამართლის კომისიის მიერ. ამ უკანასკნელმა აღნიშნა, რომ 31-ე მუხლის მე-3 პუნქტის დასაწყისი ფრაზა „კონტექსტთან ერთად მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული“ მოცემულია იმისთვის, რომ მე-3 პუნქტში მოცემული ელემენტები განიხილონ პირველ პუნქტთან მიმართებით.²⁵

კერძოდ, კონვენციის 31-ე მუხლის მე-2 პუნქტითა და მე-3 პუნქტის „ა“ და „ბ“ ქვეპუნქტებით განსაზღვრულია ავთენტური განმარტების სამი მეთოდი (ისინი გამოიყენება პირველ პუნქტთან ერთად, რათა განიმარტოს ხელშეკრულების ნორმა). მე-2 და მე-3 პუნქტებით გათვალისწინებული მექანიზმები შესაძლებელია გამოყენებულ იქნას თუ ნორმის განმარტების პროცესში ხელშეკრულების ყველა მხარე არის ჩართული. ან იმ შემთხვევაში, თუ ერთი ან მეტი მხარე მიმართავს ან უკვე განხორციელებულ პრაქტიკას, რომლის თაობაზეც ხელშეკრულების სხვა მხარეებიც არიან თანახმა.²⁶

ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის მე-3 პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტში აღნიშნულია შემდეგნაირი ფორმულირება: „საერთაშორისო სამართლის სხვა წესები“. ეს გულისხმობს იმას, რომ ხელშეკრულების ნორმების განმარტება უნდა განხორციელდეს საერთაშორისო სამართლის მიღმა.²⁷ ე.ი., საინვესტიციო ხელშეკრულებების განმარტებისას ნორმის შინაარსთან ერთად გათვალისწინებულ უნდა იქნას საერთაშორისო სამართლის ნებისმიერი ნორმა, რომელიც გამოიყენება მხარეთა შორის ურთიერთობებში.²⁸ ხელშეკრულების ნორმა უნდა შეესაბამებოდეს საერთაშორისო სამართლის რომელიმე მნიშვნელოვან წესს, რომელიც თანხვედრაშია მხარეთა შორის არსებულ სამართლებრივ ურთიერთობასთან. აღნიშნული წესები არ საჭიროებს ხელშეკრულებასთან მჭიდრო კავშირის არსებობას. ის ასრულებს დამხმარე როლს ხელშეკრულების ნორმის განსამარტად.²⁹

²⁴ Regan H.D., Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using “Sources for Treaty Interpretation”, in: Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1050.

²⁵ იქვე, 1053.

²⁶ Villiger E.M., The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The Crucible Intended by the International Law Commission, in: Cannizzaro E. (eds.), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, New York, 2011, 110.

²⁷ იქვე.

²⁸ Ghouri A., Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2015, 115.

²⁹ Villiger E.M., The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage, The Crucible Intended by the International Law Commission, in: Cannizzaro E. (ed), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, New York, 2011, 110.

31-ე მუხლის მე-3 პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტის გავრცელება შესაძლებელია ნებისმიერ დავაზე, რომელიც პირდაპირ თუ არაპირდაპირ დაკავშირებულია ინვესტიციებთან და მოითხოვება ნორმის განმარტება. ეს საარბიტრაჟო ტრიბუნალებს აძლევს ნორმატიული საფუძვლების ან სამოქმედო იურისდიქციის ფარგლების განსაზღვრის შესაძლებლობას. აღნიშნული მიზნად ისახავს მსგავსი ტიპის ნორმების ან საინვესტიციო ხელშეკრულებით მოცემული ბუნდოვანი ნორმების განმარტებას. როგორცაა, მაგალითად: ექსპროპრიაციის და სამართლიანი და თანასწორი მოპყრობის ცნებები.

აგრეთვე, განსახილველი მუხლი გამოიყენება მაშინ, როდესაც ხელშეკრულებებს შორის არსებობს კონფლიქტი. ამ შემთხვევაში მოიაზრება გარემოება, როდესაც სახელმწიფოს ვალდებულებები (რომლებიც წარმოადგენენ საინვესტიციო დავის საგანს) დარეგულირებულია როგორც საინვესტიციო, ისე არასაინვესტიციო ხელშეკრულებითაც და რომელთა რეგულირება ერთმანეთს ეწინააღმდეგება. ამგვარ შემთხვევაში, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა გადანვიტოს ნორმატიული კონფლიქტი. ამის განსახორციელებლად ტრიბუნალმა უნდა განსაზღვროს იერარქია საინვესტიციო ხელშეკრულებების ერთმანეთთან წინააღმდეგობაში არსებულ ნორმებს შორის და დააბალანსოს კონფლიქტური ინტერესები. შესაბამისად, საინვესტიციო და არასაინვესტიციო ხელშეკრულებების ურთიერთკავშირი შესაძლებელია ორ შემთხვევაში: 1. საინვესტიციო ხელშეკრულებებისა და ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულებების იურისდიქცია ერთმანეთთან მჭიდროდ არის გადაჯაჭვული. ე.ი., როდესაც ერთიდაიგივე სამართლებრივი ნორმა ორივე ხელშეკრულების რეჟიმის ფარგლებში ხდება განმარტების საგანი საერთაშორისო სამართლისა და ზოგადი სამართლებრივი პრინციპების გათვალისწინებით. ამგვარი ურთიერთკავშირის შემთხვევაში, არასაინვესტიციო ხელშეკრულების რეჟიმი შეიძლება განმარტების საშუალებად გამოიყენებოდეს და შეასრულოს ახსნა-განმარტებითი და დამხმარე როლი საინვესტიციო არბიტრაჟში; 2. სახელმწიფოები იძულებული არიან თავიანთი ვალდებულებების გამო, რომლებიც გამომდინარეობენ ადამიანის უფლებათა და გარემოსდაცვითი ხელშეკრულებებიდან, დაარღვიონ საინვესტიციო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებები თავიანთი მოქალაქეების ჯანდაცვის, უსაფრთხოებისა და გარემოსთან დაკავშირებული უფლებების დასაცავად. ამგვარ შემთხვევებში, ადამიანის უფლებათა და გარემოსდაცვით ხელშეკრულებებს შეუძლიათ მაკონტროლებელი ფუნქციის შესრულება საინვესტიციო ხელშეკრულებების განმარტებისას და საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის ნორმატიული განვითარების თვალსაზრისით.³⁰

მიუხედავად იმისა, რომ ვენის კონვენციის 31-ე მუხლში მოცემულია სავალდებულოდ გასათვალისწინებელი ნორმები, არ არის განმარტებული თუ რა ძალა ენიჭება თითოეულ ელემენტს. ყველა მთავარი მიდგომა – ტექსტობრივი, შინაარსობრივი, ან ტელეოლოგიური – გამოიყენებულ უნდა იქნას არა იერარქიულად, არამედ დაბალანსდეს ერთიანი განმარტების პროცესში. აქედან გამომდინარე, ნორმის განმარტებისას გამოსაყენებელი ჩვეულებითი სამართლის ნორმებს არ მივყავართ განმარტების ქაო-

³⁰ Ghouri A., *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2015, 115-116.

სურ მეთოდამდე. პირიქით, ის ქმნის მოქნილ სისტემას ლოგიკური და ერთმანეთთან მჭიდროდ დაკავშირებული პრინციპების საშუალებით.³¹

4. ნორმის განმარტება ვენის კონვენციის 32-ე მუხლის შესაბამისად

იმ შემთხვევაში, თუ განმარტების ზემოთ აღნიშნული პირველადი მეთოდების გამოყენებით ბუნდოვანი და აშკარად შეუსაბამო შედეგები იქნება მიღებული, რაც საჭიროებს დადასტურებას, მაშინ ნორმის განმარტებისას უნდა მიმართონ ვენის კონვენციის 32-ე მუხლს.³² ამ უკანასკნელით შემოთავაზებულია განმარტების დამატებითი საშუალებები. მათ შორის, ხელშეკრულების მოსამზადებელი მასალები, როდესაც ხელშეკრულების ნორმები ბუნდოვანი და გაურკვეველია.³³ აღნიშნული ემსახურება ნორმის მნიშვნელობის განსაზღვრას, როდესაც 31-ე მუხლით განმარტება ორაზროვანს და გაურკვეველს ტოვებს მის მნიშვნელობას ან იწვევს აშკარა აბსურდულ ან არაგონივრულ შედეგებს. ე.ი., ვენის კონვენციის 32-ე მუხლით მოცემულია განმარტების დამატებითი საშუალებების გამოყენების შეზღუდული პირობები. მიუხედავად იმისა, რომ მოსამზადებელი სამუშაოები წარმოადგენს განმარტების დამატებით საშუალებას, არ უნდა იქნას დაკნინებული მისი დამხმარე როლი განმარტების პროცესში. მათი საშუალებით შესაძლოა კონფლიქტური შინაარსის ზუსტი განმარტების განსაზღვრა.³⁴ საერთაშორისო სამართლის კომისიის მიერ ვენის კონვენციის განხილვისას, მოსამართლე ჰერშ ლაუტერპრახტმა აღნიშნა, რომ მხარეთა ნების განსაზღვრის გარეშე ნორმის განმარტება არასასურველი შედეგის მომტანი იქნება. მისი მოსაზრებით, ნორმის ჩვეულებრივი მნიშვნელობა შეიძლება საცილო გახდეს ნორმის შინაარსის, მიზნის და საგნის გათვალისწინების მიუხედავად. მისი შეხედულებით, განმარტებისას უფრო მეტი ყურადღება შესაძლებელია დაეთმოს მოსამზადებელი სამუშაოების მასალებს.³⁵

განსახილველი მეთოდის გამოყენების პრობლემას წარმოადგენს იერარქიის დაცვა ვენის კონვენციის 31-ე და 32-ე მუხლებს შორის. კონვენციის 31-ე მუხლი მოიაზრებს განმარტების ზოგად მეთოდს, ხოლო 32-ე მუხლი – დამატებით საშუალებებს. პრაქტიკის თანახმად, ნორმის განმარტება უნდა დაიწყოს ზოგადი წესის საფუძველზე. ეს გულისხმობს ნორმის ტექსტუალურ, შინაარსობრივ და ტელეოლოგიურ განმარტებას.

განმარტების დამატებითი საშუალებების გამოყენება, რომელიც მოიაზრებს ხელშეკრულების მოსამზადებელ მასალებსაც, დაშვებულია მხოლოდ შეზღუდული წინაპირობების არსებობისას. დამატებითი საშუალებების გამოყენება ყოველთვის დაშვებულია, თუ განმარტების ზოგადი წესი ორაზროვანს და გაურკვეველს ტოვებს მის მნიშვნე-

³¹ Vadi V., *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 263-264.

³² Kaufmann-Kohler G., *Interpretation of Treaties: How do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties*, in: *Mistelis L., Lew J. (eds.), Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 258.

³³ Venzke I., *Sources in Interpretation Theories – The International Law-Making Process*, in: *Besson S., D'Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 412-413.

³⁴ Clasmier M., *Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 16.

³⁵ Venzke I., *Sources in Interpretation Theories – The International Law-Making Process*, in: *Besson S., D'Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 412-413.

ლობას, ან იწვევს აშკარა აბსურდულ ან არაგონივრულ შედეგებს. მაგრამ, აღნიშნული ტრადიციული მიდგომა მრავალმა ავტორმა გააკრიტიკა. მათი შეხედულებით, ვენის კონვენცია მკაცრად არ განსაზღვრავს იერარქიას განმარტების ზოგად წესსა და განმარტების დამატებით საშუალებებს შორის. დავის საგანს წარმოადგენს შემთხვევა, როდესაც განმარტების ზოგადი წესის შედეგად ნორმის შინაარსი მკაფიოდ განისაზღვრება, მაგრამ დამატებითი საშუალებების გამოყენებას სხვა განსხვავებულ შედეგამდე მივყავართ. ამ შემთხვევაში დასადგენია, რომელი მიდგომაა უმჯობესი. წინამდებარე შემთხვევაში, ტრადიციული მიდგომის მხარდამჭერები ამჯობინებენ, რომ არბიტრაჟმა არ გამოიყენოს დამატებითი საშუალებები, ხოლო ოპონენტები – პირიქით.

იერარქიული მიდგომის ნორმატიული საფუძველი განპირობებულია ორი მთავარი საკითხით. პირველი პრობლემა დაკავშირებულია მოსამზადებელი სამუშაოების გამოყენების სანდოობასთან ხელშეკრულების მხარეთა მიზნების დასადგენად. მეორე საკითხია ხელშეკრულების მიზნის განსაზღვრა. შესაბამისად, ტრადიციული მიდგომის მომხრეები აღნიშნავენ, რომ დამატებითი საშუალებების გამოყენება წარმოშობს ეჭვს მაშინ, როცა მოწინააღმდეგეების შეხედულებით, მოსამზადებელი მასალები წარმოადგენს დამამტკიცებელ საშუალებას. ამასთან, არსებობს მოსაზრება, რომ მხარეთა მიზნების დადგენა შესაძლოა არც წარმოადგენდეს ხელშეკრულების განმარტების მიზანს. მაგალითად, თუ საკითხი ეხება ადამიანის უფლებებს. შესაბამისად, ამ შემთხვევაში მოსამზადებელ სამუშაოებს მნიშვნელოვანი როლი არ ენიჭება.³⁶

მიუხედავად არსებული მიდგომებისა, ხაზგასასმელია ის გარემოება, რომ პრაქტიკაში მოსამზადებელი მასალების გამოყენება შესაძლებელია მათი ხელმისაწვდომობის შემთხვევაში. მაგალითად, ვაშინგტონის საინვესტიციო დავების საერთაშორისო ცენტრის კონვენციის³⁷ შექმნის ისტორია დაწვრილებით არის დოკუმენტირებული, რომელიც ადვილად ხელმისაწვდომია. შესაბამისად, ვაშინგტონის საინვესტიციო დავების განმხილველი ცენტრის არბიტრაჟი ხშირად იყენებს კონვენციის მოსამზადებელ მასალებს. თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ ზოგიერთ შემთხვევაში დასახელებული პროცესს საერთაშორისო საინვესტიციო სამართლის ფარგლებში ვერ იყენებენ,³⁸ ობიექტური გარემოებების გამო. მაგალითად, საქმეზე *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*³⁹ საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა განმარტა, რომ დოკუმენტების ნაკლებობა ართულებს ნორმის განმარტების პროცესს.⁴⁰ ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების დადებასთან დაკავშირებული მოლაპარაკების პროცესი, ან საერთოდ არ არის წერილობით დოკუმენტირებული, ან მხოლოდ მცირედი მასალა არის ხელმისაწვდომი. აქედან გამომდინარე, საარბიტრაჟო ტრიბუნალებს ჩვეულებრივ არ აქვთ იმის შესაძლებლობა, რომ დაეყრდნონ მოსამზადებელ მასალებს ნორმის განმარტებისას.

³⁶ Noah T., Shereshevsky Y., Does Exposure to Preparatory Work Affect Treaty Interpretation? An Experimental Study on International Law Students and Experts, *The European Journal of International Law*, Vol. 28, №4, Oxford University Press, Oxford, 2018, 1288-1289.

³⁷ Convention on the Settlement of the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), 14/10/1966.

³⁸ Clasmier M., *Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 16.

³⁹ ვაშინგტონის საერთაშორისო საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავების განმხილველი ცენტრის 2005 წლის 21 ოქტომბრის გადაწყვეტილება საქმეზე *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case №ARB/02/3.

⁴⁰ Clasmier M., *Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 17.

განსახილველ საკითხთან დაკავშირებით ჩრდილოეთ ამერიკის თავისუფალი ვაჭრობის შესახებ შეთანხმება⁴¹ იკავებს განსხვავებულ პოზიციას. მრავალი წლის განმავლობაში მოლაპარაკების პროცესის ამსახველი დოკუმენტაცია არ იყო საჯაროდ ხელმისაწვდომი. აღნიშნული უკმაყოფილებას ინვევდა დავის მონაწილეთა არათანაბარი მდგომარეობის გამო, რადგან მოპასუხე სახელმწიფოს გააჩნდა ხელმისაწვდომობა აღნიშნულ მასალებთან, ხოლო მოსარჩელე ინვესტორი მოკლებული იყო ამ შესაძლებლობას. 2004 წლის ივლისში ჩრდილოეთ ამერიკის თავისუფალი ვაჭრობის შესახებ შეთანხმების თავისუფალი ვაჭრობის შესახებ კომისიამ გამოაცხადა, რომ ხელმისაწვდომია შეთანხმების მე-11 თავის ინვესტიციებთან დაკავშირებული საკითხების თაობაზე მოლაპარაკების ისტორია.

საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა საქმეზე *Methanex v. United States*⁴² ყურადღება გაამახვილა ჩრდილოეთ ამერიკის თავისუფალი ვაჭრობის შესახებ შეთანხმების გაფორმების შესახებ მოლაპარაკებების წარმოებაზე ვენის კონვენციის 32-ე მუხლის ქრილში: 32-ე მუხლის მიხედვით, აღნიშნულ მუხლს დამატებითი დამხმარე ფუნქცია შესაძლებელია გააჩნდეს მხოლოდ შეზღუდულ განსაზღვრულ შემთხვევებში. ვენის კონვენციის მიდგომას წარმოადგენს, რომ ყოველთვის უწინარესია მხარეთა თავდაპირველი განზრახვა და მისი განმარტება, ვიდრე მხარეთა სავარაუდო განზრახვების ფართო სპექტრის ძიება.⁴³ ე.ი., ტრიბუნალის შეხედულებით, ხელშეკრულების მოსამზადებელი მასალები ყველა შემთხვევაში არ უნდა წარმოადგენდეს განმარტების პროცესის შემადგენელ ნაწილს, რადგან აღნიშნულის გამოყენებამ შესაძლოა უფრო ქაოტურ მდგომარეობამდე მიიყვანოს განმარტების პროცესი.

როგორც ჩანს, არბიტრები როდესაც ცდილობენ ხელშეკრულების ხელმომწერი სახელმწიფოების განზრახვის დადგენას, მოსამზადებელმა სამუშაომ შესაძლოა მნიშვნელოვანი როლი შეასრულოს საკითხის უკეთ შესასწავლად.⁴⁴ თუმცა, იმის გათვალისწინებით, რომ ნორმის განმარტების პროცესი მაქსიმალურად უნდა იყოს დაბალანსებული, ამიტომ პრაქტიკული და ობიექტური შეფასების საფუძველზე, უნდა აღინიშნოს, რომ იერარქიული მიდგომა მეტ მხარდაჭერას იმსახურებს. აღნიშნული გამოწვეულია იმით, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალის უფლებამოსილების ფარგლები ხშირად წარმოადგენს განხილვის საგანს და მათ მიერ 32-ე მუხლით გათვალისწინებული მეთოდების გამოყენება ნებისმიერი გარემოებისას, კიდევ უფრო გაზრდის ტრიბუნალის მიერ ნორმის ფართოდ განმარტების რისკს და განმარტების პროცესს უფრო გაართულებს. ტრიბუნალის მიერ ნორმის განმარტებისას ერთ-ერთ მთავარ გამოწვევას წარმოადგენს ბალანსის შენარჩუნება – ერთი მხრივ, სახელმწიფოს დისკრეციაში ზედმეტად ჩაურევლობასა და, მეორე მხრივ, უცხოელი ინვესტორის ინტერესების სამართლიან დაცვას შორის. აგრეთვე, არბიტრაჟის ანაციონალური ბუნებიდან გამომდინარე არ არსებობს პრეცედენტულობა ან ნორმის განმარტების საყოველთაოდ აღიარებული სტანდარტები, რაც არბიტრაჟს ფართო დისკრეციის საშუალებას არ მისცემ-

⁴¹ North American Free Trade Agreement, 01/01/1994.

⁴² *Ad Hoc* საარბიტრაჟო ტრიბუნალის 2005 წლის 3 აგვისტოს გადაწყვეტილება საქმეზე *Methanex Corporation v. United States of America*.

⁴³ *Dolzer R., Schreuer Ch., Principles of International Investment Law, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 31.*

⁴⁴ *Clasmier M., Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 17.*

და და გადაწყვეტილებათა თანმიმდევრულობას მისცემდა დასაბამს. შესაბამისად, ტრიბუნალის მიერ შეზღუდული და თანმიმდევრული განმარტების პროცესი დასახელებულ რისკს თავიდან ააცილებს დავის მხარეებს.

5. ნორმის განმარტება ვენის კონვენციის 33-ე მუხლის შესაბამისად

ვენის კონვენციის 33-ე მუხლი მიემართება იმ ხელშეკრულებათა განმარტებას, რომელთა ტექსტის აუთენტურობა დადგენილია ორ ან მეტ ენაზე. აღნიშნული მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით, „როდესაც ხელშეკრულების ტექსტის აუთენტურობა დადგენილია ორ ან რამდენიმე ენაზე, მის ტექსტს ყოველ ენაზე თანაბარი ძალა აქვს, თუკი ხელშეკრულებით არაა გათვალისწინებული ან მისი მხარეები არ შეთანხმდნენ, რომ ამ ტექსტთა შორის სხვაობის შემთხვევაში უპირატესი ძალა ექნება რომელიმე ერთ, განსაზღვრულ ტექსტს“. ამავე მუხლის მე-2 პუნქტით განისაზღვრება, რომ გარდა აუთენტურად დადგენილი ხელშეკრულებებისა, მხარეებმა აუთენტურად შესაძლებელია მიიჩნიონ მათ მიერ განსაზღვრული ხელშეკრულების ტექსტი. რამდენიმე ენაზე ხელშეკრულებების ტექსტის აუთენტურობის განსაზღვრისას შესაძლოა წარმოიშვას პრობლემა, როდესაც თანაბარი აუთენტურობის ძალის მქონე ხელშეკრულებებში ტერმინებს არ აქვთ ერთნაირი მნიშვნელობა. ამასთან დაკავშირებით, ამავე მუხლის მე-4 პუნქტი გვთავაზობს გამოსავალს. თუ აუთენტურ ტექსტთა შედარებისას ვერ დადგინდა ცნებათა მნიშვნელობა 31-ე და 32-ე მუხლების შესაბამისად, მაშინ უნდა გაითვალისწინონ ხელშეკრულების საგანი და მიზანი.⁴⁵

იმ შემთხვევაში, თუ აუთენტური ტექსტების რომელიმე ნორმას შორის განსხვავებული შინაარსი აღმოჩნდება, მაშინ განმარტების პროცესი რთულდება. ხელშეკრულება ყოველთვის აღიქმება როგორც ერთიანი შეთანხმება, რომელიც შედგება ერთიანი დებულებებისგან, მაშინაც კი, თუ ხელშეკრულება შედგენილია რამდენიმე სხვადასხვა ენაზე.

მაგრამ, თუ მრავალენოვანი ხელშეკრულება უნდა იქნას გამოყენებული და ორი აუთენტური ტექსტის შედარება შეუძლებელია აზრის განსხვავების გარეშე, მაშინ ვენის კონვენციის თანახმად, უნდა განხორციელდეს ნორმების ჰარმონიზაცია. ამ უკანასკნელის რამდენიმე მეთოდი არსებობს. ჰარმონიზაციის ყველა მცდელობა უნდა შესრულდეს წინასწარ განსაზღვრული თანმიმდევრობით. უპირველეს ყოვლისა, ნორმის განმარტებელმა უნდა გამოიკვლიოს, ხომ არ შეიძლება მნიშვნელობის განსხვავების გაქარწყლება ვენის კონვენციის 31-ე და 32-ე მუხლების გამოყენებით. მეორე, თუ პირველი მეთოდი უშედეგო აღმოჩნდება, განმარტებელმა უნდა დაადგინოს, ხელშეკრულებით თუ არის გათვალისწინებული ან თუ მხარეები თანხმდებიან, რომ ნორმათა შინაარსის განსხვავების შემთხვევაში, კონკრეტულ ტექსტს უპირატესობა ენიჭება. თუ აღნიშნული მეორე მეთოდიც არ იქნება ხელსაყრელი, მაშინ უნდა იქნას მიღებული ის მნიშვნელობა, რომელიც საუკეთესოდ აერთიანებს ტექსტებს, ხელშეკრულების ობიექტისა და მიზნის გათვალისწინებით.⁴⁶

ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს ერთ-ერთ საქმეზე დადგინდა, რომ ცნებათა საერთო შინაარსის დასადგენად უმთავრესია სწორედ ხელშეკრულების საგა-

⁴⁵ Gardnier R., *Treaty Interpretation*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, 315.

⁴⁶ Linderfalk U., *On The Interpretation of Treaties*, Springer, Dordrecht, 357.

ნი და მიზანი.⁴⁷ თუმცა, კონვენცია აშკარად განსაზღვრავს, რომ 33-ე მუხლის მე-4 პუნქტი გამოიყენება მხოლოდ მაშინ, როდესაც ტექსტთა კონტექსტი სხვადასხვა ენაზე სრულიად განსხვავდება. ე.ი., როდესაც არც ნორმის შინაარსის განმარტებაა შესაძლებელი და არც ხელშეკრულების საგნისა და მიზნის განსაზღვრაც არ იძლევა სწორად განმარტების შესაძლებლობას. აქედან გამომდინარე, განსახილველი მუხლის მე-4 პუნქტი დიდ გაუგებრობას იწვევს, როგორც საერთაშორისო სამართლის ლიტერატურაში, ისე პრაქტიკაში. საერთაშორისო სამართლის კომისიის კომენტარების მიხედვით, ყველაზე მეტად მიუღებელია იმ ხელშეკრულებისათვის უპირატესობის მინიჭება, რომელიც უფრო მკაცრ შეზღუდვებს აწესებს. ამგვარი მიდგომა ასევე განვითარებულია მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს მიერ საქმეზე *The Mavrommatis Palestine Concessions*.⁴⁸ აღნიშნულ საქმეზე სასამართლომ აღნიშნა, რომ უპირატესობა არ უნდა მიენიჭოს იმ ტექსტს, რომელიც უფრო ნათლად გამოხატავს ნორმის შინაარსს ან იმ ენაზე არსებულ ტექსტს, რომელზეც თავდაპირველად შემუშავდა ხელშეკრულება იმ შემთხვევაში, თუ ისინი არ ასახავენ მხარეთა ნამდვილ მიზნებს.⁴⁹

აღნიშნულიდან გამომდინარე, უნდა აღინიშნოს, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალების მიერ განვითარებული მიდგომა არ იზიარებს ვენის კონვენციის 33-ე მუხლით გათვალისწინებულ იერარქიულ მიდგომას. როგორც ჩანს, უპირატესი მნიშვნელობა ენიჭება ხელშეკრულების მიზანსა და საგანს. იმის გათვალისწინებით, რომ ნორმის განმარტების მიზანი ობიექტური შედეგის მიღწევას, შესაბამისად, არ არის გასაკვირი, რომ ხელშეკრულების მიზნისა და საგნის დადგენა უპირატესია მხარეთა შეთანხმებაზე, რომელიმე აუთენტური ტექსტისთვის უპირატესი ძალის მინიჭების შესახებ.

6. დასკვნა

უცხოური ინვესტიციების დაცვის ყველაზე ნათელ მაგალითს წარმოადგენს უცხოური ინვესტორისთვის საერთაშორისო სამართლებრივი დაცვის მექანიზმის არსებობა. თანამედროვე ორმხრივ საინვესტიციო ხელშეკრულებათა უმრავლესობა ითვალისწინებს ნორმას დავის გადაწყვეტის შესახებ, რომლის მიხედვითაც უცხოელ ინვესტორს ენიჭება უფლებამოსილება პირდაპირ მიმართოს საერთაშორისო საარბიტრაჟო ტრიბუნალს დავის განსახილველად მასპინძელი სახელმწიფოს წინააღმდეგ იმ ვალდებულებებთან მიმართებით, რომელთაც ითვალისწინებს საინვესტიციო ხელშეკრულება.⁵⁰ შეიძლება ითქვას, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟი წარმოადგენს უცხოელ ინვესტორსა და სახელმწიფოს შორის ყველაზე ხელსაყრელ მექანიზმს. მაგრამ, პრობლემა წარმოიშობა მაშინ, როდესაც საინვესტიციო ხელშეკრულების ნორმა არის ბუნდოვანი და საარბიტრაჟო ტრიბუნალი გვევლინება ნორმის ინტერპრეტატორად.

წინამდებარე ნაშრომიდან კი თვალსაჩინოა, რომ ვენის კონვენციის განხილულ ნორმებს მნიშვნელოვანი გავლენის მოხდენა შეუძლია საინვესტიციო სადავო ურთიერთობის გადაწყვეტის პროცესზე. საარბიტრაჟო ტრიბუნალებისთვის ბუნდოვანი

⁴⁷ *Gardner R.*, Treaty Interpretation, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, 315.

⁴⁸ მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს 1924 წლის 30 აგვისტოს გადაწყვეტილება საქმეზე *Greece v. Britain*, N22.

⁴⁹ *Jan Berends W.*, The Interpretation of Multilingual EU Legislation, University of Utrecht, 2010, 20.

⁵⁰ *De Brabandere E.*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications, Cambridge University Press, 2014, 25-26.

ნორმების განსამარტად სწორედ ვენის კონვენციის დასახელებული მუხლები წარმოადგენენ სახელმძღვანელო პრინციპებს. აღნიშნულთა საფუძველზე ხორციელდება უმეტესწილად საინვესტიციო ხელშეკრულების ნორმათა ინტერპრეტაცია, თუ დავის მონაწილეები კონვენციის ხელშემკრულ სახელმწიფოებს წარმოადგენენ.

როგორც ჩანს, ვენის კონვენციის განმარტებითი მუხლების მნიშვნელობას საკვანძო როლი უკავია ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების განმარტებისას, განსაკუთრებით იმის გათვალისწინებით, რომ იშვიათად მოიძებნება ისეთი საინვესტიციო ხელშეკრულება, სადაც ინვესტიციის დაცვის პრინციპები სრულყოფილად და დანვრილებით არის რეგულირებული. ამასთან, მნიშვნელოვანია ის გარემოება, რომ საინვესტიციო არბიტრაჟის პოპულარობის ზრდასთან ერთად კიდევ უფრო გაიზრდება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ოდენობა, რომლებიც ეხება ორმხრივი ან მრავალმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებებით გათვალისწინებულ ერთსა და იმავე დაცვის სტანდარტებსა და საკითხებს, იგივე ან მსგავს დათქმებს. აღნიშნული კი თავისთავად კიდევ უფრო გაზრდის საინვესტიციო საარბიტრაჟო ტრიბუნალის წვლილს და მნიშვნელობას საინვესტიციო ხელშეკრულების ბუნდოვანი და არასრულყოფილი ნორმის განმარტებაში ვენის კონვენციის მეშვეობით. ასევე, ყურადსაღებია, რომ საქართველოს განვითარების ერთ-ერთ მთავარ პრიორიტეტს წარმოადგენს უცხოური პირდაპირი ინვესტიციების დიდი ოდენობით შემოდინება, რაც ზრდის იმის შანსებს, რომ საქართველოს მონაწილეობით საარბიტრაჟო დავების ოდენობა გაიზარდოს და შესაბამისად ვენის კონვენციის გამოყენების საჭიროება.

საბოლოოდ კი, უნდა აღნიშნოს, რომ ვენის კონვენციით მოცემული განმარტების მიდგომები მნიშვნელოვან საფუძველს ქმნის საარბიტრაჟო პრაქტიკაში ნორმის განმარტების ერთიანი და თანმიმდევრული მიდგომების განსავითარებლად, რათა მაქსიმალურად იქნას თავიდან აცილებული ტრიბუნალების სუბიექტური მიდგომები და ერთმანეთისგან რადიკალური მეთოდოლოგიები ნორმის განმარტებისას.

ბიბლიოგრაფია:

1. ვენის კონვენცია სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ, 23/05/1969.
2. ვეკუა გ., საქართველოს ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულებების პოლიტიკურ-სამართლებრივი ანალიზი, თბ., 2016, 4.
3. ცეხცვაძე გ., შესავალი საერთაშორისო საინვესტიციო სამართალში, მერიდიანი, თბილისი, თბ., 2013, 102.
4. Convention on the Settlement of the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), 14/10/1966.
5. North American Free Trade Agreement, 01/01/1994.
6. Basener N., Investment Protection in the European Union (Considering EU law in Investment Arbitrations arising from intra-EU and extra-EU Bilateral Investment Agreements), Nomos, Baden-Baden, 2017, 54.
7. Clasmier M., Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 16-17.
8. De Brabandere E., Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 17, 25-26.
9. Dolzer R., Schreuer Ch., Principles of International Investment Law, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 31.

10. Doing Business 2019, A World Bank Group Flagship Report, 16th Edition, The World Bank, Washington DC, 2019, 5.
11. *Galea I., Biris B.*, National Treatment in International Trade and Investment Law, Acta Juridica Hungarica, №2, Academia Kiado, Budapest, 2014, 179.
12. *Gardnier R.*, Treaty Interpretation, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, 315.
13. *Ghuri A.*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2015, 115-116.
14. Jan Berends W., The Interpretation of Multilingual EU Legislation, University of Utrecht, 2010, 20.
15. *Kaufmann-Kohler G.*, Interpretation of Treaties: How Do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties, in: *Mistelis L., Lew J. (eds.)*, Pervasive Problems in International Arbitration, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 258.
16. *Linderfalk U.*, On The Interpretation of Treaties, Springer, Dordrecht, 357.
17. *Marsahal M.*, Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 17, №1, Pepperdine University, Malibu, 2017, 244.
18. *Noah T., Shereshevsky Y.*, Does Exposure to Preparatory Work Affect Treaty Interpretation? An Experimental Study on International Law Students and Experts, The European Journal of International Law, Vol. 28, №4, Oxford University Press, Oxford, 2018, 1288-1289.
19. *Regan H.D.*, Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using “Sources for Treaty Interpretation”, in: *Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.)*, The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1050-1053.
20. *Rubino-Sammartano M.*, International Arbitration Law and Practice, Third Edition, JurisNet, New York, 2014, 1581-1582.
21. *Salacuse J.*, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010, 139.
22. *Schreuer Ch.*, Introduction: Interrelationship of Standards, in: *Reinisch A. (ed.)*, Standards of Investment Protection, Oxford University Press, Oxford, 2008, 10.
23. *Trujillo E.*, Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from Trade Regime, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue 8, Boston College Law School, Boston, 2739.
24. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 263-264.
25. *Venzke I.*, Sources in Interpretation Theories – The International Law-Making Process, in: *Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.)*, The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 412-413.
26. *Villiger E.M.*, The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The Crucible Intended by the International Law Commission, in: *Cannizzaro E. (ed.)*, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, New York, 2011, 110.
27. *Zarra G.*, Parallel Proceedings in Investment Arbitration, G. Giappichelli Torino, Eleven International Publishing, Torino, 2017, 109.
28. *Ziegler A., Asif Q.*, International Economic Law, Third Edition, Thomson Reuters, London, 2011, 507.
29. ვაშინგტონის საერთაშორისო საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავების განმხილველი ცენტრის 2007 წლის 6 თებერვლის გადაწყვეტილება საქმეზე Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case №ARB/02/8.
30. ვაშინგტონის საერთაშორისო საინვესტიციო საარბიტრაჟო დავების განმხილველი ცენტრის 2005 წლის 21 ოქტომბრის გადაწყვეტილება საქმეზე Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case №ARB/02/3.
31. Ad Hoc საარბიტრაჟო ტრიბუნალის 2005 წლის 3 აგვისტოს გადაწყვეტილება საქმეზე Methanex Corporation v. United States of America.
32. მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს 1924 წლის 30 აგვისტოს გადაწყვეტილება საქმეზე Greece v. Britain, №2.

Vienna Convention on the Law of Treaties as the Source of Bilateral Investment Treaty Provisions Interpretation in Investor-State Arbitration

Bilateral international investment agreements are the main driving force of international investment law. Depending on the complexity of investment relations, the dispute often arises between the foreign investor and the host state. In this case the most effective dispute resolution mechanism is an international arbitration. The challenge of the dispute is the vague provisions of the investment treaty, based on which the dispute should be resolved. For the interpretation of vague provisions is necessary to have proper guidelines, which are provided by the Vienna Convention on the Law of Treaties. The Vienna Convention proposes consistent approaches to the interpretation of the provision, which finds significant application in Investor-State Arbitration.

Key Words: Vienna Convention on Law of Treaties, Bilateral Investment Treaties, Interpretation of the Provision, Investor-State Arbitration.

1. Introduction

The application of the international law principles in investment arbitration, which is currently unanimously supported, has long been the subject of discussion.¹ The arbitration provided by the investment agreement is directly related to international investment law. It is an indisputable circumstance that today international investment law includes not only a private contractual relationship between a foreign investor and the host country, but it is also based on the basic principles of international contract law. Herewith, international investment law is partially based on international customary law and general principles of law.²

International investment treaties should ensure the protection of investors' rights maximally.³ The investment agreement to regulate the relationship between the host country and the foreign investor contains broad standards of treatment for the foreign investor. The host country is required to treat a foreign investor according to these standards. These standards form the basis for the protection of modern international investment.⁴ The investment treaties regulate the principles such as: expropriation, Fair and Equitable Treatment⁵, National

* PhD Student at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

¹ Zarra G., *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, G. Giappichelli Torino, Eleven International Publishing, Torino, 2017, 109.

² De Brabandere E., *Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014, 17.

³ Basener N., *Investment Protection in the European Union (Considering EU law in Investment Arbitrations Arising from Intra-EU and Extra-EU Bilateral Investment Agreements)*, Nomos, Baden-Baden, 2017, 54.

⁴ Schreuer Ch., *Introduction: Interrelationship of Standards*, in: Reinisch A. (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 10.

⁵ Fair and Equitable Treatment is the absolute standard. In international investment law, the term "fair" means: How correctly the host state distributes the state profits and expenses on the basis of the applicable law, how the investor is compensated in exchange for the issuance or concession of asset, how properly the state guarantees the rights of the investor at any stage of the investment realization. The term "equal" includes the maintenance of a rational balance between the public interests of the foreign investor and the host State. Source: Tsertsvadze G., *Introduction in International Investment Law*, Tbilisi, 2013, 102 (in Georgian).

Treatment⁶, Good Faith and Most Favored Nation Clause.^{7 8}

However, the mentioned standards are mostly vague and ambiguous. The most international treaties do not include the interpretation of the principles and in case of dispute those principles should be interpreted by arbitration tribunal.⁹ The arbitration clause on dispute resolution between the investor and the state through investment arbitration, considered by the bilateral investment treaty, creates a legitimate expectation for the investor that in case of the rights violation, the infringed interests will be protected through proper interpretation of the vague principles.¹⁰

The Vienna Convention on Law of Treaties¹¹ plays an important role in the interpretation of investment treaties. Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention are referred for the interpretation of treaty provisions. Article 31 regulates general rules of treaty interpretation. Article 32 defines supplementary means of interpretation in case of provisions vagueness and ambiguity. And article 33 regulates the provisions, which are authenticated in two or more languages.¹²

The Vienna Convention is of great importance to Georgia (Georgia acceded to the Vienna Convention in 1995 and entered into force on July 8 of the same year) as an attractive country for investment, by which many bilateral investment treaties have been concluded. All bilateral investment treaties concluded by Georgia define arbitration as a dispute resolution mechanism through which the provisions shall be interpreted. The latter plays a pivotal role in shaping the investment legal environment.

The first chapter of this article discusses the importance of the Vienna Convention for Georgia. Subsequent chapters – second, third and fourth – provide an overview of the regulatory provisions for the interpretation of the provision set out in the Vienna Convention and the possibilities for their application, based on investment arbitration cases. Lastly will be summarized the practical characteristics of the application of the Vienna Convention and its impact on investment arbitration.

2. The Importance of the Vienna Convention for Georgia in Terms of the Bilateral Investment Treaty Provisions Interpretation

Georgia is one of the leading countries in the world in terms of foreign investment attractiveness. The investment climate in Georgia is favorable, because the existing mechanisms are focused on investor support.¹³

⁶ The principle of National Treatment is a comparative standard. This requires treating a foreign investor like a local investor. Source: *Galea I., Biris B.*, National Treatment in International Trade and Investment Law, Acta Juridica Hungarica, №2, Academia Kiado, Budapest, 2014, 179.

⁷ A State shall not apply less favorable terms to an investor and to an investment of an investment agreement state party than it does to its own investors and to third-country investors. Source: *Ziegler A., Asif Q.*, International Economic Law, Third Edition, Thomson Reuters, London, 2011, 507.

⁸ *Trujillo E.*, Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from Trade Regime, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue 8, Boston College Law School, Boston, 2739.

⁹ *Salacuse J.*, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010, 139.

¹⁰ *Marsahal M.*, Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 17, №1, Pepperdine University, Malibu, 2017, 244.

¹¹ Vienna Convention of the Law of Treaties, 23/05/1969.

¹² *Salacuse, J.*, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010, 139.

¹³ Doing Business 2019, A World Bank Group Flagship Report, 16th Edition, The World Bank, Washington DC, 2019, 5.

36 Bilateral Investment Treaties are signed by Georgia. Among them 32 treaties have entered into force, 3 have signed, but not entered into force (United Arab Emirates, Turkey, Egypt), and the treaty with Italy has been terminated. It is noteworthy that all bilateral investment treaties concluded by Georgia provide for International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as a dispute resolution mechanism. This means that if the foreign investor is a citizen of the country with which Georgia has concluded a bilateral investment treaty, then in the event of a dispute, the foreign investor should apply to ICSID.

Herewith, the importance of the Vienna Convention is enhanced by the fact that Georgia is one of the leading countries in the world in terms of attractiveness of foreign investment.¹⁴ Therefore, considering that there is a large inflow of investment in Georgia, there is also a possibility that if investors consider that their rights have been violated, they will apply to international arbitration for dispute resolution. If bilateral investment treaty considers arbitration as a dispute resolution mechanism, then in the event of a dispute between the foreign investor and the beneficiary state, a bilateral investment treaty concluded between the beneficiary state and the foreign investor state applies to the dispute.

In addition, there is a high chance of applying the Vienna Convention in investment arbitration disputes involving Georgia, as the provisions of the bilateral investment treaties concluded by Georgia are often vague or widely regulated. (For example, the wording of indirect expropriation is widely regulated, which is risky, because any state regulation may be qualified as indirect expropriation, even if it includes the public interest).¹⁵

Therefore, the Vienna Convention is an important legal document for Georgia, considering that in resolving disputes between the host country and a foreign investor in investment arbitration, arbitration is predominantly governed by a bilateral investment treaty concluded between the host state and the investor's state.

3. Interpretation of the Investment Treaty Provision According to the Article 31 of Vienna Convention on the Law of Treaties

The arbitration tribunals begin their interpretation of the investment treaty provisions under Article 31 of the Vienna Convention. The Convention defines a general rule of interpretation that the treaties shall be interpreted in good faith. E.i., in accordance with the ordinary meaning based on the context, purpose and object of the treaty.¹⁶ The first paragraph of this article sets out the basic rules for interpreting the term. Namely, "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose". The mentioned provision includes four basic elements: 1. the text of the treaty; 2. the ordinary meaning of the term; 3. the meaning of the treaty terms; 4. The treaty object and purpose.¹⁷

¹⁴ Doing Business 2019, A World Bank Group Flagship Report, 16th Edition, The World Bank, Washington DC, 2019, 5.

¹⁵ *Vekua G.*, Political-Legal Analyse of Georgian Bilateral Investmnet Treaties, Tbilisi, 2016, 4 (In Georgian).

¹⁶ *Kaufmann-Kohler G.*, Interpretation of Treaties: How do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties, in: *Mistelis L., Lew J. (eds.)*, Pervasive Problems in International Arbitration, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 258.

¹⁷ *Salacuse J.*, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010, 139.

The Vienna Convention clearly recognizes that the definition of the term shall be carried out in accordance with their ordinary meaning considering their content. The arbitrators draw up a list of “ordinary meanings” of its content in order to determine and opt out the most appropriate ordinary meaning. Therefore, it would be better if the wording of the provision will be more specific.¹⁸

According to Article 31 (1) of the Vienna Convention, it is clearly stated that a provision shall not be interpreted until its content has not been determined. E.i., the content of the provision has superior power over words and sentences because they have no independent meaning. Herewith, according to the Vienna Convention, the dispute shall be resolved in accordance with the terms of the treaty.¹⁹

In the case of *Siemens AG v. The Argentine Republic*²⁰ tribunal noted that the treaty should not be interpreted either liberally or strictly, as the wording of Article 31 (1) does not provide this. The tribunal shall be guided by the purpose of the treaty as it is stated in the treaty title and preamble in order to facilitate and protect investment.²¹ The article 31 (2) of the Vienna Convention sets out what is comprised by the treaty text. According to the Article 31 (2), “the context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty”.²² The important question is whether all the documents mentioned in the article have the equal status and authority. To consider this, it is necessary to determine what this provision directly expresses.²³ The article 31 (2) clearly states that words cannot be interpreted without considering the context. This includes not only the text of the treaty (including any preambles and annexes), but also all other agreements or documents that are conclude by all parties. The interpretation of the terms should not be limited only with the treaty body text. It’s noteworthy, that the legal documents mentioned in Article 31 (2) are part of the context referred to the Article 31 (1), which as be considered as a whole.²⁴

The article 31 (3) indicates that together with the context shall be taken into account any subsequent agreement between the parties, any subsequent practice and any relevant rules of international law. Since the context of a provision shall be determined before a special meaning shall be given to a term, the preconditions set out in Article 31 (1) shall be applied in this case as

¹⁸ Regan H. D., Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using “Sources for Treaty Interpretation”, in: Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1052.

¹⁹ Rubino-Sammartano M., International Arbitration Law and Practice, Third Editionm, JurisNet, New York, 2014, 1581.

²⁰ International Center for Settlement of Investment Disputes, dated 16 August 2007, Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case NºARB/02/8.

²¹ Rubino-Sammartano M., International Arbitration Law and Practice, Third Edition, JurisNet, New York, 2014, 1581-1582.

²² Regan H. D., Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using “Sources for Treaty Interpretation”, in: Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1050.

²³ Ibid, 1052.

²⁴ Ibid, 1053.

well. This view is also reinforced by the International Law Commission (ILC). The commission noted that the beginning wording of Article 31 (3), "shall be taken into account, together with the context", is given in order to consider the elements stated in paragraph 3 in relation to paragraph 1.²⁵

In particular, Article 31 (2) and "a" and "b" subparagraphs of the Article 31 (3) provide for three methods of authentic interpretation (they are used in conjunction with paragraph 1 to interpret the contract). The mechanisms set out in paragraphs 2 and 3 may be used if all parties of the treaty are involved in the process of interpreting the provision. In other cases, if one or more parties apply a practice on which other parties of the treaty are already agreed.²⁶

In the subparagraph "c" of Article 31(3) is mentioned the wording "any relevant rules of international law". This implies that the treaty provisions shall be interpreted beyond international law.²⁷ The arbitration tribunal shall take into account any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties together with the context of provision.²⁸

The treaty provision shall comply with any relevant rule of international law that is consistent with the legal relationship between the parties. These rules do not require a close relationship with the treaty. It plays a supporting role in interpreting treaty provision.²⁹

Article 31 (3) (c) may be applied to any dispute which is directly or indirectly related to investment and which requires an interpretation of provision. This allows arbitration tribunals to determine the statutory basis or scope of jurisdiction. This aims to clarify similar types or vague provisions given in the investment treaties such as "Expropriation" and "Fair and Equitable Treatment". Also, this article is applied in case of treaties conflict. In this case is considered a circumstance when the state obligations (which are the subject of investment dispute) are regulated by investment and non-investment treaties and their regulation contradicts each other.

In such a case, the arbitration tribunals shall resolve the statutory conflict. In order to achieve this, the tribunal shall establish a hierarchy between conflicting provisions of investment treaties and balance conflicting interests. Accordingly, the interrelationship of investment and non-investment treaties is possible in two cases: 1. Jurisdiction over investment treaties and human rights treaties is closely intertwined. E.i. When the same legal provision becomes the subject of interpretation within the framework of both treaty regimes in accordance with international law and general legal principles. In the event of such an interconnection, the non-investment treaty regime could be used as a means of interpretation and could play an explanatory and ancillary role in investment arbitration; 2. States are forced

²⁵ *Regan H. D.*, Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using "Sources for Treaty Interpretation", in: *Besson S., D'Aspremont., Knuchel S. (eds)*, The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1052.

²⁶ *Villiger E. M.*, The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The Crucible Intended by the International Law Commission, in: *Cannizzaro E. (eds.)*, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, New York, 2011, 110.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ghoury A.*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2015, 115.

²⁹ *Villiger E.M.*, The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage, The Crucible Intended by the International Law Commission, in: *Cannizzaro E. (eds.)*, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, New York, 2011, 110.

to violate human and environmental rights in order to protect the health, safety and environmental rights of their citizens. In such cases, human rights and environmental treaties can play a controlling role in the interpretation of investment treaties and in the regulatory development of international investment law.³⁰

Although Article 31 of the Vienna Convention sets out the mandatory provisions, it does not specify what power each element possesses. All major approaches – textual, substantive, or teleological – shall not be applied hierarchically, but they shall be balanced in a whole interpretation process. Therefore, the applicable provisions of customary law in treaty interpretation do not lead to a chaotic interpretative process. Rather, it creates a flexible system through logical and closely related principles.³¹

4. Interpretation of the Investment Treaty Provision According to the Article 32 of Vienna Convention on the Law of Treaties

If vague and manifestly inconsistent interpretations are concluded through the above-mentioned primary methods, which require confirmation, then Article 32 of the Vienna Convention should be applied to the provision interpretation.³² The latter suggests supplementary means of interpretation. Including, treaty preparatory work when treaty terms are vague and unclear.³³ This serves to confirm the meaning of the interpretation resulting from Article 31 leaves meaning ambiguous or obscure; or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

E.i. Article 32 of the Vienna Convention provides for limited conditions for the application of supplementary means of interpretation. Although the preparatory work is an supplementary means of interpretation, its supporting role in the interpretation process should not be underestimated. They can be used to determine the exact definition of conflicting words.³⁴ During the review of the Vienna Convention by the International Law Commission, Judge Hersch Lauterpracht noted that a provision interpretation without determining the intention of the parties would have undesirable consequences. According to his consideration, the ordinary meaning of provision could be considered voidable regardless of the consideration of provision context, purpose, and subject matter. In the process of interpretation more attention can be paid to the materials of the preparatory work.³⁵

³⁰ Ghouri A., *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2015, 115-116.

³¹ Vadi V., *Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 263-264.

³² Kaufmann-Kohler G., *Interpretation of Treaties: How do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties*, in: *Mistelis L., Lew J. (eds.), Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 258.

³³ Venzke I., *Sources in Interpretation Theories – The International Law-Making Process*, in: *Besson S., D'Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 412-413.

³⁴ Clasmier M., *Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 16.

³⁵ Venzke I., *Sources in Interpretation Theories – The International Law-Making Process*, in: *Besson S., D'Aspremont., Knuchel S. (eds.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 412-413.

The problem with using the method is to protect the hierarchy between Articles 31 and 32 of the Vienna Convention. The Article 31 of the Convention deals with the general method of interpretation and Article 32 with additional means. According to practice, the definition of a provision should start on the basis of a general rule. This implies a textual, substantive and teleological interpretation of the norm. According to practice, the interpretation of a provision should start on the basis of a general rule. This implies a textual, substantive and teleological interpretation of the provision

The application of supplementary means of interpretation, which includes treaty preparatory work, is allowed only in the presence of limited preconditions. The application of supplementary means is always permissible if the general rule of interpretation leaves its meaning ambiguous and obscure, or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable. However, this traditional approach has been criticized by many authors. In their view, the Vienna Convention does not strictly define the hierarchy between the general rule of interpretation and the supplementary means of interpretation. The subject of dispute is the case when the content of the provision is clearly defined as a result of the general rule of interpretation, but the application of supplementary means leads to a different result. In this case has to be determined which approach is favorable. In the present case, proponents of the traditional approach prefer not to be use supplementary means by the arbitration, while opponents do the opposite.

The normative basis of the hierarchical approach is conditioned by two main issues. The first problem is related to the reliability of the application of preparatory work in order to determine the objectives of the treaty parties. The second issue is to determine the purpose of the treaty. Consequently, proponents of the traditional approach point out that the application of supplementary means raises doubts, while in the view of opponents, the preparatory works are a means of proof. However, there is an opinion that definition of intentions of the parties may not even be the purpose of treaty interpretation. For example, if the issue concerns human rights. Consequently, in this case the preparatory work does not play a significant role.³⁶

Despite the existing approaches, it is noteworthy that in practice preparatory work can be used if they are available. For example, the history of ICSID Convention³⁷ creation is documented in detail, which is easily accessible. Consequently, the ICSID arbitration often applies to the preparatory work of ICSID Convention. However, it should be noted that in some cases the mentioned process cannot be used under international investment law,³⁸ because of objective circumstances. For example, in case *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*³⁹ arbitration tribunal defines that lack of materials complicates the interpretation process.⁴⁰ The negotiation process for concluding bilateral investment treaty is either not documented in writing at all, or

³⁶ Noah T., Shereshevsky Y., Does Exposure to Preparatory Work Affect Treaty Interpretation? An Experimental Study on International Law Students and Experts, *The European Journal of International Law*, Vol. 28, N^o4, Oxford University Press, Oxford, 2018, 1288-1289.

³⁷ Convention on the Settlement of the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), 14/10/1966.

³⁸ Clasmier M., *Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 16.

³⁹ International Center for Settlement of Investment Disputes, *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia* dated 21 October 2005, ICSID Case N^oARB/02/3.

⁴⁰ Clasmier M., *Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 17.

only a small amount of material is available. Therefore, arbitration tribunals usually do not have the opportunity to rely on preparatory work while interpreting the provision.

The North American Free Trade Agreement (NAFTA)⁴¹ has a different approach regarding discussing issue. For many years, documentation of the negotiation process was not publicly available. This dissatisfaction was caused by the unequal situation of the parties to the dispute as the respondent state had access to the materials and the plaintiff investor was deprived of this opportunity. In July 2004, the North American Free Trade Agreement Commission announced that a history of negotiating investment issues, which is regulated under Chapter 11 of the Agreement, was available.

Arbitration tribunal in the case of *Methanex v. The United States*⁴² has focused on negotiating of NAFTA in the framework of Article 32 of the Vienna Convention. According to Article 32, this Article may have an additional ancillary function only in limited cases. The approach of the Vienna Convention is that the initial intention of the parties and its interpretation always take precedence over the search for a wide range of alleged intentions of the parties.⁴³ I.e. According to the tribunal, treaty preparatory work should not in all cases be an integral part of the interpretation process, as the application of this may lead to a more chaotic process of interpretation.

It seems that when arbitrators try to determine the intent of the signatory states of the treaty, the preparatory work may play an important role in better studying of the matter.⁴⁴ However, considering that the provision interpretation process needs to be as balanced as possible, based on practical and objective assessments, it should be noted that the hierarchical approach deserves more support. This is due to the fact that the scope of the arbitral tribunal's power is often the subject of consideration, and their application of the methods considered by Article 32 will further increase the risk of the provision broad interpretation and complicate the interpretation process. One of the main challenges in interpreting the provision by the tribunal is to maintain a balance – on the one hand, excessive interference in the discretion of the state and, on the other hand, fair protection of the interests of foreign investors. Also, due to nature of arbitration as it does not belong to any legal system, there is no precedent or universally accepted standards for the interpretation of the provision, which would not allow arbitration to widely interpret provisions. It would give rise to a consistency of decisions. Accordingly, the process of limited and consistent interpretation by the tribunal avoids the mentioned risk to the dispute parties.

5. Interpretation of the Investment Treaty Provision According to the Article 33 of Vienna Convention on the Law of Treaties

The article 33 of the Vienna Convention refers to the interpretation of treaties authenticated in two or more languages. According to the first paragraph of the Article 33 “When a

⁴¹ North American Free Trade Agreement, 01/01/1994.

⁴² Ad Hoc Arbitration Case Methanex Corporation v. United States of America, dated 3 August 2005.

⁴³ Dolzer R., Schreuer Ch., Principles of International Investment Law, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 31.

⁴⁴ Clasmier M., Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 17.

treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail". The second paragraph of the Article 33 defines, that a version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree. In determining the authenticity of the treaty texts in several languages, a problem may arise when the terms do not have the same meaning in each authentic text. In this regard, paragraph 4 of the same article suggests an outcome. If a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning, which the application of articles 31 and 32 do not confirm, in this case shall be adopted the meaning which best reconciles the texts based on the treaty object and purpose.⁴⁵

If the content of any of the provisions of authentic texts turns out to be different, then the process of interpretation complicates. A treaty is always perceived as a single agreement consisting of unified provisions, even if the treaty is concluded in several different languages. But, if a multilingual treaty has to be used and it is impossible to compare two authentic texts without a difference of opinion, then according to the Vienna Convention, harmonization of provisions shall take place. There are several methods of the mentioned issue. First of all, the arbitrator shall examine whether the difference in significance can be reversed by applying Articles 31 and 32 of the Vienna Convention. Second, if the first method proves ineffective, the arbitrator shall determine, whether it is provided by the treaty or if the parties agree, that in the event of a difference in the content of the provisions, a particular text shall prevail. If the second method is not suitable either, then the meaning that best combines the texts should be taken into account, considering the object and purpose of the contract.⁴⁶

In one of the cases of the European Court of Justice (ECJ), it was established that the subject and purpose of the treaty are the key to determining the overall context of the concepts.⁴⁷ However, the Vienna Convention defines clearly, that the Article 33 (4) applies only when the context of the texts is completely divergent in different languages. E.i. when neither the context of the provision can be interpreted, nor the definition of the subject and purpose of the treaty allows for a correct interpretation. Therefore, paragraph 4 of the Article 33 causes a great deal of misunderstanding, as in the literature of international law, as well as in practice. According to the International Law Commission, it is most unacceptable to give preference to a treaty that imposes stricter restrictions. Such approach is applied by the International Court of Justice in case *The Mavrommatis Palestine Concessions*.⁴⁸ In the same case, the Court noted that preference should not be given to the text which more clearly expresses the provision context or the language in which the treaty was originally drafted if they do not reflect the real intentions of the parties.⁴⁹

From the above-mentioned, it should be noted that the approach developed by the arbitration tribunals does not share the hierarchical approach provided by the Article 33 of the Vienna Convention. It seems that priority is given to the purpose and subject matter of the

⁴⁵ Gardnier R., *Treaty Interpretation*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, 315.

⁴⁶ Linderfalk U., *On The Interpretation of Treaties*, Springer, Dordrecht, 357.

⁴⁷ Gardnier R., *Treaty Interpretation*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, 315.

⁴⁸ International Court of Justice, *d Greece v. Britain*, dated 30 August 1924, №2.

⁴⁹ Jan Berends W., *The Interpretation of Multilingual EU Legislation*, University of Utrecht, 2010, 20.

treaty. Considering the fact that the purpose of treaty interpretation is to achieve an objective result, it is therefore not surprising that determining the purpose and subject matter of the treaty takes precedence over the agreement of the parties about the preference to any authentic text.

6. Conclusion

The clearest example of the protection of foreign investment is the existence of an international legal protection mechanism for a foreign investor. The majority of modern bilateral investment treaties provide the provision about the settlement of a dispute. According to this the foreign investor is entitled to present a claim to international arbitration tribunal against the host state in respect of the obligations undertaken by the investment treaty.⁵⁰ It can be mentioned that the international arbitration is the most convenient mechanism between the foreign investor and the state. But the problem arises when the provision of investment contract is vague and the arbitration tribunal becomes the interpreter of provision.

It is clear from the present work that the discussed provisions of the Vienna Convention can have a significant impact on the process of resolving a disputed investment relationship. The articles of the Vienna Convention are the guiding principles for arbitration tribunals in order to interpret ambiguous provisions. Most of the provisions are interpreted based on the mentioned Convention articles, if the dispute parties are the contracting states of the Convention.

The importance of the explanatory clauses of the Vienna Convention seems to play a key role in the definition of bilateral investment treaties, especially considering that it is rare to find an investment agreement where the principles of investment protection are fully and thoroughly regulated. Herewith, it is important that as the popularity of investment arbitration increases, so does the number of arbitration awards relating to the same protection standards and issues regulated by bilateral or multilateral investment treaties. This in itself will further increase the contribution and importance of the investment arbitration tribunal in interpreting the vague provisions of the investment agreement through the Vienna Convention. It is also noteworthy that one of the main priorities for the development of Georgia is the inflow of large amounts of foreign direct investment, which increases the chances of the number of arbitration disputes with the participation of Georgia and, consequently, the need to the application of the Vienna Convention.

In conclusion, it should be noted that the interpretative approaches given by the Vienna Convention provide an important basis for developing uniform and consistent approaches to the treaty interpretation in arbitration practice in order to avoid the subjective approaches of tribunals and radical methodologies in interpreting the provision.

⁵⁰ *De Brabandere E.*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications, Cambridge University Press, 2014, 25-26.

Bibliography:

1. Vienna Convention of the Law of Treaties, 23/05/1969.
2. Convention on the Settlement of the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), 14/10/1966.
3. North American Free Trade Agreement, 01/01/1994.
4. *Basener N.*, Investment Protection in the European Union (Considering EU law in Investment Arbitrations Arising from Intra-EU and extra-EU Bilateral Investment Agreements), Nomos, Baden-Baden, 2017, 54.
5. *Clasmier M.*, Arbitral Awards as Investments – Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2017, 16-17.
6. *De Brabandere E.*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 17, 25-26.
7. *Dolzer R., Schreuer Ch.*, Principles of International Investment Law, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 31.
8. Doing Business 2019, A World Bank Group Flagship Report, 16th Edition, The World Bank, Washington DC, 2019, 5.
9. *Galea I., Biris B.*, National Treatment in International Trade and Investment Law, Acta Juridica Hungarica, №2, Academia Kiado, Budapest, 2014, 179.
10. *Gardnier R.*, Treaty Interpretation, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, 315.
11. *Ghouri A.*, Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration, Walter Kluwers, Alphen aan den Rijn, 2015, 115-116.
12. *Jan Berends W.*, The Interpretation of Multilingual EU Legislation, University of Utrecht, 2010, 20.
13. *Kaufmann-Kohler G.*, Interpretation of Treaties: How Do Arbitral Tribunals Interpret Dispute Settlement Provisions Embodied in Investment Treaties, in: *Mistelis L., Lew J. (eds.)*, Pervasive Problems in International Arbitration, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 258.
14. *Linderfalk U.*, On The Interpretation of Treaties, Springer, Dordrecht, 357.
15. *Marsahal M.*, Investor-State Dispute Settlement Reconceptualized: Regulation of Disputes, Standards and Mediation, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 17, №1, Pepperdine University, Malibu, 2017, 244.
16. *Noah T., Shereshevsky Y.*, Does Exposure to Preparatory Work Affect Treaty Interpretation? An Experimental Study on International Law Students and Experts, The European Journal of International Law, Vol. 28, №4, Oxford University Press, Oxford, 2018, 1288-1289.
17. *Regan H. D.*, Sources of International Trade Law – Understanding What the Vienna Convention Says About Identifying and Using “Sources for Treaty Interpretation”, in: *Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.)*, The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 1050-1053.
18. *Rubino-Sammartano M.*, International Arbitration Law and Practice, Third Edition, JurisNet, New York, 2014, 1581-1582.
19. *Salacuse J.*, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, New York, 2010, 139.
20. *Schreuer Ch.*, Introduction: Interrelationship of Standards, in: *Reinisch A. (ed.)*, Standards of Investment Protection, Oxford University Press, Oxford, 2008, 10.
21. *Trujillo E.*, Balancing Sustainability, the Right to Regulate, and the Need for Investor Protection: Lessons from Trade Regime, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue 8, Boston College Law School, Boston, 2739.
22. *Tsertsvadze G.*, Introduction in International Investment Law, Tbilisi, 2013, 102 (In Georgian).
23. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 263-264.
24. *Vekua G.*, Political-Legal Analyse of Georgian Bilateral Investment Treaties, Tbilisi, 2016, 4 (In Georgian).
25. *Venzke I.*, Sources in Interpretation Theories – The International Law-Making Process, in: *Besson S., D’Aspremont., Knuchel S. (eds.)*, The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2017, 412-413.

26. *Villiger E. M.*, The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The Crucible Intended by the International Law Commission, in: *Cannizzaro E. (ed.)*, The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, New York, 2011, 110.
27. *Zarra G.*, Parallel Proceedings in Investment Arbitration, G. Giappichelli Torino, Eleven International Publishing, Torino, 2017, 109.
28. *Ziegler A., Asif Q.*, International Economic Law, Third Edition, Thomson Reuters, London, 2011, 507.
29. International Center for Settlement of Investment Disputes, dated 16 August 2007, Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case №ARB/02/8.
30. International Center for Settlement of Investment Disputes, Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia dated 21 October 2005, ICSID Case №ARB/02/3.
31. Ad Hoc Arbitration Case Methanex Corporation v. United States of America, dated 3 August 2005.
32. International Court of Justice, d Greece v. Britain, dated 30 August 1924, №2.

სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები საქართველოსა და ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოთა კანონმდებლობის მიხედვით

სამედიაციო მოხიგება მედიაციის საბოლოო პროდუქტია. ის წახმოდგენს მედიაციის მოქმედებას პრაქტიკაში და მასზე დამოკიდებული მთლიანი პროცესის შედეგი. მიიჩნევა, რომ სამედიაციო მოხიგების აღსრულების ხაზისხი უფრო მაღალია, ვიდრე სასამართლო გადაწყვეტილებებისა, ხადგანაც ამ უკანასკნელისგან განსხვავებით ის კომპრომისსა და ნებაყოფლობით თვითობჭვას ეფუძნება,¹ თუმცა, სამედიაციო მოხიგების ბედის მხოლოდ მხაერთა კეთილი ნებისთვის მინდობა ახ ახის საკმახისი. „თუ ახ იახსებებს მედიაციის შედეგად მიღწეული შეთანხმების აღსრულების გახანტიები, მედიაციის ყოველი უპიხატესობა მნიშვნელობას დაკახგავს.“² სტატიის მიზანია შეაფასოს სამედიაციო მოხიგების აღსრულების გამომრიცხავი გახემოებები საქათველოსა და ევროკავშირის წევრი ქვეყნების მედიაციის შესახებ აქტებისა და სამოქადაქო საპროცესო კანონმდებლობის შედახებითი ანალიზის საფუძველზე, განიხილოს აღსრულების ხედისშემდეგი გახემოებები, გააანალიზოს საერთაშოხისო სამედიაციო მოხიგების აღსრულების საკითხი და დასახოს მოწესხიგების ადგიხნატიული პეხსპექტივები.

საკვანძო სიგყვები: მედიაცია, სამედიაციო მოხიგება, აღსრულება, მედიაციის ხედმისაწვდომობა, მოხიგების იუხიდიული ძადა, მოხიგების იუხიდიული ბუნება, მედიაციის ხეგულიება ევროკავშირის წევრი ქვეყნებში, საერთაშოხისო სამედიაციო მოხიგების ცნობა და აღსრულება.

1. შესავალი

ერთი შეხედვით, როდესაც მედიაციის პროცესის შემდეგ მხარე საკუთარი სურვილით გამოხატავს თავისუფალ ნებას, რომ იკისროს პასუხისმგებლობა გარკვეული ვალდებულების შესრულებაზე, მოსალოდნელია, რომ ის ასეც მოიქცევა, თუმცა არავინაა დაზღვეული იმისგან, რომ შეთანხმების შემდგომაც იარსებებს გარკვეული გარემოებები, რომლებიც ზეგავლენას მოახდენენ მხარეთა ნებაზე. ასეთ გარემოებებად შეიძლება მოგვევლინოს შეთანხმების მომენტიისათვის ობიექტურად გაუთვალისწინებელი გარეშე ფაქტორები, კომპანიის ხელმძღვანელობის ცვლილება, საზოგადოების უარყოფითი დამოკიდებულება და სხვ.³ „აღსრულების საკითხი მაშინ წამოიჭება მედიაციაში, თუ, მიუხედავად კონსენსუალური ხასიათისა [...] მხარე ახ ასრულებს სამედიაციო მოხიგებას.“⁴

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამართლის მაგისტრი.

¹ Susmann E., The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement, Newsletter of the Mediation Committee of the International Bar Association, Vol. 2, №1, 2006, 2.

² ბახნაბიშვილი გ., წიკლაუხი ს., სამედიაციო მორიგების აღსრულების საკითხი საქართველოში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადული 2017“, სპეციალური გამოცემა, თსუ-ის გამომცემლობა, 2018, 9.

³ Susmann E., The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement, Newsletter of the Mediation Committee of the International Bar Association, Vol. 2, №1, 2006, 3-4.

⁴ Meidanis Haris P., Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol. 16, Issue 2, 2020, 276.

მედიაციის პროცესის ეფექტურობა არ შეიძლება იყოს დამოკიდებული მორიგების შემდგომ წარმოშობად, მის შესრულებაზე შესაძლო უარის მიზეზებზე. როდესაც მხარეთა შორის შეთანხმება მიიღწევა, მნიშვნელოვანია, სათანადო გარანტიებიც არსებობდეს მის აღსასრულებლად. წინააღმდეგ შემთხვევაში კონფლიქტის ჯაჭვი დაუსრულებელი იქნება.

როგორც „სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში“ შესატანი ცვლილებების პროექტის განმარტებით ბარათში აღინიშნა, „მედიაციის გამაჩთუდი ფუნქციონირება გაჩვენდებოდა მედიაციის შედეგად მიღწეული მოხიგების აღსრულების წესებზეც აჩის დამოკიდებუდი.“⁵ ასევე აღინიშნა აღსრულების ქმედითი მექანიზმის გარანტირების აუცილებლობის შესახებაც.⁶ მიუხედავად ამისა, საქართველოს კანონმდებლობა სამედიაციო მორიგების აღსრულების რეგულირების ნაწილში არც თუ ისე სრულყოფილია. შესაძლოა, აღნიშნული *“omnis definito in jure periculosa est”* პრინციპის გამოძახილიც იყოს, თუმცა, ფაქტია, იქიდან გამომდინარე, რომ საქართველოს მედიაციის ხანგრძლივი ტრადიცია არ აქვს, პრაქტიკა თავად წარმოაჩენს შემდგომი მოწესრიგების საჭიროებას.

სტატიაში განხილული იქნება, მოქმედი საკანონმდებლო რეგულირების გათვალისწინებით, სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები.

2. სამედიაციო მორიგების ცალკეული სამართლებრივი ასპექტების მნიშვნელობა აღსრულების საკითხთან მიმართებით

„მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის თანახმად, სამედიაციო მორიგება არის *„მედიაციის შედეგად დავის უხითიხითშეთანხმებით დასრულების შესახებ წეხიდობითი დოკუმენტი, ხომლის შესრულებაც სავადდებუდოა.“*⁸ კანონის თანახმად, საერთაშორისო სამედიაციო მორიგებაც განმარტებულია, როგორც *„წერილობითი შეთანხმება.“*⁹

განმარტებიდან იკვეთება სამედიაციო მორიგების პირველი აუცილებელი ნიშანი: წერილობითი ფორმა.

2.1. სამედიაციო მორიგების ფორმა

სამედიაციო მორიგება აღსრულებადი იქნება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ის წერილობით იქნება შედგენილი, თუმცა აღნიშნული იმას არ ნიშნავს, რომ წერილობით შედგენილი ყველა მორიგება ექვემდებარება აღსრულებას.

უნდა აღინიშნოს, რომ *„ეჰოკავშირსა და საქაჩთვედოს შოხის გაფოხმებუდი ასოციხების შეთანხმება და ასოციხების დლის წესხიგი ავადდებუდებს სახედმწიფოს, ხომ*

⁵ განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში ცვლილებების შეტანის შესახებ“, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 27/09/2019, 2, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216092>> [27.09.2021].

⁶ იქვე.

⁷ *„ყვედა განმაჩგება კანონში სახიფათოა“*, მითითებულია: Steffek F., Chong S., Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective, Research Collection School of Law, Vol. 31, 2019, 457.

⁸ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-2 მუხლის „ი“ ქვეპუნქტი.

⁹ იქვე, მე-2 მუხლის „ი“ ქვეპუნქტი.

განავითაიხოს დავის გადაწყვეტის ადგილსადაც საშუალებები.“¹⁰ რის შედეგადაც საქართველო მედიაციის მარეგულირებელი საერთაშორისო აქტების ხელშემკვრელი გახდა.

„სამოქალაქო და სამეწარმეო საკითხებში მედიაციის გარკვეული ასპექტების შესახებ ევროპის პარლამენტისა და საბჭოს 2008 წლის დირექტივა“ (შემდგომში, „დირექტივა“) ასევე მიუთითებს მორიგების წერილობით ფორმაზე.¹¹ „გაერთიანებული ერების კონვენცია მედიაციის შედეგად მიღებული საერთაშორისო შეთანხმებების შესახებ“ (შემდგომში, „სინგაპურის კონვენცია“), განმარტავს წერილობით ფორმას, რომელშიც მოიაზრებს ნებისმიერ ფორმას, რომლითაც შეთანხმების შინაარსია ჩაწერილი.¹² „UNCITRAL-ის მოდელური კანონი საერთაშორისო სამეწარმეო მედიაციისა და მედიაციის შედეგად მიღებული საერთაშორისო მორიგების შეთანხმებების შესახებ“ (შემდგომში, „მოდელური კანონი“) მორიგების წერილობითი ფორმის რეკვიზიტებსაც კი არეგულირებს, რომელშიც მოიაზრება: მხარეთა და მედიატორის ხელმოწერა, მედიაციის ჩატარებაზე მითითება, იმ ინსტიტუტის მიერ მორიგების დამოწმება, რომელმაც უზრუნველყო მედიაციის ადმინისტრირება და სხვ.¹³

მართალია, საერთაშორისო აქტები, რომელთა ხელშემკვრელიც საქართველოა, განიხილება ქართული კანონმდებლობის ნაწილად, თუმცა სასურველია, თავად მედიაციის კანონმდებლობა არეგულირებდეს გარკვეულ საკითხებს. მაგალითად, „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი მიუთითებს სამედიაციო მორიგების წერილობით ფორმასა და მხარეთა და მედიატორთა მიერ მისი ხელმოწერის ვალდებულებაზე, თუმცა მისი რეკვიზიტები გაწერილი არ არის.¹⁴

ევროკავშირის წევრი ქვეყნების გამოცდილებითაც, მორიგების წერილობით გაფორმება აუცილებელი მოთხოვნაა, თუმცა განსხვავებულია სტანდარტი თავად წერილობითი ფორმის სახეებს შორის. მაგალითად, თუ ლიეტუვას კანონმდებლობა ფაქსიმილურსაც დასაშვებს ხდის (იმ შემთხვევაში, თუ ხელმოწერის იდენტიფიცირება შესაძლებელია),¹⁵ ესპანეთში მორიგებას „აღმასრულებელ ძალას“ მისი ნოტარიულად დამოწმება ანიჭებს.¹⁶ საინტერესო მოწესრიგება არსებობს ბელგიაში, რომელიც ელექტრონულად გაფორმებული მორიგების აღსრულების შესაძლებლობასაც უშვებს, თუკი მისი ნამდვილობა დადასტურდება.¹⁷ სლოვაკეთის კანონმდებლობის თანახმად, მორიგება აღსრულებადი რომ იყოს, საამისოდ აუცილებელია, ნათელი იყოს მონაწი-

¹⁰ განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 27/09/2019, 1, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089>> [27.09.2021].

¹¹ Directive 2008/52/EC of The European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Union, 2008, Art. 6.1., <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>> [27.09.2021].

¹² United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, General Assembly Resolution 73/198, 2018, Art. 2.2., <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> [27.09.2021].

¹³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, (Amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002), A/73/17, Art. 18.1, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf> [27.09.2021].

¹⁴ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-9 მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი, მე-3 პუნქტი.

¹⁵ Civil Code of the Republic of Lithuania, Art. 1.73, Par. 2.

¹⁶ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 330-331.

¹⁷ იქვე, 25.

ლე მხარეთა მიზანი მისთვის მავალდებულებელი ძალის მინიჭების თაობაზე.¹⁸ ჩეხეთის კანონმდებლობით დადგენილია მოთხოვნები, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდეს სამედიაციო მორიგება ფორმალური თვალსაზრისით, კერძოდ, აუცილებელია, მხარეთა და მედიატორის ხელმოწერების არსებობა, აგრეთვე, მედიაციის პროცესის დასრულების თარიღის მითითება.¹⁹ შვედეთის კანონმდებლობის მიხედვით, დამატებითი მოთხოვნაა აღსრულებაზე განაცხადის შეტანისთვის დაწესებული გადასახადის გადახდაც.²⁰

რეალურად, აღსრულების მიზნებისათვის მნიშვნელოვანია, არა მხოლოდ წერილობითი ფორმის არსებობა, როგორც ფორმალური დასაშვებობის კრიტერიუმი,²¹ არამედ, მორიგების პირობების ფორმულირებაც, ანუ მისი შინაარსობრივი დასაშვებობის კრიტერიუმი. ხშირად მორიგება შეიძლება იმის გამო ვერ დაექვემდებაროს აღსრულებას, რომ მხარეებს საკმარისი სიცხადით არ აქვთ ჩამოყალიბებული მოთხოვნები და ვალდებულებანი, რომლებსაც ერთმანეთს უყენებენ.

სამედიაციო მორიგების ფორმის რეგულირებისას კანონმდებლის გამოწვევაა, ერთი მხრივ, მხარეებს არ შეუქმნას ხელოვნური ბარიერი უკვე მიღწეული მორიგების აღსრულების პროცესში, ხოლო, მეორე მხრივ, ხელი შეუწყოს სამედიაციო მორიგების ისეთი ფორმით დადებას, რომელიც შექმნის მისი შემდგომი აღსრულების გარანტიას და გამორიცხავს მის ბუნდოვან, არააღსრულებად შინაარსს. სამომავლო გაუგებრობის თავიდან ასარიდებლად, სასურველია, „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონმა მოაწესრიგოს მორიგების აქტის სავალდებულო მახასიათებლები, მაგალითად: მხარეთა იდენტიფიკაცია (პასუხისმგებელი პირის განსაზღვრა), მხარეთა მოთხოვნები, მორიგების შინაარსი, დარღვევის შინაარსი, მოთხოვნის შესრულების ვადა (ასეთის განსაზღვრის შესაძლებლობის შემთხვევაში), შეთანხმებისთვის სავალდებულო ხასიათის მინიჭების მიზანი და სხვ.²²

2.2. სამედიაციო მორიგების იურიდიული ბუნება

„სამედიაციო მოხიგება გათანაბრებულა სასამართლო გადაწყვეტილებასთან. მოხიგების საფუძველზე გადაწყვეტილება გამოდის საქართველოს სახელით და სასამართლო მართლმსაჯულების აქტად აცხადებს სახელმძღვანელო თავისუფლების ფაჩვებში ნების ავტონომიის გამოვლინებით მიღწეულ მხარეთა შეთანხმებას – სამედიაციო მოხიგებას.“²³

¹⁸ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 306.

¹⁹ იქვე, 63.

²⁰ იქვე, 348.

²¹ ავტორის შენიშვნა: რამდენადაც ისედაც აშკარაა, რომ კანონის თანახმად სამედიაციო მორიგება ყველა შემთხვევაში წერილობით უნდა ჩამოყალიბდეს, შესაბამისად, მორიგების ფორმალური დასაშვებობის მოთხოვნა ყოველთვის დაკმაყოფილებული იქნება.

²² ცუხი მ., მედიაციის შეთანხმების აქტის შედგენის ხელოვნება: სახელმძღვანელო ინსტრუქციები, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადული 2012“, თსუ-ის გამომცემლობა, 2013, 223-229.

²³ ჩიტაშვილი ნ., საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის მიერ ორგანიზებული ონლაინ დისკუსია თემაზე: სასამართლო და კერძო მედიაციის საკანონმდებლო გარანტიები საქართველოში, 14.12.2020.

სამედიაციო მორიგების აღსრულების შესახებ სასამართლოს გადაწყვეტილება მიიღება განჩინების ფორმით.²⁴ აღსრულებადი მორიგებების შემთხვევაში მათი იურიდიული ბუნება მარტივად იდენტიფიცირებადია გამომდინარე იქიდან, რომ პირდაპირ უთანაბრდებიან სასამართლოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას, განურჩევლად იმისა, ისინი სასამართლო მედიაციის პროდუქტს წარმოადგენენ თუ არასასამართლოსას.

სხვა საკითხია, როდესაც სამედიაციო მორიგება არ მტკიცდება სასამართლოს მიერ. დანიის კანონმდებლობის მიხედვით, მორიგება იმავე წესებით აღსრულდება, რა წესებითაც წერილობითი შეთანხმებები,²⁵ „იტალიის სამოქალაქო კოდექსის“ 1965-ე მუხლის მიხედვით „საბოლოო სამედიაციო შეთანხმება [...] ხელშეკრულების ტიპად კლასიფიცირდება, ხომღის ფაჩვებშიც მხაჩეები თანხმდებიან მიმდინაჩე დავის შეწყვეტასა და მომავადში წაჩმოშობადი შესაძლო დავების პჩევენციაზე. ამ შეთანხმების აღსჩულება სახელშეკრულებო სამაჩთღით ჩეგუდჩდება.“²⁶ რუმინეთის სამედიაციო კანონმდებლობის მიხედვითაც, სამედიაციო მორიგებას წერილობითი ხელშეკრულების ძალა აქვს.²⁷ სამედიაციო მორიგების ხელშეკრულებებთან გათანაბრებაზე მისი ბათილობის საფუძვლებიც მიუთითებს, მაგალითად, ბელგიის კანონმდებლობის მიხედვით, ეს საფუძვლებია: არაკეთილსინდისიერება, შეცდომა, მოტყუება და იძულება.²⁸

როგორც სამეცნიერო ლიტერატურაში განიხილავენ, სამედიაციო მორიგება იურიდიული ბუნების თვალსაზრისით ხელშეკრულებებსა და განჩინებებს/საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს შორის მდგომი დოკუმენტი.²⁹

მიუხედავად ევროპის ქვეყნების არსებული პრაქტიკისა, სამედიაციო მორიგების ხელშეკრულებების ტიპისადმი მიკუთვნება არ უნდა შეფასდეს გამართლებულად, რადგანაც აღნიშნული აკნინებს ამ ინსტიტუტის უნიკალურობასა და მაღალ ლეგიტიმაციას, ვიდრე ეს ჩვეულებრივი ხელშეკრულების შემთხვევაში გვაქვს. სამედიაციო მორიგება გააზრებული, ნებაყოფლობითი, მხარეთა თვითგამორკვევისა და ინფორმირებული გადაწყვეტილების შედეგად მიღებული პროდუქტია, რომელიც სწორედ ჩამოთვლილი კრიტერიუმების გამო ბევრად მაღალი იურიდიული ღირებულების მქონეა, ვიდრე ხელშეკრულება. ხელშეკრულებებთან მისი გათანაბრება, ფაქტობრივად, უგულებელყოფს მედიატორის როლსა და ძალისხმევას, მის ჩართულობას ამ პროცესში, ამასთან, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები შესაძლოა არ მიესადაგებოდეს სამედიაციო მორიგების აღსრულების მიზნებს.³⁰

ამდენად, კანონმდებლობაში ის უნდა იდენტიფიცირდეს, როგორც მესამე ტიპის დოკუმენტი და საკუთარი სტატუსი მიენიჭოს.³¹ სხვა შემთხვევაში გამოვა, რომ სამედიაციო მორიგება ჩვეულებრივი წერილობითი შეთანხმებაა, რომლის შეუსრულებლობის

²⁴ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, 363³³ მუხლის პირველი ნაწილი.

²⁵ *Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 78.

²⁶ იქვე, 191.

²⁷ იქვე, 294.

²⁸ იქვე 24.

²⁹ *Meidanis Haris P., Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform*, *Journal of Private International Law*, Vol.16, Issue 2, 2020, 290.

³⁰ *Weller S., Court Enforcement of Mediation Agreements: Should Contract Law be Applied*, *Judges' Journal*, Vol. 31(1), 1992, 13, 16.

³¹ *Meidanis Haris P., Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform*, *Journal of Private International Law*, Vol.16, Issue 2, 2020, 295.

შემთხვევაშიც მხარეებმა კვლავ სასამართლოში უნდა გააგრძელონ დავა სახელშეკრულებო ვალდებულებების ნაწილში.

ამ პრობლემის საპასუხოდ ევროკავშირის ცალკეულ ქვეყნებში არსებობდა წინადადება, ყოველგვარი ფორმალური ბარიერის გარეშე,³² სამედიაციო მორიგების პირდაპირი აღსრულების თაობაზე.³³ ჩეხეთში არსებობდა ინიციატივა, რომ ადვოკატ-მედიატორის მონაწილეობით შემუშავებული სამედიაციო მორიგება ყოფილიყო პირდაპირ აღსრულებადი, თუმცა აღნიშნულმა შეთავაზებამ საკანონმდებლო მხარდაჭერა ვერ მოიპოვა.³⁴

სამედიაციო მორიგების იურიდიული ბუნების განსაზღვრა მნიშვნელოვანია. აუცილებელია, ის განირჩეოდეს ხელშეკრულების ან თუნდაც სასამართლო გადაწყვეტილებებისგან და მიენიჭოს დამოუკიდებელი სტატუსი, რომელიც მისი ლეგიტიმაციის შესაფერისი იქნება. „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონში სამედიაციო მორიგების ცნების განმარტება და მისი აღსრულების მექანიზმების გარანტირება ქართული კანონმდებლობის პლუსად უნდა ჩაითვალოს, რამდენადაც მორიგებას უბრალო გარეგნებისა და ხელშეკრულებებისგან განასხვავებს და მის მაღალ ლეგიტიმაციას უზრუნველყოფს.³⁵ რაც შეეხება პირდაპირი აღსრულების შესაძლებლობას, აღნიშნული საკითხი ქართული რეალობისა და მედიაციის მწირი ტრადიციისა და კულტურის გადმოსახედიდან მხოლოდ შორეულ პერსპექტივად რჩება.

3. სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის თანახმად, „სასამართლო უახსიგყვის სამედიაციო მოხიგების აღსრულებაზე, თუ სამედიაციო მოხიგების შინაარსი ეწინააღმდეგება საქართველოს კანონმდებლობას ან თუ, სამედიაციო მოხიგების შინაარსიდან გამომდინარე, მისი აღსრულება შეუძლებელია.“³⁶ კოლექტიური შრომითი დავის შემთხვევაში დამატებითი ელემენტია საჯარო წესრიგთან წინააღმდეგობა.³⁷

სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავ მსგავს საფუძვლებს ვხვდებით ევროკავშირის წევრი ქვეყნების კანონმდებლობაში, თუმცა ეს აკრძალვა სხვადასხვანაირადაა ფორმულირებული, კერძოდ, ზოგ შემთხვევაში ეს დათქმა პირდაპირია, მაგალითად, მითითებულია იმის თაობაზე, რომ მორიგება არ უნდა არღვევდეს კანონს (ავსტრია),³⁸ არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს კანონსა და მორალს (ბულგარეთი,³⁹ ესტონეთი⁴⁰), ეროვნულ სამართალს (მალტა).⁴¹ მართალია, ირიბად, თუმცა კანონიერე-

³² ავტორის შენიშვნა: მაგალითად, სასამართლოს მიერ დამტკიცება, ნოტარიულად დამოწმების სავალდებულობა და სხვ.

³³ *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 295.

³⁴ იქვე, 63.

³⁵ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-2 მუხლის „ი“ ქვეპუნქტი, მე-13 მუხლი.

³⁶ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, 363³² მუხლი.

³⁷ იქვე, 363³⁵ მუხლი.

³⁸ *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 13.

³⁹ Mediation Act of Bulgaria, Art. 17, Par. 3.

⁴⁰ იქვე, 89.

ბის მოთხოვნის გამოხატულებაა სამედიაციო მორიგებისთვის წაყენებული მოთხოვნა მის სამართლიანობაზე, აგრეთვე, მესამე პირთა უფლებების დარღვევის გამორიცხვის თაობაზე (ფინეთი).⁴² ზოგიერთ შემთხვევაში სასამართლო აფასებს, მორიგების სურვილი ხომ არ ყოფილა მხარეზე არასწორი ზეგავლენის ან იძულების შედეგი (ირლანდია).⁴³ შესაძლოა, „საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი“ პირდაპირ არ მიუთითებს, მაგალითად, მესამე პირთა უფლებებზე, თუმცა ამ ნაწილში, კანონიერების კრიტერიუმი მიზნობრივად უნდა განიმარტოს, შესაბამისად ის ისედაც მოიცავს ზემოთ ხსენებულ ელემენტებს, რამდენადაც, არ შეიძლება, მაგალითად, მორიგება კანონთან შესაბამისად ჩაითვალოს, თუკი ის ეწინააღმდეგება / ლახავს სხვა პირთა უფლებებს.

მსგავსი ზოგადი გამომრიცხავი გარემოებებია მითითებული საერთაშორისო აქტებშიც. მაგალითად, დირექტივა მიუთითებს, რომ მორიგება არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს კანონმდებლობას და ქვეყნის კანონმდებლობა უნდა უზრუნველყოფდეს მისი აღსრულების შესაძლებლობას.⁴⁴ სინგაპურის კონვენცია საჯარო წესრიგსა და კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობას მოიაზრებს აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლად.⁴⁵

3.1. კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობა

სამედიაციო მორიგება ვერ აღსრულდება, თუ ის ეწინააღმდეგება საქართველოს კანონმდებლობას. ზოგადად, „სამეცნიერო დიგეხატუხაში აქცენტირებულია, რომ მედიაციის შეთანხმება დიდი სიფხთხილით უნდა მიიღებოდეს, ხადგან ზღვახი კანონიერებასა და უკანონობას შოხის ძადიან მციხეა.“⁴⁶ მნიშვნელოვანია, შეფასდეს, თუ რა მოიაზრება კანონთან წინააღმდეგობაში.

ფართო გაგებით, კანონმდებლობას ქმნის საქართველოს საკანონმდებლო და კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტები.⁴⁷ ვიწრო გაგებით, კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობა გულისხმობს კანონმდებლობით გარანტირებულ, ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებთან შეუსაბამობას. მორიგების მიზნიდან და სასამართლოს მიერ მისი შემონახვის რაციონალობიდან გამომდინარე, ეს უკანასკნელი განმარტება უფრო მისაღები და მიზანშეწონილია. სხვა შემთხვევაში, კანონიერების ელემენტი ისე რომ აღგვექვა, როგორც დავის სამართლის ნორმების შესაბამისად გადაწყვეტა, მაშინ აზრი

⁴¹ Mediation Act of Malta, Art. 17B, Par. (1) (b), 21.12.2004.

⁴² Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 103.

⁴³ Mediation Act of Ireland, Art. 11, Par. (3) (b), 2017.

⁴⁴ Directive 2008/52/EC of The European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Union, 2008, Art. 6.1., <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>> [27.09.2021].

⁴⁵ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, General Assembly Resolution 73/198, 2018, Art. 5.2., <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> [27.09.2021].

⁴⁶ Neamtu B., Dragos D. C., Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2014, 447, მითითებულია: ჩიგაშვიდი ნ., სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვეობის საფუძველი, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადეული 2016“, თსუ-ის გამომცემლობა, 2017, 17.

⁴⁷ საქართველოს ორგანული კანონი „ნორმატიული აქტების შესახებ“, სსმ, 33, 09/11/2009, მე-7 მუხლის პირველი პუნქტი.

დაეკარგებოდა მედიაციის სასამართლოსგან განმასხვავებელ ძირითად ნიშანს. სამედიაციო მორიგების კანონიერების შეფასების კრიტერიუმი არ უნდა იყოს ის ფაქტორი, თუ როგორ გადაწყვეტდა სასამართლო აღნიშნულ დავას. „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის თანახმად, არა მხოლოდ სამედიაციო მორიგების, არამედ თავად მედიაციის პროცესის არაკანონიერი მიმართულებით წარმართვის რისკებს თავად მედიატორი აზღვევს, რამდენადაც ის უფლებამოსილია ნებისმიერ დროს შეწყვიტოს პროცესი, თუკი ჩათვლის, რომ მისი გაგრძელება არაგონივრული და გაუმართლებელია.⁴⁸

მართალია, სამედიაციო მორიგება მედიაციის პროცესის წარმატებით დასრულებისა და ეფექტურობის გარანტია, თუმცა ის არ უნდა იყოს თვითმიზანი მედიატორისათვის. როდესაც სამედიაციო მორიგების პირობები აშკარად ლახავს ერთ-ერთი ან ორივე მხარის კონსტიტუციურ უფლებებს ან მედიატორი შეამჩნევს, რომ მხარეებს გადაწყვეტილება არ მიუღიათ გააზრებულად, თვითგამორკვევის პრინციპის რეალიზებით, მისი შედეგების გაანალიზებით, მან უნდა მიმართოს ზომებს ასეთი მორიგების გაფორმების პრევენციისთვის.⁴⁹

3.2. საჯარო წესრიგი

რაც შეეხება საჯარო წესრიგის ცნებას, უნდა აღინიშნოს, რომ „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის“ რამდენიმე მუხლში „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის ანალოგიური ჩანაწერი არსებობს.⁵⁰ მაგალითად, მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის მიხედვით, ჩვეულებანი გამოიყენება მხოლოდ მაშინ, თუ ისინი არ ეწინააღმდეგება სამართლისა და ზნეობის საყოველთაოდ აღიარებულ ნორმებს ან საჯარო წესრიგს. 54-ე მუხლის თანახმად, საჯარო წესრიგთან წინააღმდეგობა გარიგების ბათილობის საფუძველია, ხოლო 61-ე მუხლის მე-5 პუნქტის საფუძველზე, პირის მიერ დადასტურებული უცილოდ ბათილი გარიგება მხოლოდ მაშინ შეიძლება იცნოს ნამდვილად, თუ ის არ ეწინააღმდეგება ზნეობის ნორმებს და საჯარო წესრიგის მოთხოვნებს.

საჯარო წესრიგის საყოველთაოდ მიღებული დეფინიცია კანონმდებლობით არ არის დადგენილი, თუმცა, მასში შეიძლება მოვიპოვოთ ეკონომიკური, პოლიტიკური და მორალური პრინციპები, რომლებიც აუცილებელია ქვეყანაში საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვისათვის.⁵¹ საჯარო წესრიგში ასევე მოიაზრება პრინციპული სამართლებრივი ფასეულობანი, სამოქალაქო ბრუნვის ფუნდამენტური პრინციპები, როგორებიცაა საკუთრების, მენარმეობის, ხელშეკრულების თავისუფლებანი თუ სხვ.⁵²

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, „54-ე მუხლის საკანონმდებლო დანაწესის მიზანს სწოხედ იმგვარი გაჩივებების თავიდან აცილება წახმოადგენს, რომლებიც ფოხმადუხად კანონსაწინააღმდეგო ახ ახის, თუმცა, თავისი ახსით, საზოგადოებრივ მახთდწესხიგს ახღვევს და სამოქალაქო ბხუნვის სუბიექტთა თანაცხოვრებას

⁴⁸ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-9 მუხლის პირველი პუნქტის „ე“ ქვეპუნქტი.

⁴⁹ ჩიგაშვიდი ნ., სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვეობის საფუძველი, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – ნელინდული 2016“, თსუ-ის გამომცემლობა, 2017, 10.

⁵⁰ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 31, 26/06/1997, 54-ე მუხლი.

⁵¹ ჯოხბენაძე ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბ., 2002, 31.

⁵² ზოიძე ბ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბ., 2002, 178.

აუახესებს, *ჩაც შედეგობივად, სამოქალაქო ბუნვას აფეხებს*“.⁵³ აღნიშნულ განმარტებას თუ გავითვალისწინებთ, მით უფრო, იმ მოცემულობით, რომ აკრძალულია ისეთი სამედიაციო მორიგების აღსრულება, რომელიც ეწინააღმდეგება კანონმდებლობას ან/და საჯარო წესრიგს, კანონმდებლის მიზანი იყო თავიდან აერიდებინა ისეთი მორიგების აღსრულება, რომელიც იქნებოდა კანონსაწინააღმდეგო, ან არ იქნებოდა *contra legem*, მაგრამ იქნებოდა შეუსაბამო ზოგადად, სამართლებრივ წესრიგთან.

თბილისის სააპელაციო სასამართლომ უშუალოდ დაასახელა, თუ რა შეიძლება ჩაითვალოს საჯარო წესრიგთან საწინააღმდეგოდ, კერძოდ, მისი განმარტებით, „*გაჩივება ან მისი ესა თუ ის პიხობა ზნეობივ ნოხმებთან და საჯახო წესჩიგთან შეუსაბამოა, ხოღესაც ის ეწინააღმდეგება სოციადუხი სამაჩთდიანობის პიხინციპს, ხედშეკჩუდების მხაჩეს აყენებს შეუსაბამოღ ჩთუდ მდგომაჩეობაში*“.⁵⁴ ლიეტუვას კანონმდებლობის მიხედვითაც, დამტკიცებას არ ექვემდებარება ისეთი მორიგება, რომელიც ერთ მხარეს ანიჭებს არასამართლიან უპირატესობას მეორესთან შედარებით.⁵⁵ ასეთად, მაგალითად, შეგვიძლია მოვიხიზროთ ისეთი სამედიაციო მორიგება, რომელიც, თუმცა ფორმალურად კანონმდებლობასთან შესაბამისია, მაგრამ, აშკარა უპირატეს მდგომარეობაში აყენებს მედიაციის პროცესის ერთ-ერთ მხარეს და მეორეს საპასუხოდ აკისრებს ისეთ ვალდებულებას, რომელიც არარაციონალური და არაპროპორციულია დავის შინაარსიდან გამომდინარე.

საქართველოს კანონმდებლობის მსგავსად, როგორც წესი, საჯარო წესრიგის საკანონმდებლო დეფინიცია არც სხვა ქვეყნებში არსებობს. იტალიის კანონმდებლობით, აღნიშნულის განმარტება მოსამართლეთა საკმაოდ ფართო დისკრეციის სფეროა.⁵⁶ ბელგიაც, განმარტებისთვის სივრცეს ტოვებს; საოჯახო საქმეებზე შეთანხმების დამტკიცების გამორიცხვისთვის დამატებითი წინაპირობაა არასრულწლოვანთა ინტერესებთან წინააღმდეგობაც.⁵⁷

3.3. აღსრულების შეუძლებლობა შინაარსის გამო

მედიაციის პროცესის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი უპირატესობა მისი მოქნილობა და არაფორმალური ხასიათია, რომლის ფარგლებშიც მხარეებს ენიჭებათ შესაძლებლობა გაითვალისწინონ და შეთანხმდნენ ნებისმიერ ისეთ პირობაზე, რომელიც ვერ იქნებოდა აღსრულებადი სასამართლო საქმისწარმოების პირობებში. მიუხედავად ამისა, რამდენადაც ეს ფაქტორი, ერთი მხრივ, დადებითად წარმოაჩენს მედიაციის პროცესს, მეორე მხრივ, პრაქტიკაში მისი აღსრულების თვალსაზრისით შესაძლოა პრობლემა გამოიწვიოს.

მხარეებმა შესაძლოა მორიგებაში ისეთი პირობები გაითვალისწინონ, რომელთა შესრულებაც თავად მხარეთა მიერაც კი ვერ გაკონტროლდება ობიექტურად, დამოკიდებულია სამომავლო ჰიპოთეტური შემთხვევის დადგომაზე და სხვ.

⁵³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის პირველი მარტის №ას-15-15-2016 გადაწყვეტილება.

⁵⁴ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2013 წლის 6 თებერვლის №2ბ/4123-12 გადაწყვეტილება.

⁵⁵ Civil Code of the Republic of Lithuania, Art. 6.228, Par.1, 18.07.2000.

⁵⁶ *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 192.

⁵⁷ იქვე, 26.

ამ ნაწილშიც მედიატორის როლი და ფუნქცია ძალიან დიდია, რომ დაეხმაროს მხარეებს ისეთი მორიგების შედგენაში, რომელსაც აღსრულების პერსპექტივა ექნება.⁵⁸ გარდა აღნიშნულისა, სწორედ ამ თვალსაზრისით შეიძლება შეასრულოს მნიშვნელოვანი ფუნქცია სამედიაციო მორიგებისთვის წარდგენილმა ფორმალურმა მოთხოვნებმა: შეთანხმების დოკუმენტისთვის ისეთი მოთხოვნების დაწესებით, რომლებიც უზრუნველყოფს შეთანხმებული პირობების საკმაო სიცხადით გამოხატვას, შესაძლოა გამოირიცხოს ბუნდოვანი შინაარსიდან გამომდინარე აღსრულების შეუძლებლობის რისკები.

3.4. კონფიდენციალურობა, როგორც აღსრულების გამომრიცხავი გარემოება

მართალია, კანონმდებლობა პირდაპირ არ მოიაზრებს კონფიდენციალურობას სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავ გარემოებად, თუმცა ის აღსრულების ხელისშემშლელ ფაქტორს წარმოადგენს სწორედ მისი შინაარსისა და სპეციფიკიდან გამომდინარე.

საიმისოდ, რომ სასამართლომ სამედიაციო მორიგება დაამტკიცოს და სააღსრულებო ფურცელი გაიცეს, როგორც მინიმუმ, მას შეთანხმების ის შინაარსი მაინც უნდა მიეწოდოს, რომლითაც დაადგენს, რომ ასეთი შეთანხმება არსებობს,⁵⁹ ეს ფაქტორი კი უკვე პრობლემაა იმ მხარეთათვის, რომელთაც საერთოდ არ სურთ მათ შორის არსებული დავის ფაქტის გამჟღავნებაც კი.

აქედან გამომდინარე, კონფიდენციალურობის პრინციპი და სამედიაციო მორიგების სასამართლოს მიერ დამტკიცების გზით აღსრულება ერთმანეთთან თანმიხვედრი ვერ იქნება, რადგანაც აღსრულების მოტივით გარკვეული მოცულობის ინფორმაცია მაინც უნდა გამჟღავნდეს ან პირიქით, სრული კონფიდენციალურობის პირობებში არ იქნება შესაძლებელი სასამართლოს მიერ მორიგების დამტკიცება მისი აღსრულების მიზნით.

4. სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი სხვა გარემოებები ევროკავშირის ნევი ქვეყნების კანონმდებლობის მიხედვით

4.1. მედიატორის აკრედიტაცია, როგორც აღსრულების წინაპირობა

ცალკეულ შემთხვევაში, სამედიაციო მორიგების აღსრულებაუნარიანობისთვის შესაძლოა განმსაზღვრელი გახდეს ის ფაქტი, მიღწეულია თუ არა შეთანხმება აკრედიტებული მედიატორის მონაწილეობით. მაგალითად, ბელგიის კანონმდებლობა ერთმანეთისგან მიჯნავს ნებაყოფლობით და სასამართლო მედიაციის ფარგლებში მიღწეული შეთანხმების აღსრულებას. ის ბოლომდე არ ენდობა სრულიად თავისუფალ, კვალიფიციური წარმომადგენლების მონაწილეობის გარეშე წარმართულ მედიაციას და ნებაყოფლობითი მედიაციის ფარგლებში მიღწეული სამედიაციო მორიგება მხო-

⁵⁸ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-9 მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁵⁹ Deason E. E., Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides with Confidentiality. U.C. Davis Law Review, Vol. 35(1), 2001, 49.

ლოდ იმ შემთხვევაში ექვემდებარება დამტკიცებას, თუკი მედიაციის პროცესი წარმართული იყო აკრედიტებული მედიატორის მიერ.⁶⁰ განსხვავებული და საინტერესო მოწესრიგება არსებობს ესტონეთში, კერძოდ, „სამედიაციო მორიგების აღსრულების მოთხოვნები დამოკიდებულია იმაზე, თუ ვინ ითავსებს მედიატორის როლს.“⁶¹ თუკი მორიგება მიიღწევა ნოტარიუსის ან ადვოკატი მედიატორის მონაწილეობით, მაშინ ის აღსრულებადი იქნება, თუ სასამართლო დაადასტურებს, ხოლო თუ მედიატორი არც ნოტარიუსია და არც ადვოკატი, მორიგება მაშინ აღსრულდება, თუ სასამართლო დაადგენს, რომ მედიატორის მიუკერძოებლობა და დამოუკიდებლობა უზრუნველყოფილი იყო.⁶²

„მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მიღებამდე საქართველოშიც მსგავსი მოწესრიგება არსებობდა. აღსრულებას ექვემდებარებოდა მხოლოდ „სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის“ შესაბამისად, სავალდებულო სასამართლო მედიაციის შედეგად მიღწეული სამედიაციო მორიგება,⁶³ რაც შეეხება კერძო მედიაციას, მის ფარგლებში მიღწეული შეთანხმება არ იყო სამედიაციო მორიგების ტოლფასი და სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპების შესაბამისად წესრიგდებოდა. „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი 2019 წლის 27 სექტემბრიდან ამოქმედდა, შედეგად, განიმარტა სამედიაციო მორიგების შინაარსი, დამკვიდრდა მედიატორთა აკრედიტაციის სტანდარტი, დაფუძნდა მედიატორთა ასოციაცია და შეიქმნა მედიატორთა ერთიანი რეესტრი.⁶⁴ კანონის მიღებამ შესაძლებელი გახადა კერძო მედიაციის ფარგლებში მიღწეული სამედიაციო მორიგების აღსრულების სათანადო გარანტიით აღჭურვა. რამაც, თავის მხრივ, ეროვნულ დონეზე მედიაციის ინსტიტუტის ხელმისაწვდომობისა და ეფექტურობის განმტკიცებას შეუწყო ხელი.

4.2. სამედიაციო მორიგებისთვის წარდგენილი დამატებითი მოთხოვნები დავის შინაარსთან კავშირში

ცალკეულ შემთხვევაში, დავის შინაარსის გათვალისწინებით, სამედიაციო მორიგებას დამატებითი მოთხოვნები შეიძლება წარედგინოს. მაგალითად, ბელგიის კანონმდებლობის თანახმად, „საოჯახო საქმეებში, რომლებსაც ბავშვთა ინტერესებთან აქვთ კავშირი, უფრო მკაცრი კონტროლია მოსადგომელი მოხიგების აღსრულებასთან მიმართებით. [...] მოსამართლე ახ დაამტკიცებს განქოჩინების თაობაზე შეთანხმებას, თუ აღიმენგის ოდენობა მცირეა, თუ მოხიგებით გათვალისწინებული სხვა პირობები ახ აკომპენსიხებს აღნიშნულს.“⁶⁵ ლუქსემბურგში, საოჯახო დავის ფარგლებში მიღწეული სამედიაციო მორიგება აუცილებლად იმ მოსამართლემ უნდა განიხილოს, რომელსაც ჰქონდა გადაცემული ეს დავა სასამართლოში.⁶⁶ იტალიაში, „თუ შეთანხმება შეეხება

⁶⁰ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 25.

⁶¹ იქვე, 88.

⁶² Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 89.

⁶³ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, XXI¹ თავი.

⁶⁴ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019.

⁶⁵ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 26.

⁶⁶ იქვე, 241.

სახელმწიფოებო ვადებულებას ან აქტს, ხომელიც დაკავშირებულია უძიავი ქონების გაცემასთან, მისი ნამდვირობა უნდა დადგინდეს შესაბამისი სახელმწიფო მოხელის მიერ⁶⁷.

კვლევამ აჩვენა, რომ დავის სპეციფიკა შესაძლოა საჭიროებდეს დამატებითი გარემოებების დაკმაყოფილებას სამედიაციო მორიგების აღსრულებაუნარიანობისთვის. საქართველოში დავის შინაარსთან დაკავშირებული აღსრულების გამომრიცხავი დათქმები არ არსებობს, თუმცა სამომავლოდ მათი განსაზღვრა, მხარეთა უფლებების მაღალი სტანდარტით დაცულობის უზრუნველსაყოფად, სასურველია. განსაკუთრებით ისეთ საქმეებში, რომლებიც შეეხება ბავშვთა საუკეთესო ინტერესებს.

4.3. სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი სხვა გარემოებები სინგაპურის კონვენციისა და მოდელური კანონის მიხედვით

საგულისხმოა, რომ სინგაპურის კონვენცია და მოდელური კანონი ზემოთ ჩამოთვლილი გარემოებების გარდა უფრო ვრცელ და თითქმის იდენტურ⁶⁸ ჩამონათვალს ადგენენ შეთანხმების აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლების თვალსაზრისით, კერძოდ, კონვენციის მე-5 და მოდელური კანონის მე-19 მუხლის თანახმად, აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძველია: მორიგების ერთ-ერთი მხარის უუნარობა შეთანხმების დადებისას, თუ მორიგება არ არის მავალდებულებელი, საბოლოო, დადების შემდეგ კვლავ შეიცვალა, არ არის ნათელი და აშკარა, ვალდებულებები უკვე შესრულდა, მედიატორმა სერიოზულად დაარღვია პროცესის სტანდარტი და სხვ.

აღნიშნული გარემოებები ბევრად უფრო ამომწურავია, ვიდრე მხოლოდ კანონმდებლობასთან ან საჯარო წესრიგთან აკრძალვის მითითება. შესაძლოა, „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონში ამომწურავად არ და ვერ განისაზღვროს სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი ყველა საფუძველი, თუმცა ამ სახელმძღვანელო პრინციპების საფუძველზე იმის შემუშავება მაინცაა შესაძლებელი, რომ სამედიაციო მორიგების აღსრულებაუნარიანობისთვის აუცილებელი რეკვიზიტები მაინც გაინეროს კანონმდებლობით.

საგულისხმოა, რომ CEPEJ-ს⁶⁹ მიღებული აქვს სახელმძღვანელო,⁷⁰ რომელიც აყალიბებს კანონმდებლობის ჩარჩო პრინციპებს სამედიაციო მორიგების აღსრულების ნაწილში. კერძოდ, განსაზღვრულია სამედიაციო მორიგების ფორმა (წერილობითი, ხელმოწერილი, დამოწმებული) და შინაარსი (თუ სამართლებრივ საკითხებზე შეთან-

⁶⁷ იქვე, 191.

⁶⁸ ავტორის შენიშვნა: კონვენცია შეესაბამება UNCITRAL-ის მოდელურ კანონს. ეს მიდგომა გამიზნულია საიმისოდ, რომ სახელმწიფოებს მოქნილი არჩევანი ჰქონოდათ და აერჩიათ ცალკეულად, კონვენციის იმპლემენტირებას ისურვებდნენ, მოდელურ კანონებს თუ ორივეს ერთად. ამდენად, ამ ორი დოკუმენტის ტექსტი ავსებს ერთმანეთს და სამართლებრივ ჩარჩოს ქმნის მედიაციისათვის. იხ.: United Nations Commission on International Trade Law, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, New York, 2018 (The “Singapore Convention on Mediation”), 2018, <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements> [27.09.2021]. აღსანიშნავია, რომ საქართველო ერთ-ერთი პირველი ქვეყანა იყო, რომელიც სინგაპურის კონვენციას შეუერთდა 2019 წელს, <<https://agenda.ge/en/news/2019/2119>> [27.09.2021].

⁶⁹ European Commission for the Efficiency of Justice.

⁷⁰ European Commission for the Efficiency of Justice, European Handbook for Mediation Lawmaking, Adopted at the 32th Plenary Meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 13 and 14 June 2019, Art. 6, <<https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>> [27.09.2021].

ხმება ვერ ხერხდება, მხარეები შეიძლება წერილობით შეთანხმდნენ ფაქტობრივ საკითხებთან მიმართებით),⁷¹ აღსრულება სასამართლოს, ნოტარიული დამოწმების გზით ან სხვა პირის მიერ,⁷² პირდაპირი აღსრულების შესაძლებლობა შესაბამისი გარემოებების არსებობისას⁷³ და სხვ.

5. საერთაშორისო სამედიაციო მორიგების აღსრულება

მედიაციამ არა მხოლოდ სახელმწიფოს შიგნით წარმოშობილი კონფლიქტების მოგვარების პასუხისმგებლობა იტვირთა, არამედ „საზღვრის გადამკვეთი მართლმსაჯულების“ ალტერნატივის ფუნქციასაც ეფექტურად ითავსებს და ამარტივებს საერთაშორისო კერძო და სამეწარმეო სამართალში წარმოშობილი კონფლიქტების გადაწყვეტას.

„სინგაპურის კონვენციის“ თანახმად, საიმისოდ, რომ სამედიაციო მორიგება დაექვემდებაროს „საერთაშორისო“ სტატუსს, ამისათვის, როგორც მინიმუმ, მორიგების წევრ ორ მხარეს უნდა ჰქონდეს საქმიანობის ადგილი სხვადასხვა ქვეყანაში ან სახელმწიფო, რომელშიც მორიგების მხარეებს აქვთ საქმიანობის ადგილი, უნდა განსხვავდებოდეს: ა) იმ სახელმწიფოსგან, რომელშიც სრულდება მორიგებით განსაზღვრული ვალდებულებების ძირითადი ნაწილი; ან ბ) იმ სახელმწიფოსგან, რომელთანაც მორიგების შინაარსი ყველაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული და სხვ.⁷⁴

კონვენცია, დირექტივასა და სხვა საერთაშორისო აქტებთან ერთად რეალურად ვაკუუმს ავსებს საზღვრის გადამკვეთი მედიაციის რეგულირების ნაწილში, რადგანაც ფარავს ისეთ საკითხებს, რომლებიც არ არის მოცული სხვა საერთაშორისო რელევანტური აქტებით და, ამ მხრივ, მნიშვნელოვან სახელმძღვანელო წესებს ადგენს.⁷⁵

დირექტივის ანალიზის შედეგად იკვეთება, რომ საერთაშორისო დონეზე სამედიაციო მორიგების აღსრულებისთვის მნიშვნელოვანია, ის ასეთად ჩაითვალოს ჯერ წევრი ქვეყნის ტერიტორიაზე, ამის შემდეგ კი, ზემოთ ხსენებული ყველა სხვა გარემოების დაკმაყოფილების შემთხვევაში უკვე ექვემდებარება აღსრულებას.⁷⁶

ქართული პერსპექტივიდან გამომდინარე, საერთაშორისო სამედიაციო მორიგების აღსასრულებლად მნიშვნელოვანია ჯერ მისი ცნობა, შემდეგ კი აღსრულება. „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონში 2021 წლის 22 ივნისის ცვლილებებმა მოაწესრიგა საერთაშორისო სამედიაციო მორიგების ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებული მანამდე დაურეგულირებელი საკითხები, კერძოდ, განისაზღვრა საერთაშორისო სამედიაციო მორიგების ცნება, მისი ცნობისა და აღსრულების წი-

⁷¹ იქვე, Art. 6.1. a, b.

⁷² იქვე, Art. 6.2. a.

⁷³ იქვე, Art. 6.2. c.

⁷⁴ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, General Assembly Resolution 73/198, 2018, Art. 1, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> [27.09.2021].

⁷⁵ Steffek F., Chong S., Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective, Research Collection School of Law, Vol. 31, 2019, 457.

⁷⁶ Meidanis Haris P., Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol.16, Issue 2, 2020, 279-280.

ნაპირობები და ისეთი სამედიაციო მორიგებები, რომლებიც არ ექვემდებარება ცნობასა და აღსრულებას.⁷⁷

„მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონმა საერთაშორისო სამედიაციო მორიგების განმარტება „სინგაპურის კონვენციის“ მოწესრიგებას დაუკავშირა. ახალი რეგულირების თანახმად, საერთაშორისო სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებებია მისი დადების პირადი, საოჯახო ან საყოფაცხოვრებო მიზანი, საოჯახო, მემკვიდრეობითი ან შრომით – სამართლებრივი ხასიათი, თუ ის უკვე დამტკიცებულია სასამართლოს მიერ, ექვემდებარება აღსრულებას, როგორც საარბიტრაჟო გადანყვეტილება ან თუ მისი „*ერთ-ერთი მხაზე ახის სახედმწიფო ან ნებისმიერი სახედმწიფო უწყება ან ამ სახედმწიფო უწყების სახელით მოქმედი ნებისმიერი პირი*“.⁷⁸ დამატებით, ცნობისა და აღსრულების შესახებ განაცხადისთვის წარდგენილი ტექნიკური მოთხოვნები „სამოქალაქო საპროცესო კოდექსმა“ განსაზღვრა,⁷⁹ ასევე მოაწესრიგა ცნობისა და აღსრულების შუამდგომლობის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმის საფუძვლები, რომლებიც მსგავსია „სინგაპურის კონვენციით“ განსაზღვრულისა და უკავშირდება მხარეთა უფლებაუნარიანობას, მედიატორისთვის დადგენილი სტანდარტების დაცვას, სამედიაციო მორიგების შინაარსის სიცხადეს და სხვ.⁸⁰

საერთაშორისო სამედიაციო მორიგების ცნობისა და აღსრულების საკითხის რეგულირება წინადადებულ ნაბიჯად უნდა ჩაითვალოს, რაც შექმნის საფუძველს მედიაციის ეფექტურად გამოყენებისთვის არა მხოლოდ ადგილობრივი, არამედ, საერთაშორისო დავების მოგვარებისთვის.

6. დასკვნა

სამედიაციო მორიგება მედიაციის პროცესის ეფექტურობის გარანტია, შესაბამისად, როდესაც მისი აღსრულების საკითხის რეგულირება დგება დღის წესრიგში, კანონმდებელს განსაკუთრებული ყურადღება მართებს, რომ მაქსიმალურად შეუწყოს ხელი აღსრულების მექანიზმის სათანადო რეგლამენტაციას.

კვლევის შედეგებიდან გამომდინარე, სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები შემდეგნაირად შეიძლება დაჯგუფდეს:

ა) *გახეობები, ხომღებზეც პიხდაპიხ მიუთითებს კანონმდებლობა*

ასეთია კანონმდებლობასა და საჯარო წესრიგთან სამედიაციო მორიგების წინააღმდეგობის გამორიცხვა, აგრეთვე, აღსრულების შეუძლებლობა მორიგების შინაარსიდან გამომდინარე. კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობასთან მიმართებით, უნდა აღინიშნოს, რომ, განსხვავებით, მაგალითად, ფინეთისგან, რომელიც მორიგების სამართლიანობაზე აქცენტირებს, ან თუნდაც ბულგარეთისა და ესტონეთისგან, რომლებიც მორალური კრიტერიუმითაც აფასებენ მორიგებას, ქართული მიდგომა უფრო მიზანშეწონილად უნდა ჩაითვალოს, რამდენადაც სამართლიანობის ცნება, ზოგადად, ძალიან ბუნდოვანია და არც რაიმე ობიექტური კრიტერიუმი არსებობს, რომელიც გა-

⁷⁷ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-2 მუხლის „ი“ ქვეპუნქტი, მე-13¹ და მე-13² მუხლები.

⁷⁸ იქვე, მე-13² მუხლი.

⁷⁹ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, XLIV⁶ თავი.

⁸⁰ იქვე, 363⁴⁵ მუხლი.

მიჯნავდა, თუ რა შეიძლება ჩაითვალოს სამართლიანად ან უსამართლოდ. ანალოგიურია მორალის შემთხვევაც. სამედიაციო მორიგებისთვის კანონთან შესაბამისობის მოთხოვნის დაწესება კი, მისი მიზნობრივი განმარტებიდან გამომდინარე, ისედაც გამორიცხავს ისეთი შეთანხმების არსებობას, რომელიც აშკარა უპირატეს მდგომარეობაში აყენებს ერთ მხარეს, ან არღვევს რომელიმე პირის უფლებებს. რაც შეეხება საჯარო წესრიგს, ეს დამატებითი გარემოებაა, რომელიც კანონიერების მოთხოვნის მიღმა დარჩენილ სივრცეს ავსებს და დამატებით აზღვევს ისეთ შემთხვევებს, რომლებიც, შესაძლოა, კანონთან შესაბამისი იყოს, მაგრამ მაინც არსებობს საკმარისი მიზეზი საიმისოდ, რომ ის არ აღსრულდეს. რაც შეეხება მორიგების შინაარსთან დაკავშირებულ გარემოებებს, ეს ობიექტური მოცემულობაა, გამომდინარე მედიაციის ინოვაციური ხასიათიდან, მისი მოქნილობიდან, რომელიც შესაძლებელს ხდის ისეთი საკითხების შეთანხმებასაც კი, რომლებსაც სასამართლოში პერსპექტივა არ ჰქონდათ.

ბ) გახეშვები, ხომღებიც, კანონმდებლობის მიხედვით პიხდაპიხ ახ მოიაზრებიან გამომხიციხავად, თუმცა ასეთად უნდა მიიჩნეოდნენ, მათი შინაარსის გათვალისწინებით

პირველ რიგში, ასეთი გარემოებაა კონფიდენციალურობის საკითხი. როგორც წესი, მედიაციაში დასაშვებია შეთანხმება არა მხოლოდ პროცესში გაჟღერებული ინფორმაციის, არამედ, თავად მედიაციის პროცესისა და დავის, როგორც ფაქტის კონფიდენციალურობაზე. შესაბამისად, ბუნებრივია, სასამართლოს წესით აღსრულებას ვერ დაექვემდებარება ისეთი სამედიაციო მორიგება, რომლის არსებობის ფაქტიც კონფიდენციალურია. თუმცა, ამ ნაწილში პრობლემას თავად კონფიდენციალურობის პრინციპის „თვითმარეგულირებელი ხასიათი“ აბალანსებს, რადგანაც როდესაც მხარისთვის მნიშვნელოვანი ინტერესია კონფიდენციალურობის დაცვა, ეს მამოტივირებელი ფაქტორია მისთვის, რომ ნებაყოფლობით შეასრულოს მორიგების სხვა პირობები.

სამედიაციო მორიგების ფორმა ასევე მნიშვნელოვანი ფაქტორია, რომელიც აღსრულებაზე ზემოქმედებს, რადგანაც ფორმის დაუცველად დადებული მორიგების აღსრულების პერსპექტივა დაბალია. საქართველოს კანონმდებლობით მოწესრიგებულია მხოლოდ ძირითადი მოთხოვნები, როგორებიცაა წერილობითი ფორმა, მხარეთა და მედიატორის მიერ ხელმოწერა, თუმცა უფრო ზუსტი რეგულირება არ არსებობს თავად მორიგების რეკვიზიტებთან, ანუ იმ კრიტერიუმებთან მიმართებით, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდეს დოკუმენტი, როგორც ეს მოწესრიგებულია, მაგალითად, სლოვაკეთის და ჩეხეთის კანონმდებლობით.

მორიგების დოკუმენტის იურიდიული ბუნება ასევე ძალიან მნიშვნელოვანი საკითხია. ამ თვალსაზრისით, საქართველოს კანონმდებლობის მიდგომა მისასაღმებელია, რომელიც განასხვავებს ამ დოკუმენტს ხელშეკრულებების, საარბიტრაჟო თუ სასამართლო გადაწყვეტილებებისგან და დამოუკიდებელ სტატუსს ანიჭებს, განსხვავებით, მედიაციის შესახებ იტალიის, რუმინეთის და ბელგიის კანონმდებლობისგან.

გ) სხვა გახეშვები, ხომღებიც შედახების შედეგად გამოვიდინდა

ევროკავშირის წევრ ზოგიერთ ქვეყანაში აღსრულებისთვის მნიშვნელოვანი გარემოებაა აკრედიტებული მედიატორის მიერ წარმართული მედიაციის პროცესის შედეგად მიღებული სამედიაციო მორიგების არსებობა. „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მიღებამდე აღნიშნული საკითხი საქართველოსთვისაც პრობლემური იყო, თუმცა კანონის ამოქმედების შემდეგ კერძო მედიაციის შედეგად მიღებული მორიგების აღსრულების საკითხი მოწესრიგდა.

რაც შეეხება აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებების დიფერენცირებას დავის შინაარსის მიხედვით, ცალკეულ შემთხვევაში ეს საჭიროდ და გამართლებულად შეიძლება ჩაითვალოს მხარეთა უფლებების დაცვის მიზნიდან გამომდინარე.

შედარებითი ანალიზისა და საქართველოს კანონმდებლობის არსებული მოწესრიგების გათვალისწინებით, შესაძლოა, შემდეგი რეკომენდაციები გამოიყოს:

შესაძლებელია, „მედიაციის შესახებ“ საქართველოს კანონით განისაზღვროს ის აუცილებელი კრიტერიუმები, აქტის რეკვიზიტები, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდეს სამედიაციო მორიგება, კერძოდ, გარდა მხარეთა და მედიატორის ხელმოწერისა, მორიგებაში აღინიშნოს მედიაციის პროცესის დასრულების თარიღი, მკაფიოდ მიეთითოს მორიგების შინაარსი, იდენტიფიცირდეს მხარეები და საკმარისი სიცხადით ჩამოყალიბდეს მათ მიერ ნაკისრი ვალდებულებები („მორიგების პირობები“), მოთხოვნის შესრულების ვადა (მისი განსაზღვრის შესაძლებლობის შემთხვევაში), მხარეთა გამოსატული ნება შეთანხმებისთვის მავალდებულებელი ძალის მინიჭების თაობაზე და სხვ. მართალია, მორიგების როგორც ფორმალურ, ისე – შინაარსობრივი მხარის გამართულობაზე პასუხისმგებლობას, როგორც მედიატორი, ისე მხარეთა წარმომადგენლები იზიარებენ, თუმცა შეთანხმების დოკუმენტისთვის ფორმალური მოთხოვნების დაწესება კიდევ უფრო სრულყოფს მის შინაარსს.

მხარეთა მიერ შესაძლებელია მედიაციის დასაწყისშივე დაიდოს შეთანხმება, რომ პროცესის წარმატებით დასრულების შემთხვევაში სამედიაციო მორიგება გახდება აღსრულებადი, რითაც შეძლებენ წინასწარვე აიცილონ თავიდან აღსრულების გამომრიცხვა.⁸¹ ასევე, შესაძლებელია, მედიაციის პროცესის განმავლობაში დაიდოს შუალედური შეთანხმებები, რომლებიც მოაწესრიგებს ყველაზე მნიშვნელოვან პირობებს, მაგალითად გადახდის ან შესრულების წესს, შესრულების დროს, კონფიდენციალურობას და სხვ.⁸²

მნიშვნელოვანია, აღინიშნოს, რომ მორიგების შემუშავებისას მედიატორის როლი არსებითია საიმისოდ, რომ დაეხმაროს მხარეებს მორიგების რაციონალური შინაარსის განსაზღვრაში და უზრუნველყოს უკანონო შეთანხმების დადების პრევენცია.

კანონმდებლობით სამედიაციო მორიგების პირდაპირი აღსრულების გარანტიების გათვალისწინება ასევე საინტერესო საკითხია, თუმცა კომპლექსურიც. ერთი მხრივ, რაც უფრო მარტივად აღსრულებადი იქნება მორიგება, მით მეტად ეფექტური და მიმზიდველი გახდება თავად მედიაციის ინსტიტუტი, თუმცა გარკვეული გარემოებების გათვალისწინება აუცილებელია. როდესაც სამედიაციო მორიგება მტკიცდება სასამართლოს მიერ, მოსამართლე ამოწმებს ხომ არ არსებობს აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები და შემდგომ ამტკიცებს მორიგებას. თუკი სასამართლოს სახით, სამედიაციო მორიგების აღსრულების დასაშვებობის შემმოწმებელი რგოლი აღარ იქნება, მაშინ სხვა გარანტიები უნდა არსებობდეს საიმისოდ, რომ მორიგება, მიღებისთანავე ნამდვილად დააკმაყოფილებს კანონმდებლობით გათვალისწინებულ ყველა პირობას. CEPEJ-ის მიერ შემუშავებული სახელმძღვანელო წესების მიხედვით, იქ, სა-

⁸¹ ჩიჭაშვიდი ნ., საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის მიერ ორგანიზებული ონლაინ დისკუსია თემაზე: სასამართლო და კერძო მედიაციის საკანონმდებლო გარანტიები საქართველოში, 14.12.2020.

⁸² Widman S. M., More Mediation Confidentiality Limits: What the Court May Allow In To Establish a Settlement Agreement, International Institute for Conflict Prevention & Resolution, Vol. 24, Issue 11, 2006, 179.

დაც პირდაპირი აღსრულება დასაშვებია, სამედიაციო მორიგების შინაარსზე სრული პასუხისმგებლობა ადვოკატ წარმომადგენლებს ეკისრებათ.⁸³ ცალკეულ შემთხვევაში ნოტარიულად დამოწმებამ შესაძლოა სამედიაციო მორიგებას მიანიჭოს „აღმასრულებელი ძალა“ და აღნიშნულ შემთხვევაში მორიგების დასაშვებობის შემომწმების პასუხისმგებლობა ნოტარიუსს ეკისრება (ბულგარეთი,⁸⁴ ესპანეთი⁸⁵). მიუხედავად დადებითი ფაქტორებისა, პირდაპირი აღსრულების საკითხი, საქართველოს არსებული მოცემულობის გათვალისწინებით, შორეულ პერსპექტივად რჩება.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 31, 26/06/1997.
2. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997.
3. საქართველოს ორგანული კანონი „ნორმატიული აქტების შესახებ“, სსმ, 33, 09/11/2009.
4. საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019.
5. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 27/09/2019, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089>> [15.02.2021].
6. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში ცვლილებების შეტანის შესახებ“, სსმ, 27/09/2019, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216092>> [27.09.2021].
7. ბახნაბიშვილი გ., წიკლაუხი ს., სამედიაციო მორიგების აღსრულების საკითხი საქართველოში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული 2017“, სპეციალური გამოცემა, თსუ-ის გამომცემლობა, 2018, 9.
8. ზოიძე ბ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბ., 2002, 178.
9. ჩიგაშვილი ნ., სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვეობის საფუძველი, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული 2016“, თსუ-ის გამომცემლობა, 2017, 10, 17.
10. ცუხი მ., მედიაციის შეთანხმების აქტის შედგენის ხელოვნება: სახელმძღვანელო ინსტრუქციები, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული 2012“, თსუ-ის გამომცემლობა, 2013, 223-229.
11. ჯოხბენაძე ს., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბ., 2002, 31.
12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის პირველი მარტის №ას-15-15-2016 გადაწყვეტილება.
13. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2013 წლის 6 თებერვლის №2ბ/4123-12 გადაწყვეტილება.
14. ჩიგაშვილი ნ., საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის მიერ ორგანიზებული ონლაინ დისკუსია თემაზე: სასამართლო და კერძო მედიაციის საკანონმდებლო გარანტიები საქართველოში, 14.12.2020.
15. Civil Code of the Republic of Lithuania, 18.07.2000.
16. Directive 2008/52/EC of The European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Union, 2008.
17. European Commission for the Efficiency of Justice, European Handbook for Mediation Lawmaking, Adopted at the 32th Plenary Meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 13 and 14 June 2019.
18. Mediation Act of Bulgaria.
19. Mediation Act of Ireland, 2017.
20. Mediation Act of Malta, 21.12.2004.

⁸³ European Commission for the Efficiency of Justice, European Handbook for Mediation Lawmaking, Adopted at the 32th Plenary Meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 13 and 14 June 2019, Art. 6.2. c, <<https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>> [27.09.2021].

⁸⁴ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 38.

⁸⁵ იქვე, 330 – 331.

21. United Nations Commission on International Trade Law, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, New York, 2018 (The “Singapore Convention on Mediation”), 2018.
22. UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, (Amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002), A/73/17.
23. *Deason E. E.*, Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides with Confidentiality. U.C. Davis Law Review, Vol. 35(1), 2001, 49.
24. *Meidanis Haris P.*, Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol.16, Issue 2, 2020, 276, 279-280, 290.
25. *Neamtu B., Dragos D. C.*, Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2014, 447.
26. *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 13, 24-26, 38, 63, 78, 88-89, 103, 191-192, 241, 294-295, 306, 330-331, 348.
27. *Steffek F., Chong S.*, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective, Research Collection School of Law, Vol. 31, 2019, 457.
28. *Susmann E.*, The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement, Newsletter of the Mediation Committee of the International Bar Association, Vol. 2, №1, 2006, 2-4.
29. *Weller S.*, Court Enforcement of Mediation Agreements: Should Contract Law be Applied, Judges' Journal, Vol. 31(1), 1992, 13, 16.
30. *Widman S. M.*, More Mediation Confidentiality Limits: What the Court May Allow In To Establish a Settlement Agreement, International Institute for Conflict Prevention & Resolution, Vol. 24, Issue 11, 2006, 179.

Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlements Under the Legislation of Georgia and the Member States of the European Union

Mediation settlement is the final product of mediation. It represents the action of mediation in practice and the result of the whole process depends on it. It is considered that the degree of enforcement of the mediation settlement is higher than the judgment, because, unlike the latter, it is based on compromise and voluntary self-restraint.¹ However, entrusting the destiny of mediation settlement with the parties' kind will is not enough. "If there are no guarantees for enforcing settlements reached through the mediation, every advantage of the mediation will lose significance."² The purpose of the article is to estimate circumstances that exclude the enforcement of mediation settlement under the basis of a comparative analysis of the mediation acts and civil procedural legislation of Georgia and the member states of the European Union, examine circumstances that prevent enforcement, analyze the issue of enforcement of the international mediation settlement and outline alternative perspectives of regulation.

Key Words: *Mediation, Mediation Settlement, Enforcement, Accessibility of Mediation, Legal Force of Settlement, Legal Nature of Settlement, Regulation of Mediation in the Member Countries of the European Union, Recognition and Enforcement of International Mediation Settlement.*

1. Introduction

At first glance, when, after the mediation process, a party voluntarily expresses the free will to undertake the responsibility of fulfillment of the certain obligation, it is expectable that he/she will act accordingly. However, no one is protected from the fact that even after reaching the agreement, there will be certain circumstances that will affect the will of the parties. Such circumstances may include external factors that are objectively unforeseen at the time of the agreement, changes in the leadership of the company, negative attitude of the society, etc.³ "The issue of enforcement may arise in mediation, if despite the consensual character of a Mediated Settlement Agreement [...] a party to it chooses to disregard it."⁴

The efficacy of the mediation process cannot be dependent on the possible reasons of refusal on its performance that may arise after settling. When the settlement is reached between parties, appropriate guarantees of its enforcement are important to exist. Otherwise, the chain of conflict will be endless.

* Master of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

¹ *Susmann E.*, The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement, Newsletter of the Mediation Committee of the International Bar Association, Vol. 2, №1, 2006, 2.

² *Barnabishvili G., Tsiklauri S.*, Enforcement of the Mediation Settlements in Georgia, Journal "Alternate Dispute Resolution – Yearbook 2017", Special Edition, TSU Publishing, 2018, 9 (in Georgian).

³ *Susmann E.*, The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement, Newsletter of the Mediation Committee of the International Bar Association, Vol. 2, №1, 2006, 3-4.

⁴ *Meidanis Haris P.*, Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol.16, Issue 2, 2020, 276.

As stated in the explanatory note of the draft amendments to the “Civil Procedure Code”, *“The proper functioning of mediation, to some extent, depends on the rules of enforcement of the settlement reached as a result of mediation.”*⁵ The necessity to guarantee effective mechanisms of enforcement was mentioned as well.⁶ Nevertheless, Georgian legislation is not very comprehensive while regulating the enforcement of the mediation settlement. It is possible, that mentioned is the response of the *“omnis definitio in jure periculosa est”*⁷ principle. However, the fact is that since Georgia does not have a long tradition of mediation, the practice will itself demonstrate the need for further regulation.

The article will discuss the circumstances, which exclude the enforcement of mediation settlement, taking into account the current legislation.

2. The Importance of Certain Legal Aspects of Mediation Settlement in Relation to the Issue of Enforcement

According to the Law of Georgia “On Mediation”, mediation settlement is *“a binding written document on reaching an agreement on the settlement of a dispute as a result of mediation.”*⁸ According to the law, international mediation settlement is also interpreted as a *“written agreement.”*⁹

The first necessary character of mediation settlement is clear from the explanation: written form.

2.1. The Form of the Mediation Settlement

The mediation settlement will be enforceable only if it is made in writing. However, this does not mean that all written settlements are subject to enforcement.

It should be noted that *“the association agreement, drawn up between the EU and Georgia and the association agenda obliges the state to develop alternative means of resolving disputes.”*¹⁰ as a result, Georgia has become a signatory to international treaties regulating mediation.

“Directive of 2008 of The European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters” (hereinafter “Directive”) also indicates the written

⁵ Explanatory Note on the Draft Law of Georgia on “Making Amendments to the Civil Procedure Code of Georgia”, Website, 27/09/2019, 2, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216092>> [27.09.2021] (in Georgian).

⁶ Ibid.

⁷ *“Every definition in law is perilous”*, referred to in Steffek F., Chong S., Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective, Research Collection School of Law, Vol. 31, 2019, 457.

⁸ The Law of Georgia “On Mediation”, Legislative Herald of Georgia, 18/09/2019, subparagraph “1” of article 2nd.

⁹ Ibid, subparagraph “1” of article 2nd.

¹⁰ Explanatory note on the Draft Law of Georgia “On Mediation”, Website, 27/09/2019, 1, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089>> [27.09.2021] (in Georgian).

form of the settlement.¹¹ “United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation” (hereinafter “Singapore Convention”), explains the written form in which it considers any form by which the content of the agreement is recorded.¹² “UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation” (hereinafter “Model Law”) even regulates the essential elements of the written form of the settlement, which includes: signatures of the parties and a mediator, indication that the mediation has been carried out, an attestation by the institution that administered the mediation, etc.¹³

It is true that international treaties, to which Georgia is a signatory, are considered as part of Georgian legislation. However, mediation legislation is desirable to regulate certain issues itself. For example, the Law of Georgia “On Mediation”, indicates the written form of the mediation settlement and the obligation of the parties and mediators to sign it, although its essential elements are not specified.¹⁴

According to the experience of the member states of the European Union, the writing form of the settlement is a necessary requirement, although, the standard is different between the types of the written form itself. For example, if the legislation of Lithuania allows facsimile to be used (if the signature can be identified),¹⁵ in Spain, “executive force” can be granted to settlement only if it is notary certified.¹⁶ There is an interesting regulation in Belgium, which, allows the enforcement of the settlement, drawn up electronically, in case its authenticity can be confirmed.¹⁷ According to the legislation of Slovakia, for the settlement to be enforceable, it is essential that the intention of the parties on granting the binding force to it to be clear.¹⁸ Czech law sets the requirements that the mediation settlement must meet from the formal standpoint, in particular, the signatures of the parties and the mediator are essential, also, the date of completion of the mediation process, must be indicated.¹⁹ An additional requirement is set by Swedish legislation: payment of an application fee.²⁰

In fact, for the purposes of enforcement, it is important not only to have the written form as a criterion of the formal admissibility,²¹ but also the formulation of the terms of the

¹¹ Directive 2008/52/EC of The European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Union, 2008, Art. 6.1., <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>> [27.09.2021].

¹² United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, General Assembly Resolution 73/198, 2018, Art. 2.2., <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> [27.09.2021].

¹³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, (Amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002), A/73/17, Art. 18.1, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf> [27.09.2021].

¹⁴ The Law of Georgia “On Mediation”, Legislative Herald of Georgia, 18/09/2019, subparagraph “a” of article 9 (1) and article 9 (3).

¹⁵ Civil Code of the Republic of Lithuania, Art. 1.73, Par. 2, 18.07.2000.

¹⁶ *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 330-331.

¹⁷ *Ibid*, 25.

¹⁸ *Ibid*, 306.

¹⁹ *Ibid*, 63.

²⁰ *Ibid*, 348.

²¹ Author’s remark: As it is already obvious that according to the law the mediation settlement must be made in writing in any case, therefore, the requirement of formal admissibility of the settlement will always be met.

settlement, i.e., the criterion of the contextual admissibility. Often the settlement may not become subject to enforcement since parties haven't clearly established demands and obligations, they raise to one another.

While regulating the form of the mediation settlement, it is the challenge for the legislator, on the one hand, not to create an artificial barrier for the parties during the enforcement of the settlement that is already reached, and, on the other hand, to promote the mediation settlement to be drawn up in such form that will guarantee its further enforceability and exclude its ambiguous, non-enforceable content. To avoid future incomprehensibility, it is desirable for the "Law of Georgia "On Mediation" to regulate the essential characteristics of the settlement act, such as identification of the parties (designation of the responsible person), claims of the parties, content of the settlement, content of the breach, deadline for the fulfillment of the claim (if possible), the intention to confer binding force to the agreement, etc.²²

2.2. Legal Nature of the Mediation Settlement

*"Mediation settlement is equalized to the judgment. Based on the settlement, a decision is made on behalf of Georgia and the mediation settlement – reached within the framework of the contractual freedom by manifesting parties' autonomy, is declared as an act of justice by the court."*²³

The decision of the court on the enforcement of mediation settlement is made in the form of court ruling.²⁴ In case of enforceable settlements, their legal nature is easily identifiable because they are directly equalized to the judgment, regardless of the fact they have resulted from court or non-court mediation.

Another issue is when a mediation settlement is not affirmed by the court. According to Danish law, the settlement is enforced based on the same terms as those applying to written agreements,²⁵ under article 1965 of the "Civil Code of Italy", *"the final mediation agreement is classified as a type of [...] contract in which the parties agree to terminate a present dispute and to prevent disputes that might arise in the future. The enforceability of the agreement is therefore supported by contract law."*²⁶ according to the mediation legislation of Romania, mediation settlement has a force of the written agreement.²⁷ Equalization of the mediation settlement to the contract is also manifested from the grounds of its invalidity, for example, under Belgian law, such grounds are: unconscionability, mistake, fraud, and duress.²⁸

As discussed in the scientific literature, in terms of legal nature, mediation settlement stands between contracts and judgments / arbitral awards.²⁹

²² Tsur M., The Art of Writing a Mediation Agreement: An Instructional Manual, Journal "Alternate Dispute Resolution – Yearbook 2012", TSU Publishing, 2013, 223-229.

²³ Chitashvili N., Online Discussion organized by the Mediators' Association of Georgia on the topic: Legislative Guarantees of the Court and Private Mediation in Georgia, 14.12.2020 (in Georgian).

²⁴ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997, 363³³(1).

²⁵ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 78.

²⁶ Ibid, 191.

²⁷ Ibid, 294.

²⁸ Ibid 24.

²⁹ Meidanis Haris P., Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol.16, Issue 2, 2020, 290.

Contrary to the existing practice of European countries, the affiliation of the mediation settlement to the type of contracts should not be approved, as this reduces the uniqueness and high legitimacy of this institution than we have in case of ordinary agreements. The mediation settlement is the product that resulted from the well-thought-out, voluntary, self-examination-based and informed decision, which, because of the criteria enumerated above, has much higher legal value than the contract. Its equalization to the contracts, in fact, disregards the role and effort of the mediator, his / her involvement in this process, withal, it should also be noted that principles of the contract law may not correspond to the goals of enforcement of the mediation settlement.³⁰

Thus, it must be identified as a third type document and given its own status under the legislation.³¹ Otherwise, it will turn out that the mediation settlement is an ordinary written agreement, in case of non-fulfillment of which the parties will have to continue the dispute in court again under the framework of the contractual obligations.

In response to this problem, in certain countries of the European Union, there was a proposal to enforce mediation settlements directly,³² without any formal barriers.³³ There was an initiative in the Czech Republic to have mediation settlement directly enforced if it was prepared with the participation of the mediator-advocate, however, that proposal failed to acquire support on the legislative level.³⁴

Determination of the legal nature of mediation settlement is important. Mediation settlement is essential to stand out from contracts or even judgments and independent status must be granted to it, which will be suitable for its legitimacy. Explanation of the concept of mediation settlement and guaranteeing mechanisms for its enforcement under the Law of Georgia “On Mediation”, must be considered as the advantage of Georgian legislation as it distinguishes settlement from ordinary transactions and contracts and ensures its high legitimacy.³⁵ As for the possibility of direct enforcement, from the perspective of Georgian reality and poor tradition and culture of mediation, this issue remains only a distant prospect.

3. Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlements Under the Legislation of Georgia

According to the “Civil Procedure Code of Georgia”, *“the court will refuse to enforce mediation settlement, if its content contradicts the Georgian legislation or if, due to its content, its enforcement is impossible.”*³⁶ In case of collective labor dispute additional element is the contradiction to the public order.³⁷

³⁰ Weller S., Court Enforcement of Mediation Agreements: Should Contract Law be Applied, Judges' Journal, Vol. 31(1), 1992, 13, 16.

³¹ Meidanis Haris P., Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol.16, Issue 2, 2020, 295.

³² Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 295.

³³ Author's remark: for example, affirmation by the court, the obligation of notary certification, etc.

³⁴ Ibid, 63.

³⁵ The Law of Georgia “On Mediation”, Legislative Herald of Georgia, 18/09/2019, subparagraph “I” of article 2, article 13.

³⁶ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997, 47-48, 14/11/1997, article 363³².

³⁷ Ibid, article 363³⁵.

Similar grounds for excluding enforcement of mediation agreements are set under the legislation of the member states of the European Union. However, this prohibition is formulated differently, in particular, in some cases, this clause is direct, for example, it is indicated that the settlement mustn't breach the law (Austria),³⁸ mustn't contradict the law and moral (Bulgaria,³⁹ Estonia⁴⁰), or national law (Malta).⁴¹ Indirectly but still, the requirement established for mediation settlement on its fairness and the exclusion of violation of the rights of third parties, are the expressions of the demand of legality (Finland).⁴² In some cases, the court assesses whether the desire to settle was the result of undue influence or coercion or not (Ireland).⁴³ The "Civil Procedure Code of Georgia" may not explicitly refer, for example, to the rights of third parties, although in this sense, the criterion of legality should be interpreted teleologically, thus, it already includes above-mentioned elements, because, the settlement can not be considered lawful if it contradicts/violates the rights of other parties.

Similar general exclusionary circumstances are indicated in the international treaties as well. For example, the directive states that the settlement mustn't contradict the legislation and the legislation of the state must ensure its enforceability.⁴⁴ The Singapore Convention considers contradiction to the public order and the legislation as the grounds of refusal on enforcement.⁴⁵

3.1. Contradiction to the Legislation

Mediation settlement mustn't be enforced if it contradicts the legislation of Georgia. In general, *"it is emphasized in the scientific literature that mediation agreement must be made with great caution because the margin between legality and illegality is too small."*⁴⁶ It is important to assess what is considered under the contradiction to the law.

In a broad sense, legislation consists of legislative and subordinate normative acts of Georgia.⁴⁷ In a narrow sense, under the content of contradiction to the legislation can be implied unconformity with the fundamental human rights, guaranteed by the legislation. Given the purpose of the settlement and the rationality of its examination by the court, the latter explanation is more acceptable and appropriate. Otherwise, if the element of legality was perceived as a resolution of a dispute under the provisions of the legislation, then the main

³⁸ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 13.

³⁹ Mediation Act of Bulgaria, Art. 17, Par. 3.

⁴⁰ Ibid, 89.

⁴¹ Mediation Act of Malta, art. 17B, Par. (1) (b), 21.12.2004.

⁴² Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 103.

⁴³ Mediation Act of Ireland, Art. 11, Par. (3) (b), 2017.

⁴⁴ Directive 2008/52/EC of The European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Union, 2008, Art. 6.1., <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=EN>> [27.09.2021].

⁴⁵ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, General Assembly Resolution 73/198, 2018, Art. 5.2., <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> [27.09.2021].

⁴⁶ Neamtu B., Dragos D. C., Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2014, 447, referred to in Chitashvili N., Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation, Journal "Alternate Dispute Resolution – Yearbook 2016", TSU Publishing, 2017, 17 (in Georgian).

⁴⁷ Organic Law of Georgia "On Normative Acts", Legislative Herald of Georgia, 33, 09/11/2009, article 7 (1).

sign, distinguishing mediation from the court would lose its sense. The criterion while assessing the legality of mediation settlement mustn't be the fact, how the court would resolve this dispute. According to the Law of Georgia "On Mediation", the risks of the illegal course of not only the mediation settlement but the mediation process itself are ensured by the mediator, as he/she is granted authority to terminate the process anytime if he/she believes that further continuation of mediation would be unreasonable and unjustifiable.⁴⁸

Mediation settlement is indeed the guarantor of successful completion and effectiveness of the mediation process. However, for the mediator, it mustn't be a goal in itself. When the terms of the mediation settlement clearly violate the constitutional rights of one or both parties, or the mediator notices that the parties made a decision without conceptualization, the actualization of the principle of self – examination, analyzing its consequences, he/she must take measures to prevent drawing up such settlement.⁴⁹

3.2. Public Order

Regarding the concept of public order, it should be admitted that several articles of the "Civil Code of Georgia", contain records similar to the Law of Georgia "On Mediation".⁵⁰ For example according to the paragraph 4 of article 2, customary norms shall be applied only if they do not contravene universally accepted principles of justice and morality or public order. Article 54 states that contradiction to the public order is the ground for the transaction to be considered void, whereas, on the basis of paragraph 5 of article 61, the confirmation of the indisputably void transaction shall only become valid if it does not contravene the principles of morality and the requirements of public order.

The universally accepted definition of public order is not established by legislation. However, it may include economic, political, and moral principles necessary for maintaining public order in the country.⁵¹ Legal values of principle, fundamental principles of civil turnover, such as freedom of property, entrepreneurship, contract, etc., are also considered as a part of the public order.⁵²

According to the explanations of the Supreme Court, *"the purpose of the legislative ordinance of article 54 is to avoid such transactions, which aren't formally illegal, although in their essence, violate the public order and worsen the cohabitation of the subjects of civil turnover, which, consequently holds up the civil turnover."*⁵³ Considering mentioned explanation, fortiori, given that it is prohibited to enforce such mediation settlements, which contradict the legislation and/or public order, the goal of the legislator was to prevent enforcement of such mediation settlement, that would be illegal, or wouldn't be contra legem, but would be inappropriate in general with the law and order.

⁴⁸ The Law of Georgia "On Mediation", Legislative Herald of Georgia, 18/09/2019, subparagraph "E" of article 9 (1).

⁴⁹ Chitashvili N., Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation, Journal "Alternate Dispute Resolution – Yearbook 2016", TSU Publishing, 2017, 10 (in Georgian).

⁵⁰ Civil Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 31, 26/06/1997, article 54.

⁵¹ Jorbenadze S., Commentary of the Civil Code of Georgia, Book I, Tbilisi, 2002, 31 (in Georgian).

⁵² Zoidze B., Commentary of the Civil Code of Georgia, Book I, Tbilisi, 2002, 178 (in Georgian).

⁵³ N2as-15-15-2016 Decision of the Supreme Court of Georgia of 1st March 2016 (in Georgian).

Tbilisi Court of Appeals has directly cited what could be considered contrary to public order, in particular, according to its explanation, *"a transaction or any of its terms is incompatible with the principles of morality and public order, when it contradicts the principle of social justice, puts the party of the contract in an incompatibly difficult condition."*⁵⁴ Under the legislation of Lithuania, settlement won't be subject to affirmation as well if it unjustifiably gives one party an excessive advantage over the other.⁵⁵ As an example of mentioned, can be considered a mediation settlement that, although formally is in conformity with the legislation, puts one of the parties of the mediation process in a clear advantageous position and, in response, imposes such obligation on another one, that is irrational and disproportional concerning the content of the dispute.

Like Georgian legislation, the legal definition of public order also doesn't exist in other countries. Under Italian law, its definition is subject to quite broad discretion of judges.⁵⁶ Belgium leaves the space for interpretation as well; a contradiction to the interests of the juvenile is the additional prerequisite for excluding the affirmation of agreement made within family cases.⁵⁷

3.3. Impossibility of Enforcement Due to the Content

One of the most important advantages of the mediation process is its flexibility and informal character, within which the parties are given the opportunity to consider and agree on any term that wouldn't be enforceable during litigation. Nevertheless, as much as this factor, on the one hand, positively portrays the mediation process, on the other hand, it may cause problems in terms of its implementation in practice.

The parties may consider such conditions in the settlement, the fulfillment of which cannot be objectively controlled even by the parties themselves, depend on the occurrence of a future hypothetical event, etc.

In this respect as well, the role and function of the mediator are very important in assisting the parties to draw up a settlement that will have the perspective to become enforceable.⁵⁸ In addition, the formal requirements that are established for mediation settlements can play an important role in this regard: by establishing such requirements to the agreement document, that provide sufficient clarity of the agreed terms, eliminate the risks of the impossibility of enforcement caused due to the ambiguous content.

3.4. Confidentiality as the Circumstance Excluding the Enforcement

Indeed, the legislation doesn't directly consider confidentiality as an exclusionary circumstance for the enforcement of the mediation settlement. However, it acts as a preventive factor in the process of enforcement due to its content and specific character.

⁵⁴ №2b/4123-12 Decision of Tbilisi Court of Appeals of 6th February 2013 (in Georgian).

⁵⁵ Civil Code of the Republic of Lithuania, Art. 6.228, Par.1, 18.07.2000.

⁵⁶ *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 192.

⁵⁷ *Ibid*, 26.

⁵⁸ The Law of Georgia "On Mediation", Legislative Herald of Georgia, 18/09/2019, article 9 (2).

For the court to approve the mediation settlement and issue a writ of execution, it must at least be provided with the content of the agreement which establishes that such an agreement exists,⁵⁹ this factor is already the problem for the parties, who don't want to disclose even the fact that there is a dispute between them.

Therefore, the principle of confidentiality and enforcement of mediation settlement by the court affirmation cannot be compatible with each other, because some amount of information must be disclosed for the purposes of enforcement, or conversely, it will not be possible for the court to affirm the settlement in full confidentiality.

4. Other Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlements under the Legislation of the Member States of the European Union

4.1. Accreditation of a Mediator, as a Prerequisite for the Enforcement

In some cases, the enforceability of mediation settlements may be determined by whether the agreement is reached with the participation of the accredited mediator or not. For example, the legislation of Belgium differentiates the enforcement of mediation settlements that are reached voluntarily and under court mediation. It doesn't fully trust mediation, which is conducted completely freely, without the participation of the qualified representatives and mediation settlement, which is reached under the voluntary mediation, can be subject to affirmation only if the process was led by the accredited mediator.⁶⁰ Different and interesting regulation exists in Estonia, in particular, "the requirements for enforcement of a mediation agreement depend on who performs the role of mediator."⁶¹ If the settlement is reached with the participation of notary public or advocate-mediator, it will be enforceable in case of court's affirmation, whereas, if the mediator is neither notary public nor advocate, the settlement will only be enforced if the court ascertains that impartiality and independence of mediator was guaranteed.⁶²

Before the adoption of the Law of Georgia "On Mediation", similar regulations existed in Georgia as well. Only the mediation settlements, that were reached in accordance with the "Civil Procedure Code", under court mediation, were subject to enforcement,⁶³ as for private mediation, the agreement, reached during its course, wasn't equivalent to the mediation settlement and was regulated by the principles of the contract law. The Law of Georgia "On Mediation", entered into force from the 27th of September 2019, consequently, the essence of the mediation settlement was determined, standards for the accreditation of mediators and mediators' association were established, a unified register of mediators was created.⁶⁴

⁵⁹ *Deason E. E.*, Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides with Confidentiality. *U.C. Davis Law Review*, Vol. 35(1), 2001, 49.

⁶⁰ *Palo De G., Trevor B. M.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 25.

⁶¹ *Ibid*, 88.

⁶² *Ibid*, 89.

⁶³ Civil Procedure Code of Georgia, *Parliamentary Gazette*, 47-48, 14/11/1997, chapter XXI¹.

⁶⁴ The Law of Georgia "On Mediation", *Legislative Herald of Georgia*, 18/09/2019.

Adoption of law made it possible to ensure the mediation settlements, reached during private mediation, with proper guarantees of enforcement. Which, in turn, contributed to strengthening the accessibility and effectiveness of the mediation institute at the national level.

4.2. Additional Requirements for Mediation Settlement in Relation to the Content of the Dispute

In some cases, considering the content of the dispute, additional requirements may be established for the mediation settlements. For example, under Belgian legislation, *“in certain family cases concerning the interests of children, tighter control over the enforcement of the settlement agreement is exercised.”* The judge will refuse to ratify a divorce agreement when the alimony for the children is too low, unless other provisions of the mediated agreement offset this amount.⁶⁵ In Luxembourg, mediation settlement, that is reached within a family dispute, must be reviewed by the same judge, which is in charge of the related court proceedings.⁶⁶ In Italy, *“if the agreement refers to a contractual commitment or an act related to the transfer of real estate, it must also be authenticated by the appropriate public officer.”*⁶⁷

The research has shown that the specificity of the dispute may require additional circumstances to be met for the enforceability of the mediation settlement. In Georgia, there are no exclusionary stipulations for enforcement in relation to the content of the dispute. However, it is desirable to regulate them in the future, for ensuring the high standard of protection for the parties' rights. Especially in such cases, which concern the best interests of the child.

4.3. Other Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlement Under the Singapore Convention and Model Law

It is noteworthy that the “Singapore Convention” and “Model Law”, in addition to the circumstances listed above, establish a broader and almost identical⁶⁸ list of grounds for refusal on the enforcement of the agreement, in particular, according to the article 5 of the convention and article 19 of the model law, grounds for refusing to grant relief include: incapacity of a party while drawing up the agreement, if the settlement isn't binding, final, has been subsequently

⁶⁵ Palo De G., Trevor B. M., EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 26.

⁶⁶ Ibid, 241.

⁶⁷ Ibid, 191.

⁶⁸ Author's remark: The convention corresponds to the UNCITRAL model law. This approach is designed to allow states to have flexible choices and to choose whether they want to implement the convention, model laws or both. Thus, the texts of these two documents complete each other and establish the legal framework for the mediation. See.: *United Nations Commission on International Trade Law*, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, New York, 2018 (The “Singapore Convention on Mediation”), 2018, <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements> [27.09.2021]. It should be noted that Georgia was one of the first countries to join the Singapore Convention in 2019, <<https://agenda.ge/en/news/2019/2119>> [27.09.2021].

modified, isn't clear and comprehensible, the obligations have already been performed, there was a serious breach by the mediator of standards applicable to the process, etc.

The above-mentioned circumstances are much more comprehensive than the clauses of contradiction to the legislation or the public order. The Law of Georgia "On Mediation" may not exhaustively define all grounds for the enforcement of mediation settlements, although based on these guidelines it is possible to regulate the essential elements necessary for their enforceability.

It should be admitted, that CEPEJ⁶⁹ has adopted a handbook,⁷⁰ which establishes the frameworks of the legislation concerning the enforcement of mediation settlements. In particular, the form of the mediation settlement (written, signed, attested) and content (if it isn't possible to agree over legal issues, parties may reach written consent on factual matters),⁷¹ enforcement via a court decision, a notarial deed or authorization by another official,⁷² possibility of direct enforceability if appropriate requirements are met,⁷³ etc.

5. Enforcement of International Mediation Settlement

The mediation has not only taken the responsibility for resolving conflicts within the state but also effectively performs the function of an alternative to the "cross-border justice" and simplifies the resolution of conflicts arising in international private and business law.

Under the "Singapore Convention", for a mediation settlement to be subject to "international" status, at least two parties to the settlement must have their places of business in different states or the state in which the parties to the settlement agreement have their places of business must be different from either: (i) the state in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement is performed; or (ii) the state with which the subject matter of the settlement agreement is most closely connected, etc.⁷⁴

The convention, together with the directive and other international treaties, in fact, fill the vacuum during the regulation of cross-border mediation, as they cover such issues, that aren't considered by the other relevant international treaties, and therefore, they establish important guidelines.⁷⁵

The analysis of the directive has shown that for the mediation settlement to be enforceable on the international level, it needs to be considered enforceable firstly on the ter-

⁶⁹ European Commission for the Efficiency of Justice.

⁷⁰ European Commission for the Efficiency of Justice, European Handbook for Mediation Lawmaking, Adopted at the 32th Plenary Meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 13 and 14 June 2019, Art. 6, <<https://rm.-coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>> [27.09.2021].

⁷¹ Ibid, Art. 6.1. a, b.

⁷² Ibid, Art. 6.2. a.

⁷³ Ibid, Art. 6.2. c.

⁷⁴ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, General Assembly Resolution 73/198, 2018, Art. 1, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> [27.09.2021].

⁷⁵ Steffek F., Chong S., Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective, Research Collection School of Law, Vol. 31, 2019, 457.

ritory of the member state and then if all above-mentioned requirements are met, it can become subject to enforcement.⁷⁶

From the Georgian perspective, for the enforcement of international mediation settlement, it is important for it to be recognized at first and then to be enforced. Amendments to the “Law of Georgia “On Mediation” dated June 22, 2021, regulated the issues, that were unsettled before, related to the recognition and enforcement of the international mediation settlements, in particular, the concept of the international mediation settlement, prerequisites for its recognition and enforcement and mediation settlements, that aren’t subject to recognition and enforcement were introduced.⁷⁷

The Law of Georgia “On Mediation”, regulated the concept of international mediation settlement similarly to that provided by the “Singapore Convention”. According to the new regulation, exclusionary circumstances for the enforcement of international mediation settlement include: if it’s concluded for personal, family, and household purposes, relating to family, inheritance, or employment law, if it has already been approved by a court, is subject to enforcement as an arbitral award or its *“one of the parties is the state itself or state authority or any person acting on behalf of the state authority.”*⁷⁸ Additionally, technical requirements, that are established for the application concerning recognition and enforcement, are regulated by the “Civil Procedure Code”,⁷⁹ the code has also laid down the grounds for refusal on approval of the petition on recognition and enforcement, which resemble the ones, regulated by the “Singapore Convention” and include the capability of parties, consideration of the standards established for the mediator, clarity of the content of mediation settlement, etc.⁸⁰

The regulation of the issue of recognition and enforcement of international mediation settlements should be considered as a step forward, which will create the ground for the effective use of mediation to resolve not only local but international disputes as well.

6. Conclusion

Mediation settlement guarantees the effectiveness of the mediation process, therefore, when the issue of regulating its enforcement is on the agenda, special attention is required from the legislator, to facilitate the proper regulation of the enforcement mechanism.

Based on the results of the research, the circumstances excluding the enforcement of mediation settlement can be classified as follows:

a) Exclusionary circumstances, that are directly regulated by the legislation

Such circumstances include contradiction to the legislation and public order, also, the impossibility of enforcement due to the content of the settlement. Regarding the contradiction to the legislation, it should be admitted that, unlike, for example, Finland, which concentrates on the fairness of the settlement, or Bulgaria and Estonia, which assess the

⁷⁶ Meidanis Haris P., Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol.16, Issue 2, 2020, 279-280.

⁷⁷ The Law of Georgia “On Mediation”, Legislative Herald of Georgia, 18/09/2019, subparagraph “1” of article 2, articles 13¹ and 13².

⁷⁸ Ibid, article 13².

⁷⁹ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997, chapter XLIV¹⁶.

⁸⁰ Ibid, article 363⁴⁵.

settlement according to a criterion of morality, the Georgian approach must be considered more appropriate, because the concept of fairness, in general, is too obscure and there is no objective criterion, which would drop a boundary between what might be considered fair or unfair. The same applies to morality. Establishing the requirement of conformity to the legislation for the mediation settlements, based on its teleological interpretation, already excludes the existence of such agreement, which puts one party in a clear advantageous condition, or violates the rights of any person. As for public order, it is an additional circumstance that fills the space left behind the requirement of legality and additionally ensures cases that may be in conformity with the law, however, there still is sufficient reason for it to not be enforced. As for the content-related circumstances of the settlement, it is an objective fact resulted from the innovative character of mediation, its flexibility, that allows parties to agree on the issues, which had no perspective in the court.

b) Circumstances, that, according to the legislation aren't directly considered as exclusionary, however, must be deemed as such, taking into account their content

First, such circumstance is the issue of confidentiality. As usual, in mediation parties are allowed to agree on the confidentiality of not only the information that is disclosed during the process but on the confidentiality of the mediation process itself and a dispute, as a fact as well. Accordingly, logically, a mediation settlement can't be enforced by the court if its existence is confidential. However, the problem is balanced by the "self-regulatory nature" of the principle of confidentiality, because when maintaining confidentiality is the important interest for the party, it motivates him/her to voluntarily fulfill other terms of the settlement.

Form of the mediation settlement is also the important factor, which has an influence on the enforcement because the probability of enforcement is low for the settlement which is concluded without the observance of the form. Georgian legislation regulates only basic requirements such as written form, signatures of the parties and a mediator, however, there isn't more precise regulation regarding the essential elements of the settlement itself, i.e., the criteria, that should be met by this document, as it is regulated, for example, under the legislation of Slovakia and the Czech Republic.

The legal nature of the settlement document is also a very important issue. In this regard, the approach of Georgian legislation is praiseworthy, which distinguishes this document from the contracts, arbitral awards, or judgments and grants independent status to it, unlike the mediation legislation of Italy, Romania, and Belgium.

c) Other circumstances, which came to light as a result of a comparison

In some member countries of the European Union, there is an essential requirement established for the enforcement of mediation settlement: to be concluded under the mediation process, which is led by the accredited mediator. Before the adoption of the Law of Georgia "On Mediation", mentioned issue was problematic for Georgia as well, however, after the law entered into force, this issue was settled.

As for differentiation of the exclusionary criteria concerning the content of the dispute, for some cases, it may be considered necessary and justified for protection of the rights of parties.

Based on the comparative analysis and taking into account the current regulation of Georgian legislation, the following recommendations can be made:

The Law of Georgia “On Mediation”, may determine the necessary criteria and essential elements of the act, which must be met by mediation settlement, in particular, in addition to the signatures of the parties and the mediator, the mediation settlement should indicate: date of completion of the mediation process, explicitly formulated content of the settlement, identification of the parties and obligations undertaken by them (“terms of the settlement”) should be formulated in a sufficiently clear way, the term for the fulfillment of the claims (if it’s definable), expressed will of the parties on granting the binding force to the agreement, etc. Formal, as well as contextual congruence of the settlement, is indeed the responsibility of the mediator and representatives of the parties, however, establishing formal requirements for the agreement document will ensure its comprehensive content.

It is possible for the parties to reach an agreement at the very beginning of the mediation, that upon successful completion of the process, the mediation settlement will become enforceable. In this way, they will be able to prevent the exclusion of enforcement in advance.⁸¹ It is also possible to have interim agreements concluded during the mediation process, which will regulate the most important terms, for example, rule of payment or performance, timing of performance, confidentiality, etc.⁸²

It is important to note that the role of the mediator in drafting the settlement act is essential to assist the parties in determining the rational content of the settlement and to ensure that an illegal agreement won’t be concluded.

Regulating the direct enforceability of mediation settlement under the legislation is also an interesting issue, however, it is complex, as well. On the one hand, the easier the enforcement of the settlement is, the more effective and attractive the mediation institution itself will be, however, certain circumstances need to be considered. When the mediation settlement is affirmed by the court, the judge examines whether there are exclusionary circumstances for the enforcement and then approves the settlement. If the settlement isn’t examined by the court, then other guarantees must exist for ensuring that the settlement, upon its adoption, meets all requirements which are established by the law. According to the handbook, which is adopted by the CEPEJ, if direct enforceability is allowed, full responsibility for the content of the mediation settlement is imposed on the advocate representatives.⁸³ In some cases, the “executive force” may be granted to the mediation settlement due to its notarization and in this case responsibility to examine the admissibility of the settlement is imposed on the notary public (Bulgaria,⁸⁴ Spain⁸⁵). Despite advantages, the issue of direct enforceability, taking into account the current reality of Georgia, remains only a distant prospect.

⁸¹ *Chitashvili N.*, Online Discussion organized by the Mediators’ Association of Georgia on the topic: Legislative Guarantees of the Court and Private Mediation in Georgia, 14.12.2020 (in Georgian).

⁸² *Widman S. M.*, More Mediation Confidentiality Limits: What the Court May Allow In to Establish a Settlement Agreement, International Institute for Conflict Prevention & Resolution, Vol. 24, Issue 11, 2006, 179.

⁸³ European Commission for the Efficiency of Justice, European Handbook for Mediation Lawmaking, Adopted at the 32th Plenary Meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 13 and 14 June 2019, Art. 6.2. c, <<https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>> [27.09.2021].

⁸⁴ *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 38.

⁸⁵ *Ibid*, 330 – 331.

Bibliography:

1. Civil Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 31, 26/06/1997.
2. Civil Code of the Republic of Lithuania, 18/07/2000.
3. Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997.
4. Directive 2008/52/EC of The European Parliament and the Council on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Official Journal of the European Union, 2008.
5. The Law of Georgia "On Mediation", Legislative Herald of Georgia, 18/09/2019.
6. Mediation Act of Bulgaria.
7. Mediation Act of Ireland, 2017.
8. Mediation Act of Malta, 21.12.2004.
9. Organic Law of Georgia "On Normative Acts", Legislative Herald of Georgia, 33, 09/11/2009.
10. UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, (Amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002), A/73/17.
11. United Nations Commission on International Trade Law, United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, New York, 2018 (The "Singapore Convention on Mediation"), 2018.
12. Explanatory note on the Draft Law of Georgia "On Mediation", Website, 27/09/2019, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216089>> [27.09.2021] (in Georgian).
13. Explanatory Note on the Draft Law of Georgia on "Making Amendments to the Civil Procedure Code of Georgia", Website, 27/09/2019, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/216092>> [27.09.2021] (in Georgian).
14. European Commission for the Efficiency of Justice, European Handbook for Mediation Lawmaking, Adopted at the 32th Plenary Meeting of the CEPEJ, Strasbourg, 13 and 14 June 2019.
15. *Barnabishvili G., Tsiklauri S.*, Enforcement of the Mediation Settlements in Georgia, Journal "Alternate Dispute Resolution – Yearbook 2017", Special Edition, TSU Publishing, 2018, 9 (In Georgian).
16. *Chitashvili N.*, Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation, Journal "Alternate Dispute Resolution – Yearbook 2016", TSU Publishing, 2017, 10, 17 (in Georgian).
17. *Chitashvili N.*, Online Discussion organized by the Mediators' Association of Georgia on the topic: Legislative Guarantees of the Court and Private Mediation in Georgia, 14.12.2020 (in Georgian).
18. *Deason E. E.*, Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides with Confidentiality. U.C. Davis Law Review, Vol. 35(1), 2001, 49.
19. *Jorbenadze S.*, Commentary of the Civil Code of Georgia, Book I, Tbilisi, 2002, 31 (in Georgian).
20. *Meidanis Haris P.*, Enforcement of Mediation Settlement Agreements in the EU and the Need for Reform, Journal of Private International Law, Vol.16, Issue 2, 2020, 276, 279-280, 290.
21. *Neamtu B., Dragos D. C.*, Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2014, 447.
22. *Palo De G., Trevor B. M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford, Oxford University Press, 2012, 13, 24-26, 38, 63, 78, 88-89, 103, 191-192, 241, 294-295, 306, 330-331, 348.
23. *Steffek F., Chong S.*, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting from Mediation Under the Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective, Research Collection School of Law, Vol. 31, 2019, 457.
24. *Susmann E.*, The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement, Newsletter of the Mediation Committee of the International Bar Association, Vol. 2, №1, 2006, 2-4.
25. *Tsur M.*, The Art of Writing a Mediation Agreement: An Instructional Manual, Journal "Alternate Dispute Resolution – Yearbook 2012", TSU Publishing, 2013, 223-229.
26. *Weller S.*, Court Enforcement of Mediation Agreements: Should Contract Law be Applied, Judges' Journal, Vol. 31(1), 1992, 13, 16.

27. *Widman S. M.*, More Mediation Confidentiality Limits: What the Court May Allow In to Establish a Settlement Agreement, International Institute for Conflict Prevention & Resolution, Vol. 24, Issue 11, 2006, 179.
28. *Zoidze B.*, Commentary of the Civil Code of Georgia, Book I, Tbilisi, 2002, 178 (in Georgian).
29. №as-15-15-2016 Decision of the Supreme Court of Georgia of 1st March 2016 (in Georgian).
30. №2b/4123-12 Decision of Tbilisi Court of Appeals of 6th February 2013 (in Georgian).

სარედაქციო ჯგუფის წევრები:

თინათინ კირთაძე
თამარ გობეჯიშვილი
ანა ადამია
ნინო ხუბულია

დამკაბადონებელი:

ლელა ნიკლაური

გარეკანის დიზაინერი:

მარიამ ებრალიძე

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო

უნივერსიტეტის გამომცემლობა

2021

0179 თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი 14
14 Ilia Tchavtchavadze Avenue,
Tbilisi 0179 Tel +995 (32) 225 04 84, 6284, 6278
<https://www.tsu.ge/ka/publishing-house>

