

ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი
INSTITUTE OF GEORGIAN AND INTERNATIONAL LAW

ქართული და საერთაშორისო
სამართლის მიმოხილვა

GEORGIAN AND INTERNATIONAL
LAW REVIEW

სამეცნიერო ჟურნალი
ACADEMIC LEGAL JOURNAL

№1, 2019

ISSN 2587-5507



ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი

ქართული და საერთაშორისო
სამართლის მიმოხილვა

სამეცნიერო ჟურნალი,

№1, 2019

იანვარი



გამომცემლობა „ენივერსალი“
თბილისი 2019

„ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი“ წარმოადგენს სამართლის სფეროში მოქმედ ორგანიზაციას, რომელიც თავისი საქმიანობის განხორციელებისას ეყრდნობა კანონის უზენაესობის, ადამიანის უფლებათა პატივისცემისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებს. ორგანიზაციის მიზანია სამართლის მეცნიერების განვითარების ხელშეწყობა და საზოგადოებრივ ცნობიერებასა და მართლმეგნებაზე ზრუნვა. დასახული მიზნების შესასრულებლად, ინსტიტუტის ფარგლებში შეიქმნა სამართლის აკადემიური ჟურნალი „ქართული და საერთაშორისო სამართლის მიმოხილვა.“ წინამდებარე სამართლის ჟურნალი, რიგით პირველია. იგი პერიოდული გამოცემაა, რომელიც გამოიცემა წელიწადში ორჯერ. ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი ამ კუთხით მიზნად ისახავს შემდგომი ნაბიჯების გადადგმას.

კრებულში მოცემულია საკითხები სამართლის აქტუალურ თემატიკასთან დაკავშირებით, მათ შორის ლტოლვილთა სამართალზე, ადამიანის უფლებათა და კერძო სამართალზე, სამართალსა და ეკონომიკაზე და მედიაციაზე. გვაქვს იმედი, რომ წინამდებარე კრებული საინტერესო იქნება სამართლის თემატიკით დაინტერესებული ნებისმიერი პირისთვის, მოსამართლეებისთვის, პრაქტიკოსი იურისტებისთვის, შესაბამისი კუთხით მომუშავე არასამთავრობო ორგანიზაციებისთვისა და საჯარო და კერძო სექტორში დასაქმებული პირებისთვის.

აქვე, წინამდებარე კრებულის გამოცემაში ტექნიკური, ლოჯისტიკური და ადმინისტრაციული საქმიანობის განხორციელების კუთხით, განსაკუთრებული წვლილი შეიტანეს ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტის სტაჟიორებმა: **ნატალი გლოველმა, მირანდა დუნდუამ, გვანცა სადუნიშვილმა, ნანუკა ლეჟავამ, ნატა კორკელიამ და მარიამ როგავამ.**

© ა.ა.ი.პ. „ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი“

ინსტიტუტის წინასწარი ნებართვის გარეშე დაუშვებელია ჟურნალის რეპროდუცირება ნებისმიერი საშუალებით, იქნება ეს ტექნიკური, ელექტრონული თუ სხვა საშუალებით. აკრძალულია ჟურნალში წარმოდგენილი მასალის გამოყენება წყაროს სათანადოდ მითითების გარეშე.

გამომცემლობა „**უნივერსალი**“, 2019

თბილისი, 0186, ა. ჰოლიტაოვსკაინის №4, ☎: 5(99) 33 52 02, 5(99) 17 22 30

E-mail: universal505@ymail.com; gamomcemlobauniversal@gmail.com

ISSN 2587-5507

Institute of Georgian and International Law

**Georgian and International
Law Review**

Academic Legal Journal,

№1, 2019

January



**Publishing House “UNIVERSAL”
Tbilisi 2019**

“Institute of Georgian and International Law” is the organization acting in the field of Law, which, while undertaking its duties and responsibilities is based upon the principles of the Rule of Law, respect for Human Rights and the concept of the Legal State. An organization aims to promote the improvement and the further development of legal science and strives to ensure the reasonable degree of the societal legal awareness. In order to fulfill aforementioned objectives, in the scope of the institute the legal academic journal – “Georgian and International Law Review” was launched. The presented journal is the first by number. It is periodic by nature, which will be published twice a year. Institute of Georgian and International Law aims to take further active steps towards this direction.

In the journal issues are presented about the actual legal topics, including refugee law, human rights and the private law, law and economy, as well as mediation. We believe, people interested in legal field will find the journal attractive. It is intended for judges, lawyers, for NGOs working in the relevant field, as well as for those working in the private or public sectors.

Therefore, we would like to thank and acknowledge the contribution for technical, logistic and administrative assistance provided by the interns of the Institute of Georgian and International Law in the process of publishing the collection of these articles. The credits go to: **Natali Gloveli, Miranda Dundua, Natali Korkelia, Gvantsa Sadunishvili, Nanuka Lezhava, Mariam Rogava.**

© NGO “Institute of Georgian and International Law”

No Part of this Journal may be reproduced, either by electronic, technical or by any other means without the prior permission of the Institute. Reference is prohibited without the citation of the source and only to the reasonable extent.

Publishing House “UNIVERSAL”, 2019

4,A. Politkovskaia st., 0186, Tbilisi, Georgia ☎: 5(99) 33 52 02, 5(99) 17 22 30
E-mail: universal505@ymail.com; gamomcemlobauniversal@gmail.com

ISSN 2587-5507

ჟურნალის სარედაქციო კოლეგია:

- 1. მალხაზ ბეგიაშვილი** - სამართლის დოქტორი, საქართველოს უნივერსიტეტის პროფესორი
- 2. კახაბერ გოშაძე** - სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი
- 3. ზვიად გაბისონია** - სამართლის დოქტორი, თბილისის ღია უნივერსიტეტის პროფესორი
- 4. შალვა ქურდაძე** - სამართლის აკადემიური დოქტორი, გურამ თავართქილაძის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი
- 5. ტიმოთი ბარეტი** – J.D., საქართველოს უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

ქართულენოვანი ტექსტის რედაქტორი

თამარ ჩოკორაია - ფილოლოგიის მეცნიერებათა დოქტორი, ნიუ ვიუენ უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

Editorial Board

- 1. Malkhaz Begiashvili – Ph.D., Professor at University of Georgia**
- 2. Kakhaber Goshadze – Ph.D. Associate Professor of Law, European University**
- 3. Zviad Gabisonia – Phd.D., Professor at Tbilisi Open University**
- 4. Shalva Kurdadze – Academic Doctor of Law, Professor at Guram Tavartkiladze State University**
- 5. T.J.A. Barrett – J.D., Associate Professor of Law, University of Georgia**

Georgian Language Text Editor

Tamar Chokoraia – Doctor of Philology, Associate Professor at New Vision University

სარჩევნი

წინასიტყვაობა.....	7
Foreword.....	9
T.J.A. Barrett	11
<i>DELFI & DEFAMATION – A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS OF US AND EUROPEAN LEGAL PERSPECTIVES OF DEFAMATION AND FREEDOM OF SPEECH</i>	
Paramjeet Singh Berwal	32
<i>LAW AND ECONOMIC REALITY – ANOTHER PERSPECTIVE</i>	
Tamta Margvelashvili	54
<i>BURDEN-SHARING IN EUROPE: NEW ERA OF MIGRATION POLICY</i>	
თეო კვირიკაშვილი	76
<i>შეკრების უფლებაში ჩარევა: შეკრების დაშლის კანონიერების შეფასება და სამართლებრივი მოვლის მიერ უფლებამოსილების გადაშეფასება</i>	
ელენე ძაძამია	99
<i>მედიაცია კორუპციულ დევებში</i>	
ლაშა ლურსმანაშვილი	122
<i>ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი ლტოლვილთა საგარეო ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამომთხოვის კუთხით</i>	
გიორგი მალანია	168
<i>სტანდარტულ პირობებში ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვა ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპების ფარგლებში</i>	
ანანო ფერაძე	196
<i>ადვოკატის როლი კლიენტის კონსულტირების ეტაპზე დავის გადაწყვეტის პროცედურის შერჩევინას</i>	
მარიამ კახიძე, მარიამ კაპანაძე	213
<i>მუშაობის თანასაბუთების პრობლემა და ასახვა პრაქტიკაში</i>	

წინასიტყვაობა

სამართლებრივი სახელმწიფოს მშენებლობა განათლების გარეშე ისეთივე ილუზიური კატეგორიაა, როგორც ადამიანის სიცოცხლეა წყლის გარეშე. სტატიკური ადამიანი წყლის გარეშე მხოლოდ 30-დან 40 დღემდე ცოცხლობს. საინტერესოა, რამდენად ეფექტურია სამართლებრივი სახელმწიფოს მშენებლობის მცდელობაც კი განათლების იმ მინიმალური ხარისხის გარეშე, რომელიც ამ უკანასკნელის ასაშენებლად აუცილებელი? განათლების საჭიროების მიზეზები ამოუწურავია, ხოლო მათზე საუბარი საკმაოდ შორს წაგვიყვანს.

საქართველოს აქვს პრეტენზია რომ არის დემოკრატიული, სოციალური და სამართლებრივი სახელმწიფო. სახელმწიფოებრიობის განმტკიცებისა და აღმშენებლობის პროცესში, ჩვენ მოქალაქეებს, გვევალება მასში საკუთარი წვლილის შეტანა. სამართლის მეცნიერების განვითარების ხელშეწყობა წარმოადგენს სამართლებრივი სახელმწიფოს მშენებლობისთვის აუცილებელ პრიორიტეტულ მიმართულებას. საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდეგ არაერთი არსებითი ნაბიჯი იქნა გადადგმული სამართლის მეცნიერების განვითარების კუთხით. ამაში ცალსახად მოიაზრება სამართლის ლიტერატურის მრავალფეროვანი ბაზის უზრუნველყოფა. სამართლის ლიტერატურის სიუხვე გვევლინება ქვეყნის სამართლებრივი შეგნებისა და საზოგადოების სამართლებრივი კულტურის ერთგვარ მაჩვენებლად. სამართლის სფეროში არსებული პრობლემური საკითხების გამოკვეთას, კვლევასა და ამ უკანასკნელის კრიტიკულ ანალიზს კი განსაკუთრებული ადგილი ეთმობა პროფესიულ ლიტერატურაში.

ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტის მოკრძალებული მცდელობაა წვლილი შეიტანოს სამართლის აკადემიური სფეროს შემდგომ განვითარებაში. ვფიქრობთ, გამოცხადებული სტატიების კონკურსი და მათგან მხოლოდ

საუკეთესოების შერჩევა უკვე მიუთითებს სამართლის მეცნიერების სფეროთი დაინტერესებული პირების გონივრულ რაოდენობაზე. განსაკუთრებით სასიხარულოა ის ფაქტი, რომ სტატიების უმეტესობა ეკუთვნის საქართველოს და საზღვარგარეთ მოქმედი აკრედიტებული უმაღლესი სასწავლებლების სამართლის ბაკალვრის, მაგისტრატურისა და დოქტორანტურის სტუდენტებს. ამას გარდა, აღსანიშნავია უცხოელ პროფესორებთან და ექსპერტებთან აქტიური თანამშრომლობა, რომელთაც მადლობას ვუხდით განეული მხარდაჭერისთვის.

ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი განეული მხარდაჭერისა და კოოპერაციისთვის მადლობას უხდის ინსტიტუტის სარედაქციო კოლეგიას, რომელთა მიერ განეული შრომისა და ფასდაუდებელი რჩევების გარეშე რთული წარმოსადგენი იქნებოდა აღნიშნული ნომრის გამოცემა. ინსტიტუტი იმედოვნებს, რომ გამოცემა საინტერესო იქნება სამართლის აკადემიური სფეროთი დაინტერესებული ნებისმიერი პირისთვის. ამასთანავე, ინსტიტუტი კვლავ გააგრძელებს აქტიური ნაბიჯების გადადგმას ამ მიმართულებით, საკუთარი უფრო აქტიური წვლილის შეტანის კუთხით.

ილია ბაძალა

*დამფუძნებელი,
აღმასრულებელი
დირექტორი*

ლაშა ლურსმანაშვილი

*დამფუძნებელი,
აკადემიური პროგრამების
ხელმძღვანელი*

FOREWORD

A construction of the legal state without the education would be as illusory, as the human life without the water is. A static individual can sustain without the water for 30 or some 40 days. It is interesting to find out to what extent it is effective even an attempt of building the legal state without sufficient degree of the education that is basically required for doing so? There is wide variety of reasons that proves that education is worthy and thus this list of reasons is not exhaustive at all, but the discussion about those aspects will bring us far away from the topic.

Georgia claims to be legal, democracy and the social state. In the process of ensuring the statehood, we the citizens of Georgia, are obliged to contribute therein. A promoting of the development of a Legal Science represents to be a necessary condition in the process of constructing such state. After Georgia regained its independence several steps were taken and the several measures were adopted in terms of developing Georgian Legal Scholarly System. Explicitly, the main emphasis is drawn on providing the sophisticated base for a wide range of Legal literature. The latter is the indicator of the legal awareness and the legal culture of the society. The debate conducted about the problematic topics in the legal sphere and thus their discussion and the critical analysis of them is majorly highlighted in the professional literature.

It is a deferential attempt for Institute of Georgian and International Law to contribute in the further improvement of the Legal Academic Field. We consider that, announced call for papers and only selecting the best ones therefrom already indicates on the reasonable number of the persons interested in the field mentioned. The fact itself is especially pleasant that the vast number of the articles were sent by the students from the foreign and Georgian higher education institutions of the levels of bachelors, masters and doctorates. Apart from that, the active collaboration with the foreign experts and professors is worth

noting and essential, therefore we are delighted to thank them for the assistance provided.

Institute of Georgian and International Law wishes to thank the editorial board for the support and the active cooperation provided. Without their invaluable advices and consultations it would be overwhelmingly hard to publish the first edition. Institute hopes that the first edition will be interesting for anyone who is interesting in the Legal Academic Field of Law. Therefore, organization is willing to take active steps towards this direction for further contribution.

Ilia Badzaghua

*Founder, Executive
Director*

Lasha Lursmanashvili

*Founder, Head of
Academic Department*

DELFI & DEFAMATION – A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS OF US AND EUROPEAN LEGAL PERSPECTIVES OF DEFAMATION AND FREEDOM OF SPEECH

T.J.A. Barrett

*Associate Professor of Law,
University of Georgia*

Abstract:

*This article discusses the European Court of Human Rights case of *Delfi AS v Estonia*. Freedom of Speech issues and defamation are discussed. A comparative analysis of defamation, between U.S. law and European law, is conducted. The Freedom of Speech protections of the U.S. Constitution's 1st Amendment and the European Convention of Human Rights' Article 10 are compared.*

Keywords: *Defamation; Freedom of Speech; Freedom of Expression; 1st Amendment, US Constitution; Article 10, ECHR; Epithets; Insults.*

Discussion

This article is composed of five sections. The first section briefly discusses *Delfi AS v Estonia*. This is a European Court of Human Rights case with a decision handed down June 2015. The case concerns comments posted on a news website from an article that was posted on 24 January 2006; the comments were posted over the subsequent two days.

This case has a plethora of interesting and novel legal issues. One of which is EU Law (and the Court of Justice of the European Union, "CJEU") v European Convention on Human Rights (and the European Court of Human Rights, "ECtHR"). Another issue is whether a certain EU Directive absolves a website, such as a news website like Delfi, from the material posted by third parties – the directive does this for Internet Service Providers ("ISPs"), however,

the ECtHR interpreted this narrowly and held Delfi was not an ISP. There is reason to believe the CJEU would interpret this term, ISP, broadly – and, if so, Delfi would be protected (as long as they removed the offending material promptly when notified of its existence – which, in this case, they did). Google, YouTube, Facebook – are these publishers or just open forums? What are their legal duties and liabilities? These are very important questions and are still developing.

However, this article focuses on Freedom of Expression, as relating to the insulting or defamatory comments at issue in *Delfi*. In the second section, we will examine what is defamation, from the US and then the EU perspective, then, in the third section, apply these interpretations to the comments at issue. In the fourth section, we will take a wider view and look at the US Constitution’s 1st Amendment Freedom of Speech compared to the ECHR’s Article 10 Freedom of Expression. The fifth section is a brief conclusion.

1. Delfi AS v Estonia

Delfi is “an Internet news portal that published up to 330 news articles a day at the time of the initial dispute. Delfi is one of the largest news portals on the Internet in Estonia. It publishes news in Estonian and Russian in Estonia and also operates in Latvia and Lithuania.”¹ In response to articles written on the news portal, approximately 10,000 comments were posted every day.² Delfi, it is interesting to note, has a Georgian connection; Delfi and Civil Georgia³, have a collaboration – named The Clarion.⁴

Comments posted below news articles were usually anonymous and were posted automatically – Delfi did not screen

¹ *Delfi*, para. 11.

² *Delfi*, para. 12.

³ See: www.civil.ge

⁴ The Clarion is Born. 27 September 2015. Civil Georgia.
www.civil.ge/eng/article.php?id=28600

comments. There was a language filter in place, which would delete obscene comments. Delfi posted a “Rules of Comment” which forbade any comments with obscenities, insults, threats, incitement to violence or any illegal activities.⁵ Delfi also had a notice-and-take-down system – any user could flag a comment as objectionable and it would be removed.⁶ Additionally, any victim of a defamatory comment could complain to the company and the comment would be removed.⁷

In January 2006, Delfi posted an article “SLK Destroyed Planned Ice Road”. SLK (AS Saaremaa Laevakompanii) is a public limited liability company that operates ferries to some of the islands in the Baltic Sea. The article stated that some ferry routes were modified so that ice bridges would not be formed. “Ice roads are public roads over the frozen sea which are open between the Estonian mainland and some islands in winter.”⁸ By preventing, or delaying, the ice from forming, people traveling to the islands would have to pay to use a ferry instead of using the ice road for free. Consequently, this upset some people who were directly affected.

During the two days after the article was posted, it received 185 comments. The complainant, identified by the court as “L.”, is a shareholder in SLK. Some of the comments mentioned L. by name or insinuation. Six weeks after the article, L.’s lawyers wrote to Delfi complaining of 20 of these posted comments.⁹ They sought the removal of the comments, as well as approximately €32,000 in damages. Delfi removed the comments on the day the complaint was received, but refused to pay damages.

Shortly thereafter, L. began litigation in Estonian courts. In the court of first instance, Delfi won. The court ruled that the EU

⁵ *Delfi*, para. 14.

⁶ *Delfi*, para. 13.

⁷ *Id.*

⁸ *Delfi*, para. 19.

⁹ The 20 comments can be seen on page 7, para. 18, of the court decision, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105>

Directive on Electronic Commerce¹⁰, and the corresponding enabling Estonian statute, excluded liability. L. appealed and the initial court decision was quashed. The Estonian Supreme Court declined to consider a further appeal. The court of first instance, applying the appellate court ruling, held the EU Directive was not controlling, and, consequently, ruled for L.

A number of comments, however, were vulgar in form; they were humiliating and defamatory and impaired L.'s honour, dignity and reputation. The comments went beyond justified criticism and amounted to simple insults. The court concluded that freedom of expression did not extend to protection of the comments concerned and that L.'s personality rights had been violated. L. was awarded EEK 5,000 (EUR 320) in compensation for non-pecuniary damage.¹¹

Delfi appealed to the appellate court, and then to the Estonian Supreme Court; both courts upheld the trial court's judgement. The Supreme Court held that the EU Directive did not apply to Delfi. Instead, Delfi and the anonymous writers of the comments were both 'publishers' of those comments.¹² Therefore, L. could sue either or both.

Delfi appealed to the European Court of Human Rights ("ECtHR"). In October 2013, the Chamber issued its judgment. The Chamber recognized the differing positions of the parties concerning Delfi's connection to the comments:

According to the Government, the applicant company was to be considered the discloser of the defamatory comments, whereas the applicant company was of the opinion that its freedom to impart information created and published by third parties was at stake, and that the applicant company itself was not a publisher of the third-party comments.¹³

¹⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council

¹¹ *Delfi*, para. 27.

¹² *Delfi*, para. 14.

¹³ *Delfi*, para. 27.

The Chamber declined to rule on the application of Estonian law, which was up to the Estonian courts. The Chamber did consider Delfi's argument that the Estonian government's interference violated their rights to freedom of expression under Article 10, European Convention of Human Rights ("ECHR"). The Chamber held "that the restriction of the applicant company's freedom of expression had pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of others."¹⁴ Regarding the comments themselves, "the Chamber noted that there was no dispute that the comments in question had been of a defamatory nature."¹⁵ The Chamber held there was no violation of Article 10.

Delfi appealed this decision to the Grand Chamber. The Grand Chamber, by 15-2 vote, upheld the Chamber's decision. The court did not truly analyze the comments, but described them as "'clearly unlawful' [... and] that the majority of the comments are, viewed on their face, tantamount to an incitement to hatred or to violence against L."¹⁶ The court went on to say that the comments "mainly constituted hate speech and speech that directly advocated acts of violence."¹⁷

Some commenters have argued that the court appeared to blur the distinction between defamation, insults, and hate speech.¹⁸

2. Defamation Analysis

This section will examine the legal analysis for defamation. We will first consider this from a US perspective. This analysis will include a discussion of UK defamation law, which is similar to US; although they both have the same starting point, they both developed distinctly. Next we will consider the perspective of

¹⁴ *Delfi*, para. 63.

¹⁵ *Delfi*, para. 64.

¹⁶ *Delfi*, para. 114.

¹⁷ *Delfi*, para. 117.

¹⁸ Also see: Guillemin.

European law, discussing German and French law specifically, as well as some prior ECtHR decisions.

2.1. US (&UK) analysis

Defamation in the US is more restricted than in Europe; to claim defamation in the US it is required the statement be 'a false statement of fact' and 'tending to harm the reputation' of the plaintiff – in other words, simple cuss or swear words are not defamatory, neither are epithets. Statements that may qualify in some European countries as defamatory would not be considered as defamatory in the US. Further, the US has a strong safeguard for freedom of speech – the 1st Amendment of the US Constitution. Whether speech is “Offensive speech” or “hate speech” is immaterial in US law; however, there is a movement to adopt a more European understanding of the 1st Amendment, and certainly “hate crimes” are created increasingly more by statute.

Regarding the twenty comments that are the basis for *Delfi*, it is likely almost all, if not all, would not qualify as defamatory in the US.

So let us first take a step back and define defamation. Under Anglo-American law, defamation is distinguished as either ‘Slander’ or ‘Libel’, depending on whether it was oral, spoken aloud, or if it was in writing. It was easier to be awarded damages for libel – because it was considered more permanent; the spoken word being fleeting.

According to Black’s Law Dictionary, defamation is:

1. The act of harming the reputation of another by making a false statement to a third person. • If the alleged defamation involves a matter of public concern, the plaintiff is constitutionally required to prove both the statement's falsity and the defendant's fault.
2. A false written or oral statement that damages another's

reputation.¹⁹

According to the Restatement (First) of Torts:

A communication is defamatory if it tends so to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third persons from associating or dealing with him.²⁰

Laws against defamation seek to “protect a person’s interest in their reputation. Defamation presents particular problems, as any law which protects reputation will also impinge on freedom of speech.”²¹ Comparing UK and US treatment of defamation, it was commonly stated that US provided greater protection for speech; UK provided greater protection to reputation.²² This was in no small part owing to the 1st Amendment, which will be further discussed below.

According to English law, for a statement to be defamatory: it must ‘tend to lower the claimant in the estimation of right-thinking members of society generally’²³

Defamation concerns reputation more than actual harm. “First, defamation is essentially an attack on reputation. If a person says that a businessman runs his business dishonestly or incompetently, this is defamatory. But, if it is [falsely] stated that the business has closed down, this is not defamatory, although financial loss may be caused.”²⁴

To establish defamation, the following elements must be proven: “(a) a statement of fact; (b) that is false; (c) and defamatory; (d) of and concerning the plaintiff; (e) that is published to a third party (in written or otherwise tangible form)...”²⁵

¹⁹ Black’s Law Dictionary, 9th Ed., p 479

²⁰ Restatement (First) of Torts § 559 (1938).

²¹ Cook, Law of Tort, p 406.

²² See Cook, p 406 and chapter 20 generally.

²³ *Sim v Stretch* [1936] 2 All ER 1237, 1240.

²⁴ Cook, p 410-411.

²⁵ Glasser, p 49.

Truth is an absolute defence in the US²⁶ and the UK²⁷. That is to say, if the defendant can establish the disputed statement is in fact true, then the claimant loses.

In a landmark case, the US Supreme Court in *New York Times v Sullivan* stated:

“Thus, we consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.”²⁸

In that case, the court held that when claiming defamation against a public figure, actual *malice* was required – a high burden, above negligence or recklessness.²⁹ This is not normally required, only when the statement is against a public official. Therefore, it is much more difficult for a public figure to win a defamation action.

The principle of "fair comment" afford[ed] legal immunity for the honest expression of opinion on matters of legitimate public interest when based upon a true or privileged statement of fact.

... As this statement implies, comment was generally privileged when it concerned a matter of public concern, was upon true or privileged facts, represented the actual opinion of the speaker, and was not made solely for the purpose of causing harm.³⁰

In a more recent case, *Sarah Palin v. New York Times*, a trial court dismissed a defamation suit by a politician (a former vice presidential candidate) explaining “if political journalism is to achieve its constitutionally endorsed role of challenging the powerful, legal redress by a public figure must be limited to those cases where the public figure has a plausible factual basis for

²⁶ Peters, p. 1091. Zimmerman, 312.

²⁷ Glasser, p 210.

²⁸ *NY Times v Sullivan*, 376 US 254 (1964), 270.

²⁹ *NY Times v Sullivan*, 376 US 254 (1964)

³⁰ *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 US 1 (1990), 12.

complaining that the mistake was made maliciously, that is, with knowledge it was false or with reckless disregard of its falsity.”³¹

The statement must contain a fact that can be proved false. Some statements cannot be proved false and are, therefore, not defamatory.

Thus, unlike the statement, “In my opinion Mayor Jones is a liar,” the statement, “In my opinion Mayor Jones shows his abysmal ignorance by accepting the teachings of Marx and Lenin,” would not be actionable. ... a statement of opinion relating to matters of public concern which does not contain a **provably false factual connotation** will receive full constitutional protection.³²

Attempts to avoid defamatory statements by slight equivocations are not sufficient: One “can not just add ‘i think...’ or ‘in my opinion...’ to avoid a provable fact – this does not change it to an opinion.”³³

Milkovich holds that “rhetorical hyperbole” or “vigorous epithet[s]” are a distinct type of speech – and “are neither meant nor understood to be factually accurate”, and hence not defamatory.³⁴ If it is not a verifiable fact, it cannot be defamatory. Therefore, insults, epithets, swears – are not (normally) defamatory.

In a recent case, the 9th Circuit Court of Appeals, a step below the Supreme Court, ruled that language that claimant had engaged in “ ‘illegal activity’, including ‘corruption’, fraud, deceit on the government, money laundering, defamation, harassment, tax crimes, and ‘fraud against the government’ ... paid off ‘media’ and politicians and may have hired a hit man to kill her” was not defamatory.³⁵

³¹ Sarah Palin v New York Times, Southern District of New York. Available: <http://www.medialaw.org/images/medialawdaily/08.29.17nyt.pdf>

³² Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 US 1 (1990), 19-20 (emphasis added).

³³ Milkovich, 19.

³⁴ Milkovich and see Hansen, 54.

³⁵ *Obsidian Finance Group v Cox*, 9th Circ. 2014, p16.

Courts have “held that even consumer complaints of non-criminal conduct by a business can constitute matters of public concern.”³⁶ Speech regarding these issues, should have a higher level of protection.

In a fairly recent California case, the court considered an offensive epithet.

The accusation that plaintiffs are top-ranking “Dumb Asses” cannot survive application of the rule that in order to support a defamation claim, the challenged statement must be found to convey “a provably false factual assertion.” ... A statement that the plaintiff is a “Dumb Ass,” even first among “Dumb Asses,” communicates no factual proposition susceptible of proof or refutation. It is true that “dumb” by itself can convey the relatively concrete meaning “lacking in intelligence.” Even so, depending on context, it may convey a lack less of objectively assayable mental function than of such imponderable and debatable virtues as judgment or wisdom. To call a man “dumb” often means no more than to call him a “fool.” One man’s fool may be another’s savant. Indeed, a corollary of Lincoln’s famous aphorism is that every person is a fool some of the time.

Here defendant did not use “dumb” in isolation, but as part of the idiomatic phrase, “dumb ass.” When applied to a whole human being, the term “ass” is a general expression of contempt essentially devoid of factual content. Adding the word “dumb” merely converts “contemptible person” to “contemptible fool.” **Plaintiffs were justifiably insulted by this epithet, but they failed entirely to show how it could be found to convey a provable factual proposition.** ... [“the dispositive question is whether a reasonable fact finder could conclude the published statement declares or implies a provably false assertion of fact”].) If the meaning conveyed cannot by its

³⁶ *Obsidian Finance Group v Cox*, 9th Circ. 2014,

nature be proved false, it cannot support a libel claim.³⁷

In *Barrett v. Rosenthal*, very offensive statements were considered to have no provably false assertions of fact:

... is arrogant, bizarre, closed-minded; emotionally disturbed, professionally incompetent, intellectually dishonest, a dishonest journalist, sleazy, unethical, a quack, a thug, a bully, a Nazi, a hired gun for vested interests, the leader of a subversive organization, and engaged in criminal activity (conspiracy, extortion, filing a false police report, and other unspecified acts.)

...

Dr. Polevoy is dishonest, closed-minded; emotionally disturbed, professionally incompetent, unethical, a quack, a fanatic, a Nazi, a hired gun for vested interests, the leader of a subversive organization, and engaged in criminal activity (conspiracy, stalking of females, and other unspecified acts) and has made anti-Semitic remarks.

...

The court ...[held these comments were] not actionable because they contained no provably false assertions of fact. Plaintiffs do not challenge that ruling.³⁸

Thus, an insult is not necessary defamation. The insults described by the *Delfi* case would not be considered defamation under US law.

2.2. EU Legal Analysis (France & Germany)

Now let us transition across the Atlantic and consider defamation in a European context, before we go on and examine

³⁷ *Vogel v Felice*, 6th Circuit, 127 Cal. App. 4th 1006 (2005) (Internal citations omitted; emphasis added).

³⁸ <http://www.casp.net/california-anti-slapp-first-amendment-law-resources/caselaw/california-courts-of-appeal-cases/barrett-v-rosenthal/>

the *Delfi* comments themselves.

“In Germany, as in France [and in most European states], defamation traditionally has been thought of as a crime rather than a tort.”³⁹

In France, Defamation is codified as: “Every allegation or imputation of a fact which impugns the honour or esteem of the person or the corporation to whom or to which the fact is imputed is a defamation.”⁴⁰ This is a drastically different definition of defamation than the common law definition. Indeed, the very concept is distinct from the Anglo-American understanding.

Defence is a truth; however, it is limited to the sphere of private life (i.e., if it is something considered very private or personal).

“Criticism of goods and services cannot amount to defamation [...] if it does not involve a criticism of a legal or physical person.”⁴¹ France also has a cause of action for Insult.⁴²

In Germany, “Defamation [...] is primarily a crime”.⁴³ Germany includes criminal offenses for what may be defamation or injurious falsehoods⁴⁴ as well as insults.⁴⁵ Therefore, in Germany freedom of expression is limited by the crimes of defamation and insult, and also the right to privacy – which is a much stronger right than in the US.⁴⁶ Although Germany includes a free speech right, in Article 5 of the German Constitution, this is with express limitations and is subordinate to the right of ‘human dignity’.⁴⁷

Both Germany and France have the criminal offense of

³⁹ Markesinis, p 403.

⁴⁰ Youngs, 431, quoting the French Code Civil, article 1382.

⁴¹ Youngs, p433.

⁴² Youngs, p434.

⁴³ Markesinis, p 27.

⁴⁴ Youngs, p 435-436.

⁴⁵ Markesinis, p 76 & 411.

⁴⁶ Markesinis, p 411.

⁴⁷ Krotoszynski, p 1556.

“insult” – obscene gesture, epithets, cursing. Normally, such insults are considered protected speech under US law. “Thus, whereas in Germany this has often led to a greater protection of privacy, in America the emphasis on freedom of speech has often had the reverse effect.”⁴⁸

Now let us consider some defamation cases that have been considered by the ECtHR. When Freedom of Expression has been limited, the court examines it from a 3 prong test:

First there must be an interference with the right under Article 10(1) of the Convention, then any restriction should be assessed for acceptability according to a three stage test. The test requires that the restriction be lawful, achieve a legitimate aim and be necessary in a democratic society.⁴⁹

In *Castells v Spain*, the ECtHR considered a case where a Spanish citizen was prosecuted for criminal libel for insulting the government. The court overturned the conviction because the defendant was not allowed to claim the defense of truth. The court explained the government could “impose[d] criminal law sanctions on persons who published lies or accusations ‘formulated in bad faith.’”⁵⁰

In *Lingens v. Austria*⁵¹ a defamation conviction in Austria was overturned by the ECtHR. A citizen wrote about a government official with a NAZI past; the statement included both facts and his personal opinion. The statements were true, but the defendant’s opinions were not facts – and because of that the Austrian court held he could not claim the defence of truth.

Under the Austrian criminal code, defamation of an officeholder was punishable and proof of truth was the only defense available. Because Lingens could not prove the truth of his value

⁴⁸ Markesinis, p 472.

⁴⁹ Woods, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/delfi-v-estonia-curtailling-online.html>

⁵⁰ Amponsanah, p 92. (Compare with the malice required in *Sullivan v NY Times*, note --)

⁵¹ *Lingens v. Austria*, p 12

judgments, he was convicted and fined. The European Court unanimously held that Lingens' freedom of expression was breached.

...

the Court pointed out that political speech is not limited to facts which are verifiable, but **it includes value judgments that are impossible to prove**. So the Court drew a line between the expression of a personal opinion and facts that affect the reputation of persons.⁵²

The Court explained: "opinions (value judgments) cannot be demonstrated and are not susceptible of being proven."

Although some of the reasoning is different, the result is remarkably similar to the Supreme Court rulings, such as *NY Times v Sullivan*, *Getz*, and *Milkovich*. That is, provable facts have to be distinguished, then evaluated – are they true or false? Statements that are not provable facts (e.g. opinions), normally are not defamatory.

In general, it is fair to say the ECtHR has been more protective of political speech than other types of speech.⁵³ Their view is "that political speech serves a special role in the pursuit of a democratic society."⁵⁴ Whereas, in the US, one could almost argue the opposite. Political speech is becoming more and more regulated, under the guise of "campaign finance reform"; over the last few years there has been a growing discussion of the government restricting political speech on the internet.

[In Europe], to escape liability, a defendant in a criminal libel case has the burden to rebut either a presumption of falsity or bad faith, or to show fair report. This is nearly the opposite of the practice in the United States, which requires the [civil] plaintiff to show both fault on the part of the defendant and falsity in his

⁵² Amponsah, p 90-91 (emphasis added).

⁵³ Wright, p 147.

⁵⁴ Wright, p 150.

statements.⁵⁵

In US criminal Law, burden of proof is a major consideration. Any ‘burden shifting’ from the prosecutor to the defence, is not allowed and will result in any conviction be overturned (with the limited exception of affirmative defences).

So, now that we have delved into the matter, let us consider: what is the main difference between the defamation analysis in the US and Europe? Defamation, by its very nature, is a limit of freedom of speech. Which one of these objectives will be pursued, at the expense of the other?

I quoted a US case earlier: “Plaintiffs were justifiably insulted by this epithet, but they failed entirely to show how it could be found to convey a provable factual proposition.”⁵⁶ Insults may be upsetting, but they are not actionable in a US court of law. I submit that this goes to the heart of the matter – this is a paramount distinction between US law and European law.

3. Comments from Delfi

The comments at issue in the *Delfi* case consist mostly of epithets and insults.⁵⁷ An earlier quote from the court decision:

A number of comments, however, were vulgar in form; they were humiliating and defamatory and impaired L.’s honour, dignity and reputation. The comments went beyond justified criticism and amounted to simple insults. The court concluded that freedom of expression did not extend to protection of the comments concerned and that L.’s personality rights had been violated. L. was awarded EEK 5,000 (EUR 320) in compensation for non-pecuniary damage.⁵⁸

As you look through the comments – certainly many were

⁵⁵ Presumed Guilty, p 4.

⁵⁶ *Vogel v Felice*, 6th Circuit, 127 Cal. App. 4th 1006 (2005).

⁵⁷ Comments can be seen on page 7, para. 18, of the court decision, available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-155105>

⁵⁸ *Delfi*, para. 27.

‘vulgar’ or were ‘insults’. Some were anti-Semitic; others vaguely discussed violence.

According to the ECtHR, these “comments went beyond justified criticism and amounted to simple insults.” Is it a judge’s role to determine what is ‘justified criticism’? Obviously, if everyone has the right of justified criticism, but not unjustified criticism – then whoever determines the distinction has all the power. I can understand from a moral standpoint, one could argue what level of criticism is justified. However, from a legal standpoint – I do not think lawyers have competence to make such a purely moral judgment.

Both the US and European courts have discussed tone and context as factors. The dissenting opinion points this out admirably:

Does a call for violence or a wish to see someone killed have the same effects on the Internet as a similar statement made in a face-to-face encounter in a situation like the present one? This is not a call to arms by an extremist group. The answer has to be established by means of a proper judicial process. No criminal action against the commenters was taken, notwithstanding the reference to lynching. The question of the extent to which such comments amount to a real threat would have deserved proper analysis. However, the judgment simply accepts the findings of the Supreme Court, which says only that the illegality of the comments is manifest (and then, like the judgment, characterises them in different ways).⁵⁹

As discussed above, these comments would not be considered defamation under US jurisprudence. If L. were considered a public figure, which seems very likely, then it would be even more difficult to prove defamation – since malice would be required. Although the commenters might have had malice, it is almost impossible to imagine that Delfi had any malice. After all, they removed the comments as soon as was requested.

⁵⁹ *Delfi*, dissenting opinion p 72-73, para. 14

4. The 1st Amendment and Article 10

Many of the comments would not be considered defamatory under US law, which has a higher protection of freedom of expression. Protections under Article 10 of the European Convention on Human Rights and the 1st Amendment, US Constitution, will be compared.

Let us examine 1st Amendment, first.

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.⁶⁰

There are many important rights included in this very short paragraph. In this paper, we are concerned with two – allow me to paraphrase: “Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech, or of the press”.⁶¹

This right is not absolute. In *Schenk v US*, Oliver Wendell Holmes, the famous American jurist, said:

The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. [...] The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.⁶²

As we have already discussed, people may express their own opinions, but not their own facts.⁶³

Article 10 of the ECHR is divided into 2 paragraphs. The 1st paragraph reads:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right

⁶⁰ 1st Amendment, US Constitution.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919),

⁶³ Daniel Patrick Moynihan

shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.⁶⁴

This is, on the surface, similar to the 1st amendment. However, it also includes a 2nd, longer, paragraph:

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, **for the protection of the reputation or rights of others**, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.⁶⁵

One of the listed exceptions to the freedom of expression is “for the protection of the reputation or rights of others”.

The end of the 1st paragraph and the entire 2nd paragraph limit the freedom of expression rights. If you count, it is less than a quarter of the text which recognizes the rights of citizens, and three-quarters of the text limit those rights; 33 words, compared to 108 words.

Although the article does not mention the press, ECtHR case law clearly establishes the press has a special place and protections. Ironically, the 1st Amendment specifically mentions the press, but most Supreme Court case law holds that they do not have a special place – every citizen is entitled to the same protections. However, this has proven useful in the 21st century, with the rise of bloggers and unconventional media – who, under this interpretation, do not have to ‘prove’ or establish they are part of the press.

⁶⁴ Article 10, ECHR

⁶⁵ Article 10, ECHR (emphasis added).

“The Court’s aim is to find a balance between protecting free expression and protecting the rights and freedoms of others. ... The Court assumes that states can determine whether a restriction is necessary within the local circumstances.”⁶⁶

The ECtHR has held:

Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a [democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to Article 10 (2), it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society.”⁶⁷

However, Article 10 does protect confidential sources, something the 1st Amendment (most likely) does not protect. The ECtHR:

Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result, the vital public watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected.⁶⁸

5. Conclusion

Many of the comments were vulgar, obscene, or with offensive epithets; some discussed violence towards L., or SLK. However, most of the comments would not be actionable under the US understanding of defamation. Although the US and European courts begin from a very different starting point, on some of the

⁶⁶ Amponsah, p 89.

⁶⁷ Handyside, 1 EHRR at 754 ¶ 49.

⁶⁸ *Goodwin v. the United Kingdom*, 1996.

issues discussed above, they reach similar conclusions. However, in other aspects, such as insults or epithets, they reach very different results.

Perhaps this paper will spur further analysis. In the 21st Century, defamatory statements will be made more and more online, frequently on international websites, such as Facebook or YouTube. These companies have a large presence in both the European Union and in the US. How will these different jurisdictions deal with these issues? Or, perhaps more important, how will the tech-giants deal with these issues?

If websites are considered 'publishers' of the content posted by others, and face liability for it, naturally they will be more proactive censors. This has already begun and, I submit, is a negative for the consumers in both Europe and the US.

6. Bibliography

Legal Cases:

1. *Bunt v Tilley & Ors* [2006] EWHC 407 (QB) (10 March 2006) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2006/407.html>
2. *Delfi AS v Estonia*, App no. 64569/09. Grand Chamber (ECtHR, 16 June 2015). Available: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105>
3. *Godfrey v. Demon Internet Limited* [1999] EWHC QB 244 (26th March, 1999) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1999/244.html>
4. *Obsidian Finance Group v Cox*, 9th Circ. (2014) No 12-35319, p17. Available: <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/01/17/12-35238.pdf>

Scholarly Research

1. Akkoc, Raziye. "Former Miss Turkey faces prison for 'insulting' Recep Tayyip Erdogan
2. Amponsah, Peter. *Libel Law, Political Criticism, and Defamation of Public Figures: The United States, Europe, and Australia*. 2004. LFB Scholarly Publishing LLC: New York.
5. Collins, Matthew. The Law of Defamation and the Internet (2nd edn, 2005)

3. Glasser, Charles. *International Libel and Privacy Handbook: A global reference for journalists, publishers, webmasters, and lawyers*. 2006. Bloomberg Press: New York.
4. Guillemin, Gabrielle. "Case Law, Strasbourg: Delfi AS v Estonia: Strasbourg Undermines Freedom of Expression" *Inform's Blog: The International Forum for Responsible Media Blog*. Available: <https://inform.wordpress.com/2015/10/06/case-law-strasbourg-delfi-as-v-estonia-strasbourg-undermines-freedom-of-expression-gabrielle-guillemin/>
5. Hansen, Martin. *Fact, Opinion, and Consensus: The Verifiability of Allegedly Defamatory Speech*. *George Washington Law Review*, Vol. 62, Issue 1 (November 1993), pp. 43-99. *F. 62 Geo. Wash. L. Rev.* 43 (November 1993)
6. Macovei, Monica. *Freedom of Expression: A guide to the implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition. Council of Europe (2004).
7. Markesinis, Basil & Hannes Unberath. *The German Law of Torts: A comparative treatise*, 4th ed. 2002. Hart Publishing: Oxford.
8. Peters, Kevin T. *Defamation and the First Amendment: Recent Cases Emphasizing the Content of Defamatory Communications and the Nature of the Communicator* [notes] *Suffolk University Law Review*, Vol. 20, Issue 4 (Winter 1986), pp. 1089-1116. *20 Suffolk U. L. Rev.* 1089 (1986)
9. Woods, Lorna. "Delfi v Estonia: Curtailing online freedom of expression?" 18 June 2015. *EU Law Analysis* (website). Available: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/06/delfi-v-estonia-curtailing-online.html>
10. Wright, Jane. *Tort Law and Human Rights*. 2001. Hart Publishing: Oxford.
11. Zimmerman, Diane L. *Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort* [article]. *Cornell Law Review*, Vol. 68, Issue 3, pp. 291-367. *68 Cornell L. Rev.* 291 (1982-83).

LAW AND ECONOMIC REALITY – ANOTHER PERSPECTIVE

Paramjeet Singh Berwal

LL.M., Lawyer and AI researcher

lex iniusta non est lex

-Saint Augustine

Abstract:

Lawyers study the law; good lawyers engage in institutional analysis of legal system paying heed to jurisprudential and philosophical¹ dimensions involved therein. The aim of this article is to explore how law interacts with our economic reality and shapes it to some objective end. After all, law is for social utilitarianism.² The subject is dealt with following the approach that is pragmatic and seeks to unfold a dimension that is worthy of discussion and debate.

Keywords: *law, economy, policy, inequality, democracy.*

Introduction

Trump signed, on August 13, 2018, The National Defense Authorization Act allowing \$717 billion military budget.³ Also, the US President signed The Tax Cuts and Jobs Act (TCJA), on January 1, 2018, reducing the federal corporate income tax to 21 per cent from

¹ Dunkel, Harold B. (1953). "Philosophical Approach to Research." *The Phi Delta Kappan*, 35(1), pp. 25-28. <http://www.jstor.org/stable/20495399>.

² Seagle, William (1945) "Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End," *University of Chicago Law Review*: Vol. 13 : Iss. 1, Article 4 citing Rudolf von Jhering's *Der Kampf um's Recht* (The Struggle for Law, 1872)

³ Cnbc.com. (2018).<https://www.cnbc.com/2018/08/13/trump-signs-717-billion-defense-bill.html>

35 per cent.⁴ In addition to this, in the US budget, the proposed are 7.1 per cent cut to Medicare, 22.5 per cent cut to Medicaid and Obamacare subsidies and 27.4 per cent cut to SNAP (food stamps) and 20.2 percent cut to housing assistance by 2028.⁵ These are pieces of law pertaining to economic aspects of the US society with domestic and international implications in a globalized world.

If one analyses the consequences of the aforementioned facts, it will not be difficult to conclude that every law has connotations that go way beyond the obvious and explicit mandate of its legal provisions. Laws shape the contours of socio-economic conditions that people are subjected to, every day of their lives. In the scenario described above, what comes forth is that the legal instruments are used to direct economic flow in a particular direction and thus, the resulting consequences should not be looked at with surprise.

In order to deal with the topic, the author attempts to theorize reality the way it is, avoiding settling any normative question. The truth is always perceived in a very peculiar manner depending on how one is able to relate to it- the correspondence theory of truth.⁶ Therefore, contextualization becomes important in regard to putting forth an understanding as to how law is very instrumental in shaping or, presumably, reinforcing the economic reality.

Economic inequality, for the purpose of this article, is a very crucial attribute of the economic system we all are a part of.⁷ It,

⁴ Tax Foundation. (2017). Preliminary Details and Analysis of the Tax Cuts and Jobs Act.

<https://taxfoundation.org/final-tax-cuts-and-jobs-act-details-analysis/>

⁵ Vox.com. (2018). <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/2/12/16996832/trump-budget-2019-release-explained>

⁶ David, Marian. (2016). "The Correspondence Theory of Truth", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/truth-correspondence/>

⁷ World Inequality Lab. (2018), World Inequality Report 2018. <https://wir2018.wid.world>

broadly, refers to the scenario where people have intense difference in their economic status for the reasons that cannot be held objective or justified other than having in place a system that seeks to follow only an already set agenda in order to serve the interests of a few and to the detriment of the rest. The systemic aspect referred to in the preceding sentence is what is characterized as law. In other words, law is used as a means to achieve an economic end.⁸ Relevance of law is directly linked to the fact that economic growth is important but at the same time for it to sustain, it should be inclusive in nature giving all an access to its benefits.⁹ Therefore, it becomes a prerequisite that the legal framework dealing with economic structure of country should be designed to allow the economic system intrinsic thereto to function in a manner that should serve all. However, as has been pointed out by a World Bank report, economic inequality is on the rise.¹⁰ It implies, very broadly, that law making has to be brought under scrutiny to see if it has something to do with the way our economy functions. Several academic institutions are concerned with the question pertaining to the role played by law in sustaining “inequities of economic opportunity and power?”¹¹. This article contributes to the existing academic discussion.

⁸ for a very relevant perspective on the issue, see Williams, L., Kjonstad A., and Robson, P. (2003). *Law and Poverty: Legal System and Poverty Reduction*, Zed Books.

⁹ Duttgupta, R. et al. (2017). *Growth That Reaches Everyone: Facts, Factors, Tools*, September 20, International Monetary Fund.
<https://blogs.imf.org/2017/09/20/growth-that-reaches-everyone-facts-factors-tools/>

¹⁰ Lange, G.M., Wodon, Q., and Carey, K. (2018). *The Changing Wealth of Nations 2018: Building a Sustainable Future*. Washington, DC: World Bank. World Bank.
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29001> License: CC BY 3.0 IGO.”

¹¹ Harvard University.

<https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=71930>

How does it work?

There are conflicting interests in society and supposedly, limited resources.¹² Therefore, there are priorities. Prioritization is crucial to ensure that the resources are allocated to deserving heads in the most efficient manner. For instance, one segment of people might be concerned with increasing capital accumulation while the rest might be worried about procuring enough financial assistance to make their ends meet. Oxfam International reports that “it takes just four days for a CEO from one of the top five global fashion brands to earn what a Bangladeshi garment worker will earn in her lifetime.”¹³ While, on the other hand, Goldman Sachs, one of the world’s biggest investment and financial service firm, has been considering questions like “is curing patients a sustainable business model?”¹⁴ This clearly shows that there are different interests in the society and those interests are at conflict with each other given the limited resources that we have or, in the light of innovations towards alternative resources and means of production, the systemic attributes that heavily rely on economic inequality to serve the most inherent human characteristic i.e. greed. In the wake of technological developments like asteroid mining¹⁵, even if the resources become unlimited, decisions will have to be taken with regard to rules of conduct for human interaction. The decisions will

¹² Morgan, G. (2007). *Interests, conflict and power: organizations as political systems*, Sage Publications.

¹³ Oxfam.org. (2018).

<https://www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2018-01-22/richest-1-percent-bagged-82-percent-wealth-created-last-year>

¹⁴ An analyst asked in April 10, 2018 report entitled "The Genome Revolution." As reported by CNBC,
<https://www.cnbc.com/2018/04/11/goldman-asks-is-curing-patients-a-sustainable-business-model.html>

¹⁵ Davis, M. (2018). Will asteroid mining be an outer-space gold rush? Big Think.
<https://bigthink.com/technology-innovation/economic-impact-of-asteroid-mining?rebellitem=1#rebellitem1>

be based on values that will ultimately decide what kind of rules we have.

Economic transactions engaged into are according to some rules. In other words, economic activities, in principle, are regulated. The notion of free market, though it doesn't exist per the opinion of Prof. Ha Joon Chang, is considered to be flawed because of instances of market failure.¹⁶ Also, there is a political will to lead economy in a certain direction to achieve certain goals that might be ignored by the operation of free market.¹⁷ What interests should be taken care of first determine what holds priority for any society. It is important to understand that priorities determine what policies are adopted by institutions in control of society. Institutions, primarily political in nature, produce a legislative framework that seeks to advance the cause of the said policies by applying the framed laws and regulations to situations existing on ground. Therefore, economic policies are made and the same are given effect to by formulation of laws that seek to achieve the goal of economic policies. In other words, economic policies are somewhat like blue print that define the roadmap to achieve the priorities of the state and all the stakeholders. The state, then, pass legislations and enforce them. The rules and regulations in the fields of business, commerce and trade are perhaps the most voluminous. It shows not only the complicated nature of the functional dynamics of economy, it also points out the relative relevance of economic activities in society. Any form of regulation is just another name for application of law that is formulated by the political and administrative institutions. Therefore, economy works per the contours of law.

¹⁶ Chang, Ha-Joon. 2012. 23 things they don't tell you about capitalism. New York, N.Y.: Bloomsbury

¹⁷ World Bank Blogs. (2017). Generating political will and public will for positive social change. <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/blog-post-month-quote-week-yuval-noah-harari>

Law

According to Stanford Encyclopedia of Philosophy, law is normative social practice guiding human behavior and giving rise to reasons for action.¹⁸ However, given the contemporary state of affairs wherein the international community is faced with plethora of problems, the aforementioned understanding of law doesn't suffice. If law is the basic framework within which the society and all its attributes are required to function, a more important question arises for all to ponder over. What, in reality, determine the existence and content of law?¹⁹ This question assumes importance in the light of what this article seeks to put in context.

British historian E. P. Thompson suggested that law is an instrument of de facto ruling class that basically defines and defends the right of the class over the resources.²⁰ The idea has since been confirmed by various philosophers and researchers. Research conducted by Prof. Benjamin, of Princeton, and Prof. Martin, of Northwestern, suggests that economic elites and business interests have substantial influence over US government policies while that of average citizens and mass movements have little or no influence, thereby confirming the theories of Economic-Elite Domination and for theories of Biased Pluralism.²¹ There are volumes of research that show that economic wealth lead to political power and

¹⁸ Marmor, A. and Sarch, A., "The Nature of Law", The Stanford Encyclopaedia of Philosophy (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>>.

¹⁹ Shapiro, Scott J. *Legality*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Pp. 472. At page 25.

²⁰ Thompson, E.P. 1975. *Whigs and hunters: The origins of the Black Act*. New York: Pantheon Books at page 259; and, also see Merritt, Adrian. "The Nature and Function of Law: A Criticism of E.P. Thompson's 'Whigs and Hunters.'" *British Journal of Law and Society*, vol. 7, no. 2, 1980, pp. 194–214 at page 194

²¹ Gilens, M., & Page, B. (2014). Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens. *Perspectives on Politics*, 12(3), 564-581.

influence leading to skewed democratic process.²² It has been well documented by several social studies that economic power leads to extreme lopsidedness in balance of political power and influence which ultimately corrupts the whole process of democratic governance.²³

There is one more dimension to this. Not every economic-strata of society is equally taken care of by law. For instance, industrial houses and corporations are allowed to form associations and lobby their business interests in policy-making corridors. But there has been huge crack-down on formation of labour unions that do basically and inherently the same thing as corporate or industrial associations do- try to have bargaining power in pursuing the protection and promotion of their interests before those that make laws. How is there any justification behind this scenario except that law is used to skew the economic system and/or its functioning. Lobbyist push for more financial deregulation.²⁴ But, labour unions are considered as socialist and thus discarded from the mainstream of everything.²⁵

Fallacy in the functioning

If one refers to preamble of any law or regulation, it becomes clear what the law is set out to achieve. This assertion, though wrongly so, doesn't take into account the discrepancies that exist between what a policy is publically projected to achieve in terms of its articulated aims and what the policy is actually intended to

²² Policymaking as Power-building, 27 Southern California Interdisciplinary Law Journal 315 (2018) at page 317

²³ Gilens, M., & Page, B. (2014). Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens. *Perspectives on Politics*, 12(3), 564-581.

²⁴ Acemoglu, D. (1998). "Why Do New Technologies Complement Skills? Directed Technical Change and Wage Inequality." *Quarterly Journal of Economics* 113 (4): 1055-89.

²⁵ <http://www.censoo.com/2016/07/inside-corporate-utopias-capitalism-rules-labor-laws-dont-apply/>

achieve. For example, trickledown economics being one of the most crucial popular economic theory to advance the cause of neoliberalism and lessening of regulation was based on the premises that if the producers and manufacturers are given a free hand to create and accumulate wealth, in the process the wealth will trickle down to the labor as more and more people would be employed and would be afforded more salaries. It didn't happen; real median wages in the USA, the world's strongest economy, have been largely stagnant since 1970s.²⁶ According to IMF, trickledown economics doesn't work.²⁷ Therefore, all the policy making done on the basis of trickledown economics and the laws formulated on that basis following IMF's interventions in the receiving countries are basically a disaster that should have had been avoided in the first place.

Another example, Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act (henceforth referred to as "the second Act") was passed recently, in US, to "promote economic growth, provide tailored regulatory relief, and enhance consumer protection, and for other purposes".²⁸ The act made changes to 2010 Dodd-Frank Act (henceforth referred to as "the first act") which was passed by Obama administration increasing the regulation of financial institutions in order to avoid any economic meltdown like that of 2008. It was the understanding that the economic meltdown of 2008 happened because the financial institutions were given too much freehand and were left unregulated. The consequences were that people, as consumers, suffered heavily and so did the economic growth. Therefore, the first act was passed to increase the regulatory mandate over those institutions

²⁶ Desilver, D. (2018). For most U.S. workers, real wages have barely budged in decades. Pew Research Center. <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/08/07/for-most-us-workers-real-wages-have-barely-budged-for-decades/>

²⁷ Era Dabla-Norris. et al. (2015), Causes and Consequences of Income Inequality: A Global Perspective, June 2015, International Monetary Fund.

²⁸ Passed on January 3, 2018.

and thus ensuring that the economic growth doesn't suffer such a setback again and stability could be achieved in the economic system. On the contrary, the second Act strives to undo what the first Act intended to do i.e. introduce more deregulation of financial institutions making them able to avoid the administrative oversight; but, at the same time, the second Act is articulated to "promote economic growth, provide tailored regulatory relief, and enhance consumer protection.". Deregulation of banks is supposedly aimed at allowing the market forces to work in favor of enterprising people without any governmental interference which, normally, is not considered good for the economy. However, the de-regulation, which, of course, is sometimes used to refer to the skewing of the existing regulation in favor of some vested interest, of the banking system in the USA led to the financial meltdown of 2008 when the bank and the bank loan defaulters went blind with greed. Regardless, the current US administration is again resorting to de-regulation.

Also, after the crisis began in 2008, in order to save the banking system, the state interfered and used law making to bail out the banks in order to "save" the collapsing system.²⁹ Whether the action really saved the system or just maintained the status quo is a debatable one. However, the conclusion that one draws from this is that laws were made an instrument to use the tax payers' more than \$ 29 trillion to save the financial institutions.³⁰ This had a huge impact on economic reality of the USA.

The aforementioned account of how a particular field of economy is molded by using law as an instrument has severe consequences on how the wealth is (re)distributed in the society.

²⁹ The Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (Division A of Pub.L. 110–343, 122 Stat. 3765, enacted October 3, 2008), commonly referred to as a bailout of the U.S. financial system

³⁰ Felkerson, J. (2011). \$29,000,000,000,000: A Detailed Look at the Fed's Bailout by Funding Facility and Recipient, Working Paper No. 698, December 2011, Levy Economics Institute 2011,
http://www.levyinstitute.org/pubs/wp_698.pdf

How does this happen? In an increasingly financialized society, the rich get richer³¹ and the re-distribution of wealth generated in the society does not accrue any benefit to the majority because of the existing economic structure and its rules. The resulting inequality in the wealth leads to various socio-political factors that further pushes the poor into poverty and the vicious cycle continues.

Historical aspect

Noam Chomsky says “Corporations were originally associations of people who were chartered by state to perform some particular functions like..”³² The state used to issue a charter, a form of law, to the shareholders of the corporations in order to perform a task.³³ This implies that setting up a corporation, originally, was a privilege given by the state through a legal instrument and still, corporate law provides a basic framework on which the corporations function.³⁴

The Fourteenth Amendment was passed at the conclusion of the civil war in the USA in order to give equal rights to the blacks and forbid the state to deprive any person of life, liberty and property without the due process of law.³⁵ Therefore, the

³¹ Oxfam International. (2018). Super Rich got 82% of Wealth created last year – Poorest half of the world got nothing.

<https://www.oxfam.org.nz/news/super-rich-got-82-wealth-created-last-year-poorest-half-world-got-nothing>

³² Noam Chomsky in documentary “The Corporation” by Mark Achbar, Jennifer Abbott, and Joel Bakan

³³ Giuseppe Dari-Mattiacci, Oscar Gelderblom, Joost Jonker, Enrico C. Perotti; The Emergence of the Corporate Form, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Volume 33, Issue 2, 1 May 2017, Pages 193–236, <https://doi.org/10.1093/jleo/ewx002>

³⁴ Jensen Michael C., Meckling William H..1976.“Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure,” 3 *Journal of Financial Economics* 305–60; Easterbrook Frank H., Fischel Daniel R.. 1991. *The Economic Structure of Corporate Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

³⁵ Zinn, H. (1990). *A people's history of the United States*. New York: Harper & Row.

fourteenth amendment was passed to protect newly freed slaves. Between 1890 and 1910 there were 307 cases brought before the court under the fourteenth amendment of which 288 were brought by corporations and 19 by African Americans.³⁶ It is important to notice that corporations won more than 200 of those cases.³⁷ Judges applied the amendment to capital and property and not in relation to the people the amendment, in reality, was really directed to. The significance of this example is to put forth that economic institutions or players used the law that was basically meant to protect oppressed people to claim privileges that had further economic implications.

Another example

Intellectual Property Rights (IPRs) are the private rights that are imposed by government. Using the notion of “property” and its relevant philosophical connotations, IPRs are basically used to stop third parties from using the property that they own in the way they want to merely because the owner of IPRs controls the intellectual creation.³⁸ Therefore, by implication, the people who could have used, in the absence of IP law, their tangible property to reap economic benefits are stopped by IP law from venturing into such domain. This creates an economic system that is lopsided to serve the interest of IP owners and, again, law is used as an instrument to achieve this economic end. It is pertinent to mention here that

³⁶ Mary Zepernick, Program on Coporations, Law and Democracy, The Corporation, documentary by Mark Achbar, Jennifer Abbott, and Joel Bakan

³⁷Challenging Corporate Personhood Corporations, the U.S. Constitution and Democracy, an interview with Jan Edwards, Oct./Nov. 2002 – VOLUME 23 – NUMBER 10 & 11,
<https://multinationalmonitor.org/mm2002/02oct-nov/oct-nov02interviewedwards.html>

³⁸ Kinsella, Stephan. “Against Intellectual Property.” Journal of Libertarian Studies 15, No. 2 (2001): 1:53.

though IPRs are supposed to or projected as something that create incentive for and reward innovation, the research shows that there is no conclusive proof that IP system achieves what it sets out to.³⁹

One more example

Not only critically acclaimed Hollywood movies like *The Big Short* pointed out how the systemic fabric is designed in a way to distort the efficient functioning of our economy, many researchers have pointed out the lacunae time and again. Credit rating agencies is one such area.⁴⁰ After the financial crisis of 2008, the role played by credit rating agencies as good rating providing shops in lieu of fees came to the forefront. Until then, the credit rating agencies were largely unregulated. “In the period leading up to the financial crisis in 2008, credit rating agencies (CRAs) failed to properly appreciate the risks in more complex financial instruments”.⁴¹ Efforts have been made in the US⁴² and European Union⁴³ to regulate the credit rating agencies. However, some scholars believe that legislative efforts

³⁹ Lemley, Mark A., Faith-Based Intellectual Property (March 30, 2015). 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Available at SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=2587297> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2587297>

⁴⁰ Conte, Elisabetta and Parmeggiani, Federico, The Regulation of Credit Rating Agency Across USA and EU: Different Systems, Same Concerns (November 11, 2008). University of Siena Law and Economic Working Paper Series. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2214998> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2214998>

⁴¹ as has been acknowledged by European Commission here at https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-supervision-and-risk-management/managing-risks-banks-and-financial-institutions/regulating-credit-rating-agencies_en

⁴² The stronger enforcement mechanism of Securities and Exchange Commission with regard to requirements on the part of recognized credit rating agencies as stipulated in Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act

⁴³ Laws governing CRAs consists of a regulation (Regulation No 462/2013) and a directive (Directive 2013/14/EU)

might not be effective enough to usher in a substantial change.⁴⁴ In the light of less regulation, the impact of action of credit rating agencies has been that the average people lose their saving when the funds invest the money on the basis of the faulty rating given by the credit rating agencies. This leads to deterioration in the economic equality.⁴⁵

Importance in a democratic setup

At times, law is taken as all sacrosanct without paying any heed to how it is formulated and what purpose it serves in the society. Bifurcating the theory from the practicality might not be a good approach to understand the subject matter under consideration in this article. Therefore, from an academic point of view as well as from a pragmatic standpoint, it becomes important to put forth how does the law function in our democratic setup.

Democracy is perhaps the only political system that we have settled for thinking it to be the best for the mankind.⁴⁶ Some scholars have suggested that a more ambitious approach to

⁴⁴ Conte, Elisabetta and Parmeggiani, Federico, The Regulation of Credit Rating Agency Across USA and EU: Different Systems, Same Concerns (November 11, 2008). University of Siena Law and Economic Working Paper Series. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2214998> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2214998>

⁴⁵ See Moody's \$864m penalty for ratings in run-up to 2008 financial crisis, <https://www.theguardian.com/business/2017/jan/14/moodys-864m-penalty-for-ratings-in-run-up-to-2008-financial-crisis>; Brad Fleming, Credit Rating Agencies Dodge Investors' Lawsuits, September 12, 2016, *Journal of Business and Intellectual Property Law*, <http://ipjournal.law.wfu.edu/2016/09/credit-rating-agencies-dodge-investors-lawsuits/>

⁴⁶ Democracy : A Very Short Introduction, Bernard R. Crick (2003, Oxford University Press); "Francis Fukuyama, "The End of History?" *National Interest*, no. 16 (Summer 1989): 3–18, quotation on p. 4; Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (New York: Free Press, 1992); Philip B. Heymann, *Democracy and Corruption*, 20 *Fordham Int'l L.J.* 323 (1996)

Excerpt From: Yascha Mounk. "The People vs. Democracy." iBooks.

democracy is dangerous and therefore, only a more formal and selective approach to it allowing citizens to choose from competing elites is appropriate.⁴⁷ Also, there are scholars that consider any lesser form of democracy to be similar to slavery.⁴⁸

Time and again, we come across events that indicate that political spheres are shrinking and economic institutions are taking control over the political aspects of an inherently democratic sphere.⁴⁹ Recently, EU Budget Commissioner Günther Oettinger was criticized for influencing Italian voters by suggesting that markets won't accept if the Italians voted into power a populist government.⁵⁰

The laws that we create are ultimately about empowering the people or they are about empowering corporations or financial institutions giving them more authority and more control over the political institutions and as a result over the dynamics of our society; also, the corporations are ahead of everyone else in taking control of the global regulation scenario.⁵¹

Economic Inequality

The World Inequality Report 2018 presents a very dismal picture of how the present and the future are marred by income and wealth

⁴⁷ Schumpeter, J., 1956, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper and Row.

⁴⁸ Rousseau, J.-J., 1762, *The Social Contract*, trans. Charles Frankel, New York: Hafner Publishing Co., 1947.

⁴⁹ These are the concerns that Yanis Varoufakis have raised at all platforms. Also, read Yanis Varoufakis, *Adults in the Room: My Battle with Europe's Deep Establishment*, Bodley Head, 2017.

⁵⁰ <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/italy-election-eu-markets-budget-populist-vote-gunther-oettinger-five-star-a8374796.html>

⁵¹ British Council USA, Mohsen al Attar, https://www.youtube.com/watch?v=lpn-b_AQP-Q

inequality.⁵² Of the wealth created in 2017, 82 percent went to the richest one percent of 7.3 billion world population and half of the world population got absolutely nothing of the wealth created.⁵³ Some scholars argue the need for inequality.⁵⁴ However, there are other who argue to the contrary for various relevant reasons.⁵⁵ Inequality affects economic growth and its sustainability.⁵⁶ Higher inequality further deteriorates the situation of those at the lower end of economic strata.⁵⁷

Neoliberalism is perhaps ‘the most successful ideology in world history’.⁵⁸ Ostensibly, the ideology requires no interference by state in market operations vide any regulations.⁵⁹ However, United Nations give every individual right to live with dignity and have access to

⁵² Facundo Alvaredo, Lucas Chancel, Thomas Piketty, Emmanuel Saez, Gabriel Zucman, World Inequality Report 2018, <https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-english.pdf>

⁵³ OXFAM International, 5 shocking facts about extreme global inequality and how to even it up, <https://www.oxfam.org/en/even-it/5-shocking-facts-about-extreme-global-inequality-and-how-even-it-davos>

⁵⁴ Lazear, E., and S. Rosen. 1981. “Rank-Order Tournaments as Optimum Labor Contracts.” *Journal of Political Economy* 89 (5): 841–64; Barro, R. J. 2000. “Inequality and Growth in a Panel of Countries.” *Journal of Economic Growth*. 5 (1): 5–32.

⁵⁵ Stiglitz, J. 2012. *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. New York: W.W. Norton.

⁵⁶ Ostry, J. D., A. Berg, and C. Tsangarides. 2014. “Redistribution, Inequality, and Growth.” IMF Staff Discussion Note 14/02, International Monetary Fund, Washington; Berg, A., and J. D. Ostry. 2011. “Inequality and Unsustainable Growth: Two Sides of the Same Coin?” IMF Staff Discussion Note 11/08, International Monetary Fund, Washington

⁵⁷ Aghion, P., E. Caroli, and C. Garcia-Penalosa. 1999. “Inequality and Economic Growth: The Perspective of the New Growth Theories.” *Journal of Economic Literature* 37 (4): 1615–60; Galor, O., and O. Moav. 2004. “From Physical to Human Capital Accumulation: Inequality and the Process of Development.” *Review of Economic Studies* 71 (4): 1001–26.

⁵⁸ Anderson, P. (2000) ‘Renewals’, *New Left Review* 1: 5:24

⁵⁹ Rajesh Venugopal (2015) Neoliberalism as concept, *Economy and Society*, 44:2, 165-187,

economic means to achieve the same.⁶⁰ There is constant interaction between human rights and neoliberal principles and practices.⁶¹

One must be aware that the supposedly most non-economic values or phenomena are studied through the lenses of cost-benefit analysis in order to justify their existence in society.⁶² The issue of efficiency and equity tradeoff constantly appears to be an important aspect.⁶³ For example, basic pensions for elders in society have been demanded to be curtailed by financial institutions and the same has been supported by political institutions. What happened in the case of Greece in European Union seems to be a good example of the assertion.⁶⁴

Conclusion

In view of the aforementioned, it can be concluded that it would be better to indulge into any kind of academic or public

⁶⁰ Article 22 of Universal Declaration of Human Rights 1948:

“Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.”

⁶¹ Samuel Moyn, *A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism*, 77 *Law & Contemp. Probs.* 147 (2014)

⁶² Klaus Mathis, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Springer Publications, 2009; Richard A Posner, *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law and Business, 2014 at pg. 3.

⁶³ Roy L. Prosterman, Robert Mitchell and Timothy Hanstad, *One Billion Rising: Law, Land and The Alleviation of Global Poverty*, Leiden University Press (preface by Joseph E. Stiglitz), 2009

⁶⁴ Menelaos G. Karanaso at al., *The Greek Dra(ch)ma: 5 Years of Austerity. The Three Economists’ View and a Comment*, GreeSE Paper No.113, Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe, August 2017, London School of Economics,

<http://eprints.lse.ac.uk/84100/1/GreeSE-No.113.pdf>

discourse in the domain of economic equality by addressing the issue of law and the role it plays in designing the economic reality. Talking about economic inequality in isolation will not yield any result. It must not be forgotten that any policy is implemented only through the channel of law making. Economic scenario is no exception to this democratic process. Therefore, if one needs to correct the distortions to which economic inequality is often associated with, one has to make sure that laws that are enacted conform to the principles on which our society is based i.e. to make sure that people have access to equal economic opportunity and no policy or law oriented action on the part of state should be skewed to serve the interest of only a few and to the detriment of the rest.

Bibliography

1. Acemoglu, D. (1998). "Why Do New Technologies Complement Skills? Directed Technical Change and Wage Inequality." *Quarterly Journal of Economics* 113 (4): 1055–89.
2. Aghion, P., E. Caroli, and C. Garcia-Penalosa. 1999. "Inequality and Economic Growth: The Perspective of the New Growth Theories." *Journal of Economic Literature* 37 (4): 1615–60
3. Anderson, P. (2000) 'Renewals', *New Left Review* 1: 5:24
4. Barro, R. J. 2000. "Inequality and Growth in a Panel of Countries." *Journal of Economic Growth*. 5 (1): 5–32.
5. Berg, A., and J. D. Ostry. 2011. "Inequality and Unsustainable Growth: Two Sides of the Same Coin?" IMF Staff Discussion Note 11/08, International Monetary Fund, Washington
6. Brad Fleming, Credit Rating Agencies Dodge Investors' Lawsuits, September 12, 2016, *Journal of Business and Intellectual Property Law*, <http://ipjournal.law.wfu.edu/2016/09/credit-rating-agencies-dodge-investors-lawsuits/>
7. British Council USA, Mohsen al Attar, https://www.youtube.com/watch?v=lpn-b_AQP-Q
8. Censoo.com, <http://www.censoo.com/2016/07/inside-corporate->

- utopias-capitalism-rules-labor-laws-dont-apply/
9. Chang, Ha-Joon. 2012. 23 things they don't tell you about capitalism. New York, N.Y.: Bloomsbury
 10. CNBC.com, <https://www.cnbc.com/2018/04/11/goldman-asks-is-uring-patients-a-sustainable-business-model.html>
 11. CNBC.com. (2018).<https://www.cnbc.com/2018/08/13/trump-signs-717-billion-defense-bill.html>
 12. Conte, Elisabetta and Parmeggiani, Federico, The Regulation of Credit Rating Agency Across USA and EU: Different Systems, Same Concerns (November 11, 2008). University of Siena Law and Economic Working Paper Series.
 13. Crick, B.R., 2003. Democracy: A Very Short Introduction. Oxford University Press;
 14. David, Marian. (2016). "The Correspondence Theory of Truth", The Stanford Encyclopaedia of Philosophy (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/truth-correspondence/>
 15. Davis, M. (2018). Will asteroid mining be an outer-space gold rush? Big Think. <https://bigthink.com/technology-innovation/economic-impact-of-asteroid-mining?rebelltitem=1#rebelltitem1>
 16. Desilver, D. (2018). For most U.S. workers, real wages have barely budged in decades. Pew Research Center.
 17. Dunkel, Harold B. (1953). "Philosophical Approach to Research." The Phi Delta Kappan, 35(1), pp. 25-28.
<http://www.jstor.org/stable/20495399>.
 18. Duttagupta, R. et al. (2017). Growth That Reaches Everyone: Facts, Factors, Tools, September 20, International Monetary Fund. <https://blogs.imf.org/2017/09/20/growth-that-reaches-everyone-facts-factors-tools/>
 19. Easterbrook Frank H., Fischel Daniel R.. 1991. The Economic Structure of Coporate Law. Cambridge, MA: Harvard University Press.
 20. Edwards, J. Challenging Corporate Personhood Corporations, the U.S. Constitution and Democracy, an interview with Jan Edwards, Oct./Nov. 2002 – VOLUME 23 – NUMBER 10 & 11,
<https://multinationalmonitor.org/mm2002/02oct-nov/oct-nov02interviewedwards.html>
 21. Era Dabla-Norris. et al. (2015), Causes and Consequences of Income

- Inequality: A Global Perspective, June 2015, International Monetary Fund.
22. European Union. European Commission.
https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-supervision-and-risk-management/managing-risks-banks-and-financial-institutions/regulating-credit-rating-agencies_en
 23. Facundo Alvaredo, Lucas Chancel, Thomas Piketty, Emmanuel Saez, Gabriel Zucman, World Inequality Report 2018,
<https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-summary-english.pdf>
 24. Felkerson, J. (2011). \$29,000,000,000,000: A Detailed Look at the Fed's Bailout by Funding Facility and Recipient, Working Paper No. 698, December 2011, Levy Economics Institute 2011,
http://www.levyinstitute.org/pubs/wp_698.pdf
 25. Francis Fukuyama, "The End of History?" National Interest, no. 16 (Summer 1989): 3–18
 26. Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man* (New York: Free Press, 1992)
 27. Galor, O., and O. Moav. 2004. "From Physical to Human Capital Accumulation: Inequality and the Process of Development." *Review of Economic Studies* 71 (4): 1001–26.
 28. Gilens, M., & Page, B. (2014). Testing Theories of American Politics: Elites, Interest Groups, and Average Citizens. *Perspectives on Politics*, 12(3), 564-581.
 29. Giuseppe Dari-Mattiacci, Oscar Gelderblom, Joost Jonker, Enrico C. Perotti; The Emergence of the Corporate Form, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Volume 33, Issue 2, 1 May 2017, Pages 193–236, <https://doi.org/10.1093/jleo/ewx002>
 30. Guardian. Moody's \$864m penalty for ratings in run-up to 2008 financial crisis, <https://www.theguardian.com/business/2017/jan/14/moodys-864m-penalty-for-ratings-in-run-up-to-2008-financial-crisis>
 31. Harvard University.
<https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=71930>
 32. Independent,
<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/italy-election->

- eu-markets-budget-populist-vote-gunther-oettinger-five-star-a8374796.html
33. Jensen Michael C., Meckling William H..1976.“Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure,” 3 Journal of Financial Economics 305–60
 34. Kinsella, Stephan. “Against Intellectual Property.” Journal of Libertarian Studies 15, No. 2 (2001): 1:53.
 35. Klaus Mathis, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Springer Publications, 2009
 36. Lange, G.M., Wodon, Q., and Carey, K. (2018). *The Changing Wealth of Nations 2018: Building a Sustainable Future*. Washington, DC: World Bank. World Bank.
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29001> License: CC BY 3.0 IGO.”
 37. Lazear, E., and S. Rosen. 1981. “Rank-Order Tournaments as Optimum Labor Contracts.” *Journal of Political Economy* 89 (5): 841–64
 38. Lemley, Mark A., *Faith-Based Intellectual Property* (March 30, 2015). 62 UCLA L. REV. 1328 (2015); Stanford Public Law Working Paper No. 2587297. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2587297> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2587297>
 39. Marmor, A. and Sarch, A., "The Nature of Law", *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/lawphil-nature/>>.
 40. Mary Zepernick, Program on Corporations, Law and Democracy, *The Corporation*, documentary by Mark Achbar, Jennifer Abbott, and Joel Bakan
 41. Menelaos G. Karanaso et al., *The Greek Dra(ch)ma: 5 Years of Austerity. The Three Economists’ View and a Comment*, GreeSE Paper No.113, Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe, August 2017, London School of Economics,
<http://eprints.lse.ac.uk/84100/1/GreeSE-No.113.pdf>
 42. Merritt, Adrian. “The Nature and Function of Law: A Criticism of E.P. Thompson’s ‘Whigs and Hunters.’” *British Journal of Law and Society*, vol. 7, no. 2, 1980, pp. 194–214

43. Morgan, G. (2007). *Interests, conflict and power: organizations as political systems*, Sage Publications.
44. Mounk, Y. (2018). *The people vs. democracy: Why our freedom is in danger and how to save it*.
45. Noam Chomsky. "The Corporation" by Mark Achbar, Jennifer Abbott, and Joel Bakan
46. Ostry, J. D., A. Berg, and C. Tsangarides. 2014. "Redistribution, Inequality, and Growth." IMF Staff Discussion Note 14/02, International Monetary Fund, Washington
47. OXFAM International, 5 shocking facts about extreme global inequality and how to even it up, <https://www.oxfam.org/en/even-it/5-shocking-facts-about-extreme-global-inequality-and-how-even-it-davos>
48. Oxfam International. (2018). Super Rich got 82% of Wealth created last year – Poorest half of the world got nothing. <https://www.oxfam.org.nz/news/super-rich-got-82-wealth-created-last-year-poorest-half-world-got-nothing>
49. Oxfam.org. (2018). <https://www.oxfam.org/en/pressroom/pressreleases/2018-01-22/richest-1-percent-bagged-82-percent-wealth-created-last-year>
50. Philip B. Heymann, *Democracy and Corruption*, 20 *Fordham Int'l L.J.* 323 (1996)
51. Rahman, K.S. *Policymaking as Power-building*, 27 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* 315 (2018)
52. Rajesh Venugopal (2015) *Neoliberalism as concept*, *Economy and Society*, 44:2, 165-187,
53. Richard A Posner, *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law and Business, 2014 at pg. 3.
54. Rousseau, J.-J., 1762, *The Social Contract*, trans. Charles Frankel, New York: Hafner Publishing Co., 1947.
55. Roy L. Prosterman, Robert Mitchell and Timothy Hanstad, *One Billion Rising: Law, Land and The Alleviation of Global Poverty*, Leiden University Press (preface by Joseph E. Stiglitz), 2009
56. Rudolf von Jhering. *Der Kampf um's Recht* (The Struggle for Law, 1872)
57. Samuel Moyn, *A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism*, 77 *Law & Contemp. Probs.* 147 (2014)
58. Schumpeter, J., 1956, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York:

Harper and Row.

59. Seagle, William (1945) "Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End," University of Chicago Law Review: Vol. 13 : Iss. 1, Article 4
60. Shapiro, Scott J. *Legality*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. Pp. 472.
61. Stiglitz, J. 2012. *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. New York: W.W. Norton.
62. Tax Foundation. (2017). Preliminary Details and Analysis of the Tax Cuts and Jobs Act. <https://taxfoundation.org/final-tax-cuts-and-jobs-act-details-analysis/>
63. Thompson, E.P. 1975. *Whigs and hunters: The origins of the Black Act*. New York: Pantheon Books at page 259
64. United Nations. *Universal Declaration of Human Rights 1948*
65. United States. *The Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (Division A of Pub.L. 110–343, 122 Stat. 3765, enacted October 3, 2008)*
66. Vox.com. (2018). <https://www.vox.com/policy-and-politics/2018/2/12/16996832/trump-budget-2019-release-explained>
67. Williams, L., Kjonstad A., and Robson, P. (2003). *Law and Poverty: Legal System and Poverty Reduction*, Zed Books.
68. World Bank Blogs. (2017). *Generating political will and public will for positive social change*. <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/blog-post-month-quote-week-yuval-noah-harari>
69. World Inequality Lab. (2018), *World Inequality Report 2018*. <https://wir2018.wid.world>
70. Yanis Varoufakis, *Adults in the Room: My Battle with Europe's Deep Establishment*, Bodley Head, 2017.
71. Zinn, H. (1990). *A people's history of the United States*. New York: Harper & Row. At page 181.

BURDEN-SHARING IN EUROPE: NEW ERA OF MIGRATION POLICY

Tamta Margvelashvili

KU Leuven, Belgium

Student LL.M International and European Law

Abstract:

The principle of “responsibility-sharing” or “burden-sharing”, which is preferably mentioned in the Lisbon Treaty as the “solidarity between the member states”, has attracted much attention from the scholars and professionals engaged in International Migration Law and EU policy making in order to picture the current migration influx management strategies in Europe. Difficulties regarding migrant flows that national governments of Member States (MS) need to endure consequently brings the urgency of international cooperation to ensure functioning and effective asylum processing and relocation mechanism. Current changes in migrant crises make it obvious that burden-sharing is a key to the protection of refugees and the resolution of the problem. Accordingly, EU countries need to re-conceptualize the system between member states until it reaches its completion. For that reason, this particular article seeks to contribute to the debates regarding the European migration burden-sharing by addressing the following questions: What are the main objectives of “burden-sharing” principle and what is its role in the context of current migration crisis? What guarantees the fair responsibility-sharing and how the equal distribution can be reached? It also argues that the principles of solidarity and responsibility must not rely on the traditional interest-based motivations of states, but should reach its global meaning in the context of policy harmonization that is likely to contribute

to a more equitable, efficient and effective refugee burden-sharing system. Therefore, development of a compelling European responsibility-sharing regime appears to be in the interest of both refugees and countries of destination as high protection standards will be difficult to maintain in a system which shifts responsibility to states located on the external border of the EU, many of which have limited asylum capacity.

Keywords: *International Migration Law, EU policy, asylum, burden-sharing, refugee management, Member States, solidarity, equitable, efficient, distribution, relocation, Lisbon Treaty, Dublin Regulation.*

1. Introduction

In the wake of migrant crises in Europe the concept of burden-sharing among European Union (EU) Member States (MS) has been seeking its way to fill in the gaps before achieving a perfect model in controversial Union-wide migration policy. The proposals related to burden-sharing, which have been set before, have shown its inactivity to deal with the migration flows launched in Europe. The political narrative around the decreasing number of people seeking for international protection is misconceived, since achieving peace in conflict torn countries, like Syria, will take time and Europe should be under no illusion that the states will cope with the large scale of refugees alone. Thus, the significance of cooperation among member states is quite vivid and European Union should re-think their immigration policy together to tackle the phenomenon of new age of immigration.

In the context of the current migration crisis, originating from conflicts in the Middle East, the need for a functioning and effective asylum processing and relocation mechanism appears. Having observed the current changes in migrant crises, it is very much obvious that burden-sharing is a key to the protection of refugees

and the resolution of the problem.¹ Hence, EU countries need to re-conceptualize the system between member states until it reaches its completion. Undoubtedly, there is a need for responsibility- and burden-sharing within the EU as high protection standards will be difficult to maintain in a system which shifts responsibility to states located on the external border of the EU, many of which have limited asylum capacity².

This article shows that the refugee burdens among Western states are unequally distributed. This constitutes a problem not only for individual states, but also for the EU as a whole. Although, there are many obstacles, the development of regional or international burden-sharing regimes is the key towards coping with the migrant flows. The article argues that the principles of solidarity and responsibility must not rely on the traditional interest-based motivations of states, but should reach its global meaning in the context of policy harmonization that is likely to contribute to a more equitable, efficient and effective refugee burden-sharing system.

The core question in this research paper comes down to examining whether the current burden-sharing system is still relevant, or whether the European Union should develop another system for processing asylum applications and develop a complementary mechanism for relocating refugees. To address the primary issues, the paper proceeds as follows. The section one will cover the factual components of burden sharing. In the second part two special emphasis will be laid on the analysis of legal framework for burden-sharing system, while the section three will identify the future of immigration legislation in the light of principal burden-sharing options.

¹ UNHCR Fifth Annual Plenary Meeting Of The APC, *Official Documents Burden-Sharing*; ISIL, *Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, Vol. 17, 2001, 7 ; URL: <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/17.html>

² Lubbers R., *Talking Points for the Informal Justice and Home Affairs Council*, 29 Jan. 2005, Luxembourg

2. Components of burden-sharing

The notion of "burden-sharing" in relation to refugees started its life in the 1950s as a principle for promoting international solidarity among states receiving refugees. But over the past years it has been used or abused by different protagonists to justify quite divergent policies³. Although, one thing is obvious: burden-sharing system has proved to be remarkably resilient and surviving, inasmuch as the attempts to replace it with other notions, such as "solidarity" or "balance of efforts" has been widely rejected.

As a starting point to portray burden-sharing, the tripartite qualification, developed by Gregor Noll,⁴ will be used. This qualification distinguishes three core components of burden-sharing: sharing people, sharing money and sharing norms⁵.

1. Physical Burden-sharing

One of the types of quota-based burden-sharing proposal that has received considerable attention in recent years, is based on the idea of a physical sharing of people between European states on the basis of a fixed distribution key that tries to take account of countries' relative protective capacities. The concept of people sharing implies that the responsibility for the reception of migrants and processing of asylum applications is distributed between the Member States, and that, in case of an unduly large increase in asylum applications and migrant relocation in one or several Member States, the other Member States will assist them by taking over responsibility in those cases that exceed the concerned

³ Boswel Ch., *Burden-sharing in the New Age of Immigration*, Nov.1 2003; URL: <https://www.migrationpolicy.org/article/burden-sharing-new-age-immigration>

⁴ Noll Gr., *Risky Games? A theoretical approach to burden-sharing in the asylum field*, Journal of refugee studies, 2003, N3, 16.

⁵ Noll Gr., *Negotiating Asylum: The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 267.

Member State's capacity. There are several possible criteria on which such a key could be based, namely: national wealth, assimilative capacity, or population density, or the possibility of devising a multi-factor distribution key.

It's also worth mentioning that people sharing goes a step further than fiscal responsibility-sharing and is found to be closer to true responsibility sharing since it goes beyond the mere cost-sharing.⁶ If we look at the numbers of asylum application proceeding, Germany is taking a lead with its "Wir schaffen Das" approach having responsibilities even of pre-crises circumstances. On the contrary, Greece and Italy, have the sensationally less applications to review especially when the numbers of arrival are studied. Although ultimately, the redistribution of protection seekers from one host territory to another on the basis of some measure of reception capacity, might be the most effective way to address disparities in refugee burdens, it is also the most controversial one⁷. The critics of this system emphasize the risks to both the individual (related to a secondary uprooting) and to the new host territories, which might lack the social support networks of the protection seekers' initial destination and which could even lead to higher total costs for the countries operating such a scheme.

2. Fiscal burden-sharing

One other way is to address disparities retrospectively, through the payment of financial compensation to the most popular destination countries. Fiscal burden-sharing stands for the Member States to contribute in the financial costs when one Member State is carrying responsibility for a substantively larger part of the asylum applications. This form of burden-sharing has a reparative dimension, as it, by the

⁶ Ibid: 273-274.

⁷ Thielemann E.R., *Towards Refugee Burden-Sharing in the European Union State Interests and Policy Options*, 2005, Austin, Texas, 18.

reallocation of funds, tries to level out existing inequalities.⁸ The ‘money sharing’ can take various forms of financial transactions.⁹ However, the distribution of funds is not clear. As for the other components, the question arises whether a fiscal reallocation mechanism should only be crisis-oriented or whether it should be permanent, also taking into account inequalities in asylum applications due to geographical, economic or other factors in non-crisis situations. The difficulty of this type of burden-sharing lies within finding an acceptable distribution key, taking into account state capacity and when it is exceeded and also paying attention to the scope of the obligation: mere sharing of costs or does it go further?¹⁰

Nevertheless, the notion of the Asylum, Migration and Integration Fund (AMIF) was designed which is described as “a financial instrument for the period 2014 to 2020, which supports national and EU initiatives that promote the efficient management of migration flows and the implementation, strengthening and development of a common Union approach to asylum and immigration,”¹¹ there are still some questions unanswered. In comparison to the European Refugee Fund (ERF), the main innovations in the field of burden-sharing is that the personal scope is extended, including more flexible categories of persons. Secondly, the material scope of application was broadened in certain fields, and more specifically concerning the definition of emergency situations.¹² Lastly, financial support for intra- EU resettlement was

⁸ Noll Gr, *Negotiating Asylum: the EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Hague: Nijhoff, 2000, 272.

⁹ *Ibid.* 273.

¹⁰ Godts C., *The Migration Crisis: Towards a European burden-sharing system*, Gent, 2017, 8.

¹¹ European Commission Migration and Home Affairs Glossary

https://ec.europa.eu/home-affairs/content/asylum-migration-and-integration-fund_en accessed of 20.10.2018

¹² Schieffer M., *Asylum and Migration Fund 2014-2020*,

<https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/1-amf->

introduced. These modifications in the context of switching from ERF to AMIF can be deemed as a successful step towards completion of intra-EU burden sharing system.

3. Harmonization of legislation (Norm-sharing)

A first possible approach to achieve a more equitable distribution of burdens in this area is to take a common policy approach through the harmonization of domestic refugee legislation.¹³ Harmonization of legislation can be considered as an establishment of neutralization of inequalities in asylum through the sharing of norms in domestic legislation. Over the past years, the EU has taken multiple initiatives to establish such a neutralization, but these particular attempts were not always very successful. Differences in the restrictiveness of asylum regimes can be described as the situation where countries try to render themselves as a less attractive destination for refugees by raising thresholds and trying to make their asylum policies more restrictive.¹⁴ As a result of this approach, the burden will shift to countries with a less restrictive policy. Therefore, the aim of policy harmonization undertakes a more equal distribution in a preventive manner. Logically, this form of burden-sharing can only address differences in national legislation. However, there are many other factors like geo-political, economic, and historical, that contribute to an uneven distribution of asylum applications. The additional remark around the policy harmonization is that it does not always guarantee the best option to acquire equitable spreading, as it only

[presentation_en.pdf](#) accessed of 20.10.2018.

¹³ Thielemann E.R., *Towards Refugee Burden-Sharing in the European Union State Interests and Policy Options*, 2005, Austin, Texas, 15.

¹⁴ Thielemann E.R., *Why Asylum Policy Harmonisation Undermines Refugee Burden-Sharing*, *European Journal of Migration and Law*, 6, 2004, 47.

fortifies the role of push¹⁵ and pull¹⁶ factors, that cannot be remedied by harmonization since they are not of a legislative nature. That needs to conclude that the process of tackling disparities in refugee burdens through policy harmonization is slow and is likely to remain limited in its effect, which leads to the need of exploration of other (complementary) strategies.

4. Market Mechanisms

One of the categories of burden-sharing regimes rely on market mechanisms to achieve a spreading of responsibilities in this area. These market-based approaches involve: 1. Resettlement/dispersal, 2. Trade in protection quotas explicitly and 3. A more comprehensive (implicit) trading mechanism for protection contributions.

One established model of non-quota based burden-sharing is the idea of “voluntary pledging” which has been the mechanism underlying refugee resettlement. EU initiative, the 2001 Council Directive on Temporary Protection in the Case of Mass Influx¹⁷, which develops a number of non-binding mechanisms based on the principle of double voluntarism: the agreement of both the recipient state and the individual protection seeker is required before protection seekers can be moved from one country to another.

According to this instrument Member States are expected, in spirit of European solidarity, to evaluate their reception capacity and to justify their offers.

The explicit trading, which is partially based on the quota-system, consists of two components: firstly, an international agency would assign to each participating state a refugee protection quota

¹⁵ *Push factors* can be described as a combination of factors that stimulated refugees to leave their country of origin or residence.

¹⁶ *Pull factors* are reasons which render reception countries attractive destinations to lodge an asylum claim.

¹⁷ *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, OJ L 212, 7 August 2001*

and the second element is the model's trading component. Under it, the participating states would be permitted to trade their quota by paying others to fulfill their obligations. Several objections have been made against this scheme which above all relate to the scheme's workability, concern about protection safeguards and the unease about treating refugees as commodities in inter-state transactions.¹⁸

Comprehensive (Implicit) Trading which was developed by Boeyer in 1989 suggests that countries should compare their advantages and level of contributions they can make to international collective goods. Theoretically, larger countries should be responsible for large share of the peacekeeping burden, while in reality the refugee burdens are beard by the smaller ones.

3. Legal Framework of Burden-sharing initiatives

Already in the early days of the latest migration crisis, the instruments available to deal with a large migratory pressure proved to be insufficient. Hence, the new instruments came to life that should be analyzed in the context of resilience for persistent migratory influxes. Although, the legal databases from Schengen Agreement to Common European Asylum System (CEAS) have covered some of the core problems in the field of EU migration law, some issues are still controversial and need further assessment.

1. Burden-sharing: The highly desirable but missing element in the CEAS

In order to fully capture an issue at stake, the great emphasis should be exerted on CEAS, a key policy document in the field of asylum, which lacks the provisions of burden-sharing. While the establishment of the CEAS at Tampere was the early starting point of the envisioned fair mechanism, it is striking that today the

¹⁸ Schuck 1997, 289-297; Anker, Fitzpatrick and Schacknove, 1998.

spreading of refugees can be called anything but fair or equitable.¹⁹

The main elements of the CEAS that are relevant to the subject of this paper and need some elaboration are the *Asylum Procedures Directive*, the *Qualification Directive* and of course the *Dublin Regulation*, which is a primary document in asylum system. Thus, the special attention will be drawn to it.

Firstly, it should be mentioned that the *Dublin Convention* notes the responsibilities of burden-sharing. The preamble clarifies the main objectives of convention which aims to avoid “*refugees in orbit*”, i.e. asylum seekers being transferred from one Member State to another successively without any of them taking up responsibility. Secondly, it has the purpose of preventing “*forum shopping*” in the field of asylum applications and lastly regulations also set on the prevention of uncontrolled secondary movements in

the Union.²⁰ Today, notwithstanding the revisions of Dublin Regulations, still applicable *Dublin III* explicitly claims the importance of the respect of asylum seekers’ fundamental rights in case of a transfer to another Member State²¹ and gives a place to pending proposal of fourth Dublin regulation to the cover main changes in terms of fair burden-sharing system, which will be discussed later on.

Thus, it is obvious, that the effort to harmonize asylum legislation in the Member States is only realized partially, in certain fields of asylum law. Today, prospects for a common European asylum status are still rather negative, due to the differing mindset of the Member States in the Union.

¹⁹ Godts C., *The Migration Crisis: Towards a European burden-sharing system*, Gent, 2017, 48.

²⁰ *Ibid.* 14.

²¹ Fratzke S., *Not Adding Up: The Fading Promise of Europe’s Dublin System*, Migration Policy Institute, March 2015, <http://www.migrationpolicy.org/research/not-adding-fading-promise-europes-dublin-system> accessed 20.10.2018.

2. The Hague Program: Strengthening Freedom, Security and Justice

The Hague Program, multi-annual agreement, which was introduced 5 years after the CEAS, tended to build further rights and obligations on the CEAS foundation. It is somehow surprising, that the relevance of this instrument is rather limited in the context of burden-sharing. Nevertheless, the reference makes it clear, that it establishes the concept of solidarity and fair-sharing of responsibility.²² The Hague Program was implemented through the Action plan of the Council and the Commission,²³ all efforts to establish burden-sharing on the reception level were absent in this plan, what makes the discussion of it redundant.

3. Green Paper on the future of the European Asylum system

The first noteworthy document in respect of burden-sharing is the European Commission (EC) Green Paper on the future of the European Asylum system, comprising a chapter on solidarity and burden sharing.²⁴ Observing the Dublin System, which did not contain much about this issue, the Commission came to the conclusion to put forward as a suggestion to achieve a more equitable distribution among the Member States. Having ascertained that the spreading of refugees is not equitable, the EC puts forward two questions, the first relating to the existence of a need to complement the Dublin Regulation with measures

²² Council of the European Union, *The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union*, 13 Dec. 2004, OJ C53/1.

²³ Council and Commission, *Action Plan of 12 August 2005 implementing the Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union*, 2005, OJ C198/1.

²⁴ Commission, *Green Paper on the future of the European Asylum system (Green Paper)*, 2007, 301.

contributing to a fairer spreading of the burden, the second being a search for other possible solutions to establish a more equitable distribution of asylum seekers and/or beneficiaries of international protection between Member States.²⁵

4. European Agenda on Migration: the future of Dublin Regulation

As it is mentioned above, the pending forth revision of Dublin Regulation is on the table to tackle the controversial issues of the Dublin III, which includes responsibility-allocating hierarchy. It is also arguable, how Dublin Regulation matches with the principles expressed in the Lisbon Treaty.

1. Hierarchy: fair or unfair burden-sharing?

Chapter three of the current Dublin regulation constitutes the criteria that should be applied in order to determine the Member State responsible for the processing of the asylum application. These criteria are built up hierarchically in the order of appearance in the regulation. Articles 12 and 13 serve to follow the criteria, which challenges the fairness of burden sharing system. For instance, the first criterion in the hierarchy quests the Member State, where a family member, who has been attributed the status of refugee or is subject to an asylum application, is present, to carry the responsibility to examine the asylum application.²⁶ Article 13 contains the most controversial characteristic of Dublin: the responsibility of the Member State of first entrance. Accordingly,

²⁵ *Ibid.*

²⁶ European Parliament and Council Regulation 604/2014 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) 2013, OJ L180/31, Art. 12.

the Member State where the applicant first crossed the external border of the Union irregularly, is responsible for the examination of the asylum application.²⁷

This obligation ceases to exist after the expiry of a period of 12 months. Once this threshold has been exceeded, the application will have to be examined by the Member State where the applicant has resided continuously for more than five months. In the situation where multiple Member States meet this criterion, the Member State where the applicant has been living most recently, will be held responsible. Thus, the Member State of first entry criterion forms the most problematic aspect of the hierarchy causing a disproportionate spreading of the burden in asylum applications.

It is also worth noting that the EU institutions have been pointing out the need for a reform of Dublin. In 2016 the Commission explicitly acknowledged that the Dublin regulation is no longer a workable system for determining intra-EU responsibility concerning asylum applications and relocation. Furthermore, case studies²⁸ have shown, that Member States at the external border are more heavily burdened which leads to a decrease in standards, because of the first entry criterion introduced by the Dublin regulation. Due to the decrease in standards, the applicability of the Dublin system could no longer be guaranteed unconditionally. In regard to a violation of fundamental rights, the European court of Human rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU), came to the conclusion that Dublin transfers had to be suspended in case of systemic insufficiencies to receive the migrants even the responsibility of the Member State in accordance with the Dublin hierarchy is posted.

One of the main criticisms of the Dublin regulation is related to the ensuring an equitable distribution of migrants. The

²⁷ Ibid, Article 13

²⁸ See: ECHR, 4 Nov. 2014, no. 29217/12, *Tarakhel v. Switzerland*; 21 Jan. 2011, no. 30696/09 *MSS v. Belgium and Greece*.

distributive impact of the Dublin regulation is very little and almost non-existing.²⁹ It is also arguable if the equality in Dublin was a fiction or not, as hierarchical criteria set out in the third chapter of Dublin do not take any level of so called ‘fairness’ or ‘equitable distribution’ into account. Thus, there is no expression of any intention to support heavily burdened Member States included in Dublin III.³⁰

Regardless of harmonization efforts on EU level imposing minimum standards on the Member States, a large part of the Member States are failing to align their procedures with the European standards on protection.³¹ Therefore, the assumption that all Member States meet Union standards, is a major misconception inasmuch as more impact is exerted on the national competence. It is even more questionable whether the common procedure serves better to cope with migration flows, because it will also cause other pull factors to play a larger role, since harmonization initiatives will only influence the legal disparities in the Member States, leaving aside economic, social and cultural differences rendering a particular Member State an interesting destination.³²

²⁹ Commission, *Proposal for a European Parliament and Council Regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, 2016, 270 final/2.

³⁰ Gray H., *Surveying the Foundations: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System*, Liverpool, 34, 2013, 180.

³¹ Guild E., Costello C., Garlick M., Moreno-Lax V., *CEPS Policy Brief: The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, CEPS, 2015, <https://www.ceps.eu/system/files/CEPS%20PB332%20Refugee%20Crisis%20in%20EU%20O.pdf> accessed 20.10.2018.

³² Thielemann E., *The Future of the Common European Asylum System: In Need of a More Comprehensive Burden-Sharing Approach*, European Policy Analysis, 2008,1

2. Dublin Regulation in the light of Solidarity

The entire EU asylum policy is based on the principles of solidarity and fair-sharing of responsibility. As concluded in the former part, Dublin by far does not lead to a situation of fair-sharing in the processing of asylum applications, since only a handful of Member States have to carry the burden. The question arises how the disproportional division of asylum applications caused by the Dublin system can be reconcilable with the European Union's solidarity and fair-sharing concepts outlined in Article 80 of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).³³

Article 80³⁴ TFEU can be seen as the basis of the idea of solidarity both to the countries and to the refugees in the Union's asylum and migration policy. The ambiguity around the interpretation of the principle of solidarity, gives rise to a lot of questions on the scope of this notion and on how this solidarity concept should be translated into practice. Generally, solidarity is a principle based on mutual trust between the Member States.³⁵ In the context of asylum, solidarity means that in periods of high migration pressure the other Member States will take charge of part of the burden, in order to do the same when other member states are faced with such pressure. However, some clearance should be made on the range of this principle.

It is in this context important to note whether this provision can be limited to a mere intra-EU solidarity, or whether this notion is wider,

³³ Godts C., *The Migration Crisis: Towards a European burden-sharing system*, Gent, 2017,36.

³⁴ *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (Lisbon Treaty)*, 2012, OJ C326/01, art. 80.

³⁵ European Parliament Directorate General for Internal Policies Study, *The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration*, European Parliament, April 2011.

also including solidarity vis-à-vis third countries or vis-à-vis refugees.³⁶

A textual interpretation of the article will lead us to believe that the solidarity is meant as solely applying between Member States and the Union, since in the article itself is underlined. However, a working document of the LIBE³⁷ committee sets out that the solidarity concept in Article 80 TFEU consists of two big categories, internal and external solidarity.³⁸ It is also interesting, that the concept of solidarity arises not only from Art. 80 TFEU, but also the 1952 Geneva Convention, the foundation of international asylum law, expresses it in its preamble.³⁹ Thus, if the textual interpretation fails, the member states are still under obligation to follow the steps of solidarity.

Another point of discussion concerning the notion of solidarity is the relationship between solidarity and fair-sharing. Fair-sharing wishes to establish a status quo that succeeds in the realization of an equitable spreading, not in absolute numbers but by taking into account the relative reception capacities of the Member States.⁴⁰ It must be said, that solidarity and fair-sharing are establishing an inversely proportional relationship that is being directed on the European level. The more responsibility the Member States confer to the EU, the more it will be shared on EU basis and the less need

³⁶ Noll Gr, *Failure by Design? On the Constitution of EU Solidarity in Searching for Solidarity in EU Asylum and Border Policies*, Odysseus Network's First Annual Policy Conference, 2016.

³⁷ The Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs

³⁸ European Parliament Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *TFEU – Solidarity and fair sharing of responsibility, including search and rescue obligations (INI report on the situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration)*, European Parliament, 2015, <http://www.statewatch.org/news/2015/jul/ep-working-document-migration-solidarity.pdf>. accessed 21.10.2018.

³⁹ Preamble to the Convention Relating to the Status of Refugees, 1954, 189, UNTS 137.

⁴⁰ Godts C., *The Migration Crisis: Towards a European burden-sharing system*, Gent, 2017, 38.

of solidarity there is between the Member States.⁴¹ In the light of the Union's asylum policy, fair-sharing should be attributed the title role, supplemented by solidarity as a corrective mean. Solidarity and fair-sharing can be held up as two complementary principles that should balance each other.

3. Reformation Era for migration policy

In its communication of 6 April 2016, the Commission put forward the Union's vision in the necessary reform of the Common European Asylum System. In general terms, the objective is to abandon the current system that is causing disproportionate pressure on a limited number of Member States, that can not only be attributed to the deficient implementation of the system, but also to the flawed mechanism by itself.⁴²

There is an urgency for creating new legal basis, which refuses the absconding system and irregular migration. Thus, the most important issue is to create a resilient mechanism based on principles of fair burden-sharing and solidarity which will be crisis-proof and result-oriented.

The new system should be able to deal with increased flows of migrants and at the same time ensure a fair spreading of the burden. To make such a system function, the Commission discusses two possible policy options: a) supplementation of the Dublin Regulation with a correct allocation mechanism and b) creation of a new system for allocating asylum applications in the EU, based on a distribution key. In these policy options, Dublin would be kept in place in situations

⁴¹ De Bruycker Ph., *Solidarity as a sovereignty-reducing penalty for failing to meet responsibility in the European*

Border and Coast Guard in 'Searching for Solidarity in EU Asylum and Border Policies, Odysseus Network's First Annual Policy Conference, 26-27 Feb., 2016.

⁴² Commission, *Towards a reform of the Common European Asylum System and enhancing legal avenues to Europe*, (Communication) COM, 2016, 197 final.

of “normal” migratory pressure, while the corrective mechanism would be activated when the pressure on some of the Member states critically increases. This also implies that the first entry criterion would be limited to both crisis and non-crisis situations. These instruments will determine responsibility based on a fixed distribution key, taking into account several factors particular to a Member State. Important is that the overriding criteria, such as vulnerable status, family linkage, as they exist in Dublin, would be kept in place.⁴³ In order to distribute the asylum burden in accordance with the principle of fairness has to be made more tangible which can be done by calculating the Member States’ relative asylum capacities, taking into account the factors that will result in the most fair distribution, but at the same time ensure a high level of fundamental rights protection. Crucially, fairness should be implemented both in terms of dignity for the persons applying for international protection and from an inter-Member State solidarity perspective.⁴⁴

5. Conclusion

According to the points judged above, it is clear, that the distribution of refugee burdens in Europe is highly unequal, even when the different reception capacities of countries are taken into account. The development of an effective European burden-sharing regime appears to be in the interest of both refugees and countries of destination. With regard to burden-sharing on the level of asylum applications, the Dublin Regulation has failed and has proven to form an insufficient counterbalance to the free movement of persons. Due to the incomplete implementation of standards, the presumed equality between the Member States’ asylum systems seems to be far away from reality. Although the Union succeeds to

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Guild E., Costello C., Madeline Garlick M., Violeta Moreno-Lax V., *CEPS Policy Brief: The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, CEPS, 4 September 2015.

address the imbalance at a financial level by the allocation of funds through the Asylum and Migration Fund, the core issue of burden-sharing can be situated on a people sharing level.

Most problematic in light of burden-sharing is the distribution of asylum seekers' loads on Member States located at the external border of the Union due to the first entry standard. Nevertheless, the altered proposal of Dublin system attributes an even bigger role to the first entry criterion by introducing the "once responsible, always responsible" rule. The hierarchical criteria determining the Member State responsible in the Dublin Regulation have the effect of encouraging absconding and thus non-compliance with the system. This leads to determine that realization of a fair spreading of the asylum burden was never an objective of the Regulation.

Furthermore, it cannot be denied that the Union fundamentally fails to reflect the principles of solidarity and fair-sharing in its asylum and migration policy, especially in the field of people-sharing which leads to breaching of Article 80 TFEU. Notwithstanding the overall recognition of the deficiencies in the applicable instruments, the EU tries to amend or fix these deficiencies often by introducing temporary derogations.

Therefore, the question arises how the Union should proceed its migration policies. More concretely, this implies determining how burden-sharing should be pursued in the current context of the EU legislation. The Dublin Regulation is the first obstacle that has to be overcome, since it undermines the objectives of solidarity and fair-sharing. It is essential for the functioning of any future asylum policy that Dublin is replaced by a system with a less distorted status quo.

Moreover, if seeds of co-operation could be transferred to the management of the EU's external borders, and used to build a shared European asylum policy, enabling more pooling of resources for processing asylum applications, then member states might begin to move towards finding a way out of this crisis together. EU countries will need to re-conceptualize burden-sharing between member states – and perhaps including the non-EU Balkan

countries, given the close interdependence between their stability and EU stability in the context of the refugee flows.

To compound all this puzzle around the burden-sharing, there is no doubt that the Union has to move forward. The abolishment of the CEAS is not an option, since the very existence of the free movement of persons under Schengen depends on this system. There is however, a pressing necessity to reform the European asylum policy and to incorporate the principles of solidarity and fair-sharing. As the migrant flows in recent years have dramatically increased, the need to further exploration of new options to build a more equitable, efficient and effective international refugee burden-sharing regime appears to be more urgent than ever.

6. Bibliography

1. UNHCR Fifth Annual Plenary Meeting Of The APC, *Official Documents Burden-Sharing*; ISIL, *Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*, Vol. 17, 2001; URL: <http://www.worldlii.org/int/journals/ISILYBIHRL/2001/17.html>
2. Lubbers R., *Talking Points for the Informal Justice and Home Affairs Council*, 29 Jan. 2005, Luxembourg
3. Boswel Ch., *Burden-sharing in the New Age of Immigration*, Nov.1 2003; URL: <https://www.migrationpolicy.org/article/burden-sharing-new-age-immigration>
4. Noll Gr., *Risky Games? A theoretical approach to burden-sharing in the asylum field*, *Journal of refugee studies*, 2003, N3.
5. Noll Gr., *Negotiating Asylum: The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
6. Thielemann E.R., *Towards Refugee Burden-Sharing in the European Union State Interests and Policy Options*, 2005, Austin, Texas.
7. Godts C., *The Migration Crisis: Towards a European burden-sharing system*, Gent, 2017.
8. European Commission Migration and Home Affairs Glossary https://ec.europa.eu/home-affairs/content/asylum-migration-and-integration-fund_en accessed of 20.10.2018

9. Schieffer M., *Asylum and Migration Fund 2014-2020*, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/1-amf-presentation_en.pdf accessed of 20.10.2018.
10. Thielemann E.R., *Why Asylum Policy Harmonisation Undermines Refugee Burden-Sharing*, *European Journal of Migration and Law*, 6, 2004.
11. *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, OJ L 212, 7 August 2001.*
12. Fratzke S., *Not Adding Up: The Fading Promise of Europe's Dublin System*, Migration Policy Institute, March 2015, <http://www.migrationpolicy.org/research/not-adding-fading-promise-europes-dublin-system>, accessed 20.10.2018
13. Council of the European Union, *The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union*, 13 Dec. 2004, OJ C53/1.
14. Council and Commission, *Action Plan of 12 August 2005 implementing The Hague Programme on strengthening freedom, security and justice in the European Union*, 2005, OJ C198/1.
15. Commission, *Green Paper on the future of the European Asylum system (Green Paper)*, 2007, 301.
16. European Parliament and Council Regulation 604/2014 of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) 2013, OJ L180/31, Art. 12, 13.
17. Commission, *Proposal for a European Parliament and Council Regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast)*, 2016, 270 final/2.
18. Gray H., *Surveying the Foundations: Article 80 TFEU and the Common European Asylum System*, Liverpool, 34, 2013, 180.
19. Guild E., Costello C., Garlick M., Moreno-Lax V., *CEPS Policy Brief: The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, CEPS, 2015, https://www.ceps.eu/system/files/CEPS%20PB332%20Refugee%20Crisis%20in%20EU_0.pdf accessed 20.10.2018.
20. Thielemann E., *The Future of the Common European Asylum System: In Need of a More Comprehensive Burden-Sharing Approach*, *European Policy Analysis*, 2008.

21. *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (Lisbon Treaty)*, 2012, OJ C326/01, Art. 80.
22. European Parliament Directorate General for Internal Policies Study, *The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration*, European Parliament, April 2011.
23. Noll Gr, *Failure by Design? On the Constitution of EU Solidarity in Searching for Solidarity in EU Asylum and Border Policies*, Odysseus Network's First Annual Policy Conference, 2016.
24. European Parliament Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *TFEU –Solidarity and fair sharing of responsibility, including search and rescue obligations (INI report on the situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration)*, European Parliament, 2015, <http://www.statewatch.org/news/2015/jul/ep-working-document-migration-solidarity.pdf>. accessed 21.10.2018.
25. Preamble to the Convention Relating to the Status of Refugees, 1954, 189, UNTS 137.
26. De Bruycker Ph., *Solidarity as a sovereignty-reducing penalty for failing to meet responsibility in the European Border and Coast Guard in 'Searching for Solidarity in EU Asylum and Border Policies*, Odysseus Network's First Annual Policy Conference, 26-27 Feb., 2016.
27. Commission, *Towards a reform of the Common European Asylum System and enhancing legal avenues to Europe*, (Communication) COM, 2016, 197 final.

Cases:

- 1.ECHR, 4 Nov. 2014, no. 29217/12, *Tarakhel v. Switzerland*;
- 2.ECHR, 21 Jan. 2011, no. 30696/09 *MSS v. Belgium and Greece*

**შეკრების უფლებაში ჩარევა: შეკრების
დაშლის კანონიერების შეფასება და
სამართალდამცავი ორგანოების მიერ
უფლებამოსილების გადაამტკება**

თეო კვირიკაშვილი

*ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსი-
ტეტის იურიდიული ფაკულტეტის
დოქტორანტი*

აბსტრაქტი:

დღესდღეისობით ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა შორის ადგილობრივ და საერთაშორისო დონეზე აქტიურად მიმდინარე მოვლენებისა და აქტუალურობიდან გამომდინარე, განსაკუთრებით დიდ ინტერესს იმსახურებს შეკრების თავისუფლება. ეს უკანასკნელი გარანტირებულია მთელი რიგი საერთაშორისო და რეგიონალური აქტებით, სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის 21-ე მუხლით და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლით. მე-11 მუხლით გარანტირებული უფლებები დაკავშირებულია დემოკრატიული საზოგადოების პოლიტიკურ და სოციალურ ფასეულობებთან ან დამყარებულია ამ ფასეულობებზე. განსახილველი საკითხი კი განსაკუთრებულ ყურადღებას იპყრობს საქართველოსთვის, რადგან ბოლო პერიოდის განმავლობაში აღნიშნულ უფლებაში ჩარევა ინტენსიურად ხორციელდება სახელმწიფოს მხრიდან. შესაბამისად, ნაშრომში განხილული იქნება შეკრებისა უფლებაში ჩარევის შემთხვევები სახელმწიფოს მხრიდან. სახელდობრ, აქციის დაშლასთან და პოლიციის მიერ გადაამტკებული უფლებამოსილების გამოყენებასთან დაკავშირებული პრობლემატური საკითხები საქართველოს, ადამიანის უფლებათა ევროპული უცხო ქვეყნე-

ბის სასამართლო პრაქტიკისა და სხვადასხვა შემთხვევის ანალიზის საფუძლზე. აღნიშნული განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი უნდა იყოს ქვეყნისთვის, რომელიც განვითარების მნიშვნელოვან საფეხურზე დგას, იზიარებს დემოკრატიულ შეხედულებებს და მიისწრაფვის ევროკავშირში განწევრიანებისკენ.

საკვანძო სიტყვები: შეკრების უფლება, შეკრების თავისუფლება, აქციის დაშლა, პოლიციის მიერ უფლებამოსილების გადამეტება, შეკრების დაშლის კანონიერება.

შესავალი

საქართველო მნიშვნელოვანი გამოწვევების წინაშეა ადამიანის უფლებათა სფეროში. ეროვნული დამოუკიდებლობის აღდგენიდან გასული საკმაოდ დიდი ხნის მიუხედავად, ყურადსაღებია, რომ ადამიანის უფლებათა თვალსაზრისით, მდგომარეობა ჯერ კიდევ შორს არის იდეალურისგან, რადგან ადამიანის უფლებათა არაერთი დარღვევა ქვეყანაში კვლავ საზოგადოების ფართო მსჯელობის საგანია. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით გარანტირებული ადამიანის ძირითადი უფლებებითა და თავისუფლებებით სრულყოფილად სარგებლობისათვის აუცილებელია მისი დაცვის ეროვნული მექანიზმების შექმნა. საქართველოს, როგორც ხელმომწერ მხარეს, ეკისრება ვალდებულება, ერთი მხრივ, ცნოს თავის იურისდიქციას დაქვემდებარებული პირების კონვენციით გათვალისწინებული უფლებები და თავისუფლებები და, მეორე მხრივ, გაატაროს პოზიტიური ლონისძიებები ამ უფლებების დასაცავად.¹

¹ პაატა ტურავა, რედ. კონსტანტინე კორკელია, სტატიათა კრებული-ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, საქართველოს პოლიციის საქმიანობის მარეგულირებელი ნორმების შესა-

დღესდღეისობით ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა შორის ადგილობრივ და საერთაშორისო დონეზე აქტიურად მიმდინარე მოვლენებისა და აქტუალურობიდან გამომდინარე, განსაკუთრებით დიდ ინტერესს იმსახურებს შეკრების თავისუფლება. ეს უკანასკნელი გარანტირებულია მთელი რიგი საერთაშორისო და რეგიონალური აქტებით, სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის 21-ე მუხლით და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლით.² მე-11 მუხლით გარანტირებული უფლებები დაკავშირებულია დემოკრატიული საზოგადოების პოლიტიკურ და სოციალურ ფასეულობებთან ან დამყარებულია ამ ფასეულობებზე.³

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს, უცხოური თუ ადგილობრივი სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, შეკრებისა და მანიფესტაციის უფლების განხილვისას, ნათელი ხდება, რომ განსახილველი უფლების ერთ-ერთ ყველაზე პრობლემატურ და აქტუალურ საკითხს წარმოადგენს სახელმწიფოს მიერ აქციის დაშლის კანონიერება და მასთან დაკავშირებული თანმდევი შედეგები, კერძოდ, აქციის დაშლისას სამართალდამცავი ორგანოების თანამშრომლების მიერ გადამატებული ძალის გამოყენება.

ამიტომ, საკითხის კომპლექსურობიდან და აქტუალურობიდან გამომდინარე, წინამდებარე ნაშრომში, დახასიათებული იქნება შეკრების უფლების შინაარსი. აღნიშნულის შემდეგ განხილული იქნება შეკრებისა უფლებაში ჩარევის

ბამისობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებთან, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, თბილისი, 2014, 119.

² მაინა კაია, მშვიდობიანი შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლების უფლების შესახებ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სპეციალური მომხსენებლის 8 ივნისის ანგარიშში ასახული რეკომენდაციების შესრულების მდგომარეობა, 17, ხელმისაწვდომია: <<https://www.ombudsman.ge/uploads/other/3/3571.pdf>>, [12.03.2017].

³ დონა გომეინი, ადამიანის უფლებების და ძირითადი თავისუფლებების დაცვის ევროპული კონვენციის კომენტარები, თბილისი, 2009, 92.

შემთხვევები სახელმწიფოს მხრიდან. სახელდობრ, აქციის დაშლასთან და პოლიციის მიერ გადამატებული უფლებამოსილების გამოყენებასთან დაკავშირებული პრობლემატური საკითხები საქართველოს, ადამიანის უფლებათა ევროპული უცხო ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკისა და სხვადასხვა შემთხვევის ანალიზის საფუძლზე.

1. შეკრებისა უფლების შინაარსი

ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებათაგან ერთ-ერთი უმთავრესია შეკრების თავისუფლება. ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ აღიარა შეკრების თავისუფლების მნიშვნელობა 1937 წლის საქმეში *De Jonge v. State of Oregon*, სადაც აღნიშნავდა, რომ „მშვიდობიანი შეკრების უფლება არის ფუნდამენტური პრინციპი, რაზეც დაფუძნებულია ყველა სამოქალაქო და პოლიტიკური ინსტიტუტი“.⁴

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლი უზრუნველყოფს ისეთ ღირებულებას, როგორცაა ადამიანთა შეკრებისა და გაერთიანების უფლება. როგორც მუხლის შინაარსიდან ნათლად ჩანს, იგი მოიცავს და აერთიანებს ორ, ერთი შეხედვით, მარტივ და ერთგვაროვან, უფლებას შეკრებასა და გაერთიანებაზე. მაგრამ მე-11 მუხლი არ უზრუნველყოფს შეკრების თავისუფლებას *per se*, იგი მხოლოდ მშვიდობიანი შეკრების უფლებას გულისხმობს. მე-11 მუხლით უზრუნველყოფილი უფლება მშვიდობიან შეკრებასა და გაერთიანებაზე მჭიდროდაა დაკავშირებული გამოხატვის თავისუფლებასთან, რომელიც დაცულია კონვენციის მე-10 მუხლით, და აზრის, სინდისისა და რელიგიის თავისუფლებასთან, რომელიც, თავის მხრივ, უზრუნველყოფილია კონვენცი-

⁴ Freedom of Assembly, ხელმისაწვდომია: <<http://www.lincoln.edu/criminaljustice/hr/Assembly.htm>>, [07.03.2017].

ის მე-9 მუხლთან.⁵ ტერმინი „შეკრება“ აღნიშნავს არაფორმალურ დაჯგუფებაში შეხვედრას მოსაზრებების გაცვლის მიზნით. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა მშვიდობიანი შეკრების მნიშვნელობაზე დემოკრატიულ საზოგადოებაში. „მშვიდობიანი შეკრების უფლება არის დემოკრატიული საზოგადოების ერთ-ერთი საფუძველი. იგი მოიცავს როგორც კერძო შეხვედრებს, ასევე შეხვედრებს საზოგადოებრივ ადგილებში“. სახელმწიფოს შეუძლია, დროებით აკრძალოს საზოგადოებრივი დემონსტრაციები, თუ არსებობს საზოგადოებრივი უსაფრთხოებისა და წესრიგის დარღვევის სერიოზული საფრთხე. ასეთ შემთხვევაში სახელმწიფო მოქმედებს თავისი კომპეტენციის ფარგლებში. როგორც წესი, ასეთ აკრძალვას დროებითი ხასიათი აქვს და მოქმედებს შეზღუდულ გეოგრაფიულ არეალში.⁶

ამასთან, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს აქვს კარგად ჩამოყალიბებული პრაქტიკა აქციის დაშლის შესახებ სახელმწიფოს მიერ მიღებული გადანყვეტილების მართლზომიერებისა და პროპორციულობის შესახებ. სახელმწიფოებმა არამხოლოდ უნდა დაიცვან მშვიდობიანი შეკრების უფლება, არამედ თავი უნდა შეიკავონ არაგონივრული და არაპირდაპირი შეზღუდვების დანესებისგან აქციის მონაწილეების მიმართ. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლი აქციის მონაწილეებს იცავს ხელისუფლების თვითნებობისგან და, ამასთან, სახელმწიფოს აკისრებს პოზიტიურ ვალდებულებას, ეფექტურად უზრუნველყოს მე-11 მუხლით დაცული უფლებით სარგებლობა.⁷

⁵ საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, თარგმანი: რუსუდან ტუმური, შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლება, 2004, 7.

⁶ კონსტანტინე კორკელია, ირინე ქურდაძე, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით, 2004 წელი, თებერვალი, 212.

⁷ ავტორთა კრებული, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, ანგარიში 26 მაისი, აქციის დაშლის დროს და მასთან კავშირში ადამიანის უფლებათა დარღვევის ფაქტების ანალიზი, 2011, 32.

საქართველოში შეკრების თავისუფლება გარანტირებულია საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლით. აღნიშნული უფლებით სარგებლობის წესი კი რეგლამენტირებულია საქართველოს კანონით „შეკრებებისა და მანიფესტაციების შესახებ“. გარკვეული ნორმები ასევე ასახულია „ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა კოდექსსა“ და „პოლიციის შესახებ“ კანონში.⁸ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის (სზაკ) მე-5 მუხლი აყალიბებს ადმინისტრაციული ორგანოების საქმიანობის კანონიერების პრინციპს, რაც გულისხმობს ადმინისტრაციული ორგანოების კანონმდებლობის საფუძველზე შებოჭვას. პოლიციის შესახებ საქართველოს კანონის მე-10 მუხლი, ამ ზოგადი პრინციპის საფუძველზე, ადგენს პოლიციური ღონისძიებების კანონიერების პრინციპთან შესაბამისობის ვალდებულებას. პოლიციის შესახებ კანონის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტი, რომელიც გამომდინარეობს სზაკ-ის მე-5 მუხლის პირველი ნაწილიდან, პოლიციის საქმიანობაში კანონის უზენაესობის პრინციპს ამკვიდრებს, რომლის თანახმადაც, პოლიციის პრევენციული და რეპრესიული ღონისძიებები უნდა შეესაბამებოდეს კანონის მოთხოვნებს. პოლიციის შესახებ კანონის მე-10 მუხლის მე-3 პუნქტი, ეფუძნება რა სზაკ-ის მე-5 მუხლის მე-2 ნაწილით განსაზღვრულ კანონისმიერი დათქმის პრინციპს, ადგენს, რომ საპოლიციო ღონისძიების განხორციელება, რომელიც იწვევს საქართველოს კონსტიტუციით აღიარებული ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების შეზღუდვას, დასაშვებია მხოლოდ კანონის საფუძველზე. პოლიციის შესახებ ახალი კანონის შესაბამისობა ევროპულ სტანდარტებთან სწორედ იმით ვლინდება, რომ ის ქმნის პოლიციური ღონისძიების განხორციელების ლეგიტი-

⁸ მაინა კაია, მშვიდობიანი შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლების უფლების შესახებ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სპეციალური მომხსენებლის 8 ივნისის ანგარიშში ასახული რეკომენდაციების შესრულების მდგომარეობა, 17, ხელმისაწვდომია:

<<https://www.ombudsman.ge/uploads/other/3/3571.pdf>>, [12.03.2017].

მურ საფუძვლებს. აღნიშნული კანონი განსაზღვრავს პოლიციურ ღონისძიებებს, მისი განხორციელების სამართლებრივ საფუძვლებსა და ფორმებს და, ამდენად, სრულად შეესაბამება კანონისმიერი დათქმის კონსტიტუციურსამართლებრივი პრინციპის მოთხოვნებს.⁹

სახელმწიფოს მხრიდან განსახილველ უფლებაში ჩარევის უკიდურესი ფორმაა შეკრებისა და მანიფესტაციის შეწყვეტა. შეწყვეტა მხოლოდ მაშინ არის დასაშვები, თუ მან კანონსაწინააღმდეგო ხასიათი მიიღო. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ შეკრების შეწყვეტასთან დაკავშირებით საკმაოდ მკვეთრი და გასაგები სტანდარტი ჩამოაყალიბა. მან შეკრების დაშლა განიხილა, როგორც ჩარევის უკიდურესი საშუალება. ამით მან მკაცრი ფარგლები დაუწესა დაშლის მსურველ სახელმწიფო ორგანოებს თუ თანამდებობის პირებს.¹⁰ აღსაღნიშნავია, რომ შეკრებისა და მანიფესტაციის დაუყოვნებლივ შეწყვეტის აუცილებლობა ვრცელდება იმ შემთხვევებზე, თუ შეკრების ან მანიფესტაციის ჩატარება სხვაგვარად შეუძლებელია.¹¹ ევროპულმა კომისიამ აღნიშნა, რომ მშვიდობიანი შეკრების თავისუფლების უფლება გარანტირებულია ყველასთვის, ვისაც განზრახული აქვს მშვიდობიანი დემონსტრაციის ორგანიზება... მაშინაც კი, თუ არსებობს რეალური საფრთხე, რომ სა-

⁹ *პაატა ტურავა, რედ. კონსტანტინე კორკელია*, სტატიათა კრებული – ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, საქართველოს პოლიციის საქმიანობის მარეგულირებელი ნორმების შესაბამისობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებთან, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, თბილისი, 2014, 121-122.

¹⁰ *ანა ფირცხალაშვილი*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე, საქართველოს მოქალაქეობა, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, 2013, 292.

¹¹ *იქვე*, 288.

ჯარო მსვლელობა გამოიწვევს უნესრიგობას იმ მოვლენების გამო, რომლებსაც ვერ აკონტროლებენ მსვლელობის ორგანიზატორები, მაინც არ შეიძლება მხოლოდ ამ საფუძველზე ასეთი მსვლელობა გამოირიცხოს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლის პირველი პუნქტის მოქმედებიდან და ნებისმიერი შეზღუდვა, რომელიც ამგვარ შეკრებას ეხება უნდა შეესაბამებოდეს მე-2 პუნქტის დებულებებს.¹²

2. სახელმწიფოს მხრიდან შეკრების დაშლის კანონიერება-უკანონობა

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო არ უარყოფს, რომ შეკრებასთან დაკავშირებით არსებობს პრაქტიკული სიძნელებები, რომელთა მოგვარების შესაძლებლობას სახელმწიფოს უტოვებს – ნებართვის გაცემა, პოლიციის მიერ დაცვის უზრუნველყოფა და სხვა. საქმეზე – *ეზელინი საფრანგეთის წინააღმდეგ (Ezelin v. France)* სასამართლომ მე-11 მუხლთან მიმართებით აღნიშნა, რომ შეკრების (დემონსტრაციის) შემდეგ მიღებული ზომები არ ხვდება მე-11 მე-2 პუნქტის მოქმედების ქვეშ... შესაბამისად, სახეზე იყო მე-11 მუხლის დარღვევა: სახელმწიფოს არ უნდა გამოეყენებინა დისციპლინური ზომები განმცხადებლის მიმართ, მით უფრო, თუ გავითვალისწინებთ, რომ არ იყო ამის „აუცილებლობა დემოკრატიულ საზოგადოებაში“.¹³

მიმდინარე უკანონო აქციების (მაგალითად, აქციის გასამართად გაფრთხილების არარსებობა) სახელმწიფოს თმენის

¹² დონა გომეინი, ადამიანის უფლებების და ძირითადი თავისუფლებების დაცვის ევროპული კონვენციის კომენტარები, თბილისი, 2009, 93.

¹³ კონსტანტინე კორკელია, ირინე ქურდაძე, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით, 2004 წელი, თებერვალი, 213.

ვალდებულება ეკისრება იმ შემთხვევაში, თუ აქციის მონაწილეები არ მონაწილეობენ ძალადობრივ მოქმედებებში, ინარჩუნებენ მშვიდობიან ქცევასა და განზრახვას. როდესაც აქციის მონაწილეები უკანონო და უნესრიგო ქმედებებს ახორციელებენ, ან ასეთი ქმედებები შეიძლება განახორციელონ, სახელმწიფოს აქვს შეკრების თავისუფლებაში ჩარევის, მათ შორის, აქციის შეწყვეტის უფლებამოსილება (მშვიდობიანი შეკრების შესახებ სახელმძღვანელო პრინციპების 72-ე მუხლი). ცხადია, უფლებაში ჩარევის საშუალებების პროპორციულობის საკითხი, ყოველ ინდივიდუალურ შემთხვევაში, კონკრეტული საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით განისაზღვრება. თუმცა, დადგენილი საერთაშორისო სტანდარტები ითხოვს, რომ ძალადობრივი ქცევის რისკები იყოს რეალური და არა ჰიპოთეტური. კერძოდ, საქმეზე „*მახმუდოვი რუსეთის წინააღმდეგ*“ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განაცხადა, რომ „არც საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევის ჰიპოთეტური რისკი, არც მტრულად განწყობილი ჯგუფის არსებობა, თავისთავად არ ამართლებს შეკრების დაშლას“. საქმეში *Christian Democratic People's Party v. Moldova* ევროპულმა სასამართლომ მიუთითა, რომ საზოგადოებრივი წესრიგი და უსაფრთხოება მაშინ ხდება შეკრების უფლებაში ჩარევის საფუძველი, როდესაც არსებობს ფიზიკური შეხლა-შემოხლის საფრთხე. იმავე გადაწყვეტილებაში სასამართლომ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევა წარმოადგენს შეკრებაზე შეზღუდვის დაწესების საფუძველს, რაც ავტომატურად არ გულისხმობს ასეთი შეკრების დაშლას. ასევე, შეკრების თავისუფლების შესახებ ეუთოს სახელმძღვანელო პრინციპების შესაბამისად, შეკრების თავისუფლებაში ჩარევის დროს პოლიციამ ერთმანეთისგან უნდა გამიჯნოს აქციის მშვიდობიანი მონაწილეები. ძალადობის იზოლირებული ფაქტები, ისევე როგორც აქციის მონაწილეების ძალადობრივი ქმედებები, არ უნდა გახდეს მთელი აქციის შეწყვეტის საფუძველი.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ 2011 წლის 18 აპრილის გადაწყვეტილებაში საქმეზე „მოქალაქეთა

პოლიტიკური გაერთიანება „*მოძრაობა ერთიანი საქართველოსთვის*“ [...]საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ მიუთითა, რომ სახელმწიფოს მხრიდან შეკრებისა და მანიფესტაციის შეწყვეტა მხოლოდ მაშინ არის დასაშვები, როდესაც არსებობს ძალადობის განხორციელების რეალური საფრთხე და ძალადობა შეიძლება მასობრივად განხორციელდეს.¹⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომა დადებითი ფაქტორია, რადგან ამით დასტურდება საქართველოს მიერ საერთაშორისოდ აღიარებული პრინციპების გაზიარება.

ამდენად, შეკრების შეწყვეტასთან დაკავშირებით მოქმედი საერთაშორისო სტანდარტების შესაბამისად, აქციის შეწყვეტის საფუძველი შეიძლება იყოს მონაწილეების ძალადობრივი მოქმედებები (ან ამგვარი განხორციელების რეალური საფრთხე), რომელიც მასობრივ ხასიათს ატარებს და ხელისუფლების დროული ჩარევა არსებითია საზოგადოებრივი ნესრიგის დასაცავად. ამ პირობებში აქციის მონაწილეები გადიან კონვენციის მე-11 მუხლით დაცული სფეროდან და, შესაბამისად, სახელმწიფოს არ ეკისრება შეკრების თავისუფლების დაცვის მიზნით დადგენილი სტანდარტების დაცვა.

სხვა შემთხვევაში, როდესაც აქცია მშვიდობიან ხასიათს ატარებს, ხელისუფლება ვალდებულია, უზრუნველყოს შეკრების თავისუფლების დაცვა. ეუთოს შეკრების თავისუფლების სახელმძღვანელო პრინციპების შესაბამისად, პოლიციას უნდა ჰქონდეს მოქმედებების სხვადასხვა ვარიანტი შეკრების უფლების უზრუნველყოფისათვის (მათ შორის, უკანონო აქციების თმენა, ორგანიზატორებთან მოლაპარაკებების გამართვა) და მათი არჩევანი არ დგას, ერთი მხრივ, ჩაურევლობასა და, მეორე მხრივ, აქციის შეწყვეტასა ან დაშლას შორის. აქციის დაშლა უნდა იყოს უკანასკნელი საშუა-

¹⁴ *ავტორთა კრებული*, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, ანგარიში 26 მაისი, აქციის დაშლის დროს და მასთან კავშირში ადამიანის უფლებათა დარღვევის ფაქტების ანალიზი, 2011, 33.

ლება, რომელიც პოლიციამ შეიძლება გამოიყენოს.¹⁵

აქციის დაშლის შესახებ გადაწყვეტილება არ უნდა მიიღებოდეს სამართალდამცავი ორგანოს მაღალჩინოსნის მიერ ერთპიროვნულად. იქიდან გამომდინარე, რომ სახელმწიფო ვალდებულია მაქსიმალურად დაიცვას და პატივის სცეს ადამიანის ფუნდამენტურ ღირებულებებს, აქციის მონაწილეებს უნდა ჰქონდეთ იმის გარანტია, რომ გადაწყვეტილება შეკრების დაშლის შესახებ იქნება კანონიერი. შესაბამისად, უმჯობესი იქნებოდა, რომ შეკრების დაშლის შესახებ გადაწყვეტილება მიიღებოდეს ექსპერტთა მუდმივმოქმედი კომისიის მიერ, რომელიც ფაქტების სიღრმისეულად ანალიზის საფუძველზე მივაამგვარ გადაწყვეტილებამდე. მეტი გარანტიისთვის უმჯობესი იქნებოდა, სასამართლოს თანხმობა შეკრების დაშლის შესახებ გადაწყვეტილების აღსრულების შესახებ, მაგრამ აღნიშნულმა შეიძლება უკუშედეგი გამოიწვიოს, რადგან დიდია ალბათობა იმისა, რომ მოსამართლის მიერ საბოლოო გადაწყვეტილების მიღება დროში გაინელოს და აქციაზე მიმდინარე პროცესები მწვავე ქმედებებში გადაიზარდოს, რაც სახელმწიფოს მხრიდან დაგვიანებულ რეაგირებად შეფასდება და შეკრების მონაწილეების დაზარალებას გამოიწვევს. ამგვარი მიდგომა გამოიწვევს საზოგადოების მხრიდან მეტ ნდობას სახელმწიფოს მიმართ, რადგან ეს იქნება მანიშნებელი, სახელმწიფოს მხრიდან მიღებული პრევენციული ზომებისა, უკანონო გადაწყვეტილების მიღების რისკის შესამცირებლად.

3. სამართალდამცავი ორგანოების მიერ გადამეტებული ძალის გამოყენება აქციის დაშლისას

სახელმწიფოს არამხოლოდ შეკრებებისა და მანიფესტაციების უფლებების რეალიზაციაში ჩაურევლობა, არამედ, მისი სრულფასოვანი განხორციელებისათვის ხელის შეწყობაც ევალება. კერძოდ, სახელმწიფოს აქვს პოზიტიური ვალ-

¹⁵ იქვე, 34.

დებულება დაიცვას მშვიდობიანი შეკრების მონაწილეები ნებისმიერი პიროვნებისაგან ან ჯგუფისაგან, რომელიც შეეცდება აქციისთვის ხელის შეშლას. მაგრამ ამასთან პრობლემატურია გარემოება, აქციის დაშლისას სამართალდამცავი ორგანოების თანამშრომლების მიერ გადამეტებული უფლებამოსილების დაფიქსირება.

სამწუხაროდ, საქართველოში ბოლო რამდენიმე წლის განმავლობაში ადგილი ჰქონდა პოლიციის მიერ აქციებისა და დემონსტრაციების დარბევისას ძალის არაპროპორციულ გამოყენებას (inter alia, 2007 წლის ნოემბერის, 2009 წლის გაზაფხულის საპროტესტო აქციები, 2011 წლის 26 მაისის დემონსტრაციები).¹⁶ გაეროს სპეციალურმა მომხსენებელმა საქართველოს მთავრობას მოუწოდა, თავი აარიდოს კანონიერი და მშვიდობიანი აქციების წინააღმდეგ ძალის გამოყენებას. უკანონო, მაგრამ მშვიდობიანი მანიფესტაციისას უზრუნველყოფილ იქნას, ძალის, როგორც უკიდურესი ღონისძიების, გამოყენება. ამ პროცესში ალტერნატიული ზომები იქნას იმპლემენტირებული აქციის დასაშლელად, რაც შესაბამისობაში იქნება „სამართალდამცავი ორგანოების მიერ ძალისა და ცეცხლსასროლი იარაღის გამოყენებასთან დაკავშირებით ძირითად პრინციპებთან“ და „სამართალდამცავი ორგანოების თანამშრომელთა ქცევის კოდექსთან“.¹⁷

საქართველოს სახალხო დამცველის 2011 წლის საპარლამენტო ანგარიშში დეტალურად არის განხილული 26 მაისის მოვლენები, რომლის დროსაც რუსთაველის გამზირზე პოლიციამ ძალადობრივი მეთოდებით დაშალა ოპოზიციური დემონსტრაცია პარლამენტის შენობის წინ, მას შემდეგ, რაც მანიფესტაციის გამართვისათვის გაცემული ნებართვის ვა-

¹⁶ მაინა კაია, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სპეციალური მომხსენებლის 8 ივნისის ანგარიშში ასახული რეკომენდაციების შესრულების მდგომარეობა, 22, ხელმისაწვდომია: <<https://www.ombudsman.ge/uploads/other/3/3571.pdf>>, [12.03.2017].

¹⁷ იქვე, 21.

და ამოიწურა. აქციის დაშლისას სამართალდამცავებმა წყლის ჭავლი, ცრემლსადენი გაზი, რეზინის ხელკეტები და ალტერნატიული იარაღი გამოიყენეს. შედეგად, ფიზიკურად დაშავდა აქციის ათობით მონაწილე. პოლიციამ დააკავა და ფიზიკური შეურაცხყოფა მიაყენა დემონსტრანტებს და ყურნალისტებს. საქართველოს სახალხო დამცველმა ფაქტების შესწავლის შედეგად აღნიშნა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ აქცია გასცდა საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილ ნორმებს და არსებობდა აქციის შეწყვეტის სამართლებრივი საფუძველი, პოლიციის მიერ გამოყენებული ძალა რიგ შემთხვევაში არაპროპორციული იყო.¹⁸

როგორც დაკავებისას, ისე დაკავების შემდგომ მოპყრობის წესები, შიდასახელმწიფოებრივ ნორმებთან ერთად, არაერთი საერთაშორისო შეთანხმებით რეგულირდება, რომლებსაც საქართველო სავალდებულოდ აღიარებს. აღნიშნული წესები წარმოადგენს გარანტიას, რომ ადამიანი ნებისმიერ გარემოში და პირობებში, მათ შორის, თავისუფლების აღკვეთის დროს, დაცული იქნება წამების, ასევე, არაადამიანური, სასტიკი ან ღირსების სხვა შემლახველი მოპყრობისგან. მიუხედავად ამისა, 2012 წლის განმავლობაში პოლიციის მიერ დაკავებულ პირთა მიმართ არასათანადო მოპყრობასთან დაკავშირებული ვითარება გაუარესდა. სახალხო დამცველის აპარატში, ამ პერიოდის განმავლობაში უპრეცედენტოდ გაიზარდა მოქალაქეთა მიმართვიანობა. საუბარია, როგორც პირის დაკავების მომენტში, ისე დაკავებული პირის სამართალდამცავ ორგანოში მიყვანის შემდეგ სამართალდამცავთა მხრიდან პირების ფიზიკურ შეურაცხყოფაზე.

დადებითად შესაფასებელია ის გარემოება, რომ 2012-2015 წლებში საქართველოს სახალხო დამცველის აპარატისათვის არ გამხდარა ცნობილი სამართალდამცავთა მხრიდან კანონმდებლობის მოთხოვნათა დარღვევით აქციის დაშლის

¹⁸ საქართველოს სახალხო დამცველის ანგარიში ადამიანის უფლებათა მდგომარეობის შესახებ, 2011, გვ. 63.

ან/და არაპროპორციული ძალის გამოყენების შემთხვევები. თუმცა იყო ფაქტები, როდესაც სამართალდამცავებს არ მოუხდენიათ ეფექტური რეაგირება შეკრება-მანიფესტაციის თავისუფლების უზრუნველყოფის მიზნით. ასევე, ერთეულ შემთხვევებში, დაფიქსირდა ძალის გადამეტება პოლიციელთა მხრიდან ან დაირღვა პოლიციის ეთიკის ნორმები.

ამიტომ, დაუსჯელობის სინდრომის არშექმნის მიზნით, აუცილებელია საქართველოს პროკურატურამ გამოიძიოს შეკრება-მანიფესტაციის დარბევის დროს ძალის გადამეტების, მონაწილეთა დაკავების და სასტიკი მოპყრობის ყველა ფაქტი, რომლებზეც წლების განმავლობაში გაიცემოდა საქართველოს სახალხო დამცველის რეკომენდაციები.¹⁹ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებათა მიხედვით, პოლიციის მიერ არასათანადო მოპყრობის შემთხვევები სახელმწიფომ სათანადოდ უნდა გამოიძიოს.²⁰ ევროსასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკის მიხედვით, გამოიძიება უნდა იყოს დამოუკიდებელი, ეფექტური, დეტალური და დროში გონივრულად განგრძობადი.²¹

განსახილველ პრობლემატურ საკითხს ეხმიანება საქმე ნავალნი და იაშინი რუსეთის წინააღმდეგ (Navalnyy and Yashin v. Russia), სადაც მომჩივნებს წარმოადგენდნენ ორი პოლიტიკური აქტივისტი და ოპოზიციის ლიდერები. 2011 წელს ისინი დააპატიმრეს რადგან არ დაემორჩილნენ პოლიციის ბრძანე-

¹⁹ მაინა კაია, მშვიდობიანი შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლების უფლების შესახებ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სპეციალური მომხსენებლის 8 ივნისის ანგარიშში ასახული რეკომენდაციების შესრულების მდგომარეობა, 18-25, ხელმისაწვდომია: <<https://www.ombudsman.ge/uploads/other/3/3571.pdf>>, [12.03.2017].

²⁰ Stoica v. Romania, no 42722/02, European Court of Human Rights, 2008, Para. 67.

²¹ Mikheyev v. Russia, no. 77617/01, ECHR 2006; Zelilof v. Greece no. 17060/03, ECHR, 2007; Assenov v. Bulgaria, no. 24760/94, ECHR 1998; Yüksel v. Turkey, no 40154/98, ECHR, 2004; Muradova v. Azerbaijan, 22684/05, ECHR, 2009

ბას, შეენწყვიტათ სპონტანური მარში, რომლის ჩატარებასაც აპირებდნენ, სანქციონებულ დემონსტრაციაში მონაწილეობის მიღების შემდეგ. ისინი დაკავებულნი იყვნენ პოლიციაში მანამდე, ვიდრე მომდევნო დღეს გადაიყვანდნენ სასამართლოში, სადაც 15 დღიანი ადმინისტრაციული პატიმრობა შეეფარდათ. მათი საჩივრები უარყოფილ იქნა.

მომჩივნების დაპატიმრება, დაკავება და სასჯელი წარმოადგენდა ჩარევას მე-11 მუხლით დაცულ მათ უფლებაში. ჩარევა ემსახურებოდა საჯარო წესრიგის დაცვის ლეგიტიმურ მიზანს. პროპორციულობასთან მიმართებით, სასამართლომ მიუთითა, რომ თუნდაც მომჩივნებს არ ჰქონოდათ დემონსტრაციის ჩატარების განზრახვა, საპროტესტო აქციის მონაწილეთა დიდი ჯგუფის გამოჩენა გონივრულად აღიქმებოდა ამგვარად. მიუხედავად ამისა, დემონსტრაცია გაგრძელდა მხოლოდ 15 წუთს, იყო მშვიდობიანი და მონაწილეთა წარმოდგენილი რაოდენობის შეჩერება არ იქნებოდა რთული. ამრიგად, პოლიციამ დაიჭირა მომჩივნები მხოლოდ იმიტომ, რომ აქცია არ იყო სანქციონებული. ადგილობრივმა სასამართლოებმა არც კი სცადეს, გადაემოწმებინათ აქციის მონაწილეებისგან მომდინარე რისკების მოცულობა ან აუცილებელი იყო თუ არა მათი შეჩერება. მომჩივნები მოგვიანებით დააპატიმრეს პოლიციის ბრძანებისადმი დაუმორჩილებლობისთვის, მაგრამ სასამართლო იყო უუნარო, გაერკვია, გამოსცა თუ არა პოლიციამ ამგვარი ბრძანება ვიდრე განახორციელებდა დაპატიმრებებს. თუნდაც დაფუძვით, რომ მომჩივნები არ დაემორჩილნენ ბრძანებას აქციის დასასრულს, მათი დაპატიმრების არავითარი საფუძველი არ არსებობდა. უფრო მეტიც, შეფარდებული სასჯელი არ ასახავდა სავარაუდო დანაშაულის შედარებით უმნიშვნელი ბუნებასაც კი. საბოლოოდ, ადგილობრივი ხელისუფლების წარმომადგენლებმა პირდაპირ აღიარეს, რომ მომჩივნები დაისაჯნენ სპონტანური მშვიდობიანი დემონსტრაციის ჩატარებისა და ანტი-სამთავრობო მოწოდებების სკანდირებისთვის. მიღებულ იძულების ზომებს ჰქონდათ სერიოზული პოტენ-

ციალი, შეეკავებინათ ოპოზიციის სხვა მხარდამჭერები და საზოგადოება დემონსტრაციებზე დასწრებისგან, უფრო ზოგადად კი, პოლიტიკურ დებატებში მონაწილეობისგან. ამ სანქციების შემაკავებელი ეფექტი უფრო მეტად გაძლიერებულ იქნა იმ ფაქტით, რომ ის მიმართული იყო ცნობადი საზოგადო ფიგურების მიმართ, რომელთა თავისუფლების აღკვეთამ მიიპყრო მედიის ფართო ყურადღება. ამრიგად ჩარევა არ იყო აუცილებელი დემოკრატიულ საზოგადოებაში.

სასამართლომ, ასევე, ერთხმად დაადგინა მენ(1) მუხლის დარღვევა მომჩივნების წინააღმდეგ ადმინისტრაციულ სამართალწარმოებასთან დაკავშირებით, მე-5 მუხლის დარღვევა პოლიციის პუნქტში მათ გაუმართლებელ გადაყვანასთან დაკავშირებით, დაუფიქსირებელი და დაუსაბუთებელი ექვს საათიანი დაკავების და წინასწარ დაკავებაში ყოფნის მიზეზების არარსებობათან დაკავშირებით, მე-13 მუხლის დარღვევა შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი დაცვის არაეფექტიანობასთან დაკავშირებით და მე-3 მუხლის დარღვევა იმ პირობებთან დაკავშირებით, რომლებშიც მომჩივნები იმყოფებოდნენ პოლიციის პუნქტში.²²

აქციის დაშლისას გადამეტებული უფლებამოსილების გამოყენების კიდევ ერთი შემთხვევის საილუსტრაციოდ მოვიყვან თბილისში 2006 წლის 9 ივნისს განხორციელებულ არაკანონიერ ქმედებას, რომლის დროსაც დააკავეს არასამთავრობო ორგანიზაციის „თანასწორობის ინსტიტუტის“ ხუთი წევრი საპროტესტო აქციაში მონაწილეობის დროს. დემონსტრაცია მხარს უჭერდა სატელევიზიო არხის ორ მფლობელს, რომელთა საქმეზეც სასამართლო სხდომა ტარდებოდა პარალელურ რეჟიმში. პროცესი ეხებოდა კონსპირაციის გზით გამოძალვის საკითხს. სასამართლოს ებოში შეკრებილნი ითხოვდნენ, რომ საქართველოში არ ყოფილიყვნენ პოლიტიკური პა-

²² Navalnyy and Yashin v. Russia, ხელმისაწვდომია: <http://catalog.supremecourt.ge/>, [14.03.2017].

ტიმრები. აქციის მსვლელობისას ისინი აქტიურად იყენებდნენ მეგაფონს. სასამართლო გადაწყვეტილებაში აღნიშნულია, რომ აქტივისტები დააკავეს „საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევის, სასამართლოს უპატივცემულობისა და სამართალდამცავთა კანონიერი ბრძანებისადმი დაუმორჩილებლობის გამო. თბილისის სააპელაციო სასამართლომ მათ 30-დღიანი დაკავების ვადა შეუფარდა მხოლოდ სამართალდამცავთა განცხადებების საფუძველზე, სასამართლოში ზეპირი მოსმენის გარეშე. უზენაეს სასამართლოში გასაჩივრება დაკავებულთა გათავისუფლების მიზნით უშედეგო აღმოჩნდა“. ადამიანის უფლებათა ევროპის სასამართლომ დაადგინა, რომ დაირღვა ადამიანის უფლებათა კონვენციის მე-11 მუხლი, რადგან „ქართველმა სამართალდამცავებმა არ გამოიჩინეს სათანადო შემწყნარებლობა და კეთილსინდისიერება აპელანტების მანიფესტაციის თავისუფლების მიმართ, ვერ წარმოადგინეს საკმარისი და შესაფერისი საფუძვლები, რომლებიც გაამართლებდა სამართალდამცავთა ამგვარ ჩარევას, და დააკისრეს მოცემული გარემოებების არაპროპორციული სანქცია“. ასევე ევროპის სასამართლოს გადაწყვეტილებით, დაირღვა ადამიანის უფლებათა კონვენციის მე-3 და მე-7 პროტოკოლის ერთი მუხლი.²³ht

ასევე ხაზგასასმელია ის საკითხი, რომ ძალის გამოყენება უნდა იყოს იმის შესაბამისი და პროპორციული, თუ რა საფრთხის შემცველი საშიშროების თავის ასაცილებლად ხორციელდება ეს უკანასკნელი და არავითარ შემთხვევაში არ უნდა გამოიყენონ ძალადობა მშვიდობიანი დემონსტრანტების წინააღმდეგ, რომელთაც არ შეუძლიათ აქციის დატოვება. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლი არ ითვალისწინებს რეგულაციას, რომელიც დაბალანსებდა ქმედებას ფიზიკური პირის წინააღმდეგ მიმართული ქმედების შესაბამისობასა და საჯარო წესრიგის შე-

²³ მარიამ ჩიხრაძე, პროტესტანტების დაკავება, ხელმისაწვდომია: <<https://interlegem.wordpress.com>>, [15.03.2017].

ნარჩუნებას შორის. ეს პრინციპები ასევე მოიცავს პლასტმასისა და რეზინის ტყვიებს, წყლის ბალონებს და სხვა ძალადობრივ მეთოდებს აქციის მონაწილეთა საკონტროლებლად, რომლებიც აუცილებლად მკაცრად უნდა იყოს დარეგულირებული იმის გარანტირებისთვის, რომ სამართალდამცავი ორგანოების თანამშრომლები განვრთნილნი იყვნენ მათი გამოყენების აუცილებლობაში.²⁴

ზემოთ აღნიშნული პრობლემატური შემთხვევა დაფიქსირდა შტუტგარტში, სადაც აპროტესტებდნენ ახალი სადგურის მშენებლობის გაგრძელებას და ქალაქის რეკრეაციულ ზონაში ხეების მოჭრას. აქციის მშვიდობიანად მიმდინარეობისა და აქციაში დიდი რაოდენობით ბავშვებისა და ასაკოვანი ხალხის მონაწილეობის მიუხედავად, პოლიციამ აქციის დასაშლელად გამოიყენა წყლის ქავლები, ცრემლსადენი გაზი და ხელკეტები. შედაგად, დაახლოებით 400-მა დემონსტრანტმა სხვადასხვა დაზიანებით მიმართა ექიმს. მათ შორის 50 სკოლის მოსწავლე და 26 პირი დააკავეს. მრავალი საერთაშორისო ორგანიზაციის მსგავსად, Human Rights Watch-მა დაადანაშაულა პოლიცია შტუტგარტში მიმდინარე აქციის უკანონოდ დაშლასა და პოლიციის მიერ ძალადობრივი ქმედების განხორციელებაში აქციის მშვიდობიანი მონაწილეების წინააღმდეგ. ორგანიზაციამ აღნიშნა, რომ გერმანიის ხელისუფლებამ შექმნა ზედმეტად საშიში პრეცედენტი, რაც გერმანიაში მშვიდობიანი აქციების დაშლის გაგრძე-

²⁴ *Office for Democratic Institutions and Human Rights, Report Monitoring of Freedom of Peaceful Assembly in Selected OSCE Participating States (April 2015 – July 2016), USE OF FORCE, FIREARMS, DETENTION, CONTAINMENT AND DISPERSALS, The use of force, firearms, detention and containment, as well as dispersals of assemblies: international standards and good practice, 103-104, ხელმისაწვდომია:*

<<http://www.osce.org/odihr/289721?download=true>>, [13.03.2017].

ლების საფუძველს ქმნის.²⁵

ადამიანის უფლებების პრინციპებს წამებისა და სხვა სასტიკი მოპყრობისა და ძალის გამოყენების აკრძალვის შესახებ სამართალდამცავი ორგანოების მიერ გააჩნია სპეციალური მითითებები შეკრებების წესრიგის კონტროლთან დაკავშირებით. აღსაღნიშნია, ისიც რომ სამართალდამცავი ორგანოების თანამშრომლების მიერ გადამეტებული ძალის გამოყენება ასევე უნდა ისჯებოდეს, რადგან წინააღმდეგ შემთხვევაში ეს გამოიწვევს ფართოდ გავრცელებულ დაძაბულობას და დაუსჯელობის სინდრომს. განსაკუთრებით, მათ უნდა განასხვავონ, რამდენადაც შესაძლებელია, ის ფიზიკური პირები, რომლებიც ჩართულნი არიან დანაშაულებრივ ქმედებებში და ისინი, ვისაც სურთ, მშვიდობიანი შეკრება, რათა მათ წინააღმდეგ არ გამოიყენონ ძალადობა. შეკრების დროს, ძალის გამოყენებას წინ უნდა უძლოდეს შესაბამისი გაფრთხილებები, რაც მონაწილეებს მისცემს აქციის მშვიდობიანად დატოვების საშუალებას.²⁶

ამასთან, შეკრებისა და მანიფესტაციის უფლებაზე საუბრისას, აღსაღნიშნია, რომ მნიშვნელოვანია საზოგადოებრივი შეგნების არსებობა, რათა შეკრების დროს მონაწილეთა მხრიდან არ განხორციელდეს ძალადობრივი ქმედებები. მაღალი საზოგადოებრივი შეგნების არსებობისას, ნაკლებია იმის ალბათობა, რომ აქციის მონაწილეებმა განხორციელონ არაკანონიერი ქმედებები, რადგან ისინი პატივს სცემენ

²⁵ *International Project of Public Union "For Human Rights", The Decline of Europe, Unwarranted use of force when dispersing actions of protest, 2013, ხელმისაწვდომია: <<http://thedecline.info/en/part5>>, [16.03.2017].*

²⁶ *Office for Democratic Institutions and Human Rights, Report Monitoring of Freedom of Peaceful Assembly in Selected OSCE Participating States (April 2015 – July 2016), USE OF FORCE, FIREARMS, DETENTION, CONTAINMENT AND DISPERSALS, The use of force, firearms, detention and containment, as well as dispersals of assemblies: international standards and good practice, 103-104, ხელმისაწვდომია: <<http://www.osce.org/odihr/289721?download=true>>, [13.03.2017].*

სხვათა ფუნდამენტურ უფლებებს და არ ინვევენ საზოგადოებაში არეულობას. ამიტომ, საზოგადოებრივი ცნობიერების გაზრდის მიზნით, სახელმწიფო მხრიდან სასარგებლო იქნებოდა მოქალაქეთათვის ინფორმაციის მიწოდება ადამიანის უფლებებთან და მასთან დაკავშირებული პრობლემატური შემთხვევების შექმნის საკითხთან დაკავშირებით. ასევე, სახელმწიფო ვალდებულია ხელი შეუწყოს დაპირისპირებული მხარეების მორიგებას მშვიდობიანი გზით, რისი შესანიშნავი მაგალითიც არის ქვემოთ მოცემული შემთხვევა.

2010 წლის აგვისტოში, ინგლისის თავდაცვის ლიგამ (English Defence League) დაგეგმა პროტესტი Bradford-ში. ასევე დაგეგმილი იყო წინააღმდეგობრივი დემონსტრაცია ფაშიზმის წინააღმდეგ მებრძოლი გაერთიანების (Unite Against Fascism) მიერ. ზოგიერთ ადგილობრივ მცხოვრებს სურდა პროტესტის აკრძალვა, რადგან ინგლისის თავდაცვის ლიგის მიერ ადრე გამართულ აქციებზე ფიქსირდებოდა ძალადობრივი კონფლიქტები. დასავლეთ იორკშირის პოლიციას ჰქონდა ვალდებულება, რომ დაეცვა საპროტესტო აქცია, რომც არ ყოფილიყო აშკარა საფუძველი იმისა, რომ განხორციელდებოდა ძალადობა. პოლიციამ გამოიკვლია საქმის მდგომარეობა ადამიანის უფლებების თვალსაზრისით და გაესაუბრა ადგილობრივ მოსახლეობას, განსაკუთრებით მუსლიმ საზოგადოებას, მშვიდობიანი აქციის უფლების შესახებ. ახნა-განმარტების მიღების შემდეგ საზოგადოებამ გააცნობიერა, რომ პოლიციას ნება უნდა დაერთო აქციის გასამართად და ეთნიკური ჯგუფები მუშაობდნენ პოლიციასთან ერთად ახალგაზრდების დასარწმუნებლად, რათა არ მიეღოთ მათ მონაწილეობა დანაშაულებრივ ქმედებებში.²⁷

²⁷ *Equality and Human Rights Commission, Human Rights: Human Lives, A Guide to the Human Rights Act for Public Authorities Article 11: Freedom of Assembly and Association, 48, ხელმისაწვდომი*

მია: <[file:///C:/Users/Cmaster.ge/Downloads/human rights human lives a guide for public authorities.pdf](file:///C:/Users/Cmaster.ge/Downloads/human%20rights%20human%20lives%20a%20guide%20for%20public%20authorities.pdf)>, [07.03.2017].

დასკვნა

წინამდებარე ნაშრომი კიდევ ერთი დასტურია იმისა, რომ უფლება მშვიდობიანი შეკრების თავისუფლებაზე ითვლება ერთ-ერთ ყველაზე უფრო მნიშვნელოვან წინაპირობად დემოკრატიული საზოგადოების არსებობისთვის.

განსახილველი უფლების ანალიზის შედეგად, ნათელი შეიქმნა, რომ, პირველი, საქართველო მაქსიმალური სიფრთხილით უნდა მიუდგეს აქციის დაშლის შესახებ გადაწყვეტილების მიღების საკითხს, რათა ეს უკანასკნელი იყოს ლეგიტიმური და სახელმწიფოს მხრიდან წარმოადგენდეს ჩარევის უკიდურეს საშუალებას. მეორე, საქართველოს სამართალდამცავი ორგანოების მიერ განხორციელებული ქმედებები უნდა შეესაბამებოდეს საერთაშორისო სტანდარტებს და გათვალისწინებული იქნას ადამიანის ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით დადგენილი ნორმები. მესამე, უმჯობესი იქნება შემუშავდეს ისეთი მექანიზმი შეკრების დაშლის ბრძანების გაცემის შესახებ, რომელიც მეტ გარანტიას შექმნის აღნიშნული გადაწყვეტილების კანონიერების თაობაზე. მეოთხე, სამართალდამცავი ორგანოების მხრიდან გადამეტებული ძალის გამოყენების შემთხვევები სახელმწიფომ განსაკუთრებული სიმკაცრით უნდა შეაფასოს, პროკურატურამ უნდა გამოიძიოს პოლიციის მიერ უფლებამოსილების გადამეტების შემთხვევები და პასუხი აგონ დამნაშავე პირებმა, რათა არ გავრცელდეს დაუსჯელობის სინდრომი და აქციის მონაწილეებს არ ჰქონდეთ მათ წინააღმდეგ სიცოცხლისთვის საშიში მექანიზმების უსაფუძვლოდ გამოყენების შიში. მეხუთე, პოლიციის მიერ ადეკვატური ძალის გამოყენება უნდა იყოს მიმართული მხოლოდ იმ აქციის მონაწილეების წინააღმდეგ, რომლებიც არაკანონიერად იქცევიან და ყველა ზომა უნდა იქნეს მიღებული აქციის მშვიდობიანი მონაწილეების უსაფრთხოებისათვის. მეექვსე, სახელმწიფომ ხელი უნდა შეუწყოს საზოგადოებრივი ცნობიერების გაზრდას ადამიანის უფლებების მიმართულებით,

რაც მოცემულ შემთხვევაში, სასარგებლო იქნება, რათა აქციის მონაწილეებმა უკანონოდ არ შეზღუდონ სხვათა უფლებები და დამკვიდრეს აქციის მშვიდობიანად გამართვის კულტურა.

ყოველივე ზემოთ აღნიშნულიდან ნათელია, რომ საქართველო ვალდებულია მაქსიმალურად დაიცვას შეკრების თავისუფლებაში ჩარევის ფარგლები, გაითვალისწინოს საერთაშორისო ორგანიზაციების რეკომენდაციები და ადამიანის უფლებათა დაცვის მექანიზმები შეუსაბამოს დაცვის სტანდარტებს. აღნიშნული განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი უნდა იყოს ქვეყნისთვის, რომელიც განვითარების მნიშვნელოვან საფეხურზე დგას, იზიარებს დემოკრატიულ შეხედულებებს და მიისწრაფვის ევროკავშირში განწევრიანების კენ.

გამოყენებული ლიტერატურა

1. *პაატა ტურავა, რედ. კონსტანტინე კორკელია*, სტატიათა კრებული-ადამიანის უფლებათა დაცვა და სამართლებრივი რეფორმა საქართველოში, საქართველოს პოლიციის საქმიანობის მარეგულირებელი ნორმების შესაბამისობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებთან, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, თბილისი, 2014.
2. *დონა გომეინი*, ადამიანის უფლებების და ძირითადი თავისუფლებების დაცვის ევროპული კონვენციის კომენტარები, თბილისი, 2009.
3. *საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, თარგმანი: რუსუდან ტუშური*, შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლება, 2004.
4. *კონსტანტინე კორკელია, ირინე ქურდაძე*, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით, 2004 წელი, თებერვალი.
5. *ავტორთა კრებული*, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, ანგარიში 26 მაისი, აქციის დაშლის დროს და მასთან კავშირში ადამიანის უფლებათა დარღვევის ფაქტების ანალიზი, 2011.

6. ანა ფირცხალაშვილი, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე, საქართველოს მოქალაქეობა, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, 2013.
7. საქართველოს სახალხო დამცველის ანგარიში ადამიანის უფლებათა მდგომარეობის შესახებ, 2011, გვ. 63.

ელექტრონული მასალა:

მაინა კაია, მშვიდობიანი შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლების უფლების შესახებ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სპეციალური მომხსენებლის 8 ივნისის ანგარიშში ასახული რეკომენდაციების შესრულების მდგომარეობა, ხელმისაწვდომია: <<https://www.ombudsman.ge/uploads/other/3/3571.pdf>>.

მარიამ ჩიხრაძე, პროტესტანტების დაკავება, ხელმისაწვდომია: <<https://interlegem.wordpress.com>>.

International Project of Public Union “For Human Rights“, The Decline of Europe, Unwarranted use of force when dispersing actions of protest, 2013, ხელმისაწვდომია: <<http://thedecline.info/en/part5>>.

Office for Democratic Institutions and Human Rights, Report Monitoring of Freedom of Peaceful Assembly in Selected OSCE Participating States (April 2015 – July 2016), USE OF FORCE, FIREARMS, DETENTION, CONTAINMENT AND DISPERSALS, The use of force, firearms, detention and containment, as well as dispersals of assemblies: international standards and good practice, ხელმისაწვდომია: <<http://www.osce.org/odihr/289721?download=true>>.

Equality and Human Rights Commission, Human Rights: Human Lives, A Guide to the Human Rights Act for Public Authorities Article 11: Freedom of Assembly and Association, 48, ხელმისაწვდომია: <file:///C:/Users/Cmaster.ge/Downloads/human_rights_human_lives_a_guide_for_public_authorities.pdf>.

Freedom of Assembly, ხელმისაწვდომია: <<http://www.lincoln.edu/criminaljustice/hr/Assembly.htm>>.

Navalnyy and Yashin v. Russia, ხელმისაწვდომია: <<http://catalog.supremecourt.ge/>>.

მედიაცია კორპორაციულ დავებში

ელენე ძაძამია

სსიპ ივანე ჯავახიშვილის
სახელობის თბილისის სახელმწიფო
უნივერსიტეტის იურიდიული
ფაკულტეტის მაგისტრატურის სტუდენტი.

აბსტრაქტი:

წინამდებარე სტატია შეეხება საქართველოში მედიაციის გამოყენების პერსპექტივებს კორპორაციულ დავებში და მის მნიშვნელობას ბიზნესის ეფექტური განვითარებისთვის; უმეტესად განხილულია თუ რა სახის კორპორაციული დავები შეგვიძლია გადავწყვიტოთ ამ გზით, რატომ უნდა მივმართოთ დავის გადაწყვეტის უშუალოდ ამ ხერხს და რა უპირატესობები გააჩნია მას დავის გადაწყვეტის სხვა საშუალებებთან მიმართებით. ასევე განხილულია თუ როგორ უნდა მომზადდეს ადვოკატის მიერ კორპორაციული მედიაციისთვის საქმე, რაზე უნდა გამახვილდეს ყურადღება საქმის მომზადების აგრეთვე უშუალოდ მოლაპარაკების პროცესში. აგრეთვე ყურადღება ეთმობა მედიაციის შედეგად მიღწეული შეთანხმების აღსრულებადობის საკითხს.

საკვანძო სიტყვები: მედიაცია, სასამართლო მედიაცია, კერძო მედიაცია, კორპორაციული დავები, სამედიაციო შეთანხმების აღსრულება, კონფიდენციალურობა, ნებაყოფლობითობა.

1. მედიაციისა და მისი პრინციპების როლი საქართველოში ბიზნესის ეფექტური განვითარებისთვის

საქართველოში ბიზნესის დაწყება საკანონმდებლო კუთხით თუ განვიხილავთ, ძალიან მარტივია. შეიძლება თამამად ითქვას, რომ ფინანსური ან პროცედურული ბარიერები სანარმოს (იქნება ეს შპს, სს თუ სხვა) დარეგისტრირებისათვის თითქმის არ არსებობს, რაც თავის მხრივ პოზიტიურად აისახება ინვესტორების მიერ საქართველოში დაინტერესების ხარისხზე. თუმცა, ეს საკმარისი როდია, აუცილებელია გავითვალისწინოთ ისიც, რომ სადავო სიტუაცია შეიძლება ნებისმიერ სფეროში წარმოიქმნას, შესაბამისად უნდა არსებობდეს დავის მოგვარების ისეთი მექანიზმები, რომლებიც სწრაფად და ეფექტურად შეძლებენ კონფლიქტური ვითარების რეგულირებას.

საქართველოში, ისევე როგორც მრავალ სხვა ქვეყანაში დავის გადაწყვეტის რამდენიმე საშუალება არსებობს, მაგალითად როგორცაა სასამართლო, არბიტრაჟი და მედიაცია. ამ შემთხვევაში ჩვენი კვლევის საგანს წარმოადგენს მედიაცია, ვინაიდან სწორედ ის არის მიჩნეული როგორც, კონფლიქტის მოგვარების ყველაზე ხელსაყრელი, სწრაფი და ეფექტური პროცესი.

მედიაცია მოლაპარაკების პროცესის მხარდაჭერა და ხელშეწყობაა.¹ იგი წარმოადგენს დავის მოგვარების კრეატიულ საშუალებას, რომლის მეშვეობითაც მხარეები თვითონ ღებულობენ მათთვის ხელსაყრელ გადაწყვეტილებას/შეთანხმებას დამოუკიდებელი მედიატორის (არბიტრის) ხელშეწყობით.²

¹ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტილების ნაციონალური ცენტრი, *მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში*, თბილისი, 2013, გვ. 12.

² Bush Baruch Robert A, *Folger Joseph P, The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, Jossey-Bass, 25.10.2004, გვ. 18.

მედიაციას მრავალი პრინციპი გააჩნია, რომელიც მას დავის გადაწყვეტის სხვა პროცესებისგან გამოარჩევს მაგრამ მათ შორის განსაკუთრებული მნიშვნელობის ნებაყოფლობითობის და კონფიდენციალურობის პრინციპებია. ზუსტად ეს ორი პრინციპი წარმოადგენს იმის გარანტს თუ რატომ უნდა იქნას არჩეული კორპორაციების მიერ დავის გადაწყვეტის საშუალებად სწორედ მედიაცია.

მედიაციის მიზანი არ არის სასამართლოს ჩანაცვლება³, პირიქით ის მის განტვირთვაში მონაწილეობს, რაც თავის მხრივ ეფექტური მართლმსაჯულების განხორციელებას უწყობს ხელს.

გამომდინარე იქიდან, რომ საქართველოს ერთ-ერთ მთავარ მიზანს ხელსაყრელი სამენარმეო გარემოს შექმნა წარმოადგენს, ამისათვის საჭიროა შევქმნათ ისეთი საფუძველი და მექანიზმები, რომლებიც მხარეებს/დაინტერესებულ პირებს მაქსიმალური ავტონომიის საშუალებას მიანიჭებს. ბიზნესი და განსაკუთრებით კერძო ბიზნესი არ არის ის სფერო, სადაც სახელმწიფო სავალდებულო მინიმუმის მიღმა უნდა ერეოდეს.

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, საქართველოში ბიზნესის დანყება არ არის დაკავშირებული რთულ პროცედურებთან, თუმცა აქვეა დავის წარმოშობის საფრთხეებიც, რომელიც მაქსიმალურად სწრაფად უნდა გადაწყდეს რათა კომფორტული ბიზნეს გარემო არ დაზარალდეს.

1.1 კორპორაციული დავის სახეები

კორპორაციული დავები შეიძლება დავყოთ, როგორც შიდაკორპორაციულ, ისე გარე კორპორაციულ დავებად. შიდაკორპორაციულია დავები, რომლებიც წარმოიშობა თანამშრომლებს, თანამშრომლებსა და დამსაქმებლებს შორის

³ Relly Therese M. and Mackenzie Deborah L., *ADR in the Corporate Environment, Legal Works and Now You Know*, 29.10.1999, გვ. 23.

და/ა.შ. ხოლო გარე კორპორაციულია დავა, რომელიც კომპანიის სხვა პირთან ან უმეტესად სხვა კომპანიასთან აკავშირებს.

უცხოეთში მედიაცია ეფექტურად გამოიყენება კორპორაციულ მართვასთან დაკავშირებული დავების გადასაწყვეტად, რაც გარკვეულწილად განპირობებულია იმ ფაქტით, რომ ბევრი კორპორაციული მართვის პრინციპი მოცემულია კორპორაციული კოდექსის ან კომპანიის შიდა აქტებით – შესაბამისად, დავები შეიძლება წარმოიშვას ისეთ საკითხებზე, რომლებიც არც კი იყოს გათვალისწინებული მოქმედი კანონმდებლობით (განსაკუთრებით განვითარებად ქვეყნებში, სადაც ადგილობრივი კანონმდებლობა ხშირად არ პასუხობს კორპორაციული მართვის თანამედროვე სტანდარტებს). ასეთ შემთხვევაში მედიაციას შეუძლია მოაგვაროს ისეთი საკითხები, რომლებიც არასათანადოდ, ან საერთოდ არ არის დარეგულირებული მოქმედი კანონმდებლობით და ამით ხელი შეუწყოს ეფექტური კორპორაციული ურთიერთობების ჩამოყალიბებასა და განვითარებას.⁴

ზოგადად, მედიაცია შეიძლება გამოყენებულ იქნეს კორპორაციულ მართვასთან დაკავშირებული ისეთი დავების გადასაწყვეტადაც, როგორცაა: პირადი ინტერესის შემცველი გარიგებები – გარიგებები დაკავშირებულ მხარეებთან, ბორდის წევრების ინტერესთა კონფლიქტი, ინსაიდერული ოპერაციები; წლიური ანგარიშები – დავები აქციონერებსა და ბორდს ან/ და აუდიტორს შორის, აქციონერების მიერ ანგარიშის დამტკიცებაზე უარის თქმის შემთხვევაში; ბორდის წევრების არჩევა ან დანიშვნა – დავები აქციონერებსა და ბორდის დანიშვნის კომიტეტის წევრებს შორის წარმოდგენილ კანდიდატურებზე, ან არჩევის/ დანიშვნის

⁴ ჯანჯალაია ბ., მედიაცია – სასამართლოში კორპორაციული დავის განხილვის ალტერნატივა, ბიზნესი და კანონმდებლობა, 2009, #10, ხელმისაწვდომია

http://www.nplg.gov.ge/gsd/cgi_bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0periodika--00-1---0-10-0---0---Oprompt-10---4-----0-1l--11-en-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-OutfZz-8-00&cl=CL4.4&d=HASHb28082b2ef60e6bd07b85b.8.1>=1

კრიტიკერიუმებზე; ბორდის ანაზღაურება და ბონუსები – დავები აქციონერებსა და ბორდის ანაზღაურების კომიტეტთან ან ბორდთან ანაზღაურების მოცულობაზე ან კრიტიკერიუმებზე; აქციათა ღირებულების დადგენა – დავები აქციონერებსა და ბორდს შორის აქციების შეფასების მეთოდზე (მაგალითად, აქციათა სავალდებულო მიყიდვისას ან აქციათა ან ბონდების გამოშვებისას); კომპანიის შთანთქმის პროცესი – დავები აქციონერებსა და ბორდს შორის შემოთავაზებული შთანთქმის გეგმის პირობების და შესაბამისობის შესახებ კომპანიის შიდა წესებთან (წესდება ან აქციონერთა შეთანხმება) და გარე მარეგულირებელ ნორმებთან (მაგალითად, ლისტინგის წესები, მოქმედი კანონმდებლობის მოთხოვნები და ა.შ.); ინფორმაციის გამჟღავნება – დავები აქციონერებსა და ბორდს შორის შესაბამისი ინფორმაციის მიწოდების ან/და არასათანადო გამჟღავნების გამო; უმცირესობაში მყოფ აქციონერთა უფლებების დაცვა – დავები უმცირესობაში მყოფ და უმრავლესობის მქონე აქციონერებს შორის ბორდის წევრთა წარდგენასთან/ დანიშვნასთან დაკავშირებით, ან აქციათა სავალდებულო მიყიდვისას; ბორდის მიერ უფლებამოსილებათა არასათანადო განხორციელება – დავები აქციონერებსა და ბორდს შორის უკანასკნელის მიერ ჩადენილ დარღვევებზე ან მართვაში დაშვებულ შეცდომებსა თუ გადაცდომებზე; არაშესაბამისობა კორპორაციული კოდექსებისა და მოქმედი

კანონმდებლობის მოთხოვნებთან – დავები აქციონერებსა და ბორდს შორის კოდექსით დადგენილი მოთხოვნების არშესრულების გამო და მოქმედი კანონმდებლობის მოთხოვნათა დარღვევაზე.⁵

გამომდინარე იქიდან, რომ საქართველოს მენარმეთა შესახებ კანონი სრულად ვერ პასუხობს თანამედროვე ბიზნესის მოთხოვნებს, იმ მარტივი მიზეზის გამო, რომ კანონის ჩანაწერი ზოგჯერ ორაზროვან შინაარსს შეიცავს, ასეთ შემთხვევაში მედიაცია შეიძლება იდეალურ საშუალებათა ცკი მივიჩნიოთ იმი-

⁵ იხ. იქვე.

სათვის, რომ მხარეთა შორის დავის გადანყვეტა დამოკიდებული იყოს არა მოსამართლის მიერ კანონის ინტერპრეტაციაზე, არამედ თვითონ მხარეთა ნებასა და ინტერესზე.

რაც შეეხება კომერციულ გარემოს, კანონიერი ბიზნესის და ჯანსაღი კონკურენციის საფუძველი ის ურთიერთობებია, რომლებიც ამა თუ იმ კომპანიას ერთმანეთთან აკავშირებს. ყველაზე მნიშვნელოვანი კი დავის დროს ამ ურთიერთობის შენარჩუნება და დავის სწრაფი მოგვარებაა.

დავის მოგვარების მედიაციის საშუალებით გადანყვეტა, წარმოადგენს იმ ყველაზე ეფექტურ ხერხს, რომელიც ნამდვილად პასუხობს თანამედროვე ბიზნესის მოთხოვნებს. მისი საშუალებით იხარჯება, როგორც ნაკლები დრო ისე ფინანსური რესურსი. გარდა ამისა, ნებაყოფლობითობის პრინციპი მხარეებს აძლევს საშუალებას ისე წაიყვანონ მედიაციის პროცესი როგორც მათ სურთ, თვითონ განსაზღვრონ სამედიაცო მორიგების პირობები, არ შეიზღუდონ თავი მხოლოდ დავის საგნით და ამასთანავე, დაასრულონ მედიაციის პროცესი თავისი სურვილისამებრ.

გარდა ამისა, როგორც ადამიანს გააჩნია ღირსება, ისე იურიდიულ პირს გააჩნია რეპუტაცია. კომპანიათა საქმიანობის ეფექტურობის უზრუნველსაყოფად, უმნიშვნელოვანესია, რომ ნებისმიერი სადავო ვითარება დარჩეს კონფიდენციალობის საზღვრებში, რადგან ზოგიერთი ინფორმაციის გამჟღავნებამ შესაძლოა არასასურველ შედეგამდეც მიგვიყვანოს, განსხვავებით სასამართლოსაგან, სადაც გამონაკლისების გარდა, სხდომათა უმრავლესობა საჯაროა და კონფიდენციალურობას ვერავინ უზრუნველყოფს.

1.2. ათი მიზეზი თუ რატომ უნდა მივმართოთ კომერციული დავების დროს მედიაციას

როგორც უკვე აღვნიშნეთ მედიაცია კომერციულ დავებში შესაძლოა ბიზნესისთვის ერთ-ერთ ყველაზე მომგებიან და ეფექტურ დარგად იქცეს საქართველოს რელობაში.

შეგვიძლია დავასახელოთ მინიმუმ ათი მიზეზი თუ რატომ უნდა გავამახვილოთ ყურადღება მედიაციაზე, როგორც კომერციული დავის გადაწყვეტის ერთ-ერთ საშუალებაზე.

მიზეზი №1

მედიაციის პროცესი შესაძლოა განვითარდეს ოპერატიულად. არ არის საჭირო დავეოლოდოთ იმას, თუ როდის ჩაინიშნება სასამართლო პროცესი, რამდენი ხანი გაგრძელდება, როგორ გადაწყდება და როგორ აღსრულდება. მხარეები თვითონ ირჩევენ მედიაციის ჩატარების დროს და არეგულირებენ მის ხანგრძლივობას.

მიზეზი №2

როგორც ზემოთ უკვე აღვნიშნეთ მედიაციის პროცედურა ეფუძნება კონფიდენციალურობის პრინციპს. ტელევიზიის და პრესის სამყაროში მედიაციის კონფიდენციალურობის მაღალი სტანდარდი დავის გადაწყვეტის ამ სახეობას მიმზიდველ პერსპექტივას უქმნის⁶. ის რაც მედიაციის პროცესზე ითქვა, არ შეიძლება მედიატორის ან რომელიმე მხარის მიერ გაჟღერებული იქნეს სადმე, მათ შორის სასამართლოში. ხელშეკრულების დადება კონფიდენციალურობაზე ერთ-ერთი ხერხია მედიაციის ამ ძირითადი თვისების რეალობაში გატარებისათვის. მხარეებს შეეძლება განსაზღვრონ მათი ვალდებულება ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობაზე მათ მიერ დადებული ხელშეკრულებით. მხარე დაიცავს ამ პრინციპს არა იმიტომ, რომ კანონი ავალდებულებს, ან ვინმემ დაავალა მას, არამედ იმიტომ, რომ იგი დაეთანხმა მის დაცვას და მისი ნება იყო კონფიდენციალურობის შენარჩუნება.⁷

⁶ Goldberg Stephen B., Sander Frank E.A, Rogers Nancy H and Cole Sarah Rudolph, *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*, Aspen Publishers, 2007, გვ. 441.

⁷ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტილების ნაციონალური ცენტრი, *მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში*, თბილისი, 2013, გვ. 28.

მიზეზი №3

მხარეთა ნებაყოფლობითობის პრინციპსა და მედიატორის მიერ მხარეთა ინტერესთა ბალანსის შენარჩუნების შედეგად მიიღება ისეთი გადაწყვეტილება, რომელიც სასურველია ორივე მხარისათვის და შესაბამისად მისი აღუსრულებლობის რისკი ნაკლებია.

მიზეზი №4

მედიაცია ორიენტირებულია მომავალზე და მხარეებს შესაძლებლობას აძლევს არ დარჩნენ კონფლიქტურ სიტუაციაში და განაგრძონ მეგობრული/პარტნიორული ურთიერთობა.

მიზეზი №5

მედიაციის პროცესში, განსხვავებით სასამართლოსგან მხარეები არ არიან შებოჭილნი მხოლოდ დავის უშუალო საგნით. მხარეთათვის სასურველი შედეგის მისაღწევად მათ შეუძლიათ კონფლიქტურ სიტუაციას მიუდგნენ კომპლექსურად და გასცდნენ იმ დავის საგნის საზღვრებს, კონკრეტულად რომელზეც სასამართლოში იდავებდნენ.⁸

მიზეზი №6

განსხვავებით სასამართლო პროცესისგან, მხარეებს ყოველთვის აქვთ შესაძლებლობა დაუბრუნდნენ მედიაციის პროცესს, იგივე დავის საგანზე იგივე მხარეებს შორის და განაგრძონ მათთვის მისაღები გამოსავლის ძიება.

⁸ Beer Jennifer E., Packard, Caroline C, *The Mediator's Handbook: Revised & Expanded fourth edition*, New society publishers, 01.10.2012, გვ. 5.

მიზეზი №7

მედიაციის პროცესი გაცილებით უფრო ეკონომიურია ვიდრე სასამართლოს, მით უმეტეს თუ გავითვალისწინებთ იმას რომ შედეგი შეიძლება უფრო მოკლე დროში იქნას მიღწეული და შესაბამისად მხარეთათვის ასეთ ვითარებაში ხელმისაწვდომი იქნება ეფექტური მართლმსაჯულება, რომელსაც ხშირ შემთხვევაში მხარეები ვერ ლეზულობენ სასამართლოს გადატვირთულობის გამო.

მიზეზი №8

სასამართლოში გადანყვეტილება მიიღება მოსამართლის მიერ, რომელიც შეიძლება კანონიერი იყოს მაგრამ აბსოლიტურად არაპროგნოზირებადი მხარეთათვის. მედიაციის დროს მხარეებს შეუძლიათ წინასწარ განჭვრიტონ მოლაპარაკების შედეგი და ამის შესაბამისად განსაზღვრონ მათი მომავალი ქმედებები.

მიზეზი №9

მედიაციის პროცესი და მისი შედეგი მთლიანად კონტროლირებადია მხარეების მიერ. მხოლოდ მხარეებს შეუძლიათ სწორი გამოსავალი იპოვონ, რადგან მათზე უკეთესად სიტუაციას არავინ იცნობს. გარდა ამისა, მედიაციის ყოველ მხარეს აქვს უფლება თავისი შეხედულებისამებრ უარი თქვას მედიაციის პროცესზე, მედიატორის დახმარება ამ შემთხვევაში მიმართულია იმისათვის, რომ მხარეთა შორის შედგეს კომუნიკაცია მშვიდ გარემოში და რაც შეიძლება მეტი ალტერნატივა შეირჩეს კონფლიქტის გადასაწყვეტად.

შესაბამისად, მხარეთა ნების ავტონომიურობა მედიაციის მთლიან პროცესზე ვრცელდება დაწყებული მედიატორის არჩევიდან დასრულებული შეთანხმებით ან შეუთანხმებლობით.⁹

⁹ Esplugues. C., Marquis L., *New Developments in Civil and Commercial Mediation (Global Comparative Perspectives)*, Volume 6, Springer, 2015, გვ. 28.

მიზეზი №10

ვინაიდან მედიაციის პროცესი წარმართება დახურულ შეხვედრაზე, კომერციული დავა ინარჩუნებს კონფიდენციალურობას, რაც თავის მხრივ ეხმარება კომპანიებს შეინარჩუნონ საქმიანი რეპუტაცია, მიუხედავად იმისა, თუ მათმა რა ქმედებამ გამოიწვია ესა თუ ის კონფლიქტი.

2. წარმომადგენლის მიერ საქმის მომზადება კორპორაციული მედიაციის პროცესისათვის

კორპორაციულ მედიაციის დავებში (და არა მარტო) წარმატების შანსი ერთი ორად იზრდება, როდესაც საქმე კარგად არის მომზადებული მხარის წარმომადგენლის მიერ. მომზადების მთავარი პრობლემა იმაში მდგომარეობს, რომ მხარე და წარმომადგენელი როგორც წესი აბსოლიტურად მოუმზადებლად არიან გამოცხადებულნი, ყველანაირი მოლაპარაკების გეგმის გარეშე.¹⁰ მედიაცია არ წარმოადგენს კიდევ ერთ სასამართლო განხილვას, შესაბამისად საჭიროა მისი ღრმა ანალიზი და საქმისათვის სათანადო მომზადება.

"მოდე ვცადოთ, რატომაც არა" არის არასწორი მიდგომა. წარმატებული კორპორაციული მედიაციის პროცესისათვის მომზადებულმა ადვოკატმა სასურველია, რომ გაითვალისწინოს ქვემოთ მითითებული რჩევები.

2.1. წინასწარ გააფრთხილეთ კლიენტი მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ერთ-ერთ საშუალებაზე

გამომდინარე იქიდან რომ სასამართლოსათვის მიმართვიანობის შედეგად კლიენტთა უკმაყოფილება იზრდება, ისინი მუდმივად სთხოვენ ადვოკატებს მონახონ რაიმე შედარებით უფრო მარტივი და სწრაფი გზა დავის გადასაწყვეტად.

¹⁰ Lewis Susan E., John Wiley and Sons. Inc, *Alternatives to high cost of litigation*, International institute for conflict Prevention and resolution, Vol. 24, No.6, 06.2006, გვ.102

ადვოკატმა წინასწარ უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია კლიენტს მედიაციისა და დავის გადაწყვეტის სხვა ალტერნატიულ საშუალებებზე. ასეთ შემთხვევაში, მედიაციის გამოყენება შეიძლება დავის ჯერ კიდევ ადრეულ სტადიაზე, სანამ ემოციური ფონი მოიმატებს და

მედიაცია ყველაზე ეფექტურია, როდესაც ის დავის საწყის ეტაპზე არის გამოყენებული, თუმცა ამისათვის კლიენტის ინფორმირებაა საჭირო. კლიენტი დარწმუნებული უნდა იყოს რომ მედიაცია ნამდვილად შედეგის მომტანია. საჭიროა, რომ მას განემარტოს მედიაციის დადებითი და უარყოფითი მხარეები, ადრეული ინფორმირებულობით უფრო მეტი შანსია, რომ მხარე უკეთ მოემზადოს და მედიაციის პროცესიც მოდავე მხარეთათვის წარმატებულად დასრულდეს.

2.2 ალუნერეთ მედიაციის პროცესი თქვენს კლიენტს

მედიაციის უშუალო პროცესამდე, ადვოკატმა ზედმინვენით უნდა განუმარტოს კლიენტს მედიაციის არსი და ბუნება. ბევრი კომანიისთვის დავის გადაწყვეტის ეს საშუალება ჯერ კიდევ უცხოა. ყველაზე მთავარი, რაც მხარისთვის უნდა იყოს განმარტებული არი ის რომ მედიაცია არ არის იძულებითი. მედიაცია არ ავალდებულებს კლიენტს რომ გადაწყვიტოს ან სხვაგვარად დაასრულოს დავა. მედიაცია უბრალოდ დამოუკიდებელი მესამე პირის დახმარებით წარმართული პროცესია, რომელიც ორიენტირებულია საერთო ინტერესების გამოკვეთაზე. მედიაციის ეს არაიძულებითი ხასიათი მხარეებს აძლევს საშუალებას თვითონ აკონტროლონ მთლიანი პროცესი და მიყვინენ თავიან რეალურ სურვილებს, რაც ზოგჯერ ვერ ხერხდება სასამართლო პროცესის დროს.

კლიენტი უნდა იყოს ინფორმირებული თუ, როგორ წარმართება მედიაციის ტიპური პროცესი. თავდაპირველად მედიაციის პროცესი იწყება მედიატორის გახსნითი სიტყვით, ამის შემდეგ პრეზენტაცია უშუალოდ მხარეებმა უნდა წარმოადგინონ. არსებობს ვარაუდი რომ პრეზენტაცია უშუალოდ მხარემ უნდა დაიწყოს თუმცა კორპორაციულ დავებ-

ში უპირატესობა ენიჭება პრეზენტაციის ადვოკატის მიერ მომზადებას. ამის შემდგომ ვისმენტ მოდავე მხარის პოზიციას, მედიატორის შეხედულებისამებრ შეიძლება დაიგეგმოს ცალკეული შეხვედრები, სადაც კლიენტები მოახერხებენ, რომ უფრო თავისუფლად ისაუბრონ თავიანთ რეალურ ინტერესებსა და მიზნებზე.

როგორც წესი არანაირი მტკიცებულება, მოწმის დაკითხვა ან ოფიციალური ჩანაწერების გაკეთება არ ხდება მედიაციის პროცესში.¹¹

2.3 შეისწავლეთ მედიაციის მარეგულირებელი კანონმდებლობა თუ ასეთი არსებობს და თვითონ მედიატორი

მედიაციის პროცესის მომზადების განმავლობაში, ადვოკატმა უნდა შეისწავლოს მედიაციის მარეგულირებელი კანონმდებლობა თუ ასეთი არსებობს და თვითონ მედიატორი, აუცილებელია რომ მედიატორს შესაბამისი კვალიფიკაცია გააჩნდეს რათა წარუძღვეს პროცესს.

ძირითადი კვალიფიკაცია მოიცავს წინა გამოცდილებას, მხარეებისადმი პატივიცემას, პიროვნულ თვისებებს და დავის საგნის ცოდნას. შესაძლოა იყოს, ან შესაძლოა არ იყოს მნიშვნელოვანი მედიატორის მიერ დავის მარეგულირებელი კანონმდებლობის ცოდნა,¹² ეს დამოკიდებულია კონკრეტულ შემთხვევაზე.

თითოეულ მედიატორს აქვს დავის გადანყვეტის თავისებური სტრატეგია ან თავისებური მიდგომა, ამიტომ ყურადღებით უნდა აირჩეს ისეთი მედიატორი რომელიც ადვოკატისა და მხარის აზრით უკეთ წარმართავს პროცესს.

¹¹ Younger Stephen P, *Effective Representation of Corporate Clients in Mediation*, 59 alb. L. Rev. 951, HEINONLINE, 1996, გვ. 3.

¹² Younger Stephen P, *Effective Representation of Corporate Clients in Mediation*, 59 alb. L. Rev. 951, HEINONLINE, 1996, გვ. 4. Younger Stephen P, *A Mediator Without Expertise May Yield Destructive Results*, NAT'L L.J., 11.04. 1994, at გვ. 14.

2.4 შეარჩიეთ საუკეთესო წარმომადგენელი თქვენი კლიენტისათვის

იურიდიულ პირებს სამართლებრივ ურთიერთობებში წარმომადგენენ როგორც წესი მისი დირექტორები (და/ან სხვა უფლებამოსილი წარმომადგენლები), შესაბამისად, ადვოკატის გარდა პროცესს დირექტორი (და/ან სხვა უფლებამოსილი წარმომადგენელი) ესწრება.

წარმომადგენლობაზე უფლებამოსილი პირის სწორად შერჩევა მნიშვნელოვანი ელემენტია. კომპანიის წარმომადგენელი უნდა იყოს პირი, რომელიც შეძლებს საკუთარი პოზიციის შენარჩუნებას. ზოგიერთი წარმომადგენელი შესაძლოა კარგად ვერ აფიქსირებდეს თავის მოსაზრებას, ზოგიერთი შესაძლოა იმდენად ემოციურად იყოს მიჯაჭვული საქმესთან, რომ ობიექტურად ვერ გაანალიზოს სიტუაცია.

წარმომადგენელი კარგად უნდა იცნობდეს სადავო ურთიერთობის ფაქტებს. თუმცა, არის შემთხვევები როდესაც გამოსადეგიც არის, რომ შეირჩეს ისეთი წარმომადგენელი რომელსაც სადავო საკითხთან პირდაპირი შეხება არ ჰქონია, რათა უზრუნველყოფილი იყოს მხარის დამოუკიდებლობა გარე ფაქტორებისგან.¹³ აუცილებელია რომ კლიენტმა მედიაციის პროცესი დაიწყოს ოპტიმისტურად, შედეგზე ორიენტირებულმა.

საბოლოოდ, არსებითია, რომ მედიაციის პროცესზე წარმომადგენელი იყოს ისეთი პიროვნება, რომელსაც უშუალოდ შეუძლია გადაწყვეტილებების მიღება, რადგან მედიაციის დინამიკურიობიდან გამომდინარე, თუ პროცესზე არ ესწრება ის პირი ვინც იღებს საბოლოო გადაწყვეტილებას, ამან შეიძლება გააჩიანუროს პროცესის მსვლელობა და საბოლოოდ არასასურველ შედეგამდე მიგვიყვანოს.

¹³ Younger Stephen P, Effective Representation of Corporate Clients in Mediation, 59 alb. L. Rev. 951, HEINONLINE, 1996, გვ. 6.

2.5 განხილეთ წინასწარ შეთანხმების პირობები და მოლაპარაკების სტრატეგია

ერთ-ერთი ყველაზე მიმზიდველი მახასიათებელი, რომელიც მედიაციას გააჩნია არის ის, რომ მხარეთა მიერ მიღწევა შეთანხმება, რომელიც არ გულისხმობს მხოლოდ ერთი მხარის მიერ მეორესთვის თანხის გადახდას. კლიენტს უნდა ესმოდეს რომ შესაძლოა არსებობდეს რამოდენიმე სასარგებლო შეთანხმება/გადანწყვეტილება. აუცილებელია, რომ ფულად საკითხებთან ერთად განხილულ იყოს არაფულადი საკითხებიც, თუ რა თქმა უნდა საქმე იძლევა ამის შესაძლებლობას. ესეთი შეიძლება იყოს მაგალითად ფორმალური მობოდიშება. თუმცა, ასეთი საკითხები წინასწარ უნდა იყოს განხილული კლიენტთან რათა შემდგომ მოულოდნელობის ეფექტი არ შეიქმნას.

მედიაციის პროცესში მონაწილეობის მიღებამდე აუცილებელია რომ წინასწარ იქნას დასახული გეგმა თუ რაზე შეიძლება მოლაპარაკება, რა მინიმალური და მაქსიმალური საზღვრები შეიძლება მათ ჰქონდეს, რა ალტერნატივების შეთავაზება შეიძლება. შესწავლილ უნდა იქნას კომპანიის ფინანსური მდგომარეობა, საქმე წინასწარ მომზადებული უნდა იყოს ისე რომ მაქსიმალურად იყოს დაცული კომპანიის ფინანსური ინტერესები. გარდა ამისა, მნიშვნელოვანია რომ ადვოკატმა იმოქმედოს კლიენტთან შეთანხმებულად, არ დაუშალოს მას ფაქტები და არ მიიღოს თვითინებური გადანწყვეტილებები.¹⁴

მონიშნავს მხარეც და მედიატორიც ეცდება რომ კლიენტის და მისი ადვოკატის ესა თუ ის პოზიცია მოდიფიცირებულ იქნას, ამიტომ ყოველი მხარე ყველაფრისთვის მზად უნდა იყოს, მათ შორის ახალი შემოთავაზებების მიღებისთვისაც.

¹⁴ Murray O. Russel, *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Bradford Publishing Company, 2010, გვ. 184.

2.6 შეისწავლეთ თქვენი კლიენტისა და მონინალ- მდეგე მხარის ინტერესები

მედიაციის პროცესის უმეტესი ნაწილი ეძღვნება პირ-ველ რიგში მხარეთა ინტერესების გამოკვეთას და შემდგომ უკვე მოლაპარაკებას. მოლაპარაკების დროს თითოეული მხარე ცდილობს წარმოაჩინოს თავისი ხედვა საკითხის შესახებ და ამასთანავე გაანალიზოს მონინალმდეგე მხარის ინტერესებიც. ყველაზე მომგებიანია ინტერესთა ბალანსის დაცვა. უმჯობესია თუ ადვოკატი ხშირად ჰკითხავს კლიენტს ამა თუ იმ პოზიციის შესახებ თავის აზრს, რადგან ის შეიძლება დროთა განმავლობაში შეიცვალოს.¹⁵

მედიაციის პროცესის მომზადებისას, კარგი იქნება თუ საკითხს ადვოკატი მიუდგება თავდაპირველად მონინალმდეგე მხარის პოზიციიდან. კლიენტთან ერთად მაქსიმალურად უნდა იქნეს გაანალიზებული თუ რატომ წარმოიშვა მათი აზრით კონფლიქტური სიტუაცია, რა მოლოდინები აქვთ და აქამდე რატომ ვერ გადაწყდა ეს დავა. ამის შემდგომ, სასურველია შეფასდეს თუ რა იქნება მომგებიანი კლიენტისთვის და რაზე შეიძლება მოლაპარაკება.

2.7 მიმართეთ პრეზენტაცია უშუალოდ მონინალ- მდეგე მხარის და არა მისი წარმომადგენლისკენ

მედიაცია ადვოკატს ანიჭებს შესაძლებლობას რომ მოლაპარაკება აწარმოოს უშუალოდ მხარესთან, მისი ადვოკატის ჩარევის გარეშე.

როდესაც მედიაციის პროცესის დროს თქვენს პოზიციას აფიქსირებთ, საჭიროა რომ მაქსიმალურად არაკონფლიქტური ურთიერთობა გქონდეთ მოდავე მხარესთან, დასაწყისი დიდწილად განსაზღვრავს პროცესის დასასრულსაც.

¹⁵ Abramson, Harold I, Mediation Representation – Advocating as a Problem-Solver in Any Country or Culture, Second Edition, National Institute For Trial Advocacy, 2010, გვ. 311.

პრევენტაცია მიმართული უნდა იყოს არა მონინალ-მდეგე მხარის ადვოკატის ან მედიატორისკენ არამედ უშუალოდ მხარისკენ, რადგან თვითონ მხარე იღებს გადაწყვეტილებას კონფლიქტის მოგვარების თაობაზე.

მნიშვნელოვანია თუ პოზიციის დაფიქსირების დროს გამოჩნდება დაინტერესება მონინალმდეგე მხარის პოზიციისადმი. ზოგჯერ დავა მხოლოდ იმიტომ მოგვარებულა, რომ რომელიმე მხარემ უბრალოდ ბოდიში მოიხადა.

მონინალმდეგე მხარეს უნდა მიეცეს საშუალება თავისი პერსპექტივიდან განიხილოს დავის საკითხი და მას არ უნდა შეაწყვეტინოთ. ეს ქმნის იმის შთაბეჭდილებას რომ მეორე მხარე ნამდვილად დაინტერესებულია და მას უსმენს. კარგი იქნება თუ მისი გამოსვლის შემდგომ დასვამთ დამაზუსტებელ კითხვებს.

თქვენს კლიენტსაც უნდა მიეცეს საუბრის საშუალება, ეს უფრო მეგობრულს გახდის გარემოს, თქვენ კი უნდა ეცადოთ, რომ საუბარი არ შეაწყვეტინოთ.

ადვოკატის როლი მედიაციაში ერთმნიშვნელოვნად განსხვავდება მისი როლისგან სასამართლო პროცესში. მაგალითისთვის, ეფექტური მედიაცია ადვოკატისგან მოითხოვს რომ გაანალიზოს საქმის დადებითი და უარყოფითი მხარეები, ასევე დაეხმაროს კლიენტს მოლაპარაკების წარმოებაში, ხოლო სასამართლო პროცესში ადვოკატი ძირითადად ორიენტირებულია საკუთარი პოზიციის ყველა ხერხით დამტკიცებაზე.

2.8. იყავით მომთმენნი მედიაციის პროცესის დროს

მედიაციის პროცესი პირველივე შეხვედრაზე შეიძლება არ იყოს შედეგიანი. შედეგად, კლიენტი მოზადებული უნდა იყოს რომ მშვიდად შეხვდეს ამ პროცესს. ასევე უნდა მოიქცეს ადვოკატი, რომელიც ამ პერიოდში შესაძლო გზებს უნდა ეძებდეს შეთანხმების მისაღებად. პროცესის განმავლობაში, ორივე მედიატორი და ადვოკატიც მზად უნდა იყვნენ ახალი

იდებების მოსასმენად. არ უნდა დაგვავინყდეს, რომ მედიაცია მოლაპარაკების პროცესია და მედიატორის მიერ მხარეთა რეალური ინტერესების გათვალისწინება გარკვეულ დროს საჭიროებს. ეს დრო შეიძლება სასარგებლოც კი აღმოჩნდეს დაპირისპირებული მხარეებისთვის, იმდენად, რამდენადაც ემოციური ფონი დროთა განმავლობაში შემცირდება და ორივე მხარე მოლაპარაკებაზე და საერთო ინტერესების პოვნაზე იქნება ორიენტირებული.

2.9. წარუმატებელი მედიაცია შეიძლება მაინც მომგებიანი იყოს

მედიაციის მთავარი დადებითი მახასიათებელი არის ის, რომ მხარეები მოკლე დროში აღწევენ შეთანხმებას. თუმცა ეს ყოველთვის ასე არ ხდება.

არსებობს დავები, რომლებიც მედიაციის საშუალებით არ გადაწყვეტილა, თუმცა ამ შემთხვევაშიც კი მედიაციის პროცესი სასარგებლო აღმოჩნდა.

მედიაციას ფასდაუდებელი სამსახურის განევა შეუძლია ადვოკატისთვის, რომელიც სასამართლო სხდომაზე დაობს კონკრეტულ საკითხზე. მედიაციის საშუალებით შესაძლებელი იქნება პროცესის შესწავლა, პოზიციის ძლიერი და სუსტი მხარეების შეფასება. არის შემთხვევები, როდესაც კლიენტებსა და მათ ადვოკატებს სხვადასხვა ხედვა აქვთ სადავო საკითხის გადაწყვეტასთან მიმართებით, ზოგჯერ კლიენტი მხოლოდ მოგებაზე ფიქრობს და არ ცდილობს გაიაზროს თუ რა პრობლემა შეიძლება წარმოიშვას მომავალში. ადვოკატები კი პირიქით, ზოგჯერ ზედმეტად ფრთხილებიც არიან რაც ზოგჯერ რეალობასაც სცდება¹⁶. ხშირად ადვოკატები, ისევე როგორც კლიენტები გადამეტებულად აფასებენ საკუთარ პოზიციას და მიაჩნიათ, რომ მათ ძლიერი არგუმენ-

¹⁶ Binder David A., Bergman Paul Bruce, Price Susan C, West Publishing Company, 1991, გვ. 209.

ტები გააჩნიათ. თუმცა, მედიაციის პროცესი მათ სწორედ იმაში ეხმარება, რომ რეალურად შეაფასონ თავიანთი ძლიერი მხარეები დაინახონ სუსტი, იფიქრონ ამ სუსტის გამოსწორებაზე.¹⁷ ეს კი შესაძლოა მნიშვნელოვნად დაეხმაროს კომპანიას მოსალოდნელი ფინანსური ზარალის თავიდან ასაცილებლად.

3. მიღწეული შეთანხმების აღსრულებადობა

იმისათვის რომ მედიაციისთვის მიმართვიანობა ობიექტურ ჭრილში იქნას განხილული, საჭიროა მოსალოდნელი რისკების შეფასებაც. ყველაზე ცუდ შემთხვევაში მედიაციის შედეგად მიღწეული შეთანხმება შეიძლება არ აღსრულდეს, ანუ მხარემ (და/ან მხარეებმა) თავი აარიდოს მის შესრულებას, ამის შედეგად შესაძლოა შემცირების ნაცვლად უფრო მეტი დრო და ფინანსური რესურსი დაიხარჯოს.

საქართველოს კანონმდებლობით დარეგულირებული არის მხოლოდ სასამართლო მედიაციის და სანოტარო მედიაციის შემთხვევები. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის თანახმად, თუ სასამართლო მედიაციის შედეგად, მხარეები შეთანხმდებიან, სასამართლო მხარეთა შუამდგომლობის საფუძველზე გამოიტანს განჩინებას, მხარეთა მორიგების დამტკიცების შესახებ.¹⁸ როგორც ვხედავთ, სასამართლო მედიაციის შედეგად მიღწეული შეთანხმება ყალიბდება საქმის წარმოების შეწყვეტის შესახებ განჩინების სახით, სადაც სასამართლო დეტალურად და ამომწურავად განსაზ-

¹⁷ Schachter Brian, *What positives can come out of an unsuccessful mediation?*, *Ess Settlement Services, Above and Beyond*, 28.04.2015, ხელმისაწვდომია <http://esqsettlements.com/what-positives-unsuccessful-mediation>.

¹⁸ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 14.11.1957, 187¹ (1).

ღვრავს მორიგების პირობებს.¹⁹ ამასთან, საქმის წარმოების შეწყვეტის შემთხვევაში სასამართლოსადმი ხელმეორედ მიმართვა დავაზე იმავე მხარეებს შორის, იმავე საგანზე და იმავე საფუძვლით არ შეიძლება²⁰, რაც თავის მხრივ, უზრუნველყოფას მხარეთა მიერ მიღწეული შეთანხმების აღსრულებადობას დროის მოკლე პერიოდში.

განჩინების სახით მიღებულ სამედიაციო შეთანხმებას გააჩნია უარყოფითი მხარეც, იგი აღსასრულებლად მიექცევა დაუყოვნებლივ მხარეთა ნების გარეშე, რაც არსებითად ეწინააღმდეგება ნებაყოფლობითობის პრინციპს, რადგან მხარეებმა თვითონ უნდა გადანყვიტონ სურთ თუ არა ამ შეთანხმების აღსრულება.²¹

რაც შეეხება, კერძო მედიაციის შემთხვევებს, იგი მონესრიგებული არ არის საქართველოს კანონმდებლობით, შესაბამისად რეგულირების მიღმა რჩება მისი აღსრულების საკითხიც, თუმცა ეს არ შეიძლება აღქმული იყოს როგორც მედიაციისთვის მიმართვიანობის შემაფერხებელი ფაქტორი, ვინაიდან ზოგადად, მედიაციის შედეგად გადანყვიტილებას იღებს არა მედიატორი, არა მოსამართლე, არა არბიტრი, არამედ უშუალოდ მხარეები და მიღწეული შეთანხმებაც სწორედ მათი ინტერესების შეჯერების საფუძველია. მიღწეული შეთანხმება თუ სრულად არ პასუხობს მხარეთა ინტერესებს მაშინ ეს არ იქნება მათ შორის დავის გადანყვიტის საუკეთესო გზა.²²

მედიაციის შედეგად მიღწეული შეთანხმება ხელშეკრუ-

¹⁹ ლილუაშვილი თ., ხრუსტალი ვ., *საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მეორე გადაამუშავებული და შესწორებული გამოცემა*, თბ., 2007, გვ. 374.

²⁰ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 14.11.1957, 273 (2).

²¹ Golann Dwight, Folberg Jay, *Mediation The roles of Advocate and Neutral, Second Edition*, Aspen Publishers, 2011, გვ.

²² Siddik A El, *Enforceability of Mediation Outcome*, Murdoch University Electronic Journal of Law (2010) 17 (2), გვ. 14.

ლებათა.²³ ვინაიდან მორიგება მიღწეულ იქნა, შეგვიძლია ვივარაუდოთ, რომ სახეზე იყო როგორც ოფერტი ისე აქცეპტი. შესაბამისად, შეთანხმებით ნაკისრი ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში, ვრცელდება იგივე წესები რაც ხელშეკრულების პირობების დარღვევის დროს²⁴. თუმცა, სასამართლოში საქმის განხილვის დროს შესაძლოა იმის მტკიცება გახდეს საჭირო საერთოდ დაიდო თუ არა ხელშეკრულება ან ხომ არ არის ის ბათილი.

განვითარებული სამეწარმეო გარემოს შექმნისათვის, აუცილებელია, რომ ყოველი რისკი შეფასებული იყოს. ამიტომ თუ გვსურს, რომ მედიაციის მიმართ დაინტერესება გაიზარდოს, ვფიქრობთ, რომ აუცილებელია მისი აღსრულების საკანონმდებლო რეგულირება, რადგან სწორედ ასეთი რეგულირება შექმნის მედიაციის, როგორც დავის გადანწყვეტის სანდო ხერხის საფუძველს.

4. აღსრულების საკითხზე მსჯელობისას, აუცილებლად უნდა გავამახვილოთ ყურადღება იმაზე რომ ამ კონკრეტულ შემთხვევაში საქმე ეხება კორპორაციულ დავებს, ანუ კომპანიებს, რომელთათვისაც საქმიან რეპუტაციას გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს. შესაბამისად, იმის რისკი რომ მედიაციის შედეგად მიღწეული შეთანხმება შეიძლება არ აღსრულდეს, არის უფრო ნაკლები ვიდრე დავის სხვა კატეგორიებში. შესაბამისად, მისი აღსრულების რეგულირების არ ქონამ, არ უნდა დააბრკოლოს კომპანიები რათა მიმართონ დავის გადანწყვეტის ამ საშუალებას.

²³ იქვე გვ. 17.

²⁴ Fenn Peter, *Commercial Conflict Management and Dispute Resolution*, Spon Press, 2012, გვ. 35.

დასკვნა

„კარგი კორპორაციული მართვის უპირატესობა იკარგება, თუ თქვენ არ გაქვთ დავის გადანყვეტის კარგი საშუალება“, მიგვაჩნია, რომ მედიაცია მომავლის საქმიანობაა. მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი შეჯიბრებითობისა და დისპოზიციურობის პრინციპებს ეფუძნება, ეს საკმარისი არ არის იმისათვის, რომ კონსტიტუციურად გარანტირებული უფლება – ეფექტური მართლმსაჯულება განხორციელებულ იქნას. სასამართლოების გადატვირთულობის და პროცესის გაჭიანურების გამო, ხშირად ინტერესიც კი იკარგება დავის საგნის მიმართ. შესაბამისად, კომერციულ გარემოში სადაც თითოეულ წამს განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს ეკონომიკური სტაბილურობისათვის, აუცილებელია შეირჩეს დავის გადანყვეტის ისეთი ხერხი, რომელიც სწრაფად და მარტივად შეძლებს დავების მოგვარებას.

XXI საუკუნეში როდესაც ყველაფერი კომპიუტერიზებული და ადამიანურობისაგან მაქსიმალურად დაცლილია, ეპოქაში, სადაც ხელშეკრულებებსაც კი რობოტები ადგენენ, მედიაცია იმ ადამიანური ურთიერთობების წყაროდ გვევლინება, რომელსაც შეუძლია პრობლემების უმტკივნეულოდ გადაჭრა. მედიაციის პროცესი არ ექვემდებარება იმპერატიულ კანონებსა და მკაცრ პროცედურებს. სწორედ ასეთი თავისუფლება და მხარეთა აბსოლიტური თანასწორობაა მედიაციის უპირატესობის

ძირითადი მიზეზი. ამ უპირატესობის გამოყენება ყველაზე ხელსაყრელია კორპორატიულ ურთიერთობებში, რადგან თავად ამ ურთიერთობების ქვაკუთხედს წარმოადგენს ნების ავტონომია და თანასწორობა.

გამოყენებული ლიტერატურა

1. დავის ალტერნატიული გადაწყვეტილების ნაციონალური ცენტრი, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბილისი 2013;
2. ლილუაშვილი თ., ხრუსტალი ვ., საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, მეორე გადამუშავებული და შესწორებული გამოცემა, თბ., 2007;
3. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 14.11.1957;
4. Abramson, Harold I, Mediation Representation – Advocating as a Problem-Solver in Any Country or Culture, Second Edition, National Institute For Trial Advocacy, 2010;
5. Beer Jennifer E., Packard, Caroline C, The Mediator's Handbook: Revised & Expanded fourth edition, New society publishers, 01.10.2012;
6. Binder David A., Bergman Paul Bruce, Price Susan C, West Publishing Company, 1991;
7. Bush Baruch Robert A, Folger Joseph P, The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict, Jossey-Bass, 25.10.2004;
8. Esplugues. C., Marquis L., New Developments in Civil and Commercial Mediation (Global Comparative Perspectives), Volume 6, Springer, 2015;
9. Fenn Peter, Commercial Conflict Management and Dispute Resolution, Spon Press, 2012;
10. Golann Dwight, Folberg Jay, Mediation The roles of Advocate and Neutral, Second Edition, Aspen Publishers, 2011;
11. Goldberg Stephen B., Sander Frank E.A, Rogers Nancy H and Cole Sarah Rudolph, Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes, Aspen Publishers, 2007’
12. Lewis Susan E., John Wiley and Sons. Inc, Alternatives to high cost of litigation, International institute for conflict Prevention

- and resolution, Vol. 24, No.6, 06.2006;
13. Murray O. Russel, The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Bradford Publishing Company, 2010;
 14. Rely Therese M. and Mackenzie Deborah L., ADR in the Corporate Environment, Legal Works and Now You Know, 29.10.1999;
 15. Siddik A El, Enforceability of Mediation Outcome, Murdoch University Electronic Journal of Law (2010) 17 (2);
 16. Younger Stephen P., A Mediator Without Expertise May Yield Destructive Results, NAT'L L.J., 11.04. 1994;
 17. Younger Stephen P, Effective Representation of Corporate Clients in Mediation, 59 alb. L. Rev. 951, HEINONLINE, 1996;

ინტერნეტ რესურსები:

<http://www.nplg.gov.ge/gsd/cgi bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0periodika--00-1---0-10-0---0---0prompt-10---4-----0-1|--11-en-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-00&cl=CL4.4&d=HASHb28082b2ef60e6bd07b85b.8.1>=1>

[http://esqsettlements.com/what-positives-unsuccessful-mediation.](http://esqsettlements.com/what-positives-unsuccessful-mediation)

**ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლვილთა სამართალში ადამიანის
უფლებათა ევროპული სასამართლოს
პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა
ევროპული სასამართლოს მიდგომა საიდუმლო
ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით**

ლაშა ლურსმანაშვილი

*ქართული და საერთაშორისო სამართლის
ინსტიტუტის აკადემიური პროგრამების
ხელმძღვანელი*

აბსტრაქტი:

თანამედროვე მსოფლიოს სამართლებრივ სივრცეში ლტოლვილთა სამართალი ერთერთ ყველაზე პრობლემურ დარგად მიიჩნევა. მესამე მსოფლიოს ქვეყნებიდან წამოსული პირები ხშირად მიმართავენ ევროპის ქვეყნებს თავშესაფრის მინიჭების მოთხოვნით. საქართველოც არ არის ამ მხრივ გამონაკლისი. თავშესაფრის მინიჭების პროცედურა განსხვავდება ქვეყნების შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი წესრიგის მიხედვით. თუმცა, ევროპული კავშირის დირექტივებითა და ლტოლვილის სტატუსის განსაზღვრის შესახებ 1951 წლის კონვენციის მეშვეობით მაინც დგინდება თამაშის მეტნაკლებად საერთო წესები. ხშირ შემთხვევაში, ასეთ პირებს თავშესაფრის მინიჭებაზე უარს ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესების მოტივის გამო ეუბნებიან. თუმცა, საგულისხმოა, რომ ამ პირებს არ ააქვთ იმ მტკიცებულებებსა და საფუძვლებზე წვდომა, რომელზე დაყრდნობითაც განხორციელდა თავშესაფრის მინიჭებაზე უარის თქმა. ლტოლვილთა სამართლის პრობლემურობა თუნდაც ამ მარტივი სცენარით აიხსნება. სასწორის პინაზე მოთავსებულია საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ისეთი უზოგა-

ლაშა ლურსმანაშვილი – ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლვილთა სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

დესი პრინციპი, როგორც ეროვნული უსაფრთხოებაა რომელიც ნებისმიერი სახელმწიფოს ცენტრალური ნაწილია, ხოლო მეორე მხარეს მოთავსებულია რიგი დირექტივებითა და საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებებით ნაკისრი ვალდებულებები, განსაზღვრული წინაპირობებისა და გარემოებების არსებობისას, პირისთვის თავშესაფრის მინიჭების თაობაზე. შედეგად, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს წინაშე ხშირად გამხდარა სადავო წინამდებარე ღირებულებათა ბალანსირების საკითხი. მნიშვნელოვანია ოქროს შუალედის ძიება. გაუმართლებელია თავშესაფრის მაძიებლის უფლებების შელახვა ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესით ჰიპოთეტურად აპელირების გამო, საპირისპიროდ, კი, უფრო მეტად გაუმართლებელია სახელმწიფოს არსებითი ეროვნული ინტერესის ხელყოფა თავშესაფრის მაძიებლის უფლებებისთვის არასამართლიანი პრიორიტეტის მინიჭების გამო, მხოლოდ იმიტომ, რომ საერთაშორისო არენაზე დიდი აპლოდისმენტები დაიმსახურო. წინამდებარე სტატიის მიზანი არ არის სახელმწიფო უსაფრთხოების ინტერესის ან ლტოლვილთა უფლებების ადვოკატირება. არამედ, სტატიის მოკრძალებული მცდელობაა განიხილოს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს სტანდარტი ლტოლვილთა სამართალში ეროვნულ უსაფრთხოებასთან და იმ მტკიცებულებებზე წვდომასთან დაკავშირებით, რომლის საფუძველზეც არ ხდება თავშესაფრის მინიჭებაზე მოთხოვნის დაკმაყოფილება. ამ კუთხით, სტატიის ფარგლებში გაანალიზებულია ამ საკითხის ირგვლივ არსებული ზოგიერთი პრობლემური სამართლებრივი ასპექტი. მოცემული მიზნების შესასრულებლად, ძირითადად, მაგალითები ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკიდანაა მოხმობილი.

საკვანძო სიტყვები: ეროვნული უსაფრთხოება, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, თავშე-

საფრის მინიჭება, მტკიცებულებებზე წვდომა, შეჯიბრე-
ბითობის პრინციპი, პერსონალურ მონაცემთა დაცვა.

შესავალი

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია (შემდგომში მოხსენიებული იქნება როგორც კონვენცია) წარმოადგენს შესასრულებლად სავალდებულო ძალის მქონე რეგიონალურ-სამართლებრივ ინსტრუმენტს კონვენციის ხელმომწერი მხარეებისთვის. ხელშემკვერელი მხარეები თანხმდებიან, რომ თავიანთი იურისდიქციის ფარგლებში განუხრელად დაიცავენ კონვენციით განსაზღვრულ უფლებებსა და თავისუფლებებს და შეასრულებენ ამ კონვენციით ნაკისრ ვალდებულებებს. კონვენციის პირველი მუხლით ტყუილად არ არის დადგენილი ადამიანის ძირითად უფლებათა პატივისცემის ხოლო 46-ე მუხლით, გადაწყვეტილების სავალდებულო ძალისა და აღსრულების ვალდებულება.¹ კონვენციის პირველ მუხლში მოხსენიებული ტერმინი “ყველასათვის” იმთავითვე გულისხმობს, რომ კონვენცია სხვა საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებებისაგან განსხვავებით, არ ექვემდებარება ნაცვალგებისა და ეროვნულობის ტრადიციულ დოქტრინებს.² ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ერთერთ ცნობილ საქმეზე *Ireland v. the United Kingdom*, აღნიშნავს, რომ “კლასიკური ტიპის საერთაშორისო შეთანხმებებისგან განსხვავებით, კონვენციით გარანტირებულია უფრო მეტი, ვიდრე უბრალო აბსტრაქციები, რომლებსაც გააჩნიათ შესასრულებლად სავალდებულო ხასიათი წევრი სახელმწიფოებისთვის. იგი ქმნის, საერთო და მრავალმხრივი შეთანხმებების ქსელს, ანუ სხვაგვარად ობიექტურ ვალდებულებებს, რომელიც პრეამბულის ტექსტობ-

¹ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, მუხლი 46: “მაღალი ხელშემკვერელი მხარეები კისრულობენ ვალდებულებას, დაემორჩილონ სასამართლოს საბოლოო გადაწყვეტილებას ნებისმიერ საქმეზე, რომლის მხარეებიც ისიანი არიან.”

² იხ. *Oppenheim's International Law*, Jennings & Watts eds. (9th ed, 1996), პარაგრაფები: 620, 376, 379.

ლაშა ლურსმანაშვილი – ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლვილთა სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

რივი ფორმულირებიდან გამომდინარე, სარგებლობს აღ-
სრულების კოლექტიური მექანიზმით.”³ ეს ნიშნავს იმას, რომ
ადამიანის უფლებები დაცვის ღირსია მიუხედავად პირის
ეროვნულობისა, იმ მარტივი მოცემულობის გამო, რომელიც
ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალში “*by the
virtue of human being*”-ის სახელწოდებითაა ცნობილი.⁴

პირველი მუხლის თანახმად, “ყველა ინდივიდი” სარ-
გებლობს კონვენციით განმტკიცებული უფლებებითა და თა-
ვისუფლებებით მაღალი ხელშემკვრელი მხარეების იურის-
დიქციის ფარგლებში.⁵ ამ კუთხით, კონვენციის პირველი
მუხლის ლექსიკა მკაფიოა. აქ იგულისხმება, რომ სულ ცოტა
თეორიულ დონეზე, კონვენციით გარანტირებული უფლებე-
ბი ხელმისაწვდომია ყველასათვის, მათ შორის უცხოელების-
თვის, მიუხედავად იმისა, არიან თუ არა ისინი მოქალაქეობის
მქონე (მაგალითად, მიგრანტები და ლტოლვილები) თუ არ-
მქონე პირები (ე.წ. “stateless”).⁶ აქედან გამომდინარეობს,
რომ ეროვნულობის, საცხოვრებელი ადგილისა და რეზიდენ-
ტობის მხედველობაში მიღება კონვენციით გათვალისწინე-
ბული უფლებებისა და თავისუფლებების დარღვევის დადგე-
ნისას ირელევანტურია.⁷ ამდენად, კონვენციით განსაზ-
ღვრული უფლებები იმანენტურად ვრცელდება როგორც
მოქალაქეებზე, ასევე მოქალაქეობის არ მქონე პირებზე.
სწორედ ამაში ვლინდება, კონვენციის პირველი მუხლის ძი-
რითადი არსი და სულისკვეთება, როდესაც მიუთითებს, რომ
უფლებები და თავისუფლებები ყველასათვისაა ხელმისაწ-
ვდომი. საგულისხმოა, რომ კონვენცია განსაკუთრებით

³ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Ireland v. the United Kingdom*, App.No. 5310/71, 1978 წლის 18 იანვარი, პარაგ. 239

⁴ იხ. R. Higgins, *Problems and process, international law and how we use it* (1994), გვ. 96.

⁵ იხ. Lambert H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, 2007, Council of Europe Publishing, გვ. 11

⁶ იხ. იქვე., გვ. 11

⁷ იხ. იქვე., გვ. 11

მნიშვნელოვანი დოკუმენტია თავშესაფრის მაძიებელი პირებისთვის. კონვენციის მოქმედების ფარგლები ვრცელდება ევროპის საბჭოს შემადგენლობაში მყოფ ყველა სახელმწიფოზე, რომელშიც 28 სახელმწიფო ევროპული კავშირის წევრია. გარკვეული მიზეზების გამო, ევროპის კონტინენტი განსაკუთრებით მიმზედველია თავშესაფრის მაძიებელი პირებისთვის. სავარაუდო მონაცემებით, ევროპაში დაახლოებით 6.5 მილიონი ლტოლვილია.⁸ საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ზოგადი პრინციპის თანახმად,⁹ სახელმწიფოებს თავისუფლად შეუძლიათ აკონტროლონ უცხოელების ქვეყანაში შემოსვლისა და ცხოვრების საკითხები.¹⁰ კლასიკურ საერთაშორისო სამართალში უცხოელთა აღიარების არ არსებობის ნებისმიერი ვალდებულება განმტკიცებულია სახელმწიფოთა უმრავლესობის ეროვნული კანონმდებლობითა და პრაქტიკით, რომელთა საფუძველია სახელმწიფო სუვერენიტეტისა და ტერიტორიული უზენაესობის პრინციპები.¹¹ თუმცა, თანამედროვე საერთაშორისო სამართლის განვითარებასთან ერთად, თავისუფლების არეალი დინამიურად მცირდება. კერძოდ, ზოგადი საერთაშორისო სამართლის პრინციპებითა და შეთანხმებებით, განსაკუთრებით კი ადამიანის უფლებებისა და ეკონომიკური ინტეგრაციის დარგში.¹² შესაბამისად, უამრავი საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებითაა განსაზღვრული თავშესაფრის მაძიებელთა უფლებები. მაგალითად, ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მე-13 მუხლი, სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ პაქტის მე-13 მუხლში და რა

⁸ როგორც მითითებულია, Marie Whitney K., *DOES THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS PROTECT REFUGEES FROM "SAFE" COUNTRIES?* "Christiane Berthiaume, *Asylum Under Threat*, <
<http://www.unhcr.ch/issues/asylum/rml010l.htm>>"

⁹ ე.წ. *Erga omnes* ნორმების კატეგორია

¹⁰ Lambert H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, 2007, Council of Europe Publishing, გვ. 17

¹¹ იხ. იქვე., გვ. 17

¹² იხ. იქვე., გვ. 17

თქმა უნდა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით განსაზღვრული რიგი უფლებები, მათ შორის მე-4 დამატები-
თი ოქმის მე-2 პუქტით დადგენილი უფლება.

საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებებით ნაკისრი ვალდებულებების არ არსებობისას, სახელმწიფო-
ებს გააჩნიათ დისკრეციული უფლებამოსილება, პირს დარ-
თონ ქვეყანაში შემოსვლის ნება ან პირიქით არ მიანიჭოს მას
ასეთი მოქმედების განხორციელების უფლებამოსილება.¹³
სამეცნიერო წრეებში აღნიშნავენ, რომ ეს იშვიათად ხდება.
ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულებებმა, მათ შორის კონ-
კრეტულმა შეთანხმებებმა ლტოლოვითა უფლებებზე, მნიშ-
ვნელოვნად შეამცირეს სახელმწიფოთა დისკრეციული უფ-
ლებამოსილება ამ საკითხის განსაზღვრის თაობაზე. ამ კუთ-
ხით კი, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა კონვენციამ ითა-
მაშა ე.წ. vis-à-vis როლი ევროპული სახელმწიფოების დის-
კრეციული უფლებამოსილების ფარგლებთან დაკავშირე-
ბით.¹⁴ მიუხედავად თავშესაფრის მაძიებელთა უფლებების
მრავალფეროვანი არსენალისა, ეს სულაც არ ნიშნავს, იმას,
რომ უფლებები აბსოლუტურია, და ისინი არ შეიძლება, რომ
დაექვემდებაროს კონკრეტულ შეზღუდვებს. თავშესაფრის
მაძიებლები უამრავი მიზეზის გამო აწყდებიან სირთულეებს
თავშესაფრის მინიჭების კუთხით, როგორც საჩივრის დასა-
ბუთების მატერიალური ასევე საპროცესო ასპექტების
მხედველობაში მიღებისას. ხშირად სახელმწიფოები, ეროვნული
უსაფრთხოების დაცვის მოტივით, უარს ეუბნებიან
თავშესაფრის მაძიებელ პირებს საერთაშორისო დაცვის მი-
ნიჭებაზე. დამატებითი პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ
სახელმწიფოთა მიერ მიღებული გადაწყვეტილებები ეფუძ-
ნება კონტრ დაზვერვის მიერ მიწოდებულ ინფორმაციას,
რომელზეც განმცხადებელს სხვადასხვა მიზეზების გამო
წვდომა არ გააჩნია. ქართული კანონმდებლობის თანახმად,
კონტრ დაზვერვის მიერ მოწოდებულ ინფორმაციას სახელ-

¹³ იხ. იქვე., გვ.20

¹⁴ იხ. იქვე., გვ.20

მნიფო საიდუმლოებად მიიჩნევს.¹⁵ კერძოდ, „საერთაშორისო დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის 69-ე მუხლის თანახმად, საქართველოს სახელმწიფო უსაფრთხოების სამსახური, სამინისტროს მომართვის საფუძველზე საკუთარი კომპეტენციის ფარგლებში ახდენს თავშესაფრის მაძიებლის იდენტიფიკაციას და შესაბამისი სტატუსის განსაზღვრისას ამონებებს ამ პირის მიერ მიწოდებულ ფაქტებს, აგრეთვე სამინისტროს აძლევს რეკომენდაციას თავშესაფრის მაძიებლის ან საერთაშორისო დაცვის მქონე პირის მიერ საქართველოს სახელმწიფო უსაფრთხოებისთვის პოტენციური საშიშროების შექმნის საკითხზე. ამდენად, თავშესაფრის მაძიებლისთვის ცნობილიც არ არის ის მიზეზი ან მიზეზთა ერთობლიობა, თუ რატომ ეუბნებიან მას უარს თავშესაფრის მინიჭებაზე. კერძოდ, ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის მე-20¹ მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად, „ამ მუხლით გათვალისწინებული საქმის თაობაზე გამოტანილ გადაწყვეტილებაში არ მიეთითება ის მონაცემი, რომელიც გამოიწვევს გასაიდუმლოებული ინფორმაციის გამჟღავნებას.“ ეს ნიშნავს, რომ საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 20¹ მუხლის ნორმატიული შინაარსი, იძლევა შესაძლებლობას, რომ თავშესაფრის მაძიებლისთვის ლტოლვილისა თუ ჰუმანიტარული სტატუსის მინიჭების შესახებ სასამართლო დავების შემთხვევაში თავშესაფრის მაძიებლისა და მათი დაცვის განმახორციელებელი პირებისთვის სახელმწიფო საიდუმლოდ მიჩნეული ინფორმაცია არ იყოს ხელმისაწვდომი.¹⁶ ქართული რეალობიდან გამომდინარე, თავშესაფრის მაძიებლისთვის ლტოლვილის ან ჰუმანიტარული სტატუსის მინიჭებაზე სახელმწიფო უსაფრთხოების უარის თქმის საფუძველად კონტრდაზვერვითი საქმიანობის შედეგად მოპოვებული ინფორმაცია გამოიყენება.¹⁷ „კონტრდაზვერვითი საქმიანობის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-6 მუხლის

¹⁵ იხ. „სახელმწიფო საიდუმლოების შესახებ“ საქართველოს კანონი

¹⁶ იხ. IDFI, ინფორმაციის თავისუფლების განვითარების ინსტიტუტი, „საქართველოში თავშესაფრის მინიჭებაზე უარის თქმის პროცედურები გამჭვირვალე არ არის“, გვ.5

¹⁷ იხ. იქვე., გვ.5

ლაშა ლურსმანაშვილი – ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლოგილთა სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

პირველი პუნქტის მიხედვით, კონტრდაზვერვითი საქმიანობა გასაიდუმლოებულია და ამ საქმიანობის ამსახველი დოკუმენტები, მასალები და სხვა მონაცემები წარმოადგენს სახელმწიფო საიდუმლოებას. მსგავსი პრობლემა ევროპის ბევრ ქვეყანაში. ხშირად, თავშესაფრის მაძიებელი პირები ხშირად მიმართავენ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს და დავობენ, რომ თავშესაფრის მინიჭებაზე უარის თქმით გამონვეულ იქნა კონვენციით გარანტირებული უფლებების ხელყოფა. შედეგად, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა ამ საკითხის ირგვლივ საკმაოდ მრავალფეროვანია.

წინამდებარე სტატიის მიზანია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს რელევანტური გადაწყვეტილებების მიმოხილვა, რომელიც ეხება თავშესაფრის მაძიებლის ინდივიდუალური უფლებებისა და ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესების ერთობლივ ანალიზს. დამატებით კი, განხილული იქნება ევროპული სასამართლოს მიერ საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის სტანდარტი Leander-ის, Rotaru-სა და სხვა საქმეების მიხედვით.

2. თავშესაფრის მაძიებლის ინდივიდუალური უფლებები ეროვნული უსაფრთხოების პირისპირ

2017 წლის 15 აპრილს, ნიუ-იორკში, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის უშიშროების საბჭოს ტერორიზმთან წინააღმდეგ ბრძოლის კომიტეტზე, უმაღლესი კომისრის ასისტენტმა მოხსენებისას აღნიშნა, რომ ეროვნული უსაფრთხოების განმტკიცება და ლტოლვილთა დაცვა უნდა აღიქმებოდეს ერთობლივ პრიორიტეტად.¹⁸ ეროვნული უსაფრთხოების განმტკიცებით არ უნდა შეილახოს თავშესაფრის მაძიებლის უფლებები, ხოლო თავშესაფრის მაძიებლის უფლებე-

¹⁸ იხ. United Nations Security Council Counter-Terrorism Committee New York, 5 April 2017 Open Briefing by Volker Türk, Assistant High Commissioner for Protection, გვ.1

ბისთვის გადაჭარბებული პრიორიტეტის მინიჭებით არ უნდა შეილახოს ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესი. მნიშვნელოვანია ორივე ინტერესის სამართლიანი დაბალანსება, ოქროს შუალედის ძიება. ადამიანის უფლებათა დაცვის სადარაჯოზე მყოფი, სტრასბურგის სასამართლოც იზიარებს ამ მოსაზრებას, და ზემოაღნიშნულ მისიას კუმულაციურ ერთობლიობად განიხილავს. ამის ნათელი დასტურია პრეცედენტულ სასამართლო პრაქტიკაში არსებული ის გადაწყვეტილებები, რომლებიც შეეხება ეროვნული უსაფრთხოებისა და თავშესაფრის მაძიებელი პირთა ინდივიდუალურ ინტერესებს. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებათა კატეგორიას, რომელიც შეეხება თავშესაფრის მაძიებელი პირების უფლებებს პრაქტიკაში ე.წ. დუბლინის გადაწყვეტილებების სახელით არის ცნობილი.¹⁹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს როლი ლტოლვილთა უფლებების განმტკიცებასა და ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესების ბალანსირების კუთხით ფასდაუდებელია.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებებში, რომელიც ეხება ლტოლვილთა უფლებებს, ერთერთი ყველაზე ხშირად ციტირებადი საქმეა, 1989 წლის 7 ივლისის გადაწყვეტილება, საქმეზე *Soering v. United Kingdom*.²⁰ საქმეში არსებული მასალების მიხედვით, განმცხადებელი თავის მეგობარ გოგოსთან ერთად დააკავეს ინგლისში, ჩეკის გაყალბების ბრალდებით. თუმცა, მანამდე მას ბრალად ედებოდა ვირჯინიის უნივერსიტეტში სწავლის დროს, მეგობარი გოგოს მშობლების მკვლელობა. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს წინაშე, იგი დავობდა, რომ ამერიკის შეერთებულ შტატებში დაბრუნების შემთხვევაში მას სიკვდილით დასჯიდნენ. მოცემულ გადაწყვეტილებაში, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ იმ-

¹⁹ იხ. ე.წ. “დუბლინის საქმეები”

[https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Dublin_ENG.pdf]

²⁰ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Soering v. United Kingdom*, App.No. 14038/88, 1989 წლის 7 ივლისი

სჯელა კონვენციის მე-3 მუხლის აგებულებასა და მოქმედე-
ბის ფარგლებზე. სასამართლომ დაადგინა, რომ არასათანადო
მოპყრობა უნდა აღწევდეს სიასტიკის მინიმალურ
ზღვარს, იმისათვის, რომ მოპყრობა მოექცეს მე-3 მუხლის
დაცვის ფარგლებში. ადამიანის უფლებათა ევროპულ სამარ-
თალში მოღვაწე მეცნიერები აქტიურად აღნიშნავენ, რომ
სოერინგის დოქტრინა კონვენციის მე-3 მუხლის დაცვის
ფარგლების კუთხით, საკმაოდ ფართოა.²¹ უნდა აღინიშნოს,
რომ დაცვის ფარგლები იმდენად გაფართოვდა, რომ სასა-
მართლო კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევას მიიჩნევდა
არამხოლოდ, პირობითად, დიდ ბრიტანეთს რომ განეხორცი-
ელებინა კონვენციის მე-3 მუხლით აკრძალული ქმედება,
არამედ, კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევის რისკის შემ-
თხვევაშიც, სახელმწიფო კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვე-
ვის რისკის წინაშე აღმოჩნდება.²² უნდა აღინიშნოს, რომ აღ-
ნიშნული პრაქტიკა მომდევნო გადაწყვეტილებებით შეიცვა-
ლა.

მაგალითად, საქმეზე *Vilvarjah and Others v. the United Kingdom*, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განსაზღვრა, რომ აუცილებელია მკაფიო მიზეზ-შედეგობ-
რივი კავშირის არსებობა არასათანადო მოპყრობასა და საფ-
რთხეს შორის.²³ ხოლო, უკვე შემდგომ, ადამიანის უფლებათა
ევროპულმა სასამართლომ, საქმეზე, *Saadi v. Italy*, კიდევ ერ-
თელ დადასტურა მე-3 მუხლისა აბსოლუტური ხასიათი.

აღსანიშნავია, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასა-
მართლოს 1996 წლის 11 ნოემბრის გადაწყვეტილება, საქმე-
ზე *Chahal v. The United Kingdom*.²⁴ განმცხადებელი დავობდა,

²¹ იხ. [<https://www.lawteacher.net/cases/soering-v-united-kingdom.php>.]

²² იხ. იქვე.,

²³ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Vilvarjah and Others v the United Kingdom*, App.No. 3163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87. 1991 წლის 30 ოქტომბერი, პარაგ. 105

²⁴ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *CHAHAL v. THE UNITED KINGDOM*, App.No. 70/1995/576/662, 1996 წლის 11 ნოემბერი

რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციით დაცული რიგი უფლებების დარღვევას. კერძოდ, იგი მიუთითებდა, კონვენციის მე-3, მე-5, მე-8, მე-13 და 50-ე მუხლების დარღვევაზე. უნდა აღინიშნოს, რომ ბატონი ჩაჰალი შემჩნეული იყო ტერორისტულ საქმიანობაში, ასევე მას ბრალად ედებოდა ინდოეთის პრემიერ მინისტრის მკვლელობის კონსპირაციაში მონაწილეობის მიღება. საგულისხმოა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოსამართლეთა უმრავლესობამ გაიზიარა განმცხადებლის პოზიცია და დაადგინა, რომ გადაცემების შემთხვევაში ადგილი ექნებოდა შესაბამისი მუხლების დარღვევას. აღნიშნული საქმის მნიშვნელობა თავშესაფრის მაძიებელი პირებისთვის განუზომელია ორი მიზეზის გამო. პირველ რიგში, იმიტომ რომ მასში ეროვნული უსაფრთხოებისა და თავშესაფრის მაძიებლის ინდივიდუალურ უფლებებს შორის ბალანსის დადგენის კუთხით დადგენილია მნიშვნელოვანი სახელმძღვანელო დებულებები და სტანდარტები, ხოლო მეორეს მხრივ, იმიტომ, რომ ეს გადაწყვეტილება ყურადღებას ამახვილებს თავშესაფრის მაძიებელი პირის უფლებაზე ჰქონდეს იმ საიდუმლო ინფორმაციაზე წვდომა, რომლის საფუძველზეც მას ეთქვა უარი ამ უკანასკნელის მინიჭებაზე. თავდაპირველად, სასამართლომ იმსჯელა კონვენციის მე-3 მუხლის მოქმედების ფარგლებზე და განსაზღვრა, რომ ხელშემკვრელი სახელმწიფოები სარგებლობენ უფლებით, როგორც ეს დადგენილია საერთაშორისო სამართლის ყველასათვის ცნობილი და კარგად ჩამოყალიბებული პრაქტიკით, აკონტროლონ ლტოლვილთა ქვეყნის ტერიტორიაზე შემოსვლა, ქვეყნიდან გასვლა და ქვეყნის ტერიტორიაზე დარჩენა.²⁵ თუმცა, სასამართლო იქვე მიუთითებს, რომ პრეცედენტული სასამართლო გადაწყვეტილებებით დადგენილი პრაქტიკის თანახმად, ხელმომწერი სახელმწიფოს მიერ თავშესაფრის მაძიებლის გადაცემით შესაძლებელია გამოწვეულ იქნეს როგორც, კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა, ასევე სახელმწიფოსთვის კონვენციით გათვალისწინებული

²⁵ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *CHAHAL v. THE UNITED KINGDOM*, App.No. 70/1995/576/662, 1996 წლის 11 ნოემბერი, პარაგ.73

პასუხისმგებლობის დაკისრება შესაბამისი გარემოებების არსებობისას, თუ სახეზე გვაქვს არსებითი საფუძველი, რომ განსახილველ შემთხვევაში, პირი, წარმოშობის ქვეყანაში დაბრუნებისას დაექვემდებარება მე-3 მუხლით აკრძალულ მოპყრობას.²⁶ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო იდგა მნიშვნელოვანი გამოწვევის წინაშე. კერძოდ, მას ევალებოდა ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესისა და განმცხადებლის ინდივიდუალური ინტერესების ბალანსირება, ჯერ ერთი, რომ არ დაექვემდებარებულიყო კონვენციის მე-3 მუხლით გათვალისწინებულ მოპყრობას და მეორე, არ შელახულიყო მისი, როგორც თავშესაფრის მაძიებლის უამრავი საერთაშორისო ინსტრუმენტით გათვალისწინებული უფლებები. სასამართლო, გადანყვეტილების 76-ე პრაგრაფში სამართლიანად მიუთითებს, ზემოხსენებული ინტერესების დაბალანსების აუცილებლობის მართებულობის თაობაზე.²⁷ ამ შემთხვევაში სასამართლოსთვის უფრო ფასეული იყო განმცხადებლის კონვენციის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული, ბუნებითი და ნეგატიური უფლებები. მას უნდა განესაზღვრა წარმოადგენდა თუ არა ეროვნული ინტერესი იმგვარ წონად არგუმენტს, რომელიც შეძლებდა განმცხადებლის მე-3 მუხლით განსაზღვრული მოპყრობისთვის დაქვემდებარების გამართლებას. თავის მხრივ განმცხადებელი მიუთითებდა, რომ იგი არ წარმოადგენდა საფრთხეს ეროვნული უსაფრთხოებისთვის, თუმცა ნებისმიერ შემთხვევაში ეროვნული უსაფრთხოების არგუმენტით აპელირება, არ წარმოადგენს არგუმენტს, რომელიც შეძლებდა ინდივიდუალური საფრთხისთვის დაქვემდებარების, ან პირისთვის ასეთი საფრთხის პირდაპირპოპორციული ადმინისტრირების აუცილებლობის გამართლებას.²⁸ სასამართლო აღნიშნავს, რომ ინდოეთში დაბრუნების შემთხვევაში ბატონი ჩაჰალი დაექვემდებარება იმგვარ მოპყრობას, რომელიც ეწინააღმდეგება

²⁶ იხ. იქვე., პარაგ.74

²⁷ იხ. იქვე., პარაგ.76

²⁸ იხ. იქვე., პარაგ.77

კონვენციის მე-3 მუხლის სულს.²⁹ ასამართლო ასევე ამახვილებს ყურადღებას, რომ განმცხადებლის პროფილი და “ავტორიტეტი”, რომლითაც იგი სარგებლობს ინდოეთში უფრო ზრდის კონვენციის მე-3 მუხლით დაგმობილი ქმედებისთვის დაქვემდებარების შანსს.³⁰ როგორც ზემოთ აღინიშნა, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს შეფასების ნაწილში, კონვენციის მე-3 მუხლთან მიმართებით, მას სიტყვასიტყვით, ტერმინოლოგიურად არ განუმარტავს, რომ კონვენციის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული მოპყრობისთვის დაქვემდებარების ალბათობა გადაწონის ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესებს, ან პირიქით. თავად ფაქტი, რომლის მიხედვითაც სასამართლო ადგენს, რომ გაძევების შემთხვევაში ადგილი ექნებოდა კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევას, და უფრო მეტიც გაიზიარა, ბატონი ჩაჰალის მიერ 77-ე პარაგრაფში მითითებულ პოზიცია თავისთავად მეტყველებს წინამდებარე საკითხის მიმართ სასამართლოს დამოკიდებულებაზე. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოსაზრებით, ბატონი ჩაჰალის ინდოეთში დაბრუნების შემთხვევაში არსებობს კონვენციის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული პირის განუყოფელი უფლების დარღვევის გონივრული საფრთხე,³¹ ხოლო განმცხადებლის მოსაზრების გაზიარებით, ივარაუდება, რომ პირის უფლებას, გაძევების შემთხვევაში არ იქნეს დაქვემდებარებული მე-3 მუხლით აკრძალულ მოპყრობას ანიჭებს უპირატეს სამართლებრივ ძალას, ვიდრე, ამ კონტექსტში, ეროვნული უსაფრთხოების ჰიპოთეტურ ინტერესს. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ასეთი რისკის განჭვრეტისთვის, როდესაც საქმე ეხება ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესს, მტკიცებულებათა მაღალ სტანდარტს მოითხოვს.³²

ბატონი ჩაჰალი ასევე მიუთითებდა, რომ ინდოეთში გა-

²⁹ იხ. იქვე., პარაგ.104

³⁰ იხ. იქვე., პარაგ. 106

³¹ იხ. იქვე., პარაგ.87-94

³² იხ. იქვე., პარაგ.90

ძევების შემთხვევაში ადგილი ექნებოდა კონვენციის მე-8 მუხლით დადგენილი პირადი და ოჯახური ცხოვრების ხელშეუხებლობის ძირითადი უფლების ხელყოფას. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს კარგად დადგენილი პრაქტიკით განსაზღვრულია, რომ პირადი და ოჯახური ცხოვრების კონცეფცია არ ექვემდებარება და არც შეიძლება რომ დაექვემდებაროს ამომწურავ განმარტებას. ამდენად, აღნიშნულ საქმეზე კონვენციის მე-8 მუხლის მოქმედების ფარგლების გავრცელება სასამართლოსთვის არ წარმოადგენდა განსაკუთრებულ პრობლემას. კონვენციის მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტით დადგენილია ძირითად უფლებაში ჩარევის ტესტი. მოცემულ შემთხვევაში ძირითადი უფლებით დაცულ სფეროში ჩარევას გააჩნდა საკანონმდებლო საფუძველი და ემსახურებოდა ლეგიტიმურ მიზანს. მთავარი პრობლემა მდგომარეობდა, უფლებაში ჩარევის ტესტის მე-3 წინაპირობაში, რომელიც ითვალისწინებს ჩარევის აუცილებლობას დემოკრატიულ საზოგადოებაში, ე.წ. ჩარევის საჭიროების განსაზღვრის პრობლემას.³³ მოპასუხე მხარე აღნიშნავდა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლით მინიჭებული დისკრეციული უფლებამოსილება სახელმწიფოს აღჭურავდა ფართო მანევრირების უფლებამოსილებით, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფოებს უფლება ჰქონდათ ეროვნული უსაფრთხოების დაცვის მიზნით, ჩარეულიყვნენ მე-8 მუხლით დაცული ძირითადი უფლებით დაცულ სფეროში, რომელიც თავისთავად დაექვემდებარებოდა კონსტიტუციურ სამართლებრივ გამართლებას.³⁴ მე-8 მუხლის შესაძლო დარღვევასთან მიმართებით, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიდგომა არ განსხვავდებოდა კონვენციის მე-3 მუხლის შესაძლო დარღვევის კუთხით გამოტანილი გადაწყვეტილებისგან. სასამართლო აღნიშნავს, რომ მას ეჭვი არ ეპარება, რომ მოპასუხე სახელმწიფო შეასრულებს უკვე მიღებულ გა-

³³ იხ. იქვე., პარაგ.136 “აუცილებელი დემოკრატიულ საზოგადოებაში ეროვნული უსაფრთხოების განმტკიცების მიზნებისთვის”

³⁴ იხ. იქვე., პარაგ.136

დანყვეტილებას, ამდენად, სასამართლო საჭიროდ აღარ მიიჩნევა პასუხი გასცეს ჰიპოთეტურ შეკითხვას მე-8 მუხლით დაცულ სფეროში ჩარევის თაობაზე, რელევანტური ლეგიტიმური მიზნების მიღწევის კუთხით.³⁵

შემდეგი სადავო საკითხი ეხებოდა კონვენციის მე-13 მუხლის დარღვევას. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია არ არის მხოლოდ აბსტრაქტული და თეორიული დოკუმენტია უფლებების დაცვისთვის, არამედ კონვენციის ხიბლი სწორედ მის პრაქტიკულ, დინამიურ და ეფექტიან ხასიათშია. თავის მხრივ, კონვენციის მე-13 მუხლი განამტკიცებს სამართლებრივი დაცვის ეფექტიანი საშუალების უფლებას, რომლის დარღვევაზე დავა მხოლოდ სხვა უფლებებთან პარალელის გავლებითაა შესაძლებელია. ბატონი ჩაჰალის შემთხვევაში, სახეზე გვაქვს კონვენციის მე-3, მე-5 და მე-8 მუხლები. იგი აღნიშნავს, რომ საშუალება არ იყო არც ეფექტური და არც ქმედითი.³⁶ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, მოცემულ საქმეზე აღნიშნავს, რომ ეროვნული უსაფრთხოების საკითხზე აპელირებისას, საშუალება უნდა იყოს იმდენად ქმედითი რამდენადაც ეს შესაძლებელია.³⁷ ეს გამომდინარეობს იქედან თუ რა ტიპის საიდუმლო ინფორმაციაზე დაყრდნობითაა მიღებული გადანყვეტილება ეროვნული უსაფრთხოების საკითხის ირგვლივ აპელირების საჭიროებაზე.³⁸ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ კიდევ ერთხელ გაუსვა ხაზი ბატონი ჩაჰალის კონვენციით გათვალისწინებულ უფლებებსა და ეროვნულ უსაფრთხოებას, კონვენციის მე-13 მუხლის ჭრილში. ეს უკანასკნელი კი, განხილული იყო კონვენციის მე-8, მე-5 და მე-3 მუხლებთან მიმართებით. სასამართლოს მოსაზრებით, მე-13 მუხლი სამართლებრივი დაცვის ეფექტიანი საშუალების ქმედითობის გარანტირების კუთხით, ადგენს, რომ იგი უნდა იყოს იმდენად ეფექტიანი რამდენადაც არსებობს ასეთი ეფექტიანობის მიღწევის გონივრული შესაძლებ-

³⁵ იხ. იქვე., პარაგ.139

³⁶ იხ. იქვე., პარაგ.141

³⁷ იხ. იქვე., პარაგ.142

³⁸ იხ. იქვე., პარაგ.143

ლობა, იმ ფაქტობრივი გარემოებების არსებობისას, როდესაც ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესი არ იძლევა სენსიტიური ინფორმაციის გამჟღავნების შესაძლებლობას.³⁹ შემდგომ, სასამართლო უთითებს, რომ სამართლებრივი დაცვის ეფექტიანი საშუალების მოთხოვნები, რაც მდგომარეობს ეფექტიანობის მაქსიმალიზაციის იდეაში, არ შეესაბამება მომჩივანის კონვენციის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული მოპყრობისთვის დაქვემდებარების საფრთხეს, როდესაც ეროვნული ინტერესები არ არის მატერიალური.⁴⁰ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოტივაცია მდგომარეობს იმაში, რომ კონვენციის მე-13 მუხლით დადგენილი მექანიზმის ეფექტიანობის აბსოლუტური სტანდარტი არ უნდა გავრცელდეს იმ შემთხვევებზე, მაშინ როდესაც, კონტექსტალურად (ბატონი ჩაჰალის შემთხვევაში) ეროვნული ინტერესების მხედველობაში მიღება არ არის რელევანტური. მიუხედავად იმისა, რომ ამგვარ საქმეებში ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია განმცხადებელს არ სთავაზობს კონვენციის მე-13 მუხლის დაცვის აბსოლუტურ მასშტაბს, იგი მაინც აღნიშნავს, რომ მე-13 მუხლით დადგენილი ეფექტიანი საშუალების ცნება მოითხოვს თავშესაფრის მინიჭებაზე განცხადების გამოკვლევის დამოუკიდებელ და გულისხმიერ სტანდარტს, დეპორტაციის განმახორციელებელი სახელმწიფოს ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესებზე ყურადღების გამახვილების გარეშე.⁴¹ შედეგად, სასამართლომ დაადგინა, რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციის მე-13 მუხლის კონვენციის მე-3 მუხლთან კავშირში დარღვევას.

ჩაჰალის გადაწყვეტილება არ უნდა იქნეს ალქმული იმგვარად, თითქოს განმცხადებლის ნებისმიერი მითითება კონვენციის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული მოპყრობისთვის დაქვემდებარების თაობაზე, უპირობოდ და ბრმად იქნება გაზიარებული ადამიანის უფლებათა ევროპული სასა-

³⁹ იხ. იქვე., პარაგ.150

⁴⁰ იხ. იქვე., პარაგ.150

⁴¹ იხ. იქვე., პარაგ.151

მართლოს მიერ. პირიქით, სასამართლო კონვენციით განსაზღვრული სანინააღმდეგო მოპყრობის დადგენისთვის მტკიცებულებათა საკმაოდ მაღალ სტანდარტს ითვალისწინებს. ამის ნათელი მაგალითია 1997 წლის 29 აპრილის გადაწყვეტილება, საქმეზე *H.L.R. v. France*.⁴² განმცხადებელი იყო კოლუმბიის მოქალაქე, რომელიც საფრანგეთის ტერიტორიაზე ბინადრობის მუდმივი უფლებით სარგებლობდა. 1989 წლის 14 მაისს, იგი დააკავეს კოლუმბიიდან იტალიაში ფრენისას. დაკავებისას მას აღმოაჩნდა 580 გრამი კოკაინი. დაკითხვისას, მან აღიარა იმ პირის სახელი, ვის სასარგებლოდაც მუშაობდა. შედეგად, განმცხადებელი დაექვემდებარა ქვეყნიდან გაძევებას. მან საჩივრით მიმართა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს და მიუთითა, რომ წარმოშობის ქვეყანაში დაბრუნების შემთხვევაში, მას ელოდა კონვენციის მე-3 მუხლით განსაზღვრული მოპყრობა. განმცხადებლის მთავარი არგუმენტი მდგომარეობდა იმაში, რომ კოლუმბიაში ე.წ. “ჩამშვებებს” სასტიკად ექცეოდნენ, და, ამდენად მასაც იგივე ელოდა.⁴³ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ სახელმწიფოების განუყოფელი პოზიტიური ვალდებულებების წყალობითა და წინამდებარე უფლების აბსოლუტური ხასიათის გათვალისწინებით, მე-3 მუხლი ვრცელდება დამამცირებელ და არაადამიანურ მოპყრობაზე, რომელიც შესაძლებელია, რომ განახორციელოს ინდივიდმა, მაშინ როდესაც, ხელშემკვრელი სახელმწიფო, განხორციელებული აქტებით ან გამოხატული პასიურობით, ვერ ასრულებს კონვენციით ნაკისრ ვალდებულებებს.⁴⁴ აუცილებლად უნდა გაესვას ხაზი იმ გარემოებას,

⁴² ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *H.L.R. v. France*, App.No. 24573/94, 1997 წლის 29 აპრილი

⁴³ იხ. იქვე., პარაგ.30, განმცხადებელი აღნიშნავს: “გამომდინარე ჩადენილი სისხლის სამართლებრივი ქმედებისა და საფრანგეთი მის შესახებ არსებული სისხლის სამართლებრივი ისტორიისა, იგი ვერ შეძლებდა ისეთი ქვეყნის პოვნას, რომელიც მას მიიღებდა, გარდა მისი წარმოშობის ქვეყნის – კოლუმბიისა, თუმცა, კოლუმბიაში მასზე ნარკო ტრეფიკერები აუცილებლად იძიებდნენ შურს, რომელმაც იგი როგორც გადამზიდი ისე დაიქირავეს.”

⁴⁴ იხ. იქვე., პარაგ.30

რომ საქმეში მე-3 მუხლით დადგენილი სიკეთის ფიგურირე-
ბა, ჯერ კიდევ, *a priori*, არ გულისხმობს ხსნებულ სიკეთის
ხელყოფის ალბათობის მაღალი ხარისხის არსებობას. განსა-
კუთრებით, ლტოლვილებთან დაკავშირებულ საქმეებში ადა-
მიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს, კარგად დად-
გენილი პრეცედენტული პრაქტიკით, სწორედ განმცხადე-
ბელს ეკისრება საკუთარი მოსაზრების მტკიცებულებებით
გამყარება, ასეთი მტკიცებულების ან მტკიცებულებათა ერ-
თობლიობის დემონსტრირების ვალდებულება. სხვა სიტყვე-
ებით, რომ ვთქვათ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სა-
მართლის ზოგადი პრინციპების თანახმად, ლტოლვილთა
საქმეების განსაზღვრისას, კონვენციის მე-3 მუხლზე მითი-
თება *ipso factum* არ მოიაზრებს მის არსებობას. იგი ვერ იქნე-
ბა პრეიუდიცია. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამარ-
თლო ტყუილად არ ახსენებს, რომ “კონვენციის მე-3 მუხლი,
მხოლოდ მაშინ მოიცავს ნევრი სახელმწიფოების პასუხის-
მგებლობას, როდესაც განსახილველ შემთხვევაში, ინდივი-
დი, დეპორტირების შემთხვევაში რეალურად დაექვემდებარ-
ება კონვენციის მე-3 მუხლის საწინააღმდეგო მოპყრობას
და იარსებებს ასეთი მოპყრობისთვის დაქვემდებარების “რე-
ალური რისკი”.⁴⁵ რეალურ რისკში მოიაზრება არა განმცხა-
დებლის რწმენა, წარმოდგენა, მოსაზრება ან უბრალო აბ-
სტრაქტული შეხედულება, წარმოშობის ქვეყანაში შესაბამი-
სი მოპყრობისთვის დაქვემდებარების შესახებ, არამედ, დევ-
ნის კარგად დასაბუთებული შიში, რომელიც რელევანტური
მტკიცებულებებით იქნება გამყარებული. ადამიანის უფლე-
ბათა ევროპული სასამართლოს მოსამართლეთა უმრავლე-
სობის პოზიცია ამ საკითხზე ერთგვაროვანია. სასამართლო
მიიჩნევს, რომ მოცემულ შემთხვევაში, განმცხადებელს
ემუქრება არა სახელმწიფო ხელისუფლებისგან, არამედ ადა-

⁴⁵ იხ. იქვე., პარაგ.33, ასევე იხ. პარაგ.39, ადამიანის უფლებათა ევროპული
სასამართლო აღნიშნავს, “აქვე, საჭიროა განისაზღვროს, შეუძლია თუ არა
განმცხადებლის წარმოშობის ქვეყანაში ჩასვლის შემდეგ, განვითარებულ
მოსალოდნელ შედეგებს მოიყვანოს კონვენციის მე-3 მუხლი მოქმედება-
ში.”

მიანთა კონკრეტული ჯგუფისაგან დევნა. სასამართლოს უნდა განესაზღვრა რამდენად შეეძლო წარმოშობის ქვეყანას განმცხადებლის დაცვის ადეკვატური გარანტიებით უზრუნველყოფა. სასამართლო აღნიშნავს, რომ ნებისმიერ შემთხვევაში განმცხადებელმა ვერ შეძლო იმის დემონსტრირება, რომ რისკი მართლაც სერიოზული და ამავდროულად რეალური იყო. საქმის ფაქტობრივი ელემენტები ეფუძნება მხოლოდ განმცხადებლის პირად მოსაზრებებსა და შეხედულებებს, რომელიც სასამართლოს მოსაზრებით, არ არის გამყარებული რაიმე *prima facie* მტკიცებულებით.⁴⁶ საგულისხმოა ისიც, რომ შეუძლებელია სახელმწიფოსთვის ვალდებულების დაკისრება, აბსოლუტური უსაფრთხოების უზრუნველყოფის თაობაზე. მოცემულ საქმეში კი არ იკვეთება, არანაირი გარემოება ან მტკიცებულება, რომელიც სასამართლოს დაარწმუნებს, რომ კოლუმბიის რელიგანტური ორგანოები ვერ შეძლებენ განმცხადებლისთვის, დაცვის ადეკვატური საშუალებების უზრუნველყოფას. ამდენად, სასამართლომ დაადგინა, რომ სახეზე არ იყო კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევა.

მნიშვნელოვანია ჩაჰალის საქმისა და H.L.R.-ის საქმის ერთმანეთისაგან განსხვავება. მიუხედავად იმისა, რომ განმცხადებლები ორივე საქმეში უთითებდნენ, რომ წარმოშობის ქვეყანაში დაბრუნების შემთხვევაში, კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევას ექნებოდა ადგილი, სასამართლომ ეს პოზიცია გაიზიარა მხოლოდ პრეცედენტულ პრაქტიკაში დადგენილი მტკიცებულებათა სტანდარტის დაკმაყოფილების შემდეგ. ბატონი ჩაჰალის შემთხვევაში, საფრთხის წყაროს წარმოადგენდა კონკრეტულად სახელმწიფო ხელისუფლება, ხოლო თავად ამ უკანასკნელის როლი ინდოეთის სახელმწიფოს მიერ დევნის განხორციელებისთვის დაქვემდებარების შესაძლებლობაში ბევრად უფრო დიდი იყო ვიდრე მეორე საქმეში არსებული განმცხადებლის შემთხვევაში. მეორე საქმეში, განმცხადებლის საფრთხის წყაროს წარმოადგენდა კონკრეტული დაჯგუფება და არა თვითონ სახელმწი-

⁴⁶ იხ. იქვე., პარაგ.33

ფო. შემდგომი განსხვავება ეფუძნებოდა დაცვის ხარისხს. *H.L.R.*-ის შემთხვევაში, კოლუმბიას შეეძლო განმცხადებლის დაცვა, ხოლო ინდოეთის შემთხვევაში სახელმწიფო თავად იყო დაინტერესებული ანგარიშსწორებით. თუმცა, მთავარი განსხვავება მაინც წარმოდგენილ მტკიცებულებებშია. ჩაჰალის საქმეში, განმცხადებელმა რეალურად შეძლო ასეთი რისკის რეალიზაციის აღბათობის დემონსტრირება, ხოლო, მეორე საქმეში ასეთ მოქმედებას ადგილი არ ჰქონია. თავად კონვენცია კი, უფლებების პრაქტიკულობის დოქტრინას მეტად ეყრდნობა, ვიდრე რომელიმე განმცხადებლის ილუზიურ მითითებას, კონვენციის მე-3 მუხლით განსაზღვრული მოპყრობის საფრთხის განჭვრეტის თაობაზე.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ 2008 წლის 24 აპრილს მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება გამოიტანა საქმეზე, *C.G. v. Bulgaria*. საქმეში არსებული მასალების მიხედვით, პირველი განმცხადებელი დასახლდა ბულგარეთში 1992 წელს, ხოლო 1996 წლის 9 აპრილს მან იქორწინა მეორე განმცხადებელზე. შეუღლებიდან ცოტა ხნის შემდეგ, მას მიენიჭა ბინადრობის უფლება, ხოლო, მესამე განმცხადებელი – მათი ქალიშვილი დაიბადა 1996 წლის 24 მაისს.⁴⁷ განმცხადებელს ჩამოერთვა ბინადრობის უფლება, და დაექვემდებარა 10 წლიან დეპორტაციას იმ საფუძვლით, რომ იგი წარმოადგენდა სერიოზულ საფრთხეს ეროვნული უსაფრთხოებისთვის.⁴⁸ სხვა სიტყვებით, რომ ვთქვათ საქმე შეეხებოდა ბულგარეთში დიდი ხნის მცხოვრები პირის საიდუმლო მონიტორინგის ანგარიშის საფუძველზე დაყრდნობით გაძევებას ეროვნული უსაფრთხოების მიზნებისთვის. განმცხადებლები დავობდნენ, რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციის მე-8, მე-13 და მე-7 ოქმის პირველი მუხლის დარღვევას. პირველ რიგში, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ იმსჯელა მე-8 მუხლის დარღვევის თაობაზე. სასამართლო მტკიცედ

⁴⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *C.G. v. Bulgaria*, App.No. 1365/07, 2008 წლის 24 აპრილი, პარაგ.5

⁴⁸ იხ. იქვე., პარაგ.6

დგას პოზიციაზე, რომ განმცხადებლის გაძევება წარმოადგენდა საშუალებას, რომლის მეშვეობითაც აშკარად ხორციელდებოდა კონვენციის მე-8 მუხლით დაცულ სფეროში ჩარევა. პროპორციულობის ტესტის თანახმად, შეზღუდვას უნდა გააჩნდეს ნორმატიული საფუძველი, უნდა ემსახურებოდეს ლეგიტიმურ მიზანს და უნდა იყოს ასეთი მიზნის მიღწევის გამოსადეგი საშუალება დემოკრატიულ საზოგადოებაში. პირველ ორ წინაპირობასთან მიმართებით, სასამართლო უბრალოდ არ ადგენს, რომ ჩარევას უნდა გააჩნდეს საფუძველი ეროვნულ კანონმდებლობაში, არამედ ყურადღებას ამახვილებს საკანონმდებლო ნორმის ხარისხსა და ასეთი ნორმის კანონის უზენაესობის პრინციპებთან შესაბამისობაზე.⁴⁹ ამ ფრაზაში სასამართლო გულისხმობს, რომ ეროვნული სამართლის ნორმა უნდა იყოს ხელმისაწვდომი და განჭვრეტადი. ნებისმიერ პირს უნდა ჰქონდეს შესაბამისი ნორმის დარღვევის მოსალოდნელი შედეგების განჭვრეტის შესაძლებლობა. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მნიშვნელოვან განმარტებებს გვთავაზობს ეროვნულ უსაფრთხოებასთან დაკავშირებით, უპირატესად ნორმის განჭვრეტადობის ქრილში. სასამართლო აღნიშნავს, რომ “ეროვნულ უსაფრთხოებასთან კავშირში მყოფი გამოსაყენებელი საშუალებების კონტექსტში, განჭვრეტადობის მოთხოვნა ვერ იქნება ისეთი როგორიც მაგალითად სხვა დარგშია, კერძოდ, განჭვრეტადობის მოთხოვნა, ვერ გაიჭრება იმდენად შორს, რომ მოსთხოვოს თითოეულ ხელშემკვრელ სახელმწიფოს დეტალურად განეროს ყველა ის მოქმედება, რომელიც საფუძვლად დაედება ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესებისთვის გაძევებას.⁵⁰ სასამართლო შემდგომ უთითებს, რომ ეროვნული უსაფრთხოების წინააღმდეგ არსებულ რისკებსა და საფრთხეებს შესაძლებელია გააჩნდეთ სხვადასხვა ბუნება, რომლის განჭვრეტაც შესაძლებელია ვერ განხორციელდეს ან ძალიან გართულდეს, თუმცა, ეს არ ნიშნავს, იმას, რომ თუნდაც მაშინ როდესაც რისკის წინაშე დგას ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესი, დემოკრატიულ

⁴⁹ იხ. იქვე., პარაგ.39

⁵⁰ იხ. იქვე., პარაგ.40

საზოგადოებაში კანონიერებისა და კანონის უზენაესობის კონცეფციებით მოთხოვნილ იქნეს, ისეთი გაძევების ღონისძიება, რომელიც ძირს უთხრის ინდივიდის ძირითად უფლებებს.⁵¹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო აცხადებს, რომ ინდივიდს უნდა გააჩნდეს კონვენციით მინიჭებული უფლებების ეროვნულ დონეზე განხორციელების შესაძლებლობა, რაც გულისხმობს დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი ტრიბუნალის წინაშე, შეჯიბრებითობის პრინციპზე დაფუძნებულ სასამართლო პროცესზე სამართლის ძიების შესაძლებლობას, მით უფრო მაშინ როდესაც საქმე ეხება კლასიფიცირებული ინფორმაციის საფუძველზე პირის გაძევებას. აღნიშნულ საქმეში ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მაგალითის სახით მოიშველია პრეცედენტულ სამართალში უკვე კარგად დამკვიდრებული სტანდარტი და აღნიშნა, რომ ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესის საფუძველიანი და სრულყოფილი განმარტება რიგი მიზეზების გამო შეუძლებელია, მათ შორის მოიაზრება თითოეული ხელმომწერი სახელმწიფოს უნიკალური სამართლებრივი კულტურის, სამართლებრივი ტრადიციებისა და თვითმყოფადობის საკითხები.⁵² მიუხედავად იმისა, რომ ეროვნული ინტერესების ცნება კომპლექსურია, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მიიჩნევს, რომ იგი არ შეიძლება, რომ არაგონივრულად გასცდეს ეროვნული უსაფრთხოების ბუნებრივ და კლასიკურ კონცეფციას.⁵³ სასამართლო განცვიფრებულია ბულგარეთის ხელისუფლების მოქმედებით, ეროვნული უსაფრთხოების ცნების ნებისმიერი პირდაპირი თუ ირიბი მნიშვნელობის მიუხედავად, როგორ უნდა ჩაითვალოს პირ-

⁵¹ იხ. იქვე., პარაგ.40

⁵² იხ. საქმეები: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Esebster v. the United Kingdom*, App.No.18601/91, 1993 წლის 2 აპრილი; *Hewitt and Harman v. the United Kingdom*, App.No. 20317/92, კომისიის 1993 წლის 1 სექტემბრის გადაწყვეტილება; *Christie v. the United Kingdom*, App.No. 21482/93, კომისიის 1994 წლის 27 ივნისის გადაწყვეტილება.

⁵³ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *C.G. v. Bulgaria*, App.No. 1365/07, 2008 წლის 24 აპრილი, პარაგ.43

ველი განმცხადებლისთვის წაყენებული ბრალდებები – რა სერიოზულიც არ უნდა იყოს ნარკოტიკის მოხმარება, და, რა დამანგრეველი ეფექტიც არ უნდა ჰქონდეს მას ადამიანების სიცოცხლეზე – ვერ ჩაითვლება იმგვარ გონივრულ საფუძვლად, რომელიც შეძლებდა ბულგარეთის ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესის დაზიანებას.⁵⁴ მოცემული საქმის ერთ-ერთი ყველაზე კრიტიკული ასპექტი მდგომარეობს იმაში, რომ განმცხადებლისთვის ხელმისაწვდომი არ იყო ის მტკიცებულება ან მტკიცებულებათა ერთობლიობა, კერძოდ, საიდუმლო მონიტორინგისას მოპოვებული მასალები, რომლის საფუძველზეც ბულგარეთის შიდასახელმწიფოებრივმა ორგანოებმა დაასკვნეს, რომ განმცხადებელი წარმოადგენდა საფრთხეს ეროვნული უშიშროებისთვის. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ამ ფაქტს შოკისმომგვრელად აფასებს და განმარტავს, რომ პირველი განმცხადებლის გაძევების გადაწყვეტილებაში მოხსენიებული არ იყო გაძევების არც ერთი ფაქტობრივი საფუძველი, [...] საქმის მეტად კრიტიკული ასპექტი კი მდგომარეობდა იმაში, რომ ეროვნულმა ხელისუფლებამ ვერ შეძლო ვერცერთი კონკრეტული ფაქტის დემონსტრირება, რომელიც საფუძვლად დაედებოდა ფაქტს, რომ განმცხადებელი ნამდვილად წარმოადგენდა საფრთხეს ეროვნული უსაფრთხოებისთვის.⁵⁵ საბოლოო ჯამში, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა და განმარტა, რომ განმცხადებლის შემთხვევა არ შეესაბამებოდა კონვენციის მე-8 მუხლით დადგენილ საქმის განხილვის გონივრულ, საფუძვლიად და სიღრმისეულ სტანდარტებს. სხვა სიტყვებით, რომ ვთქვათ სახეზე გვექონდა ფორმალური და არაფრისმომცემი გადაწყვეტილება.

განმცხადებელი ასევე დავობდა კონვენციის მე-7 ოქმის პირველი მუხლის დარღვევაზე. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო აკრიტიკებს ეროვნული სასამართლოების მიდგომას, რომლებმაც მტკიცებულებათა სათანადო გამოკვლევის, და ზოგადად ასეთი ფაქტის დამდგენი

⁵⁴ იხ, იქვე., პარაგ.43

⁵⁵ იხ, იქვე., პარაგ.46-47

ლაშა ლურსმანაშვილი – ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლვილთა სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

მტკიცებულებების არ ქონის გარეშე გამოიტანეს დეპორტა-
ციის გადაწყვეტილება. სასამართლო აღნიშნავს, რომ სა-
ხელმწიფო რომელიც უცხოელის გაძევებისას ეყრდნობა სა-
ჯარო წესრიგის კონცეფციას, უნდა შეეძლოს იმის დემონ-
სტრირება, რომ აუცილებელი იყო ასეთი საგამონაკლისო
მოქმედების გამოყენება.⁵⁶ სასამართლომ დაასკვნა, რომ
განმცხადებელს ბულაგართიდან გაძევებამდე უნდა ჰქონო-
და კონვენციით მინიჭებული უფლებებით სარგებლობის შე-
საძლებლობა. როგორც დადგინდა, განმცხადებლის საქმე არ
იქნა სათანადოდ გამოკლეული და დადგენილი, რომელიც
გამომდინარეობს კონვენციის მე-7 ოქმის “ პირველი მუხლის
ბ” პუნქტიდან. თუმცა, ეს ასე არ მომხდარა.⁵⁷

მსგავსა საქმე *Lupsa v. Romania*, რომლის თაობაზე ადა-
მიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ გადაწყვეტი-
ლება 2006 წლის 8 ივნისს გამოიტანა.⁵⁸ სასამართლომ დაად-
გინა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა. კონვენციის მე-8
მუხლის დარღვევაზე მსჯელობისას, სასამართლომ განიხი-
ლა მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტით დადგენილი ძირითად უფლე-
ბაში ჩარევის პროპორციულობის ტესტი, და დაასკვნა, რომ
აღნიშნული საქმის პროპორციულობის ტესტით მეშვეობით
შეფასება საჭიროც არ იყო, გამომდინარე იქედან, რომ გან-
მცხადებელი ადმინისტრაციული ორგანოს წინაშე წარდგო-
მისას, არ იყო აღჭურვილი დაცვის მინიმალური გარანტიე-
ბით, რითიც შესაძლებელია განხორციელებულიყო რუმინე-
თის ხელისუფლების თვითნებობის პრევენცია. სასამარ-
თლომ განსაკუთრებით აღნიშნა, რომ ეროვნული უსაფ-
რთხოების ლეგიტიმური მიზნის დასახლება მოითხოვს კომ-
პლექსურ დასაბუთებას. კერძოდ, თუ რა ხარისხითა და რა
კონტექსტში უქმნის საფრთხეს განმცხადებელი ეროვნულ
უსაფრთხოებას. სასამართლომ გამოიკვლია, რომ რუმინე-

⁵⁶ იხ. იქვე., პარაგ.78

⁵⁷ იხ. იქვე., პარაგ.79

⁵⁸ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Lupsa v. Romania*,
App.No.10337/04, 2006 წლის 8 ივნისი

თის ხელისუფლებას სისხლის სამართლებრივი დევნა არ დაუწყია განმცხადებლის წინააღმდეგ ეროვნული უსაფრთხოების წინააღმდეგ მიმართული ქმედების ჩადენის გამო. საპირისპიროდ, კი, განმცხადებლის გაძევება ეფუძნებოდა მხოლოდ ზოგად მითითებას, რომ ეს უკანასკნელი საფრთხეს წარმოადგენდა ეროვნული მართლწესრიგისთვის.⁵⁹ მეტად საინტერესოა, კონვენციის მე-7 ოქმის პირველი მუხლის დარღვევაზე მსჯელობა, იმდენად, რამდენადაც იგი განსაზღვრავს უცხოელთა სამართლებრივ მდგომარეობას კონვენციის ფარგლებში. განმცხადებელი მიუთითებდა, რომ იგი არ იყო ინფორმირებული გაძევების მიზეზების შესახებ. სასამართლომ დაადგინა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ პირის გაძევება განხორციელდა კანონის საფუძველზე, კანონი არ აკმაყოფილებდა კონვენციის პირველი მუხლის მე-7 ოქმით დადგენილ მოთხოვნებს. სასამართლო მიუთითებს, რომ რუმინეთის ხელისუფლებას მცირე მითითებაც კი არ მიუცია განმცხადებლისთვის, მისი გაძევების მიზეზების თაობაზე, ხოლო ბრალდების დადგენილება, მას ერთი დღით ადრე გადაეცა სააპელაციო პალატაში საქმის ზეპირი მოსმენით განხილვამდე.⁶⁰ საბოლოოდ კი, სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმას, რომ საქმის სასამართლოს წინაშე განხილვას ფორმალური ხასიათი ჰქონდა, ყოველგვარი ლოგიკური შედეგის დადგომის გარეშე, იმდენად, რამდენადაც დარღვეული იყო განმცხადებლის საპორცესო უფლებები. შედეგად, ვერ დაკმაყოფილდა კონვენციის დადგენილი მოთხოვნების უზრუნველყოფა, რაც საბოლოო ჯამში კონვენციით განსაზღვრული უფლების ხელყოფაში აისახა.

⁵⁹ იხ., იქვე., პარაგ.40, სასამართლო აღნიშნავს, რომ “ზემოხსენებული ზოგადი საფუძვლების გარდა, ხელისუფლებას განმცხადებლისთვის არ მიუწოდებია არანაირი კონკრეტული დეტალი, რომელიც მას მის ბრალეულობაზე მიაჩნებდა.”

⁶⁰ იხ. იქვე., პარაგ.59

ლაშა ლურსმანაშვილი – ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლვილთა სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

2. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს, ლტოლვილთა საქმეების განხილვის დროს, მკვეთრი პოზი-
ცია არ დაუფიქსირებია, განმცხადებლის უფლებასთან და-
კავშირებით, გააჩნდეს იმგვარ ინფორმაციაზე წვდომა რომ-
ლის საფუძველზეც მას უარი ეთქვა თავმესაფრის მინიჭება-
ზე. ხშირ შემთხვევაში ასეთი ინფორმაცია სახელმწიფო საი-
დუმლოების შემცველია და ამ უკანასკნელს სახელმწიფოს
კონტრ-დაზვერვა აწვდის. ცალსახაა, რომ ასეთი ინფორმა-
ცია უეჭველად ეხება ლტოლვილის პერსონალურ მონაცე-
მებს. სხვა სიტყვებით, რომ ვთქვათ, ფაქტობრივად მნიშვნე-
ლობა არ აქვს თუ რა ტიპის ინფორმაციას ფლობს კონ-
ტრდაზვერვა ლტოლვილის შესახებ. ეს ინფორმაცია ნების-
მიერ შემთხვევაში ექცევა ლტოლვილის მონაცემთა დაცვის
უფლების სფეროში. პერსონალურ მონაცემთა დაცვის უფ-
ლებას ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მე-8
მუხლის კონცეფციის განუყოფელ ნაწილად მიიჩნევს. გა-
მომდინარე იქედან, რომ პერსონალურ მონაცემთა დაცვა ინ-
დივიდის პირადი ცხოვრების არსიდან გამომდინარეობს. საპი-
რისპიროდ, ძირითად უფლებათა ევროპული კავშირის ქარტია
პერსონალურ მონაცემთა დაცვის უფლებას ცალკე უფლე-
ბად განიხილავს და მას პირადი და ოჯახური ცხოვრების უფ-
ლებისგან მკვეთრად ანსხვავებს. მაგალითად, ქარტიის მე-8
მუხლის⁶¹ თანახმად, ყველას ააქვს პერსონალურ მონაცემთა
დაცვის უფლება. აქაც ლოგიკურია, რომ ტერმინ ყველაში
ნებისმიერი ფიზიკური პირი მოიაზრება, მათ შორის ლტოლ-
ვილები. თუ გავიხსენებთ იმას, რომ ევროპის კავშირის ყვე-
ლა წევრი ქვეყანა კონვენციის ხელმომწერი სახელმწიფო-
ცაა, გამოდის, რომ მათთვის შესასრულებად სავალდებუ-
ლოა როგორც ქარტია, ასევე კონვენცია. ამ კონტექსტში,

⁶¹ იხ. ძირითადი უფლებების ევროპის კავშირის ქარტია, მე-8 მუხლი
[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf]

მნიშვნელობა ნაკლებად ენიჭება პერსონალურ მონაცემთა დაცვის უფლების დოქტრინალურ გამიჯვნას პირადი და ოჯახური ცხოვრების ხელშეუხებლობის ძირითადი უფლებისგან. მთავარი აქცენტი უნდა გაკეთდეს იმაზე, რომ პირის უფლება პერსონალურ მონაცემთა დაცვაზე გარანტირებულია როგორც ევროპის საბჭოს ასევე ევროპის კავშირის სამართლის სისტემის მეშვეობით. ევროპის საბჭოს მასშტაბით, პერსონალურ მონაცემთა დაცვის პასუხისმგებლობას იღებს ევროპის საბჭოს 108-ე კონვენცია,⁶² რომელიც ადგენს მონაცემთა დაცვის უზოგადეს პრინციპებს, ხოლო აქვე უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ ევროპის კავშირის მასშტაბით მიღებული იქნა პერსონალურ მონაცემთა დაცვის საყოველთაო რეგულაცია,⁶³ რომელმაც ჩაანაცვლა მონაცემთა დაცვის 1995 წლის დირექტივა. მას წევრი სახელმწიფოების შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობის მიმართ, გააჩნია მოქმედების პირდაპირი ეფექტი, ეროვნულ სამართლებრივ სისტემაში იმპლემენტაციის გარეშე.

როგორც აღინიშნა, მთავარი პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ ლტოლვილებს არ ააქვთ ნვდომა იმ მტკიცებულებებზე, რომლის საფუძველზეც სახელმწიფო მათ უარს ეუბნება საერთაშორისო დაცვის მინიჭებაზე. აღნიშნული უარი ხშირ შემთხვევაში განპირობებულია ეროვნული უსაფრთხოების დაცვის მოტივით. სხვა სიტყვებით, რომ ვთქვათ სახელმწიფოები ასეთი ინფორმაციის გათქმისგან თავს იკავებენ ეროვნული ინტერესების უზრუნველსაყოფად და ასე ცდილობენ “სამართლიანი” ბალანსის მიღწევას ლტოლვილის უფლებებსა და ეროვნულ ინტერესებს შორის. ამ კუთხით, სახელმწიფოთა უმრავლესობის ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, ლტოლვილის დამცველს, ადვოკატს აქვს ინფორმაციის გარკვეულ ნაწილზე ნვდომის უფლებამოსილება, რომელიც სპეციალური ცოდნით აღჭურვილ პირად გვევლინება და მეტნაკლებად მას უწევს დაცვის ქვეშ მყო-

⁶² იხ. ევროპის საბჭოს 108-ე კონვენცია, [. <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol>.]

⁶³ იხ. პერსონალურ მონაცემთა დაცვის საყოველთაო რეგულაცია, [. <https://gdpr-info.eu/>.]

ფისთვის იმ ზოგადი სურათის შექმნა, რომლის საფუძველზეც ამ უკანასკნელს ეთქვა უარი. მეორე მოდელის თანახმად, კი, მხოლოდ სპეციალურ ადვოკატს გააჩნია ამ ინფორმაციაზე წვდომის უფლებამოსილება, მაგალითად დიდი ბრიტანეთის მოდელი. საგულისხმოა, რომ ამ მოდელის არსებობის პირობებშიც კი ადამიანის უფლებათა ერთობლივმა კომიტეტმა (Joint committee On Human Rights) ტერორიზმთან, პოლიტაკასთან და ადამიანის უფლებებთან მიმართებით აღნიშნა, რომ დიდი ბრიტანეთის მიერ საიდუმლო ინფორმაციის გამოყენების სტანდარტი და სპეციალური ადვოკატის ინსტიტუტი აუცილებლად უნდა დაექვემდებაროს გადახედვას.⁶⁴ კომიტეტს მიაჩნია, რომ სპეციალური ადვოკატის ინსტიტუტის ასეთი სახით არსებობა ეწინააღმდეგება კონვენციას და ძირს უთხრის მართლმსაჯულების ჯეროვან ადმინისტრირებას. კომიტეტის აზრით, თუნდაც სპეციალური ადვოკატის არსებობის პირობებში, მას უნდა შეეძლოს თავშესაფრის მაძიებლისთვის დეტალური ინფორმაციის მიწოდება.⁶⁵ კომიტეტი მიიჩნევს, რომ სასამართლოს გადაწყვეტილება პირისთვის მაინც ბუნდოვნად რჩება, იმდენად, რამდენადაც მას არ აქვს ინფორმაცია თუ რის გამო ეუბნებიან მას უარს შესაბამისი სტატუსის მინიჭებაზე.⁶⁶ საპირისპიროდ, მოსამართლეებს აქვთ ასეთ ინფორმაციაზე წვდომის უფლებამოსილება. მათ, კი საქმის საფუძველიანი გამოკვლევისა და საქმეში არსებული მტკიცებულებების სათანადო გამოკვლევის შემდეგ, გამოაქვთ გადაწყვეტილება საერთაშორისო დაცვის მინიჭების ან დაცვის მინიჭებაზე უარის თქმის შესახებ. თვითონ ის მოდელიც, რომლის ფარგლებშიც მოსამართლეს აქვს წვდომა ე.წ. დაფარულ მასალებზე, ლტოლვილისთვის ერთგვარი გარანტია, რომ კომპეტენტური მოსა-

⁶⁴ Joint Committee on Human Rights. Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Seventeenth Report): Bringing Human Rights Back In. Sixteenth Report of Session 2009–10, გვ.5

⁶⁵ იხ. იქვე., გვ.23

⁶⁶ იხ. იქვე., გვ.23

მართლის მიერ მისი საქმე საფუძვლიანად და სრულყოფილად იქნება გამოკვლეული. მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოთა უმეტესობის შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობით უზრუნველყოფილია ლტოლვილთა უფლებების ადეკვატური გარანტიები, მაინც იკვეთება ისეთი ფაქტორები და გარემოებები, რომლის საფუძველზეც განმცხადებლები უთითებენ, რომ არსებული საკანონმდებლო რეალობა საჭიროებს მეტად დახვეწასა და სრულყოფას. ხშირად, ისინი აპელირებენ პერსონალურ მონაცემთა დაცვაზე, დაცვის უფლებასა და შეჯიბრებითობის პრინციპის კონტექსტზე. პერსონალურ მონაცემებთან მიმართებით, პერსონალური მონაცემი არის ისეთი ტიპის ინფორმაცია, რომელიც უკავშირდება იდენტიფიცირებულ ან იდენტიფიცირებად ფიზიკურ პირს. ლოგიკურია, რომ პერსონალურ მონაცემთა მფლობელები მონაცემთა სუბიექტები არიან. ვინადაინ და რადგანაც, მონაცემთა დაცვის ძირითადი უფლება თავისი არსით ბუნებითი და პიზიტიური უფლებაა, იგი ადამიანს ენიჭება დაბადებისთანავე. ის ინფორმაცია, რომელზე წვდომაც თავშესაფრის მაძიებელს არ გააჩნია ხშირ შემთხვევაში ექცევა პერსონალურ მონაცემთა დაცვის უფლების ფარგლებში. პერსონალურ მონაცემთა დაცვის სამართლებრივ ურთიერთობებში ხშირ შემთხვევაში სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილეებად გვევლინება მონაცემთა დამმუშავებელი, რომელიც განსაზღვრავს მონაცემთა დამმუშავების მიზნებსა და საშუალებებს და მონაცემთა სუბიექტი, რომლის შესახებაც მუშავდება პერსონალური მონაცემები. ლტოლვილთა სამართლის ჭრილში, მონაცემთა სუბიექტია თავად თავშესაფრის მაძიებელი პირი, ხოლო მონაცემთა დამმუშავებლად გვევლინება საჯარო ხელისუფლება – ამ შემთხვევაში კი სახელმწიფო. მონაცემთა სუბიექტის უფლებების ცნებაში მოიაზრება მონაცემთა სუბიექტის უფლება მოსთხოვოს მონაცემთა დამმუშავებელს მის შესახებ არსებული პერსონალური მონაცემების გადაცემა, დამმუშავების შეწყვეტა, მონაცემთა განადგურება, ან მისი ჩასწორება. ამის თაობაზე კი, სახელმწიფოს ენიჭება მოქმედების ფართო დისკრეციული უფლებამოსილება და შეუძლია თავად

მონაცემთა დამუშავებასთან მიმართებით დაადგინოს სპე-
ციალური შეზღუდვები იმ შემთხვევაში თუ სახეზე გვაქვს
ისეთი აღმატებული და ლეგიტიმური ინტერესი, როგორცაა
ეროვნული უსაფრთხოება. თუმცა, ბუნდოვანია თუ როგორ
უნდა შეილახოს ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესები
prima facie, მტკიცებულებების თავშესაფრის მაძიებლისთვის
გაცნობისას, როდესაც ამ უკანასკნელს გააჩნია კანონიერი
ინტერესი დაადგინოს თავშესაფრის მინიჭებაზე უარის
თქმის მიზეზი. მეორეს მხრივ, თავშესაფრის მაძიებელთათ-
ვის და უფრო მეტად ამ სფეროთი დაინტერესებული აკადე-
მიური წრის წარმომადგენლებისთვის უფრო მეტად ბუნდო-
ვანია ის საკითხი, რომ პირობითად თუ კონტრდაზვერვის მი-
ერ მოძიებულ მტკიცებულებებში იკვეთება პირდაპირი საფ-
რთხე, რომ ესა თუ ეს პირი წარმოადგენს საფრთხეს ეროვნ-
ული უსაფრთხოებისთვის, მაშინ რატომ არ ხდება ასეთი პი-
რების დაკავება და მათი სისხლის სამართლებრივ პასუხის-
მგებლობაში მიცემა. სხვა სიტყვებით, რომ ვთქვათ თუ შესა-
ბამის ორგანოებს აქვთ ინფორმაცია, რომლითაც დასტურ-
დება ეროვნული უსაფრთხოების ხელყოფის რისკი და მასში
სწორედ თავშესაფრის მაძიებელი პირია შემჩნეული, რატომ
არ უნდა მოხდეს მაშინ ასეთი პირების მიმართ შესაბამისი *ex*
officio ზომების გამოყენება. ამ პოზიციის დამცველები ძირი-
თადად უთითებენ იმაზე, თუ რამდენად არსებობს *prima facie*
ეროვნული ინტერესის ხელყოფის საფრთხე? თუ ეროვნული
ინტერესების ხელყოფა, უბრალოდ წარმოადგენს ე.წ. *in*
abstracto მიზეზს, მტკიცებულებებზე წვდომის შეზღუდვის-
თვის? საინტერესოა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასა-
მართლოს მოსაზრება *Leander*-ის საქმეზე.⁶⁷ ადამიანის უფ-
ლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაასკვნა, რომ იმ პერ-
სონალურ მონაცემებთან წვდომის უფლება, რომელიც შენა-
ხული აქვთ საჯარო ორგანოებს, გარკვეულ შემთხვევებში,

⁶⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Leander v. Sweden*,
App.No. 9248/81, 1987 წლის 26 მარტი

შესაძლებელია იქნეს შეზღუდული.⁶⁸ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ იმ პიროვნებების ფარული შემონახვა, რომლებსაც სურთ დაიკავონ ეროვნული უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად არსებული პოზიცია, თავისი არსით, არ იყო წინააღმდეგობაში დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებლობის მოთხოვნასთან.⁶⁹ მონაცემთა სუბიექტის ინტერესების დასაცავად უსაფრთხოების სპეციალური ზომები განსაზღვრული იყო შიდასახელმწიფოებრივი კანონით, მაგალითად, კონტროლს ახორციელებდა პარლამენტი და იუსტიციის კანცლერი, რამაც სასამართლო მიიყვანა დასკვნამდე, რომ პერსონალის კონტროლის შვედური სისტემა შეესაბამებოდა კონვენციის მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნებს. არსებული დისკრეციიდან გამომდინარე, მოპასუხე სახელმწიფოს თანახმად, აპლიკანტის საქმეში ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესები წინ იდგა ინდივიდუალურ ინტერესებზე. სასამართლომ დაადგინა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას ადგილი არ ჰქონდა.⁷⁰ ასევე საინტერესოა *Rotaru-s* საქმე.⁷¹ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა, რამდენადაც რუმინული სამართლით დასაშვები იყო საიდუმლო ფაილებში შენახვის მიზნით იმ ინფორმაციის შეგროვება, ჩანერა და დაარქივება, რაც გავლენას ახდენდა ეროვნულ უსაფრთხოებაზე, თანაც, ამ უფლებამოსილებათა შესრულებისას, შეზღუდვების დადგენის გარეშე, რაც ორგანოებს აძლევდა შეხედულებისამებრ მოქმედების საშუალებას.⁷² მაგალითად, შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა არ განსაზღვრავდა ინფორმაციის იმ სახეს,

⁶⁸ იხ. Boillat. Philippe., Kjaerum. M., Handbook on European Data Protection Law, კ. გომპაძის თარგმანი, მ. ბეგიაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2015, გვ.143

⁶⁹ იხ. იქვე., გვ.89

⁷⁰ იხ. იქვე., გვ.89

⁷¹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Rotaru v. Romania* [GC], App.No. 28341/95, 2000 წლის 4 მაისი

⁷² იხ. Boillat. Philippe., Kjaerum. M., Handbook on European Data Protection Law, კ. გომპაძის თარგმანი, მ. ბეგიაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2015, გვ.87

რომელიც უნდა დამუშავებულიყო, ასევე ადამიანების კატე-
გორიებს ვისზეც უნდა ყოფილიყო გამოყენებული თვალთვა-
ლის ზომები, პირობები, რა დროსაც ამგვარი ზომები უნდა
ყოფილიყო მიღებული ან თავად გამოყენების პროცედურა
დაცული.⁷³ მოცემული ნაკლოვანებების გამო, სასამართლომ
აღნიშნა, რომ შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა არ
იყო შესაბამისობაში განჭვრეტადობის მოთხოვნასთან, ადა-
მიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლის მი-
ხედვით და, შესაბამისად, ეს მუხლი დარღვეულ იქნა.⁷⁴

ზემოხსენებულის მიუხედავად, თავშესაფრის მაძიებ-
ლის უფლება პერსონალურ მონაცემთა დაცვაზე არც თუ ისე
ძლიერი არგუმენტია ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესის
საპირიონედ. ეს განპირობებულია რამდენიმე მიზეზით. პირ-
ველ რიგში, უნდა აღინიშნოს, რომ მონაცემთა დაცვის სა-
მართლის ქართული კანონმდებლობა რეცეფცირებულია ევ-
როპული კავშირისა და ევროპის საბჭოს კანონმდებლობის
შესაბამისად. ამდენად, მათ შორის არსებითი განსხვავება არ
გვხვდება. აღსანიშნავია, მონაცემთა დაცვის საყოველთაო
რეგულაციის თანახმად, მონაცემთა სუბიექტის უფლება,
ჰქონდეს ნვდომა მის შესახებ არსებულ ინფორმაციაზე, შე-
საძლებელია შეიზღუდოს ისეთი ლეგიტიმური მიზნის არსე-
ბობისას, როგორც ეროვნული უსაფრთხოებაა. მით უმე-
ტეს, განსახილველ კონტექსტში, მონაცემთა დაცვის ქართუ-
ლი კანონმდებლობის მოქმედების ფარგლები საერთოდ არ
ვრცელდება სახელმწიფო უსაფრთხოების სამსახურზე. ამ-
რიგად, პროდუქტიული არ იქნება, როგორც, მონაცემთა სუ-
ბიექტის უფლებების კონტექსტიდან მსჯელობა, ასევე მონა-
ცემთა დამუშავების ქრილიდან, იმდენად, რამდენადაც,
ჩვენს შემთხვევაში მონაცემთა დამუშავებელია სახელმწი-
ფო, საჯარო სამართლის იურიდიული პირი, ხოლო თავად სა-
ხელმწიფოს აქვს უფლება თავისი შეხედულებებისამებრ, ქვეყ-
ნის თავისებურებების მიხედვით, შეუსაბამოს მონაცემთა

⁷³ იხ. იქვე., გვ.87

⁷⁴ იხ. იქვე., გვ.87

დაცვის კანონმდებლობა მონაცემთა დაცვის საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპებსა და დებულებებს. საგულისხმოა, რომ მონაცემთა დამმუშავებლის ქრილიდანაც, მონაცემთა დამმუშავებელს ეზღუდება მონაცემთა სუბიექტისთვის ინფორმაციის მინოდების უფლებამოსილება, ისეთი აღმატებული ინტერესის არსებობისას, როგორცაა ეროვნული ინტერესი. თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ მონაცემთა დაცვის კონტექსტიდან პოზიციონირება არ წარმოადგენს წონად არგუმენტს, ეს არ ნიშნავს, იმას, რომ ამ არგუმენტით პოზიციონირება მიზანშეუნონელია. განსახილველ შემთხვევაში, თუ მთავარ არგუმენტს წარმოადგენს ეროვნული უსაფრთხოება, მაშინ მტკიცებულებათა ხელმისაწვდომობაზე შეზღუდვის მიზნის მართებულობის მტკიცების ტვირთი, ლოგიკურია რომ უნდა დაეკისროს სახელმწიფოს. ეს მნიშვნელოვანია შემდეგი მიზეზების გამო: 1. თუ ეროვნული ინტერესის პრობლემატიკა მართლაც იკვეთება, მაშინ სახელმწიფოსთვის რთული არ იქნება წინამდებარე დებულებების დასაბუთება. რა თქმა უნდა სახელმწიფოს საერთაშორისო სამართლით აღიარებული ზოგადი პრინციპების თანახმად, გამომდინარე სახელმწიფო სუვერენიტეტის უზენაესობისა, შესაძლებელია, გარკვეულ შემთხვევაში, არ ეკისრებოდეს ასეთი მტკიცების ვალდებულება, თუმცა ლტოლვილთა უფლებების ბალანსირების კუთხით, თუ ასეთი ინტერესი ნამდვილად სახეზეა სახელმწიფოს კეთილი ნება დაადასტუროს ასეთი საფრთხის რეალური არსებობის შანსი წინ გადადგმული ნაბიჯი იქნება ლტოლვილთა უფლებების საერთო სამართლებრივი ჩარჩოს განტემიცების კუთხით. პროპორციულობის ტესტის მიხედვით, ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად გამოსაყენებელი საშუალება თანაზომიერი უნდა იყოს მისაღწევ ლეგიტიმურ მიზანთან. ეს ნიშნავს იმას, რომ თუ ეროვნული უსაფრთხოების მართებულობის მტკიცების ტვირთი დაეკისრება სახელმწიფოს და სახელმწიფო შეძლებს მის დასაბუთებას, ეს პირდაპირპროპორციულია მსჯელობის, რომ ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად განხორციელდა თანაზომიერი საშუალების გამოყენება და ძირითადი უფლებით დაცულ სფეროში ჩარევა ექვემდებარება კონსტიტუციურ-სა-

მართლებრივ გამართლებას. 2. ეროვნული ინტერესის მარ-
თებულობის მტკიცების ტვირთის სახელმწიფოსთვის დაკის-
რების მეშვეობით, დადგინდება თუ რამდენად დგას რისკის
წინაშე ეროვნული ინტერესი, არის თუ არა იგი იმდენად რეა-
ლური, რომ სახელმწიფომ დაუშვას ძირითად უფლებაში ასე-
თი ინტენსიური ჩარევა. საპირსპიროდ კი, თუ ეროვნული ინ-
ტერესით აპელირება მხოლოდ ჰიპოთეტური და ასბტრაქ-
ტული მიზეზია, რომელიც მაგალითად შესაძლებელია იყოს
განპირობებული რომელიმე ქვეყნის ნაციონალისტურ-კულ-
ტურული, ტრადიციონალისტურ-რელიგიური საფუძვლების
გამო – ეს თავისთავად გამოიწვევს სახელმწიფო განზრახ-
ვისთვის ფარდის ახდას და საერთაშორისო არენაზე მისი პო-
ლიტიკური პასუხისმგებლობის პროვოცირებას. 3. ეროვნუ-
ლი ინტერესის მიზნის მართებულობის დასაბუთება უნდა
განხორციელდეს მხოლოდ მოტივირებული მსჯელობით.
მხოლოდ ამ შემთხვევაშია შესაძლებელი, პერსონალურ მო-
ნაცემთა დაცვის უფლების ადვოკატირების მეშვეობით,
მტკიცებულებებზე წვდომის უფლების მინიჭებაზე გასვლა.
სხვაგვარად, საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის უზო-
გადესი პრინციპი, რომლის თანახმადაც, ეროვნული ინტე-
რესი ნებისმიერი სახელმწიფოს მამომძრავებელი ძალაა ში-
და პოლიტიკურ თუ საერთაშორისო პოლიტიკურ არენაზე,
თავისთავად გადანონის უფლებას პერსონალურ მონაცემთა
დაცვაზე. ამ შემთხვევაშიც, საჭიროა მტკიცებულებათა მა-
ღალი ზღვარის დადგენა, როგორც სახელმწიფოსთვის, ასე-
ვე მონაცემთა სუბიექტისთვის.

მეორე არგუმენტი ეფუძნება შეჯიბრებითობის პრინ-
ციპს. სამართლიანი სასამართლო განხილვის უმნიშვნელოვა-
ნესი მოთხოვნაა, რომ სასამართლო პროცესი ეფუძნებოდეს
თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპებს. ადამიანის
უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლით დადგენი-
ლია, რომ შეჯიბრებითობისა და თანასწორობის პრინციპი სა-
მართლიანი პროცესის არსებით შემადგენელ ელემენტად
გვევლინება. ხოლო, პირის უფლება შეჯიბრებითობისა და თა-
ნასწორობის პრინციპებზე დაფუძნებულ ტრიბუნალზე გა-

რანტირებული უნდა იყოს ნევრი სახელმწიფოების ეროვნული კანონმდებლობით. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოსაზრება ამ საკითხის ირგვლივ ცალსახაა. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლი რა თქმა უნდა ადგენს პირის უფლებას სამართლიან სასამართლო განხილვაზე, თუმცა მხოლოდ მაშინ როდესაც იგი ახორციელებს “სამოქალაქო უფლებება და ვალდებულებებს.” მაგალითად, იგივე *Lupsa*-ს საქმის განხილვის დროს, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ არ განიხილა განმცხადებლის საჩივარი მე-6 მუხლის დარღვევის თაობაზე. გადაწყვეტილებაში კი მიუთითა, რომ წინამდებარე საქმე არ ეხებოდა განმცხადებლის სამოქალაქო უფლებების განხორციელების საკითხს.⁷⁵ მართლაც, სტრასბურგის სასამართლოს მიერ დაფიქსირებული პოზიცია ამ საქმის ჩრილში მე-6 მუხლის დარღვევის საკითხთან მიმართებით, წარმოადგენს პრეცედენტულ სამართალში უკვე კარგად დადგენილ პრაქტიკას. მაგალითისთვის, 2000 წლის 5 ოქტომბრის საქმეზე *Maaouia v. France*, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მიუთითა, რომ გადაწყვეტილებები, რომლებიც ეხება უცხოელთა ქვეყანაში შემოსვლას, ქვეყნიდან გასვლას ან ქვეყანაში დარჩენას, არ ეხება განმცხადებლის სამოქალაქო უფლებებისა და ვალდებულებების, ასევე სისხლის სამართლებრივი ბრალდების განსაზღვრის საკითხს, ამდენად კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტი არ გავრცელდება.⁷⁶

დაცვის უფლებისა და შეჯიბრებითი პროცესის არგუმენტი ბევრად უფრო წონადი და ლოგიკურია, ვიდრე მონაცემთა დაცვის უფლების თაობაზე გამართული დისკუსია. ეს განპირობებულია რამდენიმე მიზეზით. პირველ რიგში, მართლმსაჯულების ჯეროვანი ადმინისტრირება ვერ განხორციელდება შეჯიბრებითობისა და თანასწორობის პრინციპებზე დაფუძნებული სასამართლო პროცესის გარეშე. აღსანიშ-

⁷⁵ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Lupsa v. Romania*, App.No.10337/04, 2006 წლის 8 ივნისი, პარაგ.63

⁷⁶ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Maaouia v. France*, App.No. 39652/98, 2000 წლის 5 ოქტომბერი, პარაგ.40

ნავია, რომ შეჯიბრებითობის პრინციპი მნიშვნელოვანია გა-
რანტიანა თავად ასეთი პროცესის თანასწორუფლებიანობის
უზრუნველსაყოფად. დაპირისპირებულ მხარეებს უნდა
ჰქონდეთ საქმეში არსებულ მასალებზე წვდომის შესაძლებ-
ლობა, იმისათვის, რომ უკეთ მოამზადონ საკუთარი პოზიცია
და სრულიად შეძლონ მათთვის მინიჭებული უფლებებით
სარგებლობა. მიუხედავად იმისა, რომ განსახილველ შემ-
თხვევაში მე-6 მუხლი თავშესაფრის მაძიებელს არ ანიჭებს
კონვენციით განსაზღვრული სამართლებრივი გარანტიებს
არსენალს, ეს სულაც არ ნიშნავს იმას, რომ კონვენცია სრუ-
ლიად გულგრილია თავშესაფრის მაძიებლის მიმართ, ეფექ-
ტიანი სასამართლო გარანტიებით აღჭურვის კუთხით. ადა-
მიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტუ-
ლი სამართალი გვთავაზობს საკმაოდ ბევრ მნიშვნელოვან
მაგალითს. ჩაჰალის საქმეში, ადამიანის უფლებათა ევრო-
პულმა სასამართლომ მნიშვნელოვანი განმარტება გააკეთა
კონვენციის მე-13 მუხლთან მიმართებით. სასამართლო აღ-
ნიშნავს, რომ საქმეში განსაკუთრებული წინააღმდეგობა
წარმოშვა იმან, რომ გადანყვეტილების მიმღები პირი დაეყ-
რდნო ეროვნული უსაფრთხოების არგუმენტს. წინამდებარე
საქმეში, მტკიცება, რომ ბატონი ჩაჰალის დეპორტაცია აუ-
ცილებელი იყო ეროვნული უსაფრთხოების მიზნებისთვის
თავის თავშივე გულისხმობდა იმას, რომ განსახილველ შემ-
თხვევაში სახეზე არ გვექნებოდა კონვენციის მე-8 მუხლით
მინიჭებული ეფექტიანი სასამართლო კონტროლის გარან-
ტიები. თავის მხრივ, მოპასუხე სახელმწიფო დაეთანხმა სა-
სამართლოს პოზიციას, რომ ეროვნული უსაფრთხოების სა-
კითხის შემცველ საქმეებში ეფექტიანი სასამართლო კონ-
ტროლი შედარებით შეზღუდული იყო. საინტერესოა ის, რომ
სასამართლო კიდევ ერთხელ მოიხსენიებს პრეცედენტულ
სამართალში უკვე კარგად განვითარებულ დოქტრინას, სა-
მართლებრივი დაცვის ეფექტიანი საშუალების, შეძლების-
დაგვარად მაქსიმალური ეფექტიანობის თაობაზე, და აღნიშ-
ნა, რომ “საიდუმლო ინფორმაციის წყაროზე დაყრდნობით,
მიღებული გადანყვეტილებების დროს, სამართლებრივი

დაცვის ეფექტიანი საშუალება უნდა იყოს იმდენად, ეფექტური რამდენადაც შესაძლებელია და მიუთითა Leander-ისა და Klass-ის საქმეებით დადგენილ უკვე კარგად ნაცნობ კონცეფციებზე.⁷⁷ სასამართლო ასევე მიუთითებს, რომ ყველა რელევანტური დოკუმენტი, მათ შორის სენსიტიური ინფორმაცია განხილული იქნა სარეკომენდაციო პანელის მიერ, რომლის შემადგენლობაშიც შედიოდა სასამართლოს ორი წევრი და იმიგრაციის სააპელაციო ტრიბუნალის ყოფილი პრეზიდენტი.⁷⁸ პანელის წინაშე მიმდინარე პროცესი გაიმართა ორი მიზეზის გამო, ერთი მხრივ, იმისათვის, რომ დაკმაყოფილებულიყო იმ რელევანტური მასალების დამოუკიდებელი კონტროლისთვის დაქვემდებარების საჭიროება, რომელსაც ეფუძნებოდა ეროვნული წესრიგის წინააღმდეგ აღქმული საფრთხე, ხოლო მეორეს მხრივ, იმიტომ, რომ გარანტირებული ყოფილიყო ამ ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობა.⁷⁹ ეს უკვე წარმოადგენდა ქუაზი სასამართლო კონტროლს.⁸⁰ გასათვალისწინებელია ისიც, რომ მოპასუხე სახელმწიფო საიდუმლო ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობას უზრუნველყოფდა განმცხადებლისა და მისი წარმომადგენლის მტკიცებულებათა გამოკვლევის პროცესში მონაწილეობის მიღების აკრძალვით. სასამართლოს მიერ დანიშნული პირი, რომელიც ე.წ. უსაფრთხოების-დამცველის ადვოკატის სახელით არის ცნობილი, ჯვარედინ დაკითხვას უტარებდა რელევანტურ მონმეებს და იღებდა მტკიცებულებათა გამოკვლევაში სრულყოფილ მონაწილეობას, ხოლო ამ უკანასკნელის გამოკვლევის მოკლე შინაარსს აცნობდნენ განმცხადებელს. ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს ცალსახა პოზიცია არ დაუფიქსირებია იმის შესახებ, თუ როგორ აფასებდა იგი მოპასუხე სახელმწიფოს მიდგომას. თუმცა, სასამართლო განსაკუთრებით საინტერესო მოსაზრებას

⁷⁷ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *CHAHAL v. THE UNITED KINGDOM*, App.No. 70/1995/576/662, 1996 წლის 11 ნოემბერი, პარაგ.142

⁷⁸ იხ. იქვე., პარაგ.142

⁷⁹ იხ. იქვე., პარაგ.142

⁸⁰ იხ. იქვე., პარაგ.142

ავითარებს გადაწყვეტილებების 145-ე პარაგრაფში. სასამართლო აღნიშნავს, რომ კონვენციის მე-13 მუხლი ახდენს ეროვნულ დონეზე “სამართლებრივი დაცვის” ეფექტიანი საშუალების ხელმისაწვდომობის გარანტირებას, იმისათვის, რომ განხორციელდეს კონვენციის არსით დაცული უფლებებისა და თავისუფლებების აღსრულება, მიუხედავად იმისა თუ რა ფორმით არის დაცული რომელიმე კატეგორიის სენსიტიური ინფორმაცია ეროვნულ სამართლებრივ ჩარჩოში. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო 145-ე პარაგრაფში დაფიქსირებული შეფასებით, ირიბად აკრიტიკებს სახელმწიფოების მიდგომას, რომლებიც ზღუდავენ თავშესაფრის მაძიებელი პირების უფლებას, ჰქონდეთ წვდომა საჭირო მტკიცებულებებზე. ეს გარანტიები მოცემულია მე-13 მუხლში, როგორც ეფექტიანი სასამართლო კონტროლისთვის დამახასიათებელი გარანტიები. სასამართლო საბოლოოდ ასკვნის, რომ სარეკომენდაციო პანელის წინაშე მიმდინარე პროცესების დროს, განმცხადებელი არ იყო აღჭურვილი სასამართლო წარმომადგენლის სარგებლობის უფლებამოსილებით, მათ შორის, ბატონ ჩაჰალს მხოლოდ მოკლე ინფორმაცია მიენოდა დეპორტაციის მიზნებისა და საფუძვლების შესახებ, ხოლო მდივანის რეკომენდაცია პანელისთვის არ იყო შესასრულებლად სავალდებულო ძალის მქონე და ეს ინფორმაცია არ იქნა გამჟღავნებული,⁸¹ ასევე სასამართლო კიდევ ერთხელ იხსენებს, რომ სარეკომენდაციო პანელის წინაშე განმცხადებლის წარდგომისას, მართალია მას მიეცა მონმის გამოძახების უფლებამოსილება, მაგრამ არ მიეცა, მონმის დაკითხვაზე დასწრების და შესაბამისად მტკიცებულებათა გამოკვლევაში მონაწილეობის მიღების უფლებამოსილება.⁸² ამდენად, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ სახეზე იყო კონვენციის მე-13 მუხლის დარღვევა. კერძოდ, მოპასუხე სახელმწიფო ბატონ ჩაჰალს არ სთავაზობდა დაცვის შესაბამის საპროცესო გა-

⁸¹ იხ. იქვე., პარაგ.154

⁸² იხ. იქვე., პარაგ.32

რანტიებს.

მეორე მაგალითია ე.წ. *Lupsa-s* საქმე. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ შესაძლებელია პირის მიმართ ეროვნული უსაფრთხოების დაცვის სასარგებლოდ გატარდეს კონკრეტული ღონისძიებები, თუმცა ეს იმას არ ნიშნავს, რომ მას უნდა ჩამოერთვას ყველა რელევანტური საშუალება სახელმწიფოს თვითნებობის აღკვეთისთვის, რაც თავისთავად გამომდინარეობს სამართლებრივი სახელმწიფოსა და კანონის უზენაესობის იდეიდან. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, ადგენს რომ იმ საკითხებზე, რომელიც ეხება ძირითადი უფლებების ხელყოფას – სახელმწიფოსთვის შეუზღუდავი დისკრეციული უფლებამოსილების მინიჭებით კანონის უზენაესობის პრინციპის საწინააღმდეგო მოცემულობას მივიღებდით, რაც თავის მხრივ ეწინააღმდეგება კონვენციის სულისკვეთებას, როგორც დემოკრატიული სახელმწიფოს ერთერთ ნიშანდობლივ მახასიათებელს.⁸³ გადანწყვეტილების 38-ე პარაგრაფში, სასამართლო მკაფიოდ აღნიშნავს, რომ განმცხადებელს სხვა საშუალებებთან ერთად, უნდა ჰქონდეს მის წინააღმდეგ გამოყენებული “საშუალების” გასაჩივრების უფლებამოსილება დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი ტრიბუნალის წინაშე, რომელიც იქნება კომპეტენტური განიხილოს ყველა რელევანტური ფაქტობრივი და სამართლებრივი შეკითხვა, იმისათვის, რომ განსაზღვროს სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული შესაძლო თვითნებობის კანონიერების საკითხი.⁸⁴ აქვე სასამართლო სრულიად იზიარებს შეჯიბრებითობის პრინციპის არგუმენტს და აღნიშნავს, რომ განმცხადებელი, შესაბამისი ორგანოს წინაშე წარდგომისას, უნდა სარგებლობდეს შეჯიბრებითი პროცესით, იმისათვის, რომ შეეძლოს თავისი აზრის წარდგენა და მოპასუხე სახელმწიფოს არგუმენტების გაბათილება.⁸⁵ აღნიშნული საქმე კიდევ ერთი ნათელი დასტურია იმისა, რომ შეჯიბრებითი პრო-

⁸³ იხ. იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Lupsa v. Romania*, App.No.10337/04, 2006 წლის 8 ივნისი, პარაგ.34

⁸⁴ იხ. იქვე., პარაგ.38

⁸⁵ იხ. იქვე., პარაგ.38

ცესის არგუმენტი რელევანტურია მტკიცებულებებზე წვდომის თაობაზე მსჯელობიასას. ნიშანდობლივია, რომ შეჯიბრებითობის პრინციპზე დაფუძნებული სასამართლო პროცესი რა თქმა უნდა მოიცავს მხარეთა მიერ როგორც მტკიცებულებების გაცვლას, ასევე ასეთი მტკიცებულებების გაბათილების უფლებასაც. თუნდაც ამ კონკრეტულ საქმეში, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ, რა თქმა უნდა კიდევ ერთხელ გაუსვა ხაზი ეროვნული უსაფრთხოების განუზომელ მნიშვნელობას, მაგრამ აქვე მიუთითა, რომ თუნდაც ასეთი აღმატებული ინტერესის არსებობისას, განმცხადებელს არ უნდა ჩამოერთვას კონვენციით გა-რანტირებული სიკეთით სარგებლობის უფლებამოსილება.

იგივე პოზიცია გაიზიარა ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე, *C.G. and others v. Bulgaria*. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო აღნიშნავს, რომ მიუხედავად იმისა, რომ თუნდაც შესაძლებელია რისკის წინაშე იდგეს ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესები, დემოკრატიულ საზოგადოებაში კანონიერებისა და კანონის უზენაესობის კონცეფცია მოითხოვს, რომ ის საშუალებები, რომლის მეშვეობითაც ხორციელდება ძირითადი უფლებების ხელყოფა, აუცილებლად უნდა ექვემდებარებოდეს შეჯიბრებითობის პრინციპის რომელიმე ფორმას დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი ორგანოს ან სასამართლოს წინაშე, რომელიც კომპეტენტურია ეფექტურად გამოიკვლიოს ეს მიზეზები და მტკიცებულებები ამ პირებისთვის.⁸⁶ ხოლო თუ საჭირო გახდება, ასევე გამოიკვლიოს კონკრეტული კლასიფიცირებული ინფორმაცია გარკვეული საპროცესო შეზღუდვების დაწესებით.⁸⁷ აღნიშნული მოსაზრება ასევე გაზიარებულია *Al-Nashif*-ის საქმეში.

სახელმწიფო უსაფრთხოების დაცვის ინტერესსა და ინდივიდის უფლებების დაცვასთან მიმართებით, მნიშვნელო-

⁸⁶ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *C.G. v. Bulgaria*, App.No. 1365/07, 2008 წლის 24 აპრილი, პარაგ.40

⁸⁷ იხ. იქვე., პარაგ.40

ვანია ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს გადაწყვეტილება, საქმეზე, *ZZ v. Secretary of State for the Home Department*, სადაც სასამართლომ Free Movement Directive 2004/38/EC-ზე მსჯელობისას, აღნიშნა, რომ ნევრი სახელმწიფოები ვალდებულები არიან დააბალანსონ სახელმწიფო უსაფრთხოების დაცვის ინტერესი და ინდივიდის მიერ საკუთარი თავის ეფექტურად დაცვის მექანიზმის არსებობის მნიშვნელობა.⁸⁸ სასამართლოს მითითებით, აღნიშნული ვალდებულება გამომდინარეობს ძირითად უფლებათა ევროპული კავშირის ქარტიის 47-ე მუხლიდან.⁸⁹ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ, დამატებით აღნიშნა, რომ აღნიშნული ბალანსი სახელმწიფოთა შიდა სასამართლოებმა უნდა უზრუნველყონ.⁹⁰ აუცილებელია, ეს სასამართლოები დარწმუნდნენ და უზრუნველყონ, რომ პირს ჰქონდა ინფორმაცია უშუალოდ იმ არსებითი ფაქტების შესახებ, რომელიც საფუძვლად დაედო მის მიმართ გამოტანილ გადაწყვეტილებას.⁹¹ ლტოლვილთა და გაძევების ევროპული საბჭოც (European Council on Refugees and Exiles) ასევე იზიარებს ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს გადაწყვეტილებებით დადგენილ სტანდარტს და მიუთითებს, რომ აუცილებელია თავშესაფრის მაძიებელს ჰქონდეს ნვდომა მის მიმართ გამოტანილი გადაწყვეტილებების საფუძვლებზე, რადგან სხვაგვარად მისთვის დაცვის უფლების გარანტირება შეუძლებელი იქნება.

ნებისმიერ შემთხვევაში, შეჯიბრებითობის პრინციპი წარმოადგენს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალში არსებულ ისეთ განუყოფელ და აუცილებელ გარანტიას, რომელიც შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის მეშვეობით, დიდი დოზით უნდა იყოს ხელმისაწვდომი ყელასათ-

⁸⁸ იხ. IDFI, ინფორმაციის თავისუფლების განვითარების ინსტიტუტი, „საქართველოში თავშესაფრის მინიჭებაზე უარის თქმის პროცედურები გამჭვირვალე არ არის“, გვ.7. ასევე იხ. *ZZ v. Secretary of State for the Home Department* (CJEU, C-300/11)

⁸⁹ იხ. იქვე., გვ.7

⁹⁰ იხ. იქვე., გვ.7

⁹¹ იხ. იქვე., გვ.7

ვის, განურჩევლად ეროვნულობისა. აღნიშნულ პოზიციას იზიარებს, როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპული, ასევე ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოც.

საგულისხმოა ისიც, რომ ქართული კანონმდებლობის ჭრილში, თავშესაფრის მაძიებელს არ ააქვს წვდომა იმ მტკიცებულებებზე, რომლის საფუძველზეც მას უარი ეთქვა საერთაშორისო დაცვის მინიჭებაზე. ეს კი, როგორც უკვე ბევრჯერ აღინიშნა, ეროვნული უსაფრთხოების დაცვის მოტივით ხორციელდება. ქართული კანონმდებლობით, მხოლოდ მოსამართლეს ააქვს მტკიცებულებების სრულიად გამოკვლევის უფლებამოსილება, ხოლო ადვოკატს გარკვეული დოზით ააქვს წვდომა ამგვარ მტკიცებულებებზე, რომელიც უარყოფითი გადაწყვეტილების შემთხვევაში, ფაქტობრივად ზედაპირულად უხსნის თავის დაცვის ქვეშ მყოფს უარის მიზეზებს. პრაქტიკულად, ერთის მხრივ, პირი დამოკიდებულია მოსამართლის ოსტატობასა და კეთილსინდისიერებაზე, რომ იგი საფუძვლიანად და განსაკუთრებული გულისხმიერებით გამოიკვლევს მის წინაშე არსებულ ყელა მტკიცებულებას, ხოლო მეორეს მხრივ ამავე მოსამართლის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების დასაბუთების ხარისხზე, სხვა სიტყვებით, რომ ვთქვათ რამდენად კარგად განხორციელდება გადაწყვეტილების შესაბამისი მსჯელობით დასაბუთება, ისე, რომ ამ უკანასკნელს უსამართლობის განცდა არ გაუჩნდეს. მიუხედავად იმისა, რომ მოსამართლე პასიური არბიტრის ფუნქციის შესრულების მეშვეობით სასამართლო პროცესზე მხარეთა შორის წონასწორობის შენარჩუნების უპირობო გარანტია შეჯიბრებითობის პროცესის ჭრილში, საერთაშორისო დაცვის მსურველს შესაძლებელია მაინც გაუჩნდეს განცდა, რომ ის მტკიცებულებები, რომლის საფუძველზეც მას უარი ეთქვა არ იყო მართებული, ან თუ იყო, მას შეეძლო ხსენებულის გაბათილება.

დასკვნა

საბოლოოდ უნდა აღინიშნოს, რომ არ არსებობს ერთიანი სტანდარტი, რომელიც მზა ფორმულას შესთავაზებს სახელმწიფოსა და თავშესაფრის მაძიებელს. საგულისხმოა, რომ არსებული ვითარების თანახმად, სასწორის ერთი პინაზე მოთავსებულია საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში, აღიარებული სახელმწიფოს ეროვნული ინტერესების უზენაესობის, ხოლო მეორე პინაზე, თავშესაფრის მაძიებლის ძირითადი უფლებები. მათი ბალანსირებისას შეუძლებელია ერთიანი და სტანდარტიზირებული საზომის გამოყენება. ლტოლვილთა უფლებების ადვოკატირების კუთხით, ლოგიკური არგუმენტია მათი უფლება მონაცემთა დაცვაზე, რომელიც ითვალისწინებს პირის შესახებ არსებულ ინფორმაციაზე წვდომის შესაძლებლობას, თუმცა როგორც განვიხილეთ, ამ უფლებაზე მსჯელობისას განსაკუთრებულ სირთულეებს ვაწვდებით და საჭირო ხდება გარკვეულ შეკითხვებზე მკაფიო პასუხის გაცემა. მონაცემთა დაცვის უფლების არგუმენტი არ არის ნონადი ეროვნულ ინტერესთან მიმართებით, პირიქით შესაძლებელია ნაკლებად იყოს რელევანტური მისი განხილვა, თუმცა ეს იმას არ ნიშნავს, რომ იგი არ უნდა იქნეს განხილული ამ კონტექსტში. ხოლო, მეორე არგუმენტი, რომელიც პირველისგან ფუნდამენტურად განსხვავდება მდგომარეობს შეჯიბრებითობის პრინციპისა და დაცვის უფლების მეშვეობით ადვოკატირებაში, რომელიც მართლმსაჯულების ეფექტიანი ადმინისტრირების მნიშვნელოვანი შემადგენელი კომპონენტია, ხოლო როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა მე-13, მე-8 და მე-3 მუხლებთან მიმართებით, იგი უმნიშვნელოვანესი საპროცესო გარანტიაა, რომლითაც პირები უნდა სარგებლობდნენ მიუხედავად ეროვნული ინტერესის განუზომელი მასშტაბისა. ამ სტატიის მიზანი არ არის და არც შეიძლება, რომ იყოს ეროვნული ინტერესების დაკნინება ან უგულვებელყოფა. პირიქით, ეროვნული ინტერესების განუზომელი, ნონადი და ფასდაუდებელი მნიშვნელობა ნებისმიერი დემოკრატიული სახელმწიფოს ამოსავალი წერტილია ურომ-

ლაშა ლურსმანაშვილი – ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლვილთა სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

ლისოდაც აზრი დაეკარგებოდა კანონის უზენაესობისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს კონცეფციას. მაგრამ, ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესისთვის დაუსაბუთებელი და არათანაზომიერი და აბსტრაქტული აპელირების გამო, არ უნდა განხორციელდეს გარკვეული ჯგუფების უფლებათა უგულვებელყოფა. პირიქით, სახელმწიფოებმა, საერთაშორისო ორგანიზაციებმა და სუპრანაციონალურმა ორგანიზაციებმა მიზნად უნდა დაისახონ ოქროს შუალედის ძიება, რომელიც ეროვნული უსაფრთხოების ინტერესისა და ლტოლვილთა უფლებების რეალიზაციას ერთობლივ და კუმულაციურ მიზნად დაისახავს და არა ალტერნატიულ და ცალკე მდგომე კატეგორიად. საბოლოო ჯამში, მიუხედავად ნებისმიერი ძალისხმევისა, პრაქტიკულად შეუძლებელია და მითუმეტეს ამ ქრილში, უნიფიცირებული მეთოდის შემუშავება. უფრო მეტიც, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ხიბლი სწორედ იმაშია, რომ კითხვებზე პასუხები მზარეცეპტების სახით არ გვხვდება. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში არსებული, უკვე კარგად ნაცნობი დოქტრინის მიხედვით, თითოეული საქმე ფასდება ინდივიდუალურ საფუძველზე, ამ საქმის უნიკალური ფაქტობრივი გარემოებების მხედველობაში მიღების კონტექსტში.

გამოყენებული ლიტერატურა

1. ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია, რომი, 1950 წლის 4 ნოემბერი. იხ. https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf
2. ევროპის საბჭოს 108-ე კონვენცია. იხ. <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol>
3. ძირითად უფლებათა ევროპული კავშირის ქარტია. იხ. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf
4. პერსონალურ მონაცემთა დაცვის საყოველთაო რეგულაცია. იხ. <https://gdpr-info.eu/>
5. ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, 23/07/1999, სსმ, 39(46), 06/08/1999
6. “პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ” საქართველოს კანონი, 28/12/2011, 16/01/2012
7. “კონტრდაზვერვითი საქმიანობის შესახებ” საქართველოს კანონი, 11/11/2005, სსმ, 49, 30/11/2005
8. “სახელმწიფო საიდუმლოების შესახებ” საქართველოს კანონი, 19/02/2015, 12/03/2015
9. “საერთაშორისო დაცვის შესახებ” საქართველოს კანონი, 01/12/2016, 15/12/2016
10. *Oppenheim’s International Law*, Jennings & Watts eds. (9th ed, 1996)
11. R. Higgins, *Problems and process, international law and how we use it* (1994)
12. Boillat. Philippe., Kjaerum. M., *Handbook on European Data Protection Law*, კ. გოშაძის თარგმანი, მ. ბეგიაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2015
13. Joint Committee on Human Rights. Counter-Terrorism Policy and Human Rights (Seventeenth Report): Bringing Human Rights Back In. Sixteenth Report of Session 2009–10
14. Lambert H., *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, 2007, Council of Europe Publishing
Marie Whitney K., *DOES THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS PROTECT REFUGEES FROM “SAFE” COUNTRIES? “Christiane Berthiaume, Asylum Under Threat*, <
<http://www.unhcr.ch/issues/asylum/rml010l.htm>>”
15. IDFI, ინფორმაციის თავისუფლების განვითარების ინსტიტუტი,

ლაშა ლურსმანაშვილი – ეროვნული უსაფრთხოების სტანდარტი
ლტოლვილთა სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს პრაქტიკის მიხედვით: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართ-
ლოს მიდგომა საიდუმლო ინფორმაციის გამოთხოვის კუთხით

„საქართველოში თავშესაფრის მინიჭებაზე უარის თქმის პრო-
ცედურები გამჭვირვალე არ არის.“

16. https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Dublin_ENG.pdf
17. <https://www.lawteacher.net/cases/soering-v-united-kingdom.php>
18. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Vilvarjah and Others v the United Kingdom*, App.No. 3163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87. 1991 წლის 30 ოქტომბერი
19. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Rotaru v. Romania* [GC], App.No. 28341/95, 2000 წლის 4 მაისი
20. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *CHAHAL v. THE UNITED KINGDOM*, App.No. 70/1995/576/662, 1996 წლის 11 ნოემ-
ბერი
21. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *H.L.R. v. France*, App.No. 24573/94, 1997 წლის 29 აპრილი
22. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *C.G. v. Bulgaria*, App.No. 1365/07, 2008 წლის 24 აპრილი
23. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Esebster v. the United Kingdom*, App.No.18601/91, 1993 წლის 2 აპრილი
24. ადამიანის უფლებათ ევროპული სასამართლო, *Lupsa v. Romania*, App.No.10337/04, 2006 წლის 8 ივნისი
25. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, *Maaouia v.France*, App.No. 39652/98, 2000 წლის 5 ოქტომბერი
26. *ZZ v. Secretary of State for the Home Department* (CJEU, C-300/11)

**სტანდარტულ პირობებში ხელშეკრულების
თავისუფლების შეზღუდვა ნდობისა და
კეთილსინდისიერების პრინციპების
ფარგლებში**

გიორგი მალანია
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
ბაკალავრიატის სტუდენტი

აბსტრაქტი:

სახელშეკრულებლო სამართლიანობის პრობლემატიკა უმეტესწილად იმ ტიპის ხელშეკრულებებში იკვეთება, რომელთა არსებითი/ძირითადი პირობები გარიგების ძლიერი მხარის ცალმხრივი ნების გამოვლენის საფუძველზე განისაზღვრება, რა დროსაც რთულია უფლებათა ბალანსის შენარჩუნება, რადგან ხელშეკრულება ერთი მხარის უპირატეს ინტერესებზეა მოყვებული. ხშირად, იურიდიულად კონტრაჰენტები აბსოლუტურად სხვადასხვა პოლუსზე დგანან, რაც შესაძლებელია არსებითად აკნინებდეს ერთი მხარის კონდიციას. აღნიშნულს განეკუთვნება ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები, რომელთა როლი თანამედროვე ეკონომიკურ-საბაზრო ბრუნვაში განსაკუთრებულია, რადგან, ამ ინსტიტუტის გარეშე სამოქალაქო მიმოქცევა მეტად კომპლექსური გახდებოდა.

წინამდებარე ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს გამოკვეთოს კეთილსინდისიერებისა და ნდობის პრინციპების არადეკლარაციული და პირდაპირი ნორმატიული მოქმედების ხასიათი ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებში. განისაზღვროს სად გადის სამართლებრივი მიჯნა, სამართლიანობასა და ხელშეკრულების თავისუფლებას შორის, რომელიც აბსოლუტურ უფლებათა კატე-

გორიას არ განეკუთვნება, შესაბამისად, დასაშვებია დაცული სფეროს შეზღუდვა ლეგიტიმური მიზნის არსებობისას. დაცულ იქნეს მომხმარებელთა უფლებები.

საკვანძო სიტყვები: სტანდარტული პირობები, სახელშეკრულებო თავისუფლება, კეთილსინდისიერებისა და ნდობის პრინციპები.

I. შესავალი

კერძო სამართლებრივი ურთიერთობები აგებულია რა ინდივიდუალურ ინიციატივებსა და დამოუკიდებლობაზე, ეფუძნება პერსონის თავისუფლებას. ამ ურთიერთობებს საფუძვლად უდევს პირთა თავისუფალი ნების გამოვლენა და სხვა პირებთან ურთიერთობის დამყარების სურვილი. ამ მოვლენას კერძო ავტონომია ეწოდება და იგი საკუთრების უფლებასთან ერთად კერძო სამართლის ფუნდამენტს წარმოადგენს¹. სამოქალაქო ბრუნვის სუბიექტები უფლებისა და თავისუფლების რეალიზაციას სხვადასხვა სახის ურთიერთობებში მონაწილეობით ახორციელებენ, ძირითადი მექანიზმი კი ხელშეკრულების თავისუფლებაა, რომელიც ხელშეკრულების დადებისა და შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებას გულისხმობს.

სამოქალაქო ურთიერთობების თანასწორუფლებიანი საწყისებისა და არასუბორდინაციული ხასიათისა, „ხელშეკრულების თავისუფლება ავტომატურად როდი უზრუნველყოფს სახელშეკრულებლო სამართლიანობის დაცვას თანასწორუფლებიან პარტნიორებს შორის. ძლიერი მხარისათვის ადვილია თავს მოახვიოს მეორე მხარეს თავისი პოზიცია. ამიტომ ხელშეკრულებები ყოველთვის ვერ იქნება ორი პარტიტეტულად

¹ იხ. ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, გამომცემლობა „სამართალი“, თბილისი, 2011, 2.

თანმხვედრი ნების შედეგი². სახელმეკრულებლო სამართლიანობა კერძო ავტონომიის პრინციპს ეფუძნება³, სახელმეკრულებლო სამართლიანობის დარღვევით შესაძლებელია გარიგების სამართლებრივობა ეჭვქვეშ იქნეს დაყენებული⁴.

საინტერესოა, საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მე-5 მუხლი, რომელიც განამტკიცებს სოციალური სახელმწიფოს პრინციპს. ამავე მუხლის პირველი და მეორე პუნქტების თანახმად, „საქართველო არის სოციალური სახელმწიფო. სახელმწიფო ზრუნავს საზოგადოებაში სოციალური სამართლიანობის, სოციალური თანასწორობისა და სოციალური სოლიდარობის პრინციპების განმტკიცებისთვის.“⁵ მოცემულ მუხლში რეგლამენტირებულია სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებების ასპექტები. ვფიქრობ, სოციალური თანასწორობის პრინციპის კონსტიტუციით განსაზღვრა სახელმწიფოს ცალსახად ავალდებულებს მომხმარებელთა უფლებების მყარი პლათფორმის კონსტრუირებას, რათა მაქსიმალურად იქნეს დაცული სუსტი კონტრაჰენტების უფლებები.

II. ხელმეკრულების თავისუფლების პრინციპი

ხელმეკრულების თავისუფლების პრინციპი წარმოადგენს მხარეთა ნების კერძო ავტონომიის სპეციალურ შემთხვე-

² იხ. ხუნაშვილი ნ., *კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელმეკრულებო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2014, 203.

³ იხ. *საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2006 წლის 4 მაისის Nას-139-1385-05 განჩინება*.

⁴ იხ. ჯორბენაძე ს., *ხელმეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 90.

⁵ იხ. <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3656689>

ვას.⁶ საბაზრო ეკონომიკის ქვეყნებში საყოველთაოდაა დამკვიდრებული ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი. მის გარეშე წარმოუდგენელია ეკონომიკური წინსვლა და პროგრესი⁷ „ხელშეკრულების თავისუფლება უზრუნველყოფს მხარეთა ინდივიდუალური მოთხოვნილებების დაკმაყოფილებას და პირთა შესაძლებლობას, აირჩიონ ხელშეკრულების მხარე, ხელშეკრულების ყველაზე ხელსაყრელი სახე და ამგვარად გადაანაწილონ თავიანთი უფლება-მოვალეობანი“.⁸

სახელშეკრულებლო თავისუფლება ბრუნვის მონაწილის დამოუკიდებლობის განსაკუთრებული გამოვლინებაა. იგი სამართლის სუბიექტს კერძო სამართლებრივ სივრცეში თავისუფალი მოქმედების შესაძლებლობას აძლევს. საკუთრების თავისუფლება სწორედ რომ თავისუფალი ბრუნვის პირობებშია შესაძლებელი. სამოქალაქო კოდექსის მთელი სხეული ამ თავისუფლებითაა გაუღენთილი. **სწორედ სახელშეკრულებლო თავისუფლებაში ვლინდება პიროვნება როგორც ქონებრივი უფლებების მატარებელი სუბიექტი**⁹. ხელშეკრულების ცნების დეფინიცია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში ან რომელიმე სხვა სამართლებრივ ნორმაში არ არის მონესრიგებული.¹⁰ ხელშეკრულება პიროვნების მი-

⁶ იხ. ძლიერიშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანიძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., რედ.: ჯუღელი გ., *სახელშეკრულებლო სამართალი, სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისათვის*, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2014, 101.

⁷ იხ. ჭანტურია ლ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., შენგელაია რ., ხეცურიანი ჯ., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი ხუთ წიგნად, წიგნი მესამე*, გამომცემლობა „სამართალი“, თბილისი, 2001, 58.

⁸ იხ. გელაშვილი ი., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი* <<http://www.gccc.ge/>>, 2017, მუხლი 319-ე, 2.

⁹ იხ. ზოიძე ბ., *ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში*, საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი, თბილისი, 2005, 283.

¹⁰ იხ. ჯორბენაძე ს., *ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 43.

ერ გამოვლენილი ნების რეალიზაციის საშუალებას/ ინსტრუმენტს წარმოადგენს.¹¹

ხელშეკრულების თავისუფლებას აქვს რამდენიმე სახის გამოვლინება: ხელშეკრულების დადების თავისუფლება, რომელიც მოიცავს კონტრაჰენტის არჩევის თავისუფლებასაც და ხელშეკრულების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლება, რაც გულისხმობს მხარეებისათვის სასურველი ხელშეკრულების ტიპის არჩევას, მათ შორის კანონით გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულების და შერეული ხელშეკრულების დადებასაც. ხელშეკრულების თავისუფლებაში მოიაზრება ფორმის არჩევის თავისუფლებაც.¹² საკუთარი ნებისა და ინტერესების მიხედვით ინდივიდებს შეუძლიათ განსაზღვრონ იმგვარი სახელშეკრულებლო პირობები, რომელთა ანალოგს სამოქალაქო სამართალი არ იცნობს. ეს ე.წ არატიპიური ხელშეკრულებებია.¹³

1. ხელშეკრულების დადების თავისუფლება

ხელშეკრულების სუბიექტებს თავისუფლად შეუძლიათ შეარჩიონ თავიანთი მომავალი პარტნიორები. ამის ერთ-ერთი გარანტიაა საქართველოს ტერიტორიაზე სამოქალაქო ბრუნვის თავისუფლება.¹⁴ ამ თავისუფლების საძირკველი ნების გამოვლენის თავისუფლებაშია.¹⁵ თავისუფალი ნების გამოვლენა კერძო ინტერესების არსებობის აუცილებელი გარემოებაა.¹⁶ ხელშეკრულება ასეთ ვითარებაში იქცევა უმაღ-

¹¹ იხ. იქვე.

¹² იხ. გელაშვილი ი., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი* <http://www.gccc.ge/>, 2017, მუხლი 319-ე, 2.

¹³ იხ. იქვე.

¹⁴ იხ. ზოიძე ბ., *ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში*, საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი, თბილისი, 2005, 284.

¹⁵ იხ. იქვე.

¹⁶ იხ. იქვე.

ლეს სამართლებრივ ფასეულობად.¹⁷ სუბიექტების შერჩევაში ჩანს ხერხემალი კერძო სამართლისა.¹⁸

ხელშეკრულების დადების თავისუფლება სახელშეკრულებო ურთიერთობის წარმოშობის საფუძველია, იგი გულისხმობს უფლებას, სუბიექტებმა საკუთარი ინტერესის მიხედვით დადონ ხელშეკრულება.¹⁹ ხელშეკრულების დადების თავისუფლების მეორე გამოვლინება კი კონტრაჰენტის არჩევის თავისუფლებაა.²⁰ ხელშეკრულების დადების თავისუფლება ასევე, მოიცავს პირის უფლებას, უარი თქვას სახელშეკრულებო ურთიერთობის გაგრძელებაზე.²¹ ხელშეკრულების თავისუფლების ძირითადი მახასიათებელი ნიშანი მხარეთა მიერ გამოვლენილი ნების თავისუფალი ფორმირებაა, რაც მათთვის სასურველი შინაარსის და კანონით პირდაპირ გაუთვალისწინებელი ხელშეკრულების დადების შესაძლებლობიდან გამომდინარეობს.²²

2. შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლება

მხარეები თვითონ განსაზღვრავენ ხელშეკრულების შინაარსს. კანონს არა აქვს პრეტენზია, დეტალურად დაადგინოს ნებისმიერი ხელშეკრულების შინაარსი.²³ მხარეები ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ცალკე განსაზღვრავენ ურთიერთობის შინაარსს.²⁴ კანონმა არ შეიძლება განსაზღვროს ის, რაც

¹⁷ იხ. იქვე.

¹⁸ იხ. იქვე.

¹⁹ იხ. გელაშვილი ი., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი* <http://www.gccc.ge/>, 2017, მუხლი 319-ე, 2.

²⁰ იხ. იქვე, 2.

²¹ იხ. იქვე, 2.

²² იხ. მაგ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 27 მარტის №ას-1300-1320-2011 განჩინება.

²³ იხ. ზოიძე ბ., *ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში*, საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი, თბილისი, 2005, 285.

²⁴ იხ. იქვე, 285.

ხელშეკრულების მონაწილეთა მიერ განისაზღვრება.²⁵

ხელშეკრულების თავისუფლების პრაქტიკული რეალიზაციის უმთავრესი ინსტიტუტი ხელშეკრულების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებაა, რომელზეც მხარეთა სამომავლო უფლებებისა და ვალდებულებების განსაზღვრაა დამოკიდებული.²⁶ ხელშეკრულების შინაარსის ჩამოყალიბებისათვის საჭიროა ძირითადი პირობების გათვალისწინება, რომელთა ფორმირების შესაძლებლობა მხარეთა პრეროგატივას წარმოადგენს და იგი მხარეთა თანასწორუფლებიანობის პრინციპს ეფუძნება.²⁷ შინაარსის თავისუფლება ხელშეკრულების თავისუფლების უმთავრეს შემადგენელ ელემენტადაც შეიძლება იქნეს მიჩნეული, ვინაიდან სწორედ შინაარსის თავისუფლების ფარგლებში ათანხმებენ მხარეები ყველა პირობას.²⁸

ამდენად, ხელშეკრულების შინაარსის თავისუფლება წარმოადგენს მისი მონაწილე მხარეების არჩევანის შესაძლებლობას, თავად, საკუთარი სურვილის შესაბამისად, მოახდინონ, ნებისმიერი, კანონით აუკრძალავი სამართლებრივი პირობის ხელშეკრულებაში განერა, შეადგინონ ხელშეკრულება სხვადასხვა ხელშეკრულებათა შინაარსის კომბინაციით, რაც მთლიანად მხარეთა ნება-სურვილზე იქნება დამოკიდებული.²⁹

3. ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების ინსტიტუტი

თანამედროვე ეკონომიკის პირობებში მხარეები, ხელ-

²⁵ იხ. იქვე, 285.

²⁶ იხ. ჯორბენაძე ს., *ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, გვ. 135.

²⁷ იხ. იქვე, 136.

²⁸ იხ. იქვე, 135.

²⁹ იხ. იქვე, 135.

შეკრულების რთული და მასშტაბური პირობების განსაზღვრის და ამასთან დაკავშირებული მოლაპარაკებების თავიდან აცილების მიზნით, ხშირად სარგებლობენ ხელშეკრულების სტანდარტული პირობებით. ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები გულისხმობს ერთგვაროვანი შინაარსის მქონე ხელშეკრულებებს, რომელთა გამოყენებაც ხდება მრავალჯერადად.³⁰

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებად მიჩნევის სავალდებულო ნიშნებია: 1. სტანდარტული პირობები არის სახელშეკრულებო პირობები; 2. სტანდარტული პირობები არის წინასწარ ჩამოყალიბებული პირობები; 3. სტანდარტული პირობები არის მრავალჯერადი გამოყენებისათვის გამიზნული პირობები; 4. სტანდარტულ პირობებს ერთი მხარე უდგენს მეორე მხარეს; 5. სტანდარტული პირობებით უნდა მოხდეს კანონით დადგენილი ნორმებისაგან განსხვავებული ან მათი შემდგომი წესების დადგენა.³¹

აღსანიშნავია, რომ ზემოთ ჩამოთვლილი პირობები არის კუმულაციური ხასიათის მატარებელი, ანუ ყოველი მათგანის ერთობლივად არსებობა აუცილებელი სახელშეკრულებო პირობის სტანდარტულ პირობად მიჩნევისათვის და რომელიმე მათგანის არარსებობა ავტომატურად გამორიცხავს პირობის სტანდარტულ პირობად აღიარების შესაძლებლობას.³²

ხელშეკრულებათა სტანდარტული პირობები გამოიყენება ყველგან, სადაც არსებობს მრავალრიცხოვან მომხმარე-

³⁰ იხ. ადამაშვილი ა., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები*, <http://www.gccc.ge/> 342-ე მუხლი, 2015, 1.

³¹ იხ. *საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 10 სექტემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე Nას-755-811-2011*.

³² იხ. ცერცვაძე ლ., *სახელშეკრულებო სამართალი, სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისათვის, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2014, 204.*

ბელთან საქმიანი ურთიერთობა.³³ ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების გამოყენება თანამედროვე ბაზრის განვითარების ერთ-ერთ სამართლებრივ შედეგს წარმოადგენს. იგი გამოიყენება უამრავ სამართლებრივ ურთიერთობებში.³⁴ ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებს ახასიათებს პრინციპი, რომლის მიხედვითაც, იგი ვრცელდება აბსოლუტურად ყველა პირზე, ვინც ხელს აწერს მას. სასამართლო პრაქტიკით, მათი აღქმადობა და ხელშეკრულების პირობად გადაქცევა იდენტური უნდა იყოს ხელშეკრულების მონაწილე ყველა სუბიექტისთვის.³⁵ თანამედროვე ეკონომიკური და სამოქალაქო ბრუნვა წარმოუდგენელია ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების ინსტიტუტის გამოყენების გარეშე.

4. კეთილსინდისიერების პრინციპი – სამართლიანი სამართალი

თანამედროვე სამართლებრივი წესრიგისათვის დამახასიათებელია კეთილსინდისიერების პრინციპის აღიარება. ამ პრინციპით კონკრეტდება ინდივიდის მოქმედების თავისუფლების ფარგლები.³⁶ კეთილსინდისიერების პრინციპი ინდივიდის მოქმედების სამართლიანობის კრიტერიუმთან ურთიერთკავშირში განიხილავს. იგი ინდივიდის მოქმედების თავისუფლების ერთგვარი შეზუღვაა.³⁷

კეთილსინდისიერების პრინციპი კერძო სამართლის

³³ იხ. ზოიძე ბ., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი ხუთ წიგნად, წიგნი მესამე*, გამომცემლობა „მერიდიანი“. 2001, 181.

³⁴ იხ. ჯორბენაძე ს., *ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 192.

³⁵ იხ. იქვე, 192.

³⁶ იხ. კერესელიძე დ., *კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები*, ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი 2009, გვ. 83.

³⁷ იხ. იქვე, 83.

უნივერსალური შეფასებითი კატეგორიაა.³⁸ კეთილსინდისიერების პრინციპის გამოყენების სფერო ძირითადად განპირობებულია შემთხვევებით, რომლებშიც მოთხოვნა ფორმალურად შეესაბამება მოქმედ მატერიალურ სამართალს, მაგრამ მისი განხორციელება კონკრეტულ შემთხვევაში უსამართლოა. დაუშვებელია, მოქმედი სამართლიდან გამომდინარე უფლება თუ შედეგი იყოს არასამართლიანი.³⁹

კეთილსინდისიერების პრინციპი საზოგადოებრივ ურთიერთობებში არსებული ნორმატიული ხარვეზების შევსებას ითვალისწინებს.⁴⁰

საკასაციო პალატის განმარტებით, კეთილსინდისიერება გულისხმობს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა მოქმედებას პასუხისმგებლობით, და ერთმანეთის უფლებისადმი პატივისცემით მოპყრობას. კეთილსინდისიერება როგორც, ნორმატიული, ისე სუბიექტური ნების განმარტების ინსტრუმენტია. მის საფუძველზე აღმოიფხვრება როგორც კანონის, ისე ხელშეკრულების ხარვეზი. კეთილსინდისიერების პრინციპის შინაარსი, უპირველეს ყოვლისა, იმით გამოიხატება, რომ მხარეს, გარდა ვალდებულების ჯეროვანი შესრულებისა, ევალება ვალდებულების კეთილსინდისიერად შესრულებაც, ანუ კონტრაჰენტის პატივსადები ინტერესების გათვალისწინება და დაცვა. ამ მოთხოვნის დარღვევა არა მხოლოდ სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების პროცესში, არამედ სახელშეკრულებო მოლაპარაკებათა და ძირითადი ვალდებულებების შესრულების შემდგომ ეტაპზეც შესაძლებელია პასუხისმგებლობის დაკისრების სა-

³⁸ იხ. იქვე, 83.

³⁹ იხ. იქვე, 84.

⁴⁰ იხ. ჯორბენაძე ს., *ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 48.

ფუძველი გახდეს.⁴¹

კეთილსინდისიერების ინსტიტუტი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სამოქალაქო სამართლისათვის და იგი მთლიანად კერძო სამართლის უმთავრეს პრინციპს წარმოადგენს.⁴² კეთილსინდისიერების ძირითადი ფუნქცია სამართლიანი შედეგების დადგომა და ამავე დროს, აშკარად უსამართლო შედეგის თავიდან აცილებაა.⁴³ კეთილსინდისიერების პრინციპის შესაბამისად მოქმედების ფარგლები მეორე მხარის ნდობის პროპორციულია. ეს ნორმა განსაკუთრებით დიდია ორმხრივი თუ საერთო ინტერესის არსებობის შემთხვევაში, რაც განპირობებულია მხარის ვარაუდით, რომ პირი არ იმოქმედებს თავისივე და, აქედან გამომდინარე, ორმხრივი ინტერესების საზიანოდ.⁴⁴ გამომდინარე იქიდან, რომ ეს ნდობა სხვადასხვა სამართლებრივ ურთიერთობაში შეიძლება განსხვავებული იყოს, ხშირად კონკრეტდება თუ ზუსტდება კეთილსინდისიერების ზოგადი პრინციპი ცალკეულ ვალდებულებაში.⁴⁵

კეთილსინდისიერების პრინციპი სამოსამართლო სამართლის განვითარების ორიენტირს წარმოადგენს. სამართალი არ არის მარტოოდენ სახელმწიფო სახელისუფლო სტრუქტურების საქმიანობის პროდუქტი.⁴⁶ კეთილსინდისიერების პრინციპი ზოგადი ვალდებულებაა.⁴⁷ კეთილსინდისიერების პრინ-

⁴¹ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო პალატის 2015 წლის 29 ივნისის განმარტება საქმეზე *ნას-1338-1376-2014*

⁴² იხ. ჭანტურია ლ., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი*, <http://www.qccc.ge/>, მე-8 მუხლი, 2015, გვ. 5.

⁴³ იხ. იქვე, 5.

⁴⁴ იხ. კერესელიძე დ., *კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები*, ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი 2009, 92.

⁴⁵ იხ. იქვე, 92

⁴⁶ იხ. ხუნაშვილი ნ., *კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2014, 13.

⁴⁷ იხ. იქვე, 13.

ციპი, გარდა თეორიული სამართლებრივი მნიშვნელობისა, კერძო სამართალში უდიდეს პრაქტიკულ დანიშნულებას ჰპოვებს. გარკვეულ ასპექტში შესაძლებელია იგი ვალდებულების დაკისრების წინაპირობადაც მოგვევლინოს.⁴⁸

სამართალს არ შეიძლება გააჩნდეს აბსოლუტური სამართლიანობის პრეტენზია. ვინაიდან იგი მუდმივად განვითარებადი სფეროა, ხშირად სამართლის სოციალური ქცევის წესები წინააღმდეგობაში მოდიან რაციონალიზმისა და ლოგიკის ჩარჩოებთან. სახელშეკრულებო ურთიერთობებში და ზოგადად კერძო სამართალში, კეთილსინდისიერების ინსტიტუტი ქვაკუთხედი უნდა იყოს სამართლიანობის უზრუნველსაყოფად.

5. ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვა ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებში

ხელშეკრულების თავისუფლება კერძო სამართლებრივი ურთიერთობების ფუნდამენტს წარმოადგენს, იგი ინსტრუმენტია სამოქალაქო უფლებების პრაქტიკული რეალიზებისა, რომლის მეშვეობითაც ყოველდღიურად სუბიექტები გარკვეულ ურთიერთვალდებულებებს კისრულობენ, ამყარებენ რა სამართლებრივ ურთიერთობებს სხვა პირებთან, უზრუნველყოფენ პიროვნულ განვითარებას, როგორც სამეწარმეო, ისე არასამეწარმეო სფეროებში. ხელშეკრულების თავისუფლება კერძო ავტონომიაზე, ჰორიზონტალურ სანქსიებზეა აგებული, თუმცა ეს უკანასკნელნი აბსოლუტურობას მოკლებულნი არიან და რიგ შემთხვევაში შესაძლებელია კანონის ფარგლებში შეიზღუდონ. შეზღუდვის მიზანი, უმეტესწილად სუსტი ხელშემკვრელი მხარის დაცვას ემსახურე-

⁴⁸ ი.ხ ჯორბენაძე ს., *ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 47.

ბა, რომელსაც არ გააჩნია სათანადო ცოდნა და გამოცდილება, შესაბამისად, უფლების დარღვევის რისკიც მაღალია.

მიუხედავად იმისა, რომ ხელშეკრულების თავისუფლება სამოქალაქო სამართლის ერთ-ერთი უმთავრესი პრინციპია, იგი არასოდეს ყოფილა შეუზღუდავი. ეს შეზღუდვები შეეხება როგორც ხელშეკრულების დადების, ისე მისი შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებას.⁴⁹ ფორმალური თვალსაზრისით, სტანდარტული პირობები ხელშეკრულების ნაწილი ხდება, რომელიც ბოჭავს მხოლოდ იმ პირებს, რომელთაც დადეს სტანდარტული პირობები ურთიერთთანხმობით. თუმცა, პრაქტიკაში, სტანდარტული პირობების განსაზღვრა და შეთავაზება ერთ-ერთი მხარის მიერ ხელშეკრულების დადების დროს ისე ხდება, რომ მეორე მხარეს არ აქვს ამ პირობების შინაარსში რაიმეს შეცვლის შესაძლებლობა. ეს ნიშნავს, რომ ორივე მხარისათვის თანაბრად მინიჭებულ თავისუფლებას, განსაზღვრონ ხელშეკრულების შინაარსი, იყენებს მხოლოდ ერთ-ერთი მხარე, ხოლო მის კონტრაჰენტს არ შეუძლია ხელშეკრულების პირობების განსაზღვრაში მონაწილეობა.⁵⁰ კლიენტს არ შეუძლია ხელშეკრულების თავისუფლად დადება, თუ მას სჭირდება საქონელი ან მომსახურება, ხოლო შემთავაზებელს უკავია ბაზარზე მონოპოლიური მდგომარეობა.⁵¹ წესები, რომელსაც ხელშეკრულების მონაწილე ადგენს, წარმოადგენს პირის თავისუფლებას. თუმცა, როგორც უმეტეს სამართლებრივ ინსტიტუტებში, სახელშეკრულებო ურთიერთობებშიც თავისუფლება არ არის

⁴⁹ იხ. ჭანტურია ლ., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი ხუთ წიგნად, წიგნი მესამე*, გამომცემლობა „სამართალი“ 2001, 61.

⁵⁰ იხ. ხუნაშვილი ნ., *კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2014, 208.

⁵¹ იხ. იქვე, 208.

შეუზღუდავი.⁵²

ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები ხელშეკრულების თავისუფლების ბუნებაში ჩარევის ერთ-ერთი გავრცელებული მაგალითია.⁵³ ასეთ შემთხვევაში, უპირველეს ყოვლისა, იზღუდება შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლება. კერძოდ პირი, რომელიც მომსახურებას იღებს, უკვე წინასწარ დადგენილი სახელშეკრულებო პირობებითვე იზღუდება. ამის მაგალითია, როგორც წერილობითი, ისე სოციალურ მედიაში ან ინტერნეტში დადებული ხელშეკრულება.⁵⁴

სტანდარტული პირობები ხელშეკრულების თავისუფლების შეზღუდვის სამართლებრივი დათქმაა.⁵⁵

სტანდარტული პირობების სამართლებრივი ბუნებიდან და გამოყენების მრავალჯერადი ხასიათიდან გამომდინარე, სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილე მოკლებულია ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპის გათვალისწინებით, ხელშეკრულების შინაარსის კონსტრუირებაში მონაწილეობის შესაძლებლობას. ფაქტობრივად, მომხმარებლის როლი პასიურია და ის აქტიურად ვერ ახორციელებს უფლება-მოვალეობების რეალიზებას, რადგან იგი მეორე კონტრაჰენტის წინასწარ განსაზღვრულ პირობებზე თანხმდება. მაგალითად, ხშირია შემთხვევები, როდესაც გამყიდველები თავს იზღვევენ დამატებითი ვალდებულებებისაგან, რაც შემდეგ სტანდარტულ პირობაში გამოიხატება, რომ „გაყიდული საქონელი უკან არ ბრუნდება“. მოცემულ შემთხვევაში, პირი ნასყიდობის ხელშეკრულების დადებისას ავტომატურად ხდება ამ ურთიერთობის მონაწილე, თუმცა, აღ-

⁵² იხ. ჯორბენაძე ს., *ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 131.

⁵³ იხ. იქვე, 196.

⁵⁴ იხ. იქვე, 196.

⁵⁵ იხ. იქვე, 192.

ნიშნული დათქმა უპირობოდ როდი გულისხმობს სამოქალაქო პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას.

ხელშეკრულების სტანდარტული პირობებისას შინაარსის კონტროლი განსხვავდება ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულების კონტროლისაგან.⁵⁶ ამ შემთხვევაში საუბარია იმაზე, თუ რამდენად აქვს ინდივიდს უფლება, განახორციელოს კონკრეტული საქმიანობა.⁵⁷ ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების შინაარსის კონტროლი სამართლებრივი შედეგებისთვისაა სარგებლის მომტანი. მისი უმთავრესი დანიშნულებაა, დაიცვას იმ პირთა მიმართ კერძო ავტონომიის ძირითადი პრინციპები, რომელნიც სახელშეკრულებო ურთიერთობისას ე.წ. „ძლიერ მხარეს“ არ წარმოადგენენ.⁵⁸

ამა თუ იმ ხელშეკრულებაზე ხელმოწერა ყოველთვის როდი არის იმის დასტური, რომ გარიგების მონაწილე იცნობს, გარიგების შინაარსს. პრაქტიკა ხშირად ამის საპირისპიროს აჩვენებს, განსაკუთრებით, როცა საქმე შეეხება ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების გამოყენებას, რომლებზეც ხელშეკრულების მონაწილე, როგორც წესი, ბრმად აწერს ხელს.⁵⁹

⁵⁶ იხ. იქვე, 198.

⁵⁷ იხ. იქვე, 198.

⁵⁸ იხ. ჯორბენაძე ს., *ხელშეკრულების თავისუფლების ფარგლები სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016, 198.

⁵⁹ იხ. ხუნაშვილი ნ., *კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2014, 203.

6. ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების ბათილობა ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპების საფუძველზე

სტანდარტული პირობების ჩამოყალიბებისას პარიტეტის დაცვას უზრუნველყოფს სსკ-ის 346-ე მუხლი, რომელშიც საუბარია კონტრაქტის უფლებების არსებითად შემლახავი პირობების გამოყენებისაგან სუსტი მხარის დაცვის მექანიზმზე კეთილსინდისიერების პრინციპის საფუძველზე. ეს ნორმა მოქმედებს როგორც კომერციულ ბრუნვაში, ისე მომხმარებლებთან ურთიერთობებშიც.⁶⁰ ქართულ სინამდვილეშიც თანდათან იზრდება სტანდარტული პირობების როლი და მნიშვნელობა და მათ შორის, შესაბამისი პრაქტიკაც ჩამოყალიბების პროცესშია. სასამართლო პრაქტიკა მოწმობს, რომ სტანდარტული პირობები კონტროლდება კეთილსინდისიერების პრინციპის მეშვეობით.⁶¹

346-ე მუხლი წარმოადგენს ხელშეკრულების შინაარსობრივი კონტროლისათვის ზოგად ნორმას.⁶² იმისათვის, რომ ხელშეკრულების სტანდარტული პირობა მივიჩნიოთ ბათილად, 346-ე მუხლის შესაბამისად, იგი უნდა ეწინააღმდეგებოდეს ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპებს და იყოს საზიანო მეორე მხარისათვის. მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული ამ პირობების ხელშეკრულებაში შეტანის გარემოებები და მხარეთა ორმხრივი ინტერესები.⁶³

346-ე მუხლით გათვალისწინებული მოწესრიგება წარმოადგენს სტანდარტული პირობების ბათილობის მომწესრიგებელ ერთადერთ ნორმას, რომელიც კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილე ყველა სუბიექტისათვის უნი-

⁶⁰ იხ. იქვე, 203-204.

⁶¹ იხ. იქვე, 204.

⁶² იხ. ალადაშვილი ა., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი*, <http://www.gccc.ge/>, 346-ე მუხლი, 1.

⁶³ იხ. იქვე, 4.

ვერსალურია.⁶⁴ ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების თვალსაზრისით, ამ პრინციპებზე აქცენტის გაკეთება განპირობებულია როგორც ზოგადი პრინციპების საფუძველზე, ისე თავად სტანდარტული პირობების სპეციფიკით, ვინაიდან, როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, სტანდარტული პირობებს შემთავაზებელი ადგენს და მომხარებელს ნაკლებად აქვს შესაძლებლობა, გავლენა მოახდინოს ამ პირობების შინაარსზე, ანუ განსახილველი ნორმა წარმოადგენს როგორც პრევენციული, ისე დამცავი ხასიათის ნორმას, რომლითაც, ერთი მხრივ, შემთავაზებლის მხრიდან არაკეთილსინდისიერებისა და ნდობის ბოროტად გამოყენების პრევენცია ხდება და მეორე მხრივ, კეთილსინდისიერი მომხმარებლის კანონიერი ინტერესის დაცვა ხორციელდება.⁶⁵

სტანდარტულ პირობებში კეთილსინდისიერების პრინციპის მოქმედების მიზანია აღიკვეთოს შემთხვევები, როდესაც მხარე ცდილობს თავისი ძლიერი მდგომარეობის გამოყენებით უპირატესობის მოპოვებას ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების შეტანის გზით.⁶⁶

ხელშეკრულების სტანდარტული პირობა ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპების საწინააღმდეგოდ საზიანოა მეორე მხარისათვის, როდესაც სტანდარტული პირობა სამართლებრივი ნორმების ძირითად არსს გაუმართლებლად ეწინააღმდეგება ანდა მომხმარებლის ინტერესები არ არის საკმარისად გათვალისწინებული ხელშეკრულებაში.⁶⁷ ამას-

⁶⁴ იხ. ძლიერეშვილი ზ., ცერცვაძე გ., რობაქიძე ი., სვანიძე გ., ცერცვაძე ლ., ჯანაშია ლ., რედ. ჯულელი გ., *სახელშეკრულებლო სამართალი, სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისათვის*, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2014, 212.

⁶⁵ იხ. იქვე, 212.

⁶⁶ იხ. ხუნაშვილი ნ., *კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2014, 207.

⁶⁷ იხ. ალადაშვილი ა., *საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი*, <http://www.gccc.ge/>, 346-ე მუხლი, 2016, 4.

თანავე, საზიანოდ უნდა დაკვალიფიცირდეს შემთხვევა, როდესაც შემთავაზებელი იმდენად ზღუდავს თავის ვალდებულებებს, რომ წარმოუდგენელი ხდება ხელშეკრულების მიზნის მიღწევა.⁶⁸ ანალოგიური მიდგომა იკვეთება რისკების არათანაზომიერი გადანაწილების შემთხვევაში, რომელიც ხელყოფს კეთილსინდისიერების პრინციპს.

რამდენადაც სტანდარტული პირობები განისაზღვრება მხოლოდ ერთი მხარის მიერ, აუცილებელია მეორე მხარის ინტერესების დაცვა, რომელიც პირობების განსაზღვრაში მონაწილეობას არ იღებს.⁶⁹ ამიტომაცაა, რომ კანონის იმპერატიული დანაწესის თანახმად, ბათილია კეთილსინდისიერების პრინციპის საწინააღმდეგო სტანდარტული პირობები.⁷⁰

სტანდარტულ პირობებში ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპები სუსტი კონტრაჰენტის დაცვას უზრუნველყოფს, რომელსაც არ აქვს სათანადო კომერციული ან სხვა გამოცდილება, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, აღნიშნული ინსტიტუტი სახელშეკრულებო სამართლიანობას ემსახურება, რათა ბაზარზე გაბატონებული მდგომარეობის მქონე სუბიექტებმა არათანაზომიერი პირობების ხელშეკრულებაში განერით პასუხისმგებლობას თავი ვერ აარიდონ.

7. „მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონპროექტის მე-12 მუხლი

2014 წლის 27 ივნისს, ევროკავშირმა, მისმა წევრმა სახელმწიფოებმა და საქართველომ („მხაარეები“), (AA), ხელი

⁶⁸ იხ. იქვე, 5.

⁶⁹ იხ. ხუნაშვილი ნ., *კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად*, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2014, 213.

⁷⁰ იხ. იქვე. 213-214.

მოანერეს ამბიციური და ინოვაციური ასოციირების შეთანხმებას, რომელიც ასევე მოიცავს ღრმა და ყოვლისმომცველი თავისუფალი ვაჭრობის სივრცის (DCFTA) კომპონენტს.⁷¹ ასოციირების შეთანხმებით საქართველო-ევროკავშირის ურთიერთობა თავისებურად ახალ ფაზაში გადავიდა, რაც გულისხმობს სამართლებრივი დაახლოების კონკრეტული და სავალდებულო მექანიზმების შექმნას და ევროკავშირის აქტივების თანმიმდევრულ იმპლემენტაციას საქართველოს კანონმდებლობაში.⁷² დირექტივების აღსრულების პროცესში წინ გადადგმულ ნაბიჯად უნდა ჩაითვალოს „შრომის უსაფრთხოების შესახებ კანონის“ მიღება. შეთანხმების თანახმად, მომხარებელთა უფლებების დაცვის კუთხით საქართველო ნელ-ნელა პროგრესირდება, რის გამოხატულებასაც „მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ“ კანონპროექტის მიღების დღის წესრიგში დაყენება წარმოადგენს. მოცემულ შემთხვევაში, ნაშრომის მიზნებიდან გამომდინარე რელევანტური იქნება კანონის მე-12 მუხლის ანალიზი.

მე-12 მუხლის მიზანია დირექტივის 93/13 იმპლემენტაცია.⁷³ კანონპროექტის მე-12(1)-ლი პუნქტში ცალსახადაა აღნიშნული რომ „ხელშეკრულების პირობები, რომლებიც მხარეთა ინდივიდუალური შეთანხმების საგანს არ წარმოადგენდა, უნდა ჩაითვალოს უსამართლოდ, თუ ეწინააღმდეგება კეთილსინდისიერების პრინციპებს და იწვევს მომხარებლის საზიანოდ გაუმართლებელ დისბალანსს სახელშეკრულებო უფლება-მოვალეობებში.“⁷⁴ გარდა ამისა, მოცემული მუხლი უზრუნველყოფს მტკიცების ტვირთის გადანაწილებას მოვაჭრესა და

⁷¹ იხ. ევროკავშირისა და საქართველოს შორის ასოციირების 2017-2018 წწ. დღის წესრიგი, <http://mfa.gov.ge/>.

⁷² იხ. მაისურაძე დ., სულხანიშვილი ე., ვაშაკიძე გ., *ევროკავშირის კერძო სამართალი გადაწვეტილებები და მასალები, ნაწილი I*, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, 2018, 11.

⁷³ იხ. Pof. Hans- W. Micklitz, *Legal Opinion on the Draft Law of Georgia on the Protection of Consumer Rights*, (per March 2017), 30.

⁷⁴ იხ. <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/113040>, მუხლი 12(1), 8.

მომხარებელს შორის, საკითხს კი ამ უკანასკნელის სასარგებლოდ წყვეტს. მე-12(2)-ე პუნქტის თანახმად, მტიცების ტვირთი იმისა, რომ ხელშეკრულების პირობები წარმოადგენდა ინდივიდუალური მოლაპარაკების საგანს, ეკისრება მოვაჭრეს.⁷⁵ კანონპროექტის მე-3 მუხლის თანახმად, მოვაჭრეა პროდუქციის შემთავაზებელი ან/და გამყიდველი, ასევე, მომსახურების გამწვანევი ფიზიკური ან იურიდიული პირი. ამავე მუხლის გათვალისწინებით კი, მომხარებელია ფიზიკური პირი, რომელსაც სთავაზობენ პროდუქციას ან/და მომსახურებას, ან რომელიც შეიძენს და იყენებს პროდუქციას ან/და მომსახურებას პირადი საჭიროების/მომხმარების და არა მისი სამენარმეო, პროფესიული ან/და სხვა საქმიანობის მიზნით.

მომხმარებლის უფლებების დაცვის კუთხით აღსანიშნავია კანონპროექტის მე-12(4)-ე პუნქტი, რომლის მიხედვით, მომხმარებლისათვის წერილობითი ფორმით მიწოდებული პირობები უნდა ჩამოყალიბდეს მკაფიო და გასაგებ ენაზე. ხელშეკრულების ბუნდოვანი პირობები განიმარტება მომხარებლის სასარგებლოდ. ერთი მხრივ, ამ დანაწესის არსებობა ავალდებულებს მოვაჭრეს პირობები ნათლად და გასაგებად ჩამოყალიბოს, რათა ადვილად განჭვრეტადი იყოს მეორე მხარისათვის, თავიდან იქნეს არიდებული არასასურველი და გაურკვეველი სიტუაციები, მეორე მხრივ კი, იცავს მომხმარებელს ბუნდოვანი და ორაზროვანი პირობების მის საწინააღმდეგოდ განმარტებისაგან და აპრიორს სწორედ მასზე აკეთებს, აქედან გამომდინარე, ნორმას პრენეციული და დაცვითი ფუნქცია გააჩნია, რათა კონტრაჰენტის ინტერესები მყარად იქნეს დაცული.

მომხარებელთა უფლებების დაცვის კუთხით, მოცემული კანონპროექტი, სპეციალურ კანონს წარმოადგენს, რომელიც განსაზღვრავს მომხმარებლის უფლებების დაცვის სტანდარტს, რათა ბაზარზე გაბატონებულმა სუბიექტმა

⁷⁵ იხ. იქვე. მუხლი 12(2),8.

არასათანადო პირობების დათქმით არ ხელყოს მისი ინტერესები. ძირითადი აქცენტი კი კეთილსინდისიერების პრინციპზე კეთდება, რომლის დაცვა სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეების ვალდებულებაა.

8. ევროკავშირის კერძო სამართლის პრაქტიკა მომხმარებელთა უფლებების კუთხით

2016 წლის 1 ივლისს ძალაში შესული ასოცირების შესახებ შეთანხმების გათვალისწინებით, „სამართლებრივი დაახლოების ვალდებულება არ ამოიწურება ევროკავშირის აქტების შიდაკანონმდებლობაში ტრანსფორმაციით, არამედ, ეფექტური ჰარმონიზაციის მიზნებიდან გამომდინარე, ასავე გულისხმობს, ევროკავშირის სასამართლოს(შემდგომში:ემს) პრაქტიკის გათვალისწინებასაც, როგორც სამართლაშემოქმედებით ასევე სამართალშეფარდებით პროცესში“.⁷⁶

სახელშეკრულებო სფეროში მომხმარებელთა დაცვის მიზნით ევროკავშირის მიერ მიღებულია რამდენიმე მნიშვნელოვანი აქტი. მათი დიდი ნაწილი გათვალისწინებულია ასოცირების შეთანხმების „მომხმარებელთა პოლიტიკის თავში“,⁷⁷ მნიშვნელოვანია აღინიშნოს „1993 წლის 5 აპრილის საბჭოს 93/13/EEC დირექტივა მომხმარებელთა კონტრაქტებში არასამართლიანი პირობების შესახებ“(შემდგომში: არასამართლიანი სახელშეკრულებო პირობების დირექტივა).⁷⁸

გერმანული დოქტრინის სამოქალაქო კოდექსში იმპლემენტაციის გზით არასამართლიანი სახელშეკრულებო პირობების 93/13/EEC-ე დირექტივის გარკვეული ნაწილი ქართულ

⁷⁶ იხ. მაისურაძე დ., სულხანიშვილი ე., ვაშაკიძე გ., *ევროკავშირის კერძო სამართალი გადანეტილებები და მასალები, ნაწილი I*, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, 2018, 11.

⁷⁷ იხ. მაისურაძე დ., სულხანიშვილი ე., ვაშაკიძე გ., *ევროკავშირის კერძო სამართალი გადანეტილებები და მასალები, ნაწილი I*, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, 2018, 29.

⁷⁸ იხ. იქვე, 29.

კანონმდებლობაში ავტომატურად აისახა(იხ. სამოქალაქო კოდექსის 342-348-ე მუხლები). ეს კი ნიშნავს იმას, რომ ემს-ის პრაქტიკა არამხოლოდ მომავალში, არამედ არსებული კანონმდებლობის ფარგლებშიც კი საყურადღებოა ქართული კანონმდებლობისათვის.⁷⁹

ევროკავშირის დირექტივების საერთო მიზანია, არასათანადო სამართლებრივი და ეკონომიკური რისკებისაგან დაიცვას ის მომხმარებელი, რომელიც ევროკავშირის ბაზარზე იძენს პროდოქტს ან სარგებლობს შემოთავაზებული მომსახურებით. ბუნებრივია, ეს დაცვა არ მოიცავს ყველა კატეგორიის ეკონომიკურ და სამართლებრივ რისკს, არამედ ვრცელდება მხოლოდ იმ რისკებზე, რომლებიც სასაქონლო ბაზარზე ძალათა დისბალანსის ფონზე წარმოიშობა და „ძლიერი მხარის“ მიერ „სუსტი მხარისკენ“ მისამართდება(“Inequality of Bargaining Powers”).⁸⁰

2.93/13/EEC დირექტივა არასამართლიანი სახელშეკრულებო პირობების შესახებ

მრავალწლიანი მოსამზადებელი სამუშაოების შემდეგ. 1993 წლის 5 აპრილს, მიღებულ იქნა 93/13/EEC-ე დირექტივა მომხმარებელთა კონტრაქტებში არასამართლიანი პირობების შესახებ.⁸¹

93/13/EEC-ე დირექტივის მიზანია, ხელი შეუწყოს ევროკავშირის შიდა ბაზრის განვითარებას მომხმარებელთა იმ სამართლებრივი და ეკონომიკური რისკებისაგან დაცვის გზით, რომელიც შემთავაზებელმა, როგორც უკეთ ინფორმირებულმა და უფრო ძლიერმა ბაზრის მოთამაშემ, ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების მეშვეობით ხელშეკრულების უფრო „სუსტ მხარესთან“ შეიძლება გადაამისამარ-

⁷⁹ იხ. იქვე, 29.

⁸⁰ იხ. იქვე, 30.

⁸¹ იხ. იქვე, 39.

თოს.⁸²

დირექტივა ადგენს იმ შინაარსობრივ მოთხოვნებს, რომელთაც ის სტანდარტული პირობები უნდა აკმაყოფილებდეს, რომელთაც მენარმე იყენებს მომხარებელთან ურთიერთობისას. ამ მოთხოვნების საერთო პათოსია, რომ სტანდარტული სახელშეკრულებო პირობა იყოს გამჭვირვალე, სამართლიანი და კეთილსინდისიერი. დირექტივის მე-3(1) მუხლის თანახმად, სახელშეკრულებო პირობა, რომელიც არ არის ინდივიდუალურად მოლაპარაკებული მიჩნეული უნდა იქნეს არასამართლიანად, თუ კეთილსინდისიერების პრინციპის საწინააღმდეგოდ და მომხმარებლის საზიანოდ, ის იწვევს მნიშვნელოვან უთანასწორობას მხარეების უფლებებსა და მოვალეობებს შორის.⁸³

93/13/EEC-ე დირექტივა ითვალისწინებს სამ ძირითად მექანიზმს იმ მომხმარებლის დასაცავად, რომელიც არაკეთილსინდისიერი პირობის მსხვერპლია.

პირველი, მაშინაც როცა სტანდარტული პირობა არ არის არასამართლიანი, თუმცა ორაზროვანია ან მისი შინაარსი საეჭვოა, ის უნდა განიმარტოს იმ შინაარსით, რომელიც მომხმარებლისთვის უფრო ხელსაყრელია (მუხლი5(1)). მეორე, არასამართლიანი პირობა „ex tunc“ ბათილია თუ მომხმარებელი მისით არ იბოჭება, ხოლო ხელშეკრულება რჩება ძალაში, თუკი მისი არსებობა სამართლებრივად შესაძლებელია ბათილი პირობის გარეშეც.(მუხლინ). მესამე, იმ პირებს, რომელთაც გააჩნიათ მომხმარებელთა დაცვის ლეგიტიმური ინტერესი, უფლება აქვთ, შიდა კანონმდებლობით დადგენილი წესით სასამართლოში ან კომპეტენტურ ადმინისტრაციულ ორგანოში აწარმოონ დავა პირობის არასამართლიანად ცნობის და მისი შემდგომი გამოყენების აკრძალვის მოთხოვნა.

⁸² იხ.იქვე, 39.

⁸³ იხ. მაისურაძე დ., სულხანიშვილი ე., ვაშაკიძე გ., *ევროკავშირის კერძო სამართალი გადაწყვეტილებები და მასალები, ნაწილი I*, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, 2018, 41.

ნით.⁸⁴

9. Idealservice” – საქმე

მოცემული საქმის ფარგლებში ემს-ს უნდა დაედგინა, ზოგადად, დირექტივის მიზნებისათვის მომხმარებლად მიიჩნეოდა მხოლოდ ფიზიკური პირი, თუ ასევე ის იურიდიული პირი, რომელიც ხელშეკრულების დადებისას არ მოქმედებდა უშუალოდ სამენარმეო მიზნებით.⁸⁵ საქმის სპეციფიკიდან გამომდინარე, დირექტივის შემდეგი მუხლები, კერძოდ, „ 4 დირექტივის 2(b) მუხლი ადგენს: დირექტივის მიზნებისათვის:.... (ბ) მომხმარებელი არის ნებისმიერი ფიზიკური პირი, რომლის მონაწილეობაც ამ დირექტივით გათვალისწინებულ სახელშეკრულებო ურთიერთობებში არ უკავშირდება მის სავაჭრო, სამენარმეო ან პროფესიულ საქმიანობას.⁸⁶

5 დირექტივის 2(c) მუხლი განმარტავს ტერმინს „გამყიდველს“ ან „მიმწოდებელს“, როგორც ნებისმიერ პირს(ფიზიკური ან იურიდიული პირი), რომელიც ხელშეკრულებას დებს მომხმარებელთან სავაჭრო, სამენარმეო ან პროფესიული საქმიანობის ფარგლებში. საკითხის წარმდგენი სასამართლო მოითხოვდა იმის დადგენას, დირექტივის 2(b) მუხლში მოცემული ტერმინი „მომხმარებელი“ უნდა განიმარტოს თუ არა იმგვარად, რომ მოიაზროს მხოლოდ ფიზიკური პირები.⁸⁷

Idealservice-ის საქმეში ემს-მა ერთმნიშვნელოვნად განმარტა, რომ ევროკავშირის კანონმდებლობა მომხმარებელში მხოლოდ ფიზიკურ პირს მოიაზრებს. შესაბამისად, ნევრი სახელმწიფოები ვალდებული არიან დირექტივის დაცვითი

⁸⁴ იხ. იქვე, 42-44.

⁸⁵ იხ. იქვე, 33.

⁸⁶ იხ. იქვე, 34.

⁸⁷ იხ. იქვე, 34.

სტანდარტი ფიზიკურ პირებზე გაავრცელონ, ხოლო იურდიული პირების ამავე სტანდარტით დაცვის ვლდებულება მათ არ ეკისრებათ.

დასკვნა

ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპი სამოქალაქო ბრუნვის სუბიექტების თავისუფალი ნების რეალიზაციის ინსტრუმენტიცაა, რომელიც კერძო ავტონომიის საწყისებზეა აგებული, სწორედ ამ ინსტიტუტის ფარგლებში, ბრუნვის მონაწილეები ამყარებენ კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებს, ახდენენ რა უფლებების პრაქტიკულ გამოვლინებას, ნორმატიული ნების საფუძველზე კისრულობენ ურთიერთვალდებულებების კეთილსინდისიერების ფარგლებში ჯეროვან შესრულებას.

კეთილსინდისიერების პრინციპი კერძო სამართლის უნივერსალური შეფასებითი კატეგორიაა.⁸⁸ კეთილსინდისიერების პრინციპი ინდივიდის მოქმედებას სამართლიანობის კრიტერიუმთან ურთიერთკავშირში განიხილავს. იგი ინდივიდის მოქმედების თავისუფლების ერთგვარი შეზღუდვაა.⁸⁹ კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში, ეს არის ხელშეკრულების მხარეთა ინტერესების თანასწორობასა და დაბალანსებაზე ორიენტირებული პრინციპი, რომელიც არ არის რალაც ცარიელი, უშინაარსო კატეგორია.⁹⁰

ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებში სახელშეკ-

⁸⁸ იხ. კერესელიძე დ., *კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები*, ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი 2009, 83.

⁸⁹ იხ. იქვე.

⁹⁰ იხ. ხუნაშვილი ნ., *კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელშეკრულებო სამართალში*, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2014, 232.

რულებო სამართლიანობის დაცვის მიზნით კეთილსინდისიერებისა და ნდობის პრინციპები კონსტრუქციულ როლს ასრულებენ. ერთი მხრივ, ავალდებულებენ დომინანტ ხელშემკვრელ მხარეს სახელშეკრულებო პირობები არაორაზროვანად, სამართლიანად და ნათლად აღქმადად ჩამოყალიბდეს, მეორე მხრივ, იმპერატიული დათქმით, პირობას რომელიც ეწინააღმდეგება მოცემულ პრინციპებს ბათილად განიხილავს. მესამე მხრივ, უზრუნველყოფენ უფლებათა ბალანსის დაცვას, რათა ძლიერმა მხარემ თავსმოხვეული პირობებით, ცალმხრივად განსაზღვრული ხელშეკრულების შინაარსი ცალსახად მის საპირწონედ არ გადაწონოს.

კეთილსინდისიერების პრინციპის პათოსი ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებში სუსტი კონტრაჰენტის უფლებრივი უზრუნველყოფაა, რომელიც მიუხედავად ხელშეკრულების თავისუფლებისა, შეზღუდულია ხელშეკრულებას სასურველი ვექტორი მისცეს, აქედან გამომდინარე, იგი დაცულია პროცესის ასიმეტრიული განვითარებისაგან.

გამოყენებული ლიტერატურა

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს კონსტიტუცია, ძალაშია 1995 წლის 24 აგვისტოდან.
2. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, ძალაშია 1997 წლის 25 ნოემბრიდან.
3. საქართველოს კანონპროექტი „მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ“
4. „93/13/EEC-ე დირექტივა მომხმარებელთა კონტრაქტებში არასამართლიანი პირობების შესახებ“ 1993 წლის 5 აპრილს მიღებული.

სამეცნიერო ლიტერატურა:

5. ზურაბ ძლიერიშვილი, გიორგი ცერცვაძე, ირაკლი რობაქიძე, გიორგი სვანიძე, ლაშა ცერცვაძე, ლევან ჯანაშია, რედ. გიორგი ჯუღელი, სახელმეკრულებო სამართალი, სახელმძღვანელო სამართლის სკოლებისათვის, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2014.
6. ჭანტურია ლადო, სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, გამომცემლობა „სამართალი“, თბილისი, 2011.
7. ჯორბენაძე სერგი, ხელმეკრულების თავისუფლების ფარგლებში სამოქალაქო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი, 2016.
8. ხუნაშვილი ნინო, კეთილსინდისიერების პრინციპი სახელმეკრულებო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბილისი 2014.
9. ზოიძე ბესარიონ, ევროპული კერძო სამართლის რეცეფცია საქართველოში. საგამომცემლო საქმის სასწავლო ცენტრი, თბილისი, 2005.
10. ჭანტურია ლადო (მთავარი რედ.), ზოიძე ბესარიონ (პასუხისმგებელი მდივანი), ნინიძე თედო, შენგელია რომან, ხეცურიანი ჯონი, საქართველო სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი ხუთ წიგნად, წიგნი მესამე, გამომცემლობა „სამართალი“, 2001.
11. კერესელიძე დავითი, კერძო სამართლის უზოგადესი სისტემური ცნებები, ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი, 2009.
12. მაისურაძე დავით, სულხანიშვილი ელენე, ვაშაკიძე გიორგი, ევროკავშირის კერძო სამართალი გადანყვეტილებები და მასალები, ნაწილი I, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, 2018.
13. Pof. Hans- W.Micklitz, Legal Opinion on the Draft Law of Georgia on the Protection of Consumer Rights, (per March 2017).

საქართველოს საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებები:

14. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 27 მარტის
ნას-1300-1320-2011 განჩინება
15. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო პალატის
2015 წლის 29 ივნისის განმარტება საქმეზე ნას-1338-1376-2014
16. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2006 წლის 4 მაისის
ნას-139-1385-05 განჩინება.

ინტერნეტ რესურსები:

17. <http://www.gccc.ge/>
18. <https://matsne.gov.ge/>
19. <http://mfa.gov.ge/>
20. <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/113040>

ადვოკატის როლი კლიენტის კონსულტირების ეტაპზე დავის გადაწყვეტის პროცედურის შირჩევისას

ანანო ფერაძე

*ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული
ფაკულტეტის ბაკალავრიატის სტუდენტი*

აბსტრაქტი:

ადვოკატი წარმოადგენს პირს, რომლისგანაც კლიენტი დავის წარმოშობის პირველივე ნაბიჯებზე იღებს სამართლებრივ ინფორმაციას. შესაბამისად, მას ამ დროიდანვე წარმოეშობა რიგი მოვალეობებისა, რომლებიც სასურველი შედეგის მისაღწევად უნდა განახორციელოს. ერთ-ერთ პირველ ეტაპს კლიენტის კონსულტირებისას წარმოადგენს დავის გადაწყვეტის პროცედურის შერჩევა. ამ დროს გათვალისწინებული უნდა იყოს როგორც კლიენტის ინტერესები, აგრეთვე ადვოკატის ვალდებულება, რომ გასცეს ინფორმაცია ამ მეთოდების შესახებ. გამომდინარე იქიდან, რომ ადვოკატები დღემდე ვერ ეგუებიან არაფორმალურ პროცესს, ისინი მედიაციის "კარიბჭის მცველებად" მიიჩნევიან. შესაბამისად, სტატიაში წარმოდგენილია ადვოკატის როლი ერთ-ერთ ყველაზე მნიშვნელოვან სტადიაზე და ასევე განხილულია მისი შემაფერხებელი გარემოების გამომწვევი მიზეზები.

საკვანძო სიტყვები: ადვოკატ-წარმომადგენელი, კლიენტი, ეთიკური ვალდებულებები, კონსულტირება, წინასამედიაციო ეტაპი, დავის გადაწყვეტის პროცედურები, მედიაცია, ინფორმირება, შემაფერხებელი გარემოებები, "კარიბჭის მცველი".

1. შესავალი

მედიაცია წარმოადგენს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ საშუალებას, რომელიც საქართველოში ჯერ კიდევ განვითარების ეტაპზეა. იგი ერთ-ერთ ეფექტურ პროცედურად უნდა განვიხილოთ, რადგანაც ზოგავს დროს და ხარჯებს, და რაც ყველაზე მთავარია, მედიაციით მიღებული გადაწყვეტილება ყველაზე მყარია, ეფუძნება რა მხარეთა ურთიერთშეთანხმებას.

სანამ არჩევანი მედიაციის მეშვეობით დავის გადაწყვეტაზე შეჩერდება, მანამდე დიდი გზაა გასავლელი. სწორედ ამ გზაზე მნიშვნელოვან როლს ასრულებს ადვოკატ-წარმომადგენელი, რომელიც კონსულტაციას უწევს კლიენტს დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებების შესახებ. ისევე როგორც ფორმალურ სამართალწარმოებაში, მედიაციის შემთხვევაშიც წინასწარი ადეკვატური მომზადება სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია წარმატებული პროცესისთვის.

შესაბამისად, არსებობს მთელი რიგი ეთიკური ვალდებულებებისა, რომელიც ამ დროს ადვოკატმა უნდა განახორციელოს. უმნიშვნელოვანესია კლიენტის მაქსიმალური ინფორმირებულობა, გამომდინარე იქიდან, რომ სწორად შერჩეული პროცედურა აისახება საბოლოო შედეგებზეც. მოცემულ სტატიის მიზანს, უპირველეს ყოვლისა, განხილული იქნება კონსულტირების ეტაპზე ადვოკატის მიერ განსახორციელებელი ქმედებები, ხოლო შემდგომ კი ყურადღება გამახვილდება უშუალოდ იმ პრობლემებზე, რაც ამ პროცესებს აფერხებს საქართველოში.

2. კონსულტირების ეტაპის დანიშნულება და მიმდინარეობა

2.1. კლიენტისა და ადვოკატის ურთიერთობა კონსულტირების ეტაპზე

დავის წარმოშობისას კლიენტი კვალიფიციური მომსახურების იმედით, უპირველეს ყოვლისა, მიმართავს იურისტს. ამ დროს მათ შორის ჩნდება ნდობა, რომ ამომწურავი ინფორმაცია იქნება გაჟღერებული დავის გადაწყვეტის საშუალებებზე. ეს ყოველივე კი თავის მხრივ წარმოშობს წარმომადგენლის ვალდებულებას, რომ შესაბამისად მოამზადოს კლიენტი, გაარკვიოს პროცედურების არსში, ასევე განსაზღვროს მოსალოდნელი რისკები, საფრთხეები და შედეგები.

უდავოა, რომ სამართლებრივი კონსულტაციის განევისას, ადვოკატებს გააჩნიათ საშუალება მხარეს შესთავაზონ მისი გადაჭრის რამდენიმე ალტერნატივა. იმ შემთხვევაში, თუკი ადვოკატი მიიჩნევს, რომ სასამართლო წესით დავა არის ერთადერთი არჩევანი, მისი მხრიდან ასეთი დამოკიდებულება შეფასდება როგორც დაუდევრობა¹. ადვოკატმა ჯერ უნდა განსაზღვროს დავის შინაარსი და არსებული გარემოებები, რადგან საქმის შესაბამისობის დადგენა დავის გადაწყვეტის პროცედურებთან ასევე ძალიან მნიშვნელოვანი ფაქტორია.

კონსულტირების ეტაპზე, ადვოკატმა უნდა გაამხნევოს კლიენტი გადაწყვეტილების მიღებისას პასუხისმგებლობის საკუთარ თავზე აღებასთან დაკავშირებით,² რადგანაც საზოგადოება სწორედ ამ მიზეზით უფრო ხშირად მსგავს საშუალებებს. თუმცა აქვე მნიშვნელოვანია, რომ ადვოკატმა კლი-

¹ Ware S. J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Second edition, the United States of America, 2003, 13.

² Lang M., *From Advocate to Advisor: The Role of The Lawyer in Mediation*, 2010, <<https://www.mediate.com/articles/langlawyerrole.cfm>>

ენტს მისცეს თვითგამორკვევის საშუალება. ეს კი თავის მხრივ, მაქსიმალური ინფორმაციით აღჭურვის ვალდებულე-ბასაც ითვალისწინებს.

კონსულტირების ეტაპი დიდ გავლენას ახდენს დავის გადაწყვეტის საბოლოო შედეგებზე. შესაბამისად, მნიშვნე-ლოვანია ამ ეტაპზე ადვოკატ-წარმომადგენლის მხრიდან განხორციელებული ქმედებები იყოს ეფექტური.

2.2. კლიენტის ინტერესებისა და სურვილების გამოკ- ვლევა

დავის გადაწყვეტის პროცედურის არჩევასა უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება კლიენტის ინტერესებსა და სურვი-ლებს. სწორედ ამიტომ, გარდა ინფორმაციის მიწოდებისა, ადვოკატმა ძალისხმევა არ უნდა დაიშუროს ამ ეტაპის სა-ფუძვლიანად გამოსაკვლევად. სამწუხაროდ, ხშირია შემ-თხვევები როდესაც ამ ნაბიჯს არ მიჰყვებიან, ან არაეფექ-ტურად ახორციელებენ, რაც საბოლოო შედეგშიც აისახება. მოცემული ნაბიჯი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, რად-გან თითოეული პროცედურა და მიღებული შედეგი სწორედ კლიენტის ინტერესებთან შესაბამისობაში უნდა იყოს.

უდიდეს პრობლემას წარმოადგენს ის, რომ ადვოკატი ფიქრობს მხოლოდ იმ შედეგებზე, რაც შეიძლება მოხდეს სა-სამართლოში. იგი არ აანალიზებს რომ მედიაციის შემთხვე-ვაში შეიძლება ზუსტად იმ შედეგის მიღწევა რაც მხარეებს სურთ და ისეთი გადაწყვეტა, რაც სასამართლოში ვერ გან-ხორციელდებოდა.

მეორეც, კლიენტს შეიძლება არ სურდეს ის, რის შესა-ხებაც იურისტი ფიქრობს რომ უმჯობესი ვარიანტია. შესაძ-ლებელია საქმე გვექონდეს ისეთ შემთხვევასთან, როდესაც საქმის ფარგლებში მხარეები საკმაოდ დიდხნიანი ურთიერ-ობით არიან დაკავშირებულნი, ანდაც პირიქით კლიენტს სურს რომ შეწყვიტოს ეს ურთიერთობა. რაც არ უნდა იყოს მიზეზი, იურისტის დანიშნულება არის სწორედ ის, რომ გა-მოარკვიოს თუ რა სურს კლიენტს. ამის ეტაპის შემდგომ მი-

ღებული გადაწყვეტილება დავის გადაწყვეტის პროცედურის შესახებ უდავოდ შედეგიანი იქნება³.

საზოგადოდ, ადვოკატები ნაკლებად სწავლობენ თუ როგორ უნდა ჩაუღრმავდნენ ასეთ ფაქიზ საკითხებს კლიენტებთან. მათი განათლება და გამოცდილება უფრო მეტად დაკავშირებულია საჩივრის იურიდიული საფუძვლის განმტკიცებასთან, და თუ როგორ წყდებოდა ისტორიულად ასეთი საკითხები სასამართლოში⁴. შესაბამისად, ძალიან დიდი მნიშვნელობის მატარებელია თუ რა სურს კლიენტს და რა ინტერესები ამოძრავებს მას. ადვოკატმა კი თავის მხრივ უნდა გაანალიზოს, რომ სწორედ მსგავსი საკითხების გამოკვლევა მიიყვანს მათ სასურველ შედეგამდე.

3. ადვოკატის ეთიკური ვალდებულება მედიაციონის შესახებ კლიენტის ინფორმირებულობაზე

გასაკვირი არ უნდა იყოს ის ფაქტი, რომ მხარეები წარმომადგენლად ირჩევენ ადვოკატს, რადგან მისი უპირველესი დანიშნულება არის მხარისთვის რჩევა-დარიგებების მიცემა, ინფორმირება და სხვადასხვა სახის სამართლებრივ საკითხებში გარკვევა. ადვოკატის მომსახურება იწყება იმ მომენტიდან, როდესაც ის დაუყოვნებლივ იწყებს კლიენტის კონსულტირებას ან მისი ინტერესების სასამართლოში ან სხვა ორგანოებში წარმოდგენას⁵. სწორედ ამ მომენტიდან წარმოემეება მას კე-

³ Heintzman T.G., *Twelve Steps To Successful Mediation*, <<http://www.heintzmanadr.com/wp-content/uploads/Speech-Twelve-Steps-to-Successful-Mediation.pdf>>

⁴ ბარნეთი ქ., *კლიენტების კონსულტირება დავის ალტერნატიული მეთოდების(ADR) შესახებ: პრაქტიკული სახლემძღვანელო ვარიანტების შერჩევის შესახებ რთული დიალოგის წარმოების დროს*, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – ნელინდელი“, 2014, გვ. 203.

⁵ კვაჭაძე მ., გასიტაშვილი ე. და სხვანი, *ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსის კომენტარები ეთიკის კომისიის პრაქტიკაზე დაყრდნობით*, “საქართველოს ადვოკატთა ასოციაცია“, 2011, გვ. 27.

თილსინდისიერებისა და კვალიფიციურობის ვალდებულებები.

კონსულტირებისას ადვოკატების ეთიკური ვალდებულება, რომ შესთავაზონ თავიანთ კლიენტებს დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის გზა, დღემდე საკამათოა. თუმცა, მაშინაც კი, თუ ეთიკური ვალდებულება არ იარსებებს, მორალური ვალდებულება ძალაში რჩება, რომ კლიენტს მიეცეს თვითგამორკვევის საშუალება. რაც გულისხმობს იმას რომ გარდა სასამართლო სამართალწარმოებისა სხვა პერსპექტივებიც დაესახოს მხარეს და არ შეიზღუდოს მხოლოდ ფორმალური პროცედურებით⁶.

ამერიკის ზოგიერთ შტატში, მაგალითად როგორიცაა კოლორადო, უკვე დამკვიდრებულია სპეციალური ეთიკური ვალდებულება, რომელიც სავალდებულოს ხდის ადვოკატებისთვის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურების განხილვას კლიენტებთან. ეთიკის კოდექსები შეიცავს დანაწესს, რომ ადვოკატმა უნდა შეატყობინოს კლიენტს ყველა იმ შეთავაზების შესახებ, რომელსაც შეუძლია გადაწყვიტოს მოცემული დავა და შესთავაზოს სამართალწარმოების ალტერნატივა, როდესაც საქმე ამის შესაბამისია.

ცხადია, თუკი ადვოკატი მიიღებს შეთავაზებას მოწინააღმდეგე მხარისგან დავის ალტერნატიულ გადაწყვეტაზე, მან ეს შეთავაზება ასევე უნდა აცნობოს კლიენტს. *Michigan Rules of Professional Conduct (MRPC)* ამბობს, რომ იურისტმა პროცედურა უნდა ურჩიოს კლიენტს არა მხოლოდ კანონთან შესაბამისობის დროს, არამედ უნდა გაითვალისწინოს სხვა ისეთი შეხედულებებიც, როგორიცაა მორალური, ეკონომიკური, სოციალური და პოლიტიკური ფაქტორები, რომლებიც

⁶ ბარნეთი ქ., კლიენტების კონსულტირება დავის ალტერნატიული მეთოდების(ADR) შესახებ: პრაქტიკული სახლემძღვანელო ვარიანტების შერჩევის შესახებ რთული დიალოგის წარმოების დროს, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – ნელინდელი“, 2014, გვ. 199.

მიესადაგება მათ საქმეს⁷.

ბუნებრივია, რომ მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის შეთავაზება არ ხდება წინაპირობების გარეშე. არსებობს რამდენიმე ფაქტორი, რომელიც ადვოკატმა მხედველობაში უნდა მიიღოს მედიაციის გამოყენების ინიცირებისას. ესენია: კლიენტის მხრიდან მორიგების სურვილი; მხარეთა შორის არსებული ურთიერთობის ბუნება; კლიენტის ფინანსური მდგომარეობა; დროის ფაქტორი; მხარეთა პოზიციები და სხვა⁸.

იმ მოთხოვნის არსებობა, რომლის თანახმადაც იურისტები ვალდებული არიან ურჩიონ კლიენტს მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტა, არის იმის გარანტი, რომ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებებთან მიმართებაში ამალდდება მოსახლეობის ცნობიერება, გაიზრდება ამ ინსტიტუტის გამოყენების სიხშირე. მიუხედავად იმისა, რომ ადვოკატთა მიმართ დადგენილი ამ ვალდებულების არსებობა დავის საგანია და საკითხისადმი არ არის ჩამოყალიბებული ერთგვაროვანი მიდგომა⁹.

საქართველოს “ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსის” მე-8 მუხლი ითვალისწინებს კლიენტსა და ადვოკატის ურთიერთობის სტანდარტებს: “ადვოკატმა კვალიფიციურად და კეთილსინდისიერად უნდა მისცეს რჩევა კლიენტს”. თუმცა აქვე აღსანიშნავია შემდეგი გარემოება: “თუ მედიაციის ნარმომადგენლად ჩართულია ადვოკატი, ბუნებრივია, მასზე ვრცელდება ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, თუმცა მისი, როგორც ნარმომადგენლის როლი მედიაციაში არსობრივად დისტანცირებულია სასამართლოში კლიენ-

⁷ Lawyers Have Ethical Duty to Advise Clients of ADR
<<https://corporate.findlaw.com/litigation-disputes/lawyers-have-ethical-duty-to-advise-clients-of-adr.html>>

⁸ Nolan-Haley J. M., *Alternative Dispute Resolution in a Nut Shell, Printed in the United States of America, Thomson West, Third edition, 2008, 112-113.*

⁹ Kovach K. K., *Mediation in a Nut Shell, Second edition, Thomson west, Printed in the United States of America, 2010, 121.*

ტის წარმომადგენლობის ფუნქციისგან¹⁰“. აქედან გამომდინარე, ინფორმაციის მიწოდებაზე ეთიკური ვალდებულების დაწესების საჭიროება ნამდვილად არსებობს საქართველოს რეალობაში, იგი არა მხოლოდ კლიენტებისთვის იქნება კარგი, არამედ ზოგადად, მედიაციის ინსტიტუტის განვითარებისთვისაც.

4. კლიენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების ფორმები

4.1. დავის გადაწყვეტის პროცედურების განხილვა

დავის გადაწყვეტის თითოეულ პროცედურას აქვს როგორც კარგი, ასევე ცუდი მახასიათებლები. თუმცა მნიშვნელოვანია ასევე ისიც, რომ ზოგიერთი მათგანი უფრო მეტად შეესაბამება კონკრეტულ სიტუაციებს ვიდრე სხვა. ადვოკატმა უნდა მიმოიხილოს თითოეული მათგანი და მხოლოდ ამის შემდგომ დაადგინოს ყველაზე შესაფერისი:

- მედიაცია არის არაფორმალური, მაგრამ სტრუქტურირებული პროცესი, რომელშიც ნეიტრალური მესამე პირი ეხმარება მხარეებს დავის მოსაგვარებელი მოლაპარაკების წარმოებაში.¹¹ მხარეები ინარჩუნებენ უფლებას გადაწყვეტიონ, მოაგვარონ თუ არა დავა და რა პირობებით. დავის გადაწყვეტის მოცემული საშუალება უფრო მხარეთა ინტერესებზეა ფოკუსირებული, ვიდრე მათ პოზიციებსა ან კანონიერ უფლებებზე.

- სასამართლო პროცესის დროს ნეიტრალური პირი, მოსამართლე, ისმენს მხარეთა გამოსვლებს და აჯამებს სა-

¹⁰ Wolski B., *On Mediation, Legal Representatives and Advocates*, 38 U.N.S.W.L.J., 2015, 1-47. ჩიტაშვილი ნ., მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, „სამართლის ჟურნალი“, N1, 2016, გვ. 38.

¹¹ ბარნეთი ქ., *კლიენტების კონსულტირება დავის ალტერნატიული მეთოდების(ADR) შესახებ: პრაქტიკული სახლემძღვანელო ვარიანტების შერჩევის შესახებ რთული დიალოგის წარმოების დროს*, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – ნელინდელი“, 2014, გვ. 200.

წინააღმდეგო ფაქტობრივ თუ სამართლებრივ საკითხებს.

- არბიტრაჟი კი წარმოადგენს შეჯიბრებით პროცესს, სადაც მოდავეები ირჩევენ ნეიტრალურ მესამე პირს რომ მოისმინოს სამხილები და დაანესოს სანქცია. იგი შეიძლება იყოს სავალდებულო ან არასავალდებულო პროცესი. მოცემული მეთოდის უპირატესობა არის ის რომ გადანყვეტილების მიმღები შეიძლება იყოს პირი, რომელსაც დავის საგანში გამოცდილება გააჩნია.¹² თუმცა მედიაციისგან განსხვავებით მხარეები არ არიან სრულიად დამოუკიდებლები.

მოცემული საშუალებების შესახებ ინფორმაციის მიწოდებისას, ადვოკატმა უპირველეს ყოვლისა უნდა გამოარკვიოს თუ რა იქნება კლიენტის საქმისა და ინტერესებისთვის უპირატესი და ამის მიხედვით შეაჩეროს არჩევანი ერთ-ერთ მათგანზე.

4.2. მედიაციის უპირატესობების გამოკვეთა

თუ გავითვალისწინებთ იმ გარემოებას, რომ მედიაცია სიახლეა საქართველოს სამართალსივრცეში და საქართველოს სსკ-ში 2011 წლის 20 დეკემბერს შესული ცვლილების შედეგად დამკვიდრდა, არ უნდა გაგვიკვირდეს რომ საზოგადოება ინფორმაციის სიმწირეს განიცდის. აქედან გამომდინარე, დღესდღეობით წარმომადგენელს ორმაგი პასუხისმგებლობა აკისრია კლიენტის ინფორმირებულობის კუთხით. რა არის მედიაცია და როგორ მიმდინარეობს პროცესი. ასევე უნდა დაანახონ კონტრასტი სამართალწარმოების სხვა პროცესებთან შედარებით.

მედიაციის უპირატესობებზე საუბრისას უნდა გამოიკვეთოს შემდეგი გარემოებები:

- მედიაციის ბუნების განმარტება;
- მედიატორის როლი, როგორც პროცესის მმართველი, მოლაპარაკებების ფასილიტატორი და მეგზურ-

¹² იქვე.

რი შეთანხმების მისაღწევად;

- კერძო შეხვედრების შესაძლებლობა, როგორც მედიატორთან ასევე მხოლოდ კლიენტსა და ადვოკატს შორის;
- ადვოკატმა და კლიენტმა უნდა განიხილონ ყველა შესაძლო ვარიანტი დავის გადასაწყვეტად. საკითხები, რომლებზეც კლიენტს ექნება უფრო მეტი შესაძლებლობა შეთანხმების მისაღწევად და მინიმალური პირობები, რასაც კლიენტი უნდა დათანხმდეს;
- ადვოკატს უნდა ჰქონდეს გულახდილი საუბარი მედიაციის პროცესის ღირებულებაზე, დროსა და შესაძლო რისკებზე¹³;
- გამოარკვიოს კლიენტის ინტერესები- დაეხმაროს კლიენტს დააფიქსიროს მისი პოზიცია და ინტერესები, ასევე საუკეთესო გზები შედეგის მისაღებად. ასევე სასარგებლო იქნება მეორე მხარის ინტერესების გათვალისწინება, რათა მოხდეს განსაზღვრა თუ როგორ შეიძლება მონინააღმდეგის ტაქტიკის შესაბამისი შეთანხმების მიღება;
- დასახოს სტრატეგიები საბოლოო შედეგის მისაღებად¹⁴.

მედიაციის უპირატესობების გამოკვეთა, როგორც ზემოთ აღინიშნა, მნიშვნელოვანია იმ მხრივ, რომ იგი სიახლეს წარმოადგენს ქართული საზოგადოებისთვის. შესაბამისად, ეს ვალდებულება ხელს შეუწყობს მეტ ინფორმირებულობას და ასევე გაზრდის გამოყენებადობის რიცხვსაც.

¹³ Lang M., *From Advocate to Advisor: The Role of The Lawyer in Mediation*, 2010, <<https://www.mediate.com/articles/langlawyerrole.cfm>>.

¹⁴ Walker M., *Guidelines for Lawyers in Mediations*, *ADR Bulletin*, Vol. 9, No.8, Article 3, 2007, 151, <https://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.ge%2F&httpsredir=1&article=1399&context=adr>.

4.3 ფორმალური სამართალწარმოებისგან განსხვავებული როლები მედიაციაში

როგორც წესი, ადვოკატის პროფესია მოითხოვს შემტევ პოზიციას და ბრძოლას კლიენტის ინტერესების დასაცავად. თუმცა, იქიდან გამომდინარე, რომ მედიაცია მნიშვნელოვნად განსხვავდება სასამართლო სამართალწარმოებისგან, წარმომადგენლის როლიც განსხვავებულია. სხვადასხვა ინფორმაციებთან ერთად, კლიენტი ინფორმირებული უნდა იყოს წარმომადგენლის სახეცვლილი როლისა და ურთიერთთანამშრომლობის პრინციპების თაობაზეც¹⁵. კლიენტს უნდა განემარტოს, რომ ადვოკატის მოვალეობას, უკომპრომისოდ დაიცვას მისი ინტერესები, უპირისპირდება მედიაციის პროცესის არაშეჯიბრებითი ხასიათი და შეთანხმებაზე ორიენტირებულობა, რაც ადვოკატის სახეცვლილ როლს განაპირობებს და შესაძლოა, მოლაპარაკების პროცესში გარკვეულ დათმობებზე წასვლაც გახდეს საჭირო. ადვოკატის კეთილსინდისიერების, და გულმოდგინების პრინციპები ისე უნდა იქნეს შესრულებული, რომ მედიაციის მიზანს, მოლაპარაკება შეთანხმებით დასრულდეს, საფრთხე არ შეექმნას.

ადვოკატი მიჩვეულია შეჯიბრებით პროცესში არსებულ წესებს, რაც მედიაციის პრინციპებს ეწინააღმდეგება. შესაბამისად, ყველაზე მეტი ძალისხმევა სჭირდება მას რომ გაითავისოს ახალი ეთიკური ვალდებულებები: იყოს კეთილსინდისიერი ნებისმიერ დროს, არ გამოიყენოს ისეთი საშუალებები რაც პროცესს განელავს ან მეორე მხარეს ზიანს მიაყენებს. მათთვის ყველაზე დიდი გამოწვევაა იმ მხარესთან ერთ მაგიდაზე ყოფნა და შეთანხმების მისაღწევი მზაობა, ვისთანაც სასამარ-

¹⁵ ABA Model Rules of Prof'l Conduct (2002), მითითებულია სტატიაში: *Sherrill J. A., Ethics for Lawyers Representing Clients in Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 6, 2012, 2,*
<<http://www.americanjournalofmediation.com/docs/JOHN%20SHERRILL%20Ethics%20for%20Lawyers%20Representing%20Clients%20in%20Mediation.pdf>>

თლოში იპაექრებდა, როგორც მოპასუხე მხარესთან. ადვოკატ-ნარმომადგენლებისთვის მედიაციის პროცესში განსახორციელებელი ქმედებები სისუსტედ აღიქმება, მიუხედავად იმისა რომ მიღწეული შეთანხმება მისი კლიენტისთვის სასურველი შედეგის მიღწევას უზრუნველყოფს.

ცხადია, ამ ცვლილებების გათავისება თავად ადვოკატ-ნარმომადგენლებისთვისაც რთული აღმოჩნდა. აქედან გამომდინარე, სავარაუდოა რომ კლიენტისთვისაც იგი დიდი სიახლე იქნება. ადვოკატის შეცვლილი როლი პირდაპირ გავლენას ახდენს მის მონაწილეობაზე, რადგანაც ამ შემთხვევაში მხარეს უფრო მეტი პასუხისმგებლობა ეკირსება გადაწყვეტილების მიღებაზე. სამწუხაროდ, ქართული საზოგადოება ყოველთვის უფროთხის ისეთ სიტუაციებს სადაც მასზეა დიდი პასუხისმგებლობა. ამ შემთხვევაში, ადვოკატმა იგი უნდა გაამხნევოს და დაანახოს თუ რაოდენ სასარგებლო იქნება მისთვის ურთიერთანამშრომლობით გადაწყვეტილების მიღება.

3. მედიაციის არჩევის შემაფრეხებელი გარემოებები- ადვოკატების შინაგანი წინააღმდეგობა მედიაციასთან

იურიდიულ ლიტერატურაში არსებობს ე.წ. “კარიბჭის მცველის“ თეორია (Gate’s Keeper theory), რომლის მიხედვით ადვოკატები ძალიან დიდ როლს ასრულებენ მედიაციის განვითარებაში. შესაბამისად, მათი ინტერესის არქონა ერთგვარ კარიბჭედ აღიმართება და რა თქმა უნდა, ეს დიდ გავლენას მოახდენს კლიენტზეც. გამომდინარე იქიდან, რომ ადვოკატ-კლიენტის ურთიერთობაში დომინირებული როლი უჭირავს ადვოკატს, სწორედ მას აქვს იმის უფლებამოსილება რომ კლიენტი თავისი გავლენით ჩამოაშოროს მედიაციას¹⁶.

საინტერესოა თუ რატომ აქვთ ასეთი წინააღმდეგობა

¹⁶ Rans B., *Lawyers and Mediation*, Vol.5 yearbook on Arbitration and Mediation, Article 25, 2013, 412
<<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1104&context=arbitrationlawreview>>

ადვოკატებს მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ. მედიაციასა და ადვოკატებს შორის დამოკიდებულება დიდი ხნის განმავლობაში საკამათო იყო. დებატები კი წარმოშობს მთელ რიგ კითხვებს: ეწინააღმდეგებიან ადვოკატები მედიაციას? არ იცნობენ ისინი კარგად პროცესს? არის მედიაცია კულტურულ შეუსაბამობაში მათ სტანდარტებთან? არსებობს ფინანსური უპირატესობები, რაც აიძულებს ადვოკატებს ზურგი აქციოს მედიაციას?¹⁷

რაც დანამდვილებით შეიძლება ითქვას არის ის, რომ მედიაციის გამოყენებადობა საქართველოში არის ძალიან დაბალ დონეზე. საქმეების რიცხვი კი შესაბამისად – ძალიან მოკრძალებული. ერთგვარ შემაფერხებელ ფაქტორად კი ადვოკატი გვევლინება.

უპირველეს ყოვლისა, დიდ პრობლემას წარმოადგენს კონსერვატული დამოკიდებულების შენარჩუნება ძველ ინსტიტუტებთან. ადვოკატები თითქოს თავიანთი სურვილით “დაბრმავებულები” არიან და კულტურულ ბარიერებს ინარჩუნებენ, რადგან ვერ წყდებიან შეჯიბრებით პროცესს. მაშინ როდესაც ტრადიციული შეჯიბრებითი პროცესის დროს ადვოკატი ყველანაირ საშუალებას იყენებდა მონინააღმდეგე მხარის არგუმენტების დასასუსტებლად, ახლა, მედიაციის პროცესში მას სწორედ ამ მონინააღმდეგესთან ერთად უწევს ურთიერთშეთანხმების მიღწევა. ასევე ადვოკატი თავის ყველაზე მნიშვნელოვან ამოცანად ისახავდა, რომ ყველაზე მთავარი შესძლებოდა – გავლენა მოეხდინა თავისი სიტყვით მესამე პირზე, რომელიც იყო საბოლოო გადაწყვეტილების მიმღები პირი. მედიაციის შემთხვევაში ეს სიტუაცია ძირეულად არის შეცვლილი, რადგან გადანყვეტილებას იღებს არა მესამე პირი, არამედ თვითონ მხარეები.

ასევე ერთ-ერთი მიზეზი რატომაც არ სურთ ადვოკატებს საქმე დაიჭირონ მედიაციასთან არის შესაბამისი გა-

¹⁷ Clark B., *Lawyers' Resistance in Construction Mediation*, January 2012. <<https://www.mediate.com/articles/ClarkB1.cfm>>

ნათლების არ ქონა. თუმცა მათ ამის შესაძლებლობა ამ ბოლო დრომდე არც კი ჰქონიათ. დღესდღეობით სიტუაცია გამოსწორებულია, არსებობს სხვადასხვა სახის პროგრამები, მაგალითად, ზოგიერთი მათგანი დანერგილია სასწავლო დაწესებულებებში. უფრო მეტიც, მთელ რიგ ქვეყნებში არსებობს იგი სასამართლოს ბაზაზეც, რომელიც სთავაზობს ტრენინგებს როგორც იურისტებს ისე არაიურისტებს. იმისათვის რომ მედიაციის ინსტიტუტი ოპტიმალურად და ეფექტიანად იყოს გამოყენებული, განათლება უზრუნველყოფილი უნდა იყოს ყველა იურისტისთვის. განათლებაში იგულისხმება არა მხოლოდ თეორია, არამედ პრაქტიკული უნარ-ჩვევები, რაც პროცესის მიმდინარეობის დროს არის საჭირო¹⁸.

ზემოთ ჩამოთვლილთან ერთად, მნიშვნელოვანია ეკონომიკური სარგებლის მომენტიც. არსებობს მოსაზრება რომ შეჯიბრებითი პროცესი უფრო მეტ შემოსავალს აძლევდა ადვოკატებს, ხოლო მედიაცია ხარჯებს უფრო ზოგავს.

საბოლოო ჯამში, შეიძლება ითქვას, რომ სწორედ ეს შემაფერხებელი გარემოებები ახდენს გავლენას დავის გადაწყვეტის პროცედურების შერჩევაზე და მედიაციის ნაკლებ გამოყენებადობაზე. ამიტომაც მნიშვნელოვანია დაინერგოს ადვოკატებისთვის საგანმანათლებლო პროგრამების- ტრენინგ-სემინარების ჩატარება და მათი მაქსიმალური ინფორმირებულობა დავის ალტერნატიულ საშუალებებზე. მხოლოდ ამ გზით შეიძლება აღმართული "კარიბჭის დანგრევა".

¹⁸ Riskin L.L., *Mediation and Lawyers*, Vol.43., Issue 1, Ohio State Law Journal, 1982, 55.

https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65180/OSL_V43N1_0029.pdf

დასკვნა

მოცემულ სტატიაში ძირითადი ყურადღება გამახვილებულია ადვოკატის მოვალეობებზე, რომელიც მას ეკისრება კლიენტის კონსულტირების ეტაპზე. ეს სტადია ერთ-ერთი საკვანძოა, გამომდინარე იქიდან, რომ სწორედ ამ დროს ხდება დავის გადაწყვეტის პროცედურის შერჩევა. სწორად შერჩეული პროცედურა კი სასურველი შედეგის მიღწევის საინდარია. შესაბამისად, ადვოკატის ვალდებულება კლიენტის ინფორმირებაზე უნდა იყოს განმტკიცებული საკანონმდებლო დონეზე. ამის აუცილებლობა გამომდინარეობს საქართველოში არსებული სიტუაციიდან, სადაც მედიაციის და ზოგადად, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებები განვითარების ეტაპზეა. ადვოკატები კი ჯერ კიდევ ფორმალურ წარმოებას ანიჭებენ უპირატესობას და ვერ ეგუებიან ახალ შეთანხმებაზე ორიენტირებულ პროცედურას. სწორედ ასეთი ქმედებების გამო ეწოდებათ მათ იურიდიულ ლიტერატურაში "კარიბჭის მცველები", ანუ მედიაციამდე გზის შემაფერხებლები.

წარმოდგენილ სტატიაში დანვრილებით განიმარტა ამ მდგომარეობის მიზეზები, ასევე განხილულ იქნა ის ქმედებები, რაც ადვოკატმა კონსულტირების ეტაპზე უნდა განახორციელოს. რეკომენდაციის სახით უნდა ითქვას, რომ ამ პრობლემების აღმოსაფხვრელად, უპირველეს ყოვლისა, აუცილებელია ადვოკატების გადამზადება და მაქსიმალური ინფორმაციის მიწოდება დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურებზე. გარდა ამისა, საჭიროა კანონმდებლობით განმტკიცდეს ადვოკატის ვალდებულება არსებულ პროცედურებზე კლიენტის ინფორმირებასთან დაკავშირებით. ეს ხელს შეუწყობს როგორც მედიაციის ინსტიტუტის განმტკიცებას, აგრეთვე დავის ეფექტურად, ურთიერთშეთანხმებით და სასურველ შედეგზე ორიენტირებულად გადაწყვეტას.

გამოყენებული ლიტერატურა

1. საქართველოს “ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი“, 15.04.2006, მე-8 მუხლი.
2. კვაჭაძე მ., გასიტაშვილი ე. და სხვანი, ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსის კომენტარები ეთიკის კომისიის პრაქტიკაზე დაყრდნობით, “საქართველოს ადვოკატთა ასოციაცია“, 2011, 27.
<http://gba.ge/uploads/files/etika/advokatta_profesiuli_etikis_kodeqsis_komentari.pdf>
3. ბარნეთი ქ., კლიენტების კონსულტირება დავის ალტერნატიული მეთოდების(ADR) შესახებ: პრაქტიკული სახლემძღვანელო ვარსკვლავების შერჩევის შესახებ რთული დიალოგის წარმოების დროს, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდელი“, 2014.
4. Wolski B., On Mediation, Legal Representatives and Advocates, 38 U.N.S.W.L.J., 2015, 1-47. მითითებულია: ჩიტაშვილი ნ., მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, „სამართლის ჟურნალი“, N1, 2016, 38.
5. ABA Model Rules of Prof'l Conduct, 2002.
6. *Ware S. J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, Second edition, the United States of America, 2003,13.
7. Lang M., From Advocate to Advisor: The Role of The Lawyer in Mediation, 2010, <<https://www.mediate.com/articles/langlawyerrole.cfm>>
8. Heintzman T.G., Twelve Steps To Successful Mediation, <<http://www.heintzmanadr.com/wp-content/uploads/Speech-Twelve-Steps-to-Successful-Mediation.pdf>>
9. Lawyers Have Ethical Duty to Advise Clients of ADR <<https://corporate.findlaw.com/litigation-disputes/lawyers-have-ethical-duty-to-advise-clients-of-adr.html>>
10. *Kovach K. K.*, Mediation in a Nut Shell, Second edition, Thomson west, Printed in the United States of America, 2010
11. *Nolan-Haley J. M.*, Alternative Dispute Resolution in a Nut Shell, Printed in the United States of America, Thomson West, Third edition, 2008,112-113.
12. Walker M., Guidelines for Lawyers in Mediations, ADR Bulletin, Vol. 9, No.8, Article 3,2007,151,

<https://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https%3A%2F%2Fwww.google.ge%2F&httpsredir=1&article=1399&context=adr>

13. Rans B., Lawyers and Mediation, Vol.5 yearbook on Arbitration and Mediation, Article 25,2013,412
<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1104&context=arbitrationlawreview>
14. Clark B., Lawyers' resistance in Construction Mediation, January 2012.
<https://www.mediate.com/articles/ClarkB1.cfm>
15. Riskin L.L., Mediation and Lawyers,Vol.43., Issue 1, Ohio State Law Journal, 1982,55.
https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65180/OSLJ_V43N1_0029.pdf

მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემა და ასახვა პრაქტიკაში

მარიამ კახიძე, მარიამ კაპანაძე
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
იურიდიული ფაკულტეტის
მე-3 კურსის სტუდენტები:

თემის ხელმძღვანელი:
თამარ ზოიძე
პროფესორი კერძო
სამართლის მიმართულებით

აბსტრაქტი

მოცემული ნაშრომი შეეხება ისეთ პრობლემურ და აქტუალურ საკითხს, როგორცაა, მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემა და ასახვა პრაქტიკაში.

ნაშრომი ეფუძნება დოქტრინისა და სასამართლო პრაქტიკის ანალიზს, უცხოური სამართლებრივი სისტემების მიერ გათვალისწინებულ კონცეპტუალურ მიდგომებს მეუღლეთა თანასაკუთრების საკითხთან დაკავშირებით.

ნაშრომში აღწერილია მეუღლეთა თანასაკუთრების განვითარების ისტორიული ასპექტები მსოფლიოსა და საქართველოში, მისი სოციალური ბუნება, მისი რეგულირების შედარებით-სამართლებრივი მიმოხილვა, 21-ე საუკუნის მოთხოვნების შესაბამისი კანონმდებლობის შემუშავება და სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი.

კვლევის ზოგადმეთოდოლოგიურ საფუძველს შეადგენს: შემეცნების საყოველთაო ზოგადმეცნიერული, კერძომეცნიერული, შედარებითი, ისტორიული, იდიოგ-

რაფიული და ემპირიულ-ანალიტიკური მეთოდები.

ავტორთა მიზანია, განიხილოს ზემოაღნიშნული საკითხი სამართლებრივ ჭრილში, მიმოიხილოს მეუღლეთა თანასაკუთრების საკანონმდებლო რეგულირება ქართულ სამართლებრივ სივრცეში, გააკეთოს აქცენტი მთავარ პრობლემურ და აქტუალურ საკითხებზე, გაიზიაროს საერთაშორისო გამოცდილება აღნიშნულ საკითხთან მიმართებით, მიაწოდოს მკითხველს ახალი მიდგომები და შეხედულებები, რათა ჩამოიყალიბონ სწორი პოზიცია.

საკვანძო სიტყვები: *მეუღლეთა თანასაკუთრება; საქონწინო ხელშეკრულება; ქორწინება; ქონებრივი უფლებები; ინდივიდუალური საკუთრება; საერთო საკუთრება; თანასწორუფლებიანობის პრინციპი.*

შესავალი

მოცემული ნაშრომი შეეხება, ისეთ აქტუალურ და პრობლემურ საკითხს, როგორცაა – მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემა, მისი საკანონმდებლო რეგულირება და ამ საკითხთან დაკავშირებით არსებული სასამართლო პრაქტიკის შეფასება.

ნაშრომი ეყრდნობა კვლევებს, ასევე, როგორც ქართულ, ისე უცხოურ ლიტერატურას. გამოყენებულია გაეროს ფონდის მიერ წარმოებული კვლევა და უცხოელი მეცნიერების ახალი და განსხვავებული მოსაზრებები მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემის აღმოფხვრის გზებთან დაკავშირებით.

ქვეყნების კანონმდებლობაში ძირითადი ადგილი უკავია ქონებრივი ურთიერთობების რეგულირებას, რომლებიც იქმნება ოჯახში ქონების და სარჩოს მიღების მიზნით. ქონებრივი უფლებები და ქონებრივი მოვალეობები მნიშვნელოვან

როლს ასრულებს მეუღლეთა შორის არსებული ქონებრივი ურთიერთობების შინაარსის განსაზღვრაში. ნაშრომში განვიხილავთ მეუღლეთა ქონებრივი უფლებების მონესრიგების საკითხებს ქორწინების განმავლობაში და ქორწინების შეწყვეტის შემდეგ. ნაშრომში აღწერილია თანასაკუთრების საკითხის მონესრიგება თანამედროვეობასა და ისტორიულ წარსულში, მოცემულია მისი შედარებით – სამართლებრივი დახასიათება, თანამედროვე საკანონმდებლო რეგულირების დადებითი და უარყოფითი ასპექტები.

ქართული სასამართლო პრაქტიკა ამ მხრივ საინტერესო და არაერთგვაროვანია, ამიტომ ის დანვრილებით იქნება აღწერილი. ნაშრომში საუბარია მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემაზე, საზოგადოების დამოკიდებულებაზე, წარმოდგენილია ფაქტები ქართული და უცხოური რეალობიდან. მას ერთვის კვლევები, რომლებიც რეალურად ასახავს ამ პრობლემის შინაარსს.

ავტორთა მიზანია მკითხველს შესთავაზოს ახალი შეხედულებები და მიდგომები და ჩამოაყალიბოს ის ძირეული გზა, რომელიც აღმოფხვრის ამ პრობლემებს. ამასთან, ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს ისიც, რომ მეუღლეთა თანასაკუთრების საკითხის თანამედროვე საკანონმდებლო რეგულირებაში ცვლილების შეტანის ინიციატივა წარმოჩინდეს.

2. მეუღლეთა ქონებრივი უფლებების მონესრიგება ძველი რომის სამართლის მიხედვით

ქორწინება მეუღლეებს შორის წარმოშობს მრავალმხრივ და რთულ ურთიერთობებს.¹ სამართლებრივად რეგულირდება მეუღლეთა შორის არსებული პირადი და ქონებრივი ხასიათის ურთიერთობები. ქონებრივი ურთიერთობების მნიშვნელობიდან გამომდინარე ის უფრო დეტალურადაა მონესრიგებული სამართლის ნორმებით. საქორწინო სამარ-

¹ შენგელია რ., შენგელია ე., *საოჯახო და მემკვიდრეობითი სამართალი*, თბილისი, 2015, გვ. 111

თლებრივი ურთიერთობა საოჯახო – სამართლებრივ ურთიერთობათა ნაირსახეობას წარმოადგენს. ქონებრივი სამართალ ურთიერთობები მეუღლეთა შორის – საზოგადოებრივი ურთიერთობებია, რომლებიც მათი საერთო საკუთრებისა და მატერიალური ურთიერთრჩენის გამო წარმოიშობა. მეუღლეთა შორის არსებული ქონებრივი ურთიერთობების შინაარსს შეადგენს ქონებრივი უფლებები და ქონებრივი მოვალეობები.²

ქორწინების მნიშვნელობა ყოველთვის დიდი იყო საზოგადოებაში. ქორწინების მიზანი უნდა იყოს ოჯახის შექმნა და მას მოჩვენებითი ხასიათი არ უნდა ჰქონდეს. ამის დასტურია ბიბლიაში აღწერილი მოვლენებიც. როდესაც აბრაამს ცოლი გარდაეცვალა, იგი თავის შვილ ისაკზე ნერვიულობდა: „მინდა დავრწმუნდე, რომ მას ეყოლება ცოლი, რომელსაც ეყვარება. მე არ მინდა, რომ როცა მოვკვდები ის მარტო იყოს“.³ თეოლოგი ვიგენ გურიონის მოსაზრებით, თანამედროვე პერიოდში განსაკუთრებით დიდი მნიშვნელობა უნდა მიექცეს, იმას რომ ოჯახურ ცხოვრებაში შენარჩუნებული იქნას პირის ინდივიდუალობა და იდენტობა. მათი კავშირი თანასწორუფლებიანობის პრინციპზე უნდა იყოს დამყარებული.

საინტერესოა მეუღლეთა ქონებრივი უფლება – მოვალეობების განვითარება ძველი რომის სამართლიდან დღემდე. ისტორიული წყაროები გვანვდიან ინფორმაციას აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით.

ქორწინება – რომაელი იურისტები მას განმარტავდნენ, როგორც ქალისა და მამაკაცის თავისუფალ და თანასწორ კავშირს. სინამდვილეში კი არასოდეს ყოფილა რომში ქალი მამაკაცის თანასწორი. რომის არსებობის ადრეულ ეტაპზე ქალის უფლებები თითქმის არ იარსებებდა რომ არა იუსტი-

² ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ 122

³ Lion Story Bible, Vol.5 "Isaac finds a wife," 4

ნიანე VI⁴, რომელმაც რომაელი ქალების ქონებრივი და არა-ქონებრივი უფლებების განვითარებაში უაღრესად დიდი წვლილი შეიტანა.

რომის სამართლის თანახმად არსებობდა ორი ტიპის ქორწინება : 1.cum manu mariti ქმრის ხელშეკრულების ქვეშ-(ქმრის ხელით) და 2.sine manu mariti ქმრის ხელშეკრულების გარეშე -(ქმრის ხელის გარეშე).

1. cum manu mariti ქმრის ხელისუფლების ქვეშ – მე -6 საკუნემდე ქალის ქონებრივი და არაქონებრივი უფლებები ქორწინების შედგომ თითქმის აღარ არსებობდა, აქედან გამომდინარე ისინი ერთმანეთისგან გამიჯნული არ იყო. ქალი გათხოვების შემდეგ ქმრის ხელისუფლებაში გადადიოდა და მამის ოჯახთან ყოველგვარ იურიდიულ კავშირს წყვეტდა. ქონებრივი უფლებების კუთხით, ცოლს არავითარი უფლება არ ჰქონდა. ყველაფერი რაც ქორწინებამდე ცოლს ეკუთვნოდა, ქმრის საკუთრება ხდებოდა, ქორწინების პერიოდში ცოლის საჩუქრები ქმრის საკუთრებაში გადადიოდა. ცოლის მზითევიც კი არ წარმოადგენდა ცოლის საკუთრებას, ისიც ქმრის ქონებაში ერთიანდებოდა⁵.

2. sine manu mariti ქმრის ხელშეკრულების გარეშე – გათხოვილი ქალის პირადი და ქონებრივი უფლებების ფარგლები ძირეულად შეიცვალა იმპერატორ იუსტინიანეს რეფორმების შედეგად. ქორწინების პერიოდში ცოლი ინარჩუნებდა საკუთრების უფლებას იმ ქონებაზე, რაც მას ქორწინებამდე ჰქონდა, გარდა ამისა, ქმარს ცოლის გარეშე არ შეეძლო გამოეყენებინა მისი საკუთრება. ქორწინებამდე ქალის მხარესა და ქმარს შორის იდებოდა ხელშეკრულება (cautio rei uxoriae), ეს ხელშეკრულება თავისი შინაარსით ძალიან ჰგავს „საქორწინო ხელშეკრულებას“. ამ ხელშეკრულების მიხედ-

⁴ როველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 3

⁵ როველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 2

ვით, განქორწინების შემთხვევაში ქალს მზითევი საკუთრებაში რჩებოდა. განსაკუთრებულ რეგულირებას ექვემდებარებოდა სამზითვო მიწის ნაკვეთები, რომელიც იმპერატორ ავგუსტუსის მიერ, ქმრის უფლებების შეზღუდვის მიზნით გამოცემული „იულიუსის კანონი სამზითვო მიწის კანონების შესახებ“ იქნა მოწესრიგებული⁶. ამ სახის ქორწინების დროს მნიშვნელოვნად იზრდებოდა ქალის პირადი და ქონებრივი უფლებები. მზითევის გარდა ის უფლებებს ინარჩუნებდა ქორწინებამდე მის საკუთრებაში არსებულ ყველა ნივთზე.

ძველ რომში, ისტორიული განვითარების ადრეულ საფეხურზე, ქმრის უფლებები განუზომლად დიდი იყო, ეს კი იწვევდა ცოლის უფლებების შთანთქმას. კლასიკური ეპოქის რომის სამართალში განხორციელდა ძირეული ცვლილებები, მაგრამ თავისუფალი ქორწინების გავრცელების ეპოქაშიც ცოლი და ქმარი მაინც არ გათანაბრებულან ქონებრივი ურთიერთობის სფეროში. ვერც რომის და ვერც ბიზანტიის სამართალმა ვერ შეძლო მეუღლეთა შორის ქონებრივი ურთიერთობების სფეროში თანმიმდევრულად გაეტარებინა მოდესტინის შეხედულებები. ორივე სამართლებრივი სისტემა ცდილობდა ქორწინების მოდესტინისეული განმარტების რეალურად განხორციელებას არსებულ საზოგადოებაში, მაგრამ ეს მხოლოდ გვიანდელი სამართლის სისტემების მეშვეობით მოხდა. თავისუფალი ქორწინების წარმოშობის იდეა ემსახურებოდა მამაკაცისა და ქალის უფლებების გათანაბრებას. დაწესდა მზითვის ინსტიტუტი, გარდა ამისა მზითვის ნაცვლად, რომელიც ქმრის გამგებლობაში გადადიოდა, ცოლი მეუღლისგან იღებდა წინასაქორწინო საჩუქარს. საქორწინო საჩუქარი ზოგიერთი მკვლევარის აზრით, არა რომაული, არამედ აღმოსავლური წარმოშობისაა. როგორც საქორწინო საჩუქრის მესაკუთრეს, ქალს ეკუთვნოდა ქორწინების დროის მანძილზე მისი ნაყოფი.

⁶ რთველაძე ს., ვესტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 3

ეკლოგის მიხედვით, მზითევი და საქორწინო საჩუქარი ქმრის ხელში საქორწინო მიზნებს ემსახურებოდა და ქორწინების შეწყვეტის დროს ორივე უბრუნდებოდა ცოლს. მზითევსა და საქორწინო საჩუქარზე საკუთრების უფლება ცოლს ეკუთვნოდა. ეკლოგის არსებობამ დიდი როლი შეასრულა გვიანდელი ბიზანტიური სამართლის ჩამოყალიბების პროცესში. ეკლოგის მიხედვით აღიარებული იქნა მეუღლეთა ქონების ნაწილობრივი ერთობა.

3. მეუღლეთა ქონებრივი უფლებების რეგულირება ძველ ქართულ სამართალში

სახარების მოძღვრების მიხედვით ქორწინება სხვადასხვა სქესის ისეთი პირთა კავშირია, სადაც იგულისხმება მათი ხორციელი და სულიერი ერთობა, ამიტომ აქ თითქმის არ შეიძლება ერთ მხარეზე მხოლოდ მოვალეობები იყოს, ხოლო მეორეზე – უფლებები.

„დიდი სჯულის კანონში“ ქორწინების განმარტებას ახლავს შენიშვნა მისი ძირითადი თვისებების შესახებ: ფიზიკური, ეთიკური და რელიგიურ – იურიდიული.

პავლე მოციქული ქორწინების საიდუმლოს შემდეგნაირად განმარტავს: ცოლნი თვსთა ქმართა დაემორჩლენით, ვითარცა უფალსა. რამეთუ ქმარი არს თავ ცოლისა, ქრისტე თავ არს ეკლესიისა, და იგი თავადი არს მაცხოვარი გუამისაი. არამედ ვითარცა ეკლესიაი დაუმორჩილებელ არს ქრისტესა ეგრეცა ცოლნი თვსთა ქმართა ყოვლითა“ (ეფესელ.5;22-25;31-32).

ქართულ სინამდვილეში მეუღლეთა თანასაკუთრების განხილვისას ყურადღება უნდა მივაქციოთ ნიშანსა და პირისანახავს. თითქოს ნიშანი ბიზანტიური საქორწინო საჩუქრის ანალოგიურია, თუმცა ნიშანი საქორწინო ხელშეკრულების უბრუნველყოფის საშუალებაა და არა საქორწინო საჩუქარი. ქართული ფეოდალური საზოგადოების სინამდვილეში გარკვევით იყო გამიჯნული ერთმანეთისგან ნიშანი, მზითევი და

პირისანახავი. პირისანახავი და ნიშანი მოხსენიებულია ჩვეულებითი სჯულის სხვა ნორმაშიც, რომლის მიხედვით მზითევი, ნიშანი და პირსანახავი ცოლის საკუთრება იყო და მასზე ქმრის ვალებისთვის იძულებითი გადახდევინების მიქცევა არ შეიძლებოდა. აგრეთვე, ოჯახის გაყრის დროს დედა ან დედინაცვალი უკლებლივ იღებდა ნიშანს, მზითევსა და პირსანახავს.

ხამურაბის კანონებში მოხსენიებული შერიქთუმი მზითვის განსაკუთრებული სახეობა იყო, რომელიც ქალიშვილს ეძლეოდა მამის სახლიდან გათხოვების წინ. ეს ქონება ქალის საკუთრება იყო და მის ქონებრივ დამოუკიდებლობას უზრუნველყოფდა ქმრის ოჯახში. ქალის სიკვდილის შემთხვევაში შერიქთუმი მემკვიდრეობით რჩებოდა მის შვილებს, ხოლო თუ შვილები არ ჰყავდა შერიქთუმი ქალის მშობლებს უბრუნდებოდა.

რ.ხარაძის აზრით, ხამურაბის კანონების შერიქთუმი ძალიან ჰგავს ქართული მზითვის იმ ფორმას, რომელსაც სათავნო ეწოდებოდა. სათავნო წარმოადგენდა ქალის პირად საკუთრებას. ხამურაბის კანონები იცნობს ასევე ე.წ. თერხათუმს – თანხას, რომელსაც ვერცხლის სახით სასიძო საპატარძლოს უხდის⁷. შუა ასირიის კანონების 29-ე მუხლის მიხედვით „უკეთუ ქალი შევა თავისი ქმრის სახლში, მისი მზითევი და ყველაფერი, რასაც იგი მოიტანს თავისი მამის სახლიდან ან რაც კი მისცა მას მისმა მამამთილმა მისი სახლში შესვლისას – ეკუთვნის ქალის ვაჟიშვილებს; მისი მამამთილის შვილებმა არ უნდა განაცხადონ უფლება. მაგრამ, თუ კი ქმარი მოითხოვს მისგან, მას შეუძლია მისცეს მის რომელიმე შვილთაგანს“.

ქართული სამართლის მიხედვით ქალის აუცილებელ საკუთრებას შეადგენდა მზითევი, ნიშანი, პირსახვევი და საკუთარი გარჯით შექმნილი ქონება. ეს ყოველივე ქალის ისეთ

⁷ რთველაძე ს., ვესტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 14

მაღალ მდგომარეობას გვიჩვენებს, როგორც იყო ზოგიერთ დასავლეთევროპულ ქვეყანაში შუასაუკუნეებში. უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოში მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობა ქონებრივი განცალკევებულობის რეჟიმით ხასიათდებოდა. დავით ბატონიშვილის სამართლის წიგნის მიხედვით „ პირის ასახადი და პირის სანახავი არც მტკიცე და ჟამსა გაყრისა სახლის კაცთა თანა არა ჩავარდება წილში“. გაყრის შემთხვევაში ვალში ოჯახის ქონებაზე გადახდევინების მიქცევის დროს, ქალის ინტერესები კანონით იყო დაცული და მის პირად ქონებას ხელს არ ახლებდნენ. საქართველოში მონათმფლობელობის პერიოდში მეუღლეთა პირადი ურთიერთობები რეგულირდებოდა ქრისტიანული რელიგიის დამკვიდრების პარალელურად და ამ რელიგიის შესაბამისად, რომლის მიხედვითაც ქალი მამაკაცის საკუთრებად ითვლებოდა. იგი უფლებო იყო თავისი მეუღლის წინაშე და უნდა დამორჩილებოდა ქმარს, როგორც უფალს. მეუღლეთა უფლებამოვალეობებზე მსჯელობისას საინტერესოა იაკობ ცურტაველის ლიტერატურული ნაწარმოების „ შუშანიკის მარტვილობის“ განხილვა. განსაკუთრებულ ყურადღებას იმსახურებს ერთ-ერთი ეპიზოდი, სადაც აღწერილია შუშანიკის სახლიდან წასვლა და ვარსქენის მიერ იაკობ ხუცესისთვის დავალების მიცემა, რომ მივიდეს შუშანიკთან და წამოიღოს მთელი სამკაული, რაც იაკობ ხუცესმა მართლაც შეასრულა. როგორც ჩანს, წესად ყოფილა მეუღლისათვის საჩუქრის მირთმევა, მაგრამ ეს საჩუქრები ცოლს სამუდამო საკუთრებაში კი არ გადაეცემოდა, არამედ მას ეს ქონება ეკუთვნოდა მხოლოდ ქორწინების განმავლობაში, განქორწინებისას კი საჩუქრები ქმარს უბრუნდებოდა. ამასთან, ქალის სამკაულების განმკარგველად ქმარი გვევლინება.⁸

რაც შეეხება მე-6 – მე-8 საუკუნეების ცნობებს მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების შესახებ, ისინი თითქმის

⁸ ჭაჭუა მ., *მეუღლეთა ქონებრივი უფლებები და მოვალეობები (ისტორიული მიმოხილვა)*, თბილისი, 2013, გვ. 18

არ ასებობს, მაგრამ, უნდა აღინიშნოს, რომ ქალი ღებულობდა მზითევს, ჰქონდა მემკვიდრეობის უფლება და იყო ქონებრივი ურთიერთობის სუბიექტი.

მე-10 – მე-13 საუკუნეებში ცოლის ქონებრივი უფლებების შესახებ ცნობებს გვანვდის საკანონმდებლო ძეგლები. აღბუღას სამართლის 81-ე მუხლის მიხედვით : „ღიაცსა თუ ქმარი მოუკვდეს და შვილი არ დარჩეს, მზითები თანა გაჰყვეს უკლებლად. პირისანახავი, მზითევი და ნიშანი ეკუთვნოდა ცოლს, ქმარს არ შეეძლო მათი ვალში გადახდა ან გახარჯვა.

გიორგი ბრწყინვალის სამართლის – „ძეგლისდების“ მე-18 მუხლის მიხედვით საოჯახო ქონებაში ქალს სრული წილი არ გააჩნდა.

ბექასა და აღბუღას სამართლის წიგნში უფრო ფართოდაა მოცემული მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობები. აქ აღნიშნულია, რომ ქალის მზითევი მისი უპირობო, ხელშეუვალი საკუთრება იყო, თუ ის მოძრავ ქონებას წარმოადგენდა.

მე-13 – მე-18 საუკუნეების საქართველოში ქალი, როგორც მეუღლე არ წარმოადგენს საკუთრების ობიექტს. სრულწლოვანი ქალი დამოუკიდებლად განაგებდა საკუთარ ქონებას. ცოლი და ქმარი ერთმანეთთან შედიან სხვადასხვა სახის ქონებრივ გარიგებაში – გააჩუქონ, გაყიდონ, გცვალონ საკუთარი „მიუღვეარი“ ქონება. ქმარი ვერ გაასხვისებდა ცოლის ქონებას მისი ნებართვის გარეშე. საქართველოსთვის უცხო იყო აღმოსავლეთის ქვეყნებისთვის დამახასიათებელი ცოლის სრული უფლებობა.

საქართველოში ფეოდალიზმის პერიოდისათვის არ არის დამახასიათებელი სრული თანასწორუფლებიანობა, თუმცა ჩვენთან არსებობდა ცივილიზებული ქვეყნებისთვის დამახასიათებელი პირადი და ქონებრივი ურთიერთობების სამართლებრივი მოწესრიგება.

4. საქორწინო ხელშეკრულების აღწერა მეუღლეთა ქონებრივი უფლებების რეგულირების კუთხით

როგორც აღვნიშნეთ, ქორწინება არის ოჯახის შექმნის მიზნით ქალისა და მამაკაცის ნებაყოფლობითი კავშირი, რომელიც რეგისტრირებულია რეგისტრაციის სახელმწიფო ორგანოში.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში განსაზღვრულია საქორწინო კონტრაქტის ინსტიტუტი, რომელიც ცნობილია უცხო ქვეყნების სამართლებრივი სისტემისთვის. თუმცა, რუსეთის ფედერაციის საოჯახო კოდექსი საერთოდ არ იცნობს საქორწინო ხელშეკრულებას. დღევანდელი რეალობის შეფასებით საქართველოში ნაკლებად გავრცელებულია საქორწინო ხელშეკრულების დადების პრეცედენტი, რადგან ჯერ კიდევ 20 წლის წინ ამ ინსტიტუტს საერთოდ არ იცნობდა საქართველოს სამოქალაქო სამართალი, თუმცა ეს საკითხი თანდათანობით აქტუალური ხდება. ეს ხელშეკრულება საკმაოდ ცნობილია ევროპის ქვეყნებისთვის, ხოლო ევროპამდე იგი უცხო არ ყოფილა ებრაელი ერისთვის, ის უბრალოდ „კარგად დავინყებულ ძველია“. ჯერ კიდევ 2000 წლის წინ, მის მაგალითად, შეგვიძლია მოვიყვანოთ- “კეთუბეხსი” (ketubahs) რაც იუდეურ-რაბინულ ენაზე ითარგმნება როგორც „წერილი“. იგი იდებოდა წერილობითი ფორმით და შინაარსით ძალზე დაახლოვებული იყო თანამედროვე საქორწინო ხელშეკრულებასთან.⁹ ეს ჩვენამდე მოღწეული პირველი ხელშეკრულებაა, რომელიც შეიცავს დებულებებს მეუღლეების განქორწინების შემთხვევაში მათი ქონების გაყოფის პირობების შესახებ. ძველი ებრაელების სამართლის თანახმად, წერილობით შესრულებული (აქედან გამომდინარეობს ხელშეკრულების სახელწოდებაც – “კეთუბა” წერილს ნიშნავს) საქორწინო ხელშეკრულება დაქორწინების აუცილებელ პირობას წარმოადგენდა.

⁹ რთველაძე ს., ვესტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 6

საინტერესოა, საქორწინო ხელშეკრულების განვითარების ეტაპები. საბჭოთა სამოქალაქო სამართალი ამ ხელშეკრულებას უზნობად, ამორალურად თვლიდა და აქედან გამომდინარე, მისი საკანონმდებლო მონესრიგებაც არ მომხდარა. ქართულ სამოქალაქო კოდექსში საქორწინო ხელშეკრულების რეგულირებას ვხვდებით სამოქალაქო კოდექსის ძალაში შესვლიდან – 1997 წლიდან. გიორგი თურმანიშვილის განმარტებით, საქორწინო კონტრაქტი წარმოადგენს სამოქალაქო გარიგების საოჯახო სამართლებრივი ხელშეკრულების სახეს.

საქორწინო კონტრაქტის მიმართ გამოიყენება ის წესები, რომლებიც საერთოა ყველა სხვა სახის გარიგებისთვის, იმ განსხვავებით, რომ სპეციფიკურ პირობებსა და დათქმებს ანესრიგებს სამოქალაქო კოდექსში არსებული საქორწინო კონტრაქტის ინსტიტუტში შემავალი ნორმები. კანონმდებელი არ გვთავაზობს საქორწინო კონტრაქტის ცნებას.

სსკ-ს 1173-ე მუხლის მიხედვით საქორწინო კონტრაქტი შეიძლება დაიდოს მხარეთა მიერ როგორც ქორწინების რეგისტრაციამდე, ასევე ქორწინების რეგისტრაციის შემდეგ ნებისმიერ დროს. ამ მხრივ, საინტერესოა სხვა ქვეყნებში არსებული პრაქტიკა. ევროპისა და აშშ-ს პრაქტიკის მიხედვით, საქორწინო კონტრაქტების 78% იდება ქორწინების რეგისტრაციამდე, ხოლო დანარჩენი 22% - ქორწინების რეგისტრაციის შემდეგ.

თუ საქორწინო ხელშეკრულება კანონისგან განსხვავებულად არეგულირებს მეუღლეთა ქონებრივ ურთიერობებს, უპირატესობა ენიჭება ხელშეკრულებას. მეუღლეთა შორის წარმოშობილ ქონებრივ ურთიერთობათა სამართლებრივი რეგულირების პროცესში დაცულია თითოეული მათგანის ნების თავისუფლად გამოვლენა. მათ შეუძლიათ ხელშეკრულების საფუძველზე გააერთიანონ მთელი თავიანთი ქონება. ასეთი ქონება შეიძლება იყოს როგორც ინდივიდუალური საკუთრების ობიექტები, ასევე თანაზიარი საკუთრებაც. შესაძლებელია მხოლოდ ინდივიდუალური და თანაზიარი ქონე-

ბის განსაზღვრული ნაწილის გაერთიანება. დანარჩენი ნაწილი კვლავ ინარჩუნებს კანონის მათთვის დადგენილ სამართლებრივ რეჟიმს.

მეუღლეთა შორის საქორწინო კონტრაქტით ქონებრივი ურთიერთობების მოწესრიგების ერთ-ერთ თვალსაჩინო მაგალითს წარმოადგენს მსოფლიოში ცნობილი ტენორის ლუჩანო პავაროტისა და მისი მეუღლის საქორწინო ხელშეკრულება, რომლის მიხედვითაც თითოეულ მათგანს ინდივიდუალური საკუთრების უფლებით ეკუთვნოდა ერთად ცხოვრების პერიოდში შექმნილი ქონება¹⁰. საინტერესოა მსოფლიოში ყველაზე ახალგაზრდა მილიონერის და ცნობილი ბიზნესმენის – Snapchat-ის გენერალური დირექტორის, ევან შპიგელის საქორწინო კონტრაქტი, რომლის მიხედვითაც განქორწინების შემთხვევაში მეუღლე ვერაფერს მიიღებს მისი ქონებიდან. აღნიშნული საკითხი ინსპირაციის წყარო გახდა ავსტრალიელი მწერლისთვის – ტიმ ვინტონისთვის, რომელმაც 2 წიგნი დაწერა ქორწინებიდან წარმოშობილ პრობლემებზე, რომლის მოგვარებაც ხელშეკრულებით გაცილებით მარტივად შეიძლება.

საქორწინო ხელშეკრულებით შეიძლება განისაზღვროს შემოსავლებში თითოეული მეუღლის მონაწილეობის პირობები. გარდა ამისა, შესაძლოა მოწესრიგდეს თითოეული მეუღლის მიერ საოჯახო ხარჯების განევის წესი, მაგალითად ყოველწლიური დასასვენებელი, სამკურნალო მიზნებისთვის სახსრების გამოყოფა და სხვა. მეუღლეებს შეუძლიათ საქორწინო ხელშეკრულებით შეთანხმდნენ განქორწინების შემთხვევაში ქონების გაყოფის წესზეც. საქორწინო ხელშეკრულების დადება სავალდებულო არ არის, იგი მხარეების სურვილზეა დამოკიდებული. თუმცა, მისი დადების შემთხვევაში ის მეუღლეთა შორის ქონებრივი უფლებების და მოვალეობების განაწილების საკითხის მომწესრიგებელ ხასიათს

¹⁰ შენგელია რ., შენგელია ე., *საოჯახო და მემკვიდრეობითი სამართალი*, თბილისი, 2015, გვ. 191-192

იძენს. საქორწინო ხელშეკრულება უნდა პასუხობდეს ნებისმიერი ხელშეკრულებისთვის კანონით წაყენებულ ზოგად მოთხოვნებს. მასში უნდა იყოს მოცემული ხელშეკრულების აუცილებელი რეკვიზიტები.

4.1. თანასწორუფლებიანობის საკითხის განხილვა მეუღლეების ქონებრივ ურთიერთობებში

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1152-ე მუხლის მიხედვით : „საოჯახო ურთიერთობებში მეუღლეები სარგებლობენ თანაბარი პირადი და ქონებრივი უფლებებით და ეკისრებათ თანაბარი მოვალეობანი“¹¹. მეუღლეთა თანასწორუფლებიანობა საოჯახო სამართლებრივ ურთიერთობათა მნიშვნელოვანი პრინციპია. მას საფუძვლად უდევს საქართველოს კონსტიტუციის 36 -ე მუხლის პირველი პუნქტის შინაარსი : „ქორწინება ემყარება მეუღლეთა უფლებრივ თანასწორობასა და ნებაყოფლობას“.სამოქალაქო კოდექსის 1159 – ე მუხლი კიდევ უფრო დანვრილებით განიხილავს მეუღლეთა თანასწორუფლებიანობის საკითხს: „თანასაკუთრებაში არსებულ ქონებაზე მეუღლეებს აქვთ თანაბარი უფლებები. ამ ქონების ფლობა, სარგებლობა და განკარგვა ხორციელდება მეუღლეთა ურთიერთშეთანხმებით“¹². შეთანხმება, რომელიც რაიმე ფორმით ეწინააღმდეგება აღნიშნულ მუხლს და მიზნად ისახავს რომელიმე მეუღლის უფლებების შეზღუდვას, იქნება ბათილი, როგორც კანონსაწინააღმდეგო შეთანხმება. მიუხედავად იმისა, რომ „ქორწინების მიზეზები სხვადასხვა წყვილისთვის განსხვავებულია“¹³ და მხარეებს საქორწინო ხელშეკრულებით შეუძლიათ განსხვავებულად მოანესრიგონ გარკვეული საკითხები, არ შეიძლება რომელიმე

¹¹ სსკ, მუხლი 1152

¹² რთველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 11

¹³ Gerrard J., *The Times*, 19.6.00

მხარეს გააჩნდეს მხოლოდ უფლებები და მეორე მხარეს მხოლოდ მოვალეობები. თეოლოგი ვიგენ გურიონის მოსაზრებით, თანამედროვე პერიოდში განსაკუთრებით დიდი მნიშვნელობა უნდა მიექცეს, იმას რომ ოჯახურ ცხოვრებაში შენარჩუნებულ იქნას პირის ინდივიდუალობა და იდენტობა. მათი კავშირი თანასწორუფლებიანობის პრინციპზე უნდა იყოს დამყარებული.¹⁴

საინტერესოა 1987 წლის საქმე *Gardiner v. Gardiner*¹⁵, რომლის მიხედვითაც ქმარმა წამოაყენა პრეტენზია მოვალეობების განაწილების გამო, მან ერთმანეთისგან გამიჯნა „პოზიტიური თანასაკუთრება“ და „ნეგატიური თანასაკუთრება“. მან მოითხოვა ვალების თანაბრად გადანაწილება¹⁶.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1152-ე მუხლი განამტკიცებს მეუღლეთა თანასწორუფლებიანობის პრინციპს, ხოლო 1159-ე მუხლი უფრო განავრცობს ამ პრინციპს. საოჯახო ურთიერთობებში არცერთი მეუღლე სარგებლობს უპირატესი უფლებით მეორის მიმართ. სირთულეები წარმოიშობა მეუღლეთა მიერ საერთო ქონების განკარგვის საკითხებზე. მეუღლეთა საერთო ქონების განკარგვა ხდება მათი ურთიერთშეთანხმებით. იმისათვის, რომ დაიდოს ქონების განკარგვასთან დაკავშირებული გარიგება საჭიროა ორივე მეუღლის თანხმობა, მათი ნების გამოვლენა, ამიტომ მათი თანხმობის შემთხვევაში ორივე მეუღლე გვევლინება გარიგების მხარედ. თუმცა, ორივე მეუღლის აუცილებელი მონაწილეობის მოთხოვნა გაართულებდა მათ მიერ ქონების განკარგვის შესაძლებლობას. (მაგალითად, თუ ერთ-ერთი მეუღლე მივლინებაშია წასული), ამიტომ ჩამოყალიბდა პრინციპი, რომლის მიხედვითაც მეუღლის მიერ საერთო ქონების განკარგვისას იგულისხმება მეორე მეუღლის თანხმობა. ეს

¹⁴ Guroian V., 'An Ethic of Marriage and Family', in *Essays in Orthodox Ethics* (Notre Dame: Notre Dame University Press, 1987), 107

¹⁵ *Gardiner v. Gardiner*, 1987, 54 Sask. R. 246 (Q.B.)

¹⁶ *Storey-Bishoff v. Storey-Bishoff*, 1994, 2 W.W.R. 390 at para. 21

პრინციპი ცნობილია თანხმობის პრეზუმფციის სახით, რაც გულისხმობს, რომ მეუღლეებმა ურთიერთდობის საფუძველზე ერთმანეთს შეუთანხმეს თავიანთი მოქმედებები ქონების განკარგავსთან დაკავშირებით. მესამე პირები არ არიან ვალდებული დარწმუნდნენ მეორე მეუღლის თანხმობა არსებობს თუ არა, მათ არ ევალდებათ მოითხოვონ ამის დამამტკიცებელი რაიმე განსაკუთრებული ფორმა. მეუღლეთა შეთანხმებით წყდება საკითხი, თუ ვინ იქნება გარიგების სუბიექტი¹⁷.

როგორც ვხედავთ, თანასწორობუფლებიანობის მნიშვნელობა ხელშეკრულების დადების დროს მნიშვნელოვანია და მისი დაუცველობა პრობლემებს იწვევს.

5. მეუღლეთა თანასაკუთრების საკითხის სამართლებრივი მოწესრიგება და მისი შედარებით-სამართლებრივი დახასიათება

მეუღლეთა თანასაკუთრების საკითხს აწესრიგებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საოჯახო სამართალი.

საერთაშორისო სამართლის კუთხით, ქორწინებისა და მეუღლეთა თანასაკუთრების მოწესრიგების მაგალითს წარმოადგენს 1988 წლის „Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act“.¹⁸

მეუღლეთა თანასაკუთრების განსაკუთრებული რეჟიმი კვებეკში, ლუიზიანაში, საფრანგეთში, სამხრეთ აფრიკაში, იტალიაში, გერმანიაში, შვეიცარიაში. თუმცა, ამ ქვეყნებშიც შესაძლებელია მხარეები დაქორწინდნენ ამ შეთანხმების დადების გარეშე. 5 ქვეყანამ, მათ შორის ჰოლანდია, ხელი მოაწერა ჰააგის კონვენციას, რომელიც ძალაში შევიდა 1991 წლის 1 სექტემბერს და რომლის მიხედვითაც მხარეებს შეეძ-

¹⁷ ჩიკვაშვილი შ., საოჯახო სამართალი, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 141

¹⁸ *Marriage and Matrimonial Property Law Amendment Act*, 1988, section 25

ლოთ აერჩიათ არა მხოლოდ ის რეჟიმი რაც მათ ქვეყანაში არსებობდა, არამედ მისგან განსხვავებული რეჟიმიც თუ სახეზე იქნებოდა ნამდვილი ქორწინება.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში განსაზღვრულია სახელშეკრულებო ქონებრივი ურთიერთობების მნიშვნელოვანი საკითხები : საქორწინო ხელშეკრულების ცნება, მისი დადების, შინაარსის, ფორმის შეცვლისა და შეწყვეტის წესი.

6. ქორწინების რეგისტრაციის მნიშვნელობა

სსკ 1151-ე მუხლის თანახმად: მეუღლეთა უფლებამოვალეობებს წარმოშობს მხოლოდ საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით რეგისტრირებული ქორწინება.

ქორწინების რეგისტრაცია დანესებულია როგორც სახელმწიფო ინტერესების უზრუნველსაყოფად, ისე თვით მეუღლეთა და მათი შვილების პირადი და ქონებრივი უფლებების დაცვის მიზნით¹⁹. ქორწინების რეგისტრაცია უზრუნველყოფს მეუღლეებისა და მათი შვილების ინტერესების გამორჩეულად დაცვას, განსხვავებით არარეგისტრირებულ ქორწინებაში მყოფი პირებისგან. ქორწინების რეგისტრაციის არსებობისას სახელმწიფოს შეუძლია თავის საქმიანობაში გაითვალისწინოს სხვადასხვა დემოგრაფიული მონაცემები, როგორცაა, მოსახლეობის შემადგენლობა, შობადობის მდგომარეობა, ქორწინებათა და განქორწინებათა ტენდენცია²⁰. გააკონტროლოს ქორწინებათა კანონიერება და თავიდან აიცილოს იმ პირთა დაქორწინება, რომელთაც არ შეუძლიათ შექმნან მყარი ოჯახი და ჰქონდეთ სრულფასოვანი შთამომავლობა. რეგისტრირებული ქორწინება მეუღლეებსა და მათ შვილებს უქმნის საბინაო, მატერიალური, სამემკვიდრეო, საპენსიო და სოციალური დაცვის სხვა უფლებათა გან-

¹⁹ შენგელია რ., შენგელია ე., *საოჯახო და მემკვიდრეობითი სამართალი*, თბილისი, 2015, გვ. 72

²⁰ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ.

ხორციელების გარანტირებულ შესაძლებლობას.

მხოლოდ რეგისტრირებული ქორწინება წარმოშობს მეუღლეობრივ უფლება-მოვალეობებს. სხვა ორგანოებში ან ეკლესიაში რეგისტრირებული ქორწინება არავითარ იურიდიულ შედეგებს არ წარმოშობს. ხშირად დასაქორწინებელი პირები უარს ამბობენ რეგისტრირებულ ქორწინებაზე, იმ მიზეზით, რომ არ სურთ წარმოეშვათ გარკვეული ტიპის ვალდებულებები. საქართველოსგან განსხვავებით, ინდოეთში ქორწინება აუცილებლად უნდა იყოს რეგისტრირებული, 1955 წლის ინდოეთის კანონი ქორწინების შესახებ სპეციალურ რიტუალებსაც კი ითვალისწინებს. ქორწინება რომელიც არ იქნება რეგისტრირებული გაბათილდება და ნამდვილად არ ჩაითვლება, ხოლო პასუხისმგებელი მხარეები შესაძლოა 1 თვით დააპატიმრონ ან ჯარიმა დააკისრონ.

7. მეუღლეთა ქონებრივი უფლებები ქორწინებისას და განქორწინებისას მოქმედი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით

ქორწინებისას მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობები შემდეგნაირად რეგულირდება. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1152 – მუხლის მიხედვით, საოჯახო ურთიერთობებში მეუღლეები სარგებლობენ თანაბარი პირადი და ქონებრივი უფლებებით და ეკისრებათ თანაბარი მოვალეობანი.

არსებობს მეუღლეთა ინდივიდუალური და საერთო საკუთრება. ინდივიდუალურია თითოეული მეუღლის ის საკუთრება, რომელიც მას დაქორწინებამდე ეკუთვნოდა, ასევე ის, რომელიც ქორწინების განმავლობაში მიღებულია მემკვიდრეობით ან ჩუქებით, ინდივიდუალური სარგებლობის ნივთები, ძვირფასეულობის გარდა, თუნდაც ქორწინების განმავლობაში იყოს შეძენილი მეუღლეთა საერთო თანხებით, ჩაითვლება იმ მეუღლის საკუთრებად, რომელიც სარგებლობს ამ ნივთებით. ხოლო მეუღლეთა საერთო საკუთრებაა ყველაფერი ის, რაც მათ ქორწინების განმავლობაში შეიძინეს. იმ ქონე-

ბის გაყოფისას, რომელიც მეუღლეთა თანასაკუთრებას წარმოადგენს, მეუღლეთა წილი თანაბარია, თუ მათ შორის შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული. საყურადღებოა, რომ ხშირად, ერთ-ერთი მეუღლე მუშაობს და არჩენს ოჯახს, მეორე კი ეწევა საოჯახო საქმიანობას, უვლის შვილებს და არა აქვს დამოუკიდებელი შემოსავალი. ასეთ შემთხვევაშიც, თუნდაც მხოლოდ ერთი მეუღლის შემოსავლით შეძენილი ქონება, საერთო საკუთრებად ითვლება.

საქორწინო ხელშეკრულების ძირითად ნაწილში შეიძლება განსაზღვრულ იქნეს მეუღლეთა ერთად ცხოვრების პერიოდში შეძენილი ქონების ცალკეული სახეების სამართლებრივი რეჟიმი. მაგალითად, შეიძლება მეუღლეებმა ხელშეკრულებაში გაითვალისწინონ, რომ ერთ-ერთის სახელზე საკრედიტო დანესებულებაში შეტანილი ანაბარი, თუნდაც იგი ერთად ცხოვრების პერიოდში იყოს შექმნილი, წარმოადგენს მესამე პირის ინდივიდუალურ საკუთრებას ან სამენარმეო საქმიანობის განხორციელების გზით მიღებული შემოსავალი იმ მეუღლის ინდივიდუალურ საკუთრებად ჩაითვალოს, რომელმაც მიიღო იგი ან კიდევ ერთად ცხოვრების პერიოდში ძვირფასეულობა განქორწინების შემთხვევაში ჩაითვალოს იმ მეუღლის ინდივიდუალურ საკუთრებად, რომელიც სარგებლობდა ასეთი ნივთებით. მაგალითად, ერთ-ერთი მეუღლის კუთვნილი ბინა მისი კაპიტალური რემონტის შემდეგ, რომელიც ჩატარდა ორივე მეუღლის სახსრებით, არ გადაიქცევა თანაზიარ საკუთრებად ან ერთ-ერთი მეუღლე ქორწინების პერიოდში დაბუღობს უფლებას თავის ნათესავებს მისცეს მეუღლის ინდივიდუალური აგარაკით სარგებლობის უფლება, ხოლო განქორწინებისას კი უნდა უზრუნველყოს აგარაკის დაუყოვნებლივ გათავისუფლება.

ქორწინების განმავლობაში, ერთ-ერთ მეუღლეს არ აქვს უფლება მეორე მეუღლესთან შეუთანხმებლად გაასხვისოს საერთო ქონება. მეუღლის თანხმობაა საჭირო არა მარტო საერთო ქონების გასხვისებისას, არამედ ქონების შეძენის დროსაც, თუ ფული, რითაც უნდა მოხდეს ქონების შეზე-

ნა, წარმოადგენს მეუღლეთა საერთო თანასაკუთრებას.²¹

წილის გასხვისება არის უფლების გასხვისება. სამოქალაქო კოდექსი ქონებად აღიარებს არა მარტო ნივთებს, არამედ არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთესაც. „მეწარმეთა კანონი“ არ ითვალისწინებს რაიმე დათქმას მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული წილის განკარგვის შესახებ. მასზე ვრცელდება საოჯახო სამართლის ყველა ის ნორმა, რომელიც აწესრიგებს მეუღლეთა თანასაკუთრების სამართლებრივ რეჟიმს, მათ შორის სამოქალაქო კოდექსის 1159-1160-ე მუხლებით გათვალისწინებულ მოთხოვნას მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების ურთიერთშეთანხმებით განკარგვის შესახებ. აქედან გამომდინარე, სამოქალაქო კოდექსის 1159-1160-ე მუხლების მიხედვით, თუ ერთ-ერთი მეუღლე წარმოადგენს კომერციული საზოგადოების პარტნიორს და მისი წილი შექცენილია რეგისტრირებული ქორწინების განმავლობაში, ამ წილის გასხვისება მას შეუძლია მეორე მეუღლის თანხმობისას.²² მეუღლეები განსაზღვრულ ქონებრივი ურთიერთობებს ამყარებენ მესამე პირებთანაც. პრობლემურია საკითხი მესამე პირების მიმართ მეუღლეთა იმ სავალ ვალდებულებებთან დაკავშირებით, რაც წარმოიშობა ქორწინების პერიოდში მეუღლეების მიერ დადებული გარიგების საფუძველზე.²³

ვალის საკითხი პირადი და საერთო ვალის შემთხვევებში განსხვავებულად წყდება. ერთ-ერთი მეუღლის პირადი ვალის გადახდა ხდება მხოლოდ მისი პირადი კუთვნილი ქონებიდან საერთო საკუთრებაში, მეორე მეუღლე პასუხს არ აგებს ასეთი ვალისთვის, საერთო ვალის შემთხვევაში კი ორივე აგებს პასუხს. მეუღლეთა საერთო ვალები იყოფა ქონებაში მათი კუთვნილი წილის თანაზომიერად. საერთო ვა-

²¹ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 56

²² ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 155

²³ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 160

ლების დაფარვისთვის ქონების არასაკმარისობის შემთხვევაში, მეუღლეები ვალდებული არიან სოლიდარულად აგონ პასუხი თითოეულის პირადი წილიდან.²⁴ მეუღლეთა ქონებაზე გადახდევინების მიქცევა შეიძლება მოხდეს აგრეთვე მათი არასრულწლოვანი შვილების მიერ სხვა პირთა სიცოცხლის, ჯანმრთელობის, დქონებისათვის ზიანის მიყენების შემთხვევაში.²⁵

მეუღლეთა თანასაკუთრება წყდება ქონების გაყოფით. თითოეული მხარე ხდება იმ ნაწილის მესაკუთრე, რომელიც მის გაყოფამდე მეუღლეთა საერთო თანასაკუთრებაში იყო. ასეთი გაყოფა შეიძლება მოხდეს მხარეთა შეთანხმებით. თუ ასეთი შეთანხმება არ არსებობს, მაშინ საკითხს წყვეტს სასამართლო, ასეთი გაყოფისას, თუ ეს გაყოფა ეხება მესამე პირის უფლებებს, მასინ დავა ქონების გაყოფის შესახებ არ შეიძლება გადაწყდეს განქორწინების საქმის განხილვისას, თუმცა ეს არ გულისხმობს მესამე პირის მოთხოვნების უგულებელყოფას.

მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების გაყოფის საკითხი ძირითადად განქორწინების დროს წყდება. თუმცა ქონება შესაძლოა გაიყოს ქორწინების განმავლობაშიც. განქორწინებისას საერთო საკუთრებაში წილის განსაზღვრის მოთხოვნის უფლება აქვს თითოეულ მეუღლეს, მათ შორის იმასაც, რომელის სახელზეც არ არის რეგისტრირებული ეს ქონება. განქორწინებისას ქონების გაყოფა ხდება ნატურით, საგანი იყოფა იმგვარად, რომ საბოლოოდ თითოეული მეუღლისთვის გადაცემული ნივთების ღირებულება შეესაბამებოდეს საერთო ქონებაში მისი კუთვნილი წილის მოცულობას. იმ შემთხვევაში, როცა ასეთი თანაბრობის მიღწევა შეუძლებელია, მაშინ იმ მხარეს რომელმაც საერთო ქონ-

²⁴ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 161

²⁵ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 162

ნებაში არსებულ თავის წილზე ნაკლები ქონება მიიღო, უნდა გადაეცეს ფულადი კომპენსაცია. თუ საერთო ქონების გაყოფისას აღმოჩნდა რომ გასაყოფ ობიექტთა შორის არის სურათების კოლექცია, ბიბლიოთეკა, საცხოვრებელი სახლი, რომლის ნატურით გაყოფა ვერ ხერხდება, სასამართლოს შეუძლია იგი ერთ-ერთ მეუღლეს გადასცეს, ხოლო მეორეს კომპენსაციის სახით გადასცეს სხვა ქონება ან ფული, ან ეს ქონება განსაზღვროს თითოეული მეუღლის კუთვნილად საერთო წილადი საკუთრების უფლებით. ქონების გაყოფისას სასამართლო ითვალისწინებს მეუღლეთა სურვილს მიიღონ ნივთი, თითოეული მხარის პროფესიულ მოთხოვნილებებს, მათ ეკონომიკურს მდგომარეობას. მეუღლეთა საერთო ქონების გაყოფისას არასრულწლოვანი შვილების სარგებლობაში არსებული ნივთები არ ექვემდებარება გაყოფას.²⁶

ანაბრის გაყოფის მოთხოვნის უფლება აქვს მხოლოდ იმ მეუღლეს, რომელიც მენაბრესთან რეგისტრირებულ ქორწინებაში იმყოფება..

მეუღლე, რომელმაც ფულადი კომპენსაცია მიიღო, მოვალეა უარი თქვას ნივთით სარგებლობაზე, თუ საცხოვრებელ სახლს შეეხება საკითხი, მაშინ გაათავისუფლოს საცხოვრებელი სადგომი.

თუ გასაყოფი ქონება შექცნილია მეუღლეების მიერ, როგორც ქორწინების განმავლობაში მოპოვებული სახსრებით, ისე იმ სახსრებით, რომელიც მათ ქორწინებამდე ეკუთვნოდათ, მაშინ სასამართლო თანაბარ წილად გაყოფს იმ ქონებას, რომელიც მეუღლეებმა საერთო სახსრებით შეიძინეს და ამ ნაწილს მიუმატებს თითოეული მეუღლის იმ წილს, რაც მათ ქორწინებამდე ეკუთვნოდათ.²⁷

კონკრეტული საქმის განხილვისას, სასამართლო გა-

²⁶ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 166-167

²⁷ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 170

დამწყვეტ მნიშვნელობას ანიჭებს არა იმ სახსრების ოდენობას, რაც მეუღლეებმა დააბანდეს ქონების შექმნაში, არამედ ხელმძღვანელობენ იმ გარემოებებით, რაც დავის განხილვისთვისაა მოცემული. თუ დადგინდება, რომ ერთ-ერთი მეუღლე არ ზრუნავდა ოჯახზე, ოჯახის საზიანოდ ახორციელებდა ქმედებებს, ფლანგავდა საერთო ქონებას, სასამართლოს ამ შემთხვევაში შეუძლია ასეთ მეუღლეს შეუმციროს წილი. წილი არ შეიძლება შეუმცირდეს იმ მეუღლეს, რომელსაც ავადმყოფობის ან სხვა პატივსაღები მიზეზის გამო არ შეეძლო საოჯახო მეურნეობის წარმართვა.

კანონი მეუღლეთა საერთო თანასაკუთრებაში წილის თანაბრობის პრინციპს არ უკავშირებს იმ გარემოებას, რომელმა მეუღლემ რა მონაწილეობა მიიღო ამ ქონების შექმნაში, არც მათი შრომის ხასიათს მნიშვნელობას. „ცოლქმრული ურთიერთობების სპეციფიკა, – აღნიშნავს ო. ს. იოფე, -გამორიცხავს ბუღალტრულ ანგარიშიანობას, -ვინ რამდენი გამოიმუშავა, რა თანხები დააბანდა საერთო მეურნეობაში და ა. შ. თუ ცოლი და ქმარი შეძლებისდაგვარად მუშაობდნენ და ერთნაირად ზრუნავდნენ ოჯახისთვის, მისი ინტერესებისთვის, მათ ქონების გაყოფისას აქვთ თანაბარი უფლება, თითოეულის ხელფასისა და სხვა შემოსავლის ოდენობის მიუხედავად.“²⁸

8.სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი ითვალისწინებს მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების რეგულირების როგორც სახელმეკრულებო, ისე საკანონმდებლო წესებს, თუმცა მაინც არსებობს რამდენიმე სადაო საკითხი, რომლის გადაწყვეტაც სასამართლოს პრეროგატივაა.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებით „ეკლესიური ქორწინება სამართლებრივ შედეგებს არ წარმოშობს, სსკ-ს 1151-ე მუხლის თანახმად მეუღლეთა უფ-

²⁸ ჩიკვაშვილი შ., *საოჯახო სამართალი*, თბილისი, მე-4 გამოცემა, 2004, გვ. 172

ლება-მოვალეობებს მხოლოდ მოქალაქეობრივი მდგომარეობის რეგისტრაციის ორგანოში რეგისტრირებული ქორწინება წარმოშობს“.²⁹

მნიშვნელოვანი საკითხია პროფესიული საქმიანობისთვის საჭირო ნივთების ბედი თანასაკუთრების გაყოფისას. სსკს- 1165-ე მუხლი იმპერატიულად განსაზღვრავს, რომ პროფესიული საქმიანობისთვის საჭირო ნივთები გადაეცემა იმ მეუღლეს, რომელსაც აღნიშნული საქმიანობისთვის სჭირდება. მოცემული მუხლის ფართოდ გაგება დაუშვებელია და მასში არ უნდა მოვიპოვოთ ის ტერიტორია სადაც აღნიშნული ნივთებია განთავსებული, უზენაესი სასამართლოს განმარტებით საკასაციო სასამართლო მიიჩნევს, რომ „კასატორის პროფესიული საქმიანობისთვის საჭირო ნივთს წარმოადგენდა არა უძრავი ქონება, სადაც შემოქმედებითი სახელოსნო უნდა განთავსებულიყო არამედ მხოლოდ აუცილებელი ნივთები, რაც მას დასჭირდებოდა არქიტექტორ-დიზაინერის სამუშაოს შესასრულებლად, მაგალითად, ფუნჯი, საღებავები, მოლბერტი და სხვა.“³⁰ უზენაესი სასამართლოს ამავე გადაწყვეტილებაში³¹ ყურადღება არის გამახვილებული პრივატიზებით მიღებულ ქონებაზე. აღნიშნული მეტად მნიშვნელოვანი საკითხია ქორწინების პერიოდში პრივატიზებით მიღებული ქონების ბედის გადაწყვეტისთვის. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1161-ე მუხლის „ბ“ ქვეპუნქტის მიხედვით მეუღლის ინდივიდუალურ საკუთრებად ჩაითვლება ისეთი ნივთი, რომელიც ქორწინების განმავლობაში მიღებულია ჩუქებით³², ხოლო პრივატიზაცია თავისი ბუნებით ჰგავს ჩუქების ხელშეკრულებას. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით „მართალია, სახელმწიფო

²⁹ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, მუხლი 1151

³⁰ რთველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 44

³¹ ას-414-738-05

³² საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, მუხლი 1161

მარიამ კახიძე, მარიამ კაპანაძე –

მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემა და ასახვა პრაქტიკაში

აღნიშნულ ქონებას უსასყიდლოდ გადასცემს მოქალაქეს, მაგრამ ეს ურთიერთობა არ არის სამოქალაქო კოდექსით დადგენილი ჩუქების სახელშეკრულებო ურთიერთობის იდენტიური. მოცემულ შემთხვევაში მოქალაქესა და სახელმწიფოს შორის იდება არა კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულება, რასაც სამოქალაქო კოდექსი არეგულირებს, არამედ ადმინისტრაციული გარიგება სახელმწიფომ როგორც დამქირავებელს, ისე მისი ოჯახის წევრებს მისცა საშუალება, გამხდარიყვნენ ბინის მესაკუთრეები. აღნიშნულის გათვალისწინებით, მოცემულ შემთხვევაში სამართლებრივად ქონებაზე უფლება მოპოვებული აქვს კასატორის მეუღლესაც, მიუხედავად იმისა, რომ ნომინალურად მთელი სადავო ქონების პრივატიზება განხორციელებულია მხოლოდ კასატორის სახელზე.“

მეუღლეთა საერთო ქონება არის ქონება, რომელიც მეუღლეებმა ერთობლივად შეიძინეს. თუ ერთი მეუღლე მეორისგან იყიდის ბინას, აღნიშნული საკითხის გადაწყვეტა გავლენას მოახდენს განქორწინების შემდეგ ნასყიდობის საგნის ბედზე. უზენაესი სასამართლოს განმარტებით „არ არსებობს მეუღლეთა ერთობლივი ნება ქონების შექენისათვის. პირიქით, ერთი მეუღლე ასხვისებს მის საკუთრებაში არსებულ ნივთს, ხოლო მეორე მეუღლე იძენს მას. აქ მეუღლეები ინდივიდუალურად განკარგავენ მათ უფლებებს და მათ შეუძლებელია წარმოეშვათ თანასაკუთრება ამ ნივთზე.“³³

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1166-ე მუხლით დარეგულირებულია წილის კომპენსაცია საკუთრების გაყოფისას.³⁴ საინტერესოა ამ კუთხით არსებული სასამართლო პრაქტიკა. უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთი საქმეზე სააპელაციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ ვინაიდან ამჟამად სადავო ავტომანქანა მესამე პირის საკუთრებაშია, ამიტომ მ. გ-

³³ როველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 15

³⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი მუხლი 1166

ის მოთხოვნა ავტომატურად ღირებულების ნახევრის კომპენსაციის შესახებ უსაფუძვლოა, ხოლო უზენაესი სასამართლოს მითითება აღნიშნულთან დაკავშირებით არის შემდეგი: „სააპელაციო სასამართლოს სსკ-ს მე-5 მუხლის პირველი ნაწილის (კანონის ანალოგიის) საფუძველზე 1166-ე მუხლი მუხლების საფუძველზე უნდა განესაზღვრა სადავო ავტომატურად ღირებულება და ემსჯელა მ. დ-ის სასარგებლოდ ამ ღირებულების ნახევრის ზ. გ-ისათვის დაკისრების თაობაზე.“³⁵ მეუღლეების შორის თანასაკუთრების გაყოფის წესებს აწესებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, თუმცა მრავალ მუხლში ამოვიკითხავთ ისეთ დათქმას, როგორცაა „თუ საქორწინო ხელშეკრულებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული“ თუმცა გასარკვევია შესაძლებელია თუ არა ქონებრივი საკითხების დარეგულირება მხარეთა შორის სხვაგვარი შეთანხმების (და არა საქორწინო ხელშეკრულების) საფუძველზე. უზენაეს სასამართლოში არსებული ერთ-ერთი საქმის ფაბულის მიხედვით: სანოტარო წესით მხარეთა შორის დამონმდა შეთანხმება, რომლის თანახმად, მოსარჩელემ თანხმობა განაცხადა განქორწინებაზე და აღნიშნა, რომ „ქონებრივი პრეტენზიები არა აქვს და არ ექნებოდა მომავალში“. უზენაესი სასამართლოს კოლეგიამ იმსჯელა აღნიშნულ საკითხზე და მიიჩნია რომ „მხარეებს შორის ქონებრივი საკითხები გადაწყვეტილი იყო შეთანხმების საფუძველზე და მოსარჩელეს მიღებული ჰქონდა თავისი წილი ქონება“.³⁵

განქორწინებისას ერთ ერთ უმნიშვნელოვანეს და გასათვალისწინებელ ფაქტორს წარმოადგენენ არასრულწლოვანი შვილები. სსკ-ს 1168-ე მუხლით დარეგულირებულია არასრულწლოვანი შვილების ინტერესების გათვალისწინების საკითხი თანასაკუთრების გაყოფისას.³⁶ საინტერესოა აღნიშნულ მუხლთან დაკავშირებული სასამართლო პრაქტი-

³⁵ რთველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას, 2016, გვ. 15

³⁶ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მუხლი 1168

კის გაანალიზება. აღნიშნული ნორმის გამოყენების აუცილებელ წინაპირობას წარმოადგენს არა მხოლოდ არასრულწლოვანი შვილის ერთ-ერთ მეუღლესთან ცხოვრების ფაქტი, არამედ ისეთი გარემოების ან გარემოებათა არსებობა, რომელიც სასამართლოს უქმნის მყარ შინაგან რწმენას, რომ პირის (მეორე მეუღლის) თანასაკუთრების უფლება შესაძლებელია შეიზღუდოს – შემცირდეს. სასამართლოს შინაგანი რწმენა უნდა ემყარებოდეს ისეთ გარემოებებს, რომლებიც ცალსახად ადასტურებენ არასრულწლოვანი შვილების ინტერესების გათვალისწინების აუცილებლობას. ეს გარემოებები შესაძლებელია იყოს არასათანადო საბინაო პირობები, არასაკმარისი საცხოვრებელი ფართი და სხვა ნებისმიერ ფაქტორი, რომელიც არასრულწლოვანის ინტერესშია და მის ნორმალურ აღზრდას ხელს უშლის. ამდენად, სასამართლომ უნდა დაასაბუთოს, რომ არასრულწლოვანი შვილი და მასთან მცხოვრები მშობელი უფრო მეტად საჭიროებენ საცხოვრებელ ფართს, ვიდრე მეორე მშობელი. სასამართლოს გადაწყვეტილება მითითებული ნორმის გამოყენებისას დასაბუთებული უნდა იყოს ისეთი ფაქტობრივი გარემოებებით, რომლებიც ადასტურებენ მეუღლეთა წილის თანაბრობის საწყისისასგან გადახვევის აუცილებლობას.³⁷

საინტერესოა, თუ როგორი იქნება სოლიდარული პასუხისმგებლობის საზოგადოებაში არსებული წილის ბედი განქორწინებისას. უზენაესი სასამართლოს განმარტებით „მოცემულ შემთხვევაში გასათვალისწინებელია არა მხოლოდ მეუღლეთა უფლება-ვალდებულებების განსაზღვრის თავისებურებები, არამედ, პარტნიორთა უფლება-ვალდებულებები, რაც კანონით და წესდებით მათ გააჩნიათ ერთ-ერთ მეუღლესთან. სააკველაციო სასამართლომ უნდა დაადგინოს დანარჩენი პარტნიორების თანხმობის არსებობა წილის გაყოფის შედეგად ახალი პარტნიორის მიღებაზე. ასეთი თან-

³⁷ რთველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., *თანასაკუთრების ბედი განქორწინებისას*, 2016, გვ. 16

ხმობის არარსებობის შემთხვევაში გ. კ-ეს უნდა მიეცეს რ. კ-ის წილის ნახევრის ღირებულება.“სსკ-ს 1171-ე მუხლის თანახმად, განქორწინებულ მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების გაყოფის თაობაზე მოთხოვნებისათვის დადგენილია ხანდაზმულობის სამწლიანი ვადა, ხოლო თუ დავა ეხება საზიარო უფლებებს, გამოიყენება 968-ე მუხლის მოთხოვნები.³⁸ საინტერესოა აღნიშნულთან დაკავშირებული სასამართლო პრაქტიკაც. ყურადღება უდა გავამახვილოთ თუ რა მომენტიდან იწყება ხანდაზმულობის ვადის დინება. უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებაში ვკითხულობთ: „ხანდაზმულობის ვადის დენის დაწყების ობიექტური მომენტი განქორწინების რეგისტრაციაა, ვინაიდან, განქორწინებული მეუღლეებისათვის იმთავითვე ცნობილი უნდა იყოს მოთხოვნის უფლების არსებობის თაობაზე, მით უფრო იმ პირობებში, როდესაც მხარეებს შორის ქონებრივი დავის არსებობა-არარსებობა ერთ-ერთი კრიტერიუმია, რაც განსაზღვრავს განქორწინების საკითხის გადაწყვეტის წესს.“

უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებით, ქორწინება შეწყვეტილად ითვლება იუსტიციის სამინისტროს სახელმწიფო რეესტრის მწარმოებელ ტერიტორიულ ორგანოში განქორწინების რეგისტრაციის მომენტიდან.

სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი კიდევ უფრო კვეთს განქორწინებისას ქონების გაყოფასთან დაკავშირებულ პრობლემებს, წარმოაჩენს ხარვეზებს და გვთავაზობს, პრობლემის გადაჭრის ახალ გზებს.

³⁸ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მუხლი 1171

დასკვნა

მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემა იყო და არის ერთ ერთი ყველაზე აქტუალური პრობლემა ქართულ რეალობაში. ჩვენ შევეცადეთ წარმოგვეჩინა არსებულ საკითხთან დაკავშირებული ისტორიული განვითარების ეტაპები, აგრეთვე აღგვეჩერა ამ საკითხის თანამედროვე საკანონმდებლო რეგულირება და განგვეხილა სასამართლო პრაქტიკა.

ქართული რეალობისთვის ჯერ კიდევ უცნობია საქორწინო ხელშეკრულების არსი, რომელსაც გადამწყვეტი მნიშვნელობა გააჩნია მეუღლეთა შორის არსებული ქონებრივი დავების გადაწყვეტისას. საჭიროა, ქორწინების ხელშეკრულება ფართოდ დამკვიდრდეს ქართულ სამართალსისტემაში, რათა მარტივად ავიცილოთ თავიდან თანასაკუთრების ბედის გარკვევის წარმოშობილი პრობლემები.

გამოყენებული ლიტერატურა

1. გაბისონია ზ., "ქართული საერთაშორისო კერძო სამართალი", გამომცემლობა "მერიდიანი", თბ., 2006წ.
2. გადელია ნ., საქორწინო ხელშეკრულების (კონტრაქტის) აქტუალური საკითხები, ჟურნ. "მართლმსაჯულება და კანონი"
3. ხეცურიანი დ., საქორწინო-საოჯახო ურთიერთობების ზოგიერთი კოლიზიური საკითხის რეგულირების თავისებურებები საერთაშორისო კერძო სამართალში, მართლმსაჯულება, #2, 2007
4. ბრეგვაძე თ., საქორწინო ხელშეკრულება მეუღლეთა ქონებრივი ურთიერთობების სამართლებრივი თავისებურებების სამართლებრივი რეგულირების საფუძვლები, სამართალი, #2, 1999
5. თუმანიშვილი გ., "საქორწინო კონტრაქტი" (მონოგრაფია), გამომცემლობა "უნივერსალი", თბ., 2010წ.
6. მეუღლეთა საერთო ქონების გაყოფა და მასთან დაკავშირებული ურთიერთობების რეგულირება, მარიკა ჭაჭუა, თბილისი, 2013
7. მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების მართვა და განკარგვა ურთიერთშეთანხმებით, მარიკა ჭაჭუა, თბილისი, 2013
8. შენგელია რ., შენგელია ე., საოჯახო და მემკვიდრეობითი სამართალი, თბილისი, 2015წ, გამომცემლობა "მერიდიანი"
9. რთველაძე ს., ევსტაფიშვილი გ., მეუღლეთა თანასაკუთრება და მისი ბედი განქორწინებისას ქართული კანონმდებლობისა და სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი.
10. რედ. ჭანტურია ლ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები, ნიგნი მე-5, სამართალი, 2000.
11. ჩიკვაშვილი შ., მეუღლეთა თანასაკუთრებაში არსებული ქონების განკარგვის სამართლებრივი პრობლემები, სამართალი, #11-12, 2002 წელი
12. Michael G. Cochrane, "Do We Need a Marriage Contract: Understanding How a Legal Agreement Can Strengthen Your Life Together", 2010
13. Liquidations de régimes matrimoniaux et de successions Bernard Beignier Etude (broché). Paru en 10/2013
14. Droit des régimes matrimoniaux et du PACS, 5ème édition Isabelle

მარიამ კახიძე, მარიამ კაპანაძე –

მეუღლეთა თანასაკუთრების პრობლემა და ასახვა პრაქტიკაში

- Dauriac Manuel (broché). Paru en 09/2017
15. Régimes matrimoniaux, Edition 2009 Nathalie Peterka Etude (broché). Paru en 08/2015
 16. Droit des régimes matrimoniaux, 3ème édition Laurent Aynès Etude (broché). Paru en 08/2017
 17. <https://elawjournal.wordpress.com/2012/02/14/%E1%83%A1%E1%83%90%E1%83%A5%E1%83%9D%E1%83%A0%E1%83%AC%E1%83%98%E1%83%9C%E1%83%9D-%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%A2%E1%83%A0%E1%83%90%E1%83%A5%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A0%E1%83%90%E1%83%A2%E1%83%9D/>
 18. <http://library.lawsociety.sk.ca/inmagicgenie/documentfolder/CPLED200809FamilyDivision.pdf>
 19. <http://www.larkinhoffman.com/files/OTHER/KNewman Antenuptial.pdf>
 20. <Http://library.court.ge/judgments/85682016-0323>

ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი მოხარული იქნება და მიესალმება ჟურნალში გამოქვეყნებულ სტატიებზე მიღებულ ნებისმიერ შენიშვნას, რჩევას, რეკომენდაციასა და ჯანსაღ კრიტიკას. საჭიროების შემთხვევაში გთხოვთ მოგვმართოთ, ინსტიტუტის ელექტრონულ ფოსტაზე: lawinstitute@yahoo.com

Institute of Georgian and International Law would be grateful and more than welcome to receive any remarks, recommendations, advices, or healthy critics concerning the legal articles published in journal. For doing so, do not hesitate to contact us via the e-mail of the institute: lawinstitute@yahoo.com

სტატიაში გამოხატული აზრები და შეხედულებები ეკუთვნის მხოლოდ სტატიის ავტორს. ქართული და საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი არ არის პასუხისმგებელი სტატიის შინაარსზე.

The views and ideas expressed in these articles are owned only by the authors. Institute of Georgian and International Law is not therefore liable for the content, views and the expressions contained in the articles.



გამომცემლობა „**უნივერსალი**“

თბილისი, 0186, ა. პოლიტაოვსკაიას №4. ☎: 5(99) 33 52 02, 5(99) 17 22 30
E-mail: universal505@ymail.com; gamomcemlobauniversali@gmail.com

