

№12 (2019)

www.lawandworld.ge

სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის
საეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის
საერთაშორისო საეცნიერო
რეფერირებადი ჟურნალი

LAW AND THE WORLD

INTERNATIONAL REFEREED
SCIENTIFIC JOURNAL OF THE LAW
SCIENTIFIC-RESEARCH
INSTITUTE OF THE EUROPEAN
UNIVERSITY

სამართალი და მსოფლიო –
თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND THE WORLD –
Your Guide in Legal World

თბილისი
Tbilisi



ჟურნალის საერთაშორისო აღიარება
International Recognition of Journal



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

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

აკრძალულია გამოქვეყნებული მასალის გამრავლება ან გავრცელება კომერციული მიზნებისათვის.

Reproduction on distribution of the materials published in this journal for commercial purposes is prohibited.

მთავარი რედაქტორი:	იოსებ კელენჯერიძე
რედაქტორი:	ზურაბ ჭყონია
ტექნიკური რედაქტორი:	ნათია გაბედავა
ქართული ტექსტის კორექტორი:	ნათო გიგაური
ინგლისური ტექსტის კორექტორი:	კახაბერ გოშაძე
ყდის დიზაინი:	ლიზა ჯალაგონია
დაკაბადონება:	თამარ ძავთარაძე

Chief Editor:	IOSEB KELENJERIDZE
Editor:	ZURAB CHKONIA
Technical Editor:	NATIA GABEDAVA
Proof-reader of Georgian text:	NATO GIGAURI
Proof-reader of English text:	KAKHABER GOSHADZE
Design:	LIZA JALAGONIA
Imposer:	TAMAR QAVZHARADZE

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

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



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

სარედაქციო ხოლგია

იოსებ კელენჯერიძე

მთავარი რედაქტორი, საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

ზურაბ ჭყონია

რედაქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, სამართლის მეცნიერთა კავშირის თავმჯდომარე

მერაბ ტურავა

სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე

ლევან ჯაყელი

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

შალვა მურდაძე

სამართლის დოქტორი, გურამ თვარტყილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი, სამართლის მეცნიერთა კავშირის გამგეობის წევრი, ადვოკატი

ანა ჭილიტაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

ირმა მერებაშვილი

სამართალმცოდნეობის დოქტორი, ტექნიკური უნივერსიტეტის პროფესორი

გიორგი ლლონი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

მერაბ გაბინაშვილი

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლე, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის თავმჯდომარე

გია მფარავიშვილი

სამართლის დოქტორი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის პროფესორი

ჰანს იურგენ ზახორკა

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

პატრიკ ტერი

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

ჟინეტ ვანესა ბროუ ოდი

საერთაშორისა და ჰუმანიტარული სამართლის მაგისტრი, დიპლომატიური ასისტენტი კოტ-დ'ივუარის საგარეო საქმეთა სამინისტროში

მარტინ მარტინეზი

ლოს ანჯელესის სამართლის სახელწოდებული კოლეჯის პროფესორი, კალიფორნიისა და ნიუ-იორკის ადვოკატურის წევრი

დევიდ კოლბე

ვალპარაისოს უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი, ინდიანას შტატის ადვოკატთა ასოციაციის წევრი

ლევან მესხორაძე

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

ჟულიან ბილ ვატკინსი

სამხრეთ კაროლინას (აშშ)

მოქმედი პროკურორი, ოკლაჰომის (აშშ, კალიფორნია) დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი

ბაკურ ლილუაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

ეკატერინე ლაფაჩი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

როინ მიგრაული

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

გიორგი გორაძე

სამართლის დოქტორი, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის პროფესორი

Editorial Board

IOSEB KELENJERIDZE

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

ZURAB CHKONIA

Editor, Associate Professor of European University, Chairman of the NNLE Legal Scientists Union

MERAB TURAVA

Doctor of Law, Professor of Grigol Robakidze University, Judge of the Constitutional Court of Georgia

LEVAN JAKELI

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

SHALVA KURDADZE

Doctor of Law, Professor of Guram Tavartkiladze Tbilisi Teaching University, member of Union of Law scientists, Advocate

ANNA CHIGITASHVILI

Doctor of Law, Associate

Professor of European University

IRMA MEREBASHVILI

Doctor of Law, Professor of Technical University

GIORGI GLONTI

Doctor of Law, Professor of European University

MERAB GABINASHVILI

Judge of Tbilisi Appeal Court, the Chairman of the Chamber for Civil Cases of Tbilisi Court of Appeals

GIA MEPARISHVILI

Doctor of Law, Professor of Caucasus International University

HANS-JÜRGEN ZAHORKA

The director of European Institute "Liberta" (Germany), Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EUFJA), Advocate

PATRICK C. R. TERRY

Doctor of Law at Kent University (England), Professor of University of Kelly Public Administration (Germany)

GINETTE VANESSA BROU ODY

Master in International and Humanitarian Law, Diplomatic Assistant at the Ivorian Ministry of Foreign Affairs

MARTIN J. MARTINEZ, J.D.

Professor of Law in People's College of Law, Los Angeles, Member of the California and New York Bars

DAVID C. KOLBE

Doctor of Law at Valparaiso University, Lawyer of Indiana State Bar Association

LEVAN MESKHORADZE

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

WILLIAM J. WATKINS

Acting prosecutor of South Carolina (USA), (representative at the Appeal Court), Researcher of the independent Institute of Oakland (USA, California)

BAKUR LILUASHVILI

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

EKATERINE LAPHACHI

Doctor of Law, Affiliated professor at the European University

TATULI DOLIDZE

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

ROIN MIGRAULI

Associate Professor of Iv. Javakishvili Tbilisi State University, Member of LEPL Georgian Bar Association, Advocate

GIORGI GORADZE

Doctor of Law, professor Sulkhani-Saba Orbeliani University

- 8** მართლმსაჯულების რეფორმის ფიგურები საქართველოში
(წინათქმა)
მინდია უგრეხელიძე
ZIGZAGS OF THE JUDICIAL REFORM IN GEORGIA (Foreword)
Mindia Ugrekhelidze
- 15** Procedural Rights In Accordance With the Western Values
Irina Batiashvili
საკროცესო უფლებები დასავლურ ფასეულობებთან
თანხმობაში
ირინა ბათიაშვილი
- 27** The Law on Sexual Harassment – Disregarding Fundamental
Principles
Papuna Guruli
კანონი სექსუალური შევიწროების შესახებ - ძირეული
პრინციპების უგულვებელყოფა
პაპუნა გურული
- 35** Practical Recommendations for Effective Justice in Georgia
Tatia Dolidze
პრაქტიკული რეკომენდაციები ეფექტური
მართლმსაჯულებისთვის
თათია დოლიძე
- 38** სასამართლო და არასამართლო მედიაციის
ურთიერთმიმართება, სასამართლო მედიაციის ფორმების
გამიჯვნის აუცილებლობა საქართველოში და მოსამართლის
უფლებამოსილება თითოეულის წარმართვისას
ანა გურიელი
- INTERRELATION BETWEEN THE COURT AND THE PRIVATE
MEDIATION, THE NEED TO DIFFERENTIATE THE COURT
MEDIATION FORMS IN GEORGIA AND THE AUTHORITY

- 48 OF THE JUDGE DURING ADMINISTRATION OF THE EACH SINGLE FORM
Ana Gurieli
- 51 პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვისა და ინფორმირებული თანხმობის გაცემის თავისებურებები (ქართული და ევროპული მიდგომები)
მიხეილ ბიჭია
FEATURES OF PROTECTING THE PATIENT'S PERSONAL AUTONOMY AND OF GIVING INFORMED CONSENT (GEORGIAN AND EUROPEAN APPROACHES)
Michael Bichia
- 68 უცხოური სამართლის კვალიფიკაციის საკითხი საქართველოს კერძო სამართალში
თამარ მსხვილიძე
THE QUESTION OF FOREIGN LAW QUALIFICATION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW
Tamar Mskhvilidze
- 80 „მოსამართლის დამოუკიდებლობის გარანტიები საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მიხედვით“
თამარ ავალიანი
GUARANTEES OF THE INDEPENDENCE OF THE JUDGE ACCORDING TO THE NEW EDITION OF THE GEORGIAN CONSTITUTION
Tamar Avaliani
- 87 საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების რეგულირების პრობლემები ქართული სამართლის და ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენციის მიხედვით (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი)
ია მოქია
RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRATION AWARD PROBLEMS OF REGULATION IN GEORGIAN LAW

AND COMPARED OF THE 1958 NEW YORK CONVENTION
(COMPARATIVE-LEGAL ANALYSIS) 98

Ia Mokia

101 უძრავ ნივთებზე უფლებების შექმნა თავდაპირველი მესაკუთრის გვერდის ავლით, კეთილსინდისიერების პრინციპის დასვა თუ თავდაპირველი მესაკუთრის ინტერესის უგულველყოფა (სასამართლოს კონკრეტული გადაწყვეტილების განხილვის მაგალითზე)

ეკატერინე ლაჭაჩი

ACQUISITIVE PRESCRIPTION OF IMMOVABLE THINGS,
WITHOUT PRIMER OWNER, GOOD FAITH OR IGNORING
RIGHTS OF PRIMER OWNER

(Review on the basis of court decisions)

Ekaterine Lapachi

წინამდებარე გამოცემა წარმოადგენს ჟურნალ „სამართალი და მსოფლიოს“ სპეციალურ ნომერს. წარმოდგენილი შრომები განხილულ იქნა 2019 წლის 19 ოქტომბერს საერთაშორისო-სამეცნიერო კონფერენციაზე: „მართლმსაჯულების აქტუალური პრობლემები“

This is the special issue of scientific journal “Law and the World”. Represented articles were discussed within the International Scientific Conference: “Actual Problems of Justice” which took place on October 19, 2019

საერთაშორისო სამეცნიერო კონფერენცია

“მართლმსაჯულების აქტუალური პრობლემები”

International Scientific Conference

“ACTUAL PROBLEMS OF JUSTICE”

კონფერენციის შრომები

ARTICLES PRESENTED TO THE CONFERENCE

ორგანიზატორი:
ევროპის უნივერსიტეტის
სამართლის
სამეცნიერო-კვლევითი
ინსტიტუტი

Organizer:
SCIENTIFIC-RESEARCH
INSTITUTE OF LAW,
EUROPEAN
UNIVERSITY

საქართველოს სამეცნიერო-კვლევითი
ინსტიტუტი



LAW SCIENTIFIC - RESEARCH
INSTITUTE

მისაღმება

მართლმსაჯულების რეფორმის ზიგზაგები საქართველოში (წინათქმა)

მინდია უგრეხელიძე

*ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სასამართლოს
ყოფილი მოსამართლე,
სამართლის დოქტორი, პროფესორი*

მხურვალედ მოგესალმებით ყველას - დღევანდელი კონფერენციის მონაწილეებს, უცხოელ სტუმრებს და, რაც მთავარია - მის იდეურ სულისჩამდგმელებსა და ორგანიზატორებს. გისურვებთ წარმატებებს, რაშიც ეჭვი არ მეპარება, იმდენად ღირსეულად არის წარმოდგენილი როგორც პროგრამა, ისე მისი მსვლელობის პროცედურა. ამასთან, ვინაიდან კონფერენცია „მართლმსაჯულების აქტუალურ პრობლემებს“ ეძღვნება, რაც, უწინარეს ყოვლისა, სადღეისო სატკივარია, საჭიროდ მიმაჩნია უზოგადესი მონახაზი მაინც ვიქონიოთ რეფორმის წინარე პერიოდისა, ურომლისოდაც შესაძლოა გართულდეს თანამედროვე მდგომარეობის უცდომელი აღქმა, შეფასება და შემდგომი გარდაქმნა. ეს თანაბრად შეეხება როგორც მომგებიან და ხელსაყრელ, ისე წამგებიან და რისკის შემცველ საგულისხმო ფაქტორებს.

მცირედი რეფორმისკეობა

მართლმსაჯულების სისტემის გარდაქმნა და ახალ ნიადაგზე განვითარება საქართველოში სპეციფიკურ პირობებში წარიმართა. იგი გასული საუკუნის 90-იან წლებში დაიწყო და მთლიანად იმან განსაზღვრა, რომ საბჭოური პოლიტიკური სისტემის დასრულების მომენტისთვის საქართველო უკვე აღარც ე.წ „ძველი დემოკრატია“ გახლდათ, და ჯერ არც „ახალი დემოკრატია“. ეს იყო ევროპულ პრინციპებზე დამყარებული, მაგრამ „უდღეური“ (სულ რამდენიმე თვიანი) სისტემის მონაცვლეობა მარქსისტულ იდეოლოგიაზე დაფუძნებული (ე.წ „პროლეტარიატის დიქტატურის“ კონცეპტი) პოლიციური სახელმწიფოს კოსმეტიკურად შენიღბულ-შეფერადებული რუდიმენტი, რომელშიც ლამის ყველაფერი ძველი შენარჩუნებული იყო,

მისაღმება

მინდია უგრეხელიძე

გარდა ორი ცნებისა. ესენია: „საბჭოთა“ და „სოციალისტური“. უწინარესად და უპირატესად ეს ითქმის ქვეყნის კონსტიტუციის შესახებ, რომლის ცვლილების გარეშე, ცხადია, უაზრობა იქნებოდა ყოველგვარი რეფორმირება. მაგრამ, როგორ უნდა მომხდარიყო ეს? თუ ძველს შევინარჩუნებდით, რაც იდეოლოგიურად უკვე სრულიად შეუთავსებელი იყო ახალ პოლიტიკურ სისტემასთან, ეს ფაქტობრივად გამორიცხავდა რომ საქართველო ჩაბმულიყო დემოკრატიულ სახელმწიფოთა ფერხულში. მაგრამ, თუ პირიქით, მოვინდომებდით ახლის შექმნას, ეს დიდძალ რესურსებსა და დროს მოითხოვდა. ამიტომ არჩევანი შეჩერდა ძველისა და ერთ დროს „უდღეურის“; მაგრამ საკმაოდ პროგრესული სისტემის აღდგენაზე. არადა, მისი გადაკეთება - მოდიფიკაცია, 70-ზე მეტი წლის შემდეგ აღდგენა, კონცეპტუალურ სირთულეებს აწყდებოდა. შესაბამისად, ერთადერთი იმედი თანდათანობის პრინციპი უნდა ყოფილიყო. ასეც მოხდა. ახალი, 1995 წლის კონსტიტუციის შემუშავებამდე, საქართველომ აღიარა თავისივე 1921 წლის კონსტიტუციის ზოგადი პრინციპები და, მათთან შესაბამისობით, დროებით სარგებლობისათვის, მიიღო „კანონი სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“. ეს იყო ე.წ „მცირე კონსტიტუციის“ მსგავსი საკანონმდებლო აქტი, რომელმაც რის ვაი-ვაგლახით მოგვატანინა სული საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციის მიღებამდე. ამ მხრივ უმნიშვნელოვანესი იყო მისი მე-3, მე-8 და 32-ე მუხლები, რომლებიც უტყუარი ნიშანი იყო სამართლებრივი სახელმწიფოს ისეთი უმნიშვნელოვანესი კომპონენტების აღდგენისა და აღიარებისა, როგორცაა დამოუკიდებელი მართლმსაჯულება, სამართლის უზენაესობა და ადამიანის უფლებების პრიორიტეტული სტატუსი. საბოლოოდ ყოველივეს ჯილა დაადგა 1995 წლის კონსტიტუციამ, რომელმაც, გაბედულად შეიძლება ითქვას: ერთი მხრივ, წარმატებით შეძლო 1921 წლის კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპების შერჩევით შენარჩუნება; ხოლო, მეორე მხრივ, თანამედროვე სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული ნორმებისა და პრინციპების შემოღება.

თითქოს ყველაფერი ბუნებრივად და ნორმალურად მიმდინარეობდა. ახალი, თანამედროვე ყაიდის კონსტიტუციის მიღებამ ბიძგი მისცა მძლავრ ნაკადს საკანონმდებლო თაოსნობებისა. ამის კვალობაზე შეიქმნა სამართლებრივი რეფორმის სამთავრობო კომისია; მატერიალური და საპროცესო დარგობრივი კოდექსების შემუშავებელი სახელმწიფო კომისიები; ფართოდ გაიშალა საკანონმდებლო მუშაობა (დაახლოებით 500-მდე საკანონმდებლო აქტი იქნა მიღებული), თუმცა, სავალალოდ, მტკიცე და მკაფიო კონცეპტუალური საფუძველის გარეშე. ეს განსაკუთრებით საცნაური გახდა საპროცესო კოდექსებთან მიმართებაში, ერთიანი საკანონმდებლო სისტემის შიგნით, სადაც თავი იჩინა მნიშვნელოვანმა, ზოგჯერ გადაულახავმა წინააღმდეგობებმა.

მიუხედავად ამისა, ასე თუ ისე მთლიანობაში საქმე ფინიშს უახლოვდებოდა, მით უფრო, რომ უკვე გამოიკვეთა შესატყვისი ინსტიტუციური ბაზა (მაგ. იუსტიციის საბჭო და სხვა). ქართული მართლმსაჯულების რეფორმა,

მისაღმება

ცხადია, შორს იყო საბოლოო მიზნისგან, თუმცა გაცილებით უსწრებდა წინ საბჭოეთის სხვა ყოფილ ქვეყნებს. მართლმსაჯულების სისტემის წარმატება და საბოლოო გამარჯვება თითქოს შეუქცევადი უნდა გამხდარიყო,¹ მაგრამ მავანთა მსახვრალმა ჩანაფიქრმა ყოველივე თავდაყირა დააყენა. მოქალაქეთა კავშირის ე.წ „ახალგაზრდული ფრთის“ თავნებობამ იმძლავრა და სასამართლო რეფორმა სრულიად უკუღმართ კალაპოტში გადაისროლა. სახელდობრ, ძირითად, უფრო მეტიც - ერთადერთ მის მიმართულებად დასახა თანამდებობაზე მყოფი მოსამართლეების სამსახურიდან დადგენილ ვადაზე ადრე განდევნა და, სრულიად მოუმზადებლად, მოსამართლეთა ახალი კორპუსის არენაზე შემოყვანა, წინარე მოსამართლეთა საერთაშორისო სამართლით დაცულ უფლებათა დემონსტრაციული, უხეში დარღვევით; თანაც, საკმაოდ საეჭვო პროცედურების გამოყენებით. თანამდებობებზე განწესდა ასეულობით ახალი გამოუცდელი მოსამართლე, რომელთა დანიშნულება აშკარა პოლიტიკურ მიზანს ემსახურებოდა. ეს გახლდათ საიმედო ნიადაგის მომზადება სწრაფად მზარდი და უკვე საკმაოდ მომძლავრებული პოლიტიკური ჯგუფის გამარჯვებისათვის ნებისმიერ ბატალიებში, inter alia - მომდევნო საპარლამენტო და საპრეზიდენტო არჩევნებში.

მოსახდენი მოხდა. საბოლოო შედეგი იყო ე.წ „ვარდების რევოლუცია“ და რესპუბლიკაში ახალი მმართველობის დასაწყისი. მართალია, ახალმა სამოსამართლო სისტემამ ამ საქმეში თავისი კუთვნილი წვლილი შეიტანა, მაგრამ, ჯერ ერთი, ეს ხასიათდებოდა საკმაოდ ტლანქი მეთოდებით; მერე მეორე, საჭირო გახდა ახალ-ახალი, გაცილებით მრავალფეროვანი და რთული პოლიტიკური შეკვეთების შესრულება, რაც მოსამართლეთა ახლადმოვლენილმა კორპუსმა უკვე ვეღარ შეძლო ცოდნის უკმარისობის, პროფესიული გამოუცდელობის, მოქალაქეობრივი უმწიფრობისა და საერთო უსუსურობის გამო. საჭირო გახდა მათი „გამოხშირვა“ და კიდევ ერთხელ განახლება უფრო „უნარიანი“ ძალებით. ვინაიდან განახლებული მორიგი კამპანია „ნდობის პრინციპზე“ დამყარებული უაღრესად დახვეწილი პროცედურით განხორციელდა, ამიტომ მოსამართლეთა ახალი ჯგუფი უფრო მტკიცე გამოდგა; იმდენად „მდგრადი“, რომ ბევრმა მათგანმა დღემდე წარმატებით მოაღწია. ამასობაში ერთმანეთის მიყოლებით ორი არჩევნები განხორციელდა - ახალი ხელისუფლების მომტანი 2012 და 2016 წლის არჩევნები. უფრო მეტიც, იმდროინდელი ზოგიერთი მოსამართლე უვადოდ დამკვიდრდა სისტემაში.

მართალია, სასამართლო რეფორმა იმთავითვე დაანონსდა და მეტ-ნაკლები წარმატებით განხორციელდა კიდევაც, 3 დასრულებული და მე-4 ახლად წამოწყებული „ტალღის“ სახელწოდებით - და ეს უცხოეთის კომპეტენტური დაწესებულებების მიერ არის დოკუმენტალურად დადასტურებული, - მაგრამ შეუმჩნეველი არც ის დარჩენილა, რომ იგი „ჭახირ-ჭახირით“ მიმდინარეობდა, არც თუ სერიოზული არსებითი და მოსალოდნელი დანა-

1 იხ. ყურნალი „მართლმსაჯულების მაცნე“. 1998. N2-3. „სასამართლო რეფორმის გზაჯვარედინზე“. გვ. 2-3

მისაღმება

მინდია უგრეხელიძე

კარგების გარეშე. მათი წარმოშობის გამო თუნდაც იმიტომ არ შეიძლება პასუხი მოეთხოვოს მართლმსაჯულების რეფორმის უშუალო მესვეურებს, რომ უპირატესად ყოველივე ეს ნაკარნახევი და წარმართული იყო მანკიერი პოლიტიკური ნებით ან, უბრალოდ, დარგის მმართველობითი სისტემის უკულმართობით. თუნდაც იმის გახსენება რად ღირს, რომ პრინციპულად ითქვა უარი მრავლისაღმთქმელ საპროგრამო დაპირებაზე სამართლიანობის აღდგენისა და საამისოდ სათანადო მექანიზმების (ინსტიტუციური პროცედურების) შექმნა-ამოქმედების შესახებ. როგორც ჩანს, ამ ვითარებამ მნიშვნელოვნად განსაზღვრა მართლმსაჯულების რეფორმის შინაარსი, მიმართულება და ტემპები საქართველოში. ამიტომ, იგი წარუშლელ ლაქად შემორჩება ქართული სახელმწიფოებრივი მშენებლობის უახლეს ისტორიას.

ჩვენი დღევანდელი კონფერენციის მოხსენებათა სიმართლე, დამატებლობა და წარმატებაც თითქმის მთლიანად იმაზეა დამოკიდებული, თუ რაოდენ გაბედულად და სრულად იქნება გათვალისწინებული ზემოთ აღწერილი რეტროსპექტიული ქარგა, განსაკუთრებით-მრავალგზის „დაკემსილი“ კანონმდებლობის, უსაშველოდ გადაკეთებულ-გადმოკეთებული პროგრამებისა და უთავბოლო ფლუქტუაციების ნიადაგზე.

წარმატებას ვუსურვებ კონფერენციის მსვლელობას!

GREETING

ZIGZAGS OF THE JUDICIAL REFORM IN GEORGIA

(FOREWORD)

MIndia Ugrekhelidze

*Former Judge of the International Court of Human Rights,
Doctor of Law, Professor*

I extend warm greetings to everybody – speakers, foreign guests and especially inspiring persons and initiators of the conference. Wish you the best of luck; I have no doubts with this regard considering the successful presentation of the program and the flow of the procedure. Herewith, given that the conference is devoted to Topical issues of Justice, which primarily represents the current concern, I feel the need to have a very general outline of an early period of the reform, lack of which it might make difficult to perceive, estimate and further transform the present circumstances. This is equally related to beneficial and suitable, as well as, loss-making and hazardous salient factors.

A Little Bit of Retrospection

Transformation and further development of judicial system in Georgia had been put into effect in special conditions. The process started in 90s of the past century and was determined so that by the end of the Soviet political system Georgia was neither “an old democracy”, nor – “a new democracy”. We may call it a rudiment, founded on the European principles, yet “premature” (lasted for only several months) in the system modification process based on Marxist ideology (so called “dictatorship of the proletariat” conception), wearing a veil of the „Police state“, in which almost everything was maintained, except for the following two notions: “Soviet” and “Socialist”. This was first and foremost true with regard to the Constitution of Georgia, without amending of which any reformation would be senseless. However, how that should have been done? In case of keeping the old one, being absolutely inconsistent with the new political system, it would totally exclude Georgia from the list of the world’s democratic nations. On the contrary, having decided to establish a new one, a lot of resources, as well as, time would be required. Consequently, it was decided to restore the old and the “premature”, yet rather the progressive system. Nevertheless, after more than 70 years, modification and restoration of the system

GREETING

were accompanied by certain difficulties. Thus, the only hope should have been the principle of gradually moving forward. Before setting up a new Constitution of 1995, Georgia declared general principles of the Constitution of 1921 and in accordance with its provisions passed a special law “On State power”, which functioned as an interim basic law until adoption of the Constitution of 1995. With this regard, the most important Articles were Article 3, Article 8 and Article 32, being the most evident sign of restoration and acknowledgement of fundamental features of constitutional state, such as the independent judiciary, rule of law and priority of human rights and fundamental freedoms. Eventually, everything was finalized by the Constitution of 1995 and we can boldly say: on the one hand, the Constitution was capable to selectively preserve the basic principles of the Constitution of 1921; and on the other hand – to establish generally recognized norms and principles of the contemporary legal system.

It seemed that everything went in a natural and an ordinary way. Adoption of the new, modern type of Constitution led to establishment of the large number of legislative flows. Following this process there were created the State Commission of Legal Reforms, State Commissions for setting up substantive and procedural laws; legislative process launched effectively (up to 500 legislative acts were issued), even though they lacked strong and clear conceptual basis. This was particularly obvious concerning procedural codes within the same (single) system, where significant, sometimes even insuperable difficulties arose.

Nevertheless, the process was more or less coming to the end, especially, when an appropriate institutional scheme emerged (e.g. Council of Justice and others). Of course, judicial system in Georgia was still far away from the final goal, though it was rather progressive in comparison with the other former Soviet Republics. Success and final victory of the justice system seemed to become an irreversible process¹, however, evil intentions of some made everything upside down. Due to the leadership of the so called “young wing” of the Union of Citizens of Georgia, judicial reform was directed to the wrong course. Particularly, the primary, moreover, the only aim of the “young wing” was to remove judges from office and to introduce the new judicial corps amateurishly through expressively and gravely violating rights of the former judges, protected by the international law, furthermore, by means of uncertain procedures. Thus, hundreds of inexperienced judges were appointed, certainly for political purposes. It was a preparation of a very safe ground for the rapid growing and already strong political party to win in any battles, inter alia – in upcoming parliamentary and presidential elections.

Happened, that had to be happened. The final consequence was the so called “Rose Revolution” and the beginning of new governance. Although, the new judicial system contributed its share, but, first of all, it was characterized by slightly awkward methods; secondly, it was required to fulfill new, much more diverse and complicated political assignments that the inexperienced judicial corps was unable to perform

1 See Journal “Herald of Justice”. 1998. #2-3. “At the Edge of Judicial Reforms”. p. 2-3.

GREETING

due to the lack of knowledge, professional experience, civic immaturity and general unfeasibility. Therefore, judicial corps should have been “thinned out” and transformed by more “skilled” forces. Since the following renewed campaign developed through the pretty refined procedure, based on the “confidence principle”, the new judicial corps had turned out to be much more solid; so “firm”, that the number of them had successfully reached until today. Meanwhile, two elections were held one after the other – bringing the new government in 2012 and elections in 2016. Moreover, some of the judges were appointed as lifetime judges in the system.

Although, judicial reform had been announced initially and accomplished more or less successfully, with the name of three achieved and the fourth newly started “wave”, confirmed officially by the foreign competent bodies, it was also noticeable that the process went on with great difficulty, not without essential and expected losses. Responsibility should not be placed on the initiators of the reforms for these losses due to the fact that everything was administered and carried out by the poor political will, or merely by wrongness of the governing system of the field. It is worth recalling even the fact that the eloquent program promising on restoring justice, establishing and executing the proper instruments (institutional procedures) was denied as a matter of principle. It seems that the situation significantly determined the essence of the judicial reform in Georgia, its direction and rate. This is the reason that it will remain as an indelible mark in the most recent history of the Georgian state building process.

Truth, credibility and success of today’s conference speeches almost entirely depend upon the question, whether the aforementioned retrospective plot will be courageously and completely considered, especially on the basis of the altered programs and incoherent fluctuations of the continually “darned” legislation.

Best wishes for a successful conference!

PROCEDURAL RIGHTS IN ACCORDANCE WITH THE WESTERN VALUES

Irina Batiashvili

Master of Laws (with honors), Georgian-American University (GAU), Adviser of Head of Legal Department, LLC "Tbilisi Energy", Head Teacher of Law and International Relations Faculty, Georgian Technical University

Introduction

The important and organic part of the development of Western Civilization is deep understanding of the essence of a fair and impartial state. What does a fair impartial state mean, what are its fundamental principles built upon, what elements does it imply in itself? These issues have always been and continue to be of a serious reflection and analysis on the various stages of Western thought evolution. This problem is still deeply discussed by Plato and Aristotle. The organic unity of a fair state and a fair court are essential for the evolution of Western thinking and the architecture of today's modern democracies stands on this principle. That's why it is one of the most pressing and sensitive issues for present legal, political or philosophical understanding. It requires constant processing and clarification of new details. "In exercising their power, the people and the state are bound by universally recognized human rights and freedoms as directly applicable law. Law-making is the exclusive competence of the state. The legislator is obliged to establish mandatory rules of conduct, to safeguard human constitutional rights and to impose certain proportionate restrictions on the protection of other constitutional values" (Judgment of the Plenum of the Constitutional Court of Georgia (28. 12.2010)). In the judgment the Court suggested a very interesting position about interrelation of three elements:

Development of society, legislative amendments and political will. Legislative rules must reflect and respond to the public demands for the purposes of harmonization with the public needs. The great writer of the 19th century - Honore de Balzac, in the novel "Magic Skin," says: "Today the art of governance is giving power to public opinion". The legislator is obliged to bring the law in line with the modern challenges of a democratic society, as well as to provide the political will into law by the legislative mechanisms provided and to improve the legislation. Only by this way

კონფერენციის შრომები

it will be possible to reinforce the link between the law and the society. However, the important point here is that political will should not be associated with a radically different position of government from the public opinion. Political will, as reflected in legislative rules must derive from the public needs.

* * *

In Georgian judicial system we have had some problems with regard to enforcement of decisions of the European Court of Human Rights. Judgments of the European Court, in fact, serve not only for the purposes to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules set forth in the European Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties. Thus, the goal of the European Convention system is to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention States.¹ The right to execution of such decisions is an integral part of the “right to a court”² Otherwise, the provisions of Article 6 § 1 of the European convention would be deprived of all useful effect³. This is of even greater importance in the context of administrative proceedings. By lodging an application for judicial review with the State’s highest administrative court, the litigant seeks not only annulment of the impugned decisions, but also and above all - the removal of its effects. The effective protection of the litigant and the restoration of legality, therefore, presuppose an obligation on the administrative authorities’ to comply with the decisions.⁴ Correspondingly, while some delay in the execution of a judgment may be justified in particular circumstances, the delay shall not be such as to impair the litigant’s right to enforcement of the judgment. Execution and enforcement of decisions must be fully, and not partially, in accordance with the law standards. An unreasonably long delay in enforcement of a binding decision might breach the Convention. The reasonableness of such a delay is to be determined having regard in particular the complexity of the enforcement proceedings, the applicant’s own behavior and that of the competent authorities, as well as the amount and the nature of the court award⁵. For example, In case of *Hornsby v. Greece* the Court held that by refraining for more than five years from taking the necessary measures to comply

- 1 European Court of Human Rights, Guide on Article 6. Right to a Fair Trial. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides).
- 2 (*Hornsby v. Greece*, § 40; *Scordino v. Italy* (no. 1) [GC], § 196). European Court of Human Rights, Guide on Article 6. Right to a Fair Trial. 2013.
- 3 (*Burdov v. Russia*, §§ 34 and 37). European Court of Human Rights, Guide on Article 6. Right to a Fair Trial. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides)
- 4 (*Hornsby v. Greece*, § 41; *Kyrtatos v. Greece*, §§ 31-32). European Court of Human Rights, Guide on Article 6. Right to a Fair Trial. 2013.
- 5 (*Raylyan v. Russia*.) European Court of Human Rights, Guide on Article 6. Right to a Fair Trial. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides).

კონფერენციის შრომები

Irina Batiashvili

with a final, enforceable judicial decision, the national authorities had deprived the provisions of Article⁶ § 1 of the European Convention of all useful effect. In another case of the overall period of nine months taken by the authorities to enforce a judgment was found reasonable in view of the circumstances. According to the European Court of Human Rights Guide, the burden to ensure compliance with a decision against the State lies on with the State authorities. The Court’s practice illustrates that even late payment to the applicant can’t justify the failure of the national authorities. In case of *Apostol v. Georgia* The Court has also held that the authorities’ stance of holding the applicant responsible for the initiation of execution proceedings in respect of an enforceable decision in his favor, coupled with the disregard for his financial situation, constituted an excessive burden and restricted his right of access to a court to the extent of impairing the very essence of that right⁶.

Article 31, paragraph 1 of the Constitution of Georgia states: “Everyone has the right to apply to the court for the protection of his rights. The right to a timely and fair hearing is guaranteed.” On March 23, 2018, due to the Constitutional amendments, a second paragraph has been added to the mentioned Article. Thus, Article 31 of the Constitution of Georgia became closer to Article 6 of the European Convention. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms further deepens the principle of a fair trial and obligations of states: “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice”. We see clearly differences and similarities between the paragraphs of the European Convention and the Constitution of Georgia. The fundamental differences include that the Georgian Constitution does not incorporate requirement of an independent and an impartial trial and is limited to a record about a fair trial. Second guarantee of fairness and impartiality of a trial, in my opinion, is the publicity of decision making process. However, the European Convention includes limitations on a ground of legitimate aim in which case the press and people might be excluded from the trial. According to the case law of the European Court, intervention in the right can be justified if it: is provided by law, serves a legitimate purpose, is essential in a democratic society and proportional to the legitimate interest.

The Constitution of The United States, Amendment VI (Rights of Accused in criminal Prosecutions) states, that: “in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been

6 European Court of Human Rights, Guide on Article 6. Right to a Fair Trial. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides)

კონფერენციის შრომები

previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defense”.⁷ Amendment VI of the Constitution of the United States of America begins with the following sentence, when investigating all criminal cases, the accused enjoys the right to a speedy and public hearing in court. Before discussing this sentence, it is necessary to review protective mechanisms of the above-mentioned right. Prior to discussing the customary law of the principles and the further development, it is necessary to understand firmness of rules which arise from the customary law. A clear example can be the words of the great Roman philosopher, Seneca Chief: “Some unwritten laws are stronger than all written”.⁸ Incorporation of the protective mechanisms into the case law usually comes from the period of the Great Charter of Freedoms (Magna Carta, 1215 year)⁹. In 1642, Sir Edward Coke made an important decision with regard to the judges of England (United Kingdom). A key point of this finding was that English judges were required to ensure that detainees had a fair and speedy trial. Subsequently, the Habeas Corpus (Habeas Corpus Act - English Human Rights Bill), adopted in 1679, was required by the court to hold preliminary hearings before the detainee was granted bail. When Congress first prepared the Bill of Rights in America in 1689 without any discussion and disagreement, they unanimously agreed on the need for the right to a speedy hearing. In the 18th century, one of the most important procedural safeguards for the inviolability of personality in the United States law system, - the Habeas Corpus, namely the right to a speedy trial, often was linked to the right of a not excessive bail. However, with the development of the customary law, the view of the United States Supreme Court’s about the issues has changed and the right to a speedy trial has been formulated separately. Subsequently, the United States Court has developed its approach towards the mentioned Article, noting that the right to a speedy trial of the case is not only preventive during pretrial detention, but also represents an opportunity for the defendant to avoid a threat in case of postponement. The Court of United States cites an example: the death of a witness.

The right to a speedy trial arises immediately upon arrest or prosecution, not from the moment the investigation begins. It is logical, though extremely difficult¹⁰, for a court to invalidate a decision because the trial has been delayed. It is difficult to establish precise boundaries for timely or delayed court proceedings. This is a case where the words of two relative concepts must fall within a logically reasoned space, and without any ambiguity, the court could clearly determine whether the trial was timely or delayed. The Supreme Court of the United States of America (Supreme Court) has ruled that there are four cumulative elements required for courts to take

7 The Constitution of the United States, Article VI.

8 Афоризмы по иностранным источникам. Издательство “Прогресс”. Москва 1972.

9 The Heritage Guide to the Constitution. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 345 p.

10 The Heritage Guide to the Constitution. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 346 p.

კონფერენციის შრომაები

Irina Batiashvili

into account: 1) the defendant's position - substantiating and affirming constitutional right to a speedy trial; 2) duration of the court; 3) Reason that can be considered as an honorable reason for postponing the court; 4) deprivation of liberty prior to the trial caused damage to the accused (the same notion of pretrial detention). Additionally, significant is the damage suffered by the accused as a result of the court postponement.

The Supreme Court of the United States has taken a position on how courts should determine whether there is a violation of the right to a speedy hearing or not. It is clear that the court has a wide margin of appreciation in this matter if the defining elements for the measurement of violation are unclear. Therefore, the Court's view has is of a great importance in this particular case.

The difference between the Constitution of Georgia and the Constitution of United States is in wording and afterwards in the interpretation of the wording. On the one side there is a timely hearing – hearings within reasonable time, while, on the other side - speedy trial, reducing time and, thus, establishing higher standards of protection.

The next important part in the Amendment VI is the right of accused to a public hearing.¹¹ This right is deeply rooted in the Anglo-American system of law, traditions and values. Such connection is clearly expressed in Sir Edward Cook's view, in the 17th century in England, where he states that the court is almost defined by terms - open and public - "Trial's Almost Back Definition Open and Public". Judge Joseph Storey also noted in his work "Commentaries on the Constitution of the United States,"¹² that criminal trials should always be public. Statement of one of the greatest philosophers, Bacon, is kept in the world history: "Judges need to remember that their job is to interpret the law and not condone it."¹³ And if we take a closer look at the United States justice system, we can clearly see that the Supreme Court has interpreted the right to a public hearing, just like every other law (article) in the American Bill of Rights, precisely to restrict and restrain federal and state government. The Court has also formulated a new view that the above-mentioned firmly established and fundamental right is not absolute and may be restricted in certain cases. The right of a defendant to a public hearing in a criminal case, as well as the interest of the press in attending a hearing, is also a essential during the open hearing of a case. However, the Supreme Court of the United States has noted that in some cases, given the specific nature of the case, the defendant may waive the right to a public hearing and request that the trial be closed at some point. The court may temporarily exclude the press and public from the trial if the main criteria of criminal cases – dignity, order and Décor (etiquette) are extremely neglected. For example, a court may close part of a hearing in a sexual assault case to protect

11 The Heritage Guide to the Constitution. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 347 p.

12 The Heritage Guide to the Constitution. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 347 p.

13 Афоризмы по иностранным источникам. Издательство "Прогресс". Москва 1972. Ст. 392.

კონფერენციის შრომები

minors (under age 18) or to protect confidential, sensitive information, such as identification of witnesses.

As The United States Judge Hugo L. Black pointed out: “Public trial serves as a safeguard against any attempt to employ our courts as instrument of persecution.”¹⁴ Abovementioned facts give us lots of reason why it should be better to give a larger meaning and legitimacy to the record: “public trial” in Constitution of Georgia.

It is also interesting to expand the part of the VI Amendment, which states that the accused should be informed of the nature and motives of the prosecution¹⁵. Article 31 of the Constitution of Georgia has no such record, but as we know from interpretations and explanations of this Constitution there are general safeguards for the fairness of the process, more specifically the area of fair trial includes four separate rights that should be guaranteed cumulatively:

- A. The ability of a person to obtain information about the process and evidence that relates to it
- B. Ability to express an opinion on evidence and procedural rules
- C. The parties’ confrontational speeches must be heard before the court
- D. The parties must be served with a reasoned court decision.

The Amendment VI of the Constitution of The United States states, the accused shall enjoy the right to be informed of the nature and cause of the accusation”. No other constitutional principle of right to trial under the rules of procedural law is as clearly established as notification of a defendant’s specific allegation and certainly a chance for a person to hear at his / her own discretion the issues raised by the allegation. This constitutional right holds every defendant in all criminal cases in federal or state court. The right to seek a fair notice arose out of the customary law of earlier (Adrian) England. The above right of the defendant was perceived as part of the agreement reached at that time - well-accepted agreement. At the moment of adoption of the Constitution till today this principle is still a major issue (Ministerial Matter) in the routine of criminal proceedings. However, before the adoption of the Great Charter of Liberty - Magna Carta in 1164, King Henry II initiated a church reform that required church courts to identify and define accusation accurately before the defendant could be summoned. No person could be arrested by petition, advice or suggestion of a king or his council if there were no indictment or filing of “Bona Fide” and righteous persons from the same neighborhood where the act was committed, the process having to be based on customary law. However, after some time, the High Commission and the State Chamber resumed the practice of questioning citizens, without explaining the nature of the accusation. This misunderstanding of the English system of law in the 16th and 17th centuries led to the fact that in 1637 the Puritan Freeborn John Lilburne¹⁶ was questioned on an unspecified,

14 The Heritage Guide to the Constitution. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 347 p.

15 The Heritage Guide to the Constitution. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 352 p.

16 Frederick Pollock & Frederic William Maitland, The History of English Law (2^d ed. 1951).

კონფერენციის შრომაები

Irina Batiashvili

obscure charge by a secret Supreme Court, which considered less serious crimes without jury “Star Chamber”. Accused said that he had no desire even to answer the questions, since, in his opinion, the Chamber wanted to imprison him by questioning. In his view, the reasons why he was detained could not prove his guilt and by this interrogation they would seek other issues and facts and he declared that if they did not inform and examine him about the reasons related to the allegation, he would not answer anymore. From the foregoing, it is not surprising that the tradition of the American law that emerged from the English customary law system reflected the rule regarding the accuracy of the charges. The function of this constitutional requirement is to provide the defendant with an adequate notice of the nature of the charge so that he or she can prepare a defense. On the other hand, informing the court of the nature of the charge enables the court to see more clearly whether there are sufficient legal grounds. A good example of this is the case of *State v. 1876 Cruikshank*, where the Supreme Court has held that, an indictment fails to meet constitutional standard, if it is insufficiently specific and due to its ambiguous content, obstructs the accused to question freely specific citizens whose rights and privileges are protected by the Constitution.

In my opinion, if Georgian legislators will give more board definition and include in Article 31 the right of accused to be informed of the nature and cause of the accusation as it is given in United States Constitution, would be more complete and comprehensive. Citizens’ protection coefficient will certainly increase on the basis of the existence of this part at the stage of prosecution, also the obligation to specify and define the nature of the accusation will in itself limit the maneuverability of the authorities to go beyond the legal framework.

Besides, the important part of the Constitution of the United States is the right of the accused to require the confrontation with witnesses who testify against him in all criminal cases - the Confrontation Clause. The wording of the abovementioned section guarantees adherence to the essential and crucial element - adversarial principle at a trial. By this part of the US Constitution citizens are protected from the abuse of power by the authorities to testify against their own interests. In my view, the existence of this right is a double measure of the testimony’s accuracy and is considered to be precisely the right of the accused to confront witnesses and cross-examine their testimony against him/her¹⁷. The Amendment VI of the Constitution of the United States illustrates circumstances when a defendant should attend a trial, see and hear the testimony of prosecution witnesses in open court, which may lead to cross-examination of the witnesses. However, the basic starting point still leaves vague questions about the restriction and the scope of the right to confront. It is a matter of discussion whether prosecution witnesses’ testimonies are required to be given face-to-face (face-to-face confrontation) or testimony by modern technology, for example: a video can be considered equivalent, as well as, when does it allow the prosecution to use testimony based on hearsay. On the one

17 The Heritage Guide to the Constitution. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 354 p.

კონფრონტაციის შრომები

hand, it is obvious that the content of the “confrontation” - “Confrontation Clause” has always had a broader meaning. It includes not only the right of the accused to hear and see the witness, but also the legal right of the accused to cross-examine the witness in order to establish the credibility of the witness’s testimony. This part of the Amendment VI gives the accused an opportunity to attend a trial while the prosecution witnesses the question¹⁸. The above section guarantees an adequate opportunity (size) for effective cross-examination.¹⁹ There are two difficulties with regard to application of these basic principles:

- a) At the intersection of the Confrontation Clause and hearsay. Regarding this issue, in 2004 a court in the United States said that the use of hearsay as accusation by prosecution (testimony of witness based on what others have said) infringes the right of the Confrontation Clause until the defendant is allowed to cross-examine this applicant. As for the “non-testimonial-hearsay,” it is still unsettled (for example: irritating expressions, business records and statements for the purpose of a medical diagnosis)
- b) Moreover, important is the juvenile witness’s right not to be questioned face to face. In this case, the right of accused to see the witness and hear what he or she is saying, also the right to cross-examine may be a subject of the restriction. However, in this particular situation, where the minor is under certain circumstances and is physically unable to testify in front of the accused, interrogation may also be considered as grounds for limiting the aforementioned rights.

Article 31 of the Constitution of Georgia has not included the right of confrontation. We have met the Confrontation Clause in the Criminal Code of Georgia - in particular, Article 115 (general rule of confrontation) establishes the rights of an opponent to cross examine the witness in accordance with Article 245 (Cross-examination):

“1. A cross-examination shall be conducted by a party which has not called a witness to be examined.

2. During cross-examination it is permissible to ask questions indicating the answer.

3. In order to ask questions and to answer questions the chairman of session shall determine to a party (witness) a reasonable time”.

In my opinion, the abovementioned Article in the Criminal Code is not enough to legitimize such an important issue as the Confrontation Clause. Considering the fact that the Code complies with the Constitution of Georgia and universally recognized principles and standards of International Law, it would be better if the Confrontation Clause would fall within the scope of Article 31 of the Constitution of Georgia.

The last and most important issue under the Constitution of the United States is the Amendment VIII (Further Guarantees in Criminal Cases): “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments

18 Kentucky v. Stincer, 482 U.S. 15 (1987).

19 Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965).

კონფერენციის შრომაები

Irina Batiashvili

inflicted”. The Amendment limits the abuse of the power of judges in the judicial system of the US. Interpretation of an excessive bail in the American and English law systems is based on case law. This indicates that in the absence of this section, the constitutionally guaranteed human rights had been violated and that the principle of justice had been completely disregarded. The impartiality of the court in the absence of the above mentioned preconditions and barriers to avoid corruption had also been at risk. The US Supreme Court has held that the amount of bail will be considered excessive on the basis of Amendment VIII if it is calculated more than is reasonably necessary to secure the prosecution’s appearance. Amendment VIII of the Constitution of the United States is essentially preventative and appears as the best way to solve global problems in the judiciary. Therefore, if Georgian lawmakers will unify this issue in our fragile judicial system, where judicial practice is often associated with excessive bail and penalties, the degree of protection will be significantly increased.

In my opinion, refining our legislation by studying and understanding the Constitution of the United States will give us a more effective justice system. When we speak about the right to a fair trial there are obvious differences between the Constitution of Georgia and that of the United States. We find a much higher standard of protection for the rights of an accused in the US and European law. For example, the Constitution of the United States includes amendments about fast and the public hearing, Confrontation Clause, prohibition of excessive bail. Due to these crucial issues provided by the US Constitution amendments have specified scope of articles, reduced ambiguity and the case law of the Supreme Court has also been added for better interpretation of these rules. As mentioned in the introduction, the legislator has a constitutional obligation to bring society’s demands and political will into law through legislative mechanisms, thereby improving legislative rules and bringing it in line with Western values as well as with the case law practice, existed in democratic countries. One of the legislative mechanisms²⁰ for fulfilling the function indicated by the legislator is amendments to a constitution, through which the political will of the legislator is transformed and becomes statutory. As a result, amendments and additions to constitution have a transitional, connecting function. Transforming the Georgian legislative space by implementing significant and major issues of the Constitution of the United States is one of the best ways to update legislative system in Georgia. I would also like to point out that the United States as a “beacon of democracy” is fundamental illustration of Western values and Constitution of our country carries precisely these values. Therefore, when one of the main goals of the country is to reach the effectiveness of the legislation, compliance with challenges of modern society and the democratic values, as well as establishment among states that hold democratic values, amendment of the legislation is a fairly legitimate way of achieving it.

20 Judgment of the Plenum of the Constitutional Court of Georgia. December 28, 2010. Case Title: Citizen of Georgia Vladimir Vakhania v. Parliament of Georgia.

კონფერენციის შრომები

Conclusion

The foreign policy of Georgia is clearly defined as an indisputable direction towards the Euro-Atlantic world in the matter of strategic partnership and full integration. Of course, this does not exclude close cooperation and deepening of friendly relations with other important geopolitical subjects, especially our neighboring countries, or even normalization of relations. With this regard, the government of Georgia has gone through several important stages, one of them is European Union Association Agreement. Obviously, this foreign policy course requires us to make the most important transformations in various spheres of the state and in the light of the standards and norms upon which the architecture of European and American democracies is built. One of them is the reform of the judiciary, in particular the establishment of a truly independent and impartial judiciary. It can be said that this is probably the main test that our country must pass in order for the EU and NATO membership to become fully real in the future.

Georgia has been given difficult legacy, because of situation in the justice system. During the period of President Eduard Shevardnadze, the judicial system was at first weak, fragile and politically pressured. Later it has become more independent and qualified, however has still been imbued with large-scale corruption. After the so called Rose Revolution, on the one hand, there was a specific transformation of the judiciary: better salaries, better buildings, but on the other hand, it came under unprecedented political pressure. The court has in fact turned into a blind performance of the will of the repressive regime created by the political elite. In most cases, judges directly following orders from the prosecutor's office, political elite, or the president himself. This has completely discredited the Georgian judicial system as in the eyes of the people, as well as by view of international society. At that time judicial system had been responsible for the hundreds of political prisoners, political and conscience prisoner as was my father Irakli Batiashvili. In the citizens' perception, the "judge" was a symbol of injustice, crime and discrimination.

As a result of the political changes following to elections in October 1, 2012, the process of freeing the court from the political pressure has began slowly but still has started. Doubtless, today the judge is much more independent. As Guide on Article 6²¹ defines judicial independence, individual judges shall be free from undue influence outside the judiciary, and from within. Internal judicial independence requires that they shall be free from directives or pressures from fellow judges or those who have administrative responsibilities in the court, such as the president of the court or the president of a division in the court. The absence of the sufficient safeguards securing the independence of judges within the judiciary and, in particular, vis-à-vis their judicial superiors, may lead the Court to conclude that an applicant's doubts as to the independence and impartiality of a court can be said to have been objectively justified (Case: Parlov-Tkalčić v. Croatia). Our standards of justice is in the process

21 European Court of Human Rights, Guide on Article 6. Right to a Fair Trial. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides)

კონფერენციის შრომები

of developing to become a truly fair democratic system, which will be our visit card to fully integrate in that world. We need a fundamental and systematic reform of the judiciary, not cosmetic, not superficial and not fragmented. The unified strategy, program and plan for this reform need to be developed. It should be attended by representatives of all branches of government, civil society and qualified specialists. This reform should be planned and carried out through the close cooperation with the specialists and consultants of those countries which have very high standards of fair trial. Implementation of this reform process should be continuous and systematic rather than periodic. As a result, we must get such a solid “building” of an independent, impartial court that will be established once and forever in Georgia and become a guarantor of a fair state.

NOTES:

1. EUROPIAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GUIDE ON ARTICLE 6. RIGHT TO A FAIR TRIAL. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides) (In English)
2. (Hornsby v. Greece, § 40; Scordino v. Italy (no. 1) [GC], § 196). EUROPIAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GUIDE ON ARTICLE 6. RIGHT TO A FAIR TRIAL. 2013. (In English)
3. (Burdov v. Russia, §§ 34 and 37). EUROPIAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GUIDE ON ARTICLE 6. RIGHT TO A FAIR TRIAL. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides) (In English)
4. (Hornsby v. Greece, § 41; Kyrtatos v. Greece, §§ 31-32). EUROPIAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GUIDE ON ARTICLE 6. RIGHT TO A FAIR TRIAL. 2013. (In English)
5. (Raylyan v. Russia,) EUROPIAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GUIDE ON ARTICLE 6. RIGHT TO A FAIR TRIAL. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides). (In English)
6. EUROPIAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GUIDE ON ARTICLE 6. RIGHT TO A FAIR TRIAL. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-case-law guides) (In English)
7. The Constitution of The United States Article VI (In English)
8. Афоризмы по иностранным источникам. Издательство “Прогресс”. Москва 1972. (In Russian)
9. THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 345 p. (In English)
10. THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 346 p. (In English)
11. THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION. Edwin Meese III Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc. 347 p. (In English)

კონფერენციის შრომები

12. THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION. Edwin Meese III
Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc.
347 p. (In English)
13. Афоризмы по иностранным источникам. Издательство “Прогресс”.
Москва 1972. Ст. 392. (In Russian)
14. THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION. Edwin Meese III
Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc.
347 p. (In English)
15. THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION. Edwin Meese III
Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc.
352 p. (In English)
16. Frederick Pollock & Frederic William Maitland, The History of English
Law (2^d ed. 1951). (In English)
17. THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION. Edwin Meese III
Chairman of the Editorial Advisory Board. Regnery Publishing, Inc.
354 p. (In English)
18. Kentucky v. Stincer, 482 U.S. 15 (1987). (In English)
19. Pointer v. Texas, 380 U.S. 400 (1965). (In English)
20. Judgment of the Plenum of the Constitutional Court of Georgia.
December 28, 2010. Case Title: Citizen of Georgia Vladimir Vakhania
v. Parliament of Georgia. (In Georgian)
21. EUROPIAN COURT OF HUMAN RIGHTS, GUIDE ON ARTICLE 6.
RIGHT TO A FAIR TRIAL. 2013. www.echr.coe.int (case-law analysis-
case-law guides). (In English)

კონფერენციის შრომაები

Papuna Guruli

THE LAW ON SEXUAL HARASSMENT – DISREGARDING FUNDAMENTAL PRINCIPLES

Papuna Guruli

*Attorney at Law, General Specialization
LL.D. Candidate, Caucasus International University*

KEY WORDS: Principles, Nullum crimen sine lege, Presumption of innocence, Introduction

The issue of sexual harassment has recently become topical among Georgian society. A whole new article to the Administrative Offences Code (AOC) of Georgia has been initiated and adopted (Article 166¹) by Parliament this year. The whole process was constantly accompanied by pompous slogans about protection of human rights. However, in case of critical rethinking of this legislative innovation one's attention might be attracted by certain weirdness of the elements of this offence: "unwanted behavior of sexual nature committed against a person in public places that aims or/and causes violation of his/her dignity and creates frightening, hostile, humiliating, degrading or insulting conditions for him/her." A doubt might arise in terms of whether the above mentioned regulation fully follows the fundamental principles of law namely: nullum crimen sine lege and presumption of innocence.

This report is a humble attempt to present an academic opinion upon this uneasy matter. Namely the intention is to analyse the elements of article 166¹ AOC of Georgia through the prism of the above mentioned principles and find out whether is there full compliance between them or not.

Level of Social Danger

First of all, it should be emphasized that in general offences against sexual freedom are subject of criminal law rather than administrative law. So scientific thought on this matter is mostly developed by legal scholars of criminal law. Thus though the exact subject of this report is an article of AOC of Georgia, certain notions, ideas, opinions etc. are borrowed from criminal law.

Before addressing the main question, it is worthy to answer a more basic one – is there a real need to legally regulate sexual harassment in the first place? Leg-

კონფერენციის შრომები

islative approach to that kind of question should be in the first place based on the level of social danger of the act.¹ Legislators should consider the level social danger and come up with proportional solution. Unfortunately, there is no precise method of calculating the exact level of social danger. Nevertheless, it is absolutely necessary to at least consider the factors that make the act socially dangerous. Number one of these factors is of course the object of infringement – the specific value that is infringed by the offence. In case of sexual harassment, the object of infringement is sexual freedom of the victim. That literally means one's right to freely choose a person who he/she wants to be sexually intimate with.² Sexual freedom is by all means a very important, very personal and intimate value that is easy to damage and hard to restore. Plus, infringement of sexual freedom might have some unforeseeable results including: mental issues, problems within family relationships, etc.

Plus, there are other factors that should be taken in account as well. One of the most important of them is the specifics of prevention. In general sexual offences are by no means easy to detect, investigate, gather evidence and prosecute.³ On the one hand sexual harassment is least problematic among other sexual offences (e.g. rape or enforcement of sexual behavior) in terms of the damage to the victim. While on the other hand proving the fact of Sexual harassment is the most difficult. After sexual harassment usually little to no evident trace is left which a version of the incident could be based on. Plus there are so many false reports as well.⁴ Thus sexual harassment generates a very difficult task for the state in terms of both special and general prevention⁵. This factor undoubtedly increases the level of social danger.

To sum up sexual harassment bears significant level of social danger. This could be a good base argument for the necessity of its legal regulation.

Although the problematics of sexual harassment includes not only significant level of social danger, but the variable nature of this act as well. Possible cases of sexual harassment may include a significant variety of acts. It is a very hard task for the legislator to come up with elements of this offence that on the one hand include all possible cases and on the other hand do not violate fundamental principles.

Therefore, legal regulation of Sexual harassment requires a very neat, cautious and consistent approach which Georgian legislators might have failed to apply.

- 1 Tsereteli T., 2007. Problems of Criminal Law. I Vol. "Meridiani" publishing house, Tbilisi. p. 30-31.
- 2 Lekveishvili M., Mamulashvili G., Todua N., Gvenetadze N., 2019. Special Part of Criminal Law (Book one). 7th Edition. "Meridiani" publishing house, Tbilisi. p. 229.
- 3 Ishchenko E.P., Toropkov A. A., 2010. Forensics. Textbook. Second Edition, Revised, Supplemented. "Infra-M" publishing house, Moscow, p. 542-553.
- 4 Lonsway K., Archambault J., Lisak D., 2009. False Reports: Moving Beyond the Issue to Successfully Investigate and Prosecute Non-Stranger Sexual Assault. The National Center for the Prosecution of Violence Against Women.
- 5 Roxin, Arzt, Tiedemann, (2013). Introduction to Criminal Law and Criminal Procedure Law. 6th, New Edited Edition. C.F. Müller. p. 5-6.

კონფერენციის შრომები

Papuna Guruli

THROUGH THE PRISM OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES

Methodological Basis

Principles of *nullum crimen sine lege* and presumption of innocence of course belong to criminal law and criminal procedural law rather than administrative law in the first place. Adepts of certain schools might really stress on this. The thing is that this differentiation is purely formal. Boundary between administrative offences and less serious criminal offences⁶ is so blurry, that same act might easily constitute an administrative offence in one country and less serious criminal offence in the neighbor country across the border.⁷ This mostly happens because they are really close to each other in terms of the level of social danger. So, answering the question whether the principles should be applied to the specific issue one should look deeper than formal differentiation. Since principles are general ideas for guidance⁸ they should be applied to the matter if they are applicable in terms of subject, problematics or methodology. The very same approach is established by European Court of Human rights “The Convention is not opposed to the Contracting States creating or maintaining a distinction between criminal law and disciplinary law and drawing the dividing line, but it does not follow that the classification thus made is decisive for the purposes of the Convention.”⁹ Thus it is definitely acceptable to check article 166¹ through the prism of principles *nullum crimen sine lege* and presumption of innocence.

Nullum crimen sine lege

The principle of *nullum crimen sine lege* states that the elements of the offence should be as precise as possible to ensure the freedom of individual and prevent voluntarism abuse of state power.¹⁰ It most strongly states that criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy.¹¹ This principle has largely been acknowledged not only by legal scholars, but established under the Constitution of Georgia (article 31, paragraph 9) and by European court of human rights in the scope of article 7 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Not only the act must have been criminalized under national or international law by the time when it was committed, but the law must be clear, precise and easy to comprehend so the individual could foresee the

6 “An intentional crime or a crime of negligence for the commission of which the maximum sentence provided for under this Code does not exceed 5 years of imprisonment shall constitute a less serious crime” – Article 12 paragraph 2 Criminal Code of Georgia.
 7 Tsereteli T., 2007. The work cited, p. 23.
 8 Team of authors. Editors: Nachkebia g., Todua N., Criminal Law. 2018. General Part. III vol. “Meridiani” publishing house, Tbilisi. p. 51.
 9 ECHR: Campbell and Fell v. UK, (Application no. 7819/77; 7878/77) 28 June 1984, §68.
 10 Gamkrelidze O., 2013. Problems of Criminal Law. “Meridiani” publishing house, Tbilisi. p. 36-37.
 11 Team of authors. Editors: Nachkebia g., Todua N., the work cited, p. 53-54.

კონვენციის შრომები

legal consequences of his/her act: “the Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused’s disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him liable.”¹² Furthermore the court made even deeper analysis of the issue: “the Court recalls that the scope of the notion of foreseeability depends to a considerable degree on the content of the text in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed (see the *Groppera Radio AG and Others v. Switzerland* judgment of 28 March 1990, Series A no. 173, p. 26, para. 68). A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see, among other authorities, the *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom* judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, p. 71, para. 37).” This approach is absolutely necessary for protecting individual’s rights and security and enhancing the rule of law.¹³

In case of article 166¹ the legislators don’t really seem to pay attention to it. It is hard to comprehend the exact and precise meaning of most of the elements of Sexual harassment namely: “behavior of sexual nature;” “unwanted;” “frightening;” “Hostile;” “Humiliating;” “Degrading;” “insulting;” All these elements are based on value judgement. Do the legislators themselves have a clear idea before creating such elements of offence? They don’t seem to. Can legal advisors bring clarity by interpretation of those words? Maybe. But there is no reason to be sure about it.

One cannot be sure even whether he/she should use objective or subjective test. This is important because subjective comprehension of these words by a victim or perpetrator might drastically differ from what is commonly accepted by the public.

If the court applies objective test – it will eventually have to tell the victim something like: “Well... Such behavior it is commonly accepted as normal, so we don’t really care that you feel sexually harassed.” That will contradict the very purpose of the law.

If the court applies subjective test – it will eventually have to tell the perpetrator something like: “Well... This person felt himself/herself sexually harassed so we don’t really care whether you could foresee such reaction/result or not.” That will contradict *nullum crimen sine lege* principle.

12 ECHR: CASE OF KOKKINAKIS v. GREECE (Application no. 14307/88) 25 May 1993 §52.

13 Rychlewska A., (2016). The *Nullum Crimen Sine Lege* Principle in the European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantees. XXXVI Polish Yearbook of International Law. p. 186.

კონფერენციის შრომაები

The very same act easily might be completely normal for some people while completely unacceptable for others. The matter becomes even worse if cultural, ethnic and religious norms are brought in. For example – a cheek kiss (French – la bise) is usually considered completely normal and non-sexual in France while really unacceptable in United States. On the other hand, a hug is mostly acceptable in United States while really unwelcomed in France.

The worst of the elements in terms of value judgement is the word “unwanted”. How can one understand that his/her act is unwanted? Should one ask permission before committing every single action? That’s not realistic. Normally one would understand that his/her behavior is unwanted after being told or by relevant action. So what if one person takes an action towards another, the other person says like: “No, stop it!” and the first one stops. Guess what? According to article 166¹ AOC it is a sexual harassment anyway.

To sum up article 166¹ Administrative Offences Code of Georgia holds a significant danger in terms of violation of nullum crimen sine lege principle that is a fundamental principle recognized by legal science, Georgian positive law and international human rights case law.

Presumption of innocence

Presumption of innocence has a long and history¹⁴ is largely recognized by legal science,¹⁵ established under Constitution of Georgia (article 31 paragraphs: 5,6,7;) and acknowledged by European court of human rights in the scope of article 6.2. of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It states that „A person shall be presumed innocent until proved guilty, in accordance with the procedures established by law and the court’s judgment of conviction that has entered into legal force.“ The court’s “judgment of conviction shall be based on incontrovertible evidence.” And of course the evidence is the key factor in this regard. To prevent arbitrary judgement and therefore guarantee the fair trial legal scholars have created several basic rules about the standards of evidence. One of the most prominent of them is that – no evidence should have a predetermined force.¹⁶ For example, one can’t say that:

- testimony of two witnesses will be enough to find a person guilty of theft
- or testimony of two witnesses plus material evidence (the stolen object) will be enough to find a person guilty of theft

14 Pennington K., 2003. Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim, 63 JURIST: STUD. CHURCH L. & MINISTRY 106.

15 De Jong F., Leonie Van Lent L., 2016. The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle. Utrecht Law Review, Volume 12, Issue 1 (January).

Laliashvili T., 2015. Criminal Procedure of Georgia. General Part. “World of Lawyers” publishing house, Tbilisi. p. 110-112.

Team of authors, main editor: Giorgadze G., 2105. Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia. American Bar Association, Tbilisi. p. 49-59.

16 Ibid, p. 112-117.

კონფერენციის შრომები

- or even testimony of two witnesses plus material evidence (the stolen object) plus person's fingerprints on the stolen object will be enough to find a person guilty of theft.

This approach is absolutely necessary to guarantee the presumption of innocence since the right approach to examination of evidence ensures that a person will be convicted only if there is enough evidence to prove him/her guilty beyond reasonable doubt. Compliance of the evidence with the “beyond reasonable doubt” standard should be verified by the judge considering every specific case. If any evidence does have a predetermined force that might make the judge predisposed. Thus an individual might be easily convicted simply because of the presence of that particular evidence even if it is not enough for “beyond reasonable doubt” standard in terms of that specific case.

While in case of sexual harassment the legislators don't seem to care about that principle. Almost all of the elements of this offence are formulated in such manner that the only evidence which may prove their presence or absence is the testimony of the alleged victim. Those are again: “behavior of sexual nature,” “unwanted,” “frightening,” “Hostile,” “Humiliating,” “Degrading,” “insulting.” All these elements as said before are based on value judgement. Thus it might depend upon the alleged victim's testimony alone whether a person will be found guilty or not. So, this evidence has a predetermined force in this regard.

To sum up article 166¹ Administrative Offences Code of Georgia holds a significant danger in terms of violation of principle of presumption of innocence that is a fundamental principle recognized by legal science, Georgian positive law and international human rights case law.

Additional Parallel

All said above seems to be dangerously similar to Criminal Code of the Soviet Russia that was used for bloody repressions committed by Joseph Stalin and his companions in 1930s. Namely article 58 part 1 stated: “The actions will be considered counter-revolutionary as well while not having the above mentioned purposes (that is to wreck Soviet government – P.G.), nevertheless contains an attempted infringement on the main political and economic achievements of the proletarian revolution.” The very same thing seems to have happened during 1930s. The wording “political and economic achievements” was unclear and imprecise thus average individual was unable to foresee which specific act might have constituted this criminal offence. Therefore, the very fact of “attempted infringement” could be proved by no other evidence apart from the assertion of the government itself. That criminal code with those approaches was the one relying on which Soviet government shot and imprisoned thousands of people. Can modern state and society be better?

კონფერენციის შრომები

Conclusion

To sum up, a contradiction between the article 166¹ Administrative Offences Code (AOC) of Georgia and the fundamental principles of law namely *nullum crimen sine lege* and presumption of innocence is rather apparent. Legislators should consistently and courteously rethink the elements of this offence through the prism of above mentioned principles. Considering the very nature of sexual harassment, it is obvious that the Value judgement cannot be completely excluded but should be reduced as much as possible to at least prevent violation of fundamental principles and enhance the rule of law.

NOTES:

1. Tsereteli T., 2007. Problems of Criminal Law. I Vol. "Meridiani" publishing house, Tbilisi. p. 30-31. (In Georgian)
2. Lekveishvili M., Mamulashvili G., Todua N., Gvenetadze N., 2019. Special Part of Criminal Law (Book one). 7th Edition. "Meridiani" publishing house, Tbilisi. p.229. (In Georgian)
3. Ishchenko E.P., Toropkov A. A., 2010. Forensics. Textbook. Second Edition, Revised, Supplemented. "Infra-M" publishing house, Moscow, p.542-553. (In Russian)
4. Lonsway K., Archambault J., Lisak D., 2009. False Reports: Moving Beyond the Issue to Successfully Investigate and Prosecute Non-Stranger Sexual Assault. The National Center for the Prosecution of Violence Against Women. (In English)
5. Roxin, Arzt, Tiedemann, (2013). Introduction to Criminal Law and Criminal Procedure Law. 6th, New Edited Edition. C.F. Müller. p. 5-6. (In German)
6. "An intentional crime or a crime of negligence for the commission of which the maximum sentence provided for under this Code does not exceed 5 years of imprisonment shall constitute a less serious crime" – Article 12 paragraph 2 Criminal Code of Georgia. (In Georgian)
7. Tsereteli T., 2007. the work cited, p. 23. (In Georgian)
8. Team of authors. Editors: Nachkebia g., Todua N., Criminal Law. 2018. General Part. III vol. "Meridiani" publishing house, Tbilisi. p. 51. (In Georgian)
9. ECHR: Campbell and Fell v. UK, (Application no. 7819/77; 7878/77) 28 June 1984, §68. (In English)
10. Gamkrelidze O., 2013. Problems of Criminal Law. "Meridiani" publishing house, Tbilisi. p. 36-37. (In Georgian)
11. Team of authors. Editors: Nachkebia g., Todua N., the work cited, p. 53-54. (In Georgian)
12. ECHR: CASE OF KOKKINAKIS v. GREECE (Application no. 14307/88) 25 May 1993 §52. (In English)
13. Rychlewska A., (2016). The Nullum Crimen Sine Lege Principle in the

კონვენციის შრომები

- European Convention of Human Rights: The Actual Scope of Guarantees. XXXVI Polish Yearbook of International Law. p. 186. (In English)
14. Pennington K., 2003. Innocent Until Proven Guilty: The Origins of a Legal Maxim, 63 JURIST: STUD. CHURCH L. & MINISTRY. p. 106. (In English)
 15. De Jong F., Leonie Van Lent L., 2016. The Presumption of Innocence as a Counterfactual Principle. Utrecht Law Review, Volume 12, Issue 1 (January). (In English)
 16. Laliashvili T., 2015. Criminal Procedure of Georgia. General Part. "World of Lawyers" publishing house, Tbilisi. p. 110-112. (In Georgian)
 17. Team of authors, main editor: Giorgadze G., 2105. Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia. American Bar Association, Tbilisi. p. 49-59. (In Georgian)
 18. Ibid, p. 112-117. (In Georgian)

PRACTICAL RECOMMENDATIONS FOR EFFECTIVE JUSTICE IN GEORGIA

Tatia Dolidze

Associated (Affiliate) Professor of European University

KEY WORDS: Court, Manage, Judge

Every lawyer knows that sources of law are:

- Legal norms
- Customs
- Decisions of courts.¹

One of the most important sources of law is case law. Legal norms are like Ariadne's thread for judges and they should come to the fair decisions in every problematic situation by this thread. The court is a body through which legal norms become alive and that's why, court decisions are important in every legal system. Effective and uniform case law is the main and compulsory element of every democratic country.

From year to year, Georgian court system has been changing systematically. Despite the fact, Georgian society has no faith towards our court system. According to various researches, the trust of the society towards the court system a little bit increased in 2012 year (that is quite natural because it was the time of changing government in Georgia), however, nowadays it is still low and this indicator is decreasing from time to time. For example, according to surveys, half of Georgian citizens have totally negative attitude towards the courts of Georgia Georgian.²

More interesting is the survey of business associations and companies. Half of private companies (businessmen's) are trying not to appeal their cases at court, because they have no hope for fair decisions and prefer to solve disputes on their own. They also are mentioning that solving problems by court needs a lot of time, energy and costs. That's why, while solving various legal problems they use their friendship and other unformal instruments.³ This trend is very dangerous for Georgia, because solving cases by informal instruments means solving them with criminal authorities and other illegal instruments.

1 Khubua G., 2017, Law Theory, Meridiani, Tbilisi p. 130-132.

2 Gyla, Justice in Georgia, Tbilisi, p. 5-10.

3 Gyla, Justice in Georgia, Tbilisi, p. 5-10.

კონფერენციის შრომები

In addition, justice system in Georgia has other, more fundamental problems. The main problem is a lack of effective justice. Nowadays, every court litigation takes too much time that harms private interests. For example, like in medicine, in some cases doctor may make a correct prescription but if patient is taking medicine too late, the result will be harmful. Currently, new investments are made in Georgia, new companies are founded so it is very important to have effective justice, otherwise, the interest of private sector will be in a danger. Main aim of law is to make our life easier and avoid damage, deal with problematic situations.

Unfortunately, the reality is often disappointing, court is overloaded with various cases and every litigation lasts too long. For example, in my practice, on one of the cases, appeal claim was updated in the court in May, but the litigation has not started till now. Moreover, the case has been transferred to a certain judge and because of some procedural reasons, judge has been changed twice. So, we are not waiting for an essential hearing of this case in 2019.⁴

Another big problem is the cases of microfinance institutions and banks. This is another reason why court is overloaded⁵. Another gap is the regulation of Tax Code of Georgia – for debts that have not payed company should claim in a court in order to avoid taxation.⁶

The management system of the court also needs improving. Justice is a service offered by government, like healthcare, education etc. We all are paying taxes and fees for this service. Thus, as any other service, it should be managed properly. Nowadays, our courts are closed and not available for ordinary people. First of all, we should identify what are the main problems of the court management. Then, of course, it needs improving. For example, call center is also overloaded and is not answering to our calls. In case of an answer, the operator is unable give full information and is addressing the author of the call to the assistant of the judge. Mainly the assistant is not answering calls and receiving information about concrete cases often is impossible. In my practice last month, I was unable to receive information from court because of the vacations of the assistant and the judge.⁷

One more problem is qualification of judges. This year we all were watching the process of electing supreme court judges. In some cases we all were disappointed for the answers of judges on a very simple question. For us it should be a sing that Georgian legal education needs fundamental changes, because we think that improving system of justice should start with reforming legal education. Justice system should cooperate with Georgian universities. Nowadays most universities have special memorandums with courts but these memorandums are just formality. It is necessary to build internship program at the court for law students. The program should be oriented on giving practical skills and more attention should be payed to student's interests. Nowadays Internship in court is just formality and students are not involved in real litigations. Moreover, it is not necessary to hire a large number

4 Case N330210018002773513.

5 Nanuashvili N. 2010 traffic jam of Georgian justice, Forbes Georgia p. 1.

6 Tax code of Georgia, www.matsne.gov.ge

7 Case N330210018202783613.

კონფერენციის შრომაები

of students for internship, more important is the quality of the process and results.

To sum up, in order to reform justice system in Georgia, the following steps should be taken:

1. Building up special instruments that will prevent delaying process of litigation. For example, in case of delays judges should make a special report to the Council of Justice
2. More attention should be paid to arbitration and other alternative instruments for solving cases
3. Whole new forces should be addressed for cleaning up courts from the cases that are delayed, otherwise, any reform will be ineffective
4. The regulation of the Tax Code (mentioned on 2nd p. of this article) must be changed
5. Law programs should include more legal courses on legal theory and practical skills
6. Court system should be managed by professional managers, also it is important to make a full assessment of main problems in the court management
7. Court fee on specific business cases should be increased
8. Internship process needs to be reformed. New internship program should be built for law students. The program should be based on the following principles:
 - defining specific aims of internship at court
 - defining terms
 - defining outcomes
 - making special instruments for checking hot internship works
 - internship should be considered as a professional experience.

NOTES:

1. Khubua G., 2017. Law Theory, Meridiani, Tbilisi, p.130-132. (In Georgian)
2. GYLA, 2010, Justice in Georgia, Tbilisi p.5-10. (In Georgian)
3. GYLA, 2010, Justice in Georgia, Tbilisi p.5-10 (In Georgian)
4. Case N330210018002773513. (In Georgian)
5. Nanuashvili N. 2010 traffic jam of Georgian justice, Forbes Georgia p.1. (In Georgian)
6. Tax code of Georgia www.matsne.gov.ge (In Georgian)
7. Case N330210018202783613. (In Georgian)

BIBLIOGRAPHY:

1. Khubua G., 2017, Law Theory, Meridiani, Tbilisi. (In Georgian)
2. Young lawyers association, 2010, Justice in Georgia, Tbilisi. (In Georgian)
3. Nanuashvili N., 2017. Traffic Jam of Georgian justice, Forbes Georgia. (In Georgian)
4. Tax code of Georgia, www.matsne.gov.ge (In Georgian)

კონფერენციის შრომები

სასამართლო და არასასამართლო მედიაციის ურთიერთმიმართება, სასამართლო მედიაციის ფორმების გამიჯვნის აუცილებლობა საქართველოში და მოსამართლის უფლებამოსილება თითოეულის წარმართვისას

ანა გურიელი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის აფილირებული ასისტენტი, დოქტორანტი, ადვოკატი, მედიატორი

საკვანძო სიტყვები: დავა, ალტერნატივა, გადაწყვეტა

შესავალი

ალბერტ აინშტაინი მიუთითებდა: „ინტელექტის გამოვლინების ნამდვილ ნიშანს წარმოადგენს წარმოსახვის უნარი და არა ცოდნა“ (იხ. 1929 წლის 26 ოქტომბრის ინტერვიუ). ერთ-ერთი კრიტერიუმი, რითაც შესაძლებელია შეფასდეს წარმოსახვის უნარის არსებობა, არის დავის გადაწყვეტის გზების მოძიების შესაძლებლობა. სამართლის თანამედროვე განვითარების ტენდენციებისა და მზარდი უნიფიკაციის პირობებში, მხარეებს აქვთ შესაძლებლობა, დავის გადაწყვეტისას შეარჩიონ სასამართლო სამართალწარმოება, არბიტრაჟი, მედიაცია, მოლაპარაკება, ექსპერტის შეფასების საფუძველზე გადაწყვეტილების მიღება ან სხვა.¹

მედიაცია მოლაპარაკების მცდელობაა, სადაც ნეიტრალური პირი - მედიატორი დაპირისპირებულ მხარეებს ან/და მათ წარმომადგენლებს ეხმარება კონფლიქტის ურთიერთსასარგებლო შეთანხმებით დასრულებაში. მედიაციის ერთ-ერთი მიზანი სოციალურია და წარმოადგენს უპირატესად ადამიანური ურთიერთობების შენარჩუნებას.² მედიაციაში მთავარი არის

1 Benzidi S., 2017. Med-Arb: How to Mitigate the Risk of Setting aside or Refusal of Recognition and Enforcement of a Med-Arb Award, American Journal of Mediation, p. 2.

2 ცერცვაძე გ., 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბილისი, გვ. 11.

კონფერენციის შრომები

კონკრეტულ ინტერესებზე აქცენტირება და მხარეების კონცენტრაცია აღნიშნული მიმართულებით (Harvard Concept).³

საქართველოში მედიაციის ინსტიტუტი მხარდაჭერილია სახელმწიფო პოლიტიკით, რაც გამოიხატა მისი მარეგულირებელი ნორმების საკანონმდებლო დონეზე განმტკიცებით. თუმცა, მიმდინარე პერიოდამდე, საკანონმდებლო რეგულირების მიღმა დარჩენილი მედიაციასთან დაკავშირებული რიგი მატერიალური, პროცესუალური თუ ეთიკური საკითხები; მათ შორის, ურთიერთმიმართება მედიაციის ორ ფორმას - სასამართლო მედიაციას (რომელსაც სავალდებულო მედიაციის სახელწოდებითაც მოიხსენიებენ) და სასამართლოს გარე/კერძო მედიაციას შორის (რომელსაც ნებაყოფლობით მედიაციასაც უწოდებენ); თავის მხრივ, სასამართლო მედიაციის ფორმები, რაც მოიაზრებს სასამართლოსთან არსებული (Court-annexed mediation) და სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის (Judicial mediation) წარმოების შესაძლებლობას; მოსამართლის როლი და მისი აქტივობის ფარგლები სასამართლო მედიაციის თითოეული მითითებული ფორმის განხორციელებისას, რომლის მართებული და საერთაშორისო განვითარების ტენდენციებთან ჰარმონიზირებული რეგულირება მნიშვნელოვნად განსაზღვრავს მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციის პროცესში წამოჭრილი გამოწვევების დაძლევის შესაძლებლობებს.

შესაბამისად, კვლევა ერთგვარად ეფუძნება მოსამართლის როლის გააქტიურების ხელშეწყობის პრინციპს, რაც, ადეკვატური სამართლებრივი საშუალებებით, საზოგადოებრივ ურთიერთობებზე რეაგირებას უზრუნველყოფს.⁴ აღნიშნული, თავის მხრივ, ხელს შეუწყობს სასამართლო სისტემის სრულყოფას და მოქალაქეთა ნდობის ზრდას ხელისუფლების შესაბამის შტოსთან მიმართებით.

ნაშრომის მეთოდოლოგიურ საფუძვლად გამოიყენება როგორც ზოგადმეცნიერული - ისტორიული, აგრეთვე, სპეციალური - ნორმატიული და შედარებითსამართლებრივი კვლევის მეთოდები.

კვლევის შედეგები ჩამოყალიბდა დასკვნის სახით. შემოთავაზებულია შემატყობველი თეზისები და რეკომენდაციები ქართული კანონმდებლობის სრულყოფის, მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციისა და თანამედროვე განვითარების სტანდარტებთან ჰარმონიზაციის მიზნით.

1. სასამართლო და სასამართლოს გარე მედიაციის ურთიერთმიმართება

აღიარებული მიდგომების შესაბამისად, მედიაციის ძირითადი ფორმების თვალსაზრისით, დომინირებს: სასამართლო (სავალდებულო) და სასამართლოს გარე (კერძო) მედიაცია, რომელიც ნებაყოფლობითი მედიაციის სახელწოდებითაც მოიხსენიება. ნაშრომის მიზნებისათვის არ-

3 Fisher R., Ury W., 1993. Getting To Yes: Negotiating Agreement without Giving In, p. 59.

4 ლოხუანიძე გ., 2017. სახელმწიფოსა და სამართლის ზოგადი თეორია, თბილისი, გვ. 331.

კონფერენციის შრომები

სობრივად მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ, თავის მხრივ, სასამართლო მედიაცია ორგვარია:

1. სასამართლოსთან არსებული მედიაცია (Court-annexed mediation⁵), რომელიც ინსტიტუციურად არის კოორდინაციაში სასამართლოსთან, თუმცა, პროცედურულად, აბსოლუტურად დამოუკიდებელია სასამართლოსგან, როგორც ცალკე მდგომი ინსტიტუცია.⁶
2. სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაცია (Judicial mediation)⁷, რომელიც დაკავშირებულია სასამართლოსთან შენობისა და პერსონალის კუთხით. მედიაციის მსგავსი ფორმის დროს, მედიატორი შეიძლება იყოს მოქმედი მოსამართლე.⁸ მოსამართლისათვის მედიატორი-მოსამართლის სტატუსის მინიჭება შესაძლებელია, თუკი ის ეროვნული კანონმდებლობით გათვალისწინებულ საკვალიფიკაციო მოთხოვნებს დააკმაყოფილებს.

მედიაციის კომპლექსური ფორმების გამოყენებისა და სრულყოფილი რეგულირების თვალსაზრისით, აღსანიშნავია ავსტრიის გამოცდილება, სადაც მედიაციის შესახებ კანონი 2004 წელს ამოქმედდა და სადაც მითითებული ფორმებია დამკვიდრებული: ა) კერძო მედიაცია (Private mediation); ბ) სასამართლოსთან არსებული მედიაცია (Court-annexed mediation) და უშუალოდ გ) სასამართლო მედიაცია (Judicial Mediation).⁹

1.1. სასამართლო მედიაციის დადებითი და უარყოფითი მხარეები

სასამართლო მედიაციის დროს, ხორციელდება მიმდინარე საქმის გადამისამართება სასამართლოს განხილვიდან მედიაციის პროცესში. მედიატორის/მოსამართლე-მედიატორის წარმოებაში ხვდება იმ კატეგორიის საქმე, რომელიც, სასამართლო საქმისწარმოების წესით, მოსამართლესთან განიხილება და, უშუალოდ, მხარეებს მედიაციის ინიცირებაზე ათანხმებს. აგრეთვე, განიხილება რიგი სამართლებრივი სისტემები, სადაც მხარეთა თანხმობის გარეშე იწყება სასამართლო მედიაცია. საქმე ხვდება სასამართლო მედიატორის წარმოებაში, რომელიც, რიგ შემთხვევაში, არის მედიატორთა რეესტრში არსებული შესაბამისი პროცედურით აკრედიტირებული მედიატორი, ან, უშუალოდ, სასამართლოს მოხელე/მოსამართლე. ამ უკანასკნელის შემ-

5 Steffek F., 2012. Mediation, in The Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Vol. II, Basedow J., Hopt J.K., Zimmermann R., Stier A., Oxford University Press, Oxford, p. 1163.

6 Lindblom P.H., 2017. Progressive Procedure, *Iustus*, p. 422.

7 Brunet E., 2002. Judicial mediation and signaling, *Nevada law journal*, p. 232.

8 Steffek F., 2013. Mediation und Güterichterverfahren, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, (ZEuP) #3*, Verlag C.H.Beck, München, p. 538. მითითებულია: ყანდაშვილი ი., 2018. საქართველოში მედიაციის მავალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი იურიდიული ფაკულტეტი, თბილისი, გვ. 184.

9 Sippel L., 2014. Comparative Aspects Between the Nordic Countries and Austria: Court Mediation in or Out? *Turku University of Applied Sciences*, pp. 185-209.

კონფერენციის შრომები

ანა გურიელი

თხვევაში, უნიფიცირებული მიდგომაა, რომ მოსამართლე საქმისწარმოების სასამართლო წარმოებაში გაგრძელების შემთხვევაში, აღნიშნული საქმის განმხილველი მოსამართლე ვერ იქნება.¹⁰

ნებისმიერ სახელმწიფოში, სასამართლო მედიაციის ნებისმიერი ფორმის დამკვიდრებისას, როგორც წესი, ადგილი აქვს აზრთა სხვადასხვაობას მის ეფექტიანობასთან დაკავშირებით. აღნიშნულის გამომწვევ მიზეზად, იურიდიულ ლიტერატურაში სახელდება ის, რომ სასამართლო მედიაციის შემთხვევაში, მხარეები ერთგვარად იძულებულნი ხდებიან, მიიღონ მონაწილეობა პროცესში, რომელიც, როგორც წესი, ნებაყოფლობითობით ხასიათდება.¹¹

სასამართლო მედიაციის მოწინააღმდეგეთა მხრიდან გამოითქმის მოსაზრება იმის თაობაზეც, რომ მოსახლეობის პრიორიტეტული ინტერესი არის სამართლიანობის შეგრძნება. არა კომპრომისი, არა ეფექტიანობა, არა პროცესის სიიაფე, არამედ, უპირატესად, სამართლიანობა.¹² ე.ი. ზოგიერთ შემთხვევაში, მხარეთა ინტერესების დაკმაყოფილების საუკეთესო საშუალებად მიიჩნევა არა მორიგება, არამედ დავის მესამე პირის (მოსამართლის ან არბიტრის) მიერ გადაწყვეტა.¹³ მათ შორის, საქმეზე “კალიფორნიის ვუდსაიდი ჰოუმსი რივერსადის (პირველი ინსტანციის) უმაღლესი სასამართლოს წინააღმდეგ“ (Woodside Homes of California v. The Superior Court of Riverside, 2003. 107 Cal. APP. 4th Dist.), სააპელაციო სასამართლომ განმარტა, რომ სამედიაციო შეთანხმებაც შესაძლებელია დაექვემდებაროს გაუქმებას, თუ მედიაციის პროცესი მხარისათვის მიუღებელია.

მართლაც, ყველა მოქალაქეს უნდა ჰქონდეს წვდომა სამართალთან და აღნიშნული უნდა უზრუნველყოს სასამართლომ. თუმცა, ყოველთვის გასაგები არ არის, რას ნიშნავს აღნიშნული ცნება. სამართალთან წვდომა უნდა განისაზღვროს, როგორც მოქალაქეთა შესაძლებლობა, გადაჭრან კონფლიქტები მშვიდობიანი გზით. თანამედროვე მიდგომების შესაბამისად, ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებებს, მათ შორის მედიაციას, გააჩნიათ რესურსი, მნიშვნელოვანი წვლილი შეიტანონ მითითებულ პროცესში.¹⁴

რეალურად, განსახილველი საკითხი არ გახლავთ ის, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა არის სასამართლო დავაზე უკეთესი თუ არა. მნიშვნელოვანია ის გარემოება, რომ, შესაბამისი საკანონმდებლო რეგულირების არსებობის შემთხვევაში, ეს პროცესი ხელს უწყობს მხარეების რიგი შესაძლებლობებით აღჭურვას სხვადასხვა ტიპის დავების გადაწყვეტის პროცესში.

10 Ulrich H., in Klowitz J., Gläßer U., 2014. MediationsGesetz, Handkommentar, Nomos, Baden-Baden, p. 87. მითითებულია: ყანდაშვილი ი., 2018. საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასასამართლო ფორმები, ივანე ჭავჭავაძის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, იურიდიული ფაკულტეტი, თბილისი, გვ. 189.
11 Hanks M., 2012. Perspectives on Mandatory Mediation Forum: Appropriate Dispute Resolution, University of New South Wales Law Journal, p. 929.
12 Eisele G., 1991. No to Mandatory Court-Annexed ADR From the Bench, Thomas law journal litigation, p. 3.
13 Glick T., 2012. Creative Mediation, North Charleston, p. 99.
14 Vieira L., 2015. Designing a Court-Annexed Mediation Program for Civil Cases in Brazil: Challenges and Opportunities, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, p. 2.

კონფერენციის შრომები

1.2. სასამართლოს გარე მედიაციის დადებითი და უარყოფითი მხარეები

სასამართლოს გარე/ნებაყოფლობითი მედიაციის მომხრეები, როგორც წესი, აპელირებას ახდენენ შემდეგზე: ვინაიდან, ნებაყოფლობითი მედიაციის შემთხვევაში სახეზეა ორივე მხარის ნება, ეს შესაძლებელია გახდეს მედიაციის წარმატებით დასრულების საწინდარი.¹⁵

ამის მიუხედავად, სასამართლოს გარე მედიაციის მიმართ სკეპტიკური პირებისაგან, როგორც წესი, ისმის კითხვა: თუკი მხარეს აქვს ძლიერი პოზიცია, რატომ უნდა სურდეს სასამართლო განხილვის ნებაყოფლობით თავიდან აცილება?¹⁶ ერთი შეხედვით, აღნიშნული არგუმენტი დასაბუთებულია, თუმცა თანამედროვე მიდგომები და პრაქტიკა მის საწინააღმდეგოდ მეტყველებს. სამართლებრივ სივრცეებში დამკვიდრებული ტენდენციების შესაბამისად, მოწინააღმდეგე მხარისათვის მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის შეთავაზება არ ნიშნავს სისუსტის გამოვლენას. შესაძლებელია, ეს ქმედება ამგვარად აღიქმებოდეს ჯერ კიდევ ათი წლის წინ, თუმცა, ამ თვალსაზრისით, ვითარება შეცვლილია.¹⁷

მეორე არგუმენტი, რომელიც ნებაყოფლობითი მედიაციის მოწინააღმდეგეთა მხრიდან გამოითქმის, შემდეგია: მაშინ, როდესაც მხარეები წინასწარ არ შეთანხმებულან დავის წარმოშობის შემთხვევაში მედიაციისათვის მიმართვის თაობაზე, როგორ უნდა შეთანხმდნენ აღნიშნულზე, თუ მათ შორის კონფლიქტი უკვე გაღვივებულია? აღნიშნულ კითხვაზე მრავალი პასუხი არსებობს, თუმცა ყველაზე სარწმუნოა ის მოსაზრება, რომ სასამართლოს გარე/ნებაყოფლობითმა მედიაციის ინსტიტუტმა, საზოგადოებასთან სწორი კომუნიკაციით, თავად უნდა მოახერხოს თავისი დადებითი მხარეების შესახებ საზოგადოების ცნობიერების გაზრდა. მორიგებით დასრულებული ყოველი საქმე ხომ მედიაციის განვრცობის საუკეთესო შესაძლებლობებს ქმნის.¹⁸

2. სასამართლო მედიაციის ფორმების გამიჯვნის აუცილებლობა საქართველოში და მოსამართლის როლი თითოეულის წარმოებისას

სამოქალაქო საქმისწარმოების ნებისმიერ ეტაპზე მხოლოდ არბიტრის როლით სიმართლის გარკვევა, სირთულეს წარმოადგენს, რის გამოც ვერ ამოიწურება მართლმსაჯულების ნამდვილი მიზანი.¹⁹ სასამართლო მედი-

15 Pel M., 2008. Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, p. 71.

16 Abramson I., 2010. Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, Second edition, Printed in the United States of America, p.156.

17 Berman J., 2012. Mediation's Evolution in Social:Where it has been and where it is going, Published in Advocate Magazine, p. 2.

18 წულაძე ა., 2016. სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, გვ. 26.

19 მერებაშვილი ი., 2009. სასამართლოში საქმეთა განხილვისას მხარეთა შეჭიბვებითობისა და

კონფერენციის შრომები

ანა გურიელი

აციის პროცესში, სასამართლო სისტემაში მოსამართლის უფლებამოსილების დადგენა, დავის გადაწყვეტის სწრაფი და ეფექტური მექანიზმების დანერგვას უზრუნველყოფს, რაც, თავის მხრივ, მართლმსაჯულებისადმი მოსახლეობის უკმაყოფილების მიზეზების აღმოფხვრას და სასამართლო სისტემის მიმართ სამართლის სუბიექტთა ნდობის მაღალი ხარისხის ჩამოყალიბებას ემსახურება.

აღნიშნულის გათვალისწინებით, კვლევა ითვალისწინებს საქართველოში სასამართლო მედიაციის გამოვლინების ორი ალტერნატიული ფორმის - სასამართლოსთან არსებული მედიაციისა (Court-annexed Mediation) და სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის (Judicial Mediation) განვითარების პერსპექტივების წარმოჩენას, მოსამართლის უფლებამოსილებების ფარგლების განსაზღვრულობის საუკეთესო გადაწყვეტის გზების იდენტიფიცირებას.

მედიაციის სუბსტანციის აღქმა და მისი სამართლებრივი რეგულირება, საქართველოში ჩანასახოვან ეტაპზეა. ინსტიტუტის მარეგულირებელი სისტემური საკანონმდებლო აქტ(ებ)ი საქართველოში არ არსებობს, გარდა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში არსებული ფრაგმენტული რეგულირებისა სასამართლო მედიაციის თაობაზე. თუმცა, არსობრივად, ის წარმოადგენს სასამართლო მედიაციის გამოვლინების მხოლოდ ერთ-ერთ განხილულ ფორმას - სასამართლოსთან არსებულ მედიაციას (Court-annexed mediation), რამეთუ, ქართულ რეალობაში მოსამართლე ან/და სასამართლო მოხელე მედიატორის უფლებამოსილებით არ სარგებლობს. შესაბამისად, დგინდება, რომ საქართველოს კანონმდებლობა და პრაქტიკა არ იცნობს სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის (Judicial mediation) ინსტიტუტს. სასამართლო მედიაციის ფორმების განუსაზღვრელობასთან დაკავშირებული საკანონმდებლო ხარვეზი მედიაციის ინსტიტუტის განვითარების სრულად შემაფერხებელ გარემოებად უნდა შეფასდეს. ამასთან, აღნიშნული, უფრო ართულებს მოსამართლის უფლებამოსილების ფარგლების დადგენის საკითხს მედიაციის ცალკეული ფორმების განხორციელების შემთხვევაში.

შესაბამისად, ერთ-ერთი ფუნდამენტური რეკომენდაცია, რაც, თავის მხრივ, საფუძვლად დაედება ნაშრომის შემდგომ ნაწილში ჩამოყალიბებულ შენიშვნებს, შემდეგია: სასამართლო და სასამართლოს გარე/კერძო მედიაციის ურთიერთგამიჯვნის პარალელურად (რაც გათვალისწინებულია მედიაციის შესახებ კანონის პროექტით), რელევანტურად მიგვაჩნია, საკანონმდებლო დონეზე აისახოს სასამართლო მედიაციის ორი- სასამართლო/სასამართლოსმიერი და სასამართლოსთან არსებული მედიაციის ურთიერთგანსხვავებული ფორმები. საკანონმდებლო ტექნიკის თვალსაზრისით, ცვლილება, მისი მიღების შემთხვევაში, უნდა აისახოს საქართველოს კანონში მედიაციის შესახებ, რომელიც მიმდინარე დროისათვის, მხოლოდ კანონპროექტის სახით არსებობს.

მოსამართლეთა აქტიურობის პრინციპების მოქმედება, თბილისი, გვ. 19.

კონფერენციის შრომები

2.1. სასამართლოსთან არსებულ მედიაციასთან დაკავშირებული საკითხების სამართლებრივი მოწესრიგების აუცილებლობა და მოსამართლის უფლებამოსილების ფარგლები აღნიშნულ პროცესში

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული რეგულაციის თანახმად, დაშვებულია შუალედური მიდგომა, რაც მოიცავს სავალდებულო მედიაციის ერთ-ერთი ფორმის, სასამართლოსთან არსებული მედიაციის გავრცელების შესაძლებლობას მხოლოდ კანონმდებლობით გათვალისწინებულ კატეგორიის საქმეებზე. აღნიშნულის გათვალისწინებით, მიზანშეწონილი იქნება მოსამართლის უფლებამოსილების ფარგლების გაზრდა, რათა მას გააჩნდეს შესაძლებლობა, მხარეებს დაავალდებულოს დავის სასამართლოსთან არსებული მედიაციის საშუალებით გადაწყვეტა, ამის შესახებ ორივე მხარის თანხმობის არარსებობის მიუხედავად. ამავდროულად, აუცილებელია კანონმდებლობით განისაზღვროს კონკრეტული, ობიექტური კრიტერიუმები, რომელთა არსებობის შემთხვევაშიც, მოსამართლეს მიენიჭება აღნიშნული შესაძლებლობა. მათ შორის, კრიტერიუმად უნდა დადგინდეს ერთ-ერთი მხარის თანხმობის არსებობა მაინც. აუცილებელია დაკონკრეტდეს, რომ მითითებული მიდგომა უნდა დაიშვებოდეს მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში და თითოეულ საქმესთან მიმართებით, საკითხი უნდა გადაწყდეს ინდივიდუალურად, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით. აღსანიშნავია, რომ იდენტური შინაარსის რეგულირებით ხასიათდება, მაგალითად, ნორვეგიის კანონმდებლობა, რომელიც მედიაციის დარგში მოწინავედ მიიჩნევა. თუ სასამართლო დარწმუნდა, რომ დავა მედიაციის ფორმატში უნდა გადაწყდეს, მხარეების წინააღმდეგობის მიუხედავად, მოსამართლეს შეუძლია საქმე გადასცეს სასამართლო მედიაციას.²⁰

სასამართლოსთან არსებული მედიაციის პროცესში, მოსამართლის უფლებამოსილების ფარგლების დადგენისას, გასათვალისწინებელია შემდეგი საკითხიც: საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მოქმედი რეგულაციის შესაბამისად, 187-ე⁵ მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, სასამართლო მედიაციის ვადა შეადგენს ორმოცდახუთ დღეს. მხარეთა შეთანხმებით, აღნიშნული ვადა შეიძლება გაგრძელდეს დამატებით ორმოცდახუთი დღით. ამ თვალსაზრისით, რეგულირების არსებობის ფაქტი ცალსახად გამართლებულია. თუმცა, პრაქტიკაში, შესაძლოა, არსებობდეს შემთხვევები, როდესაც მხარეებს სურთ მორიგება და სახეზე იყოს პროცესის შედეგიანად დასრულების ყველა ობიექტური საფუძველი, მაგრამ კონკრეტული გარემოების დადგომამდე/კონკრეტულ ვადამდე, მათ არ ჰქონდეთ მორიგების შესაძლებლობა, რაც ცხადყოფს არსებული რეგულირების ხარვეზს. შესაბამისად, მოსამართლის თანხმობის შემთხვევაში, რომელიც ობიექტურად შეაფასებს

20 ყანდაშვილი ი., 2018. საქართველოში მედიაციის მაგალითზე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სასამართლო და არასამართლო ფორმები, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, გვ. 49.

კონფერენციის შრომები

ამის აუცილებლობას, მხარეებს უნდა ჰქონდეთ შესაძლებლობა, საკუთარი ინიციატივით გააგრძელონ სასამართლოსთან არსებული მედიაციის ფარგლებში შეთანხმების მისაღწევად განსაზღვრული ვადა. მხარეებისათვის ასეთი უფლების მინიჭებით, მათი ნების ავტონომია გარკვეულ მნიშვნელობას იძენს სავალდებულო მედიაციის დროსაც.²¹

2.2. სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის დანერგვის პერსპექტივა საქართველოში

აღსანიშნავია, რომ რიგ სამართლებრივ სისტემებში მოქალაქეებს აქვთ წვდომა საქმისწარმოებისა და მედიატორის ტიპის რიგ ალტერნატივებზე. მათ შორის, დამკვიდრებულია მოსამართლის მიერ სასამართლო მედიაციის წარმოების სამართლებრივი კულტურა, რაც სრულყოფს მართლმსაჯულების განმახორციელებელი სისტემის ერთიან ჯაჭვს.

ერთ-ერთ სახელმწიფოდ, სადაც საკითხი კომპლექსური რეგულირებით ხასიათდება, უნდა გამოიყოს კორეის რესპუბლიკა. აქ სასამართლო მედიაციის პროცესის წარმოების ოთხი ტიპი არსებობს: პირველ შემთხვევაში, საქმეს აწარმოებს ე.წ. მოსამართლე-მედიატორი, რომელიც სპეციალიზირებულია კონკრეტულად მედიაციის პროცესში. მეორე ალტერნატივის შესაბამისად, მოსამართლე საქმეს განსახილველად, საჭიროებისამებრ, გადასცემს სასამართლო სისტემაში მუდმივად დასაქმებულ პირს - სასამართლო მედიატორს. მესამე ალტერნატივის შესაბამისად, მედიატორ მოსამართლეს ეძლევა უფლებამოსილება, მხარეთა სურვილის შემთხვევაში, საქმე განსახილველად გადასცეს მედიატორთა შემადგენლობას. რაც შეეხება სასამართლო მედიაციის მეოთხე ალტერნატივას, აღნიშნულ შემთხვევაში, პირველი ინსტანციის მოსამართლეს ექმნება შესაძლებლობა, თავად უზრუნველყოს მედიაციის ჩატარება.²²

აღსანიშნავია, რომ 2013 წელს გატარებული ცვლილებების შედეგად, სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაცია, როგორც მედიაციის ფორმა, საბერძნეთშიც დაინერგა და მოსამართლეებს მიენიჭათ უფლებამოსილება, შეითავსონ მედიატორის ფუნქცია და უფლებამოსილებები.²³

ნორვეგიაშიც, მედიატორის ფუნქცია, შესაძლებელია, შეითავსოს მოსამართლე-მედიატორმა. მედიატორი, რომელიც არ სარგებლობს მოსამართლე-მედიატორის სტატუსით, ინიშნება სასამართლოს მიერ განსაზღვრული ანაზღაურებით.²⁴

შვედეთის სამართლებრივ სისტემაშიც გამორჩეული წარმატებით სარგებლობს სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის პროცედურები.

21 ცერცვაძე გ., 2013. მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი თბილისი, გვ. 64.
22 Park N., 2009. Court-Annexed Mediation in Korea, Asia Pacific Law Review, p. 155.
23 Esplugues C., Marquis L., 2015. New Developments in Civil and Commercial Mediation, Springer International Publishing, London, p. 318.
24 Skoghoy T., 2018. Mediation in Norway – An outline, p. 1-3. ხელმისაწვდომია: <https://svw.no>.

კონფერენციის შრომები

აღნიშნული მიდგომის განხორციელებამ შვედეთის სასამართლო სისტემა მართლმსაჯულების განმახორციელებელი ორგანოდან გარდაქმნა უწყებად, სადაც კონფლიქტები მშვიდობიანი გზით შეიძლება გადაწყდეს.²⁵

ავსტრალიაშიც, ისევე როგორც ბევრ ევროპულ სახელმწიფოში, განხორციელდა ფუნდამენტური ცვლილებები მოსამართლის როლთან დაკავშირებით და მათმა ნაწილმა მოახდინა დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდების ინტეგრირება მოსამართლის ფუნქციებთან.²⁶

ნაშრომის ფარგლებში განვითარებული შედარებითსამართლებრივი ანალიზი იძლევა შემდეგი რეკომენდაციების შემუშავების შესაძლებლობას:

სასამართლოსთან არსებულ მედიაციის პროცესში მოსამართლის უფლებამოსილებების ზრდის პარალელურად, მიზანშეწონილად მიიჩნევა საქართველოში სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის დანერგვა, რაც ითვალისწინებს შესაბამისი სპეციალიზაციის მქონე პირთა, მოსამართლე-მედიატორთა ინსტიტუტის შემოღებას და მხარეთა არჩევანის შემთხვევაში, მათ მიერ სასამართლო მედიაციის ჩატარების შესაძლებლობას.

დასკვნა

ნაშრომის ფარგლებში დადასტურდა მედიაციის ორი ფორმის - სასამართლო მედიაციისა (რომელსაც სავალდებულო მედიაციის სახელწოდებითაც მოიხსენიებენ) და არასასამართლო მედიაციას გამიჯვნის აუცილებლობა (რომელსაც ნებაყოფლობით მედიაციასაც უწოდებენ). თავის მხრივ, მიზანშეწონილად იქნა მიჩნეული განსხვავების დადგენა სასამართლო მედიაციის ორ ფორმას - სასამართლოსთან არსებულ (Court-annexed mediation) და სასამართლო/სასამართლოსმიერ (Judicial mediation) მედიაციას შორის. თეორიასა თუ პრაქტიკაში, ტერმინთა ურთიერთაღრევის რისკის თავიდან აცილების მიზნით, ტერმინი - სასამართლო მედიაცია უნდა აერთიანებდეს მისი გამოვლინების ორივე ფორმას; ხოლო სასამართლო მედიაციის ფორმები საკანონმდებლო დონეზე უნდა განისაზღვროს სასამართლოსთან არსებული და სასამართლო/სასამართლოსმიერი მედიაციის სახელწოდებით. ამასთან:

- გამონაკლის შემთხვევებში, თუ მოსამართლე ობიექტურ გარემოებებზე დაყრდნობით მიიჩნევა, რომ მის წარმოებაში არსებული, კონკრეტული დავის გადაწყვეტა მეტად ეფექტური იქნება სასამართლო მედიაციის საშუალებით, თუმცა, აღნიშნულის თაობაზე არ არსებობს ორივე მხარის თანხმობა, ამ პირობის არარსებობის მიუხედავად, უნდა იყოს შესაძლებელი საქმის სასამართლო მედიაციის ფორმის - სასამართლოსთან არსებული მედიაციისათვის გადაცემა.

25 Dahlqvist A., 2014. Mediation in the Swedish Courts: Change by EU Directive? pp. 137-155.

26 Sourdin T., 2011. Five Reasons Why Judges Should Conduct Settlement Conferences Monash University Law Review, Issue 1, p. 149.

კონფერენციის შრომები

ამავდროულად, აუცილებელია, კანონმდებლობით განისაზღვროს კონკრეტული კრიტერიუმები, რომელთა არსებობის შემთხვევაშიც, მოსამართლეს აღნიშნული შესაძლებლობა მიენიჭება. მათ შორის, კრიტერიუმად უნდა დადგინდეს აღნიშნულის თაობაზე ერთ-ერთი მხარის თანხმობა მაინც.

- გარდა მოსამართლის უფლებამოსილების ზრდისა პრაქტიკაში მიმდინარე დრომდე დანერგილი სასამართლო მედიაციის ფორმის - სასამართლოსთან არსებული მედიაციის პროცესში, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობასა და მედიაციის შესახებ კანონში (პროექტის მიღების შემთხვევაში) განსახორციელებელი ცვლილებების შესაბამისად, უნდა დამკვიდრდეს მოსამართლე-მედიატორის ინსტიტუტი, განხორციელდეს სასამართლო მედიაციის ფორმის-სასამართლოსმიერი მედიაციის საკანონმდებლო რეგლამენტაცია. ამისათვის, სპეციალიზებულ მოსამართლე-მედიატორს უნდა მიენიჭოს შესაძლებლობა, საკუთარი ინიციატივისა და მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში, თავად წარმართოს სასამართლო მედიაციის პროცესი, შეითავსოს მედიატორის ფუნქცია. მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში, მოსამართლის როლი და უფლებამოსილება არ უნდა იყოს შეზღუდული. მით უფრო იმ პირობებში, რომ აღნიშნულ შემთხვევაში, გამოირიცხება მედიატორის კვალიფიკაციის შეუსაბამობასა და სამართლებრივი ცოდნის არქონასთან დაკავშირებული რისკები.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი. <https://www.matsne.gov.ge>
2. მედიაციის შესახებ კანონის პროექტი. <https://parliament.ge>

კონფერენციის შრომები

INTERRELATION BETWEEN THE COURT AND THE PRIVATE MEDIATION, THE NEED TO DIFFERENTIATE THE COURT MEDIATION FORMS IN GEORGIA AND THE AUTHORITY OF THE JUDGE DURING ADMINISTRATION OF THE EACH SINGLE FORM

Ana Gurieli

Affiliated assistant of the Faculty of law of Caucasus International University, PhD Candidate, Lawyer, Mediator

KEY WORDS: Dispute, Alternative, Resolution

RESUME

The need to differentiate forms of mediation in Georgia and, therefore, to regulate judicial powers during the process of the each single form, significantly determines the opportunities for overcoming the challenges faced in the process of institutionalization of mediation, as well as, creates an efficient and flexible nationwide system of dispute resolution. However, its legal regulation is a prerequisite for the realization of the interests of subjects of law, the establishment of legal awareness and the improvement of the judicial system.

It is possible to say that nowadays the perception of the substance of mediation in Georgia and its legal regulation are at an early stage. There exists no systematic legislative act(s) regulating mediation in Georgia, except for the fragmented rules about court mediation in the Civil Procedure Code of Georgia. However, it is only one form of the court mediation – the court-annexed mediation, since a judge is not equipped by the power of a mediator in the Georgian reality. Accordingly, it can be stated, that the Georgian legislation and practice are not familiar with the Judicial Mediation Institute. The notion of the court mediation considers possibility of the service only from the mediation center existing in the Tbilisi City Court. The legisla-

კონფერენციის შრომები

tive gap with regard to the uncertainty of the forms of the court mediation should be viewed as an obstacle for the development of the mediation institute.

Consequently, the work develops goals in order to research the model of mediation in Georgia, to find out the possible ways of improvement of the imperfect legislative rules regarding the issue and to build up the effective recommendations. Along with the need of development of private mediation, the paper illustrates the necessity to differentiate the forms of the court mediation in Georgia for the purposes of avoiding their mixture. The research upholds the need of separate legal terms for the judicial and the court-annexed mediation at the level of the Georgian legislation.

The consequences of the research are shown in the conclusion together with the legal recommendations in order to reach the harmonization of the national legislation with the modern international legal standards.

NOTES:

1. Benzidi S., 2017. Med-Arb: How to Mitigate the Risk of Setting aside or Refusal of Recognition and Enforcement of a Med-Arb Award, *American Journal of Mediation*, p. 2. (In English)
2. Cercvadze G., 2013. The prospects of the regulation of mediation in Georgia, *National center for alternative dispute resolution*, Tbilisi, p. 11. (In Georgian)
3. Fisher R., Ury W., 1993. *Getting To Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, p. 59. (In English)
4. Lobjanidze G., 2017. *General theory of state and law*, Tbilisi, p. 331. (In Georgian)
5. Steffek F., 2012. Mediation, in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, Basedow J., Hopt J.K., Zimmermann R., Stier A., Oxford University Press, Oxford, p.1163. (In English)
6. Lindblom P.H., 2017. *Progressive Procedure*, *Iustus*, p. 422. (In English)
7. Brunet E., 2002. *Judicial mediation and signaling*, *Nevada law journal*, p. 232. (In English)
8. Steffek F., 2013. *Mediation und Güterichterverfahren*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, (ZEuP) #3*, Verlag C.H.Beck, München, p. 538. (In German)
9. Sippel L., 2014. *Comparative Aspects between the Nordic Countries and Austria: Court Mediation in or Out?* *Turku University of Applied Sciences*, pp. 185-209. (In English)
10. Ulrich H., in Klowitz J., Gläßer U., 2014. *MediationsGesetz, Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, p. 87. (In German)
11. Hanks M., 2012. *Perspectives on Mandatory Mediation Forum: Appropriate Dispute Resolution*, *University of New South Wales Law Journal*, p. 929. (In English)
12. Eisele G., 1991. *No to Mandatory Court-Annexed ADR From the Bench*, *Thomas law journal litigation*, p. 3. (In English)

კონფერენციის შრომები

13. Glick T., 2012. Creative Mediation, North Charleston, p. 99. (In English)
14. Vieira L., 2015. Designing a Court-Annexed Mediation Program for Civil Cases in Brazil: Challenges and Opportunities, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, p. 2. (In English)
15. Pel M., 2008. Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, p. 71. (In English)
16. Abramson I., 2010. Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, Second edition, Printed in the United States of America, p.156. (In English)
17. Berman J., 2012. Mediation's Evolution in Social:Where it has been and where it is going, Published in Advocate Magazine, p. 2. (In English)
18. Tsuladze A., 2016. Georgian Model of Judicial Mediation in the Euro-American Prism, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, p. 26. (In Georgian)
19. Merebashvili I., 2009. Impact of the principles of adversity of parties and activeness of judges at the court trial, Tbilisi, p. 19. (In Georgian)
20. Khandashvili I., 2018. Judicial and non-judicial forms of alternative dispute resolutions in Georgia on the example of mediation, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, p. 49. (In Georgian)
21. Cercvadze G., 2013. The prospects of the regulation of mediation in Georgia, National center for alternative dispute resolution, Tbilisi, p. 64. (In Georgian)
22. Park N., 2009. Court-Annexed Mediation in Korea, Asia Pacific Law Review, p. 155. (In English)
23. Esplugues C., Marquis L., 2015. New Developments in Civil and Commercial Mediation, Springer International Publishing, London, p. 318. (In English)
24. Skoghoy T., 2018. Mediation in Norway – An outline, p. 1-3. (In English)
25. Dahlqvist A., 2014. Mediation in the Swedish Courts: Change by EU Directive? pp. 137-155. (In English)
26. Sourdin T., 2011. Five Reasons Why Judges Should Conduct Settlement Conferences Monash University Law Review, Issue 1, p. 149. (In English)

BIBLIOGRAPHY:

1. The civil procedure code of Georgia. <https://www.matsne.gov.ge> (In Georgian)
2. Draft of the law about mediation of Georgia. <https://parliament.ge> (In Georgian)

კონფერენციის შრომები

მიხეილ ბიჭია

პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვისა და ინფორმირებული თანხმობის გაცემის თავისებურებები (ქართული და ევროპული მიდგომები)

მიხეილ ბიჭია

სამართლის დოქტორი, თსუ-ის მონვეული ლექტორი, ევროპის უნივერსიტეტის ასოც. პროფესორი, ადვოკატი

საკვანძო სიტყვები: პაციენტი, ავტონომია, ინფორმირება

შესავალი

პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვა უკავშირდება როგორც მედიცინის, ისე სამართლის სფეროებს. საკითხი მოიცავს მრავალ ასპექტს, თუმცა აღნიშნული ნაშრომის ფარგლებში, ყურადღება გამახვილდება მის რამდენიმე მხარეზე. ამ გაგებით, დასადგენია პაციენტის პირადი ავტონომიის ფარგლები, განსაკუთრებით ინფორმირებული თანხმობის გაცემის სპეციფიკა. არანაკლებ საინტერესოა პაციენტის პირადი ავტონომიის შესწავლა სამედიცინო საიდუმლოებასთან კავშირში.

კვლევის მიზანია, ერთი მხრივ, პრობლემის მეთოდოლოგიური საფუძვლების დადგენა, მეორე მხრივ კი, უშუალოდ პაციენტის პირადი ინტერესების ხელყოფის იურიდიული შედეგების განსაზღვრა სამოქალაქო სამართალში. ეს მნიშვნელოვანია პაციენტის ავტონომიის კერძოსამართლებრივი დაცვის კუთხით. აქვე აქტუალურია გაირკვეს, როგორია ინფორმირებული თანხმობის გაცემის ევროპული სტანდარტები.

ამდენად, ეს კვლევა არის ნორმატიულ-დოგმატური, შედარებითსამართლებრივი, ანალიზისა და სინთეზის მეთოდების გამოყენებით, პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვასთან დაკავშირებული პრობლემების შესწავლისა და მათი გადაწყვეტის გზების შემოთავაზების ცდა.

კონფერენციის შრომები

1. პაციენტის პირადი ავტონომიის არსი

პაციენტის პირადი ავტონომია არის მისი უფლება, დამოუკიდებლად განსაზღვროს სამედიცინო დახმარების აღმოჩენის ყველა საკითხი. საქმე ისაა, რომ პაციენტი, პირადი ავტონომიის ფარგლებში, გასცემს ინფორმირებულ თანხმობას სამედიცინო ჩარევების თაობაზე.¹

ბიოეთიკის სფეროში, პაციენტის ავტონომიის ცნება არის ერთ-ერთი წამყვანი, ვინაიდან მხოლოდ დამოუკიდებელ ადამიანს შეუძლია თავისუფალი არჩევანის გაკეთება. თუ ექიმი სთავაზობს პაციენტს რაიმე სერიოზულ ქირურგიულ ოპერაციას, პაციენტმა რომ გააკეთოს ავტონომიური არჩევანი. მისთვის აუცილებელი არაა სპეციალური ცოდნა, რომელიც ექიმს აქვს. შესაძლოა, პაციენტმა რჩევა სთხოვოს ახლობლებს, რომელთა აზრი, ცხადია, მის არჩევანზე გავლენას მოახდენს. თუმცა თუ პაციენტი აღიქვამს რჩევებს არა ბრძანებად, არამედ გადაწყვეტილების მისაღებად დამატებით ინფორმაციად, მაშინ მისი საბოლოო არჩევანი ავტონომიური იქნება. ამდენად, პაციენტი შეიძლება დაეთანხმოს ან არ დაეთანხმოს წინადადებას, მიიღოს ან არ მიიღოს ექიმის ჩანაფიქრი. თუნდაც მან თანხმობა გამოთქვას, ის, ფაქტობრივად, ექიმის გადაწყვეტილებას საკუთარ გადაწყვეტილებად აქცევს. შესაძლოა, პაციენტისთვის არჩევანის გაკეთებისას მნიშვნელოვანი იყოს ექიმის ავტორიტეტი. ამ შემთხვევაში, პაციენტის მიერ გაკეთებული არჩევანი იქნება სწორედ მისი და, შესაბამისად, ავტონომიურიც. განხილული პრინციპის ძირითადი არსი მხოლოდ ავტონომიის აღიარებით როდი ამოიწურება. მასში მოიაზრება უფრო მეტი - პაციენტის ავტონომიის პატივისცემა. პაციენტის მიერ გაკეთებულმა არჩევანმა, თუნდაც ექიმის პოზიციას არ ეთანხმებოდეს, უნდა განაპირობოს ამ უკანასკნელის შემდგომი მოქმედება. ავტონომიის პრინციპით, ადამიანის პიროვნება აღიარებულია უზენაესად და ყველაფერზე მაღლა დგას. კანტის დეონტოლოგიური ეთიკის მიხედვით, ავტონომიის პატივისცემა ეფუძნება იმას, რომ ყოველი ადამიანი უდავო ფასეულობაა და, შესაბამისად, პიროვნებას საკუთარი ბედის გადაწყვეტა ძალუძს. ვინც კონკრეტულ ადამიანს წარმოიდგენს მხოლოდ საკუთარი მიზნების მიღწევის საშუალებად, თვით ამ ადამიანის მიზნების გაუთვალისწინებლად არღვევს მის ავტონომიას.²

გერმანელმა ფილოსოფოსმა კანტმა, კატეგორიული იმპერატივის ფარგლებში, პიროვნების ღირებულება განიხილა, როგორც თვითმიზანი: „მოიქეცი ისე, რომ შენს მოქმედებაში როგორც შენი თავის, ისე ყველა სხვა პიროვნების სახით ადამიანი ყოველთვის იყოს მიზანი და არასოდეს მხოლოდ საშუალება.“³ თუ ადამიანი მიიჩნევა მიზნის მიღწევის საშუალებად, ეს იწვევს ადა-

1 ასლანიშვილი კ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, გვ. 171-172.

2 იხ. ჩაჩიბაია თ., 2005, საექიმო საქმიანობის სამართლებრივი ნორმების ბიოეთიკური ასპექტები, თბ., გვ. 47-48.

3 Dietmar von der Pfordten, 2009, Zur Würde des Menschen bei Kant, In Fünf Untersuchungen "Menschenwürde,

კონფერენციის შრომები

მიანის ღირსების ხელყოფასა და ადამიანის პიროვნების უგულვებელყოფას.⁴ სწორედ ადამიანისა და ნებისმიერი სალი აზრის საფუძველია ავტონომია.⁵ ღირსებაც განიხილება მორალურ მდგომარეობად, რომელსაც ავტონომია ეფუძნება. ადამიანები აღჭურვილნი არიან ავტონომიური უფლებებით, ვინაიდან მათ აქვთ ღირსება.⁶ შესაბამისად, აუცილებელია ქმედუნარიანი პაციენტის ნების გათვალისწინება, რათა არ შეილახოს მისი თვითგამორკვევის უფლება. ის ადამიანის პატივისა და ღირსების განმსაზღვრელი ერთ-ერთი შემადგენელი ელემენტია. ადამიანური ღირსების ფართო კონცეფციის ნაწილი ინტეგრირდება თვითგამორკვევის უფლებაში, რომელიც გულისხმობს პიროვნული თავისუფლების აღიარებას.⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომაც გამოკვეთა, რომ ინფორმირებული თანხმობის გარეშე, სამედიცინო მანიპულაცია შეიძლება ხელყოფდეს ადამიანის ფიზიკური ხელშეუხებლობას⁸ და პირადი ცხოვრების უფლებაში ჩარევად განიხილებოდეს.⁹ ავტონომიური უფლებების ერთ-ერთი გამოვლენის ფორმად აღიქმება პაციენტის ავტონომიაც.

2. ინფორმირებული თანხმობის გაცემის წესი და საფუძვლები

ზოგადად, სამკურნალო, დიაგნოსტიკური, სარეაბილიტაციო, პროფილაქტიკური და პალიატიური მზრუნველობის პროცესებში, პაციენტის მონაწილეობის აუცილებელი პირობა, ზეპირი ან წერილობითი ინფორმირებული თანხმობაა. სამედიცინო განათლების პროცესში პაციენტის მონაწილეობისთვის, მთავარია ზეპირი ინფორმირებული თანხმობა („ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ კანონის მე-8 მუხლის პირველი და მესამე პუნქტები). ამასთან, თუ ადამიანს სამედიცინო-ბიოლოგიურ კვლევას უტარებენ, აუცილებელია მასში მონაწილე პირის წერილობით გაფორმებული ინფორმირებული თანხმობა („ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ კანონის 109-ე მუხლი). წერილობითი ინფორმირებული თანხმობა უნდა იყოს ნებისმიერი ქირურგიული ოპერაციის დროს, გარდა მცირე ქირურგიული მანიპულაციებისა, აბორტის, ქირურგიული კონტრაცეფციის (სტერილიზაციის), გენეტიკური ტესტირების, ავთვისებიანი სიმსივნეების ქიმიოთერაპიისა

Recht und Staat bei Kant“, 1. Auflage, Mentis, Paderborn, Verlag C.H. Beck, 11.
4 Martini S., Die Formulierung der Menschenwürde bei Immanuel Kant in: Vortragsskript eines im WiSe 2005/06 gehaltenen Referats im Rahmen des rechtsphilosophischen Seminars "Die aktuelle Werte-Debatte" bei Prof. Klaus Adomeit (Freie Universität Berlin), 5-7.
5 ob. Pfordten Dietmar von der, 2009, Zur Würde des Menschen bei Kant, In Fünf Untersuchungen "Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant“, 1. Auflage, Mentis, Paderborn, Verlag C.H. Beck, 19.
6 Schaber P., 2012, Menschenwürde und Selbstverfügung, Zurich, In: Byrd, Sharon B; Hruschka, Joachim; Joerden, Jan C. Themenschwerpunkt: Recht und Ethik im Werk von Jean-Jacques Rousseau. Berlin, 319.
7 თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2018 წლის 12 მარტის გადაწყვეტილება (N213-14).
8 Case of Pretty v. UK, no. 2346/02, 29 April of 2002.
9 Case of Y. F. v Turkey, no. 24209/94, 22 July of 2003.

კონფერენციის შრომები

და სხვა სამედიცინო მომსახურების გაწევისას („პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონის 22-ე მუხლის მე-2 პუნქტი).

ექიმმა ან/და სამედიცინო დაწესებულებამ სამედიცინო მანიპულაციების განხორციელებისას უნდა მიიღოს პაციენტისგან ინფორმირებული თანხმობა. ინფორმირებულ თანხმობად განიხილება პაციენტის (მისი ქმედუნარობისას ნათესავის ან კანონიერი წარმომადგენლის) თანხმობა პაციენტისთვის საჭირო სამედიცინო ჩარევის ჩატარებაზე, მისი ჯანმრთელობისა და სიცოცხლისთვის ამ ჩარევასთან დაკავშირებული რისკის განმარტების შემდეგ. ზოგჯერ არაა წერილობითი თანხმობის აღება აუცილებელი. იგულისხმება, რომ პაციენტი თანახმაა სამედიცინო ჩარევაზე (მაგალითად, რენტგენით გაშუქება, კბილის ამოღება და სხვა.). ნაგულისხმევია თანხმობა, როცა პაციენტმა მიმართა ექიმს სამედიცინო დახმარების მისაღებად. მიუხედავად იმისა, რომ არ არსებობს წერილობითი ან სიტყვიერი შეთანხმება, ექიმი გაესაუბრა მას, გასინჯა და ა. შ. ამ მომენტიდან პაციენტს ეკისრება კანონით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობა.¹⁰

ინფორმირებული თანხმობა, თავის მხრივ, სამედიცინო ეთიკის „უახლესი“ პრინციპის – „პაციენტის ავტონომიის“ პატივისცემის – რეალიზაციის მთავარ ინსტრუმენტად განიხილება. ინფორმირებული თანხმობა უნდა აკმაყოფილებდეს შემდეგ წინაპირობებს:

- ა. იგი წინ უნდა უსწრებდეს ნებისმიერ ჩარევას სამედიცინო მომსახურების გაწევისა და ბიოსამედიცინო კვლევის წარმოების დროს;
- ბ. თანხმობა უნდა იყოს გააზრებული, რისთვისაც პაციენტს ან კვლევის სუბიექტს წინასწარ უნდა მიეწოდოს ინფორმაცია ჩარევის შესახებ. გარდა ამისა, თანხმობის წინ მისაწოდებელი ინფორმაცია უნდა იყოს პაციენტისთვის და/ან მისი კანონიერი წარმომადგენლისთვის გასაგები, ადვილად აღსაქმელი, ინფორმაციის მიწოდებისას კი უნდა იყოს გამოყენებული ნათელი, მარტივი ენა.
- გ. თანხმობა უნდა გაიცეს თავისუფალი ნების გამოხატვის გზით, ნებაყოფლობით, ზეწოლის გარეშე. თანხმობის თავისუფლებას ხაზს უსვამს ისიც, რომ ადამიანს შეუძლია მის მიერ ადრე გამოთქმული თანხმობის ნებისმიერ დროს გაუქმება. თუმცა გარკვეულ შემთხვევებში, მიუხედავად თანხმობის გაუქმებისა, სამედიცინო პერსონალმა უნდა დაიცვას პროფესიული სტანდარტები. მაგალითად, **ექიმი ვერ შეიძლება უკვე დაწყებული ქირურგიული ოპერაციის შეწყვეტას, თუ ეს პაციენტის ჯანმრთელობასა და სიცოცხლეს საფრთხეს შეუქმნის.**¹¹

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ხაზგასმით გამოკვეთა, რომ პაციენტის თანხმობის დოკუმენტში გამოყენებული ლათინური ტერ-

10 იხ. კვაჭაძე მ., მანჯავიძე ი., კვანტალიანი ნ., მირზიკაშვილი ნ., გვენეტაძე ნ., აზურაშვილი გ., 2011, წიგნი პაციენტებისთვის „ადამიანის უფლებები და ჯანდაცვა“, გზამკვლევი, თბ., გვ. 22-23.

11 ასლანიშვილი კ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, 171-172; ჩაჩიბაია თ., 2005, საექიმო საქმიანობის სამართლებრივი ნორმების ბიოეთიკური ასპექტები, თბ., გვ. 45.

კონფერენციის შრომები

რმინოლოგია უნდა იყოს გასაგები განმცხადებლისთვის.¹² ინფორმირებული თანხმობა არ უნდა შეიცავდეს რთულ და სპეციფიკურ სამედიცინო ტერმინოლოგიას, ვინაიდან ეს გამორიცხავს არასამედიცინო სფეროში მოღვაწე, ზოგადი შესაძლებლობების მქონე ინდივიდის მიერ მის აღქმას დამატებითი განმარტებების გარეშე. ამასთან, თუ პაციენტი ხელს აწერს კლინიკის მიერ შედგენილ ინფორმირებულ თანხმობას ოპერაციამდე ერთი საათით ადრე წინასაოპერაციო რეჟიმში, ანუ მაშინ, როცა ამ მდგომარეობისთვის დამახასიათებელი ფსიქოემოციური ფაქტორების ზეგავლენა ართულებს გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღებას, ეს არღვევს პაციენტის ინფორმირებული თანხმობის გაცემის წესს. ამ ვითარებაში იგი იძულებულია, დაეთანხმოს და ხელი მოაწეროს „ინფორმირებული თანხმობით“ დასათაურებულ დოკუმენტს. სამედიცინო ჩარევა თანხმობის გარეშე გამართლებულია მხოლოდ საგამონაკლისო შემთხვევებში, მათ შორის თუ ჩარევა გამოწვეულია აუცილებელი სამედიცინო საჭიროებით და ობიექტური მოცემულობა გამორიცხავს პაციენტის დროული ინფორმირების შესაძლებლობას. საექიმო საქმიანობის დაცვის ეს გარანტია არ ვრცელდება ისეთ შემთხვევებზე, როდესაც სამედიცინო მოვლენა, რაც იწვევს შეუთანხმებელ ჩარევას, არის ან უნდა ყოფილიყო განჭვრეტადი ექიმის მიერ. გონიერი ადამიანის შეფასების აბსტრაქტული მოდელი ინტეგრირებულია სამედიცინო სამართლის სფეროშიც, როგორც სამედიცინო გულგრილობის დადგენის სტანდარტი. დაუდევრობის შეფასების ტესტი განისაზღვრება საშუალო გამოცდილებისა და ცოდნის მატარებელი ექიმის სტანდარტული მოქმედებებით. ექიმმა ყველა შემთხვევაში უნდა გააფრთხილოს პაციენტი მკურნალობასთან დაკავშირებული სავარაუდო რისკების შესახებ. ამის შეუსრულებლობა განიხილება სამედიცინო დაუდევრობად.¹³

ამდენად, პაციენტს უნდა ჰქონდეს დრო, აწონ-დაწონოს მოსალოდნელი შედეგები და ამის გათვალისწინებით, ოპერაციის ჩატარებამდე მოაწეროს ხელი თანხმობის ფორმას.¹⁴ აღნიშნულზე ადამიანის უფლებათა ევროპული პრაქტიკით დადგინდა, რომ პაციენტს უნდა ჰქონდეს შესაბამისი პირობები და საკმარისი დრო, გააანალიზოს კლინიკის მიერ მიწოდებული ცნობები, რადგან ნებაყოფლობითი თანხმობის კანონზომიერება გამორიცხავს პირის მიერ ნების გამოვლენას გაუმართლებელი ზეწოლის ან გარემოებების გავლენის დროს. თუ პაციენტს მიეწოდა ინფორმაცია მედიკომენტოზური ძილის სესიებს შორის მაშინ, როცა იგი იმყოფებოდა განსაკუთრებული სტრესის მდგომარეობაში და იყო დაღლილი, ნაკლებად სავარაუდოა, რომ მას გააჩნდა გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა.¹⁵

12 Case of A.S. v. Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August of 2006.
 13 თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2018 წლის 12 მარტის გადაწყვეტილება (N213-14)
 14 Hyslop E., 2015, European Causation in Tort Law: a Comparative Study with emphasis on Medical Law in the United Kingdom, Germany and Frand and Luxembourg, A thesis submitted for a degree of PhD, Luxembourg, 169.
 15 Case of Konovalova v. Russia, No. 37873/04, 9 October of 2014; ანალოგიურ ასპექტზე იხ. Case of A.S. v. Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August of 2006.

კონფერენციის შრომები

საგულისხმოა, რომ პაციენტის ავტონომია უკავშირდება პიროვნების განვითარების თავისუფლებას. ქმედუნარიანი და სრულწლოვანი პაციენტის თანხმობის გარეშე მის მიმართ განხორციელებული სამედიცინო ჩარევა შეუთავსებელია ადამიანის თავისუფლებისა და ღირსების დაცვის მოთხოვნებთან. თუ პაციენტს არ აქვს შესაძლებლობა, გააცნობიეროს სამედიცინო ჩარევის ხასიათი და მისი გვერდითი მოვლენები, მას რჩება მხოლოდ ერთი გზა, დათანხმდეს სამედიცინო მანიპულაციის ჩატარებას.¹⁶ არადა პაციენტის თანხმობის გარეშე სამედიცინო ჩარევა ხელყოფს სამართლის სუბიექტის თავისუფლებას, თვითონ განსაზღვროს, რა უყოს თავის სხეულსა და ჯანმრთელობას. თუ ასეთი ოპერაცია წარმატებით ჩატარდა, გერმანიაში ექიმის ქმედების უმართლობას განიხილავენ პაციენტის ნების უგულებელყოფად, რომელიც ზოგადი პიროვნული უფლების შელახვაა.¹⁷ თანხმობის გაცემა, ძირითადად, პაციენტის პირადი თავისუფლების სფეროში შედის. ამიტომ თანხმობის პირობა გამომდინარეობს უფლებამოსილი პირის თვითგამორკვევის უფლებიდან, განკარგოს მის დაქვემდებარებაში არსებული პირადი მონაცემები სურვილისამებრ.¹⁸

თუმცა სპეციფიკურია თანხმობის გაცემის საკითხი გადაუდებელი დახმარებისას, რადგან სამედიცინო დახმარების დროულად აღმოჩენის გარეშე, სერიოზული საფრთხე ექმნება ადამიანის ჯანმრთელობასა და სიცოცხლეს. თუ პაციენტი ვერ ახერხებს თანხმობის გაცემას და იქვე არ იმყოფება მისი კანონიერი წარმომადგენელი, რომლის მოძიება შეუძლებელია, პაციენტს დაუყოვნებლივ უნდა ჩაუტარდეს ყველა საჭირო სამედიცინო ღონისძიება. აქ ინფორმირებული თანხმობის გარეშე ექიმის მოქმედება ნაკარნახევაა პაციენტის ინტერესებით და არ შეიძლება განიხილებოდეს პაციენტის პიროვნებისა თუ ავტონომიის უგულებელყოფად.¹⁹

ამრიგად, ინფორმირებული თანხმობა არის დოგმა, რომლის თანახმადაც, პაციენტის თანხმობა ძალადაკარგულად ითვლება, თუ ის არ შეიცავს ინფორმაციას, რომელსაც გონიერი პაციენტი მოითხოვდა. აღნიშნულთან დაკავშირებით ყველაზე გავრცელებული შემთხვევაა, როცა პაციენტი არაა ინფორმირებული კონკრეტული რისკების შესახებ, ეს რისკი ხორციელდება და პაციენტს ზიანს აყენებს. იბადება შეკითხვა: პაციენტი იქნებოდა თანახმა, გაეგრძელებინა სამედიცინო ჩარევა, თუ მას ეცოდინებოდა ამ რისკების შესახებ? ეს შეფასების საგანია და სხვადასხვანაირად განიხილება.

16 Case of V.C. v. Slovakia, no. 18968/07, 8 November of 2011; თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 28 თებერვლის განჩინება (N28/2951-18).

17 Ehmann H., 2005, Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht und als absolute-subjektives Recht, in: Festschrift für Apostolos Georgiades, Athen; München, 128; ეჰმანი ჰ., 2013, ზოგადი პიროვნული უფლების, როგორც ძირითადი უფლებისა და აბსოლუტური უფლების, ცნება, მთარგმნელი ბიჭია მ., „სამართლის ჟურნალი“, N2, 239.

18 Gallwas Hans-Ullrich, 2014, Schranken der Informationsfreiheit durch informationelle „Rechte anderer“ oder das „informationelle Drittverhältnis“, In Buch: „Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen“, Zugleich Festgabe Jochen Schneider zum 70. Geburtstag, Ed. by Conrad, Isabell / Grützmaier, Malte, 357.

19 ასლანიშვილი ვ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, 229-230.

კონფერენციის შრომები

გერმანია დაუინებით მოითხოვს თუნდაც მინიმალური რისკების გამხელას; საფრანგეთში აღიარებულია, რომ პაციენტს უნდა განუმარტონ ის რისკები, რომელთა რეალიზებისას, სამედიცინო ჩარევა სერიოზულ ზემოქმედებას მოახდენს პაციენტის ცხოვრების სტილზე. რაც შეეხება დიდ ბრიტანეთს, აქ „ინფორმირებული თანხმობის“ აუცილებლობაა გამოკვეთილი.²⁰

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ სტერილიზაციის პრაქტიკა ქალების წინასწარი ინფორმირებული თანხმობის გარეშე გავლენას ახდენს სხვადასხვა ეთნიკური ჯგუფის წარმომადგენელთა მოწყვლად ინდივიდებზე. სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს განმცხადებლის, როგორც მოწყვლადი ბოშათა საზოგადოების წევრის, პირადი და საოჯახო ცხოვრების დაცვა სტერილიზაციის კონტექსტში.²¹ ამასთან, არაა გამორიცხული, წარმოიშვას ინტერესთა კონფლიქტი. სახელდობრ, ექიმის მიერ პაციენტის დახმარების მოვალეობას შეიძლება დაეჭახოს პაციენტის ავტონომია, უარი თქვას დახმარებაზე გამოხატვის, არჩევანის, აზრის, სინდისისა და აღმსარებლობის თავისუფლებების დაცვიდან გამომდინარე. თუმცა, ამ შემთხვევაში, უმეტესწილად, აღიარებულია ადამიანის ჯანმრთელობის დაცვის პრიორიტეტი.²² აქ ავტონომიის შეზღუდვა შეიძლება გამართლდეს „აკეთე სიკეთე“ პრინციპის დაცვით, რომლის ფარგლებში ისე უნდა იმოქმედო, რომ დაიცვა ადამიანი ზიანისგან, რომელიც შეიძლება საკუთარ თავს ან სხვას მიაყენოს.²³

3. პაციენტის პირადი სფეროს და სამედიცინო საიდუმლოების დაცვის სპეციფიკა

პაციენტის პირადი სფეროს დაცვა უკავშირდება საექიმო საიდუმლოების არსისა და გამოყენების ფარგლების დადგენას.

ლეგალური დეფინიციის თანახმად, სამედიცინო (საექიმო) საიდუმლო არის ექიმისა და სხვა სამედიცინო პერსონალის მიერ პროფესიული საქმიანობის პროცესში პაციენტის ფიზიკური, ფსიქიკური მდგომარეობის, მისი საზოგადოებრივი ან სამსახურებრივი საქმიანობის, ოჯახური ან პირადი ცხოვრების შესახებ ინფორმაცია; მოიცავს ექიმისთვის მიმართვის ფაქტსაც, სიკვდილის გარემოებებსაც.²⁴

20 Hyslop E., 2015, European Causation in Tort Law: a Comparative Study with emphasis on Medical Law in the United Kingdom, Germany and Frand and Luxembourg, A thesis submitted for a degree of PhD, Luxembourg, 283.
21 Case of V. C. v. Slovakia, fourth section, Application no.18968/07, 8 November of 2011. განმცხადებლის სტერილიზაცია მისი ინფორმირებული თანხმობის გარეშე კრიტიკას იმსახურებს. იხ. Mižigárová v. Slovakia, no. 74832/01, 14 December of 2010.
22 ასლანიშვილი ვ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, გვ. 229-230.
23 იხ. ჩაჩიბაია თ., 2005, საექიმო საქმიანობის სამართლებრივი ნორმების ბიოეთიკური ასპექტები, თბ., გვ. 53.
24 „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის „ჩ“ პუნქტი.

კონფერენციის შრომები

საექიმო საიდუმლოება უკავშირდება ექიმის ფიცს, რომელიც ჰიპოკრატეს სახელთან ასოცირდება. სამედიცინო საიდუმლოება არის მრავალნაზხნაგა პრობლემა და ავადმყოფის სულიერი სიმშვიდის დაცვის ერთ-ერთი საშუალება.²⁵ თუმცა არაა მართებული ტერმინის „საექიმო საიდუმლოება“ გამოყენება, ვინაიდან გაუმართლებლად ავიწროებს პირთა წრეს, რომელმაც უნდა დაიცვას პროფესიული საიდუმლოება. აქ მიზანშეწონილია, ტერმინით „სამედიცინო საიდუმლოება“ ვიხელმძღვანელოთ.²⁶

ამასთან, დაუშვებელია პაციენტის საოჯახო და პირად ცხოვრებაში სამედიცინო მომსახურების გამწვევის ჩარევა ან კონფიდენციალური ინფორმაციის გაცემა, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა: ა) ჩარევა აუცილებელია დაავადების პრევენციის, პაციენტის დიაგნოსტიკის, მკურნალობისა და მოვლისთვის (პალიატიური მზრუნველობისთვის), რაზეც არსებობს პაციენტის თანხმობა; ბ) ჩაურევლობით საფრთხე ექმნება პაციენტის ოჯახის წევრთა ჯანმრთელობას ან/და სიცოცხლეს (მაგალითად, გადამდები ინფექციური დაავადების, აივ/შიდსის დაავადების დროს).²⁷

მართალია, სამედიცინო საიდუმლოება დიდ ხანს აბსოლუტური დაცვით სარგებლობდა და, ამ თვალსაზრისით, არ იცნობდა რაიმე გამონაკლისს, მაგრამ კანონით ამჟამად შესაძლებელია სამედიცინო საიდუმლოების გამჟღავნება გარკვეულ შემთხვევებში. მაგალითად, დაუშვებელია გამომძიებლისა და სასამართლოსთვის იმ ცნობების დამალვა, რომლებიც სამედიცინო საიდუმლოებას, განსაკუთრებით ვენერიული და სხვა გადამდები დაავადების შესახებ ინფორმაციას შეიცავს, ვინაიდან დანაშაულის გახსნისა და სახელმწიფო თუ საზოგადოებრივ ინტერესებს ხელყოფს.²⁸ შესაბამისად, კანონმდებელმა დაუშვა მედიცინის მუშაკისა და სამედიცინო დაწესებულების მიერ სამედიცინო საიდუმლოების დაცვის წესიდან გამონაკლისიც: თუ კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნებას მოითხოვს გარდაცვლილის ნათესავი ან კანონიერი წარმომადგენელი, სასამართლო, საგამომძიებლო ორგანოები, ან ეს აუცილებელია საზოგადოებრივი უსაფრთხოების, სხვათა უფლებებისა და თავისუფლებების დასაცავად.²⁹

„პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონში ცალკე თავი ეძღვნება პირადი ცხოვრების კონფიდენციალობასა და ხელშეუხებლობას, რითაც დასტურდება მისი განსაკუთრებული მნიშვნელობა.³⁰ ავადმყოფობისა და მისი პროგნოზის შესახებ ავადმყოფის ახლო ნათესავების ინფორმირებას შეიძლება ორი მიზანი ჰქონდეს: ა) ავადმყოფობის სავარაუდო შედეგისა და მისი ხანგრძლივობის შესახებ საქმის კურსში ჩაყენება; ბ) ოჯახში საფრთხის შემცველი ინფექციური ავადმყოფობის გავრცელების თავიდან აცილების მიზნით. ამ მიზნის მისაღწევად დასაშვებია შესაუღლებელი პი-

25 Бухар В., 1978, Врачебная тайна, «Здоровье», №6, 18, 19.

26 Красавчикова Л., 1983, Личная жизнь граждан под охраной закона, М., 13.

27 კანონი „პაციენტთა უფლებების შესახებ“, 28-ე მუხლი, 29-ე მუხლის „ა“ და „ბ“ პუნქტები; კანონი „საექიმო საქმიანობის შესახებ“, 48-ე და 49-ე მუხლები.

28 Петрухин И., 1989, Личная жизнь: пределы вмешательства, М., 26-28.

29 „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის 42-ე მუხლი.

30 იხ. „პაციენტის უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონის მეხუთე თავი.

კონფერენციის შრომები

რების აგადმყოფობის შესახებ ინფორმირება. მოცემული არის არატანსა-
ლი ოჯახისა და ავადმყოფი შთამომავლობის გაჩენის თავიდან აცილების
ერთ-ერთი წინაპირობა.³¹ ამდენად, პაციენტის თანხმობა არის კონფიდენ-
ციალური ინფორმაციის გასამჟღავნებლად აუცილებელი პირობა, ხოლო
პაციენტის „სწავლების ობიექტად“ გამოყენებას სჭირდება მისი „ინფორ-
მირებული თანხმობა“. გამონაკლისია, როცა ინფორმაციის გაუმჟღავნებ-
ლობა საფრთხეს უქმნის მესამე პირის სიცოცხლეს ან ჯანმრთელობას.³²

შესაძლებელია აივ ინფიცირებულის/შიდსით დაავადებულის შესახებ
ინფორმაციის გაცემა, თუ აივ ინფიცირებულის/შიდსით დაავადებულის-
გან მიღებულია ინფორმირებული თანხმობა; აივ ინფიცირებულის/შიდსით
დაავადებული წინასწარ განაცხადებს წერილობითი ფორმით თანხმობას
მისი გარდაცვალების შემთხვევაში ინფორმაციის გაცემის შესახებ. ასევე,
დასაშვებია ამ ინფორმაციის გაცემა სასწავლო ან სამეცნიერო მიზნით,
თუმცა მონაცემები ისე უნდა გადმოიცეს, რომ პირის იდენტიფიკაცია შე-
უძლებელი იყოს.³³ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დადგენი-
ლია პროფესიული მოვალეობების შესრულებისას სხვისთვის შიდსის გა-
უფრთხილებლობით შეყრისთვის (131-ე მუხლი).³⁴

ამასთან, სამედიცინო საიდუმლობის შელახვისას, სამედიცინო დაწე-
სებულების წინაშე შეიძლება დადგეს პასუხისმგებლობა (საქ. სამოქალა-
ქო კოდექსის (შემდგომში _ სსკ-ის) 1007-ე მუხლი). თუ აღნიშნულს მოჰ-
ყვა ქონებრივი ან/და არაქონებრივი ზიანი, მნიშვნელოვანია მის მიმართ
სსკ-ის 413-ე და 992-ე მუხლების გავრცელება. რაც შეეხება სამედიცინო
დაწესებულებაში არასწორად წარმოებულ პროცედურას, შეიძლება მან
გამოიწვიოს ღირსებისა და პატივის, პირადი ცხოვრების ხელყოფა, რა
შემთხვევაშიც პიროვნული უფლებები უნდა იყოს დაცული სსკ-ის მე-18 და
992-ე მუხლებზე დაყრდნობით.³⁵

4. პაციენტის პირადი ავტონომიის ხელყოფის იურიდიული შედეგები

ინფორმირებული თანხმობის გარეშე, სამედიცინო მომსახურების ხელშე-
კრულება არ დაიდება. შესაბამისად, ექიმსა და პაციენტს შორის ურთიერთო-
ბა დაეფუძნება დელიქტური სამართლის ან დავალების გარეშე სხვისი საქმე-

31 Петрухин И., 1989, Личная жизнь: пределы вмешательства, М., 29.
32 ასლანიშვილი ვ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბ., გვ. 180.
33 „აივ ინფექცია/შიდსის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-19 მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ და „ბ“ პუნქტები, მე-4 ნაწილი, „პაციენტის უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონის 27-ე მუხლი, 28-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის „გ“ პუნქტი, „საექიმო საქმიანობის შესახებ“ კანონის 48-ე მუხლი.
34 იხ. კვაჭაძე მ., მანჯავიძე ი., კვანტალიანი ნ., მირზიკაშვილი ნ., გვენეტაძე ნ., აზაურაშვილი გ., 2011, წიგნი პაციენტებისთვის „ადამიანის უფლებები და ჯანდაცვა“ (გზამკვლევი), თბ., გვ. 35-36.
35 ბიჭია მ., 2012, პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბ., გვ. 282-283.

კონფერენციის შრომები

ების შესრულების ნორმებს. ამასთან, სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა წარმოიშობა მაშინ, როცა სამედიცინო ჩარევისას სამედიცინო დაწესებულება არღვევს სახელშეკრულებო ვალდებულებას. თუმცა, სამედიცინო ჩარევისას, პაციენტის თანხმობის მიუხედავად, მედიცინის მუშაკი შეიძლება თავისი მოქმედებებით შეთანხმებული მანიპულაციების ფარგლებს გასცდეს პაციენტის ორგანიზმის აგებულების (სტრუქტურის) სპეციფიკური თვისებების გამო ან სხვა ობიექტური მიზეზებით და გამოიწვიოს პაციენტის სიცოცხლის ან ჯანმრთელობის დაზიანება. ამ შემთხვევაში, წარმოიშობა დელიქტური ვალდებულება.³⁶ ფაქტობრივად, სახელშეკრულებო და დელიქტური პასუხისმგებლობა ერთმანეთთან კუმულაციურ დამოკიდებულებაშია. შესაბამისად, როცა ექიმი დებს ხელშეკრულებას, მან უნდა დაიცვას როგორც სახელშეკრულებო, ისე დელიქტური სამართლის ნორმები.³⁷

პაციენტს ან მის კანონიერ წარმომადგენელს შეუძლია სასამართლო წესით მოითხოვოს კომპენსაცია ქონებრივი და არაქონებრივი ზიანისა, რომლებიც გამოწვეულია: ა.ა) პაციენტის უფლებების დარღვევით; ა.ბ) მცდარი სამედიცინო ქმედებით („პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონის მე-10 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი).³⁸ ერთ-ერთი ასეთი უფლებაა პაციენტის პირადი ავტონომიის დაცვის უფლება.

ა. ქონებრივი ზიანი ანაზღაურება

ზიანის ანაზღაურებაზე ვალდებულმა პირმა უნდა აღადგინოს ის მდგომარეობა, რომელიც იარსებებდა, რომ არ დამდგარიყო ანაზღაურების მავალდებულებელი გარემოება. თუ დაზიანდა სხეული ან ჯანმრთელობა, რასაც მოჰყვება დაზარალებულისთვის შრომის უნარის წართმევა ან შემცირება, ანდა მოთხოვნილებების გაზრდა, დაზარალებულს უნდა აუნაზღაურდეს ზიანი ყოველთვიური სარჩოს გადახდით (სსკ-ის 408-ე მუხლის პირველი და მეორე ნაწილები). ამასთან, ამავე მუხლის მესამე ნაწილის თანახმად, დაზარალებული უფლებამოსილია, მოითხოვოს მკურნალობის ხარჯები წინასწარ. ეს წესი გამოიყენება მაშინ, როცა აუცილებელია პროფესიული გადაამზადება.

ამდენად, მატერიალური ზიანი მოიცავს იმ ხარჯებს, რომლებიც უკვე პაციენტმა გასწია. ასევე იმ ხარჯებს, რომლებსაც სამომავლოდ საჭიროებს ის.³⁹

36 Берилло М. С., 2011, Договорная и деликтная ответственность: Особенности применения в медицинской сфере, Вестник Омского университета, Серия «Право», №2 (27), 95-97.

37 Deutsch E., 1999, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht, 4. Aufl., Heildeberg, 120.

38 იბ. კვაჭაძე მ., მანჯავიძე ი., კვანტალიანი ნ., მირზიკაშვილი ნ., გვენეტაძე ნ., აზურაშვილი გ., 2011, წიგნი პაციენტებისთვის „აღამიანის უფლებები და ჯანდაცვა“, გამკველვი, თბ., გვ. 8, 117.

39 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2014 წლის 28 მაისის გადაწყვეტილება (№ას-260-244-2014).

კონფერენციის შრომები

ბ. არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურება

არაქონებრივი ზიანი ფიზიკური და/ან სულიერი ტანჯვაა, რომელსაც შეიძლება მოჰყვეს უარყოფითი ფსიქიკური რეაქცია (შედეგი).⁴⁰

არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურება შეიძლება მხოლოდ კანონით ზუსტად განსაზღვრულ შემთხვევებში (სსკ-ის 413-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი). ერთ-ერთ საქმეზე სასამართლომ აღნიშნა, რომ დელიქტის შედეგად ჯანმრთელობის დაზიანების ფაქტი თავისთავად დაზარალებულს ანიჭებს უფლებას, მოითხოვოს ანაზღაურება არაქონებრივი (მორალური) ზიანისათვის. ჯანმრთელობის დაზიანება უკვე გულისხმობს, რომ დაზარალებულმა განიცადა ტკივილი და სულიერი ტანჯვა როგორც თვით დაზიანების მიღებისას, ასევე მკურნალობის პროცესში (განსაკუთრებით თუ მკურნალობა ხანგრძლივ დროს მოითხოვდა).⁴¹

საინტერესოა სხვა საქმეც, რომელზეც აღინიშნა, რომ პაციენტს თანდაყოლილი კატარაქტა ჰქონდა, ანუ ერთი თვალიდან იგი ფაქტობრივად ვერ ხედავდა. პაციენტი ელოდებოდა სრულწლოვანების ასაკის მიღწევას, რათა ოპერაცია გაეკეთებინა. მას ჰქონდა რწმენა, რომ ოპერაციის შედეგად გამოუსწორდებოდა როგორც მხედველობა, ისე მისი გარეგნული/ვიზუალური მხარეც, თუმცა მისმა არასაკმარისმა ინფორმირებულობამ გამოიწვია პაციენტისთვის არამართებული მოლოდინის შექმნა, რამაც, საბოლოო ჯამში, ოპერაციის შემდგომ, პაციენტის იმედგაცრუება გამოიწვია. მას შეექმნა ლეგიტიმური ეჭვი იმის თაობაზე, რომ ოპერაცია წარუმატებელი იყო არა იმიტომ, რომ აღნიშნული სიმართლეს შეესაბამებოდა, არამედ იმიტომ, რომ მისი ინფორმირებულობა საერთაშორისო სტანდარტების დარღვევით მოხდა. სსკ-ის 413-ე მუხლი ჯანმრთელობის დაზიანებაში უშედეგო მკურნალობასაც მოიაზრებს. თავისი შინაარსით, პაციენტის არასაკმარისი ინფორმირებულობა, რამაც გამოიწვია მისთვის ოპერაციის წარუმატებლად ჩატარებისა და სასურველი შედეგის მიუღწევლობის რწმენა, ასევე შეიძლება ამ კატეგორიაში მოექცეს, ვინაიდან ის ფსიქოემოციური განცდები, რომლებიც ოპერაციის შემდგომ პერიოდში პაციენტს გააჩნდა, არაფრით განსხვავდება იმ განცდებისგან, რომლებსაც იგი რეალურად, ოპერაციის წარუმატებლობის შემთხვევაში განიცდიდა.⁴²

ამავე დროს, პაციენტის ავტონომია ასოცირდება ადამიანურ ღირსებასა და პიროვნული განვითარების თავისუფლებასთან. ნებისმიერ გონიერ ადამიანს აქვს უფლება, დამოუკიდებლად გადაწყვიტოს საკუთარი სხეულის ბედი. სამედიცინო ჩარევისას ექიმის მიერ ამ უფლების უგულებელყოფა, პაციენტის პიროვნულ ღირსებას შეურაცხყოფს. შესაბამისად,

40 იხ. ჩიკვაშვილი შ., 2003, პასუხისმგებლობა მორალური ზიანისთვის, თბ., გვ. 26-27.
41 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 22 იანვრის განჩინება (№ას-1102-1038-2015).
42 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 28 თებერვლის გადაწყვეტილება (N28/2951-18).

კონფერენციის შრომები

ინფორმაციაზე პაციენტის უფლება, როგორც ადამიანური ღირსების განმსაზღვრელი ელემენტი, მოექცევა სსკ-ის მე-18 მუხლის დაცვის სფეროში, სამედიცინო დაუდევრობამ კი შეიძლება არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების საფუძველი შექმნას.⁴³

აღნიშნულთან დაკავშირებით, საგულისხმოა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკიდან ერთ-ერთი საქმე, რომელზეც დადგინდა, რომ კანონმდებლობა უნდა აწესებდეს სახელმწიფოს მოვალეობას, დროულად განახორციელოს სამედიცინო მომსახურება უარყოფითი შედეგების თავიდან ასაცილებლად. სახელდობრ, პაციენტს უნდა შეეძლოს დიაგნოსტიკური მომსახურების მიღება კანონიერი აბორტის გაკეთებასთან დაკავშირებით ინფორმირებული გადაწყვეტილების უფლების რეალიზაციისთვის. ამ წესის არარსებობისას, სახელმწიფო განმცხადებლის პირადი ცხოვრების ეფექტიან დაცვას ვერ უზრუნველყოფს, რაც შეიძლება არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების საფუძველი გახდეს.⁴⁴

ამდენად, პაციენტის პირადი ავტონომიის დარღვევამ შეიძლება გამოიწვიოს პირადი სიკეთის (ღირსება, პირადი ცხოვრების საიდუმლოება და სხვა) ხელყოფა, რაც ქმნის სსკ-ის მე-18 მუხლის გამოყენების საფუძველს.

დასკვნა

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია პაციენტის პირადი ავტონომიის გათვალისწინება, რაც უკავშირდება ადამიანის ღირსების დაცვას. ადამიანის პატივისცემის მოთხოვნას მოიცავს ღირსებაც, რომელიც თითოეულ ადამიანს აქვს. ავტონომიის საფუძველიც, თავის მხრივ, ღირსებაა, რის გამოც ადამიანებს აქვთ ავტონომიური უფლებები. ერთ-ერთი ასეთი უფლებაა სწორედ პაციენტის პირადი ავტონომიის პატივისცემის უფლება. ის, თავის მხრივ, ინფორმირებული თანხმობის გამოყენებას უკავშირდება. პაციენტის ინფორმირებული თანხმობის გარეშე სხეულის ან ჯანმრთელობის დაზიანებით, შეიძლება შეილახოს სასამართლოს სუბიექტის თავისუფლება. მან თავად უნდა განსაზღვროს, რა უყოს თავის სხეულსა და ჯანმრთელობას. აქ ამოსავალია ზოგადი პიროვნული უფლების დაცვა, რათა არ იყოს პაციენტის ნება უგულებელყოფილი. თუმცა, გარკვეულ შემთხვევებში, თუ გადაუდებელი დახმარებისას პაციენტის თანხმობის არარსებობის პირობებში პაციენტის ჯანმრთელობასა და სიცოცხლეს ხელყოფის საფრთხე ექმნება, ექიმს ეკისრება პროფესიული სტანდარტების დაცვა - პაციენტის ინტერესებიდან გამომდინარე, მკურნალობის ჩატარება.

ამასთან, პაციენტის პირადი ინტერესების დაცვის გათვალისწინებით, არაა მართებული ტერმინის „საექიმო საიდუმლოება“ გამოყენება, რათა

43 თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2018 წლის 12 მარტის გადაწყვეტილება (N213-14).

44 Case of R.R. v. Poland, fourth section, Application no. 27617/04, 26 May of 2011.

კონფერენციის შრომები

მიხეილ ბიჭია

არ დავიწროვდეს ამ პროფესიული საიდუმლოების დაცვაზე პასუხისმგებელ პირთა წრე. ამ შემთხვევაში, მიზანშეწონილია გამოიყენებოდეს ტერმინი „სამედიცინო საიდუმლოება“.

კვლევით დადგინდა, რომ ინფორმირებული თანხმობის არარსებობისას, შეიძლება წარმოიშვას როგორც ქონებრივი, ისე არაქონებრივი ზიანი. შესაბამისად, ამ შემთხვევაში გამოიყენება სსკ-ის 413-ე მუხლის მე-2 ნაწილი, რათა ჯანმრთელობის ხელყოფისას მიყენებული არამატერიალური ზიანი ანაზღაურდეს.

განსაკუთრებით აქტუალურია ინფორმირებული თანხმობის გარეშე ჩატარებული სამედიცინო ჩარევისას დამდგარი მორალური ზიანის ანაზღაურება, რომელიც პაციენტის ინტერესების დაცვის ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს საშუალებად განიხილება. თუ პაციენტის პირადი ავტონომიის დარღვევამ განაპირობა პირადი სიკეთეების (ღირსება, პირადი ცხოვრების საიდუმლოება და სხვა) შელახვა, მიზანშეწონილია სსკ-ის მე-18 მუხლით დადგენილი წესების გამოყენება.

FEATURES OF PROTECTING THE PATIENT'S PERSONAL AUTONOMY AND OF GIVING INFORMED CONSENT (Georgian and European approaches)

Michael Bichia

*Doctor of Law, Visiting Lecturer of the TSU Law Faculty,
Associate Professor of European Teaching University, Advocate*

KEY WORDS: Patient, Autonomy, Informed

RESUME

Protecting patients' personal autonomy is one of the most pressing issues in medicine as well as in law. In this sense, the aim of the study is to determine the essence of the patient's personal autonomy and the legal consequences of infringement in personal interests. It is particularly interesting to determine the characteristics of informed consent by analyzing Georgian and European approaches. Furthermore, it is important to study medical secrets.

It seems that ensuring a patient's personal autonomy is based on the respect towards an individual and the rules on giving informed consent. It turned out that informed consent should be voluntarily issued before medical intervention, be understood and provided in a simple language for the patient. Georgia has to consider a well-accepted approach in Europe that informed consent is seen as a component of respect for private life, while medical intervention without a consent of patient constitutes a violation of the private life. Exceptions might exist, such as - emergency situations.

However, it was found that it is advisable to use the term "medical secrets" instead of the term "doctoral secrets" in order to protect the personal interests of the patient and to avoid narrowing the circle of those responsible for.

According to the research, the lack of informed consent can cause both material and non-material damage. It is particularly important to avoid non-determination of health and causing non-material damage during medical interventions without informed consent. It is recommended to extend the provisions of Article 413 of the

კონფერენციის შრომები

Civil Code of Georgia to this case. Additionally, if personal virtues (dignity, privacy, etc.) have been violated while breaching a patient's personal autonomy, the rules set forth in Article 18 of the Civil Code should apply.

NOTES:

1. Aslanishvili K., Jibuti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili N., 2011, Human Rights in Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, 171-172. (In Georgian)
2. See ChaCibaia T., 2005, Bioethical aspects of legal norms of medical practice, Tb., 47-48. (In Georgian)
3. Dietmar von der Pfordten, 2009, Zur Würde des Menschen bei Kant, In Fünf Untersuchungen "Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant", 1. Auflage, Mentis, Paderborn, Verlag C.H. Beck, 11. (In German)
4. Martini S., Die Formulierung der Menschenwürde bei Immanuel Kant in: Vortragskript eines im WiSe 2005/06 gehaltenen Referats im Rahmen des rechtsphilosophischen Seminars "Die aktuelle Werte-Debatte" bei Prof. Klaus Adomeit (Freie Universität Berlin), 5-7. (In German)
5. See Pfordten Dietmar von der, 2009, Zur Würde des Menschen bei Kant, In Fünf Untersuchungen "Menschenwürde, Recht und Staat bei Kant", 1. Auflage, Mentis, Paderborn, Verlag C.H. Beck, 19. (In German)
6. Schaber P., 2012, Menschenwürde und Selbstverfügung, Zurich, In: Byrd, Sharon B; Hruschka, Joachim; Joerden, Jan C. Themenschwerpunkt: Recht und Ethik im Werk von Jean-Jacques Rousseau. Berlin, 319. (In German)
7. Decision of the Board of Civil Cases of Tbilisi City Court of 12 March 2018. (N213-14) (In Georgian)
8. Case of Pretty v. UK, no. 2346/02, 29 April of 2002. (In English)
9. Case of Y. F. v Turkey, no. 24209/94, 22 July of 2003. (In English)
10. See Kvatchadze M., Manjevidze I., Kvantaliani N., Mirzikashvili N., Gvenetadze N., Azaurashvili G., 2011, A Book for Patients "Human Rights and Health Care", A Guidebook, Tb., 22-23. (In Georgian)
11. Aslanishvili K., Jibuti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili N., 2011, Human Rights in Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, 171-172; See ChaCibaia T., 2005, Bioethical aspects of legal norms of medical practice, Tb., 45. (In Georgian)
12. Case of A.S. v Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August of 2006. (In English)
13. Decision of the Board of Civil Cases of Tbilisi City Court of 12 March 2018. (N213-14) (In Georgian)
14. Hyslop E., 2015, European Causation in Tort Law: a Comparative Study with emphasis on Medical Law in the United Kingdom, Germany

კონფერენციის შრომები

- and Frand and Luxembourg, A thesis submitted for a degree of PhD, Luxembourg, 169. (In English)
15. Case of Konovalova v. Russia, No. 37873/04, 9 October of 2014; about a similar aspect see Case of A.S. v. Hungary, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August of 2006. (In English)
 16. Case of V.C. v. Slovakia, no. 18968/07, 8 November of 2011. (In English); Decision of Civil Cases of Tbilisi appeal Court of 12 February 2019. (N2B/2951-18) (In Georgian)
 17. Ehmann H., 2005, Der Begriff des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Grundrecht und als absolute-subjektives Recht, in: Festschrift für Apostolos Georgiades, Athen; München, 128. (In German); Ehmann H., 2013, The notion of general personal right as a fundamental right and an absolute right, translated by Bichia M., “Journal of Law”, N2, 239. (In Georgian)
 18. Gallwas Hans-Ullrich, 2014, Schranken der Informationsfreiheit durch informationelle „Rechte anderer“ oder das „informationelle Drittverhältnis“, In Buch: “ Recht der Daten und Datenbanken im Unternehmen”, Zugleich Festgabe Jochen Schneider zum 70. Geburtstag, Ed. by Conrad, Isabell / Grützmacher, Malte, 357. (In German)
 19. Aslanishvili K., Jibuti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili N., 2011, Human Rights in Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, 229-230. (In Georgian)
 20. Hyslop E., 2015, European Causation in Tort Law: a Comparative Study with emphasis on Medical Law in the United Kingdom, Germany and Frand and Luxembourg, A thesis submitted for a degree of PhD, Luxembourg, 283. (In English)
 21. Case of V. C. v. Slovakia, fourth section, Application no.18968/07, 8 November of 2011. (In English) Sterilization of the applicant without his informed consent deserves criticism. see Mižigárová v. Slovakia, no. 74832/01, 14 December of 2010. (In English)
 22. Aslanishvili K., Jibuti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili N., 2011, Human Rights in Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, 229-230. (In Georgian)
 23. See ChaCibaia T., 2005, Bioethical aspects of legal norms of medical practice, Tb., 53. (In Georgian)
 24. Law of Georgia on Health Care, article 3, item “CH”. (In Georgian)
 25. Bukhar V., 1978, Medical Secret, “Health”, №6, 18, 19. (In Russian)
 26. Krasavchikova L., 1983, The personal life of citizens under the protection of the law, M., 13. (In Russian)
 27. Law of Georgia “on Patient Rights“, article 28, “a” and “b” items of article 29; Law of Georgia “On Medical Practice“, articles 48 and 49. (In Georgian)
 28. Petrukhin I., 1989, Personal life: the limits of intervention, M., 26-28. (In Russian)
 29. Law of Georgia on Health Care, article 42. (In Georgian)
 30. See Law of Georgia “on Patient Rights“, Chapter Five. (In Georgian)
 31. Petrukhin I., 1989, Personal life: the limits of intervention, M., 29. (In Russian)
 32. Aslanishvili K., Jibuti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze

კონფერენციის შრომები

- N., Meishvili Z., Mirzikashvili N., 2011, Human Rights in Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, 180. (In Georgian)
33. Law of Georgia “On HIV Infection/AIDS”, article 19 part 3 - “a” and “b” items, part 4, Law of Georgia “on Patient Rights”, article 27, article 28 part 1 item “c”, Law of Georgia “On Medical Practice”, article 48. (In Georgian)
34. See Kvatchadze M., Manjevidze I., Kvantaliani N., Mirzikashvili N., Gvenetadze N., Azaurashvili G., 2011, A Book for Patients “Human Rights and Health Care”, A Guidebook, Tb., 8, 117. (In Georgian)
35. Bichia M., 2012, Protection of private life under Georgian civil law, Tb., 282-283. (In Georgian)
36. Berilo M. C., 2011, Contractual and tort liability: Features of application in the medical field, Bulletin of Omsk University, Series “Law”, №2. (27), 95-97. (In Russian)
37. See Deutsch E., 1999, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht, 4. Auflage, Heildeberg, 120. (In German)
38. See Kvatchadze M., Manjevidze I., Kvantaliani N., Mirzikashvili N., Gvenetadze N., Azaurashvili G., 2011, A Book for Patients “Human Rights and Health Care”, A Guidebook, Tb., 35-36. (In Georgian)
39. Judgment of the Chamber of Civil Affairs of the Supreme Court of Georgia of 28 May 2014. (№as-260-244-2014) (In Georgian)
40. See Chikvashvili Sh., 2003, Liability for moral damages, Tb., 26-27.. (In Georgian)
41. SCGD 22.01.2016. (№as-1102-1038-2015) (In Georgian)
42. Decision of the Tbilisi appeals Court of civil cases chamber, 28 February of 2018. (N2b/2951-18) (In Georgian)
43. Decision of the Board of Civil Cases of Tbilisi City Court of 12 March 2018. (N213-14) (In Georgian)
44. Case of R.R. v. Poland, fourth section, Application no. 27617/04, 26 May of 2011. (In English)

კონფერენციის შრომები

უცხოური სამართლის კვალიფიკაციის საკითხი საერთაშორისო კერძო სამართალში

თამარ მსხვილიძე

აღმოსავლეთ ევროპის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის
დოქტორანტი, ქუთაისის უნივერსიტეტის აფილირებული ასისტენტი

საკვანძო სიტყვები: ფაქტი, სამართალი, დოქტრინა

შესავალი

უცხოური სამართალი საერთაშორისო კერძო სამართლის გულად იწოდება. სამართლის კონფლიქტის ქეშმარიტი გადაჭრა შეუძლებელია, ვიდრე არ დადგინდება უცხოური სამართლის არსი. საკითხი იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა დაადგინოს სასამართლომ კოლიზიური ნორმის მითითებით გამოსაყენებელი უცხოური სამართლის შინაარსი, დიდწილადაა დამოკიდებული ამ სამართლის კვალიფიკაციაზე. აღნიშნულთან დაკავშირებით, არსებობს ერთმანეთისაგან განსხვავებული პოზიცია. კონტინენტური ევროპის ქვეყნების უმრავლესობა მხარს უჭერს მიდგომას, რომ უცხოური ნორმა არის „სამართლის“ საკითხი. ანგლო-ამერიკული სისტემა თანმიმდევრულად მომხრეა უცხოური სამართლის განსაზღვრის, როგორც „ფაქტის“. ინგლისში შენარჩუნებულია ხისტი პოზიცია უცხოური სამართლის, როგორც ფაქტის იურისდიქციისა, თუმცა ამერიკაში გამოიკვეთა ტენდენცია მისი სამართლებრივი ასპექტების შესახებ.

1. ანგლო-ამერიკული სამართლის მიდგომა - უცხოური სამართლის ნორმა, როგორც ფაქტი

ანგლო-ამერიკული სამართლის სისტემის ქვეყნების დოქტრინის მიხედვით, უცხოური ნორმა არის არა სამართლის, არამედ ფაქტის საკითხი¹,

¹ ამ შეხედულების თეორიული დასაბუთების მიხედვით, რადგან სასამართლოს აქვს მხოლოდ თავისი სამართლის გამოყენების შესაძლებლობა, საქმის ყველა დანარჩენი ელემენტი განიხილება

კონფერენციის შრომები

ანუ ნორმის შინაარსის დადგენა ხდება სასამართლოში მტკიცებულებების წარდგენის გზით იმ მხარეთა მიერ, რომლებიც მასზე ამყარებენ თავიანთ მოთხოვნას ისე, როგორც ეს ხდება ჩვეულებრივი ფაქტების დადგენისას.² ამდენად, მხარემ უნდა წარმოადგინოს უცხოური კანონმდებლობის შინაარსის დადგენის ისეთი მტკიცებულებები, რაც დააკმაყოფილებს სასამართლოს³.

ანგლო-ამერიკული სასამართლო პრაქტიკა ამ თეორიის გამოყენების რამდენიმე კლასიკურ ილუსტრაციას გვთავაზობს. საქმეში *Cuba R. R. v. Crosby*⁴ მოსარჩელემ, რკინიგზის თანამშრომელმა, მანქანის ნაკლის გამო დაკარგა ხელი. ეს მას შემდეგ მოხდა, რაც რკინიგზის ადმინისტრაციას არსებული დეფექტის შესახებ შეატყობინა და მისი აღმოფხვრის დაპირება მიიღო. ქვემდგომმა ინსტანციამ განაცხადა, რომ კუბური სამართალი განსხვავდებოდა ადგილობრივისაგან. ამიტომ, მოპასუხეს გააჩნდა მისი მტკიცებისა და დადგენის ტვირთი. უზენაესმა სასამართლომ უარყო დელიქტური სარჩელი, რადგან კუბის სამართლის შესახებ არავითარი მტკიცებულება არ იქნა წარდგენილი. *Walton v American Arabian Oil Co*⁵ საქმეში, მოსამართლის გადაწყვეტილებით, სარჩელი არ დაკმაყოფილდა, რადგან მოსარჩელემ განიცადა მარცხი შესაბამისი უცხოური სამართლის დადგენისას. თავად მოსარჩელე კი უთითებდა საუდის არაბეთის სამართლის ნორმის შესაძლო დაუმტკიცებლობაზე, რადგან იგი „არაცივილიზებული“ ქვეყნის სამართალს განეკუთვნებოდა.

ბოგიერთი ქართველი ავტორის აზრით, „ფაქტის“ დოქტრინა არათანმიმდევრულია, რაც გამოიხატება იმით, რომ თუ უცხო ქვეყნის სამართლის არსის დადგენა ფაქტის საკითხია და, აქედან გამომდინარე, ამ ფაქტის დამტკიცების ტვირთი მხარეებს ეკისრებათ, მაშინ ფაქტის დაუმტკიცებლობის არახელსაყრელი შედეგი უნდა დაეკისროს იმ მხარეს, რომელსაც უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმის შინაარსის, როგორც ფაქტის დამტკიცების ტვირთი ეკისრებოდა. ფაქტის დაუმტკიცებლობის არახელსაყრელი შედეგი კი გამოიხატება იმაში, რომ სასამართლომ, თავისი გადაწყვეტილებით, უარი უნდა უთხრას მხარეს, რომელმაც ვერ დაამტკიცა უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმის შინაარსი თავისი მოთხოვნის (შესაგებლის) დაკმაყოფილებაზე.⁶ თუ სამართლის ნორმის დადგენა წარმოადგენს მხო-

ფაქტად, რომელიც უნდა დადასტურდეს. Alexander Gregory S., 1975. The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts. Northwestern University Law Review <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/260> 605,606. Stern William B., 1957. Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof. <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol45/iss1/2> 24-26.

2 Dicey and Morris on The Conflict of Laws, 1987. eleventh edition, volume 1, Stevens & Sons Limited, 217.

3 Briggs A., 2013. The Conflict of laws, Third Edition, Clarendon Law Series, 7.

4 *Cuba R.R. v. Crosby* 222 U.S. 473 1912 NUSSBAUM A., 1941. The Problem of Proving Foreign Law, Volume 50, Issue 6, Yale Law Journal, 1027, 1035. www.digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol50/iss6/2

5 *Walton v. American Arabian Oil Co.* 233 F.2d 541, 2d Cir. 1956 Cases and Materials on Conflict of Laws, 1996. Maurice Rosenberg, Peter Hay, Russell J. Weintraub, tenth edition, The Foundation Press, Inc.

6 ლილუაშვილი თ., 2001. საერთაშორისო კერძო სამართალი, თბ, 147.

კონფერენციის შრომები

ლოდ ფაქტის საკითხს, მაშინ დაუმტკიცებლობამ უნდა გამოიწვიოს ის შედეგი, რაც წარმოიშობა ფაქტის დაუდგენლობის შემთხვევაში. კერძოდ, სასამართლო უარს ეტყვის მხარეს თავისი მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე. ეს კი ასე არ არის, რადგან სასამართლო ვალდებულია, დაუდასტურებლობის შემთხვევაში, თავის ეროვნულ კანონმდებლობას მიმართოს.

ინგლისში უცხოური სამართალი მიჩნეულია ფაქტის საკითხად,⁷ ანუ უცხოური სამართლის გამოყენების მოთხოვნა და მტკიცება უნდა მოხდეს თავად დაინტერესებული მხარის მიერ.⁸ სასამართლოს არ აქვს თავისი ნებით ამ საკითხის წამოჭრის ვალდებულება. ინგლისურ იურიდიულ ლიტერატურაში მიუთითებენ, რომ: უცხოური სამართალი - ეს არის ფაქტი და არა სამართალი (კანონი); როგორც ფაქტი, იგი უნდა დამტკიცდეს, რამდენადაც ის უცნობია სასამართლოსათვის. ამასთან, უნდა დამტკიცდეს სპეციალისტის მიერ.⁹ აქედან გამომდინარე, როგორც სხვა ნებისმიერი ფაქტი, უცხო ქვეყნის სამართალიც უნდა დადასტურდეს სათანადო მტკიცებულებით, რადგან ის განსაკუთრებული სახის ფაქტია. მტკიცებულება წარდგენილ უნდა იქნას იმ მოწმეთაგან, რომელთაც გააჩნიათ უცხოური კანონმდებლობის ექსპერტიზის შესაბამისი ხარისხი.¹⁰

ლორდმა პარკერმა ერთ-ერთ ადრეულ საქმეში¹¹ განაცხადა: „ჩვენი სასამართლოები თითოეულ გადაწყვეტილებას იღებენ საკუთარი სამართლის გამოყენებით, საქმეში არსებული ფაქტების სათანადო მტკიცებულებებით დადგენის გზით. ერთ-ერთი ასეთი ფაქტი შეიძლება იყოს უცხო სახელმწიფოს სამართალი, მაგრამ ის არ არის უცხოური სამართალი, ის ჩვენი სამართლის მიერაა არჩეული“.

ტრადიციულად, ამერიკული სასამართლოები უცხოურ სამართალს განიხილავდნენ როგორც ფაქტს, რომელიც უნდა დადასტურდეს ზოგადად მტკიცებულებათა შესახებ წესების შესაბამისად.¹² მხარეებს ეკისრებოდათ მისი დადგენის ტვირთი და მოსამართლე ენდობოდა მათ შემოთავაზებულ მტკიცებას.¹³ აღნიშნული პოზიცია თეორიულად დაასაბუთა ამერიკელმა მეცნიერმა ჯოზეფ ბილმა: „რადგან ერთადერთი სამართალი, რომელიც შესაძლებელია გამოყენებულ იქნას სახელმწიფოში, არის თავად ამ სახელმწიფოს სამართალი, უცხო ქვეყნის არანაირ სამართალს არ აქვს აქ კანონის ძალა. სასამართლო ქვეყნის სამართალი წარმოადგენს ერთადერთ, გაბატონებულ სამართალს. უცხოური სამართალი კი საქმის წარმოებისას არის ფაქტი.“¹⁴

7 O'Brien J., 1999. conflict of laws, second edition, Cavendish Publishing Limited, 24.

8 Rogerson P., 2013. Collier's Conflict of Laws Cambridge University Press Fourth Edition, 47.

9 Fentiman R., 1998. Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law, Oxford 286,287.

10 O'Brien J., 1999. conflict of laws, second edition, Cavendish Publishing Limited, 26.

11 Dynamit Actien-Gesellschaft v Rio Tinto Co 1918 Cheshire G.C., 1955. Private International Law oxford at the clarendon press 35,36.

12 Trooboff P., 2006. Proving Foreign Law, The National law journal, The Weekly Newspaper for The Legal Profession, Monday, September 18 www.nationallawjournal.com

13 Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 59 Buff. L. Rev. 1252.

14 Mccomish J., 2007. Pleading and proving foreign law in Australia, Melbourne University Law Re-

კონფერენციის შრომები

თამარ მსხვილიძე

გასული საუკუნის განმავლობაში, „ფაქტის“ დოქტრინამ გარკვეულ-წილად დაკარგა პოპულარობა და უცხოური სამართალი ისევე მკაცრად აღარ აღიქმება ფაქტად. 15 ანუ უცხო ქვეყნის სამართალი განიხილება როგორც ფაქტი, რომელსაც სამართლებრივი საკითხი უდევს საფუძვლად. ეს ცვლილება გამოიწვია სამოქალაქო სამართალწარმოების შესახებ ფედერალური წესების 44.1 ნორმამ,16 რომლის თანახმად, უცხოური სამართლის განსაზღვრისას, შესაძლოა, სასამართლომ გაითვალისწინოს ნებისმიერი რელევანტური მასალა ან წყარო, მათ შორის მხარეთა წარმოდგენილი ან მტკიცებულებათა შესახებ ფედერალური წესებით დაშვებული ჩვენებები. ამგვარად, ამ მუხლმა დააწესა, რომ სასამართლოები ექსკლუზიურად წარმართავენ გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრის პროცესს. ზოგიერთი ავტორის მოსაზრებით, უცხოური სამართალი, გარკვეული მიზნებისათვის, კვლავ რჩება ფაქტის საკითხად.17

2. კონტინენტური სამართლის მიდგომა _ უცხოური სამართალი, როგორც სამართალი

კონტინენტურ ევროპაში ფართოდ არის გავრცელებული კონცეფცია, რომლის მიხედვითაც, უცხო ქვეყნის სამართალი არის არა ფაქტის, არამედ სამართლის საკითხი. აქედან გამომდინარე, სასამართლო და არა მხარეები, ვალდებულია თვითონ, თავისი ინიციატივითა და სამსახურებრივი მდგომარეობიდან გამომდინარე, ex-officio დაადგინოს უცხო ქვეყნის სამართლებრივი ნორმის შინაარსი.18

ისტორიულად, ფრანგული დოქტრინა უცხოურ სამართალს განიხილავდა, როგორც ფაქტს, რომლის გამოყენება იმ შემთხვევაში ხდებოდა, თუ მხარე მოითხოვდა ამას. ტობიას ასერმა, საერთაშორისო კერძო სამართლის ერთ-ერთმა უპირველესმა მკვლევარმა, უპასუხა სკს-ის ძირითად შეკითხვას: „მოსამართლემ უნდა გამოიყენოს უცხოური სამართალი თავისი ინიციატივით, რადგან მისი ვალდებულებაა, თითოეული საქმე განიხილოს იმ კანონის შესაბამისად, რომელსაც მიიჩნევს გამოსაყენებლად.

view, 415 იხ ციტირება: Beale J. H., 1935. A Treatise on the Conflict of Laws, vol 1, 53.
15 Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 59 Buff. L. Rev. 1232, 1233.
16 Federal Rule of Civil Procedure 1966, <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-vi-trials/rule-44-1-determining-foreign-law/> Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 1209, 1210.
17 Alexander Gregory S., 1975. The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts. Northwestern University Law Review, 608. Miller A., 1967. Federal Rule 44.1 and the “Fact” Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine, MICH. L. REV. 613, 657.
18 დანიასა და ფინეთში უცხო ქვეყნის სამართლის მიმართ მოსამართლის დისკრეციული უფლებამოსილება შესაძლოა გარდაიქმნას ე.წ. “soft ex-officio” ვალდებულებად. რაც ნიშნავს იმას, რომ მხარის საპატიო მიზეზით დაუსწრებლობის ან კანონიერი წარმომადგენლის არყოლის შემთხვევაში, სასამართლო უფლებამოსილია მოახდინოს მხარეთა ინფორმირება უცხოური ელემენტისა და იმ სამართლებრივი შედეგების შესახებ, რაც მათ არჩევანს შესაძლოა მოჰყვეს. The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future, 2011. PART I, Legal Analysis, Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne 11, 12. <https://www.isdc.ch/>

კონფერენციის შრომები

თუკი გამოსაყენებელია უცხოური სამართალი, დაე გამოიყენოს თუნდაც არცერთი მხარე მოითხოვდეს ამას.”¹⁹ ამ კუთხით, საინტერესოა საკასაციო სასამართლოს მიერ განხილული Bisbal.²⁰ ესპანელმა ქნ. ბისბალმა გაასაჩივრა კანონის ის ნორმა, რომლითაც მას, როგორც უცხო ეროვნების წარმომადგენელს, არ ჰქონდა საფრანგეთის სასამართლოს მიერ განქორწინების მიღების უფლება. შედეგად, ამოქმედდა ფრანგული საერთაშორისო კერძო სამართლის ნორმები, რომელთა თანახმადაც, საოჯახო საკითხები წესრიგდება მხარეთა ეროვნული სამართლის მიხედვით. ეს მოსარჩელის აზრით, უნდა გაეთვალისწინებინათ მოსამართლეებს მიუხედავად იმისა, რომ საკითხი არ იყო წამოჭრილი არც პირველი და არც სააპელაციო ინსტანციის სასამართლოებში. საკასაციო სასამართლო არ დაეთანხმა მას და მიუთითა, რომ ფრანგული სკს-ის ნორმებს, რომლებიც მოითხოვენ უცხოური სამართლის გამოყენებას, არ გააჩნიათ საჭარო წესრიგის ბუნება. ასე რომ, მხარეებზეა დამოკიდებული, მოითხოვენ თუ არა მათ გამოყენებას. არავის შეუძლია დაადანაშაულოს მოსამართლე იმაში, რომ არ გამოიყენა უცხოური სამართალი თავისი ინიციატივით.

Compagnie Algerienne de Credit et de Banque v. Chemouny²¹ საკასაციო სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ფრანგ მოსამართლეს, სურვილის შემთხვევაში, შეუძლია გამოიყენოს ის უცხოური სამართალი, რომელსაც ფრანგული კოლიზიური ნორმა უთითებს. ანუ სასამართლოები არ არიან ვალდებული, გამოიყენონ უცხოური სამართალი, თუ არც ერთი მხარე არ მოითხოვს ამას, მაგრამ უფლება აქვთ, თუ ეს სურთ.

1988 წელს, თითქმის 30 წლიანი პრეცედენტული სამართლის თანმიმდევრული პოზიციის შემდეგ, საკასაციო სასამართლომ შეცვალა თავისი დამოკიდებულება და განაცხადა, რომ ფრანგულმა სასამართლოებმა კოლიზიური ნორმების მითითებით უნდა გამოიყენონ უცხოური სამართალი და იგი, შესაძლოა, ვერ ჩანაცვლდეს ფრანგული ეროვნული სამართლით.²² სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ფრანგული სკს-ის ნორმების მი-

19 Dolinger J, Spring 1995. Application, proof and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal of international and comparative law. იხ. ციტირება: T.M.C. Asser, Elements de Droit International Prive ou du Conflit Des Lois 33

20 Bisbal 12.05.1959 Cass. civ. 1re, Hartley T. C., 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, 278. www.jstor.org

21 1961Cass. civ. 1re, Dolinger J. Spring 1995. Application, proof and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal of international and comparative law.

22 Rebouh v. bennour 11.10. 1988 აღნიშნულ საქმეში გამოყენებულ იქნა ფრანგული და არა ალჟირული სამართალი მამობის დადგენის სარჩელზე, რომელიც ალჟირელმა ქალბატონმა შეიტანა იგივე ეროვნების მამაკაცის წინააღმდეგ. ქვემოთ იხსენიებული ინსტანციის გადაწყვეტილება უზენაესმა სასამართლომ უარყო, რადგან იგი ეწინააღმდეგებოდა ფრანგულ კოლიზიურ ნორმებს, რომელთა მიხედვით, მამობის დადგენის საქმეები წესრიგდება დედის ეროვნული სამართლით. Hartley T. C., 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, 279.

Schule v. Phillipe 18.10. 1988 ამ საქმეში საკასაციო სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ სააპელაციო სასამართლო შეცდა ფრანგული კანონის გამოყენებაში, რადგანაც საქმე ეხებოდა მემკვიდრეობის უფლებას, რომელიც ფრანგული საერთაშორისო კერძო სამართლის თანახმად, წესრიგდება გარდაცვლილის უკანასკნელი საცხოვრებელი ადგილის სამართლით. ამგვარად, უნდა გამოყენებულიყო შვეიცარიული სამართალი. Dolinger J., Spring 1995. Application, proof

კონფერენციის შრომები

თამარ მსხვილიძე

თითებით უცხოური სამართლის გამოყენება, რაც მანამდე იყო არჩევითი, გახდა სავალდებულო ფრანგული სასამართლოებისათვის.

ფრანგულმა საკასაციო სასამართლომ 1993 წელს აღიარა, რომ უცხო ქვეყნის სამართალი სამართლებრივი ღირებულებით უფრო გამოირჩევა, ვიდრე ფაქტთან მსგავსებით. განხილულ საქმეში განაცხადა, რომ „უცხოური სამართლის საკასაციო წესით განხილვის არარსებობის მიუხედავად, უცხო ქვეყნის კანონი სამართლის ნორმაა.“²³

საფრანგეთის საკასაციო სასამართლომ, 2005 წელს განხილულ ორ საქმეში, მკაფიო პოზიცია გააჟღერა, რომელიც დღესაც ინარჩუნებს აქტუალობას. მოსამართლემ თავისი ინიციატივით უნდა გამოიყენოს კოლიზიური ნორმა და განსაზღვროს უცხოური სამართლის ნორმები მხარეთა ხელშეუვალ უფლებებთან დაკავშირებით.²⁴ სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ყოველთვის, როცა საქმის განხილვისას კოლიზიური ნორმის გამოყენების საკითხი წამოიჭრება და მოსამართლე ჩათვლის, რომ გამოყენებას უცხოური სამართალი ექვემდებარება, მან უნდა დაადგინოს მისი შინაარსი. ამდენად, მოსამართლე აქტიურ როლს ასრულებს შინაარსის გამოკვლევის პროცესში. ის ხელმძღვანელობს ამ პროცესს, თუმცა აქვს შესაძლებლობა, მოსთხოვოს მხარეებს დახმარება და მოუწოდოს მათ ყველა იმ ელემენტის შეგროვება, რაც შინაარსის დასადგენად აუცილებელია.²⁵ მოკლედ, ფრანგმა მოსამართლემ უნდა დაადგინოს კოლიზიური ნორმის მითითებით გამოსაყენებელი უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმები. საჭიროების შემთხვევაში, შეუძლია მიმართოს მხარეებს დახმარების თხოვნით, რაც, თავისთავად, ჩვეულებრივი წესია პრაქტიკაში.²⁶

გერმანული დოქტრინის მიხედვით, უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმის გამოყენება გულისხმობს იგივეს, რასაც საკუთარი ქვეყნის სამართლის გამოყენება. რაც ნიშნავს იმას, რომ უცხოური ნორმის გამოყენება არის არა ფაქტის, არამედ სამართლის საკითხი.²⁷ გერმანიის საიმპერიო უმაღლესი სასამართლოს 1875 წლის 2 მარტის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში პირდაპირ იყო ნათქვამი: „უცხო ქვეყნის სამართლის გამოყენება მოსამართლის ოფიციალურ საქმიანობას მიეკუთვნება. მას შეუძლია უცხო ქვეყნის სამართლის გამოყენება მაშინაც კი, როცა არც ერთი მხარე ამას არ მოითხო-

and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal of international and comparative law.
23 Consorts Coucke v Mme Hoste et auters 13.01.1993 Cass. Civ, The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through its Most Recent Retouching, Yearbook of Private International Law, 214.
24 M.F. Aubin v. M. H. Bonal et Société MFP 28.06.2005 Cass. civ. 1re; Société Itraco v Fenwick shipping services Ltd 28.06.2005 Cass. com. Billarant S., 2009. The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through its Most Recent Retouching, Yearbook of Private International Law: Volume VIII, 223,224.
25 Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence? 2017. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volume 26, Yuko Nishitani Editor, Springer,171.
26 M.X.v Societe Universal City Studios Inc. 30.01.2007 Cass 1re civ. Billarant S., 2009. The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through its Most Recent Retouching, Yearbook of Private International Law: Volume VIII, 224.
27 Hartley T. C., 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, 275. www.jstor.org
გერმანელი კოლიზიონისტი ფონ ბარი მიუთითებს, „იმ თეორიებმა, რომლებიც უცხო ქვეყნის სამართალს ფაქტობრივ გარემოებად განიხილავენ, ვერ მოიპოვეს მხარდაჭერა პოზიტიურ გერმანულ სამართალში“. გაბისონია ზ., 2016. ქართული საერთაშორისო კერძო სამართალი გვ. 93.

კონფერენციის შრომები

ვს". მსგავსი გადაწყვეტილება მიღებული აქვს საიმპერიო სასამართლოს 1889 წლის 30 იანვარს: „გერმანული სამართლის გამოყენებისათვის არ არის საკმარისი, რომ ორივე მხარემ მოითხოვოს ეს. აქ გადაწყვეტილებას იღებს გერმანული სამართალი. პრინციპულად სადავო სამართალურთიერთობაში ის სამართალი გამოიყენება, რომელსაც ის კანონით ან სამართლის ზოგადი პრინციპების საფუძველზე ექვემდებარება.²⁸ გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის §293-დან გამომდინარე, უცხო სახელმწიფოს სამართალი უნდა დამტკიცდეს იმდენად, რამდენადაც იგი სასამართლოსთვის ცნობილი არ არის. ამასთან, აღნიშნული ნორმების დადგენისას, სასამართლო არ უნდა დაკმაყოფილდეს მხოლოდ მხარეთა მიერ წარდგენილი მტკიცებულებებით და უნდა გამოიყენოს ინფორმაციის სხვა წყაროებიც. ამისთვის უნდა მიმართოს შესაბამის ღონისძიებებს.²⁹ ამდენად, გერმანულ სასამართლოებს აქვთ უცხოური სამართლის გამოყენებისა და განსაზღვრის ვალდებულება თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობით (ex officio). თუკი სასამართლო თავად ვერ შეძლებს უცხო ნორმის არსის დადგენას, მაშინ უფლებამოსილია მოითხოვოს მხარეთაგან დახმარება, განსაკუთრებით მაშინ თუ მათთვის ხელმისაწვდომია რელევანტური ინფორმაცია.³⁰

3. შუალედური კოზიციის - სამართალი, ფაქტის ნიშნებით

უნდა ითქვას, რომ სახელმწიფოთა სამართლებრივი სისტემების განსხვავებები უცხოური სამართლის კვალიფიკაციის, როგორც „ფაქტის“ ან როგორც „სამართლისაკენ“ შეიძლება ატარებდეს მხოლოდ პირობით ხასიათს.³¹ შესაძლოა, განსაზღვრულ გარემოებებში უცხოური სამართლის შინაარსის დადგენის ერთ-ერთ მექანიზმად, სასამართლომ მხარეთა დახმარება განიხილოს. ამ პროცედურულ ტვირთს, მოსამართლე, როგორც წესი, მართლ იშვიათად ატარებს. მტკიცებულებათა მოპოვებისა და შეფასების პროცესში მისი აქტიური როლი არ გამორიცხავს მხარეთა დახმარებას მათი ინიციატივით ან სასამართლოს თხოვნით,³² თუმცა მო-

28 გამყრელიძე ს., 2000. საერთაშორისო კერძო სამართლის შესავალი, თბ. გვ. 80.

29 ZIVILPROZESSORDNUNG [ZPO], CODE OF CIVIL PROCEDURE, Dec. 9, 1950, BUNDESGESETZBLATT [BGBl] Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 59 Buff. L. Rev. 1254.

30 Trevor C. Hartley, 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 2, 275 www.jstor.org

31 უცხო ქვეყნის სამართალი რომ ფაქტის საკითხია - ეს მხოლოდ სამართლებრივი ფიქციაა. ყოველივე ამის მიუხედავად, უცხოური სამართალი მაინც სამართალია და არა ფაქტი. Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 1250. თანამედროვე ფრანგმა ავტორმა, პიერ მეიერმა მოახდინა ე.წ. „შემრიგებლური“ თეორიის ფორმულირება: „უცხოური სამართალი არის სამართალი, რადგანაც ის წარმოიშობა სახელმწიფოსგან, მაგრამ უცხოური სამართლის არსებობა, გარკვეული თვალსაზრისით, არის ფაქტი.“ იხ. ციტირება: Pierre Mayer, 1977. Droit International Prive, 149. Dolinger J., Spring 1995. Application, proof and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal of international and comparative law, 3.

32 ევროკავშირის ზოგიერთ ქვეყანაში (ფინეთი, შვედეთი, ნაწილობრივ პორტუგალია) საინტერესო

კონფერენციის შრომები

თამარ მსხვილიძე

სამართლეს გააჩნია საბოლოო სიტყვის უფლება და იქნება ერთადერთი, ვინც ინდივიდუალურად განსაზღვრავს უცხოური ნორმის არსს. ამდენად, უცხო ქვეყნის ნორმას, როგორც სამართლის საკითხს, გარკვეულ დონეზე, ფაქტის ნიშნებიც ახასიათებს.³³

შვეიცარიული კონცეფცია შუალედური პოზიციის საუკეთესო მაგალითად მიიჩნევა. შვეიცარიის 1987 წლის საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონის მე-16 მუხლის თანახმად,³⁴ უცხო ქვეყნის ნორმის შინაარსს ადგენს სასამართლო თავისი ინიციატივით. თუმცა საპარლამენტო დებატების შემდეგ, ახალ კანონში ასახვა ჰპოვა კომპრომისულმა ვარიანტმა, რომლის მიხედვითაც, ერთ განსაზღვრულ შემთხვევაში, კერძოდ ქონებრივ საკითხებთან დაკავშირებით, მხარეებმა თავად უნდა დაასაბუთონ უცხოური სამართლის შინაარსის სისწორე. თუმცა, შესაძლოა, ეს დებულება არ გავრცელდეს იმ შემთხვევაზე, როცა უცხოური სამართალი საერთაშორისო კონვენციის ძალით გამოიყენება.³⁵

ქართული კანონმდებლობით, უცხო ქვეყნის სამართლის ნორმა არის სამართლის საკითხი. ამიტომ, მას ადგენს სასამართლო სამსახურებრივი მდგომარეობიდან გამომდინარე (საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლი). სასამართლო იღებს საჭირო ზომებს უცხოური სამართლის შინაარსის დასადგენად, თუმცა მხარეები არ თავისუფლდებიან უცხო სახელმწიფოს ნორმის შინაარსის მტკიცების ტვირთისაგან და როცა გარკვეული მიზეზების გამო ვერ დადგინდება მისი არსი, მათ უნდა ითანამშრომლონ სასამართლოსთან ამ მიზნით. ქართული კანონის პოზიცია, რომელშიც სასამართლოსა და მხარეთა თანამშრომლობით - დაცულია ორ განსხვავებულ მიზანსა და ინტერესს შორის ბალანსი, ასახავს ევროპული კოლიზიური სამართლის მიღწევებს.

დასკვნა

დღევანდელ დროში, ქვეყნების სამართლებრივი სისტემების განსხვავებები უცხოური სამართლის კვალიფიკაციის საკითხში, შეიძლება ატარებდეს მხოლოდ პირობით ხასიათს. ასეთი განსხვავებები თანდათან კარგავს თავის მნიშვნელობას, განსაკუთრებით, პრაქტიკული თვალსაზრისით.

მიდგომა არსებობს, რომელსაც “კოლაბორაციულ მოდელს” უწოდებენ. ეს მოდელი უცხო ქვეყნის კანონმდებლობის შინაარსის დადგენის ხარჯებისა და ხელმისაწვდომობის ოპტიმიზაციის მიზნით, აერთიანებს მხარეთა მატერიალურ რესურსებსა და მოსამართლის პერსონალურ ცოდნას. The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future, 2011. PART I, Legal Analysis, Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne, 2011. 32.
33 Stephen L. Sass, 1981. Foreign Law in Federal Courts, 29 AM. J. COMP. L. 97, 98
უცხოური სამართალი უდავოდ ფაქტისა და სამართლის ნაზავია, ის tertium genus-ია, ერთგვარი მესამე კატეგორია ფაქტსა და სამართალს შორის. Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 1211.
34 Federal Private International Law Act of 1987 Dec. 18 <http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/index.html>
35 Trevor C. Hartley, 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, 277.

კონფერენციის შრომები

ყოველივე ზემოაღნიშნული იძლევა იმის თქმის საბაბს, რომ უცხო ქვეყნის სამართალს, გარკვეულ დონეზე, ფაქტის ნიშნებიც ახასიათებს, რაც კიდევ ერთხელ ადასტურებს უცხო ქვეყნის კანონმდებლობის ჰიბრიდულ ხასიათს - „სამართალი“, რომელიც გამოირჩევა „ფაქტის“ ბუნებით. ამას განამტკიცებს ისიც, რომ მიუხედავად გატარებული ღონისძიებებისა, თუ ვერ იქნება დადგენილი უცხოური ნორმის შინაარსი, სასამართლო დაუდგენლობის საფუძვლით, ვერც სარჩელის განხილვაზე იტყვის უარს და ვერც მხარის წინააღმდეგ გამოიტანს გადაწყვეტილებას. იგი ვალდებულია, მიმართოს თავისი ქვეყნის კანონმდებლობას.

THE QUESTION OF FOREIGN LAW QUALIFICATION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Tamar Mskhviliidze

*East European University, PHD Candidate
Kutaisi University, Affiliated Assistant*

KEY WORDS: Fact, Law, Doctrine

RESUME

Foreign law lies at the heart of the Private International Law. After all, the true conflict of law cannot be resolved unless and until the content of the foreign law is established. The article discusses issues concerning qualification of the foreign law and different viewpoints about it. The foreign law must be provided as a fact, well known both in common law countries, as well as throughout the Continent. During the last century this “fact” theory has lost much of its popularity in civil law countries, while in the UK and in other common law jurisdictions it still dominates over cases, legislation and literature discussions.

It might be thought that a comparative analysis should begin by separating those systems which recognize foreign law as the fact from those, regarding it as the law. Although, it may appear fundamental, this distinction is actually of only limited importance, since only few countries from either camp accept the full consequences of their official position. Moreover, even if a country recognizes the foreign law as the law, it will not necessarily treat it on a par with forum law: it is law, but the law of a different kind. Countries in the foreign-law-as-fact camp, on the other hand, may regard foreign law as the “fact of a peculiar kind”, not to be treated in the same way as the normal fact. The result is that there might be little difference in practice between the attitudes of the two camps towards particular issues.

NOTES:

1. Alexander Gregory S., 1975. The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts. Northwestern University Law Review <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/260> 605,606. Stern William

კონფერენციის შრომები

- B., 1957. Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof. <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol45/iss1/2> 24-26. (In English)
2. Dicey and Morris on The Conflict of Laws, 1987. eleventh edition, volume 1, Stevens & Sons Limited, 217. (In English)
 3. Briggs A., 2013. The Conflict of laws, Third Edition, Clarendon Law Series, 7. (In English)
 4. Nussbaum A., 1941. The Problem of Proving Foreign Law, Volume 50, Issue 6, Yale Law Journal, 1027,1035. www.digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol50/iss6/2 (In English)
 5. Cases and Materials on Conflict of Laws, 1996. Maurice Rosenberg, Peter Hay, Russell J. Weintraub, tenth edition, The Foundation Press, Inc. (In English)
 6. T. Liluashvili., 2001. Private International Law, Tbilisi, 147. (In Georgian)
 7. O'Brien J., 1999. conflict of laws, second edition, Cavendish Publishing Limited, 24. (In English)
 8. Rogerson P., 2013. Collier's Conflict of Laws Cambridge University Press Fourth Edition, 47. (In English)
 9. Fentiman R., 1998. Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law, Oxford 286,287. (In English)
 10. O'Brien J., 1999. conflict of laws, second edition, Cavendish Publishing Limited, 26. (In English)
 11. Cheshire G.C., 1955. Private International Law oxford at the clarendon press 35,36. (In English)
 12. Trooboff P., 2006. Proving Foreign Law, The National law journal, The Weekly Newspaper for The Legal Profession, Monday, September 18 www.nationallawjournal.com (In English)
 13. Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 59 Buff. L. Rev. 1252. (In English)
 14. Mccomish J., 2007. Pleading and proving foreign law in Australia, Melbourne University Law Review, 415, Beale J. H.,1935. A Treatise on the Conflict of Laws, vol 1, 53. (In English)
 15. Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 59 Buff. L. Rev. 1232,1233. (In English)
 16. Federal Rule of Civil Procedure 1966, <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-vi-trials/rule-44-1-determining-foreign-law/> Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 1209,1210. (In English)
 17. Alexander Gregory S., 1975. The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts. Northwestern University Law Review 608 Miller, 1967. Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine, MICH. L. REv. 613, 657. (In English)
 18. The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future, 2011. PART I, Legal Analysis, Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne 11,12. <https://www.isdc.ch/> (In English)
 19. Dolinger J, Spring 1995. Application, proof and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal

კონფერენციის შრომები

- of international and comparative law. T.M.C. Asser, Elements de Droit International Prive ou du Conflit Des Lois 33 (In English)
20. Hartley T. C., 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, 278. www.jstor.org (In English)
 21. Dolinger J. Spring 1995. Application, proof and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal of international and comparative law. (In English)
 22. Hartley T. C., 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, 279. (In English) Dolinger J., Spring 1995. Application, proof and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal of international and comparative law. (In English)
 23. Billarant S., The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through its Most Recent Retouching, Yearbook of Private International Law, 214. (In English)
 24. Billarant S., 2009. The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through its Most Recent Retouching, Yearbook of Private International Law: Volume VIII, 223,224. (In English)
 25. Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence? 2017. Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, Volume 26, Yuko Nishitani Editor, Springer,171. (In English)
 26. Billarant S., 2009. The French Diptych on Foreign Law: An Analysis Through its Most Recent Retouching, Yearbook of Private International Law: Volume VIII, 224. (In English)
 27. Hartley T. C., 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, 275. www.jstor.org (In English) Gabisonia Z., 2016 Georgian Private International Law, Tbilisi, 93. (In Georgian)
 28. Gamkrelidze S., 2000 Introduction to Private International Law, Tbilisi, 80. (In Georgian)
 29. Michalski R., 2011. Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading, 59 Buff. L. Rev. 1254. (In English)
 30. Trevor C. Hartley, 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 2 , 275 www.jstor.org (In English)
 31. Dolinger J., Spring 1995. Application, proof and interpretation of foreign law: A comparative study in private international law, Arizona journal of international and comparative law, 3. (In English)
 32. The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future, 2011. 32. (In English)
 33. Stephen L. Sass, 1981. Foreign Law in Federal Courts, 29 AM. J. COMP. L. 97, 98. (In English)
 34. Federal Private International Law Act of 1987 Dec. 18 <http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/index.html> (In English)
 35. Trevor C. Hartley, 1996. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, 277. (In English)

კონფერენციის შრომები

„მოსამართლის დამოუკიდებლობის გარანტიები საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მიხედვით“

თამარ ავალიანი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის აფილირებული
ასოცირებული პროფესორი, სამართლის დოქტორი

საკვანძო სიტყვები: სასამართლო, დამოუკიდებლობა, რეფორმა

შესავალი

სასამართლოს, ინდივიდუალური მოსამართლის დამოუკიდებლობა სამართლიანი, ეფექტური და ხარისხიანი მართლმსაჯულების უმთავრესი გარანტიაა, რომლის განმტკიცებაც საკონსტიტუციო და სასამართლო რეფორმების უმთავრეს მიზანს უნდა წარმოადგენდეს. სასამართლოსთან დაკავშირებული ხარვეზიანი კანონმდებლობა საფრთხეს უქმნის სამართლიანი სასამართლოს იდეას და საზოგადოების ნდობას სასამართლო სისტემისადმი. სასამართლოს ლეგიტიმაცია საზოგადოების მხრიდან ინსტიტუციური დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის აღქმას ეფუძნება.

2017 წლის კონსტიტუციური რეფორმის ფარგლებში, საქართველოს კონსტიტუციის მეექვსე თავში შევიდა მნიშვნელოვანი ცვლილებები, რომლებიც სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის განმტკიცებას ემსახურება: დაიხვეწა სასამართლოს უფლებამოსილებების დამდგენი ნორმები; იუსტიციის საბჭოს მიენიჭა უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა წარდგენის უფლებამოსილება; განისაზღვრა უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა მინიმალური რაოდენობა (არანაკლებ 28 მოსამართლე); დადგინდა მოსამართლეთა შეუცვლელობის პრინციპი, რაც ინდივიდუალური მოსამართლის დამოუკიდებლობის ფუნდამენტური გარანტიაა; სასამართლოს რეორგანიზაცია და ლიკვიდაცია არ შეიძლება მოსამართლის გათავისუფლების საფუძველი გახდეს; გამკაცრდა იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ მოსამართლეთა განწესებასთან დაკავშირებით გადაწყვეტილების მიღების წესი; მკაფიოდ განისაზღვრა იუსტიციის

კონფერენციის შრომები

უმალესი საბჭოს შემადგენლობა; შემოვიდა მოსამართლეთა კონფერენციის წინაშე საბჭოს ანგარიშვალდებულების პრინციპი და სხვა.

მიუხედავად საქართველოს კონსტიტუციის სასამართლო ხელისუფლების თავში განხორციელებული დადებითი ცვლილებებისა, კანონმდებლობა საჭიროებს შემდგომ გაჯანსაღებას სასამართლოსა და მოსამართლის დამოუკიდებლობის გარანტირების კუთხით.

ნაშრომში გაანალიზებულია საქართველოში მოსამართლის დამოუკიდებლობასთან დაკავშირებით კონსტიტუციური გარანტიები, საკანონმდებლო ხარვეზები და დადებითი მხარეები. ასევე, ნაშრომში წარმოდგენილია მოსამართლის დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფის საერთაშორისო სტანდარტები და სხვადასხვა წარმატებული ქვეყნების გამოცდილება საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკის წარმოჩენის მიზნით. საკონფერენციო ნაშრომი მოიცავს მოსამართლის დამოუკიდებლობის განმტკიცების შესახებ მოსაზრებებს, რომელიც de lege ferenda მეთოდოლოგიის გამოყენებით, საერთაშორისო სტანდარტებსა და საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკაზე იქნება დაფუძნებული.

კვლევისას გამოყენებულია შინაარსის კონვენციური თვისებრივი ანალიზის მეთოდი. აღნიშნული მეთოდოლოგია გამოიყენება სამართლებრივ აქტებში მოცემული ინფორმაციის გასაანალიზებლად.

1. სასამართლო სისტემის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი რეგლამენტაცია

„სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური ლეგიტიმაციის აშენება გაცილებით რთული პროცესია, რადგან ის ფორმალურად და ხარისხობრივად განსხვავდება ხელისუფლების პოლიტიკური შტოების ლეგიტიმაციისგან. სასამართლოს ლეგიტიმაცია დგას ნამდვილი ინსტიტუციური დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის აღქმაზე. რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, სასამართლოს ლეგიტიმაციის აშენება ხანგრძლივი პროცესია, რადგან ემყარება მის მიერ დასაბუთებული გადაწყვეტილებების გამოტანასა და ხალხის აღქმას სასამართლოს სამართლისადმი ერთგულების შესახებ“¹.

საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის 59-ე მუხლი მკაფიოდ გასაზღვრავს სასამართლო ხელისუფლების სუბიექტებს, რომელთა თანახმადაც, სასამართლო ხელისუფლება დამოუკიდებელია და მას საქართველოს საკონსტიტუციო და საერთო სასამართლოები ახორციელებენ. ამავე მუხლის მე-3 ნაწილი განსაზღვრავს მართლმსაჯულების განხორციელებას საერთო სასამართლოების მიერ, ნაფიცი მსაჯულების მიერ საქმის განხილვას და კრძალავს სპეციალიზებული სასამართლო-

1 Zedelashvili D., 2017 Constitutional Reform in Georgia: another misguided quest or genuine opportunity? <http://constitutionnet.org/news/2017-constitutional-reform-georgia-another-misguided-quest-or-genuine-opportunity>

კონფერენციის შრომები

ების, მათ შორის სამხედრო სასამართლოების შექმნას საერთო სასამართლოების სისტემის გარეთ. ეს დებულებები მკაფიოა და, შესაძლოა, არ საჭიროებდეს შემდეგ დახვეწას. თუმცა, სასამართლოს კონსტიტუციურ-სამართლებრივი სტატუსის სათანადო რეგლამენტაციისა და მისი მნიშვნელობის კიდევ უფრო მეტად ხაზგასმითვის, საინტერესოა სხვადასხვა საერთაშორისო მოდელის გათვალისწინება, რომლებიც კიდევ უფრო ცხადად განმარტავენ სასამართლო ხელისუფლების წყაროს უფლებამოსილებას და პასუხისმგებლობას სასამართლო დამოუკიდებლობაზე.

სასამართლო ხელისუფლების უფლებამოსილების წყაროს შესახებ, საინტერესოა სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუციის 165-ე მუხლი, რომელიც ადგენს, რომ სასამართლო ხელისუფლება სასამართლოებს ეკუთვნის². კენიის კონსტიტუციის 159-ე მუხლის მიხედვით, მართლმსაჯულების უფლებამოსილება მიღებულია ხალხისგან და ეკუთვნის სასამართლოებს და კონსტიტუციის შესაბამისად შექმნილ ტრიბუნალებს, რომლებიც მათ მიერ ხორციელდება³.

2. სასამართლოს დამოუკიდებლობის პალდებულების შესახებ

სასამართლოსა და ინდივიდუალური მოსამართლის დამოუკიდებლობა სამართლიანი, ეფექტური და ხარისხიანი მართლმსაჯულების უმთავრესი გარანტიაა, რომლის განმტკიცებაც მიმდინარე და სამომავლო რეფორმების უპირველეს მიზანს უნდა წარმოადგენდეს. სასამართლო სისტემაში დღეს არსებული კრიზისი და ხარვეზიანი კანონმდებლობა საფრთხეს უქმნის სამართლიანი სასამართლოს იდეას საქართველოში და მართლმსაჯულების მაძიებელი პირის კონსტიტუციურ უფლებას, მისი საქმე განიხილოს დამოუკიდებელმა, მიუკერძოებელმა და კომპეტენტურმა მოსამართლემ⁴.

სასამართლოს დამოუკიდებლობის ვალდებულება განსაზღვრულია საქართველოს კონსტიტუციის 59-ე მუხლის პირველი ნაწილში, რომელიც, უმჯობესია, მეტი სიცხადისთვის გაწერილ ყოფილიყო ცალკე მუხლში მოსამართლეების შესახებ, მაგრამ სასამართლოსთან, როგორც ხელისუფლების ერთ-ერთ შტოსთან კავშირში - ფუნქციების გაყოფის ზოგადი ხაზგასმით. ამ კუთხით, საინტერესო იქნებოდა სამხრეთ აფრიკისა და კენიის კონსტიტუციური გამოცდილების გაზიარება. სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუციის 165-ე მუხლის თანახმად:

2 Constitution of the Republic of South Africa, article 165, https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/act108of1996s.pdf

3 Constitution of Kenya, article 159, <http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=-Const2010>

4 მოსამართლეთა პასუხისმგებლობის სისტემის ანალიზი, კოალიცია „დამოუკიდებელი და გამჭვირვალე მართლმსაჯულებისთვის“, 2014, 6, http://coalition.ge/index.php?article_id=58&clang=0

კონფერენციის შრომები

- სასამართლოები დამოუკიდებელია და ექვემდებარება მხოლოდ კონსტიტუციას და კანონმდებლობას, რომელიც მათ მიერ გამოყენებულ უნდა იქნეს მიუკერძოებლად და ყოველგვარი შიშის, უპირატესობის, მიკერძოების ან ცრურწმენის გარეშე
- არცერთ პირს ან სახელმწიფო ორგანოს არ შეუძლია ჩარევა სასამართლოების ფუნქციონირებაში
- სახელმწიფო ორგანოები საკანონმდებლო და სხვა ღონისძიებების საშუალებით, დახმარებას უნდა უწევდნენ და იცავდნენ სასამართლოებს და უზრუნველყოფდნენ სასამართლოების დამოუკიდებლობას, მიუკერძოებლობას, ღირსებას, ხელმისაწვდომობას და ეფექტიანობას
- სასამართლოს მიერ გამოცემული ბრძანება ან გადაწყვეტილება სავალდებულოა ყველა პირისთვის და სახელმწიფო ორგანოსთვის, რომელსაც ის ეხება.

კენიის კონსტიტუციის 160-ე მუხლი გარანტირებს, რომ მართლმსაჯულების განხორციელებისას, სასამართლო ხელმძღვანელობს კონსტიტუციით და კანონმდებლობით და არ ექვემდებარება კონტროლს ან მითითებებს ნებისმიერი პირის ან ორგანოს მხრიდან.

3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა წარდგენის წესი

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეების წარდგენის პროცესში აღარ მონაწილეობს საქართველოს პრეზიდენტი. მის ნაცვლად, მოსამართლეების კანდიდატურებს საქართველოს პარლამენტს წარუდგენს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო. უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეების შერჩევის პროცესში, იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მონაწილეობა თანხვედრაშია ვენეციის კომისიის რეკომენდაციებთან⁵, თუმცა ადგილობრივი კონტექსტის გათვალისწინებით, მნიშვნელოვანია, რომ ეს ცვლილება განხორციელდეს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს საქმიანობის გაჭანსაღების პარალელურად. ამგვარი მნიშვნელოვანი უფლებამოსილების გადაცემა კიდევ უფრო აქტუალურს ხდის იუსტიციის საბჭოს საქმიანობის რეფორმირების საკითხს. მნიშვნელოვანია, რომ დაიხვეწოს იუსტიციის საბჭოს მიერ გადაწყვეტილებების მიღების წესები და, ასევე, საბჭოს წევრების არჩევის პროცედურა⁶.

5 EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), CDL-AD (2018)005, Opinion 918/2018.
 6 საკონსტიტუციო ცვლილებების პროექტით შემოთავაზებული სიახლეების შეფასება, ინფორმაციის თავისუფლების განვითარების ინსტიტუტი (IDFI), 2017, 5.

კონფერენციის შრომები

4. მოსამართლეთა შეუსვლელობა

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ინიციატივით, რომელიც სხვა წევრებმაც გაიზიარეს, საქართველოს კონსტიტუციაში აისახა მითითება მოსამართლეთა შეუსვლელობის პრინციპზე, რაც პოზიტიურად უნდა შეფასდეს. ასევე მიეთითა, რომ სასამართლოს რეორგანიზაცია ან ლიკვიდაცია არ შეიძლება გახდეს უვადოდ განწესებული მოსამართლის თანამდებობიდან გათავისუფლების საფუძველი.

დასკვნა

გაზიარებულ უნდა იქნას შეფასება იმასთან დაკავშირებით, რომ „სასამართლო ხელისუფლების თავში განხორციელებული რამდენიმე მნიშვნელოვანი და პოზიტიური ცვლილების მიუხედავად, კონსტიტუციური რეფორმა სასამართლოს ნაწილში მოითხოვდა დამატებით მომზადებას და მსჯელობას. მათ შორის, იმ რეფორმების და მათი შედეგების გაანალიზებას, რაც ბოლო წლებში მართლმსაჯულების სისტემაში განხორციელდა. ასევე, რეფორმა მიმართული უნდა ყოფილიყო იმ კრიზისების დაძლევისკენ, რაც შექმნილია საბჭოს ხელში კონცენტრირებული დაუბალანსებელი ძალაუფლებით, არაფორმალურად პროცედურებითა და გადაწყვეტილებების მიღების პრაქტიკით, რაც დომინანტურ ჯგუფებს აძლევს შესაძლებლობას, გავლენა იქონიონ სასამართლოში მოვლენების განვითარებაზე და მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების მიღებაზე“⁷.

7 კონსტიტუციური ცვლილებების პროექტის შეფასება, EMC, 2017, <https://emc.org.ge/ka/products/emc-assesses-the-work-of-the-constitutional-commission-and-the-project-of-constitutional-changes-5>

კონფერენციის შრომები

თამარ ავალიანი

GUARANTEES OF THE INDEPENDENCE OF THE JUDGE ACCORDING TO THE NEW EDITION OF THE GEORGIAN CONSTITUTION

Tamar Avaliani

*Affiliated associate professor of the Caucasus
International University, PhD in Law*

KEY WORDS: Court, Independence, Reform

RESUME

Institutional legitimacy of the judiciary is formally and qualitatively distinct from the legitimacy of political branches and it is considerably more difficult to establish. Judicial legitimacy is built upon the actual and perceived institutional independence and impartiality, and more importantly, through a long process of giving reasoned decisions, as well as, cultivating a public perception of judicial fidelity to law .

During the 2017 Constitutional Reform significant amendments have been made to the Constitution of Georgia with regard to strengthening independence of judicial system. Despite of the positive amendments, Georgian legislation needs improvements in the direction of independence of the court and individual judges. The report analysis constitutional guarantees of the judge and the total judicial system, its legislative deficiencies and advantages. The report envisages analysis of the best practice and successful international experience regarding independence of the judiciary. The analysis is based on the following methodology - de lege ferenda and the international experience.

NOTES:

1. Zedelashvili D., 2017 Constitutional Reform in Georgia: another misguided quest or genuine opportunity?<http://constitutionnet.org/news/2017-constitutional-reform-georgia-another-misguided-quest-or-genuine-opportunity> (In English)

კონფერენციის შრომები

2. Constitution of the Republic of South Africa, article 165, https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/act108of1996s.pdf (In English)
3. Constitution of Kenya, article 159, <http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=Const2010> (In English)
4. The Analysis of the responsibility system of judges, 2014, 6, http://coalition.ge/index.php?article_id=58&clang=0 (In Georgian)
5. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), CDL-AD(2018)005, Opinion 918/2018 (In English)
6. The Evaluation of the new constitutional amendments, Institute for Development of Freedom of Information (IDFI), 2017, 5 (In Georgian);
7. The Evaluation of the Draft Constitutional Law, EMC, 2017, <https://emc.org.ge/ka/products/emc-assesses-the-work-of-the-constitutional-commission-and-the-project-of-constitutional-changes-5> (In Georgian)

BIBLIOGRAPHY:

1. Constitution of the Republic of South Africa, article 165, https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/act108of1996s.pdf (In English)
2. Constitution of Kenya, article 159, <http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=Const2010> (In English)

კონვენციის შრომები

ია მოქია

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების რეგულირების პრობლემები ქართული სამართლის და ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენციის მიხედვით (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი)

ია მოქია

ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის მაგისტრი, იურისტი

საკვანძო სიტყვები: არბიტრაჟი, საჯარო წესრიგი, უპირატესობა

შესავალი

„არბიტრაჟი დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალების სახეა, რომელიც მოიცავს დავათა კერძოდ გადაწყვეტის მრავალნაირ პროცედურას“¹. არბიტრაჟის წესით საქმის განხილვა აღიარებული პროცედურაა სამართლის სხვადასხვა სისტემაში, რომელიც დავის მხარეებს სასამართლო პროცესზე უფრო სწრაფ და ფინანსურად ხელსაყრელ წესებს სასამართლოსთვის დადგენილი წესების გვერდის ავლით²სთავაზობს. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ლეგიტიმაცია და იურიდიული ძალის მინიჭებას კი ახდენს სახელმწიფო.

არბიტრაჟი ქართულ სამართლებრივ სისტემაში გაჩნდა 1994 წელს, როცა საქართველო შეუერთდა ნიუ-იორკის კონვენციას³, თუმცა მან მრავალი წლის განმავლობაში, შესაბამისი ასახვა ვერ ჰპოვა საქართველოს კანონმდებლობაში. 1997 წელს მიღებულ იქნა „კერძო არბიტრაჟის შესა-

1 Steven C. Bennett, Arbitration, Essential Concepts, (2002), 4.
2 J.G. Merrills, International Dispute Settlement, fourth edition, University of Sheffield, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2005, 117, მითითებულია ქეთევან ანდლულაძის ნაშრომში, საარბიტრაჟო შეთანხმების შინაარსის ნაღველობა (შედარებითი ანალიზი), (თბილისი 2013), 7.
3 საქართველოს პარლამენტის დადგენილება „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ საერთაშორისო კონვენციასთან მიერთების თაობაზე“, თბ.,3 თებერვალი, 1994, [შემდგომში New York Convention 1958].

კონვენციის შრომები

ხებ“ საქართველოს კანონი, რომელიც ვერ პასუხობდა საერთაშორისო კონვენციების მიერ დადგენილ მოთხოვნებს. სასამართლოს კონტროლი არბიტრაჟის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებაზე არ არსებობდა. გამოტანილი გადაწყვეტილება, ყოველგვარი სახელმწიფო კონტროლის გარეშე ხდებოდა სასამართლო გადაწყვეტილების „ტოლფასი“. კანონი თავად არბიტრაჟის თავმჯდომარეს აღჭურავდა უფლებამოსილებით, გაეცა სააღსრულებო წარწერა. ამან განაპირობა სისხლის სამართლის დანაშაულებების მომრავლება ქრთამის აღების ფაქტზე.

სწორედ ამიტომ, 2009 წელს მიღებული იქნა საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“. კანონპროექტის შემუშავება გამოიწვია საქართველოს კანონმდებლობის ევროპულ სამართალთან ჰარმონიზაციისა და არბიტრაჟის ინსტიტუტის პოპულარიზაციის აუცილებლობამ⁴. კანონის მოქმედება ვრცელდება როგორც საქართველოში, ასევე საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებზე. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის, როგორც მოდელური კანონის მიხედვით შექმნილი ნორმატიული აქტის ერთ-ერთ ნოვაციას, სწორედ ცნობის და აღსრულების დახვეწილი და საერთაშორისო საკანონმდებლო აქტებთან შესაბამისი რეგულირების შემოტანა წარმოადგენს.

მიუხედავად იმისა, რომ ბოლო პერიოდში საქართველოს მთავრობამ მართლმსაჯულების სფეროში მნიშვნელოვანი საკანონმდებლო რეფორმები განახორციელა, დავების დარეგულირების ალტერნატიული მექანიზმის მოწესრიგების მდგომარეობა და რეფორმის სფეროში არსებული ვითარება ჯერ კიდევ არადაამაკმაყოფილებელია, რადგან ეროვნულ სასამართლო პრაქტიკაში მოდელური კანონის მიერ დამკვიდრებული სტანდარტების ერთიანი მიდგომის ჩამოყალიბება და ჰარმონიზაცია ძნელად ხორციელდება.

რაც შეეხება, 1958 წელს ნიუ-იორკში დადებულ „უცხო ქვეყნის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების შესახებ“ კონვენციას, იგი წარმოადგენს საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის ქვაკუთხედს, რომელიც უმნიშვნელოვანესია საერთაშორისო ბიზნეს ტრანზაქციების საიმედოობისთვის და შექმნილია, რათა ხელი შეუწყოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებას.⁵ იგი ითვალისწინებს მექანიზმს, რომელიც დამოკიდებულია ეროვნული სასამართლოების თანამშრომლობაზე. მთავარი არსი არის ნაცვალებითი ნდობა.⁶ კონვენცია ითვალისწინებს, რომ ხელშემკვრელმა სახელმწიფოებმა უნდა ცნონ და აღასრულონ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები იმ ქვეყნის პროცედურული წესების შე-

4 იხ.: განმარტებითი ბარათი „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტზე. file:///C:/Users/RGB7/Downloads/file-15122014%20(2).pdf (ბოლო გამოხმობილია - 27.06.2015).

5 Kenneth R. Davis. Unconventional Wisdom: a new look at articles V and VII of the convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Texas international law journal. 46.

6 ICCA „კომერციული არბიტრაჟის საერთაშორისო საბჭო“, ICCA-ს სახელმძღვანელო 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის განმარტებაზე: ცნობარი მოსამართლეებისათვის, მთარგმნ. რ. ჭკუასელი, თ. მორჩილაძე, ნ. სესიტაშვილი, დ. ხაჭვანი, მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო სასამართლოს დახმარებით (მშვიდობის სასახლე, ქ. ჰააგა, 2013), 9. [შემდგომში ICCA, ICCA-ს სახელმძღვანელო 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის განმარტებაზე: ცნობარი მოსამართლეებისათვის].

კონვენციის შრომები

საბამისად, რომელთა საფუძველზეც მიიღება გადაწყვეტილება და მხოლოდ ორ პროცედურულ საკითხებს არეგულირებს: მტკიცების ტვირთს და წარსადგენი დოკუმენტების საკითხს. ამასთანავე გააჩნია ორი ძირითადი მიზანი: საარბიტრაჟო შეთანხმებების ცნობა და აღსრულება; უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობა და აღსრულება.

რაც შეეხება ნიუ-იორკის კონვენციასა და ეროვნული სამართლის ურთიერთდამოკიდებულებას, განასხვავებენ სამ შემთხვევას⁷:

1. თუ ნიუ-იორკის კონვენცია და შიდა სამართალი არეგულირებენ ერთსა და იმავე საკითხს, ამ შემთხვევაში კონვენცია უპირატესია შიდა სამართალზე, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა შიდა სამართალი უფრო ხელსაყრელ სამართალს წარმოადგენს. გარკვეულ შემთხვევებში, სასამართლომ უნდა მიუთითოს კანონმდებლობაზე, რომელიც ახდენს კონვენციის იმპლემენტაციას
2. თუ ნიუ-იორკის კონვენცია არ არეგულირებს გარკვეულ საკითხს. ამ შემთხვევაში, სასამართლოები გამოიყენებენ თავიანთ შიდა სამართალს ნიუ-იორკის კონვენციასთან ერთად
3. თუ ნიუ-იორკის კონვენცია პირდაპირ მიუთითებს შიდა სამართალზე. ამ შემთხვევაში, სასამართლომ უნდა გამოიყენოს შიდა სამართალი კონვენციით ნებადართულ ფარგლებში.

კონვენცია განამტკიცებს გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების ზოგად პრინციპს, რომლის თანახმადაც, „ყველა ხელშემკვრელი სახელმწიფო ვალდებულია, ცნოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები შესასრულებლად სავალდებულო ძალის მქონედ და აღასრულოს ისინი იმ ტერიტორიის პროცესუალური ნორმების შესაბამისად, სადაც მოითხოვება ამ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა და აღსრულება.“⁸

თავდაპირველად, განვსაზღვროთ თითოეული ტერმინის მნიშვნელობა. იურიდიულ ლიტერატურაში საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების „ცნობის ინსტიტუტი გულისხმობს, რომ სახელმწიფო აცხადებს თანხმობას მოცემული სასამართლო აქტის მიერ, მისი იურისდიქციის ფარგლებში, იურიდიული შედეგების წარმოშობაზე.“⁹ ეს არის აღსრულების სამართლებრივი წინაპირობა.

აღსრულება კი მხარეებს ავალდებულებს, პატივი სცენ გადაწყვეტილების ბუნებას¹⁰, ანუ ეს ნიშნავს აქტისთვის მოქმედების უფლების მინიჭებას. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსასრულებლად მიქცევა და შემდგომ აღსრულება მხოლოდ ხელისუფლების შესაბამისი ორგანოების მიერ ხორციელდება, რომელთა კომპეტენციასაც აღნიშნული ექვემდებარება.¹¹

7 ICCA, ICCA-ს სახელმძღვანელო 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის განმარტებაზე: ცნობარი მოსამართლეებისათვის, 38.

8 New York Convention 1958, article II (1)

9 გიორგი ცერცვაძე, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), (თბილისი, 2012), 652.

10 სალომე ჯაფარიძე, „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართება“, 213.

11 სალომე ჯაფარიძე, „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართება“, 216.

კონვენციის შრომები

ე.ი. მხოლოდ ცნობას შედეგი ნაკლებად მოაქვს, მაგრამ აუცილებელია აღსრულების წინაპირობად.

ზოგადად, ნიუ-იორკის კონვენციის მიხედვით, ტერმინი „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება“ მოიცავს არა მხოლოდ ყოველ ცალკეულ საქმესთან დაკავშირებით დანიშნული არბიტრების მიერ მიღებულ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს, არამედ იმ მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო ორგანოების მიერ მიღებულ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებსაც, რომლებსაც მხარეებმა მიმართეს¹². საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით, დაუშვებელია [...] სამართლებრივ ურთიერთობებში სასამართლოს რაიმე სახის ჩარევა გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც ეს ამ კანონით პირდაპირ არის გათვალისწინებული“.¹³

1. საქართველოში და საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის თანახმად, „საქართველოში გამოტანილი გადაწყვეტილებების ცნობასთან და აღსრულებასთან დაკავშირებით [...] უფლებამოსილ სასამართლოდ ითვლება სააპელაციო სასამართლოები“¹⁴. საქართველოში ეს არის თბილისის და ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოები. საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით უფლებამოსილ ორგანოს საქართველოს უზენაესი სასამართლო წარმოადგენს.

უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების რეგულირების საკითხი 2009 წლამდე ბუნდოვანი იყო, რადგან ამ გადაწყვეტილების ცნობა „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ საქართველოს კანონით და მინსკის კონვენციით გათვალისწინებული წესებით ხდებოდა. ამ დროს მოქმედებდა ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენცია, რომლის გამოყენების ლეგიტიმაცია საქართველოს ჰქონდა, თუმცა უზენაესი სასამართლო მიერ მის გამოყენებაზე პრეცედენტი 2009 წლამდე არ არსებობდა. 2010 წლიდან მათი რეგულირების საკითხი „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს ახალი კანონით განისაზღვრა.

თუ თვალს გადავავლებთ უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკას, შემოსულ საქმეთა აბსოლუტურ უმრავლესობას შეადგენს რუსეთის ფედერაციისა და უკრაინის სავაჭრო სამრეწველო პალატებთან არსებული საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟების გადაწყვეტილებები, თუმცა აქ არის რამდენიმე ინგლისური არბიტრაჟის, ICSID-ის და ICC -ის არბიტრაჟის გადაწყვეტილებაც.

12 New York Convention 1958, article I (2).

13 იხ. საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, მე-6 მუხლის მეორე პუნქტი.

14 იხ. საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, 44-ე მუხლი.

კონვენციის შრომები

2. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებისთვის შუამდგომლობის პროცედურული წესები

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის თანახმად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების გადაწყვეტილების გამოსატანად, მხარემ სასამართლოში უნდა წარადგინოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სათანადოდ დამოწმებული დედანი ან მისი სათანადოდ დამოწმებული ასლი, აგრეთვე საარბიტრაჟო შეთანხმების დედანი ან მისი სათანადოდ დამოწმებული ასლი შესრულებული ქართულ ენაზე ან ამ საბუთის სათანადოდ დამოწმებული თარგმანი და ბაჟის დამადასტურებელი დოკუმენტი.

პროცედურების განხილვის დროს, მნიშვნელოვანი ნაწილია ბაჟის განსაზღვრის საკითხი. ნიუ-იორკის კონვენციის სავალდებულო მოთხოვნაა, რომ დაუშვებელია შიდა გადაწყვეტილებებთან შედარებით უფრო მძიმე პირობების ან უფრო მაღალი ბაჟის დაწესება იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულებისთვის, რომელთა ცნობა-აღსრულებაც ხორციელდება კონვენციის საფუძველზე.¹⁵

ცნობისა და აღსრულებისთვის წარსადგენ დოკუმენტებთან დაკავშირებით, არსებობს პრობლემატური საკითხი. კერძოდ, ნიუ-იორკის კონვენცია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისთვის, საარბიტრაჟო შეთანხმებისა და გადაწყვეტილების ორიგინალების ან მათი დამოწმებული ასლების წარმოდგენას ითხოვს. ორიგინალი ელექტრონული დოკუმენტი არ არსებობს. არსებობს მოსაზრება, რომ შეიქმნას ელექტრონული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ერთიანი მონაცემთა ბაზა მთელი მსოფლიოს მასშტაბით, სადაც შესაბამისი საარბიტრაჟო ინსტიტუტები (ODR providers – online dispute resolution providers) შეიყვანენ ყველა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, რომელიც საბოლოო მოცემულ საქმეზე. ამგვარად, სასამართლოებს შესაძლებლობა ექნებათ, შეამოწმონ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების რეალურობა და, შესაბამისად, იმსჯელონ მის ცნობასა და აღსრულებაზე.¹⁶ ჯერჯერობით, ელექტრონული ფორმით არსებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობა და აღსრულება, მხოლოდ თეორიული მსჯელობის საგანია.

3. საარბიტრაჟო შეთანხმების დამახასიათებელი ნიშნები

კონვენციის მიერ დამკვიდრებული საერთაშორისო სტანდარტის მიხედვით, ეს არის ნებისმიერი შეთანხმება, რომლის მიხედვითაც მხა-

15 New York Convention 1958, article III.
16 Kaufmann-Kohler, Gabrielle; Schultz Thomas, Online dispute resolution, Challenges for contemporary Jusitce, International arbitration law library, Kluwer law international 2004, 217. მითითებულია გიორგი ცერცვაძის ნაშრომში საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), (თბილისი, 2012), 658.

კონვენციის შრომები

რეებს სურთ, მათ შორის არსებული დავა განიხილოს არბიტრაჟმა. შეთანხმება შინაარსობრივად უნდა შეიცავდეს იმ მინიმუმს, რომელიც აუცილებელია საარბიტრაჟო შეთანხმებად მისი კვალიფიკაციისთვის. უნდა აღინიშნოს, რომ კონვენცია ზოგად პრინციპებს ადგენს. კერძოდ, ტერმინი „წერილობითი შეთანხმება“ გულისხმობს საარბიტრაჟო დათქმას ხელშეკრულებაში, ან მხარეების მიერ ხელმოწერილი წერილების, ან ტელეგრაფების ურთიერთგაცვლაში ასახულ საარბიტრაჟო შეთანხმებას.¹⁷ განმარტების მხრივ, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის ჩანაწერიც მსგავსია.

საარბიტრაჟო შეთანხმება იდება წერილობითი ფორმით. შესაძლოა, იგი დათქმის სახით ძირითად ხელშეკრულებაში იყოს მითითებული, ან არსებობდეს დამოუკიდებელი შეთანხმების სახით. იგი არბიტრაჟის საწყის წარმოადგენს.¹⁸

სასამართლო მხარს უჭერს საარბიტრაჟო შეთანხმებას, მაგრამ ზოგჯერ იგი ვერ ასრულებს თავის ძირითად ფუნქციას, რაც ქმნის მისი ბათილობის საფუძველს. საარბიტრაჟო შეთანხმება ბათილად შეიძლება ჩაითვალოს, როდესაც აზრის გადმოცემა არალოგიკურია/შეუსაბამოა, გაურკვეველია ან აზრის გაგებაა რთული. ნიუ-იორკის კონვენციის შესაბამისად, შეთანხმება ბათილია, თუკი იგი უმოქმედოა ან შეუძლებელია მისი აღსრულება; რაც გულისხმობს, რომ მხარეები არ იყენებენ დათქმულ დროში ან როდესაც საარბიტრაჟო შეთანხმება ნამდვილია, მაგრამ არბიტრაჟის შემადგენლობა არასწორადაა ჩამოყალიბებული.

მაშასადამე, კონვენცია ითვალისწინებს სტანდარტს, რომლის თანახმადაც, შიდა კანონმდებლობით უფრო მაღალი ან მკაცრი სტანდარტის დაწესება ეწინააღმდეგება კონვენციას. კონვენცია არ კრძალავს ხელშემკვრელი სახელმწიფოების მიერ, საარბიტრაჟო შეთანხმების ფორმასთან დაკავშირებით, ნაკლებად მკაცრი მოთხოვნების დადგენას.

4. სასამართლო პრაქტიკა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებით

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის შესაბამისად, ცვლილებები შევიდა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში და დაემატა მეშვიდე პრიმა კარი „სასამართლოს მონაწილეობა საარბიტრაჟო განხილვასა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებაში“. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის შესაბამისი ნორმებით განსაზღვრულია სა-

17 New York Convention 1958, III მუხლი.

18 იხ: A. Redfern and M. Hunter, 1999, 135; Professor Michael Pryles, Drafting Arbitration Agreements, Citation: 15 Adel. L. Rev. 5, 1993, 5, [შემდგომში - Professor Michael Pryles], 1993, მითითებულია ქეთევან ანდლულაძის ნაშრომში, საარბიტრაჟო შეთანხმების შინაარსის ნამდვილობა (შედარებით სამართლებრივი ანალიზი გაეროს მოდელურ კანონთან), (თბილისი 2013), 8.

კონფერენციის შრომები

სამართლოს უფლებამოსილებები საარბიტრაჟო წარმოებასთან დაკავშირებულ საკითხებზე.

თუ სასამართლო პრაქტიკას გადავხედავთ, არბიტრაჟის კუთხით სავალალო მდგომარეობაა, ვინაიდან ძირითადად შუამდგომლობას წარადგენენ მიკროსაფინანსო ორგანიზაციები და ბანკები - სტანდარტული ხელშეკრულებებითა და შეუსაბამოდ მაღალი თანხებით.

რაც შეეხება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმასა და გადაწყვეტილების გაუქმებას, აღნიშნული წარმოადგენს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების კონტროლის ფორმებს, რომლებიც, ძირითადად, ერთ მიზანს ემსახურებიან – გამორიცხონ საარბიტრაჟო განხილვის ფუნდამენტური პრინციპების დარღვევით გამოტანილი გადაწყვეტილების სამართლებრივი შედეგის დადგომა.

გადაწყვეტილების აღსრულების დამაბრკოლებელი გარემოებების ჩამონათვალი გათვალისწინებულია „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 45-ე მუხლში, რომელიც ნიუ-იორკის კონვენციის მე-5 მუხლის იდენტურია, როცა „მხარეს შეიძლება უარი ეთქვას გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე“ მხოლოდ კანონით პირდაპირ გათვალისწინებული საფუძვლების არსებობისას.

გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები ორ ჯგუფად იყოფა: „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 45-ე მუხლის პირველი ნაწილი ითვალისწინებს საფუძვლებს, როცა მხარეს ენიჭება უარის თქმის საფუძველზე მითითებისა და მისი მტკიცების ტვირთი. დამარცხებული მხარე ვალდებულია, სათანადო მტკიცებულებებსა და ფაქტობრივი გარემოებების მითითებით დაამტკიცოს უარის თქმის რომელიმე საფუძვლის არსებობა. მეორე პუნქტით გათვალისწინებული საფუძვლების მითითება და გამოკვლევა, სასამართლოს ვალდებულებას წარმოადგენს.¹⁹

აღსანიშნავია, რომ სასამართლოს არ აქვს უფლება, გადასინჯვის საფუძველზე, საქმეზე ახალი გადაწყვეტილება გამოიტანოს, თუნდაც არბიტრაჟის მიერ არასწორი გადაწყვეტილება იყოს გამოტანილი. ერთ-ერთ საქმეზე სასამართლო განმარტების მიხედვით, მიუხედავად იმისა, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებიდან, რომლის ცნობას და აღსრულებასაც ითხოვდა განმცხადებელი, ნათლად არ ირკვეოდა, თუ საიდან გამომდინარეობდა 14661.50 ლარის ოდენობით მოპასუხისათვის ზიანის მიყენების ფაქტი, სააპელაციო სასამართლომ თავისი ინიციატივით ვერ გადახედა აღნიშნულ საკითხს.²⁰

უნდა აღინიშნოს ხარვეზი, რომელიც იკვეთება არსებული პრაქტიკიდან: პრობლემას წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ აღსრულება განხორციელდება, ხოლო ამის შემდგომ გადაწყვეტილება უქმდება. ასეთ სიტუაცი-

19 იხ. საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, მუხლი 45.

20 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატა, საქმე N4963-12, 28 თებერვალი, 2013 წელი, იხ. <http://library.court.ge/judgements/4012015-01-30.pdf> (ბოლოს გამოხმობილია 05.07.2015).

კონვენციის შრომები

აში მეტად ძნელდება პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენა და ხშირად ზიანის ანაზღაურება. უპრიანი იქნება, რომ 42-ე მუხლში დამცავი ბერკეტი ჩაიწეროს გასაჩივრების შემთხვევაში, აღსრულების პროცესის შეჩერების თაობაზე.

5. საქართველოს სასამართლო სისტემაში საჯარო წესრიგი (შედარებითი ანალიზი)

ნიუ-იორკის კონვენციით გათვალისწინებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები ამომწურავია, მაგრამ ის მაინც აძლევს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებისადმი ნეგატიურად განწყობილ სასამართლოს მის ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საშუალებას. მხედველობაშია საჯარო წესრიგი. მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთი სახელმწიფოს სასამართლო ცდილობს, რომ ამ ცნებას არ მისცეს ძალიან ფართო განმარტება, ის მაინც იძლევა ლოკალურ „საჯარო წესრიგზე“ მითითებით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის შესაძლებლობას²¹. საჯარო წესრიგის და ასეთი წესრიგისადმი მიკუთვნებული კონკრეტული იმპერატიული თუ სხვა ნორმების შესახებ ერთიანი მოსაზრება არ არსებობს. საერთაშორისო სამართლის ასოციაციამ (International law association -- ILA) 2002 წელს დელიში გამართულ კონფერენციაზე შეიმუშავა რეკომენდაცია საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ, სადაც განმარტებულ იქნა საერთაშორისო საჯარო წესრიგი, როგორც ძირითადი პრინციპებისა და ნორმების ერთობლიობა, რომლებსაც, თავიანთი ხასიათიდან გამომდინარე, შეუძლიათ გამორიცხონ საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება, თუ ასეთი ცნობა და აღსრულება გამოიწვევდა დარღვევას პროცედურის (საერთაშორისო საპროცესო საჯარო წესრიგი) ან არსებითი (საერთაშორისო მატერიალური საჯარო წესრიგი) თვალსაზრისით.²²

არსებობს სასამართლო პრაქტიკა საჯარო წესრიგთან წინააღმდეგობაზე მითითებით. კერძოდ, მხარის არაინფორმირებულობის გამო, ხშირად არის შემთხვევები, რომ მხარეს ხელშეკრულებით გააჩნია ფაქტობრივი მისამართი, მაგრამ თუ არბიტრი რეგისტრირებულ მისამართზე აგზავნის შეტყობინებას, ამ შემთხვევაში დარღვევაა და აღნიშნული საჯარო წესრიგს ეწინააღმდეგება. შესაბამისად, საჯარო პუბლიკაციის გამოქვეყნებამდე, არბიტრაჟმა საარბიტრაჟო მოსარჩელეს მაქსიმალურად უნდა მოსთხოვოს იურიდიული პირისა და მის წარმომადგენლობაზე უფლებამოსილი პირების საკონტაქტო მონაცემების მითითება და მხოლოდ ამის შემდგომ

21 გიორგი ცერცვაძე, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), (თბილისი, 2008), 435.

22 Kurkela, S. Matti, Due Process in international commercial arbitration, Hannes Snellman, Oceana Publications Inc. 2005, 12 მითითებულია გიორგი ცერცვაძის ნაშრომში საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), (თბილისი, 2012), 668.

კონფერენციის შრომები

შეუძლია იმსჯელოს საჯარო შეტყობინების გამოყენების აუცილებლობაზე.

საჯარო წესრიგზე აპელირებენ და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძველს წარმოადგენს, თუ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება სამოტივაციო ნაწილს არ შეიცავს. არბიტრაჟი ვალდებულია, მიიღოს დასაბუთებული და არგუმენტირებული გადაწყვეტილება, ხოლო სამოტივაციო ნაწილი უნდა შეიცავდეს დასაბუთებულ მითითებას კანონის ნორმებთან. სამოტივაციო ნაწილის არარსებობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში წარმოადგენს გადაწყვეტილების საჯარო წესრიგთან წინააღმდეგობას, თუ არბიტრაჟის ქვეყნის კანონმდებლობა სამოტივაციო ნაწილის სავალდებულობას ითვალისწინებს. სხვა შემთხვევაში, აღნიშნული გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველი არ შეიძლება გახდეს.

სააპელაციო სასამართლოს პრაქტიკის შესწავლის საფუძველზე შეიძლება დასკვნის გაკეთება იმასთან დაკავშირებითაც, რომ ხშირად ადგილი აქვს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ნაწილობრივ ცნობას და აღსრულებას შეუსაბამოდ მაღალი პირგასამტეხლოს გამო. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი მოსამართლეს პირგასამტეხლოს შემცირების შესაძლებლობასაც ანიჭებს. ეს არის გამონაკლისი, როდესაც კანონი სახელშეკრულებო თავისუფლებაში ჩარევას დასაშვებად მიიჩნევს.

თუმცა, კანონის სიტყვასიტყვითი განმარტების შედეგად, მაღალი პირგასამტეხლო არ მცირდება. შემცირებას მხოლოდ „შეუსაბამოდ მაღალი“ პირგასამტეხლო ექვემდებარება. პირგასამტეხლო შეუსაბამოდ მაღალია თუ არა, შეფასებითი კატეგორიაა და ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, საქმის გარემოებების ერთობლივი ანალიზის შედეგად წყდება. ამასთან, შეფასების მიზნებისათვის, მხედველობაში მიიღება პირგასამტეხლოს აშკარა შეუსაბამობა ვალდებულების დარღვევის შედეგებთან, რაც შეიძლება გამომდინარეობდეს პირგასამტეხლოს განსაკუთრებით მაღალი პროცენტიდან, ზიანის უმნიშვნელო ოდენობიდან, ვალდებულების დარღვევის მოკლე ვადიდან და ა.შ. პირგასამტეხლოს „აშკარა შეუსაბამობის“ თაობაზე მტკიცებულებებს წარადგენს პირი, რომელიც მის შემცირებას ითხოვს.“²³

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ნაწილობრივ დაკმაყოფილების შემთხვევაში, სასამართლო ძირითადად შებოჭილია და სახელშეკრულებო ურთიერთობების დროს, ძირითად თანხას და პროცენტს ვერ ეხება.

სასამართლო პრაქტიკიდან გამომდინარე, პირგასამტეხლოს შემცირება სხვადასხვანაირად ხდება. ზოგჯერ ეს არის პროცენტული (მაგ: სესხის ძირითადი თანხის მაგ: 0.07%-ის დაკისრების ნაწილში), ზოგჯერ კი ფიქსირებული.

მსჯელობიდან გამომდინარე იკვეთება, რომ აუცილებელია კიდევ ერთხელ საჯარო წესრიგის ნაწილში კანონმდებლობის გადახედვა. კანონში ან უფრო კონკრეტულად უნდა განისაზღვროს ის ძირითადი მიმართულებები, რასაც იგი მოიცავს, ან საერთოდ ამოღებულ იქნას და მო-

23 იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის საქმე №28/3112-14 გადაწყვეტილება, 24 თებერვალი, 2015 წელი, 3.

კონფერენციის შრომები

ცემულ მუხლს დაემატოს გადაწყვეტილების გაუქმების კონკრეტულად იმ საფუძვლების ჩამონათვალი, რასაც კანონი საჯარო წესრიგის ცნებაში გულისხმობდა, მაგრამ ამ ნორმის ამოღება წამგებიანი იქნება და გაუმართლებელი, რადგან საჯარო წესრიგის ბუნდოვანი ცნება ერთგვარი დამცავი მექანიზმია საერთაშორისო არბიტრაჟების ისეთი გადაწყვეტილებების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის შემთხვევებში, რომლებიც ქვეყნისთვის მიუღებელია. საჭიროა აღნიშნულ საკითხის ძირფესვიანად შესწავლა და პრობლემის გადაჭრის გზის მოძიება, რადგან საქართველოში, ამ კუთხით, პრაქტიკა საკმაოდ მწირი და სუსტია. თუ გავითვალისწინებთ სხვა ქვეყნის მაგალითებს, სასამართლოს მიერ განისაზღვრა საჯარო წესრიგის (ordre public) თითქმის უნივერსალური დეფინიცია. „საჯარო წესრიგი წარმოადგენს ყველა სახელმწიფოსა და საერთაშორისო ორგანიზაციათა (extra-national community) ეკონომიკური, სამართლებრივი, მორალური, პოლიტიკური, რელიგიური და სოციალური ფუნდამენტური სტანდარტების ერთობლიობას²⁴.“

დასკვნა

საქართველოში ბოლო ათწლეულის განმავლობაში არსებული პრაქტიკისა და უამრავი რეკომენდაციის შემდგომ მიღებულმა ახალმა კანონმა, სასამართლოს კონტროლის სრულიად ახალი წესი დანერგა: სასამართლოს მიეცა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სისწორის შემოწმებაში ჩარევის ფარგლები და შესაძლებლობა. რაც მთავარია, აღნიშნული მოქმედება მხარეს უფლებას არ ართმევს, ხელახლა მიმართოს არბიტრაჟს და განიხილოს დავა სასამართლოს მიერ მითითებული შენიშვნების გათვალისწინებით.

ამ ეტაპზე, კანონმდებლობა საკმაოდ დახვეწილია, ე.ი საკანონმდებლო ბაზა მოწესრიგებულია. ამჯერად სახელმწიფოს, სასამართლო ხელისუფლების და თავად იმ კვალიფიციური ხალხის დახმარებაა საჭირო, რომლებიც პროცესის არბიტრებად მოიაზრებიან. საარბიტრაჟო ინსტიტუტის პოპულარიზაცია როგორც საკანონმდებლო, ასევე პრაქტიკული და საერთაშორისო კუთხით, მოიზიდავს დავებს როგორც ქვეყნის შიგნით, ასევე საერთაშორისო მასშტაბით.

აუცილებელია შეიქმნას შიდა ელექტრონული ქსელი, სადაც სისტემატიზებული იქნება ყველა საარბიტრაჟო საქმე. ელექტრონული წარმოება და შიდა ქსელი ხელს შეუწყობს საერთო სტატისტიკის ჩამოყალიბებას, რაც დღეს არ გაგვაჩნია. არბიტრები უფრო მკაცრად გაკონტროლდებიან

24 Choi S., Symposium Issue, The Interaction Between National Courts and International Tribunal, Note, Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under The ICSID and New York Conventions, New York University Journal of International Law and Politics, (Fall 1995-Winter 1996), 18, მითითებულია ნინო ლიპარტიას ნაშრომში საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები საჯარო წესრიგთან მიმართებით, ზურაბ ახვლედიანი 80, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, (თბილისი, 2013), 132.

კონფერენციის შრომები

ეთიკის კოდექსისა თუ სხვა საკანონმდებლო დარღვევების კუთხით და სასამართლოს მხრიდან არბიტრაჟების ასეთი მკაცრი მონიტორინგი აღარ იქნება საჭირო.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების გაუქმების ერთ-ერთი ძირითადი მიზეზი არბიტრთა არაპროფესიონალიზმი ან მიკერძოებული გადაწყვეტილებებია. იგივე მდგომარეობა გაგრძელდება, ვიდრე ისინი არ გახდებიან თავიანთი დარგის პროფესიონალები, არ იქნებიან მიუკერძოებლები და თავად არბიტრაჟის განვითარებისთვის არ იზრუნებენ.

დღესდღეობით, მთავარ მიზანს წარმოადგენს, რომ არბიტრაჟი უფრო ხშირად გამოიყენებოდეს ბიზნეს დავებში, გაიზარდოს მის მიმართ ნდობა, და ის ასევე გახდეს საყოფაცხოვრებო, მცირე და ვიწრო პროფილის მეწარმეთა დავების გადაწყვეტის მექანიზმიც. ამ ყველაფრის მისაღწევად, აუცილებელია სახელმწიფოს ძლიერი ნება, რათა საარბიტრაჟო ინსტიტუტმა ღირსეული ადგილი დაიკავოს. სახელმწიფო და არბიტრაჟი არ უნდა იყვნენ კონკურენტი მხარეები, ისინი საერთო საქმეს უნდა ემსახურებოდნენ.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე და ქართული რეალობის გათვალისწინებით, აუცილებელია შეიქმნას არბიტრთა მაღალი საკვალიფიკაციო სტანდარტი, მოხდეს სისტემატიურად მათი გადამზადება, ჩამოყალიბდეს სასამართლო პრაქტიკა და კიდევ უფრო დაიხვეწოს საკანონმდებლო ბაზა. ამ ღონისძიებების გატარებისა და სახელმწიფოს მხარდაჭერის ფონზე გაიზრდება არბიტრაჟებისადმი ნდობა და მათი პოპულარობა.

ბიბლიოგრაფია:

1. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი. <https://www.matsne.gov.ge>
2. 1958 - უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ ნიუ იორკის კონვენცია.

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF ARBITRATION AWARD PROBLEMS OF REGULATION IN GEORGIAN LAW AND COMPARED OF THE 1958 NEW YORK CONVENTION (comparative-legal analysis)

Ia Mokia

Ilia state university the degree of Master's of Law, Lawyer

KEY WORDS: Arbitration, Public order, The advantage

RESUME

Judiciary in Georgia is overloaded by discussing civil disputes, especially disputes concerning economic matters. Correspondingly, it is necessary to reach the high level of international standards, such as establishment of the Alternative Dispute Resolution - Arbitration, which is significant and integral part of the economic development. That will make a great contribution to the progress of the country. The thesis deals with the issue of determining to what extent does the government intervene in a court of arbitration with regard to recognition and enforcement. The paper defines problems of regulatory issues in the Georgian legislation. Thus, there will be used comparative research method. Specifically, the law of Georgian on "Arbitration" will be compared to the 1958 New York Convention. The main goal of the work is to introduce the advantages of arbitration, consider key issues - public order, adversarial principle and reduction of the amount of the penalty. The relevance of the mentioned issue has been conditioned by the legislative amendments and homogeneous approaches made by the court. There is not established common judicial practice in Georgia, hence, it does not operate in the country.

კონფერენციის შრომები

თბილისი

NOTES:

1. Steven C. Bennett, Arbitration, Essential Concepts, (2002), 4. (In English)
2. J.G. Merrills, International Dispute Settlement, fourth edition, University of Sheffield, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2005, 117. Indicated: Andguladze k. Content validity of the arbitration agreement (comparative analysis), Tbilisi, 2013. 7. (In Georgian)
3. Resolution of the Parliament of Georgia on Accession to the International Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Tbilisi, February 3, 1994, [hereinafter New York Convention 1958] (In Georgian)
4. Explanatory note on the Draft Law of Georgia on Arbitration. file:///C:/Users/RGB7/Downloads/file-15122014%20(2).pdf (Last accessed - 27.06.2015). (In Georgian)
5. Kenneth R. Davis. Unconventional Wisdom: a new look at articles V and VII of the convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Texas international law journal. 46. (In English)
6. International Council for Commercial Arbitration ICCA'S Guide to the interpretation of the 1958 New York convention: A handbook for Judges. Translator: R. Chkuaseli, T. Morchiladze, N. sesitaishvili, D. Xachvani. With the assistance of the Permanent Court of Arbitration Peace Palace, (The Hague, 2013), 9. (In Georgian)
7. ICCA'S Guide to the interpretation of the 1958 New York convention: A handbook for Judges 38. (In Georgian)
8. 1958 – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – the “New York” Convention. Article II (1). (In English)
9. Tsersvadze G. International Arbitration, Tbilisi. 2012. 652 (In Georgian)
10. Japaridze s. Interrelations between the annulment of the arbitral award and the refusal of recognition and enforcement of the arbitral award. Alternative Dispute Resolution. Yearbook, 2013. 213 (In Georgian)
11. Japaridze s. Interrelations between the annulment of the arbitral award and the refusal of recognition and enforcement of the arbitral award. Alternative Dispute Resolution. Yearbook, 2013. 216 (In Georgian)
12. 1958 – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – the “New York” Convention. Article I (2). (In English)
13. Law of Georgia on Arbitration. Article 6 (2). (In Georgian)
14. Law of Georgia on Arbitration. Article 44. (In Georgian)
15. 1958 – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – the “New York” Convention. Article III. (In English)
16. Kaufmann-Kohler, Gabrielle; Schultz Thomas, Online dispute resolution, Challenges for contemporary Justice, International arbitration law library, Kluwer law international 2004, 217. Indicated: Tsersvadze G. International Arbitration, Tbilisi. 2012. 658. (In Georgian)
17. 1958 – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – the “New York” Convention. Article III. (In English)
18. A.Redfern and M. Hunter, 1999, 135; Professor Michael Pryles,

კონფერენციის შრომები

- Drafting Arbitration Agreements, Citation: 15 Adel. L. Rev. 5, 1993, 5, Indicated: Andguladze k. Content validity of the arbitration agreement (comparative analysis), Tbilisi, 2013. 8. (In Georgian)
19. Law of Georgia on Arbitration. Article 45. (In Georgian)
 20. Tbilisi Court of Appeals. Chamber of Civil Cases. Case N4963-12, 28 February, 2013 year, see. <http://library.court.ge/judgements/4012015-01-30.pdf> (last accessed 05.07.2015). (In Georgian)
 21. Tsersvadze G. International Arbitration, Tbilisi. 2012. 435. (In Georgian)
 22. Kurkela, S. Matti, Due Process in international commercial arbitration, Hannes Snellman, Oceana Publications Inc. 2005, 12. Indicated: Tsersvadze G. International Arbitration, Tbilisi. 2012. 435. (In Georgian)
 23. Tbilisi Court of Appeals. Chamber of Civil Cases. Case №20/3112-14, 24 February, 2015 year, 3. (In Georgian)
 24. Choi S., Symposium Issue, The Interaction Between National Courts and International Tribunal, Note, Judicial Enforcement of Arbitration Awards Under The ICSID and New York Conventions, New York University Journal of International Law and Politics, (Fall 1995-Winter 1996), 18, Indicated: Lipartia N. Grounds for refusal to recognition and enforcement arbitration in relation to public order. Zurab Akhvlediani 80. Publisher: David Batonishvili Institute of Laq. Tbilisi, (2013). 132. (In Georgian)

BIBLIOGRAPHY:

1. Law of Georgia on Arbitration <https://www.matsne.gov.ge> (In Georgian)
2. 1958 – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – the “New York” Convention. (In English)

კონფერენციის შრომები

ეკატერინე ლაფაჩი

უძრავ ნივთებზე უფლებების შემენა თავდაპირველი მესაკუთრის გვერდის ავლით, კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვა თუ თავდაპირველი მესაკუთრის ინტერესის უზულველყოფა (სასამართლოს კონკრეტული გადაწყვეტილების განხილვის მაგალითზე)

ეკატერინე ლაფაჩი

სამართლის დოქტორი, ვეროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

საკვანძო სიტყვები: კეთილსინდისიერი შემძენი, იპოთეკა, საჯარო რეესტრი

შესავალი

კეთილსინდისიერი შემძენისა და თავდაპირველი მესაკუთრის ინტერესთა კონკურენცია აქტუალური საკითხია, რასაც მოწმობს ასევე ის ფაქტიც, რომ აღნიშნული საქართველოს საკონტიტუციო სასამართლოს განხილვის საგანიც კი იყო, რასთან დაკავშირებითაც მიღებული იყო საინტერესო და კომპეტენტური გადადაწყვეტილება¹, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ მიუხედავად ამისა, ის პრობლემატიკა, რაც უკავშირდება კეთილსინდისიერი შემძენისა და თავდაპირველი მესაკუთრის ინტერესთა კონკურენციის გადაწყვეტას, მთლიანად ვერ იქნა მოხსნილი და დღემდე ატუალურია.

საქართველოს სასამართლოებში განსახილველ საკითხთან დაკავშირებით უამრავი დავა მიმდინარეობს, თუმცა სტატიის ფარგლებში აღებული იქნა ერთი კონკრეტული საქმე, რომელიც შეეხება თავდაპირველი მესაკუთრისა და კეთილსინდისიერი იპოთეკარის ინტერესთა კონკურენციას. საქმე საინტერესოა იმ კუთხით, რომ პირველი და მეორე ინსტანციის სასამართლოებმა განსხვავებული გადაწყვეტილებები მიიღეს. შესაბამისად

1 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2017 წლის 17 ოქტომბრის გადაწყვეტილება N3/4/550 საქართველოს მოქალაქე ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

კონფერენციის შრომები

სტატიის მიზანია კონკრეტული საქმის მაგალითზე კონკურენციის განხილვა სასამართლოს კონკრეტული გადაწყვეტილების ანალიზისა და კომენტარის კონტექსტში.

საკითხი დგას შემდეგნაირად, კეთილსინდისიერი შემძენის სტატუსი უნდა გავრცელდეს თუ არა იმ შემთხვევაზე, როდესაც საქმე შეეხება არა შემძენას, არამედ იპოთეკით დატვირთვას და რა როლს ასრულებს მესაკუთრე, იმ შემთხვევაში, თუკი მისი ნების საწინააღმდეგოდ, თაღლითურად დაირეგისტრირა უძრავი ნივთი ახალმა მესაკუთრემ და შემდეგ იპოთეკით დატვირთა და ამავდროს იპოთეკარებს ამ ფაქტის მიმართ კეთილსინდისიერი დამოკიდებულება ჰქონდათ და არ იცოდნენ, რომ მესაკუთრე თაღლითური გზით იყო რეგისტრირებული.

სასწორზე დგას ორი მხარის თითქმის თანაბარი ინტერესი. ერთ მხარესაა მესაკუთრე, რომლისთვისაც უძრავი ნივთი განსაკუთრებულ ღირებულებას წარმოადგენს და მეორე მხარესაა იპოთეკარი, რომელმაც დიდი თანხის სანაცვლოდ დატვირთა ნივთი იპოთეკით.

1. საქმის გარემოებანი

მოსარჩელე ითხოვდა ნასყიდობის ხელშეკრულებისა და იპოთეკის ხელშეკრულების ბათილად ცნობას, მოპასუხემ 2016 წლის 22 ნოემბერს, სომხურ ენაზე დაამზადა ყალბი მინდობილობა, რომელიც ქართულიდან რუსულ ენაზე თარგმანით დაამოწმებინა ნოტარიულად. მინდობილობით მესაკუთრე მას ანიჭებდა თავისი საკუთრების, უძრავი ქონების განკარგვის უფლებამოსილებას, მოპასუხემ 2016 წლის 22 ნოემბერს მოსარჩელეს სახელით გააფორმა ნასყიდობის ხელშეკრულება და ამ ხელშეკრულების საფუძველზე მოცემული უძრავი ქონება საჯარო რეესტრში საკუთარ სახელზე დაირეგისტრირა.

2016 წლის 26 ნოემბერს მოპასუხემ სადაო საცხოვრებელი სახლი სა-ნოტარო ბიუროში შპს-ს დირექტორთან გაფორმებული პროდუქციის რეალიზაციის ხელშეკრულების არსებული ვალდებულების 76000 დოლარის უზრუნველყოფის მიზნით იპოთეკით დატვირთა ყალბი დოკუმენტების გამოყენებით ვითომდა მისსავე საკუთრებად რეგისტრირებული მოცემული უძრავი ქონება (საცხოვრებელი სახლი).

2017 წლის 31 მაისს მოპასუხე ცნობილ იქნა დამნაშავედ მოსარჩელის ქონების ყალბი მითითებისათვის და ყალბი დოკუმენტების დამზადება-გამოყენების გზით თაღლითობის დანაშაულის ჩადენაში, რისთვისაც მას მიესაჯა 8 წლით თავისუფლების აღკვეთა. განაჩენში მითითებულია რომ მან აღიარა დანაშაულის ჩადენა და თავი დამნაშავედ ცნო წარდგენილ ბრალდებაში.

მოსარჩელის განმარტებით 2017 წლის 24 იანვარს, მაშინ როდესაც ჯერ კიდევ არ იყო გასული ხელშეკრულებით გათვალისწინებული 15 დღიანი გაფრთხილების ვადა, ნოტარიუსმა გასცა სააღსრულებო ფურცელი, რომელიც ითვალისწინებდა მოსარჩელის ქონების სარეალიზაციოდ მიქცე-

კონფერენციის შრომები

ეკატერინე ლაფანი

ვას, მაგრამ საგამოძიებო ორგანოების დროული ჩარევის გამო ვერ მოხეხდა მისი აღსრულება.

თაღლითმა მოპასუხემ სარჩელი ცნო. მეორე მოპასუხემ შპს-მ, სარჩელო არ ცნო და მიიჩნია, რომ სარჩელი უსაფუძვლო იყო, რადგანაც იპოთეკის ხელშეკრულება გაფორმებული იყო კანონმდებლობის მოთხოვნათა დაცვით და მისთვის არ იყო ცნობილი, რომ პირველმა მოპასუხემ საკუთრების უფლება უძრავ ნივთზე მოიპოვა თაღლითური გზით. ვინაიდან საჯარო რეესტრში რეგისტრირებული იყო მესაკუთრედ და არანაირი საფუძველი არ არსებონდა ამ ფაქტში ექვის შეტანისათვის. შესაბამისად ვინაიდან პროდუქცია დროულად იქნა მიწოდებული, ხოლო პროდუქციის თანხა არ იქნა ანაზღურებული, და იპოთეკის ხელშეკრულებასაც გაუვიდა ვადა, მას უფლება ჰქონდა მოეთხოვა იპოთეკით დატვირთული ნივთის რეალიზაცია.

მოპასუხედ ჩართული იყო ასევე ნოტარიუსი, რომელმაც განმარტა რომ იპოთეკის ხელშეკრულება გაფორმებული იყო კანონს შესაბამისად, რადგანაც იგი მოქმედებდა რეესტრის ჩანაწერთა მიმართ მოქმედი პრეზუმფციის შესაბამისად, რომლის მიხედვით, რეესტრის ჩანაწერების მიმართ მოქმედებს უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფცია².

2. პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება და მოდიკაცია

პირველი ინსტანციის სასამართლომ სარჩელი დააკმაყოფილა, სასამართლო უპირველეს ყოვლისა, დაეყრდნო საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლს. სასამართლომ განმარტა, რომ მოსარჩელეს არასდროს გაუცია მინდობილობა პირველი მოპასუხის სახელზე და ნასყიდობის ხელშეკრულება დადებულია მესაკუთრის ნების გამოვლენის გარეშე, შესაბამისად, 2016 წლის 22 ნოემბერს დადებული ნასყიდობის ხელშეკრულება დადებულია სადაო ნასყიდობის ხელშეკრულების დადების მომენტისათვის ნამდვილი მესაკუთრის მხრიდან ნების გამოვლენის გარეშე. სახეზე არ არის მოსარჩელის ნება მოპასუხისათვის მისი სახელით მოქმედების უფლების მინიჭებისა და კუთვნილი უძრავი ნივთის გასხვისების თაობაზე, რაც წარმოადგენს მინდობილობის და სადავო გარიგების უძრავი ნივთის ნასყიდობის ხელშეკრულების ბათილად ცნობის საფუძველს. ასევე იპოთეკა წარმოადგენს მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალებას და იპოთეკის საგანი უნდა წარმოადგენდეს იმ პირის საკუთრებას, ვინც იკისრა ვალდებულების შესრულება. სასამართლომ მიიჩნია, რომ სადაო ქონებაზე ნასყიდობის ხელშეკრულების ბათილად ცნობით აღდგება პირვანდელი მდგომარეობა, დაუტვირთავ, იპოთეკისაგან თავისუფალ მდგომარეობაში. ასევე გააუქმა ნოტარიუსის მიერ გაცემული სააღსრულებო ფურცელი და მის საფუძველზე დაწყებული სააღსრულებო წარმოება³.

2 თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2017 წლის 30 ნოემბრის N 2/15811-17 გადაწყვეტილება, გვ. 4.

3 იქვე, გვ. 15.

კონვენციის შრომები

3. მეორე ინსტანციის გადაწყვეტილება და მოთივაჰია

სააპელაციო სასამართლო არ დაეთანხმა პირველ ინსტანციის გადაწყვეტილებას და მიიჩნია, რა, რომ ის გარემოება, რომ მესაკუთრეს არ გამოუვლენია ნება იპოთეკის ხელშეკრულების გაუქმების თაობაზე, არ წარმოადგენს საკმარის საფუძველს იპოთეკის ხელშეკრულების ბათილად ცნობისათვის, იპოთეკის ხელშეკრულების ბათილად ცნობის თაობაზე სარჩელის დაკმაყოფილებისათვის უნდა დადგინდეს ფაქტი იმის თაობაზე რომ იპოთეკარმა იცოდა, რომ კონტრაჰენტი არ იყო უძრავი ქონების მესაკუთრე, რომ ჩანაწერი სადავოა. ასევე სააპელაციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილებით არ ირკვევა, რომ ეს ფაქტი სადავოა, და არც მოსარჩელეს არ გაუხდია აღნიშნული ფაქტი სადაოდ.

პალატამ ყურადღება გაამახვილა მასზე, რომ თავად გასაჩივრებული გადაწყვეტილებითაც არის დადგენილი იპოთეკარის კეთილსინდისიერება, თუმცა საქალაქო სასამართლომ მიიჩნია, რომ იპოთეკარის კეთილსინდისიერების ფაქტი ვერ გადაწონიდა უძრავი ნივთის მესაკუთრის კონსტიტუციურ უფლებამოსილებას. აღნიშნული არ გაიზიარა სააპელაციო სასამართლომ.

სააპელაციო სასამართლო დაეყრდნო საჯაროობის პრინციპსა და რეესტრის უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფციას. პალატამ არ გაიზიარა, პირველი ინსტანციის მსჯელობა, რომლის თანახმადაც, რეესტრის პრეზუმფცია არსებობს მხოლოდ საჯარო რეესტრში დარეგისტრებული ნამდვილი უფლების მიმართ, რადგან პალატამ მიიჩნია, რომ ეს დიდ საფრთხეს შეუქმნის სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობას, რაც შემძენს დააკისრებდა რეესტრის მონაცემების ნამდვილობის შემოწმების ტვირთს, რაც შეუძლებელი იქნებოდა.

სააპელაციო სასამართლომ ძალაში დატოვა იპოთეკის ხელშეკრულება, რითაც ბინის ნამდვილ მესაკუთრეს ფაქტობრივად დააკისრა 76 000 დოლარის გადახდა იპოთეკარის სასარგებლოდ⁴.

კომენტარი

სახეზეა ორი ერთმანეთისაგან განსხვავებული გადაწყვეტილება. წინამდებარე გადაწყვეტილებათა მნიშვნელობა შესაძლებელია შეფასდეს რამოდენიმე ასპექტით:

დავა ეხება მეტად მნიშვნელოვან საკითხს, სასწორზე დგას ორი მხარის თითქმის თანაბარი ინტერესი. ერთ მხარესაა თავდაპირველი მესაკუთრე, რომლისთვისაც უძრავი ნივთი განსაკუთრებულ ღირებულებას წარმოადგენს და მეორე მხარესაა იპოთეკარი, რომელმაც დიდი თანხის

4 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 15 აპრილის გადაწყვეტილება N28/298-18.

კონფერენციის შრომები

იკატერინე ლაფანი

სანაცვლოდ დატვირთა ნივთი იპოთეკით.

ერთის მხრივ საკუთრების უფლება დაცულია საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლით და გარიგება, რომლითაც უგულვებელყოფილია საკუთრების ხელშეუხებლობის სოციალური ფუნქცია, უნდა ჩაითვალოს საჭარო წესრიგის დამრღვევ გარიგებად.

მეორეს მხრივ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში -სსკ) 185-ე მუხლის თანახმად, შემძენის ინტერესებიდან გამომდინარე, გამსხვისებელი ითვლება მესაკუთრედ თუკი იგი ასეთად არის რეგისტრირებული რეესტრში, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა შემძენმა იცოდა, რომ გამსხვისებელი არ იყო მესაკუთრე. (არაკონსტიტუციურად იქნა ცნობილი 185-ე მუხლის ის ნორმატიული შინაარსი, რომლის თანახმადაც, „გამსხვისებელი ითვლება მესაკუთრედ, თუ იგი ასეთად არის რეგისტრირებული საჭარო რეესტრში“, იმ შემთხვევაში, როდესაც რეესტრის ჩანაწერის წინააღმდეგ შეტანილია საჩივარი და ეს ფაქტი შემძენისათვის ცნობილია).

განსახილველ შემთხვევაში სააპელაციო სასამართლომ შემძენად ჩათვალა იპოთეკარიც და მოცემული ნორმა გაავრცელა ასევე იპოთეკის შემთხვევაზეც. თუმცა ვფიქრობ სიტუაციას ცვლის ის ფაქტი, რომ საქმე ეხება კეთილსინდისიერ იპოთეკარს და არა უძრავი ნივთის კეთილსინდისიერ შემძენს.

გასათვალისწინებელია ის ფაქტიც, რომ მოპასუხე, რომელმაც თაღლითური გზით განახორციელა უძრავი ნივთის რეგისტრაცია და იპოთეკის უფლებით დატვირთა აღიარებს ბრალს და იმყოფება სასჯელაღსრულების დაწესებულებაში. შესაბამისად დამდგარი ზიანიც მან უნდა აანაზღაუროს. თუმცა გამომდინარე იქიდან, რომ მას მიესაჯა თავისუფლების აღკვეთა 7 წლის ვადით, ამ ზიანის ანაზღაურების საკითხი ეჭვქვეშ დგას.

ამასთან არც ერთი ინსტანციის სასამართლო საერთოდ არ მსჯელობს იმ ფაქტზე, რომ მინდობილობა, რომელიც გაფორმებული იყო თითქოსდა სასომხეთის ნოტარიუსის მიერ, იყო ყალბი, არ იყო კანონმდებლობით დადგენილი წესით ლეგალიზებული⁵.

შესაბამისად საჭარო რეესტრში ყალბი მინდობილობის საფუძველზე განხორციელებული რეგისტრაცია, იყო თუ არა უფლებამოსილი პირის პასუხისმგებლობის დაკისრებისათვის საფუძველი განხილული გადაწყვეტილებებიდან არ იკვეთება.

იმ შემთხვევაში თუკი იპოთეკის ხელშეკრულება დარჩება ძალაში, თავდაპირველ მესაკუთრეს, რომელიც მიიჩნევა ასევე ნამდვილ მესაკუთრედ, რადგან ნასყიდობის ხელშეკრულება ბათილად მიიჩნია ორივე ინსტანციის სასამართლომ, მოუწევს იპოთეკის თანხის (76000 დოლარის) ანაზღაურება, რაც ვფიქრობ ეწინააღმდეგება სამოქალაქო კოდექსით აღიარებულ და განმტკიცებულ კეთილსინდისიერების⁶ პრინციპს.

5 საქართველოს კანონი „სამოქალაქო აქტების შესახებ“, მ.3-„ლ“,მ
6 სსკ მ. 8;

კონფერენციის შრომები

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2017 წლის 17 ოქტომბრის გადაწყვეტილება N3/4/550 საქართველოს მოქალაქე ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ
2. თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2017 წლის 30 ნოემბრის გადაწყვეტილება N 2/15811-17
3. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 15 აპრილის გადაწყვეტილება N2ბ/298-18
4. საქართველოს კანონი „სამოქალაქო აქტების შესახებ“
5. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი

ACQUISITIVE PRESCRIPTION OF IMMOVABLE THINGS, WITHOUT PRIMER OWNER, GOOD FAITH OR IGNORING RIGHTS OF PRIMER OWNER (Review on the basis of court decisions)

Ekaterine Lapachi

PH.D. Affiliated professor of European University

KEY WORDS: Acquirer in Good Faith, Mortgage, Public registry

RESUME

Collision of primer owners' interests and the interest of Acquirer in Good Faith is one of the most important problem in modern civil law. This issue was also discussing by constitutional court of Georgia. Constitutional court has made a very essential

კონფერენციის შრომები

and important decision about this problematic issue.⁷ Despite this, above mentioned problem was not totally solved by constitutional court.

This research includes full analyze and review on above mentioned problem (Primer owners interest vs the interest of Acquirer in Good Faith) with the perspective of one famous case. This case is much more interesting because first instanton court and appeal court has solved the case totally differently. So, main aim of our research is to analyze court position.

Main point is: The status of Acquirer in Good Faith should be used also in mortgage or not and what kind of role does the owner has when property is registered without his/her permission, by fraud. Acquisitive Prescription of Immovable Things, without primer owner and defending principle of good faith finally will cause totally ignoring owners' interest,

BIBLIOGRAPHY:

1. Constitutional court of Georgia, Plenum, 17.10.2017, decision N3/4/550, Citizen of Georgia Nodar Dvali VS Parliament of Georgia. (In Georgian)
2. Tbilisi city court, Civil law collegium, 30.11.2017, decision N2/15811-17. (In Georgian)
3. Tbilisi Court of appeals, 15.04,2019, decision N2ბ/298-18. (In Georgian)
4. Organic law of Georgia on normative acts. (In Georgian)
5. Civil code of Georgia. (In Georgian)

NOTES:

1. Constitutional court of Georgia, Plenum, 17.10.2017, decision N3/4/550, Citizen of Georgia Nodar Dvali VS Parliament of Georgia. (In Georgian)
2. Tbilisi city court, Civil law collegium, 30.11.2017, decision N2/15811-17, p.4. (In Georgian)
3. Tbilisi city court, Civil law collegium, 30.11.2017, decision N2/15811-17, p.15. (In Georgian)
4. Tbilisi Court of appeals, 15.04,2019, decision N2ბ/298-18. (In Georgian)
5. Organic law of Georgia on normative acts, Art.3. (In Georgian)
6. Civil code of Georgia, Art. 8. (In Georgian)
7. Constitutional court of Georgia, Plenum, 17.10.2017, decision N3/4/550, Citizen of Georgia Nodar Dvali VS Parliament of Georgia. (In Georgian)

7 court of Georgia, 17.10.2017, Decession N3/4/550, Nodar Dvali VS parliament of Georgia.

ამ ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: www.lawandworld.ge
ელ. ფოსტა: info@lawandworld.ge
გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 99) 177 573

The online version of the journal is available on the website:
www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge
76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141
Phone: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 99) 177 573