

# საქართველო და მსოფლიო

საერთაშორისო სამეცნიერო  
ჟურნალი

N17/2021



INTERNATIONAL SCIENTIFIC JOURNAL

# LAW AND WORLD

№ 17

2021 აპრილი  
April

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

## სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის  
სამეცნიერო კვლევითი ინსტიტუტის  
საერთაშორისო სამეცნიერო  
რეფერირებადი ჟურნალი

## LAW AND WORLD

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

სამართალი და მსოფლიო –  
თქვენი გზამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND 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.

ჟურნალი ფლობს საერთაშორისო ლიცენზიას CC BY-SA.

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

The journal holds International license: CC BY-SA.

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

იოსებ კელენჯერიძე  
ნათია გაბედავა  
მარიამ ბობოხიძე  
თამარ ქავჭარაძე

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

IOSEB KELENJERIDZE  
NATIA GABEDAVA  
MARIAM BOBOKHIDZE  
TAMAR QAVZHARADZE

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

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



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

# სარედაქციო ხოლგია

## იოსებ კელენჯერიძე

მთავარი რედაქტორი, საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

## გიორგი ლლონტი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

## მერაბ ტურავა

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

## ლევან ზაყალი

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

## თამარ ლალიაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

## შალვა შურაძე

სამართლის დოქტორი, გურამ თავართქილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი, ადვოკატი

## ალექსანდრე ლლონტი

ფრაიბურგის ალბერტ ლუდვიგის

გის სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის მეცნიერებათა დოქტორის კანდიდატი. საერთაშორისო კიბერუსაფრთხოების კვლევითი ცენტრის დამფუძნებელი

## ანა ჭილიტაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

## ლევან მესხორაძე

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

## ბაკურ ლილუაშვილი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

## თათული დოლიძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

## როინ მიგრაული

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

## ეკატერინე ლაფაჩი

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

## გიორგი გორაძე

სამართლის დოქტორი, სულხან საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის პროფესორი

## გიორგი ხატიძე

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

## უცხოელი წევრები

## ჰანს იურგენ ზაჰორკა

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

## პატრიკ ტერი

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

## დევიდ კოლბე

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

## პაბა გოშაძე

სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

## მამუკა შენგელია

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

## შედეგები

## შედეგები

## შედეგები

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

## მარკ სპეისერი

ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (აშშ)

## მარტინ კოლე

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

## მატიუ მერპოელი

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

# Editorial Board

## IOSEB KELENJERIDZE

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

## GIORGI GLONTI

Doctor of Law in Criminal Law and Criminology, Professor of European University

## MERAB TURAVA

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

## LEVAN JAKELI

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

## TAMAR LALIASHVILI

Doctor of Law, Professor of The European University

## SHALVA KURDADZE

Doctor of Law, Professor of Guram Tavartkiladze Tbilisi Teaching University, Advocate

## ALEKSANDRE GLONTI

J.D. Candidate at Freiburg University.

Founder of an International Cybersecurity Company The Project Andromeda

## ANNA CHIGITASHVILI

Doctor of Law, Professor of European University

## LEVAN MESKHORADZE

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

## BAKUR LILUASHVILI

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

## TATULI DOLIDZE

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

## ROIN MIGRAULI

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

## EKATERINE LAPHACHI

Doctor of Law, Affiliated professor at the European University

## GEORGE GORADZE

Doctor of Law, professor Sulkhana Saba Orbeliani University

## GEORGE KHATIDZE

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

## FOREIGNER MEMBERS

## HANS-JÜRGEN ZAHORKA

The director of European Institute „Liberta“, Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EU-FAJ), Advocate (Germany)

## PATRICK C. R. TERRY

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

## DAVID C. KOLBE

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

## KAKHA GOSHADZE

Doctor of Law, Affiliated professor of European University

## MAMUKA SHENGELIA

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

## WILLIAM J. WATKINS

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

## MARK A. SPEISER

Judge of circuit court of Florida (USA)

## MARTIN COLLET

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

## MATTHIEU MEERPOEL

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

- 7** CREATING A POSITIVE IMAGE OF A POLICE OFFICER IN THE MINDS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE UNITED STATES  
Natalia Vashakidze, Julie Devall
- 15** CYBER RISK MITIGATION IN HIGHER EDUCATION  
George B. Liluashvili
- 28** GRAND DESIGN: LEGAL PROTECTION OF ONLINE TRANSPORTATION IN THE MIDDLE COVID-19  
Susani Triwahyuningsih, Sarjiyati, Herma Yusti
- 33** NOTION OF DIRECT INVESTMENT IN NON-ICSID INVESTMENT TREATY ARBITRATION  
Irina Chankseliani
- 56** MYTHS OF ELDER WOMEN AND WORLD'S STEREOTYPES  
Making Injustice Visible & Woman –  
Master of Her Own Fate  
Irina Batiashvili  
მიტები ასაკოვან ქალებზე და მსოფლიოს სტერეოტიპები  
უსამართლობის მხილება და ქალი –  
საკუთარი ბედის შემქმნელი  
ირინა ბათიაშვილი
- 69** THE SCOPE OF INVOLVEMENT IN MANAGEMENT AS A PREREQUISITE FOR INPUT VAT DEDUCTION RELATED TO TRANSACTIONS IN SHARES AND POSSIBLE INCOMPATIBILITY WITH ABUSE OF LAW PRINCIPLE  
Davit Berdzuli
- 86** THE GERMAN-GEORGIAN MODEL OF PENALTY REGULATION (Comperative-Legal Analysis)  
Irakli Shamatava

- 100** LEGAL ASPECTS AND IMPLICATIONS OF CLIMATE CHANGE  
Khushboo Garg, George G. Tumanishvili
- 121** INTERNATIONAL COOPERATION, ONE OF THE MECHANISMS  
OF ASCERTAINING THE FOREIGN LAW IN PRIVATE  
INTERNATIONAL LAW  
Tamar Mskhvilidze
- 130** ადმინისტრაციული ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე დავების  
არბიტრაჟში განხილვის პერსპექტივა  
სალომე წურჭუმია  
PROSPECTS FOR USING THE ARBITRATION FOR RESOLVING  
THE DISPUTES ARISING OUT OF ADMINISTRATIVE  
CONTRACTS  
Salome Tsurtsumia
- 148** მსოფლიოს წამყვანი ქვეყნების კიბერუსაფრთხოების  
ეროვნული სისტემები  
ირაკლი ნადარეიშვილი, ჯემალ ლომსაძე  
NATIONAL CYBERSECURITY SYSTEMS OF LEADING COUNTRIES  
AROUND THE WORLD  
Irakli Nadareishvili, Jemal Lomsadze
- 163** ეთერიუმის, როგორც „გონიერი კონტრაქტის“, სამართლებრივი  
რეგულირების ფორმალური საკითხი  
სალომე თეზელაშვილი  
SEVERAL ASPECTS IN THE LEGAL REGULATION OF ETHEREUM  
AS THE "SMART CONTRACTS"  
Salome Tezelashvili
- 173** ნეონათიციდის ძველი ნარატივის გადახედვა ქართული სისხლის  
სამართლის რეფორმისთვის  
თამარ გეგელია

A REVIEW OF THE OLD NEONATICIDE NARRATIVE  
FOR GEORGIAN CRIMINAL LAW REFORM

Tamar Gegelia

- 197** დანაშაულებრივი გზით სხვის უძრავ ნივთზე საკუთრების  
უფლების მოპოვება  
(კონკრეტული სასამართლო გადაწყვეტილებების მიმოხილვა)  
ნიკოლოზ ფხალაძე  
GAINING POSSESSION OF ANOTHER'S REAL ESTATE  
THROUGH CRIMINAL WAYS  
(Overview of Specific Court Decisions)  
Nikoloz Pkhaladze

# CREATING A POSITIVE IMAGE OF A POLICE OFFICER IN THE MINDS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE UNITED STATES

**Natalia Vashakidze**

*Associate Professor of Lomonosov State University and  
Georgian National University SEU*

**Julie Devall**

*Tbilisi Social-Economical Institute, Georgia*

**KEYWORDS:** American police, Adolescents, Degree of trust,  
Positive image of a police officer

In modern society, there is a rather contradictory attitude towards police officers. In the minds of some citizens, a steadily negative attitude towards people in police uniform has recently formed [1]. Not an exception in this regard and The United States, but due to recent events (racial unrest over police actions against racial minorities due to the death of African-American George Floyd after severe police detention), which today can be assessed as a true tragedy of the American police when for the first time in the history of the United States, the attitude of Americans towards the police became such that calls for the elimination of this law enforcement institution became more explicit, clear, and often heard. And this although for a long time the attitude of Americans towards the police was quite respectful and even awe. Several experts claim a coordinated media attack on law enforcement agencies, which led to sheriffs and heads of municipal police departments leaving their posts in several states of their own free will or under pressure from demonstrators and liberal politicians.



In some regions, police departments are closing or reducing their funding. It all started with Minneapolis, and now it has reached millennial cities – San Francisco Mayor London Breed announced police reform. And the New York City Council supported a one-fifth reduction in the police budget, equal to one billion dollars a year. At the same time, a draft on deep police reform has already been prepared in Congress, which guides law enforcement officers to „use a minimum amount of force” and also involves the abolition of immunity protecting police officers, the creation of a national policy control system, which in our opinion will mean a decrease in the ability of the police to withstand crime.

In this context, several politicians declare the loss of confidence of law enforcement officials on the part of citizens, but this opinion is not shared by all Americans. Despite the heated discussion, polls show that more than 50% of Americans are satisfied with the work of the police (only 16% – dissatisfied). Civil society, therefore, has a long way to go towards consensus. The White House has already spoken quite unequivocally. Donald Trump noted that the police allow the country to „live in peace”, and „99% of employees are excellent people“. Therefore, there will be no cutting off finances, much less dissolution, the US president assured.

At the moment, the formation of a positive image of a police officer in the eyes of most Americans is one of the significant tasks of state power [2]. It does not require proof that in a democratic and legal state, as the United States is, the police in the conduct of their activities must ensure the trust and support of citizens. This provision applies fully to young Americans. However, there are multiple problems in this area. So only in early September, several resonant reports were published in the American media at once about the police exceeding their powers about minors. In particular, in Salt Lake City, a police officer shot several times at a 13-year-old teenager with autism, who due to a nervous breakdown, began to threaten passersby. And such cases of the misuse of weapons against minors are not isolated.

American researchers and rating agencies (Associated Press, the National Center for the Study of Public Opinion at the University of Chicago, etc.) regularly measure the rating of society's attitude to police officers, including among young people. Such activities are important because to restore confidence and build a positive image of policing in the eyes of children and adolescents, it is initially necessary to understand what causes (positive or negative) attitudes of young people towards law enforcement agencies. Studying opinion polls can help to reveal not only what young people think about the police, but also why they think so, which in turn should help police departments and legislators develop policies to improve police-community relations.

According to these Bureaus of statistics of justice of the USA (BJS), in 2019 more than 33.4 million inhabitants at the age of 16 years are also more senior at least once asked for help in the police. And only 18.2% were the share of inhabitants aged from 16 up to 24 years. Young people less than elderly people, contact the police for such help. Most often, these addresses were connected with the message about a crime/disorder/suspicious activity, with the subsequent message about the emergency which isn't connected with a crime or for other reasons. However, to say that most young Americans are negative to police is not quite reasonable. The answer to a question undertakes a key indicator in sociological polls: whether you report to police about crime by the eyewitness of which you accidentally became. Results of polls show that young Americans from 16 to 24 years will contact more likely to police, than representatives of any other age group.

Also, researches show that the trust degree to police differs among the youth of different groups depending on age, race (ethnic origin), place of residence, education, standard of living, and political orientation [3]. So 69% of the young Americans living in suburbs are positive to police, also, as well as 60% of residents of the cities and 61% of inhabitants of rural areas.

In general, nearly 6 of 10 young Americans highly appreciate the local police for compliance

with the law (59%), protection against violent crimes (56%), and a quick response to a call for help (56%). A little less (50%) highly appreciate the local police for disclosure of crimes.

White young Americans about 20% more often than the African-Americans and 10-15% more often than Latin Americans, highly appreciate the efficiency of the local police departments.

About 60% of white teenagers consider that the police effectively protect people from crimes, only 38% of the African-Americans and 49% of natives of Latin America agrees with it. In the same way, about 6 of 10 white young Americans consider that police give well potentially dangerous situations. Compliance with the law and quickly react, in comparison with 4 of 10 black and less than half of young Latin Americans.

About a quarter (27%) of the young Americans report that they had an experience when the police officer protected them or members of their families in potentially dangerous situations. It is quite expected that young people who gave such information 16 times more often report about the positive opinion on police, than those who have no such experience.

In one of the conducted researches trying to understand how the nature of contacts of youth with police influences the relation to police was also made. Positive contacts were found (i.e. in what police officers give to youth a certain help) improve reviews of police while negative experiences (i.e. connected with obligations of law enforcement agencies) hurt the attitude towards police officers.

Among African-American youth, more respondents point to „cruelty of police” and racial discrimination. So, data from polls of young representatives of ethnic minorities show that concern about their safety at a stop about their police patrol on the street ranks second in the list of the questions concerning African-American youth. Representatives of this group report that they are stopped more often than white and Latin American teenagers [4].

As for the experience and perception of the American youth, it is illegal the behavior of police, approximately, every fifth young American

notes that police officers used offensive language (17%) in a conversation with him. At the same time, 21% of respondents noted that they are familiar with the facts when their friends or acquaintances were exposed to physical or psychological abuse from police.

Also, young Americans aren't convinced of the honesty of most police officers. Nearly half of respondents (49%) consider that „most police officers consider that they are higher than the law”, and 51% don't agree. Perception strongly differs depending on race and ethnic origin, income, and ideological preferences.

Young Americans are more concerned than members of other age groups about the dangers associated with the use of drones by police. Sixty percent (60%) are concerned by the fact that drones can intrude in their private life. Also, the American youth considers that the police in the USA are excessively militarized. About 54% of young Americans consider that the police using a military weapon and armored vehicles „go too far”, and only 46% say that these tools „are necessary for the law-enforcement purposes”.

In one of the last reports of Management of juvenile justice and prevention of offenses, the relation of the American youth to reform of police and activities on improvement of the relations of local managements of police with the communities are analyzed with the communities. At the same time many young Americans expressed an opinion that responsibility for the tense relations between police and youth is born by teenagers as the most part doesn't show due respect for the law and its performers and therefore, first of all, young Americans have to improve their behavior. For example, one of the respondents noted „It is possible to present how many deaths or injuries law enforcement officers could prevent if the suspect among youth and teenagers, showed more respect for the officer, obeyed his instructions and didn't try to resist arrest or to run. We need to better support our officers, but not to try to protect criminals”.

We represent data from the specified poll on the relationship of youth with police in fig. 1.



Fig. 1. The relationship of youth with the police

The data presented in the figure show that two-thirds (65%) of young respondents say that police officer has „very dangerous” work, 30% believe that working in the police is „somewhat dangerous”, and only 5% believe that their work is not very dangerous.

Most young Americans (58%) believe that today young people „have too little respect” for the police. Only the third believe that young people and adolescents respect and trust the police. Some of the respondents surveyed do not see systemic problems in the work of the police. At the same time, young Americans praise local law enforcement agencies for complying with the law (59%), using appropriate force (58%), courtesy (57%), honesty (57%), protecting people from violent crimes (56%), equal treatment of „all racial groups (56%), quick response to the call for help (56%) and care for the local community (55%).

Most representatives of American youth believe that in the modern period there is a confrontation between the police and young people.

The White young Americans are more likely than African-Americans to say that people do not respect the police enough (64% versus 34%) and believe that there is a confrontation between youth and the police (64% versus 46%). Latin American youth occupy an intermediate position between the greatest (45%), who say that the police are not properly respected, and the small majority (52%), who believe that there is a war with the police. On the contrary, most young African-Americans say that there is no war with the police (54%) and that officers are duly respected (54%).

Representatives of different ethnic youth groups express different views on the relationship

with the police [5]. They differ on the effectiveness, impartiality, honesty, empathy, tactics, and responsibility of the police. Their views differ in part because Hispanic, Black, and White Americans report many personal and indirect experiences with police officers. For example, some groups are more likely to report verbal or physical abuse by officers. Taken together, these disparate perceptions and described experiences create a deep gap in favor of law enforcement agencies.

However, many ignore the agreement between these groups. Americans, regardless of race and ethnicity, agree on what the police should be and what reforms should be carried out.

Blacks, whites, and Hispanics agree on the main priorities of law enforcement, the maintenance of the current level of police presence in their communities, and the dangers inherent in the work of the police. Most Hispanic, white and black Americans also support various police reforms: more training, nocturnal cameras, citizen warnings about stops and searches, and independent investigations of alleged police misconduct. Similarly, most young Americans oppose a variety of possible police practices: racial profiling, the usual use of combat weapons and armored vehicles, pretext stops of vehicles to search for drugs without a warrant, confiscation of personal and private property before a person is found guilty of a crime (civil property confiscation), the use of profanity by officers. Most also support the decriminalization of drug-related offenses from criminal offenses to civil charges. This change can improve the interaction between the police and young people.

As is known with teenagers in the United States, two types of police officers most often interact with patrol and school assistants who investigate criminal complaints about offenses committed at school work with students who violate the law. For the latter to succeed, students must trust the police. A fairly positive experience in the interaction of young people and police officers is available in Chicago, where a youth police project (Y/PP) has been implemented for several years. As part of this project, a report study was published, „How does Chicago's ethnic youth perceive the police?” The essence of the proj-

ect is that its participants (high school students, college students, and police officers) must interact with at least five hours of school time during the school year. This considerable amount of time contributes to stabilizing the relationship between the project participants and building the trust that is necessary for mutual responsibility.

During meetings held by police officers at school with adolescents, an attempt is made to establish a dialogue with at-risk adolescents. To increase the confidence of young people in the police, painstaking and long-term work is necessary because trust is possible only if police officers have high professionalism, qualified professional training, appropriate cultural and legal level, and the development of personal moral and moral qualities. Appropriate training should be acquired in the course of training at educational institutions of the USA police academy system.

The priority qualities in which it is possible to solve the problem of building the trust of young Americans in police officers is communication, the ability to empathy, and understanding other people.

The positive image of the policeman is due to expectations of manifestations of intelligence, honesty, justice, decency. Police officers are expected to make fair decisions, from the perspective of the younger generation, ensuring the protection of rights, property, and personal security.

In the psychological context, evaluation, the formation of a positive image, as a rule, occurs on an unconscious, intuitive level through the perception of facial expressions, intonation, gestures. When creating a positive image of a policeman, the expectations of youth are such characteristics as assembly, determination, courage, the ability to make the right decisions, initiative, lack of rudeness, indifference, formalities, extortion, violence.

The most important role in the formation of public opinion, in particular, the formation of both a positive and negative image of a modern police officer is played by the media (media), which have a direct impact on the perception of information. However, the result of such influence does not contribute in all cases to the formation of a positive image of a police officer but often has the

opposite, opposite effect [6]. Thus, some television programs designed to cover the criminal chronicle broadcast high-profile crimes related to corruption scandals, abuse of official position, bureaucratic bribery, traffic accidents involving police officers, and others. This kind of information, as well as the lack of an objective assessment of what is happening, again undermines the authority of police officers and is reflected negatively in the minds of young Americans. The campaign that the media are actively conducting against the American police today does not help to increase the positive image of the policeman. When television and news programs broadcast only negative stories with the participation of police officers, and do not talk about the real work against crime carried out by police throughout America. Journalists do not tell or show reports about the heroic actions of the police.

The media is a powerful tool for shaping and changing the image, which is currently used very irrationally. The use of the Internet has great potential in solving this problem. To change the existing opinion, it is necessary, first of all, to receive new information. In the context of the wide information of modern society, the Internet is the easiest and most accessible channel for disseminating information [7].

The final report of the 21st century Presidential Police Task Force states that the mission of law enforcement agencies is „to build trust between citizens and their peacekeepers, to ensure that all components of the community treat each other fairly and share in the maintenance of law and order, public security and act in an atmosphere of mutual respect" [8]. One of the keys to building confidence in the police in local communities is better relations between law enforcement agencies and young people.

It should be noted that the image of a policeman in modern American society has its historical characteristics. It reflected existing traditions, customs, morals, culture, and way of life, as well as perceptions of the population, including youth about the work of the police. The lack of legal awareness of police officers leads to the fact that they often use their official position for personal

purposes, and in some cases violations of the law. None of the existing institutions is as negative as the police, so the population places increased demands on them. Deviation from the reference representations causes a negative assessment of the population, including youth. This is because police officers in the eyes of society are representatives of the law and therefore are obliged to respect and protect the rights and freedoms of a person and citizen. In mass consciousness, a stereotypical image of a police officer has developed, steadily associated with stereotypes of mass consciousness about the negative social qualities of a policeman. This stereotype is supported by historical attitudes, media, artistic images, and traditions in American society. Therefore, the main task is to create circumstances for the effective creation of social order for certain positive characteristics of a police officer, such as a high degree of culture, honesty, education, decency, legal and professional training. Of course, the established, negative image of the policeman needs to be changed in the direction of increasing confidence between the police and young citizens.

How law enforcement agencies control young people is critical to building trust. To this end, the youth-oriented police can use a structure of six main elements:

- Building confidence and legitimacy;
- Policy and supervision;
- Internet technologies and social networks;
- Public policy and crime reduction;
- Education and education (legal education);
- Improving the efficiency of the service of security and welfare officers in educational institutions.

The task force report notes that citizens, including young people, are more likely to „obey the law if they believe that those who use it have the power they have under the law.

When it comes to engaging young people, law enforcement agencies must find many ways to encourage staff to build trust and legitimacy among young people. Officers should demonstrate the mentality of the „keeper“, not the „warrior“. This is

achieved through prevention, which contributes to the formation of a positive image of a policeman in the eyes of American youth interaction between young people and the police [9].

Clarence Cox, Chief of Public School Safety and Security at Clayton County, Georgia explains how his staff participates in student mentoring throughout the year: „We speak, share, care, and show respect for young people. We emphasize that to gain the confidence of our youth, they need to know that the police care for the community they serve.“

Politics is another powerful strategy that can be used to improve youth-oriented policing. Local police policies should reflect the values of the local community. Communities should seek to develop policies and strategies to reduce crime and improve relationships and interactions with young people.

Law enforcement authorities can work with local schools to develop policies that help reduce juvenile delinquency.

The report prepared by the Justice Center of the Council of State Governments confirmed that the role of school security and welfare officers is not only about enforcing school discipline. In a policy statement, the report said: „Educators and school officials do not urge officers to respond to minor student misconduct that can be appropriately addressed as part of the school's disciplinary process, and officers use their discretion to minimize arrests for these offenses when possible“.

The use of Internet technologies makes it possible to better engage young people and improve communication. One of the rapidly changing technologies is social networks. Police agencies use tools such as creating their own Facebook page and posting on Twitter information containing details that can be missed by the main media. Since young people often feel more comfortable than adults in using social networks, participating in these media, law enforcement agencies can use methods of communication with young people, which allow police departments to provide the necessary information, as well as collect information about the state and level of crime.

Protection of public order is to work with residents of the community, including youth, to ensure public safety. For youth-oriented policing, this means involving young people in the process of public security, including their opinions on the problems facing the community, as well as in joint solutions to problems. Some law enforcement agencies are making more conscious efforts to attract young people as department volunteers to interest them in the future of the community.

As part of efforts to reduce and prevent youth delinquency in Rockland County, New York, the District Attorney, together with the Chief of Police and other county police departments launched the Youth and Police Initiative (YPI), an eight-day dialogue program for breaking the stereotypes of young people and police officers, developing mutual respect and starting a long-term positive relationship.

Law enforcement officials and leaders should be retrained and trained on a wide range of youth-related issues, including how to engage young people positively in cooperation with the police, how to de-escalate conflicts in the youth environment, understanding the mental development of young people, the impact of trauma and other mental health problems, cultural differences among young people and much more.

For example, the Montgomery County Police Department (Maryland) provides a 40-hour training course that teaches the resolution of incidents involving persons (including youth) with mental illness, malformations, co-morbidities (drug addiction, alcoholism, substance abuse), as well as traumatic brain injuries.

All members of the Montgomery County Police Department are required to complete a special training course to familiarize themselves with the district's resources available to young people in crises.

One of the significant areas of activity of security and welfare officers in educational institutions is the improvement of relations with young people and adolescents. So in the Vancouver Police Department (Washington), open seminars and webinars are regularly held at which, through role-playing games and simulation situ-

ations, young Americans get the opportunity to experience the process of decision-making under pressure and ways to diffuse a tense situation. The officers then discuss with the youth what they observed and felt if they perceived the threats, and how and why they made certain decisions during the given scenario. Such forms of communication are in demand among representatives of the younger generation and allow young people to understand what situations officers have to deal with security and well-being in educational institutions. Such awareness contributes to increased security in educational institutions and on the streets.

Building trust between the police and young people in communities is an essential task for law enforcement in the twenty-first century. Today, it is necessary to more actively introduce practical-oriented programs for young people into the work of the police, which at the same time can become one of the areas of prevention of juvenile offenses. This approach will pay off now and even more so in the future.

If we are to contain crime and effectively carry out prevention, fundamental fragmentation, and destruction of the barriers of apathy and mistrust are necessary so that a constructive partnership can be forged. Trust is the value that lies at the heart of the public partnership; it allows the police to establish closer relations with the community. Without trust between the police and young people, effective policing is impossible.

In conclusion, I would like to summarize that the creation of a positive image of a police officer is directly related to the formation of a high-quality image of a person wearing a police uniform. This process, on the one hand, is a comprehensive long-term program of influence on the consciousness of citizens, for increasing public confidence in law enforcement officials through the media; however – awareness by the police of the social significance of their profession, its effectiveness, and prestige, clear adherence to the laws, as well as the work of the government to give right qualified professional training, constantly improving the level of legal culture through seminars, training, and advanced training.

## BIBLIOGRAPHY:

1. Tishchenko A.V. (2019). Perception of police officers in modern society. Socio-humanitarian knowledge N12, 219-222 (In Russian)
2. Zolotayko A.I. (2018). Metaphorical image of the police in the discourse of public opinion of The United States. Political linguistics №6, 49-54 (In Russian)
3. Zolotayko A.I. (2016). Racial stereotyping and war with the police. Political linguistics N6. 168-173 (In Russian)
4. Hattery A.J., Smith E. (2018). Policing black bodies: how black lives are surveilled and how to work for change. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, p. 17. (In English)
5. Franklin Andrew Sheldon, Perkins Robert Kelvin, Kirby Morgan D., Richmond Kijana P. (2019). The Influence of Police Related Media, Victimization, and Satisfaction on African-American College Students Perceptions of Police. (In English) URL: <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fsoc.2019.00065> <https://doi.org/10.3389/fsoc.2019.00065>
6. Brazhenskaya N.E., Chernobrodov E.R. (2019). The media as one of the main mechanisms for forming the image of a police officer. Psycho-pedagogics in law enforcement agencies. N3 (78). p. 306-311. (In Russian)
7. Shatalov K.K. (2019). Forming a positive image of a police officer. Science and education today. N6-2 (41). p. 109-110. (In Russian)
8. Final Report of the President's Task Force on 21st Century Policing, May 2018. Washington, DC: Office of Community Oriented Policing Services. Action Item 1.3.1, 13. URL: [http://www.cops.usdoj.gov/pdf/taskforce/TaskForce\\_FinalReport.pdf](http://www.cops.usdoj.gov/pdf/taskforce/TaskForce_FinalReport.pdf) (In English)
9. Maryin M.I., Bochkova A.A. (2014). Methodological approach to assessing the value orientations of heads of internal affairs bodies. Russian psychological journal. T. 11. N1. p. 7-15. (In Russian)

# CYBER RISK MITIGATION IN HIGHER EDUCATION

**George B. Liluashvili**

*Assistant Professor, MA in Criminal Justice,  
USA Farmingdale State College, The State University  
of New York*

**KEYWORDS:** Cybersecurity, Cyberattacks, Cyber Risk  
Mitigation, Data Breaches

## INTRODUCTION

Cyberattacks on higher education institutions and effective threat mitigation strategies have not been fully explored and pose many unanswered questions. According to the news organization Comparitech, from 2005 to 2020, there have been 1,327 breaches in the educational system in the United States, including K-12 schools, colleges, and universities, and it is estimated that 24.5 million records have been stolen or compromised.<sup>1</sup> According to IBM's data breach calculations by the industry, it can cost around \$140 to \$260 on average per stolen record in the educational system.<sup>2</sup> This cost can reach billions of dollars; the exact costs can depend on the extent of a data breach, how much time it took to identify and contain the breach, compensating victims, and resolving lawsuits. Conducting proper research on cyberattacks and threat mitigation on higher education institutions is crucial as it has the potential to identify and isolate the factors that make higher education institutions more prone to cyberattacks.

1 Cook, S. (2020). US schools leaked 24.5 million records in 1,327 data breaches since 2005. Comparitech. Retrieved November 22, 2020, from <https://www.comparitech.com/blog/vpn-privacy/us-schools-data-breaches/>

2 IBM. (2020). How much would a data breach cost your business? Retrieved November 23, 2020, from <https://www.ibm.com/security/data-breach>



Given the inevitable vulnerability and the seriousness of losses associated with cyberattacks in the Higher Education system, understanding the effective risk mitigation strategies, including managing and recovering from cyberattacks, can be essential and beneficial for higher educational institutions. The article explores: (1) Background of cyberattacks in higher education; (2) Cyber vulnerabilities in higher education institutions; (3) Cyber risk mitigation strategies in higher education; (4) Effective cyber risk mitigation framework for higher education.

## BACKGROUND OF CYBERATTACKS IN HIGHER EDUCATION

Cybercriminals have extensively targeted higher education institutions for the past twenty years—the lack of cyber awareness, physical security, and cyber risk mitigation techniques resulted in several major data breaches. This paper will discuss only the most common cyber vulnerabilities in higher education institutions. One of the earliest known cyberattacks happened at the university in 1988, when the Cornell University graduate student Robert Morris while at MIT launched a computer worm, known as the Morris Worm, which replicated and spread rapidly. Morris wanted to demonstrate the weaknesses existing in security measures on computer networks. In 1989, Morris was the first person indicted for violating the Computer Fraud and Abuse Act (CFAA) and was sentenced to three years of probation. The Morris Worm was a wake-up call for the rapidly approaching digital age, and it inspired countless hackers to continue plaguing our digital systems to this day.<sup>3</sup>

In 2002, Princeton Ivy league University staff members gained unauthorized access to the Yale Universitas website and downloaded the list

of prospective Yale students from the admissions database. Princeton university staff members used social security numbers and birthdates of Princeton applicants to apply to Yale University to access the system. Whether it was a result of ruthless competition between ivy league universities to boost student enrollment or calculated targeted espionage, it left the privacy of many (exact number unknown) prospective Yale and Princeton students compromised. The 2002 cyber-attack on Yale university is one of the first recorded cyberattacks in a higher educational institution. Ironically, the attack was conducted by another higher education institution.<sup>4</sup>

In 2003, California was the first state to pass a data breach notification law requiring companies to disclose personal information breaches to consumers whose personal information was compromised, including social security, driver's license, credit card number, and medical and health insurance information, passport numbers, and person's unique biometric information, such as a fingerprint, or image of a retina or iris.<sup>5</sup> In June 2005, after the indictment of a former library employee at the University of Hawaii by federal law officials, the university administration encouraged their students, faculty, staff, affiliates, and patrons to take protective measures against identity theft and obtain free credit reports to monitor their accounts for unusual activity. In 2003, the former librarian had access to the university's library patron database containing personal information, including social security numbers.<sup>6</sup> On March 11, 2005, from the Graduate Division office at the University of

3 Vaughan-Nichols, S. (2018, November 2). The day computer security turned real: The Morris Worm turns 30. Retrieved November 23, 2020, from <https://www.zdnet.com/article/the-day-computer-security-turned-real-the-morris-worm-turns-30/>

4 Garroson, J. (2002, July 26). Yale Accuses Princeton in Hack Attack. Retrieved November 24, 2020, from <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2002-jul-26-na-yale26-story.html>

5 Attorney General Becerra and Assemblymember Levine Unveil Legislation to Strengthen Data Breach Notification Law. (2019, February 21). State of California Department of Justice. Retrieved November 24, 2020, from <https://oag.ca.gov/news/press-releases/attorney-general-becerra-and-assemblymember-levine-unveil-legislation-strengthen>

6 UH issues identity theft alert. (Jun 17, 2005). Retrieved November 24, 2020, from <https://manoa.hawaii.edu/news/article.php?aId=1121>

California, Berkeley, a laptop was stolen, which contained information on 98,369 individuals who applied to graduate school between fall 2001 and spring 2004. The computer's files included names, dates of birth, addresses, and Social Security numbers. The same year, a California university had another computer security breach when hackers broke into the housing and food service computer system, which contained vital information about 59,000 students, faculty, and staff. Boston College was also hacked in March 2005, and 120,000 alumni information was compromised, including names, addresses, and Social Security numbers.<sup>7</sup>

Oracle PeopleSoft human resource and financial management systems are extensively used in higher education and are implemented in more than 2000 universities and colleges worldwide. In 2007, three students installed key-logging software on computers at Florida Agricultural and Mechanical University and used the passwords to access the PeopleSoft system to modify grades and in-state residency status. In 2012, hackers broke into the PeopleSoft system at the University of Nebraska, exposing Social Security numbers and other sensitive information on about 654,000 students, alumni, and employees and bank account details of 21,000 individuals. The hacker, a former student, pleaded guilty to one count of intentionally damaging a protected computer. In 2013, Salem State University in Massachusetts notified 25,000 students and employees that their Social Security numbers were possibly compromised. PeopleSoft application architecture is complex and results in vulnerabilities in managing the system. It is difficult to patch the system without adding the custom functionality, and hackers can exploit the weaknesses and access the system. The perimeter security measures prevent employees from accessing harmful applications outside of the organizations but cannot prevent inadvertent privacy breaches

and Organizations granting users inappropriate access rights. These threats are located within the organization and cannot be protected by perimeter security.<sup>8</sup>

The most extensive data breach in higher education institutions occurred in 2013 at Maricopa County Community College District (MCCCD) in Arizona. Data breach exposed 2.4 million records of current and former students, faculty, staff, and third-party members. Compromised records included names, dates of birth, addresses, social security numbers, and bank account information. It is suspected that student and faculty academic information, including grades and projects, have been exposed. The lawsuit filed against the MCCCD claims that before the 2013 cyber-attack, the FBI has repeatedly warned the MCCCD administration that several college databases have been compromised and information from these databases being offered for sale on the internet. After the data breach in 2013, it took MCCCD seven months and seven million dollars to notify the affected parties. The total cost of the 2013 data breaches as of 2019 is 14 million dollars.

Today's cybercriminals are often demanding ransom. In 2019, a cyberattack disabled Monroe College's technology systems. Hackers demanded \$2 million in Bitcoin to restore access. In 2019, the Stevens Institute of Technology, Grinnell, Oberlin, and Hamilton Colleges were also targeted with ransomware attacks.<sup>9</sup> This year, the University of Utah experienced a ransomware attack at the College of Social and Behavioral Science network and decided to pay a \$457,000 ransom to stop a hacker from disclosing stolen data.<sup>10</sup>

7 Gamio, L., Alcantara, C. (2017, September 7). How Data Breaches Grew to Massive Proportions in 12 Years. Retrieved November 23, 2020, <https://www.washingtonpost.com/graphics/business/the-scale-of-large-hacks/>

8 McCoy, L. (2020, November 20). Why PeopleSoft System Security is Vital. Retrieved November 24, 2020, from <https://www.sentinelsoftware.com/why-peoplesoft-system-security-is-vital>

9 McKenzie, L. (2019, July 15). Hackers demand \$2 million from Monroe College in ransomware attack. Retrieved November 27, 2020, from <https://www.insidehighered.com/news/2019/07/15/hackers-demand-2-million-monroe-college-ransomware-attack>

10 Olenick, D. & Ross, R. (August 21, 2020). University of Utah Pays Ransom to Avoid Data Disclosure. Retrieved November 19, 2020, from <https://www.bankinfosecurity.com/university-utah-pays-ransom-to-avoid-data-disclosure-a-14871>

Universities have the challenge to defend against multiple types of threats such as spam, phishing, and ransomware. Hackers target universities to retrieve sensitive information stored in their systems, including personal information, Social Security numbers, credit cards, and proprietary research data. The foreign actors often target scientific, medical, defense research, and academic work on public policy matters, nuclear issues, and economics. In 2018, nine Iranian hackers were charged for their attempt to steal the passwords of hundreds of thousands of professors in a phishing scam that ran from 2013 to 2017.<sup>11</sup> In 2019, Chinese hackers targeted 27 institutions and researchers with expertise in undersea technology in the U.S., Canada, and Southeast Asia, including Pennsylvania State University, the University of Hawaii, Duke University, the Massachusetts Institute of Technology, and the University of Washington. However, institutions did not confirm publicly if they have been compromised in the attacks. Research data can be vulnerable to cyberattacks because different department research repositories are often not managed by the office of information technology.<sup>12</sup>

## CYBER VULNERABILITIES IN HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS

At higher education institutions, chief information security officers are responsible for protecting, securing, and storing sensitive information, including financial aid applications with student personal information, proprietary research information, intellectual property, courses on online learning portals, and operational data. The high-

er education institutions are at risk for a variety of cyberattacks aimed at obtaining confidential information. It is advised that chief information security officers work closely with cybersecurity teams on the internal and external levels to prevent, protect, mitigate, respond to, and recover from different cyberattacks to the institution networks and systems. There are many different definitions of cyber vulnerabilities. After comparing several different cyber vulnerability definitions, a definition that covers most of the areas in cyber vulnerabilities and is most comprehensive to different types of the audience is by ISO 27005, which defines cyber vulnerability as: „Vulnerability is a weakness of an asset or group of assets that can be exploited by one or more threats, [where an] asset is anything that has value to the organization, its business operations, and their continuity, including information resources that support the organization’s mission.” Talabis states that this definition is readily applicable to various scenarios and recommends using it for governmental and civil environments.<sup>13</sup> The cyber vulnerabilities in the higher education system such as colleges and universities do not differ from other organizations; however, due to a large number of students and faculty who have limited or no security awareness can amplify the cyberthreat.

Ransomware encrypts computers by locking down files preventing the owner from accessing the content unless they pay and ransom for decryption. Ransomware is classified as an illegal money-making scheme embedded into files, emails, or many different types of contents, disguising itself as legitimate. The damage done by ransomware worldwide exceeds five billion dollars.<sup>14</sup> According to National Cyber Security Centre (NCSC) in the United Kingdom, Ransomware

11 Nine Iranians Charged with Conducting Massive Cyber Theft Campaign on Behalf of the Islamic Revolutionary Guard Corps. (2018, March 23). Retrieved November 23, 2020, from <https://www.justice.gov/opa/pr/nine-iranians-charged-conducting-massive-cyber-theft-campaign-behalf-islamic-revolutionary>

12 McKenzie, L. (2019, March 6). On Red Alert. Retrieved November 27, 2020, from <http://www.insidehighered.com/news/2019/03/06/report-top-universities-us-targeted-chinese-hackers>

13 Talabis, M., Martin, J. (2012). Information Security Risk Assessment Toolkit: Practical Assessments Through Data Collection and Data Analysis. Netherlands: Elsevier Science, pp. 1-2.

14 Morgan, S. (2017). Global Ransomware Damage Costs Predicted To Exceed \$5 Billion in 2017. Retrieved November 27, 2020, from <https://cybersecurityventures.com/ransomware-damage-report-2017-5-billion/>

is one in the third place of the top five cybercrime issues in schools and universities across the United Kingdom, and because of the increased number of attacks in 2020, ransomware will be on the second place by the beginning of 2021 (NCSC 2020). As Moallem states, many higher education institutions are often forced to pay ransomware attacks because they cannot justify delaying or canceling educational activities. On June 1st, 2020, the Netwalker criminal gang attacked the University of California San Francisco (UCSF) using ransomware. Despite UCSF's IT staff's attempt to physically unplug the computers from the network and power, the malware spread through the systems paralyzing the medical research institution on COVID-19 research. BBC news reporter Joe Tidy anonymously witnessed the negotiations between cyber-criminal gang Netwalker and members of UCSF to relinquish the system control caused by the ransomware. According to Tidy, it cost UCSF 1.14 million dollars in ransom to regain control of the medical research institution systems and resume work on COVID-19 research.<sup>15</sup>

Distributed Denial of Service (DDoS) attacks common occurrences in colleges and universities across the world. The DDoS attack is a malicious attempt to disrupt a targeted computer (server), service, or the entire network by redirecting and flooding the internet traffic to the targeted system overwhelming the system, leaving it paralyzed. The DDoS Attacks can cost schools and universities up to \$50,000 per attack. The damage from DDoS Attacks goes far beyond monetary, seriously affecting the educational institution's reputation. One of the most significant issues when it comes to DDoS attacks is that most students, faculty, and staff do not have basic IT awareness training and are powerless to stop the DDoS attack resulting in the loss of research-related work materials.<sup>16</sup> Between 2014 and 2016, Rutgers University in Newark, New Jersey, was sub-

jected to Multiple DDoS attacks. DDoS attacks can cause devastation in an educational environment such as schools as universities. The DDoS attack on the Rutgers University system effectively shut down the central authentication server, paralyzing the gateway portal and online platform used by faculty, staff, and students to conduct discussions and submit assignments. Other affected systems included a Wi-Fi network, university email system, and library database. As a result of DDoS attacks, actual classes and exams had to be canceled. Besides physical damage, students filed lawsuits against Rutgers University demanding tuition reimbursement and restitution for their compromised devices. According to Kremling and Park, a DDoS attack on Rutgers University cost around 8.6 million dollars in damages and led to the arrest of 22 years old Paras Jha, the architect of the famous Mirai Botnet. This malware can turn the networked devices into remote-controlled subjects, „Bots," and coursing the devices to attack designated targets. Even though the perpetrator was arrested, the damage done to Rutgers University was high, including the immeasurable loss to reputation and business that followed afterward.<sup>17</sup>

Phishing is categorized as one of the most common social engineering attacks directed to steal user data such as login information, credentials, including banking information such as credit card and account numbers. Webster dictionary defines phishing as a „scam by which an Internet user is tricked (as by a deceptive email message) into revealing personal or confidential information which the scammer can use illicitly." Phishing occurs when hackers disguise themselves as trusted entities and trick a victim into opening the email and clicking on a specific link. By clicking the link, the recipient allows the malware software to be installed and activated on a specific computer or device, resulting in the loss of personal or sensitive information. Phishing attack turns into ransomware attack locking the computer of an unsuspected recipient and

15 Tidy, J. (2020). How hackers extorted \$1.14m from University of California, San Francisco. Retrieved November 21, 2020, from <https://www.bbc.com/news/technology-53214783>

16 Moor, M. (2017). *Cybersecurity Breaches and Issues Surrounding Online Threat Protection*. United States: IGI Global, pp. 144-146.

17 Kremling, J., Parker, A. M. S. (2017). *Cyberspace, Cybersecurity, and Cybercrime*. United States: SAGE Publications, pp. 143-163.

hacker demanding the payment to release the system's control. From 2014 to 2019, phishing email attacks cost around 12 billion in damages to organizations worldwide.<sup>18</sup>

According to Twede and Marion, after analyzing 3.5 million spear-phishing attacks in 2020, it was discovered that more than 1,000 educational institutions, including schools and universities, fall victim to phishing attacks in the United States. Twede and Marion describe the two most common types of phishing attacks in educational institutions, Spear Phishing and Business Email Compromise attack. Spear Phishing is a type of attack directed at specific departments or individuals within the targeted organization. Business Email Compromise (BEC) is a type of attack when the attacker disguises itself as a trusted entity and attempts to obtain financial information such as organization or employee bank accounts, invoice information, or credit card information. Large scale BEC attack that occurred on December 2nd of 2018 at Cape Cod Community College (4Cs) in Barnstable, Massachusetts, fell victim to the phishing scam. The phishing scam was a large scale involving multiple departments and computer devices of faculty, staff, and students. The cybercriminals could access one of the computers in the Nickerson Administration Building and stole the information used to transfer \$807,130 of school funds from the bank illegally. Only \$278,887 was recovered after investigation. According to the digital forensic investigators, the entire scam was made possible by an unsuspected employee clicking what seems to be a harmless email attachment, causing the malware to be installed on the computer, compromising both the computer and personal information of dozens of employees. Like the 4Cs attack in 2019, hackers used phishing BEC attacks to gain access to Monroe College at New Rochelle, New York, locking down the computer systems in the cashiers' office, paralyzing the Monroe College New Rochelle campus financial transactions. Hackers demanded the 2 million dollars to release control of computer systems to Monroe college staff. Thankfully, the IT

staff's quick thinking was able to isolate the incident, and the damage was minimal. However, according to Twede and Marion, it caused substantial chaos in the organization and barely avoided serious data Breach which would compromise the financial records of tens of thousands of Monroe College students, faculty, and staff.<sup>19</sup> One of the famous Direct-Access Attack cases is Aaron Swartz's case, one of the Reddit social news platform's principal founders. In 2010, Swartz was a visiting student at the Massachusetts Institute of Technology (MIT) and used his JSTOR digital library account to download „hundreds" of academic articles in PDF format and distribute them for free. Swartz gained direct access to the networking switch at one of the server rooms at MIT, creating the direct connection to his laptop computer, which he left hidden on-site, and initiated the download of academic articles. MIT Police arrested Swartz on breaking charges. Investigation in Swartz's case showed that the Direct-Access Attack on JSTOR overloaded its server, causing the university-wide outage of the JSTOR database.<sup>20</sup>

The Direct-Access Attack is a type of attack when a cybercriminal physically gains unauthorized access to the computer or network and performs various illicit functions, such as stealing the data by directly copying the information from the hard drive or install the malware to trace the user activities and intercept communications from the targeted computer. According to Convey, due to many untrained staff and employees, Direct-access attack is a common phenomenon in large organizations, including schools and universities. In an educational environment, Direct-access attack is not always a product of the criminal mind; it can be caused by the student's mischievous behavior, but the result is compromised data.<sup>21</sup>

18 Anderson, R. (2020). *Security Engineering: A Guide to Building Dependable Distributed Systems*. United Kingdom: Wiley, p. 87.

19 Twede, J., Marion, N. E. (2020). *Cybercrime: An Encyclopedia of Digital Crime*. United States: ABC-CLIO. Retrieved November 20, 2020, pp. 126-133.

20 Lessig, L., Swartz, A. (2016). *The Boy Who Could Change the World: The Writings of Aaron Swartz*. United States: New Press, p. 26.

21 Convery, S. (2004). *Network Security Architectures: Expert Guidance on Designing Secure Networks*. Indianapolis: Cisco Press, p. 77.

## CYBER RISK MITIGATION STRATEGIES IN HIGHER EDUCATION

Cyberattacks in higher education often occur not because the systems lack protection but because many institutions are large, complex, have different, sometimes outdated, operating systems and software, and users are accessing the network with their tablets or cell phone, making the implementation of security protocols difficult. Higher education institutions utilize different types of cyber risk mitigation methods, from software and hardware hardening to network access control, including traffic and intrusion detection systems.

The campus leadership has ultimate authority over cybersecurity strategy. Gearhart, Abbiatti, and Miller developed a survey administered to 150 college presidents to determine how senior college leaders are involved in cybersecurity. Study findings revealed that the leaders have significant concerns about the safety of the financial, student, faculty, and donor affairs data and that about half of the college leaders talk about cybersecurity-related issues 2-6 times per week. The president is often seen as an individual who delegates responsibility for the cybersecurity operations to the most appropriate individual on staff. The survey respondents strongly agreed that cybersecurity responsibilities should be assigned to the CIO position, who should be responsible within the campus structure for this work. The survey results demonstrated some ambivalence regarding when and how professional development training should occur. It was a moderate agreement to conduct online training sessions coordinated by professional associations to facilitate forward-thinking training programs that bring the campus leaders, faculty, and staff into the continued conversation of protecting sensitive data on the campus.<sup>22</sup>

There are some steps that institutions can take to make themselves safer. An entire insti-

tution should collaborate to protect it from cyberattacks. Academic research institutions contain valuable research data that must be safeguarded against hackers. To protect sensitive information, researchers must work in strategic partnership with technology administrators. Universities could create working groups, including department heads, researchers, and critical information security staff. It is essential to maintain a proactive approach to ensure that necessary security measures are implemented to protect sensitive personal information and proprietary research data. It is difficult for any institution to completely prevent a well-trained, funded, high-level group of attackers from gaining some level of access, and institutions should not focus entirely on prevention and concentrate on early detection and response strategies. It is imperative to use multi-factor authentication for login to systems. Information Technology departments often have well-managed and maintained servers, but the most significant risk is that they often have no insight regarding the depth of their security risks in different schools, departments, and labs.<sup>23</sup>

One of the most critical parts of an organization's cybersecurity is to have an appropriate cyber risk mitigation strategy. Due to its extensive scope and applicability to almost any type of organization, including higher educational institutions such as colleges and universities, the National Security Agency's (NSA) cybersecurity mitigation strategies are recommended. NSAs Cybersecurity Mitigation Strategies or PP-18-0120 was drafted in 2018 and included five core functions and ten strategies. NSAs Cybersecurity Mitigation Strategies are designed on the NIST Cybersecurity Framework, and its primary function is to counter a broad range of cyber threats by Advanced Persistent Threat (APT) actors. NSAs Cybersecurity Mitigation Strategies is designed to promote the organization's defense-in-depth security posture and manage security

22 Gearhart, G. D., Abbiatti, M.D. & Michael T. Miller, M.T. (2019, April). Higher Education's Cyber Security: Leadership Issues, Challenges, and the Future. Volume 10, Issue 2, pp. 11-16.

23 McKenzie, L. (2019, July 15). Hackers demand \$2 million from Monroe College in ransomware attack. Retrieved November 27, 2020, from <https://www.insidehighered.com/news/2019/07/15/hackers-demand-2-million-monroe-college-ransomware-attack>

risks. Five core components of NSAs Cybersecurity Mitigation Strategies are: Identify, Protect, Detect, Respond, and Recover.<sup>24</sup>

As higher education institutions evaluate new ways to store and share information, many institutions have adopted cloud computing services to create a virtual repository of data through which information can be disseminated. Although cloud computing is an ideal environment for student and faculty collaboration in the virtual environment, the use of cloud computing increases institutions' risk for data breaches due to sensitive personal information, operational, or financial data stored on third-party servers accessible over the Internet. Cloud security is a comprehensive set of policies, technologies, and controls deployed to protect data, applications, and cloud computing's associated infrastructure. Institutions must develop and revise their cloud security policies to protect networks managed by third-party vendors. Higher Education Cloud Vendor Assessment Tool was developed by The Higher Education Information Security Council (HEISC), which institutions can use to assess the quality of cloud computing services provided by third-party vendors.<sup>25</sup>

The software should be regularly updated at all times, and the updates should be automated if possible. The automation is necessary because harmful parties quickly exploit the new update and find the vulnerabilities and can be as harmful as before the update exploits. The software update should be received directly from the vendor and never from the unknown source or third-party software „Auto updates.” The software update is an important mechanism that adds security changes and improvements made for the software. Software update practice encompasses various mechanisms, policies, and technologies necessary for proper software operation. Fran-

ces explains various software used in the educational environment and the importance of keeping the software up to date to ensure a safe and secure environment for students, faculty, and staff members.<sup>26</sup>

To maintain IT operations, technology users must be assigned appropriate access privileges based on their exposure risk. Using Privileged Access Management (PAM) solution is necessary to automate credential management and fine-grained access control. The alternative way is to manage user privilege through tiered administrative access in which each higher tier provides additional access to the desired, however, limited to fewer users. It is essential to create procedures to securely reset credentials such as passwords, Tokens, and tickers. Any privileged account must be under constant monitoring because cybercriminals target administrative credentials to access high-value assets and gain more control in exposed networks. According to Phillips, compartmentalizing user privileges and account access to specific individuals is necessary to maintain a proper cybersecurity posture for any organization. If one compartment is compromised, the damage will be minimal due to the threat actor's limited access capabilities. Educational institutions utilizing the system have fewer cases of full network paralysis.<sup>27</sup>

The organization must utilize modern operating systems that enforce signed software execution policies such as scripts, executables, device drivers, and system firmware updates in the process of maintaining the list of trusted certificates to detect and prevent the use of injection of illegitimate executables depositing malware. Execution policies can assure system integrity if used in conjunction with a secure boot capability. Application controlling whitelisting should be utilized with signed software execution policies

24 NSA's Top Ten Cybersecurity Mitigation Strategies. (2018, March). Retrieved November 27, 2020, from <https://apps.nsa.gov/iaarchive/library/ia-guidance/security-tips/nsas-top-ten-cybersecurity-mitigation-strategies.cfm>

25 EDUCAUSE. Cloud Security. (2016). Retrieved November 21, 2020, from <https://library.educause.edu/topics/cybersecurity/cloud-security>

26 Frances, A. (2017). Software Update as a Mechanism for Resilience and Security: Proceedings of a Workshop. United States: National Academies Press, p. 5.

27 Phillips, R. (2013). Cyber Security for Educational Leaders: A Guide to Understanding and Implementing Technology Policies: Taylor & Francis. Retrieved November 27, 2020, p. 49.

providing improved control. Unsigned software should not be allowed to activate due to the threat of malicious code injection in the system, which will establish its control over it. According to Lee Holmes, it is essential that organizations use an updated operating system. An outdated operating system exposes the user to outdated security protocols allowing malware executables to operate in the system without any restraints. Holmes states that many educational facilities are still using outdated operating systems that can compromise the entire network's security.<sup>28</sup>

Exercising, creating a new or reviewing system recovery plan is necessary to ensure the proper restoration of data as part of comprehensive disaster recovery strategy. The plan's primary function should be to protect critical data, configurations, and logs to ensure continuity of operations due to unexpected events or hardware failures. For enhanced data protection, backups should be encrypted, stored offsite and even offline when possible. Also, support full system recovery and reconstitution of all devices. IT staff should perform systematic testing and evaluate the backup plan. The backup plan should be updated periodically to accommodate the ever-evolving network technology environment. The recovery plan, as mitigation technique for both natural disasters as well as man made malicious threats. According to Snedaker, the most basic system recovery plan should include assessing backup needs, deciding how to conduct data backup, formulating a plan for asset recovery, and conducting a regular test of plan to isolate any internal software or hardware issues.<sup>29</sup>

A regular inventory of network devices should be taken. Removing any unwanted, unneeded, or unexpected hardware and software from the network. This reduces the attack surface and establishes control of the baseline of the operational environment. The active management should be conducted on operating systems, ap-

plications, security configurations, and hardware devices. To adapt to dynamic threat environments while scaling and streamlining administrative operations, it is necessary to utilize active enterprise management. According to Ding, besides software and hardware management, active enterprise management should be including any third-party entities connected to the organization's network. Ding states that third party entities are the leading cause of most network system compromises in the organization. Limiting access and setting up the proper privileges for third-party entities should be taken under immediate consideration as a part of systems management and configuration.<sup>30</sup>

It is important to take active steps to detect, contain, and eliminate any malicious software within the network. Enterprise-level organizations should constantly assume that the network system has been compromised and use all measures to continually seek out, contain, or eliminate threat actors within the network. The organization should utilize passive detection mechanisms such as logs, security information, and Event Management (SIEM) products, including Endpoint Detection and Response (EDR) solutions and other dedicated data analytic capabilities tools to find malicious or anomalous behaviors within the network environment. Active measures include hunt operations and penetration testing using documented reports within the system and address any discovered security vulnerabilities. The established proactive steps in network security will transition organizations beyond basic detection methods, implementing real-time threat detection and elimination as a mitigation strategy. According to Weidman, it is invaluable to the cybersecurity of the organization to regularly conduct the system penetration testing. Penetration testing is the best method in detecting system vulnerabilities and allowing IT staff to isolate the issues.<sup>31</sup>

28 Holmes, L. (2010). *Windows PowerShell Cookbook: The Complete Guide to Scripting Microsoft's New Command Shell*. O'Reilly Media, p. 342.

29 Snedaker, S. (2011). *Business Continuity and Disaster Recovery Planning for IT Professionals*. Burlington: Elsevier Science. p. 361

30 Ding, J. (2016). *Advances in Network Management*. Boca Raton: CRC Press, p. 105.

31 Weidman, G. (2014). *Penetration Testing: A Hands-on Introduction to Hacking*. San Francisco: No Starch Press, p. 2-3.



Utilizing the hardware security features such as Unified Extensible Firmware Interface (UEFI) Secure Boot, Trusted Platform Module (TPM), and hardware (HVR) virtualization. If applicable, they are scheduling older devices for a hardware refresh. Modern hardware utilities increase the boot process's stability, boot process integrity, system attestation, and support features for high-risk application containment and elimination. Use of modern operating systems on outdated hardware results in a reduced ability to protect the system and critical data, including user credentials from threat actors. According to Bhunia and Tehranipoor, any outdated hardware that should be discontinued within the organization should be discontinued. Updating software on outdated hardware can cause security issues due to slowdowns or even hardware failure, paralyzing the system. For an optimized computer work environment, the hardware age and degradation should be continuously monitored, and manufacturer-issued manuals should be consulted before any major software or hardware upgrade.<sup>32</sup>

For segregating critical networks and services, it is imperative to utilize application-aware network defenses to block improperly formed traffic and restrict unauthorized content, according to organizations' policy and legal authorizations. Traditional intrusion detection based on „known bad" signatures is rapidly decreases its effectiveness due to encryption and obfuscation techniques. Threat actors conceal malicious actions and eliminate data over common protocols, making the need for sophisticated, application-concentrated defensive systems critical for modern network environments. The IT staff must automate the monitoring of suspicious traffic within the network. Manual monitoring is not recommended due to high volume network traffic with the large organization, resulting in unnecessary resources from the IT staff.<sup>33</sup>

It is essential to utilize multi-sourced threat

reputation services for files, URLs, DNS, IPs, and email addresses. Reputation services help identify and prevent malicious events and allow for rapid global responses to threats, reduce exposure from known threats, and provide access to much larger threat analysis and tipping capability than an organization can provide on its own. Whether targeted or global campaigns, emerging threats occur faster than organizations can handle, resulting in inadequate coverage of new threats. Multi-source reputation and information-sharing services can provide a more timely and effective security posture against ever-changing threat actors. Integrating threat reputation services is an excellent threat deterrent tool that detects and isolates the threat before the user activates and infects the network or particular device.<sup>34</sup> Multi-Factor Authentication (MFA) is designed to prioritize user accounts with elevated privileges, remote access, and/or used on high-value assets. Physical and software token-based authentication systems should be utilized in addition to knowledge-based factors such as passwords and PINs. To create a robust cybersecurity environment, organizations should move away from single-factor authentication, such as password-based systems, which are subject to poor user choices and susceptible to credential theft, forgery, and reuse across multiple systems. The importance of MFA security cannot be overstated. MFA improves security by adding an extra layer of protection, reducing the intruder's ability to hack the system. As Grimes states, it is beneficial for organizations to implement MFA, and, in some cases, it is required and part of the compliance.<sup>35</sup>

When facing cyber threats, Federal Information Security Management Act (FISMA) guidelines recommend that chief information security officers and cybersecurity mitigation and response teams identify cyber risk areas, implement safeguards, detect cybersecurity threats,

32 Bhunia, S., Tehranipoor, M. (2018). *Hardware Security: A Hands-on Learning Approach*. Cambridge: Elsevier Science, p. 469.

33 Kott, A., Wang, C., Erbacher, R.E. (2015). *Cyber Defense and Situational Awareness*. Springer International Publishing, p. 193.

34 Ulsch, M. (2014). *Cyber Threat! How to Manage the Growing Risk of Cyber Attacks*. New Jersey: Wiley, p. 185.

35 Grimes, R. A. (2020). *Hacking Multifactor Authentication*. New Jersey: Wiley, p.137.

respond to a potential incident, and recover and restore systems. Institutions need to have an adequate risk mitigation framework to emphasize prevention, protection, and mitigation, response, and recovery processes implemented and approved by the leadership and the governance.

## CONCLUSION

In this rapidly evolving technological ecosystem, it is essential to have robust cybersecurity mitigation techniques in higher educational institutions such as colleges and universities. Higher education institutions provide a unique environment for cybercrimes; whether it is a professional cybercriminal who wants to steal the data for their personal gain or a student who is just getting into the field of IT and wants to challenge their skills by conducting the computer system penetration, the data breach is usually the final outcome. Universities hold a vast amount of personal data on students, faculty, and staff. Besides personal data, universities contain government-contracted research, and when breached, the exposed sensitive information compromises institution security. The core component of the educational cybersecurity system is the ability for students, faculty, and staff to connect to educational systems safely. Cyberattacks on the higher education system and effective threat mitigation strategies have not been fully explored and pose many questions. The literature review on the background of cyberattacks in higher education points to common vulnerabilities, such as ransomware, DDoS attacks, phishing, social engineering attacks, direct-access attacks. When vulnerabilities are understood, higher education risk mitigation strategies can be utilized to combat the cyberthreat. The common mitigation strategies include software update procedures, defending user privileges and accounts, enforcing signed software execution policies, formulating system recovery plan, actively managing systems and configurations, continuously hunt for network intrusions, leverage modern hardware security features, segment networks, and deploy applica-

tion-aware defenses, integrate threat reputation services, and transition to multi-factor authentication system can be effective countermeasures against cyberthreats in higher education.

Cyberattacks on colleges and universities are increasing in frequency and level of damage incurred. With institutions rapidly expanding remote systems and networks to support staff, faculty, and students working from home, hackers also take advantage of increased security vulnerabilities to steal data, generate profits, and cause disruption. Cyber threats to higher education are likely to grow for the foreseeable future. It is imperative to meet the challenges posed by cyberattacks with a robust cybersecurity team, meticulous planning, strategic thinking, and collaboration. Cyber threats are continually evolving, and there is no guarantee that the threat higher education institutions face today and the strategies for mitigating them will work in the future. Understanding vulnerabilities, how and why cyberattacks occur and preventing such attacks is fundamental to creating a more secure future for higher education. The cybersecurity challenges facing higher education are significant, and the cost of solving them is steep. Institutions across the higher education landscape find that effective cyber risk mitigation solutions protect colleges and universities from potential financial and reputational risks that come with insufficient defense.

## BIBLIOGRAPHY:

1. Cook, S. (2020). US schools leaked 24.5 million records in 1,327 data breaches since 2005. Comparitech. Retrieved November 22, 2020, from <https://www.comparitech.com/blog/vpn-privacy/us-schools-data-breaches/> (In English)
2. IBM. (2020). How much would a data breach cost your business? Retrieved November 23, 2020, from <https://www.ibm.com/security/data-breach> (In English)
3. Vaughan-Nichols, S. (2018, November 2). The day computer security turned real: The Morris Worm turns 30. Retrieved November 23, 2020, from <https://www.zdnet.com/article/the-day-computer-security-turned-real-the-morris-worm-turns-30/> (In English)
4. Garroson, J. (2002, July 26). Yale Accuses Princeton in Hack Attack. Retrieved November 24, 2020, from <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2002-jul-26-na-yale26-story.html> (In English)
5. Attorney General Becerra and Assemblymember Levine Unveil Legislation to Strengthen Data Breach Notification Law. (2019, February 21). State of California Department of Justice. Retrieved November 24, 2020, from <https://oag.ca.gov/news/press-releases/attorney-general-becerra-and-assemblymember-levine-unveil-legislation-strengthen> (In English)
6. UH issues identity theft alert. (Jun 17, 2005). Retrieved November 24, 2020, from <https://manoa.hawaii.edu/news/article.php?ald=1121> (In English)
7. Gamio, L., Alcantara, C. (2017, September 7). How Data Breaches Grew to Massive Proportions in 12 Years. Retrieved November 23, 2020, <https://www.washingtonpost.com/graphics/business/the-scale-of-large-hacks/> (In English)
8. McCoy, L. (2020, November 20). Why PeopleSoft System Security is Vital. Retrieved November 24, 2020, from <https://www.sentinelsoftware.com/why-peoplesoft-system-security-is-vital> (In English)
9. McKenzie, L. (2019, July 15). Hackers demand \$2 million from Monroe College in ransomware attack. Retrieved November 27, 2020, from <https://www.insidehighered.com/news/2019/07/15/hackers-demand-2-million-monroe-college-ransomware-attack> (In English)
10. Olenick, D., & Ross, R. (August 21, 2020). University of Utah Pays Ransom to Avoid Data Disclosure. Retrieved November 19, 2020, from <https://www.bankinfosecurity.com/university-utah-pays-ransom-to-avoid-data-disclosure-a-14871> (In English)
11. Nine Iranians Charged with Conducting Massive Cyber Theft Campaign on Behalf of the Islamic Revolutionary Guard Corps. (2018, March 23). Retrieved November 23, 2020, from <https://www.justice.gov/opa/pr/nine-iranians-charged-conducting-massive-cyber-theft-campaign-behalf-islamic-revolutionary> (In English)
12. McKenzie, L. (2019, March 6). Top universities in U.S. targeted by Chinese hackers. Retrieved November 27, 2020, from <http://www.insidehighered.com/news/2019/03/06/report-top-universities-us-targeted-chinese-hackers> (In English)
13. Talabis, M., Martin, J. (2012). Information Security Risk Assessment Toolkit: Practical Assessments Through Data Collection and Data Analysis. Netherlands: Elsevier Science (In English)
14. Morgan, S. (2017). Global Ransomware Damage Costs Predicted To Exceed \$5 Billion in 2017. Retrieved November 27, 2020, from <https://cybersecurityventures.com/ransomware-damage-report-2017-5-billion/> (In English)

15. Tidy, J. (2020). How hackers extorted \$1.14m from University of California, San Francisco. Retrieved November 21, 2020, from <https://www.bbc.com/news/technology-53214783> (In English)
16. Moor, M. (2017). Cybersecurity Breaches and Issues Surrounding Online Threat Protection. United States: IGI Global. (In English)
17. Kremling, J., Parker, A. M. S. (2017). Cyberspace, Cybersecurity, and Cybercrime. United States: SAGE Publications. (In English)
18. Anderson, R. (2020). Security Engineering: A Guide to Building Dependable Distributed Systems. United Kingdom: Wiley. (In English)
19. Twede, J., Marion, N. E. (2020). Cybercrime: An Encyclopedia of Digital Crime. United States: ABC-CLIO. (In English)
20. Lessig, L., Swartz, A. (2016). The Boy Who Could Change the World: The Writings of Aaron Swartz. United States: New Press. (In English)
21. Convery, S. (2004). Network Security Architectures. Switzerland: Cisco Press. (In English)
22. Gearhart, G. D., Abbiatti, M.D., Michael T., Miller, M.T. (2019). Higher Education's Cyber Security: Leadership Issues, Challenges, and the Future. Retrieved November 24, 2020, from [https://www.researchgate.net/publication/333055605\\_Higher\\_Education's\\_Cyber\\_Security\\_Leadership\\_Issues\\_Challenges\\_and\\_the\\_Future](https://www.researchgate.net/publication/333055605_Higher_Education's_Cyber_Security_Leadership_Issues_Challenges_and_the_Future) (In English)
23. McKenzie, L. (2019, July 15). Hackers demand \$2 million from Monroe College in ransomware attack. Retrieved November 27, 2020, from <https://www.insidehighered.com/news/2019/07/15/hackers-demand-2-million-monroe-college-ransomware-attack> (In English)
24. NSA's Top Ten Cybersecurity Mitigation Strategies. (2018, March). Retrieved November 27, 2020, from <https://apps.nsa.gov/iaarchive/library/ia-guidance/security-tips/nsas-top-ten-cybersecurity-mitigation-strategies.cfm>
25. EDUCAUSE. Cloud Security. (2016). Retrieved November 21, 2020, from <https://library.educause.edu/topics/cybersecurity/cloud-security> (In English)
26. Frances, A. (2017). Software Update as a Mechanism for Resilience and Security: Proceedings of a Workshop. United States: National Academies Press. (In English)
27. Phillips, R. (2013). Cyber Security for Educational Leaders: A Guide to Understanding and Implementing Technology Policies: Taylor & Francis. (In English)
28. Holmes, L. (2010). Windows PowerShell Cookbook: The Complete Guide to Scripting Microsoft's New Command Shell. O'Reilly Media. (In English)
29. Snedaker, S. (2011). Business Continuity and Disaster Recovery Planning for IT Professionals. Burlington: Elsevier Science. (In English)
30. Ding, J. (2016). Advances in Network Management. Boca Raton: CRC Press. (In English)
31. Weidman, G. (2014). Penetration Testing: A Hands-on Introduction to Hacking. San Francisco: No Starch Press. (In English)
32. Bhunia, S., Tehranipour, M. (2018). Hardware Security: A Hands-on Learning Approach. Cambridge: Elsevier Science. (In English)
33. Kott, A., Wang, C, Erbacher, R.E. (2015). Cyber Defense and Situational Awareness. Springer International Publishing. (In English)
34. Ulsch, M. (2014). Cyber Threat! How to Manage the Growing Risk of Cyber Attacks. New Jersey: Wiley. (In English)
35. Grimes, R. A. (2020). Hacking Multifactor Authentication. New Jersey: Wiley. (In English).

# GRAND DESIGN: LEGAL PROTECTION OF ONLINE TRANSPORTATION IN THE MIDDLE COVID-19

**Susani Triwahyuningsih**

*Faculty of Law, Universitas PGRI Madiun*

**Sarjiyati**

*Faculty of Law, Universitas Merdeka Madiun*

**Herma Yusti**

*Faculty of Law, Universitas Merdeka Ponorogo*

**KEYWORDS:** Bestuurshandeling, Protection, Online Transportation

## INTRODUCTION

The development of the online transportation mode industry is growing very fast. The periodic table shows an increase in the number of vehicles, both motorbikes, cars, auto buses and vehicles that load logistics, experiencing a significant growth rate transformation. However, of the four modes of transportation described earlier, motorbikes have the greatest interest in the general public, this can be seen from the survey results Badan Pusat Statistik, Kota Madiun 2020 in the table below:

**Table. 1 Types of Vehicles by Subdistrict Level Category**

Transportation Type	Types of Vehicles by Subdistrict Level Category in Madiun City		
	SDL-1	SDL-2	SDL-3
Motorcycle	28.398	46.058	30.155
Car	449	1.024	671
Oto Bus	11	29	17
Other	262	519	292

Source: *Badan Pusat Statistik, Kota Madiun 2020.*

Where,

- SDL: *Sub District Level*
- 1: *Sub District Level Manguharjo*
- 2: *Sub District Level Taman*
- 3: *Sub District Level Kartoharjo*

In 2020, the results of a survey from the Demographic Institute of Madiun City, show that on-line motorcycle taxi services can provide a contribution value of IDR 8.2 trillion per year to the Indonesian economy through the income of driver partners (Badan Pusat Statistik, Kota Madiun 2020). This scheme has changed the pattern while reducing the unemployment rate in Madiun City, as in the data released by the National Labor Force Survey in 2020, that around 8.32 percent of the total > 5,000 online transportation partners who joined are unemployed (Fakhriyah, 2020).

Based on a review of research results, the current phenomenon that online motorcycle taxi drivers in Madiun City revealed that some of the drivers feel disadvantaged by the partnership system that is applied. According to the recognition of one of the drivers who was the object of research by the researcher, companies in making new regulations often act arbitrarily, especially regulations related to tariffs and distance per kilometer. (Yuniastuti, et al., 2019).

Apart from the problem of the relationship between partnerships, another problem lies in the legality of ojeg as online transportation. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2009 regarding Traffic and Road Transportation, it states that motorbikes are not used as public transportation. This means that if an accident occurs, the driv-

er will not get an insurance policy from the company, because motorbikes are not part of public transportation in the zoning route area (Yuniastuti, et al., 2019).

Subsequent problems emerged from Peraturan Menteri Perhubungan Nomor 18 Tahun 2020 concerning Control of Transportation in the Context of Preventing the Spread of COVID-19 and regulations Peraturan Menteri Perhubungan Nomor 18 Tahun 2020 it has also been adapted by Walikota Madiun to follow Enforcement of Restrictions on Community Activities. Please note, that the legal offense contained in pasal 11 ayat 1d it is stated that motorbikes are allowed to carry passengers on terms and conditions that must meet the elements of the health protocol.

Although, it sparked polemics from most of the online drivers. However, the regulations must still be implemented, considering that Madiun City is in the red zone with 1,275 confirmed active cases as of February 16, 2021 (Madiun City Government Dashboard, 2021). So, online transportation modes are very limited, in order to reduce the spread of severe acute respiratory syndrome coronavirus disease or known as COVID-19. Based on the above study, this study focuses on the formulation of related research discussions, the existence of a legal grand design in the midst of the current COVID-19 pandemic.

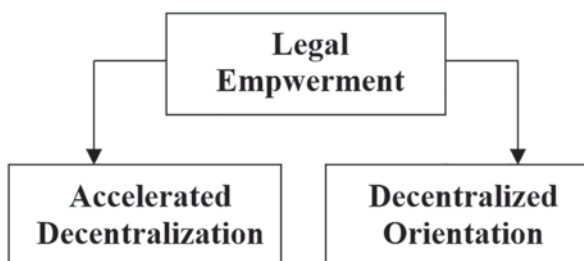
## RESEARCH METHODS

This research was conducted, based on the literature study approach technique, where 8 were obtained from the basic rules of online transportation that discussed the visualization of data images and digital online sampling of field data which were then made review papers, in order to provide general knowledge with the aim and hope of increasing horizons. law and legal insight, resulting in a scientific study in the form of a narrative review.

## RESULTS AND DISCUSSION

The grand design of legal protection for on-line transportation drivers can be viewed from various elements, one of which is that it can be assessed through the extraction of scientific libraries. Based on this explanation, there is a permanent legal concept based on the appropriate work relationship pattern Undang-Undang Ketenagakerjaan. Then, when examined from a proxy Undang-Undang Ketenagakerjaan said, therefore, the government's role is needed to guarantee the rights and position of online drivers in the midst of the COVID-19 outbreak through *bestuurshandeling* instruments.

The scheme of government action through *bestuurshandeling* instruments can be divided into several dimensions such as accelerated decentralization and orientation decentralization. Thus, the role model images that can be explained are as follows:



Picture 1. Mechanism governmental action through *bestuurshandeling* instruments

When examined from the two instruments, which services are more precise, fast and close, it shows that the government is acting in real or functional ways in managing the private sector. On the other hand, the government is obliged to improve the fulfillment of citizens' rights or *rechtshandelingen* to guarantee people and society. Thus, the function of legal reform can run according to the concept of legal empowerment in Indonesia.

Historically, the government has issued Peraturan Perundang-Undangan Nomor 22 Tahun 2009 regarding Traffic and Road Transportation. Thus, the problem of online transportation drivers can be resolved by the government through

Peraturan Perundang-Undangan. Thus, the legal elaboration of Peraturan Perundang-Undangan Transportation of People by Public Motorized Vehicles Paragraf 1 Pasal 140 huruf a will run according to the schematic *feitelijke handelingen* and *rechts handelingen*.

Meanwhile, when viewed from the current situation, namely the COVID-19 pandemic outbreak. The government should be able to issue *bestuurshandeling* instruments in the form of Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU). Peraturan Perundang-Undangan issued in order to redesign with the aim of an urgent need to quickly resolve legal problems that cannot be resolved by means of making Undang-Undang procedurally, so that legal certainty is needed, so the problem is quickly resolved (Konstitusi, 2009).

The availability of *bestuurshandeling* in the form of coercive regulations has been issued by the government. Based on the search results accessed through Jaringan Dokumentasi Dan Informasi Hukum Badan Pembinaan Hukum Nasional produce 8 (eight) regulations that form the basis of online transportation arrangements, namely:

## LITERATURE REVIEW RESULTS

Permenhub Nomor 12 Tahun 2019 Regarding Safety Protection for Motorcycle Users Used for the Benefit of the Community (Republik Indonesia, 2019). This regulation is a form of legal reform and provisions that recognize the legal existence of online motorcycle taxis. The regulations also focus on 5 main points, namely driving safety and security, operational standardization, calculation of tariffs, provisions for suspend from companies and supervision by the government.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 41/PUU-XVI/2018 (Konstitusi, 2018). Rules of Putusan Mahkamah Konstitusi has strengthened the provisions Pasal 47 ayat (3) Undang-Undang LLAJ which does not include motorbikes as public transportation, but this article does not prevent motorbike taxis from operating even though

it is not regulated inside Undang-Undang LLAJ.

Permenhub Nomor 108 Tahun 2017 concerning the Operation of People Transport with Public Motorized Vehicles Not on Routes (Republik Indonesia, 2017). This regulation has regulated various types of public transportation ranging from conventional taxis, online taxis on taximeters, tariff setting, operating areas, vehicle demand quotas and the role of applicators.

Putusan Mahkamah Agung Nomor: 37P/HUM/2017 (Agung, 2017). Peraturan Mahkamah Agung has canceled 14 Pasal in Permenhub Nomor 26 Tahun 2017 because it contradicts peraturan perundang-undangan on it, like : (1) Pasal 3, 4, 5, and 7 Undang-Undang UMKM, and (2) Pasal 183 ayat (2) Undang-Undang LLAJ.

Peraturan Presiden Nomor 17 Tahun 2003 about Implementation Undang-Undang UMKM (Republik Indonesia, 2013) Peraturan Presiden Nomor 17 Tahun 2003 emphasized that in partnership there is a principle of win win solution partnership and the parties have an equal bargaining position.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2009 about LLAJ (Republik Indonesia, 2009) The rules are contained in Pasal 47 ayat (3) Undang-Undang LLAJ do not include motorbikes as public transport. So that motorbikes cannot be used to transport people or goods.

Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 about UMKM (Indonesia, 2008). Regulations The pattern of partnership relationships between online motorcycle taxi drivers and companies includes a profit sharing pattern as follows Pasal 26 huruf f Undang-Undang UMKM.

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Indonesia, 2002) Rules contained in Pasal 27 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 regulate the position of the state in protecting everyone to get a decent life and work.

Based on the table explanation. 2 above, it can be concluded that the government is actually present in providing legal rights and protection to online drivers, even though it has not reached the maximum limit. In addition, there is a lack of the government's role from a technical point

of view which can be seen from the enactment of regulations Permenhub Currently, which only provides recognition to online drivers but specifically and concretely does not guarantee all components needed by online drivers.

Thus, the only issues that can be fixed are in the scope of which each one covers Kementerian if referring to regulations at the ministerial level Therefore, it is necessary to design cross-sectoral coordination. This means that a deeper role for the government is needed to break down the urgent need to issue bestuurshandeling instruments related to driver protection through regulations at a higher level.

The next step, namely disruptive innovation to protect online drivers in the midst of the COVID-19 pandemic. This should be a momentum for the government, service providers (merchants) and for workers to keep growing and competing. This disruptive innovation can be created, among others, through exploiting opportunities, targeting market share and ensuring tariffs. To realize this, a just legal status is needed for all parties.

## CONCLUSION

Based on the study of research results, it can be concluded that strengthening the position of online drivers is a form of government obligation as a means of working partners through *bestuurshandeling* in the form of Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU) as a strategic step in an effort to protect online transportation drivers and disruptive innovation solutions are a must-have proxy for all elements, both government, service providers (merchants) and the workforce here online drivers.



## BIBLIOGRAPHY:

1. Central Bureau of Statistics (In Indonesian)
2. Government Dashboard Kota Madiun (In Indonesia)
3. Government Regulation of the Republic of Indonesia (In Indonesia)
4. Law of the Republic of Indonesia (In Indonesia)
5. Indonesian Constitution (In Indonesia)
6. Regulation of the Minister of Transportation (In Indonesia)
7. Central Bureau of Statistics Official Website <https://www.bps.go.id/> (In Indonesian)
8. Official Website <https://dashboard.madiunkota.go.id/> (In Indonesian)
9. Official Website <https://peraturan.bpk.go.id/Home/Details/5349/pp-no-17-tahun-2013> (In Indonesian)
10. Official Website <https://peraturan.bpk.go.id/Home/Details/39653/uu-no-20-tahun-2008> (In Indonesian)
11. Official Website <https://pih.kemlu.go.id/> (In Indonesian)
12. Public Website of the Indonesian Constitutional Court [https://www.mkri.id/public/content/persidangan/putusan/putusan\\_sidang\\_Perkara%20Nomor%20138-PUU-VII-2009.pdf](https://www.mkri.id/public/content/persidangan/putusan/putusan_sidang_Perkara%20Nomor%20138-PUU-VII-2009.pdf) (In Indonesian)
13. Public Website of the Indonesian Constitutional Court [https://www.mkri.id/public/content/persidangan/putusan/41\\_PUU-XVI\\_2018.pdf](https://www.mkri.id/public/content/persidangan/putusan/41_PUU-XVI_2018.pdf) (In Indonesian)
14. Ministerial Regulation [http://jdih.dephub.go.id/assets/uudocs/permen/2017/PM\\_108\\_TAHUN\\_2017.pdf](http://jdih.dephub.go.id/assets/uudocs/permen/2017/PM_108_TAHUN_2017.pdf) (In Indonesian)
15. Ministerial Regulation [http://jdih.dephub.go.id/assets/uudocs/permen/2019/PM\\_12\\_TAHUN\\_2019.pdf](http://jdih.dephub.go.id/assets/uudocs/permen/2019/PM_12_TAHUN_2019.pdf) (In Indonesian)

# NOTION OF DIRECT INVESTMENT IN NON-ICSID INVESTMENT TREATY ARBITRATION

**Irina Chankseliani**

*Head of International Legal Projects at Georgian  
Lawyers for Independent Profession, International  
Arbitration Services Consultant*

**KEYWORDS:** International Arbitration, International  
Investment Arbitration, ICSID, UNCITRAL, BIT

## INTRODUCTION

In many cases, the choice of non-ICSID arbitration is due to the circumstance that one of the States involved is not a party to the ICSID Convention. However, there are cases where either the investor or the State has chosen a method of arbitration other than the ICSID Convention, although the latter was available to it.

The inquiry into the reasons for investors' choice cannot but be based on the review of the essential features of each method of arbitration and the respective pros and cons. To this end, the dispute settlement methods provided by investment treaties may be conveniently grouped in two categories, ICSID and non-ICSID, the former consisting of the ICSID Convention, the latter of all others (including ICSID Additional Facilities Rules).<sup>1</sup>

"In order for tribunals to determine whether an investment can be the subject of international investment arbitration, two steps have to be followed. First, a tribunal must try to define an investment. Then a tribunal must analyse whether all investments are protected investments".<sup>2</sup>

1 Piero Bernardini, 'ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration', (Amicorum Bernardo Cremades, 2009), p. 3-4.

2 Brigitte Stern, 'Are There New Limits on Access to International Arbitration?' (ICSID Review, 2010) 25(1), p. 26-36.

This paper will be mainly devoted to the notion of direct ‘investment’ in non-ICSID treaty arbitration. First of all, paper will discuss the importance of definition of ‘investment, in substantive rights documents, followed by a discussion on article 25 of the ICSID Convention and its characterisations. The second part will look at the definition of ‘investment’ in bilateral investment treaties and the different types of BIT definitions. The last part of the paper will mainly concentrate on arbitration awards rendered by non-ICSID arbitral tribunals and its interpretations on definition of ‘investment’; in order for a comparison, the paper will also discuss several ICSID awards in relation to the key topic of this thesis.

After understanding, reviewing and analysing the issues mentioned above the present author will then conclude whether or not there is a common notion of investment in Investor-State disputes.

## 1. Notion of investment as a jurisdictional requirement

The definition of the term ‘investment’ has become one of the most controversial issues in investment treaty arbitration, in particular as it relates to jurisdiction. In the absence of an investment, the jurisdiction of the arbitral tribunal fails *ratione materiae*. Hence, in most cases the arbitral tribunal will address the question whether the claimant has made a protected investment at the outset of the proceeding.<sup>3</sup> Thus, questions relating to the existence or scope of an investment are fundamental to each phase of an investment treaty dispute. The attribution of jurisdiction to the tribunal is contingent upon the claimant having made an investment in the host state, and thus satisfying the *quid pro quo* for the host state’s consent to investment treaty arbitration. The nexus between the claims and the in-

vestment shapes the boundaries of the tribunal’s *ratione materiae* jurisdiction.<sup>4</sup>

The starting point for understanding the scope of an International Investment Agreement is the definition of the terms that activate the protection afforded under the agreement. Specifically, such protection usually extends to the ‘Investor’ or their ‘Investment’.<sup>5</sup>

Investment regimes need to define their scope *ratione materiae*. Contemporary treaties do not reflect the classical formula ‘property, rights and interests’, which is found in traditional treaties, FCN treaties, to settle claims after hostilities, and in human rights documents. Instead, they are built upon the narrower term ‘investment’. This usage is now fully accepted even though the phrase ‘property, rights and interests’ had to a considerable extent acquired a legal meaning and the term ‘investment’ has its origin in economic terminology and needed to be understood and defined as a legal concept when first used in investment agreements.

The economic debate often assumes that a direct investment involves (a) the transfer of funds, (b) a longer-term project, (c) the purpose of regular income, (d) the participation of the project, and (e) a business risk. These elements distinguish foreign direct investment from a portfolio investment (no element of personal management), from an ordinary transaction for purposes of a sale of a good or a service (no management, no continuous flow of income), and from a short-term financial transaction.<sup>6</sup>

The notion of investment and its definitions are inherently vague, and the meanings of the term ‘investment’ in economics and investment protection instruments do not necessarily coincide. These instruments set forth definitions of

3 Jean-Pierre Harb, ‘Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate’, (Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 26, #8, 2011), p. 1.

4 Zachary Douglas, *The International Law of INVESTMENT CLAIMS*, (Cambridge University Press, 2012), p. 165.

5 Engela C Schlemmer, ‘Investment, Investor, Nationality, and Shareholders’, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press, 2008), chapter 2, p. 50.

6 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, ‘Principles of International Investment Law’ (Oxford University Press, 2008), p. 60.

investment that are quite broad and unhelpful; the listed categories of things that constitute investment under these instruments illustrate assets that tribunals would normally find within the scope of protection even without the help of explicit language.

Determining whether a particular economic activity constitutes investment under the definitions of investment protection instruments is one of the prerequisites for jurisdiction of an arbitral tribunal.<sup>7</sup> In this chapter, the definition of the term investment will be examined according to the different types of investment treaties, in national investment legislations and etc.

### 1.1. Ratione Materiae Requirements in Substantive Right Documents (National Legislation; Bilateral and Other Investment Protection Treaties; Multilateral Investment Treaties – e.g. ECT)

Since the interpretation of definition of ‘investment’ is the important jurisdictional requirement for all investment treaty arbitration, we will look how it can be interpreted in investment protection instruments, such as: international investment treaties (Bilateral Investment Treaties, Multilateral Investment Treaties) and national legislation.

One basis for non-contractual ICSID arbitration is the national investment legislation of the host state, by which the latter unilaterally offers to submit investment disputes to ICSID jurisdiction. The consent becomes effective foreign investor accepts the State’s offer to arbitrate, at the latest when the foreign investor files its claim with ICSID.<sup>8</sup>

National legislation offering consent to ICSID’s jurisdiction often contains definitions or

descriptions of investments to which it relates. Some of these definitions are quite tense.<sup>9</sup> These investments laws sometimes contain their own definition of investment and very often also contain other requirements that a transaction must comply with in order to be considered as an investment or to be entitled to certain benefits or privileges. This issue was discussed in *Zhinvali Development Limited v Republic of Georgia* case. The consent to ICSID arbitration in *Zhinvali* was not recorded in an investment treaty but rather in the national investment law, the claimant sought compensation for its ‘pre-investment expenditures’ and the tribunal defined the issue as ‘whether the claimant’s purported expenditures qualify as an „investment” under the 1996 Georgian Investment Law, which supplied the operative definition of an ‘investment’ for the purposes of Article 25(1) of the ICSID Convention. The Tribunal didn’t confront squarely the issue as to whether; the claimant had acquired a property right within the relevant definition of an investment. Thus, in particular, the tribunal considered whether, pursuant to the Georgian Investment Law, the claimant had obtained ‘intellectual property’ by virtue of its expenditure on preparatory studies and feasibility reports in respect of a proposed project for the rehabilitation of a hydroelectric power plant and its tailrace tunnel. The tribunal as not satisfied that the claimant had acquired such a right. The tribunal went on to consider, whether the claimant’s ‘development costs’ independently qualified as an investment. The question posed by the tribunal was whether Georgia had consented to the treatment of ‘developing costs’ as an investment for the purposes of Article 25(1) of the ICSID Convention independently of the definition of an investment in the 1996 Investment Law. Unsurprisingly, the tribunal found no evidence of such consent on the record.<sup>10</sup>

7 Christopher Dugan, Don Wallace Jr, Noah D. Rubins, Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, (Oxford University Press 2008), p. 247.

8 Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2004), p. 36.

9 Christoph H. Shreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 121.

10 Zachary Douglas, *The International Law of INVESTMENT CLAIMS*, (Cambridge University Press, 2012), p. 189.

Most investment arbitration cases in recent years are based on jurisdiction established through BIT's. The basic mechanism is the same as in the case of national legislation: the state parties to the BIT offer consent to arbitration to investors who are the nationals of the other contracting party. The arbitration agreement is perfected through the acceptance of that offer by an eligible investor.<sup>11</sup>

In order to fulfil *ratione materiae* requirements of ICSID Convention it is important for the tribunal to determine what constitutes an 'investment' under the specific BIT.

In recent years the vast majority of cases have been brought to ICSID under the provisions of investment treaties containing consent to jurisdiction. In most cases jurisdiction is based on a bilateral investment treaty (BIT). The treaty clauses providing for ICSID jurisdictions are drafted in general terms referring to future investment disputes.<sup>12</sup> For a qualifying investor to be able to rely on the substantive protections and procedural safeguards of a BIT, it must have made an investment protected by the treaty.<sup>13</sup>

In most modern BITs these definitions have similar features. They are usually introduced by a broad, general description followed by a non-exhaustive list of typical rights. The general description frequently refers to „every kind of asset“. The list of typical rights usually includes:

- Traditional property rights;
- Participation in companies;
- Money claims and rights to performance;
- Intellectual and industrial property rights;
- Concession or similar rights.<sup>14</sup>

For the purpose of our main topic it is rele-

vant to discuss how definition of 'investment' are interpreted in multilateral investment treaties and how it is important for the *ratione materiae* requirements.

An investor wishing to avail herself of the offer of ICSID arbitration in an investment treaty will have to show that two distinct requirements *ratione materiae* are met: the transaction out of which the dispute arises must be an investment under the ICSID Convention. In addition, it must be an investment as defined by the applicable investment treaty.<sup>15</sup>

Most multilateral and bilateral investment treaties and trade agreements with investment chapters include a broad definition of investment. They usually refer to 'every kind of asset' followed by an illustrative but usually non-exhaustive list of covered assets. Most of these definitions are open-ended and cover both direct and portfolio investment. Their approach is to give the term 'investment' a broad, non-exclusive definition, recognizing that investment forms are constantly evolving. However, there are some agreements, which provide a different approach to defining investment, setting forth a broad but exhaustive list of covered economic activities.

For instance, Article 1(6) of the Energy Charter Treaty defines investment as 'every kind of asset' and refers to any investment associated with an economic activity in the energy sector.

NAFTA, in its Article 1139 provides for a broad business activity related, exhaustive list of assets, with specific exclusions. Investments under the NAFTA include FDI, portfolio investment (equity securities), partnership and other interests and tangible and intangible property acquired „in the expectation [...] of economic benefit.“<sup>16</sup>

11 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, 'Principles of International Investment Law' (Oxford University Press, 2008), p. 242.

12 Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 122.

13 Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2004), p. 44.

14 Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 122-123.

15 UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 16.

16 OECD (2008), "Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements", in OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations: A Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publishing, pp. 43-44.

## 1.2. Definition of Investment under Article 25 of ICSID Convention

The first sentence of Article 25, of the ICSID Convention provides the following provision concerning the jurisdiction of the centre and ICSID Tribunals:

The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

Article 25 of the ICSID Convention limits the jurisdiction of the ICSID Centre to legal disputes arising 'directly out of an investment'. However, as we have mentioned above, the ICSID Convention does not define the term 'investment'. The rationale was „the essential requirements of consent by the parties, and the mechanisms through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre“.<sup>17</sup> Therefore, in effect, the parameters of what constitutes an investment fall to be supplied by the parties' consent and ultimately by tribunals.

It follows from Article 25 of the ICSID Convention that one of the prerequisites for jurisdiction of the ICSID Centre is that the legal dispute arises directly out of an 'investment'. The meaning of the term 'investment' is therefore essential to establish jurisdiction *ratione materiae* of the Centre and key in defining the types of disputes that can be settled by ICSID tribunals.

The jurisdiction *ratione materiae*, or subject-matter jurisdiction, of the centre under Article 25(1) is thus defined as 'any legal dispute

arising directly out of an investment.' Therefore, ICSID's subject-matter jurisdiction, as defined in Article 25(1), has three components:

- (a) The requirement of a legal dispute;
- (b) The requirement that the legal dispute arise directly out of the underlying transaction; and
- (c) That such underlying transaction qualifies as an investment.<sup>18</sup>

Each of these elements, the existence of dispute, the legal nature of the dispute, the directness of the dispute, and the existence of an investment may raise jurisdictional questions.<sup>19</sup> We have to look all these prerequisites in turn.

The existence of a dispute is a basic premise for the jurisdiction of any international judicial or arbitral institution. A dispute requires a minimum of communication between the parties. This communication must have revealed a disagreement on a point of law or fact. A failure to respond to demands by the other side may also signify a dispute. In addition, a disagreement between the parties should have some practical relevance and should not be merely theoretical.

The requirement that there is a legal dispute is an absolute requirement for ICSID's jurisdiction. It is independent of the chosen method of dispute settlement under the Convention and applies even if a tribunal is authorized to decide on the basis of equity rather than law. Therefore, the requirement that there is a legal dispute needs to be met irrespective of whether the parties have agreed to submit a dispute to arbitration or to conciliation, and even if they have agreed under Article 42(3) that the dispute may be decided *ex aequo et bono*.<sup>20</sup>

The directness of the dispute in relation to the investment is also important during the discussions of Article 25(1) of the ICSID Convention. The element of directness applies to the dispute in relation to the investment. It does not relate to the investment as such.

17 World Bank, 'Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965', (1 ICSID Rep 23, 28).

18 UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 7.

19 Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, „Principles of International Investment Law“ (Oxford University Press, 2008), p. 230.

20 UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 9.

One of the main reasons for resisting a definition of investment in the Convention was the fear that it could give rise to lengthy jurisdictional discussions even if the parties' consent to submit a dispute to ICSID was well established. The concerns did not necessarily involve the notion of investment itself, but rather what kind of investment would be a suitable subject matter for the ICSID system. Proposals were made for minimum amounts, or for the exclusion of investment that pre-dated the Convention. In fact, a number of attempts were made in the preparation of the Convention to include a definition of „investment” but they all failed.

Therefore, the approach adopted in the Convention gives potential parties to ICSID arbitration wide discretion to describe a particular transaction, or a category of transactions, as investment. Ultimately, however, the requirement of an investment is an objective one. The parties' discretion results from the fact that the notion of investment is broad and that its contours are not entirely clear. But the parties do not have unlimited freedom in determining what constitutes an investment. Any such determination, while important, is not conclusive for a tribunal deciding on its competence. Under Article 41 of the Convention, a tribunal may examine on its own motion whether the requirements of jurisdiction are met.<sup>21</sup> We can assume that convention itself gives the parties wide discretion to define term 'investment' as they deem appropriate. With such a record in Article 25 of the ICSID Convention restricts the parties to submit just any legal dispute to ICSID.

In order to further determine above issue, we should definitely discuss the so-called 'double test' which is used by the ICSID tribunals for determination its *ratione materiae* jurisdiction. As we have seen from the above analysis, the notion of 'investment' has a crucial role in investment treaty arbitration submitted to the ICSID. In the light of the ICSID's *ratione materiae* jurisdiction, it is important to discuss differences between ICSID and non-ICSID assessments about notion of 'investment', how the different

tribunals determined it. In the context of qualifying an investment as a protected investment, the most obvious distinction between an ICSID and non-ICSID assessment is that only ICSID requires close connection to Article 25(1) of the ICSID Convention.<sup>22</sup>

In examining whether the requirements for an 'investment' have been met, most tribunals apply a dual test: whether the activity in question is covered by the parties consent and whether it meets the Convention's requirements. If jurisdiction is to be based on a treaty containing an offer of consent, the treaty's definition of 'investment' will be relevant. In addition, the tribunal will have to establish that the activity is an investment in the sense of the Convention. This dual test has at times been referred to as 'double keyhole' approach or as a 'double barrelled' test.<sup>23</sup>

According to the ICSID convention, a claim must satisfy above-mentioned double test. Firstly, claimant's claim must be satisfied with the article 25 of ICSID Convention. Secondly, claimant's claim must fulfil the *ratione materiae* requirements according to the substantive rights documents, i.e. bilateral investment treaty, State contract, national investment law in order for the arbitral tribunal to have jurisdiction. Non-ICSID investment arbitrations skip the first test of the double test and only require claimants to qualify the second test.

One approach to the interpretation of „investment” in Article 25 will orient itself solely to the definitions in investment treaties. The other approach will also consider the economic definition of the notion of investment – so-called 'Salini test'. There have been repeated attempts to define the concept of investment in general terms. All attempts to reach an agreement on a definition to be inserted into the Convention failed. In *Salini v Morocco*, the Respondent contended that the contract for the construction of a road did not constitute an investment in the sense of

21 UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 14.

22 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 14 October 1966, Article 25(1).

23 Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 117.

the Convention. The Tribunal noted that the existence of an investment under the Convention was an objective condition of jurisdiction in addition to consent.

In *Salini v Morocco*,<sup>24</sup> the arbitral tribunal established four criteria for the definition of „investment”, which is known as a Salini test. According to this test, the notion of investment implies if these following four criteria will be met:

- Must involve a substantial contribution/commitment from the investor;
- Must have a certain duration;
- Must contain an element of risk for the investor;
- And must contribute to the economic development of the host State.

These four criteria were substantial for understanding of an ‘investment’ within the meaning of Article 25 of ICSID Convention and it considered the first part of the double test.

Significance of the notion of ‘investment’ as it is explained above, is crucial in order to ICSID have jurisdiction over the case. If tribunal will determine that claimant’s claim does not satisfies the requirements *ratione materiae* jurisdiction of ICSID, the tribunal will not have jurisdiction and case will be out of the scope of ICSID Convention. Thus, the current debates about notion of ‘investment’ and its interpretation under the BIT’s, host states national law or multilateral investment treaties becomes very important issue in investor-state related disputes.

## 2. NOTION OF DIRECT INVESTMENT IN BILATERAL INVESTMENT TREATIES

The scope of an investment treaty’s application has at least two important legal ramifications. First, a contracting state owes obligations under the treaty only to those investors and investments that fall within the treaty’s scope of application or treaty definitions. Second, the treaty’s definitions

and scope of application affect the jurisdiction of any international arbitral tribunal adjudicating a dispute brought under its provisions. Therefore, whether a company or person constitutes an ‘investor’ or whether an asset or transaction constitutes an „investment under the applicable treaty are important jurisdictional questions in investment treaty arbitration and must be answered at the threshold of a case.<sup>25</sup>

Bilateral investment treaties, or BITs, are a more focused continuation of the practice of concluding bilateral treaties governing ‘friendship, commerce and navigation.’ BITs are intended to promote, encourage and protect investments by nationals of one of the contracting States in the territory of the other contracting State. The first BIT was signed between Germany and Pakistan in 1959. Other Western European governments soon began concluding BITs with selected developing States. Since 1990, however, an explosive growth in the number of BITs worldwide has revolutionized the protection of foreign investments. In addition to the BIT programs established by Western States, developing and transition economy States have embraced BITs in order to encourage foreign investments, both from industrialized States and among themselves. Today, around 3,000 BITs have been signed, covering countries in practically every region of the world.<sup>26</sup> The significance of BITs is growing and it is vital how BITs can legitimately protect the rights and interests of investors and on the other hand the rights of host state. Therefore, it is remarkable to review the issue how a claim can be established according to the BITs in Investor-State treaty arbitration. Out of the 290 investment treaty arbitration cases, 182 were filed with ICSID, including ICSID Additional Facility Rules (62%), 80 under the UNCITRAL Rules (28%), 14 under the SCC Rules (5%), 5 under the ICC Rules (2%) and 5 under ad hoc arbitration (2%) and few others in unknown fora (1%).

24 *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

25 Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 158.

26 ‘Investment Treaty Arbitration: A Primer’, (Latham & Watkins International Arbitration Practice Number 1563, 2013), p. 1.



In many cases, the choice of non-ICSID arbitration is due to the circumstance that one of the States involved is not a party to the ICSID Convention. However, there are cases where either the investor or the State has chosen a method of arbitration other than the ICSID Convention, although the latter was available to it.

The inquiry into the reasons for investors' choice cannot but be based on the review of the essential features of each method of arbitration and the respective pros and cons. To this end, the dispute settlement methods provided by investment treaties may be conveniently grouped in two categories, ICSID and non-ICSID, the former consisting of the ICSID Convention, the latter of all others (including ICSID Additional Facilities Rules).<sup>27</sup>

The purpose of this chapter is to review how much weight does the notion of 'investment' in bilateral investment treaties carry in order to establish the jurisdiction international arbitral tribunals.

Definitions serve many purposes. In international agreements, they raise difficult policy issues and are often the subject of hard bargaining between the negotiating parties. Accordingly, they should be seen not as objective formulations of the meaning of terms, but as part of an agreement's normative content, since they determine the extent and the manner in which the other provisions are to be applied. Thus, the decision on a definition of terms will be made on a case-by-case basis, taking into account the purpose and circumstances of the negotiations at stake. In addition, the Vienna Convention on the Law of Treaties requires that tribunals look first to the ordinary meaning of the terms of the treaty as the best manifestation of negotiators intent, and that, as a rule, the specific, substantive provisions of a treaty are given priority over generalized principles such as those contained in preambles. Therefore, negotiators need to make their intentions manifest in the specific provisions, including definitions.<sup>28</sup>

27 Piero Bernardini, 'ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration', (Amicorum Bernardo Cremades, 2009), p. 3-4.

28 UNCTAD, *Scope and Definitions*, (2011), p. 21.

With the exception of a few of the earlier treaties, almost all BITs contain a definition article and a cursory glance shows that many of the BITs in force defined the term „investment” in very similar ways. This similarity does not, however, mean that there exists a universally binding concept of investment for all purposes. Rather, accepting that the concept has no absolute meaning and many changes in the future, most treaties, as noted above, have adopted a broad, open-ended definition that ensures a certain amount of flexibility in the treaty's application.

The issue of whether a BIT should apply to investments made before the conclusion of the treaty was previously often the cause of disagreement during the negotiations. On the other hand, host States would typically see little reason to provide incentives to investments that had already been made. Furthermore, such investments had not been subjected to the approval procedure of the BIT (or current domestic legislation) and would therefore not fall into the category of investments to which the host state would wish to extend preferential treatment. The home State, on the other hand, would normally endeavour to seek as wide protection as possible.<sup>29</sup>

The substantive provisions of the BIT typically apply to assets that fall within the definition of investment and that are located within the territory of one of the BIT parties. Thus, the term „investment” is critical to defining the scope of application of a BIT and a definition of the term virtually always appears in a BIT.

Numerous tribunals acting under both the ICSID and UNCITRAL arbitration rules have applied this principle. In the words of the UNCITRAL Tribunal in *Saluka v. Czech Republic*: 'as the party asserting that the Tribunal has jurisdiction to hear and determine the counterclaim which it seeks to bring before the Tribunal, the Respondent carries the burden of establishing that jurisdiction exists.' The onus is therefore on the party asserting an affirmative jurisdiction claim.

29 Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1995), pp. 25-26.

At the jurisdictional stage, the burden of proof is twofold. If jurisdiction rests on the existence of certain facts, the claimant has to prove them, whereas facts that make up the merits of the case – i.e. the facts capable of being analysed as a breach of the BIT – need only be established *prima facie*.

Hence, in order to establish the existence of an investment protected under a BIT the party assessing that an arbitral tribunal has jurisdiction would first have to prove that an investment has been made at a certain time and by an investor of a certain nationality and, second, to establish *prima facie* that the facts he alleges amount to a violation of the applicable BIT.<sup>30</sup>

## 2.1. The Broad Asset-based Definition of Investment

The purpose of definitions in legal instruments is to determine the object to which an instrument's rules apply and the scope of these rules' applicability. Hence, they form part of the normative content of the instrument. The scope of application of an IIA depends on the definition of certain terms, principally 'investment'. This definition determines which investments are covered by its provisions or are excluded from the coverage of the agreement.<sup>31</sup>

Clear benchmarks as to what is an investment must be developed so as to assess whether a given asset or transaction is an investment or some other kind of uncovered commercial transaction. These benchmarks will form the basis of treaty text that may subsequently be interpreted on a case-by-case basis in an arbitral award. Where it is clear that the IIA in question sets limits as to what can be regarded as an investment under the terms of the agreement, a tribunal must respect those limitations.<sup>32</sup>

The term 'investment' in ordinary parlance

can refer to the process or transaction by which an investment is made or to the asset acquired as a result of that process or transaction. Generally speaking, investment treaties define an investment as an asset, rather than a process or transaction by which an asset is acquired. Thus, they tend to employ asset-based definitions of investments. Such definitions tend to be broad in scope. For example, Article I(g) of the Canada-Costa Rica BIT provides that "investment' means any kind of asset owned or controlled either directly ... or indirectly ... by an investor of one contracting party'. In order to come within this and similar asset-based, treaty definitions, an investment must first of all be an asset. An initial problem in applying this provision is that treaties, like the Canada-Costa Rica BIT, employing an asset-based definition of investment, rarely define the term 'asset'. One must therefore look to dictionaries to determine its ordinary meaning. The word 'asset' in most dictionaries is defined as 'anything of value' or a 'valuable item that is owned'. Thus, it can be seen that the concept of 'asset' is very broad indeed.<sup>33</sup>

The continued domination of the traditional broad asset-based definition risks the possibility that transactions that were not thought to be investments at the time the agreement was entered into might nonetheless become covered as a result of an open-ended nature of the definition.<sup>34</sup>

However, on the other hand, one can identify three different approaches to employing an asset-based definition in investment treaties: (1) a broad asset-based definition with a non-exhaustive list of investment forms; (2) a broad asset-based definition specifying substantive investment characteristics as well as investment forms; and (3) an asset-based definition with an exhaustive list of investment forms.

In addition, as will be seen, even if an investment meets the asset-based definition of a treaty, the treaty may nonetheless not cover that asset if it does not meet certain specific legal, geo-

30 Jean-Pierre Harb, 'Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate', (Mealey's International Arbitration Report, Vol. 26, #8, 2011), p. 1-2.

31 UNCTAD, 'International Investment Agreements: Flexibility for Development', (2000), p. 70.

32 UNCTAD, Scope and Definitions, (2011), p. 9.

33 Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 160.

34 UNCTAD, Scope and Definitions, (2011), p. 9.

graphical, temporal or other requirement.<sup>35</sup> The above-mentioned main asset-based definition of investment approaches with examples in different treaties will be outlined below.

Recent BITs have adopted a more elaborate formula, illustrated by a list of five groups of specific rights which usually include traditional property rights, rights in companies, monetary claims and titles to performance, copyrights and industrial property rights as well as concessions and similar rights. It is frequently stated that these illustrations are not exhaustive.

Moving on, the paper will discuss another approach of asset-based definition, which defines specifying substantive investment characteristics as well as investment forms. Such forms have certain substantive investment characteristics. Thus, they define investment as ‘an asset that has the characteristics of an investment’ and include a non-exhaustive list of the forms that such an investment may take.

The third approach of an asset-based definition is rather different from the above-discussed approaches; it is an asset-based definition with an exhaustive list of assets. This list is not simply illustrative; its purpose is to be precise and definitive.

Although such definitions limit the investments covered to only the listed forms, usually they are still broad enough to include all the major investment forms currently employed by investors. Meanwhile, its clarifications and exclusions ensure that any assets lacking the traditional characteristics required by the treaty parties will not be protected<sup>36</sup>. As an example of this approach we can look in the Canada-Peru BIT’s Article 1.<sup>37</sup>

It is also possible for the parties to adopt a mixture of, for example, broad and narrow definitions or asset-based and transaction-based definitions in relation to the different purposes of an investment agreement. Thus, while some coun-

tries may wish to define ‘investment’ to include not every kind of asset, but only the specific categories included in a list, those same countries may wish to define ‘investment’ more broadly in an agreement that regulates foreign

## 2.2. Narrowing the Scope of the Term ‘Investment’

The possibility of taking a wide approach to the definition of investment may be contrasted with developments in recent treaty practice that seek to narrow down the scope of this term.<sup>38</sup> Some IIAs will contain narrower definitions, for example those that focus only on a ‘closed list’ of investments.<sup>39</sup> A narrow approach was followed by earlier agreements, which were aiming at the gradual liberalization of capital movements and preferred to enumerate the transactions covered by these agreements.<sup>40</sup>

Regardless of whether a treaty defines ‘investment’ broadly or narrowly, assets that fall within a treaty’s definition nonetheless may have to meet additional qualifications or requirements in order to come within the treaty’s scope of application and protection. Such additional qualifications may require that an investment be made (a) in accordance with the laws and regulations of the host state, (b) in the territory of a host state, (c) before and/or after the date of entry into force of the BIT, (d) in certain sectors of the economy, or (e) in projects classified as ‘approved’ by appropriate governmental authorities.<sup>41</sup> Above-mentioned limiting conditions on the scope of application of the notion of ‘investment’ given in different BITs, will be reviewed thoroughly.

35 Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 160.

36 Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), pp. 165-166.

37 Canada-Peru BIT, Article 1, 2006.

38 UNCTAD, ‘Scope and Definitions’, (2011), p. 28.

39 Engela C Schlemmer, ‘Investment, Investor, Nationality, and Shareholders’, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 56.

40 Catherine Yannaca-Small, Lahra Liberti, ‘Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements’, (OECD 2008), p. 41.

41 Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 167.

Some IIAs exclude assets of less than a certain value, perhaps because these investments are considered too small to justify the costs of treaty coverage or perhaps because of a desire to reserve to domestic investors those parts of the economy in which small investments are likely to be made.<sup>42</sup>

The main reason of IIAs is to promote capital flow, which should be used for business purposes afterwards. It is the reason why some of the BITs exclude foreign owned assets for non-business use.

The practice of conditioning coverage of an investment on its compliance with local laws is an attempt to achieve a very important public purpose – ensuring that foreign investors observe host states' laws and regulations this requirement also corresponds to the principle that no one should benefit from its own wrongdoing.<sup>43</sup>

As we have seen the broad and open-ended definition of investment has remained more common in BITs, they are focus on investment protection. New agreements which are signed recently, using more narrow definitions of 'investment'.

### 3. Definition of Investment by Non-ICSID Arbitral Tribunals

In the present chapter, there will be a discussion on investment arbitration awards rendered outside the scope of the ICSID Convention in arbitrations conducted under the UNCITRAL Arbitration Rules, or the rules of other arbitral institutions such as the International Chamber of Commerce or the Stockholm Chamber of Commerce, specifically on 'non-ICSID awards. In order to assess whether there is, or there is no common notion of 'Investment', as a comparison to non-ICSID case law there will be a further discussion on ICSID tribunal's decisions as well.

I will start discussion of the cases from Ro-

mak v Uzbekistan<sup>44</sup> case. I will analyse how the international investment arbitration tribunal in above-mentioned case discussed the concept of definition of „investment” outside ICSID. In the other words, we will look at the question how did the tribunal qualify the requisite *ratione materiae* jurisdictional component outside ICSID to determine if an investment was protected?

Romak commenced arbitration proceedings in PCA, against Republic of Uzbekistan.

The tribunal was required to decide whether Romak's claim contained a protected investment in the context of the Switzerland-Uzbekistan Bilateral Investment Treaty of 1993<sup>45</sup> ('SUBIT').

Romak executed a series of GAFTA contracts for the supply of grain with Uzkhleboproduct, Uzdon and Odil. Another agreement – Protocol of Intention on Mutual Cooperation, was concluded between Romak, Uzdon and Uzkhleboproduct.

After its unsuccessful attempts to recover sums due from Uzdon and Uzkhleboproduct, Romak initiated arbitration proceedings against Uzdon under the Romak Supply Agreement, ultimately resulting in an arbitral award in Romak's favour.<sup>46</sup> But finally, it was unable to enforce that award in several countries.

Having seen its enforcement efforts thwarted and the amounts owed for the wheat supplied remaining outstanding more than ten years after delivery, Romak brought its claim against Uzbekistan under UNCITRAL, on the basis that it had violated its Swiss-Uzbekistan BIT (SUBIT) obligations.

In the present case, there are two legal issues, which are important. The First question to look at would be how to define investment outside ICSID and under the Swiss – Uzbekistan BIT? Secondly, is the GAFTA arbitration an investment under the SUBIT? In legal terms, investment regimes need to define their scope *ratione*

42 UNCTAD, 'International Investment Agreements: Flexibility for Development', (2000), p. 75.

43 Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p.167.

44 ROMAK S.A. v Uzbekistan, PCA Case No: AA280, Award, 26 November 2009.

45 Promotion and the Reciprocal Protection of Investments, signed on 16 April 1993.

46 ROMAK S.A. v Uzbekistan, PCA Case No: AA280, Award, 26 November 2009, para. 52.

materiae.<sup>47</sup> Thus, the tribunal had to determine whether the contracts or GAFTA award qualified as a protected investment under the SUBIT.

Uzbekistan objected to the jurisdiction of the Tribunal on the basis that Claimant had no qualifying investment under the BIT. It argued that the activity envisaged under the Supply Contract was the sale of goods, which was to take place entirely outside the territory of Uzbekistan.<sup>48</sup> It also relied on a separate treaty between Switzerland and Uzbekistan entered into at the same time as the BIT on the sale of goods to demonstrate the contracting parties' intention to exclude such activity from the scope of the BIT.<sup>49</sup> It further argued that the GAFTA Award could not constitute an investment under the BIT, as the underlying transaction itself was not an investment. Uzbekistan also relied on the „Salini test”,<sup>50</sup> arguing that Romak's sale of goods exhibited no regularity of profit, duration, or sufficient risk and its impact on the economic development of Uzbekistan was negligible.

Romak argued that the definition of investment outside ICSID is not subject to the double test applicable in ICSID arbitrations. Therefore, as the Parties were in a UNCITRAL investment arbitration, it needed neither qualify Article 25 nor the Salini test, only SUBIT *ratione materiae* requirements. Romak proposed that even if the Salini test applied, its claim would fulfil the requirements. The contracts had duration of over 5 months and could have been extended by agreement. The profits were to finance further scientific cooperation as detailed in the parties' Protocol of Intention. Moreover, Romak assumed considerable risk, as the investment climate in Uzbekistan was not favourable, and involved non-directly compensable knowledge transfers. Finally, the contracts did contribute to Uzbekistan's development, as at the time, Uzbekistan desper-

ately needed a cereal supply and such was vital to the Uzbek population and economy. Romak contended that its GAFTA award does qualify as a SUBIT protected investment via Article 1(2)(e) SUBIT according to which '...other rights given by law, by contract or by decision of the authority in accordance with the law' are investments.

Tribunal began its analysis that it was to be guided by the provisions of the Vienna Convention, and particularly by articles 31 and 32,<sup>51</sup> and discussed the definition of 'investment' by looking at the 'ordinary meaning' of the term.

Finally, the tribunal held that 'the term 'investment' under the BIT has an inherent meaning entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk.' Accordingly, despite the broad definition of investment in the applicable BIT ('every kind of assets and particularly...'), the tribunal found that the claimant did not own an investment within the meaning of Article 1 of the BIT as its rights were embodied in and arose out of a sales contract. The tribunal, thus, dismissed the investor's claims for lack of jurisdiction. However, this approach is not yet settled, and if a government wishes to make sure that a tribunal considers objective characteristics of an investment, it is well advised to include them in the definition.<sup>52</sup>

The approach of defining an 'investment' which is used in Romak v. Uzbekistan case is followed by different tribunals, such as for example Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic<sup>53</sup> case. The tribunal concluded that couldn't be ignored the most well-known principle for exclusion one-off sale transaction might qualify as an investment, and the tribunal assumed that Alps Finance and Trade AG did not invest in the Republic of Slovakia in the proper technical meaning, which confirms that it lacks jurisdiction over the case.<sup>54</sup>

47 Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2012), p. 60.

48 ROMAK S.A. v Uzbekistan, PCA Case No: AA280, Award, 26 November 2009, pp. 98-99.

49 Ibid, para. 100.

50 Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/4, 23 July 2001, (2003) 42 ILM 609, paras. 52-58.

51 Vienna Convention on the Law of Treaties, 22 May 1969, Article 31: General rule of interpretation, Article 32: Supplementary means of interpretation.

52 UNCTAD, *Scope and Definitions*, (2011), p.42.

53 Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, (UNCITRAL Arbitration Rules 1976), Award of 5 March 2011.

54 Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic,

The Romak and Alps Finance tribunals decided that this was not sufficient for purposes of establishing jurisdiction, since the term 'investment' had an inherent meaning, the elements of which were a contribution that extends over a certain period of time and involves some risk. According to the Romak tribunal, the wording of the treaty 'must have no room for doubt that the intention of the contracting States was accord to the term „investment” an extraordinary and counterintuitive meaning'. The decisions are good examples of the 'objective' and 'subjective' conceptual approaches to the term 'investment'.<sup>55</sup>

The other ICSID case, where saline's criteria was considered, is a dispute between Caratube International Oil Company v the Republic of Kazakhstan.<sup>56</sup> Above-mentioned case concerns the alleged expropriation of Caratube's investments in the oil and gas industry in Kazakhstan. Caratube alleged that the authorities of Kazakhstan unlawfully terminated Caratube's contract. Caratube was claiming that with these measures Kazakhstan had violated the 1992 US/Kazakhstan BIT.

The tribunal held that the repetition of the word 'investment' in the definition meant that the parties intended to import into the definition the ordinary meaning of this concept, which includes such elements as contribution, duration and risk. The tribunal relied on domestic materials from the United States, which indicated that the intention was to extend protection only to such projects that constitute investments, as well as to the 2004 United States Model BIT, where repeated reference to 'investment' was replaced by a more explicit list of characteristics of a project.<sup>57</sup> Finally, the tribunal in its award held, that not every asset listed in a definition would necessarily constitute

an investment except it has characteristics inherent to the corresponding economic contribution, and ruled that it does not have jurisdiction over the claimant's claim.

Different approach was determined in the UNCITRAL case *White v India*<sup>58</sup>. To follow the case it is important to discuss factual backgrounds of the case. In 1989, White Industries, an Australian mining company, entered into a long-term contract with Coal India Limited (Coal India), a State-owned Indian company, for the supply of equipment to and the development of a coal mine near Piparwar in India's north eastern state of Bihar (the Mining Contract). Disputes relating to bonus and penalty payments as well as to the quality of the extracted coal arose between Coal India and White Industries, prompting the latter to commence arbitral proceedings under the ICC Arbitration Rules in 1999. In a majority decision, the ICC tribunal awarded A \$4.08 million to White Industries in May 2002 (the ICC Award).<sup>59</sup>

Coal India tried to set aside the ICC award in Indian Courts, and White Industries applied to the New Delhi Courts to enforce the ICC Award, but both proceedings stayed pending in Indian Courts nearly 10 years.

After 10 years of fruitless attempts to enforce ICC Award in Indian Courts, White Industries commenced UNCITRAL arbitration against India under the Australia-India BIT. The main jurisprudential hurdle for UNCITRAL tribunal was the issue whether mining contract was an investment and the ICC Award as a continuation of the original investment.

India argued in the BIT Arbitration that the Mining Contract at issue was „an ordinary commercial contract for the supply of goods and services,” and therefore did not constitute an investment under the India-Australia BIT. However, the tribunal held that White Industries' contractual rights fell squarely within

(UNCITRAL Arbitration Rules 1976), Award of 5 March 2011, pp. 1-90.

55 Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013), p. 663.

56 *Caratube International Oil Company v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/08/12 (UNCITRAL Arbitration Rules), Award of 5 June 2012.

57 *Caratube International Oil Company v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/08/12 (UNCITRAL Arbitration Rules), Award of 5 June 2012, paras. 1-116.

58 *White Industries Australia Limited v The Republic of India*, (UNCITRAL), Final Award, 30 November 2011.

59 Sandra Friedrich, 'White Industries v. India: Investment Arbitration as Last Resort to Overcome Hurdles in Enforcing Arbitral Awards', (Latham Watkins LLP, June 2012), p.1.

the definition of investment in the India-Australia BIT, which included ‘rights to money or to any performance having a financial value.’ The tribunal clarified that the dispute was ‘not subject to the ICSID Convention,’ and stated that the so-called Salini test, which ‘imposes a higher standard’ for defining investment under the ICSID Convention was ‘simply not applicable.’ Nonetheless, the tribunal noted that White Industries’ commitment under the Mining Contract ‘extended far beyond the provision of equipment and technical services’ because White Industries provided its own working capital, equipment and technical know-how, hired and trained local workers, and bore the financial risk of rising costs and penalties for inadequate performance under the eight-year contract. Thus, even though the dispute did not arise under the ICSID Convention, the tribunal considered that the investment would satisfy the Salini criteria.

It is important to discuss the Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic<sup>60</sup> case, where tribunal determined different approach for defining the notion of ‘investment.’ Phoenix is an Israeli company, which purchased two Czech companies, Benet Praha (“BP”) and Benet Group (“BG”), in 2002 while these two companies were involved in ongoing legal disputes – BG with a private party, BP with the Czech fiscal authorities. The Czech Republic challenged the jurisdiction of the Tribunal on the basis that Phoenix was an ex post facto sham Israeli entity created by a Czech national in order to establish diversity of nationality. The Czech Republic specifically asked the Tribunal to decide whether a foreign entity could be created for the sole purpose of establishing diversity of nationality, thus triggering ICSID jurisdiction.

In its decision, the Tribunal revisited the often-cited „Salini test” which attempts to determine whether there is an investment for the purposes of Article 25 of the ICSID Convention. The Salini test sets out four criteria for an investment to qualify as such under the ICSID Convention,

i.e. (a) a contribution of money or other assets of economic value, (b) a certain duration, (c) an element of risk, and (d) a contribution to the host State’s development.<sup>61</sup>

The most extensive list of factors is found in the case of Phoenix Action v. Czech Republic:

*‘To summarize all the requirements for an investment to benefit from the international protection of ICSID, the Tribunal considers that the following six elements have to be taken into account:*

- 1 – a contribution in money or other assets;
- 2 – a certain duration;
- 3 – an element of risk;
- 4 – an operation made in order to develop an economic activity in the host State;
- 5 – assets invested in accordance with the laws of the host State;
- 6 – assets invested bona fide.

*The Tribunal wants to emphasize that an extensive scrutiny of all these requirements is not always necessary, as they are most often fulfilled on their face, „overlapping” or implicitly contained in others, and that they have to be analysed with due consideration of all circumstances’.*

In above case, the claimant alleged a number of breaches of the Czech Republic–Israel BIT (1997). According to the Czech Republic, Phoenix’s claims fell outside the jurisdiction of the tribunal because Phoenix was, ‘nothing more than an ex post facto creation of a sham Israeli entity created by a Czech fugitive from justice, Vladimír Beno, to create diversity of nationality’. On the facts, the tribunal upheld this view, finding that the only purpose behind the creation of the claimant company was to gain access to ICSID procedures and not to make a bona fide investment.<sup>62</sup> Accordingly, the transactions in the case fell outside the ICSID definition of an „investment” and amounted to no more than an abuse of process.

60 Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award of April 15, 2009.

61 <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/07/08/phoenix-action-ltd-v-the-czech-republic-icsid-case-no-arb065-award-of-april-15-2009-%E2%80%93-concept-of-investment-under-the-icsid-convention-revisited/>

62 UNCTAD, Scope and Definitions, (2011), pp. 59-60.

### 3. 1. Is there a Common Notion of Investment in Investor-State Arbitration?

As we have seen above, the main topic of the thesis is very controversial, there is no concrete answer in investor-state arbitration about what constitutes an investment and thus different tribunal's determinations and adoptions are very important in order to conclude and say that in Investor-State arbitration there is a common notion of investment or not. Before moving to the answer of the main question of this paper, it is important to analyse the arbitration case law (mainly: non-ICSID, ICSID), concerning the definition of investment and see how the jurisprudence is developing from time to time concerning to this matter. In order to simplify our task, I will divide the Case Law into three categories and finally it will be concluded if a common notion of 'investment' in investor-state arbitration can be found.

1. The Salini test approach, cases following the Salini test;
2. Cases adopting a different formulation, such as six elements for an investment;
3. Cases, which slimmed down the Salini criteria, the three objective criteria test.

According to the *Salini v. Morocco*, the investment requirement must be respected as an 'objective condition' for jurisdiction. Four elements for defining the definition of 'investment' was determined by above tribunal:

1. A contribution;
2. A certain duration of performance of contract;
3. Participation in the risks of the transaction; and
4. Contribution to the economic development of the host state of the investment.

In *Joy Mining v. Egypt* the tribunal noted that the extent, to which each of the criteria of the Salini formulation is met, is specific to each particular case, as they will normally depend on the circumstances of each case. The same approach was used in the other famous cases, such as: *Saipem v. Bangladesh*; *Ulysseas v. Ecuador*; *Kardassopoulos v. Georgia*, etc. The approach

adopted by the *Phoenix v. Czech Republic* tribunal, is different from Salini approach. The Tribunal found that there are six elements for definition of 'investment':

- 1 – a contribution in money or other assets;
- 2 – certain duration;
- 3 – an element of risk;
- 4 – an operation made in order to develop an economic activity in the host State;
- 5 – assets invested in accordance with the laws of the host State;
- 6 – assets invested bona fide.<sup>63</sup>

We will look in turn non-ICSID and ICSID case law, in which tribunals slimmed down the Salini criteria and used only three objective criteria test. In this part of the paper, it also will be discussed in which cases tribunals considered that the three objective criteria test for defining an investment is not necessary for non-ICSID arbitration.

The tribunal in *Romak v. Uzbekistan* (UNCITRAL) held that 'the term 'investment' under the BIT has an inherent meaning entailing a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk.' Accordingly, despite the broad definition of investment in the applicable BIT ('every kind of assets and particularly...'), the tribunal found that the claimant did not own an investment within the meaning of Article 1 of the BIT as its rights were embodied in and arose out of a sales contract.<sup>64</sup>

*Alps Finance v. The Slovak Republic*, which was conducted by the UNCITRAL tribunal, finds that although the claim was not brought under the ICSID Convention, the Contracting States to the BIT must have considered the Convention's understanding of what constitutes an 'investment' because the BIT also contemplated ICSID arbitration; therefore a 'double check' approach should be taken to determine the existence of an alleged investment.

As for ICSID Awards, for instance, in *Saba Fakes v. Turkey* (ICSID) Tribunal used the same criterion as *Romak* Tribunal, and noted that, there are three elements for an investment: (i) contri-

<sup>63</sup> UNCTAD, *Scope and Definitions*, (2011), p.108.

<sup>64</sup> *Ibid* above, p. 98.



bution; (ii) certain duration; and (iii) element of risk. It rejected contribution to host state developments, because an investment expected to be fruitful may turn out to be an economic disaster but such investments should not fall outside the ambit of an investment.

In *Caratube v Kazakhstan* the tribunal held that the repetition of the word ‘investment’ in the definition meant that the parties intended to import into the definition the ordinary meaning of this concept, which includes such elements as contribution, duration and risk.<sup>65</sup>

The *KT Asia v. Kazakhstan* tribunal recognized that the claimant ‘must show that it has made an ‘investment’ under the objective definition developed in the framework of the ICSID Convention in order to establish that the Tribunal has *ratione materiae* jurisdiction over the present dispute.’ Citing earlier decisions, the tribunal noted that, (1) commitment of resources, (2) duration and (3) risk form part of the objective definition of the term ‘investment’. Similar to the *Philip Morris* decision, however, the *KT Asia* tribunal rejected the relevance of the investment’s contribution to the host State’s economic development. The *KT Asia* tribunal noted that, ‘while economic development of a host State is one of the proclaimed objectives of the ICSID Convention, this objective is not in and of itself an independent criterion for the definition of an investment’.<sup>66</sup> Similarly, in the assessment of the tribunal in *Deutsche Bank v. Sri Lanka*, the development of ICSID arbitral practice suggested that only three criteria were relevant for the purpose of defining an investment, namely contribution, risk and duration. On the contrary, a contribution to the economic development of the host State and a regularity of profit and return should not be used as additional benchmarks. The tribunal also noted ‘the existence of an investment must be assessed at its inception and not with hindsight’.<sup>67</sup>

As it was mentioned above, different approach

was determined in UNCITRAL case *White v. India*. Final Award finds that the ‘double-check’ approach of checking whether there is an ‘investment’ under the ICSID Convention and the applicable BIT is not relevant to a non-ICSID claim brought under a BIT. Similarly, in *Guaracachi v. Bolivia Award* (UNCITRAL) considers, that it is not appropriate to import ‘objective’ definitions of investment created by doctrine and case law in order to interpret Article 25 of the ICSID Convention, when the proceeding is a non-ICSID arbitration.

According to the above-mentioned we can say that the issue is really controversial and it is very hard to answer directly if there is a common notion of ‘investment’ In Investor-State arbitration. As we have seen, different tribunals defined the term ‘investment’ in a different way. After all discussions we had above, I am on the view that non-ICSID tribunals fairly used the three objective criteria test for defining an ‘investment’. The reasoning underpinning the test for arbitrations that are subject to the ICSID Convention should also be transferable to arbitration governed by UNCITRAL or any other institutional rules for two main reasons.

If we will foresee that the newer adopted BITs trying to precise the definition of ‘investment’ in BITs. This trend is likely to have been a reaction to those arbitral awards, which interpreted open-ended definitions in an over-extensive manner. In particular, some treaties started to use a closed-list definition instead of an open-ended one, introduce certain objective criteria or elements to determine when an asset can be considered an investment, explicitly exclude certain types of assets and employ other narrowing techniques.

In order to answer the main question, we should once again speak about *Romak* case and its influence on developing jurisprudence, because its approach was shared not only non-ICSID tribunals, but ICSID tribunals as well, tribunals successfully using this three objective criteria test, we have seen a lot of examples of case law, which are using the same criteria in order to define the term ‘investment.’

The plausibility of the version of the *Salini* test

65 Ibid above, p. 104.

66 UNCTAD, ‘Recent Developments in Investor-State Dispute settlement (ISDS), (April 2014), p.13.

67 UNCTAD, ‘Recent Developments in Investor-State Dispute settlement (ISDS), (May 2013), p. 8.

that found favor with the Romak Tribunal is buttressed by a second recent decision that espoused a similar slimmed down three requirement test, albeit in this case in the context of Article 25(1) of the ICSID Convention. Perhaps these are the first signs of a jurisprudence *constante* finally beginning to form on the definition of investment applicable in international investment arbitration. In terms of its application of the definition to the facts, the Romak Tribunal appeared to be, interestingly, more concerned with the fulfillment of the applicable criteria *de facto* than *de jure*. Whatever the reasons for the Romak Tribunal's desire to remain outside the developing jurisprudence of international investment law, it will undoubtedly fail. The award is on the whole well-reasoned, persuasive and eloquent, making it prime material for citation in future cases, whether tribunals are looking for jurisprudence *constante*, or simply handy summaries of applicable reasoning.<sup>68</sup> According to the analysis above, we can say that there is no clear answer about common notion of investment in investor treaty arbitration, although we cannot ignore the fact that there are a lot of attempts in order to form the common notion of investment as by the case law of the non-ICSID tribunals and by ICSID as well. Despite the fact that there are cases, which clearly opposes the idea that in non-ICSID cases there is no need to use objective test for defining the notion of 'investment' I think that a „double check" approach should be taken into account in order to determine the existence of an alleged investment.

## CONCLUSION

The requirement of the definition of 'investment' as a protected investment is the main gateway in Investor-State arbitration. Therefore, there are a lot of controversies and debates among scholars and jurists about this vital jurisdictional requirement.

68 Laura Halonen, „Bridging the Gap in the Notion of „Investment" between ICSID and UNCITRAL Arbitrations: Note on an Award Rendered under the Bilateral Investment Treaty between Switzerland and Uzbekistan (Romak SA v Uzbekistan)", (ASA Bulletin, Volume 29, No. 2, 2011, ISSN 1010-9153), p. 324-326.

Despite the fact that there are several approaches for defining the term 'investment', the parameters have considerably remained critical. The definitions of 'investment' that have been already adopted by the tribunal have the particular relevance for respondent States, who are always striving to persuade the tribunal to use the most restrictive interpretation.

It is undisputable that the definition of 'investment' is practically endless; therefore foreign investors always want broad definition as possible, whereas the States are willing to adopt the narrow definition. Thus, it is rather difficult for it to remain one static definition that will work as a common notion in Investor-State arbitration. As seen from the topic analysis above, even case law is controversial and do not agree on one – common interpretation for defining the notion of 'investment'.

Many arbitral tribunals still only look for the existence of an 'objective' investment conforming to Article 25 of the ICSID Convention and refer, explicitly or implicitly, to the Salini test, even though the criteria of the contribution of the economic development of the Salini test is more disregarded. However, a balance between the objective definition of the ICSID Convention and the subjective definition of the applicable BIT is obviously very hard to find. Therefore, only the combination of these two kinds of reasoning would enable to respect both the consent of the parties to arbitration but also the core meaning of the notion of 'investment'.<sup>69</sup>

69 Jean-Pierre Harb, 'Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate', (Mealey's International Arbitration Report, Vol. 26, #8, 2011). P. 13.

**BIBLIOGRAPHY:****Books:**

1. Zachary Douglas, *The International Law of INVESTMENT CLAIMS*, (Cambridge University Press, 2012). (In English)
2. Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009). (In English)
3. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010). (In English)
4. Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013). (In English)
5. Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1995). (In English)
6. Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2004). (In English)
7. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008). (In English)
8. Christopher Dugan, Don Wallace Jr, Noah D. Rubins, Borzu Sabahi, 'Investor-State Arbitration', (Oxford University Press 2008). (In English)
9. Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2001). (In English)

**Articles:**

1. Engela C Schlemmer, 'Investment, Investor, Nationality, and Shareholders', *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press, 2008). (In English)
2. Piero Bernardini, 'ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration', (Amicorum Bernardo Cremades, 2009). (In English)
3. Catherine Yannaca-Small, Lahra Liberti, 'Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements', (OECD 2008). (In English)
4. UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', (2003). (In English)
5. UNCTAD, 'Scope and Definitions', (2011). (In English)
6. UNCTAD, 'International Investment Agreements: Flexibility for Development', (2000). (In English)
7. UNCTAD, 'Recent Developments in Investor-State Dispute settlement (ISDS)', (May 2013). (In English)
8. UNCTAD, 'Recent Developments in Investor-State Dispute settlement (ISDS)', (April 2014). (In English)
9. Laura Halonen, „Bridging the Gap in the Notion of „Investment” between ICSID and UNCITRAL Arbitrations: Note on an Award Rendered under the Bilateral Investment Treaty between Switzerland and Uzbekistan (Romak SA v Uzbekistan)”, (ASA Bulletin, Volume 29, No. 2, 2011, ISSN 1010-9153). (In English)
10. Jean-Pierre Harb, 'Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate', (Mealey's International Arbitration Report, Vol. 26, #8, 2011). (In English)
11. 'Investment Treaty Arbitration: A Primer', (Latham & Watkins International Arbitration Practice, Number 1563, 2013). (In English)
12. Sandra Friedrich, 'White Industries v. India: Investment Arbitration

as Last Resort to Overcome Hurdles in Enforcing Arbitral Awards', (Latham Watkins LLP, June 2012). (In English)

13. Brigitte Stern, 'Are There New Limits on Access to International Arbitration?' (ICSID Review, 2010) 25(1). (In English)
14. Mahnaz Malik, 'Recent Developments in the Definition of Investment in International Investment Agreements, (2nd Annual Forum of Developing Country Investment Negotiators, November 2008). (In English)

#### Case Law:

1. Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/4, 23 July 2001. (In English)
2. ROMAK S.A. v Uzbekistan, PCA Case No: AA280, Award, 26 November 2009. (In English)
3. Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, (UNCITRAL Arbitration Rules 1976), Award of 5 March 2011. (In English)
4. Caratube International Oil Company v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12 (UNCITRAL Arbitration Rules), Award of 5 June 2012. (In English)
5. White Industries Australia Limited v The Republic of India, (UNCITRAL), Final Award, 30 November 2011. (In English)
6. Saipem v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction of 21 March 2007. (In English)
7. Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt (Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/03/11, August, 2004. (In English)
8. Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, (Award), July 14 2010. (In English)
9. KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8. (In English)
10. Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 April 2009. (In English)
11. Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/09/2), Award, 31 October 2012. (In English)
12. Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17, Award, January, 2014. (In English)
13. William Nagel v. Czech Republic, Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Case 049/2002, 9 September 2003. (In English)

#### Official documents:

1. UNCITRAL Arbitration Rules: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> accessed 22 March 2021 (In English)
2. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, (ICSID Convention) 14 October 1966: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf> accessed 22 March 2021. (In English)
3. Vienna Convention on the Law of Treaties' [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) accessed 22 March 2021. (In English)
4. Grain & Feed Trade Association <http://www.gafta.com/> (In English)

**Investment treaties:**

1. US Model BIT, (2004). (In English)
2. United Kingdom-Ecuador BIT, (1994). (In English)
3. Canada-Peru BIT, (2006). (In English)
4. Denmark-Lithuania BIT, (1992). (In English)
5. Germany-Israel BIT, (1976). (In English)
6. Belarus–Czech Republic BIT, (1996). (In English)
7. Germany-Sri Lanka BIT, (1963). (In English)
8. Switzerland-Uzbekistan BIT, (1993). (In English)

**Internet articles:**

1. Christophe von Krause, 'Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award of April 15, 2009 – Concept of investment under the ICSID Convention revisited', <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/07/08/phoenix-action-ltd-v-the-czech-republic-icsid-case-no-arb065-award-of-april-15-2009-concept-of-investment-under-the-icsid-convention-revisited/> accessed 22 March 2021. (In English)
2. McNair CHAMBERS, International Commercial Lawyers, 'ICSID tribunal considers definition of „investor” and „investment” [https://www.mcnairchambers.com/client/publications/2013/ICSID\\_TRIBUNAL\\_CONSIDERS\\_DEFINITION\\_OF\\_INVESTOR\\_AND\\_INVESTMENT.pdf](https://www.mcnairchambers.com/client/publications/2013/ICSID_TRIBUNAL_CONSIDERS_DEFINITION_OF_INVESTOR_AND_INVESTMENT.pdf) accessed 22 March 2021. (In English)

**NOTES:**

1. Piero Bernardini, 'ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration', (Amicorum Bernardo Cremades, 2009), p. 3-4. (In English)
2. Brigitte Stern, 'Are There New Limits on Access to International Arbitration?' (ICSID Review, 2010) 25(1), p. 26-36. (In English)
3. Jean-Pierre Harb, 'Definition of Investments Protected by International Treaties: An On-Going Hot Debate', (Mealey's International Arbitration Report, Vol. 26, #8, 2011), p. 1. (In English)
4. Zachary Douglas, *The International Law of INVESTMENT CLAIMS*, (Cambridge University Press, 2012), p. 165. (In English)
5. Engela C Schlemmer, 'Investment, Investor, Nationality, and Shareholders', *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press, 2008), chapter 2, Page 50. (In English)
6. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, 'Principles of International Investment Law' (Oxford University Press, 2008), p. 60. (In English)
7. Christopher Dugan, Don Wallace Jr, Noah D. Rubins, Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, (Oxford University Press 2008), p. 247. (In English)
8. Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2004), p. 36. (In English)
9. Christoph H. Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 121. (In English)
10. Zachary Douglas, *The International Law of INVESTMENT CLAIMS*, (Cambridge University Prss, 2012), p. 189. (In English)
11. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, 'Principles of International Investment Law' (Oxford University Press, 2008), p. 242. (In English)

12. Christoph H. Shreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 122. (In English)
13. Lucy Reed, Jan Paulsson and Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2004), p. 44. (In English)
14. Christoph H. Shreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 122-123. (In English)
15. UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 16. (In English)
16. OECD (2008), "Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements", in OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations: A Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publishing, pages 43-44. (In English)
17. World Bank, 'Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 1965', (1 ICSID Rep 23, 28). (In English)
18. UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 7. (In English)
19. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, „Principles of International Investment Law” (Oxford University Press, 2008), p. 230. (In English)
20. UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 9. (In English)
21. UNCTAD, 'Requirements Ratione Materiae', p. 14. (In English)
22. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 14 October 1966, Article 25(1). (In English)
23. Christoph H. Shreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (Second edition 2009), p. 117. (In English)
24. *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No.ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001. (In English)
25. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 158. (In English)
26. 'Investment Treaty Arbitration: A Primer', (Latham & Watkins International Arbitration Practice Number 1563, 2013), p. 1. (In English)
27. Piero Bernardini, 'ICSID versus non-ICSID Investment Treaty Arbitration', (Amicorum Bernardo Cremades, 2009), p. 3-4. (In English)
28. UNCTAD, *Scope and Definitions*, (2011), p. 21. (In English)
29. Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 1995), p. 25-26. (In English)
30. Jean-Pierre Harb, 'Definition Of Investments Protected By International Treaties: An On-Going Hot Debate', (Mealey's International Arbitration Report, Vol. 26, #8, 2011), p. 1-2. (In English)
31. UNCTAD, 'International Investment Agreements: Flexibility for Development', (2000), p. 70. (In English)
32. UNCTAD, *Scope and Definitions*, (2011), p. 9. (In English)
33. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 160. (In English)
34. UNCTAD, *Scope and Definitions*, (2011), p. 9. (In English)
35. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 160. (In English)
36. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 165-166. (In English)

37. Canada-Peru BIT, Article 1, 2006. (In English)
38. UNCTAD, 'International Investment Agreements: Flexibility for Development', (2000), p. 80. (In English)
39. UNCTAD, 'Scope and Definitions', (2011), p.28. (In English)
40. Engela C Schlemmer, 'Investment, Investor, Nationality, and Shareholders', *The Oxford Handbook of International Investment Law*, (Oxford University Press, 2008), p. 56. (In English)
41. Catherine Yannaca-Small, Lahra Liberti, 'Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements', (OECD 2008), p. 41. (In English)
42. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p. 167. (In English)
43. UNCTAD, 'International Investment Agreements: Flexibility for Development', (2000), p. 75. (In English)
44. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford University Press, 2010), p.167. (In English)
45. ROMAK S.A. v Uzbekistan, PCA Case No: AA280, Award, 26 November 2009. (In English)
46. Promotion and the Reciprocal Protection of Investments, signed on 16 April 1993. (In English)
47. ROMAK S.A. v Uzbekistan, PCA Case No: AA280, Award, 26 November 2009, para 52. (In English)
48. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2012), p. 60. (In English)
49. ROMAK S.A. v Uzbekistan, PCA Case No: AA280, Award, 26 November 2009, pp. 98-99. (In English)
50. Ibid, para 100. (In English)
51. Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v Morocco, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/00/4, 23 July 2001, (2003) 42 ILM 609, paras 52-58. (In English)
52. Vienna Convention on the Law of Treaties, 22 May 1969, Article 31: General rule of interpretation, Article 32: Supplementary means of interpretation. (In English)
53. UNCTAD, Scope and Definitions, (2011), p.42. (In English)
54. Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, (UNCITRAL Arbitration Rules 1976), Award of 5 March 2011. (In English)
55. Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic, (UNCITRAL Arbitration Rules 1976), Award of 5 March 2011, p. 1-90. (In English)
56. Chester Brown, *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013), p. 663. (In English)
57. Caratube International Oil Company v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12 (UNCITRAL Arbitration Rules), Award of 5 June 2012. (In English)
58. Caratube International Oil Company v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12 (UNCITRAL Arbitration Rules), Award of 5 June 2012, paras 1-116. (In English)
59. White Industries Australia Limited v The Republic of India, (UNCITRAL), Final Award, 30 November 2011. (In English)
60. Sandra Friedrich, 'White Industries v. India: Investment Arbitration as Last Resort to Overcome Hurdles in Enforcing Arbitral Awards', (Latham Watkins LLP, June 2012), p.1. (In English)
61. Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award of April 15, 2009. (In English)
62. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/07/08/phoenix-action-ltd->

- v-the-czech-republic-icsid-case-no-arb065-award-of-april-15-2009-%E2%80%93-concept-of-investment-under-the-icsid-convention-revisited/ (In English)
63. UNCTAD, Scope and Definitions, (2011), p. 59-60. (In English)
  64. UNCTAD, Scope and Definitions, (2011), p.108. (In English)
  65. Ibid above 98. (In English)
  66. Ibid above 104. (In English)
  67. UNCTAD, 'Recent Developments in Investor-State Dispute settlement (ISDS), (April 2014), p.13. (In English)
  68. UNCTAD, 'Recent Developments in Investor-State Dispute settlement (ISDS), (May 2013), p. 8. (In English)
  69. Laura Halonen, „Bridging the Gap in the Notion of „Investment” between ICSID and UNCITRAL Arbitrations: Note on an Award Rendered under the Bilateral Investment Treaty between Switzerland and Uzbekistan (Romak SA v Uzbekistan)”, (ASA Bulletin, Volume 29, No. 2, 2011, ISSN 1010-9153), p. 324-326. (In English)
  70. Jean-Pierre Harb, 'Definition Of Investments Protected By International Treaties: An On-Going Hot Debate', (Mealey's International Arbitration Report, Vol. 26, #8, 2011). P. 13. (In English)



# MYTHS OF ELDER WOMEN AND WORLD'S STEREOTYPES

## Making Injustice Visible & Woman – master of her own fate

**Irina Batiashvili**

*Lecturer of Constitutional Law and Human Rights  
at Georgian Technical University, Adviser of Head  
of Legal Department, LLC „Tbilisi Energy”,  
Member of Mediation and Arbitration Committee  
(Georgian bar Association)*

**KEYWORDS:** Women's Economic Empowerment, Informal Work Sector, the Fate of Elder Women

*“Positive philosophy begins not with thinking about something, but with free action. Its origin is the act of will – I will, I want, I act...Yes, it is based on experience as on an occasion. But this is a completely different experience than the usual sensual experience thus nourished by empirical philosophy and the empirical sciences. It is an existential experience, as a result of the supreme divine and at the same time of my free will and action...Philosophy, unlike other sciences, seeks and determines its own subject. The latter is not given to him in a ready form...Philosophical thinking must determine it for itself.”*

From this philosophical paradigm, we can see the superiority of the act of will... the main thing is the will and action... the genuine desire of the state to achieve the full integration of women in society and the realization of their potential. We know the supreme value as a primary value – equality, but the state must be able to establish, determine and embody this value.

1 Book: Schelling's Philosophy of Revelation”; Author – Irakli Batiashvili (p. 11) 2019.

The brief content of the UN Women policy sets out easily the key messages to create dignified living conditions for women:

**“KEY MESSAGES:**

1. *Women contribute substantially to economic and social development, but are discriminated against in the world of work;*

2. *Invest in gender equality and women’s economic empowerment, more jobs and decent work for women because it is the right thing to do and it promotes sustainable growth and development;*

3. *Implement development strategies, policies and programs that generate more jobs and ensure decent work for women, particularly in the informal sector;*

4. *Promote women’s leadership in public and corporate economic decision-making and in employer’s and worker’s organizations;*

5. *Promote a culture of equality and shared responsibility between men and women in paid and unpaid care work“.*<sup>2</sup>

Countries which regulate women’s health and education tasks better, must focus on women’s economic and political tasks. In my opinion these two is strongly related to each other. Education’s benefit for women is to become a good workforce and workforce’s benefit is having good wage and this wage should be equal wage as men have. This all needs to be integrated in the political long-term program of a country.

After pandemic or crisis situation women need to be fully engaged in finding responses to new challenges, planning recovery strategies. It means that women and men should have equal voices and opportunities at all levels of economic decision-making.

*“Empowering women economically and making them central to solutions is a moral imperative. But it also makes good economic sense. A growing body of research shows that enhancing women’s economic participation improves national economies, increases household productivity and living standards,*

*enhances the wellbeing of children with positive long-term impacts“.*<sup>3</sup>

Government should start thinking about Gender-responsive Works Programs. In order not to turn gender responses into lawmakers-illusionists’ one big bluff and a cascade of tricks, it is necessary for the country to have gender-aware economists to support the forming, implementation and monitoring of gender responsive economic policies.

First step is to negotiate with businesses to collaborate and be involved in gender-responsive work programs. The aim of the government should be to raise women’s ratio in the workforce by setting equal wages for men and women, allowing childcare facilities to be provided on worksites and requiring provision of work close to homes. Women should also be involved in monitoring and managing their health improvement scheme. When childcare would be no boundary the level of participation of women in a labor market will rise higher.

Government should give power to the labor inspection office to monitor decent work conditions of self-employed women in informal works. For example: household working, childcare, aged people care and other informal activities. This field is very sensitive and when women’s economic and social situation depends on work, they sometimes close eyes on working conditions or they do not ask question to themselves: Is it a decent working condition in 21st Century?

Reality is that women dominate the unprotected informal sector.

*“Many women do get paid for domestic work-cleaning homes, babysitting, and doing other tasks for wealthier families. But even this work (in what is known as the „informal sector“) falls outside of official statistics because it is often „under the table“. The vast majority of these paid domestics are women lacking benefits or security in their jobs. This kind of work can provide women with some income, but such unregulated jobs are usually low paying and can trap*

2 UN Women Policy Brief „Decent Work and Women’s Economic Empowerment: Good Policy and Practice“ 2012.

3 UN Women Policy Brief (Decent Work and Women’s Economic Empowerment: God Policy and Practice; Published 2012).

women in situations that provide neither benefits nor means of advancement“.<sup>4</sup>

Georgia faces this sensitive and difficult situation. Informal Works are not regulated at all. In reality there is more harm for women in this field than benefits. The lack of work in formal sector is the first motivator for women to go in informal sector and find job with poor wages and without the necessary conditions for health security.

*“The lack of official recognition of the informal sector has two main effects: on a local level, it exempts such jobs from health and labor standards, which laboring in a globalized world may result in unsafe conditions. And on a global level, like the invisibility of domestic work, it contributes to the continued marginalization of women in the global economy, through international policies that disadvantage or overlook such work and therefore the women who perform it“.*<sup>5</sup>

When the world is emphasizing on human beings' dignity, we should realize that this value is like a living creature and depends on living conditions of a human being.

*„The right to work is often a crucial enabling factor for dignity, personal development and social and economic inclusion“.* – Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 18.

As Georgia faces large number of informal jobs, the first step is that we need to make statistics to know exact number of informal workers, in parallel this process should monitor working conditions of these workers. Afterwards, the government should think about the legal framework which will regulate informal sector working conditions. This act should be mandatory for country's population and should have normative power. In my view, this document should be a guide to the working conditions in informal sector (working hours, decent working conditions, decent working wages, working strength for ageing people, workers rest and leisure time and other general aspects).

4 Book: „Outrage to Courage“ Author – Anne Firth Murray (new and revised second edition).

5 Book: „Outrage to Courage“; Author – Anne Firth Murray (chapter: laboring in a globalized world pg. 196).

But if we want to eliminate discrimination in informal or formal works, we should find its roots. In article 24 Universal declaration of human rights women have the right to rest and leisure and they should have conditions to enjoy these rights. Obviously, women couldn't enjoy this right equally with men if they will have a disproportionate share of (unpaid) work at home. If we look closer stereotypical assumptions and perceptions about, family and caring responsibilities, exactly these stereotypes are the root of the discrimination and limitations of women involvement in the labor market. The limitation types as we see globally is different:

- barriers to entering employment and work;
- lower wages of formal work and higher levels of informal and insecure work;
- fewer opportunities for advancement.<sup>6</sup>

International labor standards also address equal opportunities and equal treatment for men and women workers with family responsibilities. – ILO Convention No. 156 and corresponding ILO Recommendation No. 165.

As is mentioned in Article 10 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women States must take all appropriate measures to ensure that women can enjoy the same access to the same quality of education and training and the same opportunities in that sphere as men.

Unpaid care work can be arduous, stressful, emotionally difficult and even dangerous for example: household work and childcare. If left women unsupported with heavy unpaid care responsibilities the mental and physical health of women may deteriorate and degrade dangerously.

States must work towards tackling and softly transforming traditional gender norms and stereotypes. The goal of this tackling should be: an equal distribution of unpaid care work at home and sharing responsibilities by men and women equally.

*“Increasing women's participation in the formal or informal labor system was not seen as detri-*

6 ILO and UNDP, Work and Family.

*mental to women's unpaid work, since such unpaid work was never recognized or measured".<sup>7</sup>*

The fact is that working in the informal or formal sector has a direct proportional effect on the deteriorating working conditions of women's unpaid work (housework) and the creation of a stressful environment if unpaid work is not fairly shared between men and women.

We see how many problems young women face ... and we fearfully think about what happens with ageing?

What is aging? A new stage of development, a new challenge for women, a new phase of life. How can elder women find new opportunities and how can they use new opportunities in creative ways if society is stereotyping them as a burden to family, as caregivers and as not valuable asset for a country?

1. Society and a country itself should change this concept, distorted perception, prejudices and realize that elder women are productive members of society and they must be treated with dignity and give them resources to fully exercise their rights.

*"Examination of myths and stereotypes that surround older woman shows how gender bias and discrimination intensify in old age everywhere, though the cultural forms may differ. Perhaps the most widespread stereotype is that of women as natural caregivers, a notion that continues to sustain the belief in many countries especially, in resource – poor countries, that the „traditional family" will take care of its elderly. As several papers in this volume point out, the view of women as „natural" family caregivers is one that is continually constructed and constantly reinforced by social expectations and strictures. One study, in Italy, examines the ways in which these expectations permeate even casual conversations: women typically apologize if they are not caring for an additional family member, while men, far from being expected to care for family members, are regarded as peculiar when they do".<sup>8</sup>*

As we see the role of women in society by aging is minimized to caregivers. Why? Maybe the reason is in the roots. Society sees the little girls, adolescent girls and women as reproductive line – contributors of life and not as individuals who are mothers, workers, educators, mentors, managers, politicians and active participants of society. Stigmas sometimes give much harsh and devastating results than we can imagine. When society gives one main role to women like reproductive potential, after some period they are seen useless, not because society is so terrible and inhuman, but because this prejudice is formed on the basis of the collective unconscious. After this type of formation society gives women an extra role (as extra benefit): caregivers. When we want to start return elders their real and own place in society, we should first change perceptions and attitudes of our collective unconscious.

*"Even in wealthy countries, older women's productive contributions are seldom formally recognized. Many perceptions of older women as unproductive stem from the belief that women's productive role is limited to their reproductive capacity. Women's value is believed to lie in their ability to bear children, and particularly sons. Once women pass the age of reproductive potential, they are seen as useless. It is assumed that they will no longer contribute to society and will instead become burdens, dependent upon support from their children and possibly their national government".<sup>9</sup>*

2. Economic situation of a country and finances should be aimed at the well-being of the elderly and their integration into society. The main issue in this topic is the stage of the country's economic development: does the country have a poor economy or a stable well-built economy? Afterwards it is crucial for a country to implement financial methods and system which raises the role of women in gaining money and making them as an active workforce.

Institute for the Advancement of Women (INSTRAW) „Ageing in Gendered World: Women's Issues and Identities" (Santo Domingo, Dominican Republic 1999).

7 Book: „Outrage to Courage"; Author – Anne Firth Murray (chapter: laboring in a globalized world pg. 197).

8 United Nations International Research and Training

9 Book „From Outrage to Courage" Chapter: „Aging in Men's world"; Author – Anne Firth Murray (new and revised second edition).

As is mentioned in INSTRAW publication „Ageing in Gendered World: Women's Issues and Identities”: „Ageing, as a stage of development, is a challenge for women. In this period of life, women should be enabled to cope in a creative way with new opportunities. The social consequences arising from the stereotyping of elderly women should be recognized and eliminated. Subsequent meetings on ageing began to emphasize the integration of older persons into the life of society, regarding them not as a burden on productive members of society but as creative and productive members in their own right. Women, who because they live longer, represent the majority of older people in almost every country, are a particularly neglected resource in their elder years“.

What are these aspects on which the new system for elder women should be built to raise their potential contribution?

INSTRAW is addressing concepts that have led to the injustice and afterwards is searching for potential contributions that every woman can make to its society. Also it is worthy to discuss the role of modern technology in the improvement of women's economic condition. In my opinion fee-free programs for learning computers and new technologies can organize government in rural communities for women. Country, government together with private business sector have power to increase recognition of importance of women and to give women the feel that they are masters of their own fate. One way to give women control over their fate is giving them a chance for economic activities. This includes the microfinancing loans for women. The reasons for special loan type can be: cottage industries, farming, cooking, agricultural work. Government should appreciate works which will not harm elder women, transform their role in society, decrease discrimination and finally eliminate it. At first sight reader may think: can this small investment be substantial for changing status of women? My answer is Yes... Yes...everything starts from Will.

The severe reality is that social exclusion, poverty, discriminatory attitudes, prejudices and perceptions regarding the role of women are

generally more acute for older women than they are for older men. It's obvious, this women's disadvantaged status takes roots from childhood and adulthood and day by day intensified in older age.

At first glance longer life expectancy is no doubt a sign of progress, which is the result of increasing wealth and access to medical care all over the world according to relevant percentage. When you look this picture from one point it is tempting to think that the problem of women in poverty is gradually and moderately ebbing, but unfortunately this is a false impression. When you come closer and closer to this mosaic you see a lot of problems regarding elder women and growing number of them without growth of economy and without changing the world's perception. Stereotypes bring devastating effect on elder women and for world as well.

Georgia has one good challenge that elder women are employed in education system, as Scientifics as Teachers, as Lecturers. But these are small percentages.

We need to translate laws, normative acts, state's goals in community. We also must focus on this issue. We need to make changes without disempowerment of men and real equality with women and men. Men will be as gentlemen in society with new vision and respectful values. These are new challenges not only for Georgia, but for the whole world.

I think these issues need to be deepened, expanded and will be present alternatives to goal setting/implementation around this core. So I decided to expand the vision in my dissertation.

Idealistic people create a real society based on the concept of love and peace.

## NOTES:

1. Irakli Batiashvili (2019) Schelling's Philosophy of Revelation. p. 11. (In Georgian)
2. UN Women Policy Brief "Decent Work and Women's Economic Empowerment: Good Policy and Practice" (2012). (In English)
3. Anne Firth Murray - Outrage to Courage (2nd Ed.). (In English)
4. Anne Firth Murray - Outrage to Courage (chapter: laboring in a globalized world.) p. 196 (In English)
5. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 18
6. ILO and UNDP, Work and Family. (In English)
7. Anne Firth Murray - Outrage to Courage (chapter: laboring in a globalized world.). p. 197 (In English)
8. United Nations International Research and Training Institute for the Advancement of Women (INSTRAW) "Ageing in Gendered World: Women's Issues and Identities" (Santo Domingo, Dominican Republic 1999). (In English)
9. Anne Firth Murray - From Outrage to Courage (Chapter: "Aging in Men's world"). (2nd Ed.). (In English)

## მითები ასაკოვან ქალებზე და მსოფლიოს სტერეოტიპები უსამართლობის მხილება და ქალი – საკუთარი ბედის შემქმნელი

### ირინა ბათიაშვილი

საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის სამართლისა და საერთაშორისო ურთიერთობების ფაკულტეტის ლექტორი  
საკონსტიტუციო სამართალში და ძირითად უფლებებში,  
მკვლევარი „თბილისი-ენერჯის“ იურიდიული დეპარტამენტის  
უფროსის მრჩეველი, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის  
მედიაციის და არბიტრაჟის კომიტეტის წევრი

**საკვანძო სიტყვები:** ქალების ეკონომიკური გაძლიერება,  
არაფორმალური სამუშაო სექტორი, ასაკოვანი ქალების ბედი

„პოზიტიური ფილოსოფია იწყება არა აზროვნებით რაღაცის შესახებ, არამედ თავისუფალი ქმედებით. მისი ამოსავალი ნებელობითი აქტია – მე მნებავს, მე მინდა, მე ვქმედებ... დიახ, ის ეფუძნება გამოცდილებას, როგორც ხდომილებას. მაგრამ ეს სულ სხვა გამოცდილებაა, ვიდრე ჩვეული გრძნობადი გამოცდილება, რითაც საზრდოობს ემპირიული ფილოსოფია და ემპირიული მეცნიერებები. ეს ეგზისტენციალური გამოცდილებაა, როგორც უზენაესი ღვთაებრივი და იმავდროულად, ჩემი თავისუფალი ნების და ქმედების რეზულტატი... ფილოსოფია, განსხვავებით სხვა მეცნიერებებისგან, თავად ეძებს და ადგენს თავის საგანს. ეს უკანასკნელი მას არ ეძლევა მზა სახით... ფილოსოფიურმა აზროვნებამ თავად უნდა დაადგინოს იგი“.<sup>1</sup>

ამ ფილოსოფიური პარადიგმიდან გამომდინარე, შეგვიძლია დავინახოთ ნებელობითი აქტის უპირატესობა... მთავა-

<sup>1</sup> ირაკლი ბათიაშვილის წიგნი: „შელინგის გამოცხადების ფილოსოფია“ (მე-11 გვერდი) 2019 წელი.

რია ნება და ქმედება... სახელმწიფოს ქვე-  
მარტი სურვილი, რომ განახორციელოს  
ქალების სრულფასოვანი ინტეგრაცია სო-  
ციუმში და მათი შესაძლებლობის რეალი-  
ზაცია. ის უზენაესი ღირებულებაა, როგორც  
პრიმარული მოცემულობა – თანასწორობა,  
ვიციტ... მაგრამ სახელმწიფომ უნდა შეძ-  
ლოს ამ ღირებულების დამკვიდრება, და-  
დგენა და ხორცშესხმა.

გაეროს ქალთა ორგანიზაციის პოლი-  
ტიკის მოკლე შინაარსში მარტივად ჩამო-  
ყალიბებულია მთავარი მესიჯები ქალე-  
ბისთვის ღირსეული ცხოვრების პირობების  
შესაქმნელად:

„ძირითადი შეტყობინებები:

1. ქალები მნიშვნელოვნად უწყობენ  
ხელს ეკონომიკურ და სოციალურ განვი-  
თარებას, მაგრამ ისინი დისკრიმინაციას  
განიცდიან სამუშაო სამყაროში

2. ჩადეთ ინვესტიცია გენდერულ თა-  
ნასწორობაში და ქალთა ეკონომიკურ გაძ-  
ლიერებაში, მეტი სამუშაო ადგილების და  
ქალთა ღირსეული სამუშაოს შექმნა სწორი  
საქმეა და ხელს უწყობს მდგრად ზრდას და  
განვითარებას

3. განახორციელეთ განვითარების  
სტრატეგიები, პოლიტიკა და პროგრამე-  
ბი, რომლებიც მეტ სამუშაო ადგილს ქმნის  
და განსაკუთრებით უზრუნველყოფს ქა-  
ლთა ღირსეულ მუშაობას არაფორმალურ  
სექტორში

4. ხელი შეუწყვეთ ქალთა ლიდერობას  
საზოგადოებრივი და კორპორაციულ-ეკო-  
ნომიკური გადაწყვეტილებების მიღებაში,  
დამსაქმებელთა და მშრომელთა ორგანი-  
ზაციებში

5. განავითარეთ ქალთა და მამაკაცთა  
თანასწორობის კულტურა და ასევე, ხელი  
შეუწყვეთ ქალთა და მამაკაცთა შორის  
პასუხისმგებლობის გაზიარებას ანაზღაუ-  
რებად თუ ანაზღაურების გარეშე ზრუნვით  
საქმიანობაზე.<sup>2</sup>

ქვეყნებმა, რომლებიც უკეთესად არე-  
გულირებენ ქალების ჯანმრთელობისა და

განათლების ამოცანებს, ყურადღება უნდა  
მიაქციონ ეკონომიკურ და პოლიტიკურ სა-  
კითხებს. ჩემი აზრით, ეს ორი ერთმანეთ-  
თან მჭიდრო კავშირშია. ქალებისთვის გა-  
ნათლებიდან მიღებული სარგებელია, რომ  
გახდნენ კარგი სამუშაო ძალა, ხოლო მუ-  
შახელის სარგებელი არის კარგი ხელფა-  
სი და ამავდროულად ეს ხელფასი მამაკა-  
ცების ხელფასის თანაბარი უნდა იყოს. ეს  
ყველაფერი კი ქვეყნის პოლიტიკურ გრძე-  
ლვადიან პროგრამაში უნდა იყოს ინტეგ-  
რირებული.

პანდემიური ან კრიზისული სიტუაციის  
შემდეგ, ქალები სრულად უნდა იყვნენ ჩარ-  
თულნი ახალ გამოწვევებზე პასუხის ძიების  
პროცესში და მდგომარეობის აღდგენის  
სტრატეგიის დაგეგმვაში. ეს ნიშნავს, რომ  
ქალებსა და მამაკაცებს თანაბარი ხმა და  
შესაძლებლობები უნდა ჰქონდეთ ეკონო-  
მიკურ საკითხებთან დაკავშირებული გადა-  
წყვეტილების მიღების ყველა დონეზე.

„ქალების ეკონომიკურად გაძლიერება  
და მათი გადაწყვეტილების ცენტრში მოქ-  
ცევა არის მორალური აუცილებლობა. ამას  
კარგი ეკონომიკური მნიშვნელობა აქვს.  
კვლევის მზარდი ნაწილი აჩვენებს, რომ  
ქალთა ეკონომიკური მონაწილეობის გაზ-  
რდა აუმჯობესებს ეროვნულ ეკონომიკას,  
ზრდის შინამეურნეობების პროდუქტიულო-  
ბასა და ცხოვრების დონეს, ზრდის ბავშვე-  
ბის კეთილდღეობას პოზიტიური გრძელვა-  
დიანი ზემოქმედებით“.<sup>3</sup>

გენდერზე საპასუხო სამუშაო პროგრამე-  
ბის შექმნის შესახებ მთავრობამ ფიქრი  
უნდა დაიწყო იმისათვის, რომ გენდერულ  
საკითხებზე რეაგირება არ გადაიქცეს კა-  
ნონშიმოქმედი ილუზიონისტების ერთ დიდ  
ბლეფად და ფოკუსების კასკადად. აუცილე-  
ბელია, სახელმწიფოს გენდერულ საკითხებ-  
ში გათვითცნობიერებული ეკონომისტები  
ჰყავდეს, რომლებიც ხელს შეუწყობენ გე-  
ნდერულ საკითხებზე ორიენტირებული ეკო-  
ნომიკური პოლიტიკის შემუშავებას, განხო-  
რციელებას და მონიტორინგს.

2 UN Women Policy Brief “Decent Work and Women’s  
Economic Empowerment: Good Policy and Practice”  
2012 year.

3 UN Women Policy Brief (Decent Work and Women’s  
Economic Empowerment: Good Policy and Practice;  
Published 2012).



პირველი ნაბიჯი უნდა იყოს მოლაპარაკება ბიზნეს სექტორთან, რომ თანამშრომლობა შედგეს და ბიზნესი გენდერული თანასწორობით დარეგულირებულ სამუშაო პროგრამებში ჩაერთოს. მთავრობის მიზანი უნდა იყოს ქვეყნის მასშტაბით სამუშაო ძალაში ქალთა თანაფარდობის ამაღლება მამაკაცთა და ქალთა თანაბარი ხელფასის დაწესებით, ასევე სამუშაო ადგილებზე ბავშვების მოვლისთვის განკუთვნილი სივრცეებისა და საცხოვრებელი ადგილების მახლობლად სამუშაოების უზრუნველყოფის გზით. ქალები ასევე უნდა იყვნენ ჩართულნი მათი მდგომარეობის გაუმჯობესების სქემის მონიტორინგში და მართვაში. როდესაც ბავშვზე ზრუნვა აღარ იქნება წინააღმდეგობის, შრომის ბაზარზე ქალთა მონაწილეობის დონე გაიზრდება.

მთავრობამ უნდა მიანიჭოს უფლებამოსილება შრომის ინსპექციის სამსახურს, რათა დააკვირდეს არაფორმალურ სამუშაოებში თვითდასაქმებული ქალების ღირსეულ სამუშაო პირობებს. მაგალითად: საყოფაცხოვრებო სამუშაო, ბავშვზე ზრუნვა, ასაკოვანი ადამიანის მოვლა და სხვა არაფორმალური საქმიანობა. ეს სფერო საკმაოდ მგრძობიარეა. როდესაც ქალების ეკონომიკური და სოციალური მდგომარეობა სამუშაოზე და მოკიდებული, ისინი ხანდახან ხუჭავენ თვალს სამუშაო პირობებზე ან საკუთარ თავს არ უსვამენ კითხვას: არის კი ეს ღირსეული სამუშაო პირობები 21-ე საუკუნეში?

სინამდვილე ისაა, რომ დაუცველ არაფორმალურ სამუშაო სექტორში ქალები დომინირებენ.

„ბევრი ქალი იღებს ანაზღაურებას საშინაო სამუშაოსთვის – სახლის დასუფთავებისთვის, ბავშვის მოვლისთვის და უფრო შეძლებული ოჯახებისთვის სხვა დავალებების შესრულების შედეგად, მაგრამ ეს საქმიანობაც (როგორც მას არაფორმალურ სექტორს უწოდებენ) ოფიციალური სტატისტიკის მიღმა რჩება, რადგან უმეტესად ის „მაგიდის ქვეშ“ არის. საშინაო სამუშაოების შემსრულებელი აბსოლუტური უმრავლესობა არიან ქალები, რომლებმაც

არ აქვთ შეღავათები ან უსაფრთხოება თავიანთ სამსახურში. ამგვარმა სამუშაომ შეიძლება ქალები გარკვეული შემოსავლით უზრუნველყოს, მაგრამ ასეთი არარეგულირებული სამუშაოები, როგორც წესი, დაბალანაზღაურებადია და ქალებს აყენებს ისეთ სიტუაციაში, რომელიც არც სარგებლის და არც წინსვლის საშუალებას არ იძლევა“.<sup>4</sup>

საქართველოშიც ასეთივე სენსიტიური და მძიმე სიტუაციაა. არაფორმალური სამუშაოები საერთოდ არ არის რეგულირებული. რეალურად, ჯერჯერობით ეს სფერო ქალებისთვის უფრო მეტად ზიანის მომტანია, ვიდრე სარგებლისა. ფორმალურ სექტორში სამუშაოების არარსებობა პირველი გამომწვევი მიზეზია ქალებისათვის, რომ წავიდნენ არაფორმალურ სექტორში და იპოვონ სამუშაო დაბალი ხელფასით, ამასთან, ჯანმრთელობის უსაფრთხოებისთვის აუცილებელი პირობების გარეშე.

„არაფორმალური სექტორის ოფიციალური აღიარების არარსებობას ორი ძირითადი ეფექტი აქვს: ადგილობრივ დონეზე, ის ათავისუფლებს ისეთ სამუშაო ადგილებს ჯანმრთელობისა და შრომის სტანდარტებისგან, სადაც შრომის პროცესი გლობალიზებულ სამყაროში შეიძლება მიმდინარეობდეს სახიფათო პირობებში...და გლობალურ დონეზე, როგორც საშინაო (საოჯახო) სამუშაოს დაუნახაობა, ის ხელს უწყობს გლობალურ ეკონომიკაში ქალთა მარგინალიზაციას საერთაშორისო პოლიტიკის მეშვეობით, რომელიც უარყოფს ან უგულვებელყოფს ასეთ სამუშაოს და, შესაბამისად, ამ სამუშაოს შემსრულებელ ქალებს“.<sup>5</sup>

როდესაც სამყარო ადამიანის ღირსების პრიმატს ხაზს უსვამს, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ ეს ღირებულება ცოცხალ არსებას ჰგავს და დამოკიდებულია ადამიანის ცხოვრების პირობებზე.

„მუშაობის უფლება ხშირად ღირსების, პიროვნული განვითარების და სოციალური

4 Book: “Outrage to Courage” Author – Anne Firth Murray (new and revised second edition).

5 Book: “Outrage to Courage”; Author – Anne Firth Murray (chapter: laboring in a globalized world pg. 196).

და ეკონომიკური ჩართულობის გადამწყვეტი ხელშემწყობი ფაქტორია“.<sup>6</sup>

რადგან საქართველოში არაფორმალური სამუშაოების დიდი რაოდენობა არსებობს, პირველ რიგში, ჩვენ უნდა გამოვიკვლიოთ სტატისტიკური მონაცემები არაფორმალურ სექტორში მომუშავეთა ზუსტი ციფრის შესახებ, ხოლო ამ პროცესის პარალელურად უნდა მოხდეს ზემოაღნიშნულ სექტორში დასაქმებულთა სამუშაო პირობების მონიტორინგი. ამის შემდგომ, ხელისუფლებამ უნდა იზრუნოს სამართლებრივ ჩარჩოზე, რომელიც დაარეგულირებს არაფორმალურ სექტორში დასაქმებულთა სამუშაო პირობებს. ეს აქტივორმატიულ ხასიათს უნდა ატარებდეს და საქართველოს მოსახლეობისთვის შესასრულებლად სავალდებულო უნდა იყოს. ჩემი ხედვით, ეს დოკუმენტი უნდა გახდეს არაფორმალური სექტორის სამუშაო პირობების გზამკვლევი (სამუშაო საათების რაოდენობა, ღირსეული სამუშაო პირობები, ღირსეული ანაზღაურება, სამუშაოს სიძლიერე ხანდაზმული ადამიანებისთვის, დასაქმებულთა დასვენების და შესვენების დრო და სხვა ზოგადი ასპექტები).

მაგრამ ჩვენ თუ გვინდა არაფორმალურ თუ ფორმალურ სექტორში აღმოფხვრათ დისკრიმინაცია, ჩვენ უნდა მოვქმენოთ მისი ფესვები. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის 24-ე მუხლში ქალებს აქვთ დასვენებისა და შესვენების უფლება და ამ უფლებებით სარგებლობისთვის მათ შექმნილი უნდა ჰქონდეთ შესაფერისი პირობები. ცხადია, ამ უფლებით ქალები და მამაკაცები თანაბრად ვერ ისარგებლებენ, თუ ქალებს ექნებათ საშინაო-საოჯახო (აუნაზღაურებადი) სამუშაოს არაპროპორციული წილი მამაკაცებთან შედარებით. თუ ყურადღებით დავაკვირდებით სტერეოტიპულ ვარაუდებსა და აღქმებს ოჯახის და ზრუნვისთვის აღებულ პასუხისმგებლობის შესახებ, ზუსტად ეს სტერეოტიპებია შრომის ბაზარზე ქალთა ჩართულობის შეზღუდვების და დისკრიმინაციის საფუძველი.

6 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment No. 18.

შეზღუდვის სახეობები, როგორც გლობალურად ვხედავთ, განსხვავებულია:

- დასაქმებისას და სამუშაოს მოძიებისას შექმნილი ბარიერები
- ფორმალურ სექტორში სამუშაოებზე დაბალი ხელფასის არსებობა და არაფორმალური და დაუცველი სამუშაოს არსებობის უფრო მაღალი კოეფიციენტი
- წინსვლის ნაკლები შესაძლებლობები.<sup>7</sup>

შრომის საერთაშორისო სტანდარტები ოჯახის პასუხისმგებლობის საკითხში ასევე ეხება თანაბარ შესაძლებლობებსა და თანაბარ მოპყრობას ქალ დასაქმებულსა და მამაკაც დასაქმებულს შორის – შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის No156 კონვენცია და შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის შესაბამისი 165-ე რეკომენდაცია (ILO Convention No. 156 and corresponding ILO Recommendation No. 165).

როგორც ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენციის (შემდგომ – INSTRAW) მე-10 მუხლშია ნახსენები, სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ ყველა შესაბამისი ზომა იმის უზრუნველსაყოფად, რომ ქალებს ჰქონდეთ იგივე წვდომა და შესაძლებლობები იგივე ხარისხის განათლებისა და ტრენინგის სფეროში, როგორც კაცებს.

აუნაზღაურებადი სამუშაო შეიძლება იყოს მძიმე, სტრესული, ემოციურად რთული და საშიში, მაგალითად: საყოფაცხოვრებო სამუშაო და ბავშვის მოვლა. თუ ქალებს მხარდაჭერის გარეშე დაუცველებს დავტოვებთ მძიმე აუნაზღაურებადი საშინაო სამუშაოს პასუხისმგებლობის პირისპირ, ქალთა ფსიქიკური და ფიზიკური ჯანმრთელობა შეიძლება გაუარესდეს და დეგრადირდეს, რაც საშიშია.

სახელმწიფოებმა უნდა იმუშაონ ტრადიციულად დამკვიდრებული გენდერული ნორმებისა და სტერეოტიპების დაძლევისა და რბილ ტრანსფორმაციაზე. ამ პრობლემის მიზანი უნდა იყოს: პასუხისმგებლობის და აუნაზღაურებადი საშინაო სამუშაოს

7 ILO and UNDP, Work and Family.

თანაბარი გადანაწილება ქალებსა და მამაკაცებს შორის.

„ფორმალურ ან არაფორმალურ შრომით სისტემაში ქალთა მონაწილეობის გაზრდა არ იყო მიჩნეული საზიანოდ ქალთა აუნაზღაურებადი სამუშაოსთან მიმართებაში, რადგან ასეთი ანაზღაურების გარეშე სამუშაო, სამწუხაროდ, არასოდეს იყო აღიარებული და გაზომილი“.<sup>8</sup>

ფაქტია, რომ არაფორმალურ თუ ფორმალურ სექტორში მუშაობა პირდაპირპროპორციულ გავლენას ახდენს ქალების ანაზღაურების გარეშე (სახლის სამუშაოს) სამუშაო პირობების გაუარესებაზე და სტრესული გარემოს შექმნაზე, თუ საშინაო სამუშაო ქალსა და მამაკაცს შორის გონივრულად არ იქნება გადანაწილებული.

ჩვენ ვხედავთ, ახალგაზრდა ქალები რამდენი პრობლემის წინაშე დგანან და შიშით გვეფიქრება – რა შეიძლება მოხდეს ასაკის მატებასთან ერთად?

რა არის დაბერება? განვითარების ახალი ეტაპი? ქალის ახალი გამოწვევა? ცხოვრების ახალი ეტაპი?... როგორ შეუძლიათ ასაკოვან ქალებს ახალი შესაძლებლობების პოვნა და როგორ შეუძლიათ ახალი შესაძლებლობების გამოყენება კრეატიული გზებით, როცა საზოგადოება მათ სტერეოტიპებით შტამპავს, როგორც ოჯახის ტვირთებს, როგორც მხოლოდ მზრუნველთა კატეგორიას და როგორც ქვეყნისთვის არაღირებულ აქტივს?

1. საზოგადოებამ და ქვეყანამ უნდა შეცვალოს ის კონცეფცია, დამახინჯებული აღქმა, ცრურწმენები (პრეკუდისები) და გაცნობიეროს, რომ ასაკოვანი ქალები საზოგადოების პროდუქტიული წევრები არიან, რომ მათ ღირსეულად უნდა მოეპყრან და მისცენ რესურსები საკუთარი უფლებების სრულად განხორციელებისათვის.

„მითების და სტერეოტიპების გამოკვლევა, რომლებიც ასაკოვან ქალებს შეეხება, აჩვენებს, თუ როგორ მძაფრდება ყველგან ასაკთან ერთად გენდერული მი-

კერძობა და დისკრიმინაცია, თუმცა კულტურული ფორმები შეიძლება განსხვავდებოდეს. ალბათ, ყველაზე გავრცელებული სტერეოტიპია ქალების, როგორც ბუნებრივი მომვლელების რაკურსში მოაზრება, რაც ხელს უწყობს იმ რწმენის შენარჩუნებას, რომ „ტრადიციული ოჯახი“ იზრუნებს თავის მოხუცებზე. ამ სტერეოტიპს ბევრ ქვეყანაში ვხვდებით, განსაკუთრებით, ღარიბ ქვეყნებში. როგორც ამ წიგნის რამდენიმე ნაშრომი აღნიშნავს, ქალებზე, როგორც „ბუნებრივი“ ოჯახის მომვლელებზე შეხედულება არის მუდმივად კონსტრუირებული და განმტკიცებული სოციალური მოლოდინებითა და აკრძალვებით. იტალიაში ერთ-ერთი კვლევა შეისწავლის ფორმებს, რომლითაც ეს მოლოდინები (ცრურწმენები) გამოიხატება: ქალები, როგორც წესი, ბოდიშს გიხდებიან, თუ ისინი არ ზრუნავენ ოჯახის დამატებით წევრზე, ხოლო, რადგან კაცების მიმართ არ არსებობს ოჯახის წევრებზე ზრუნვის მოლოდინი, როცა კაცები ზრუნვას გამოხატავენ – ეს უჩვეულოდ მიიჩნევა“.<sup>9</sup>

როგორც ვხედავთ, საზოგადოებაში ქალების როლი მინიმალიზებულია და დაყვანილია აღმზრდელებამდე (მომვლელებამდე). რატომ? ალბათ, მიზეზი ფესვებშია. საზოგადოება პატარა გოგოებს, თინეიჯერ გოგოებს და ქალებს უყურებს, როგორც რეპროდუქციულ ხაზს – სიცოცხლის კონტრიბუტორებს და არა ინდივიდუალებს, რომლებიც არიან დედები, დასაქმებულები, განმანათლებლები, მენტორები, მენეჯერები, პოლიტიკოსები და საზოგადოების აქტიური მონაწილეები. სტიგმები ხანდახან მეტი ზიანის და დამანგრეველი შედეგის მომტანია, ვიდრე ჩვენ წარმოგვიდგინია. როცა საზოგადოება ქალებს აძლევს მხოლოდ ერთ როლს რეპროდუქციული პოტენციალის სახით, რაღაც პერიოდის შემდეგ ისინი გამოუსადეგარები ჩანან,

8 Book: "Outrage to Courage"; Author – Anne Firth Murray (chapter: laboring in a globalized world pg. 197).

9 United Nations International Research and Training Institute for the Advancement of Women (INSTRAW) "Ageing in Gendered World: Women's Issues and Identities" (Santo Domingo, Dominican Republic 1999).

არა იმიტომ, რომ საზოგადოება არაა-დამიანური ან საშინელი, არამედ იმიტომ, რომ ეს პრეკუდიის მათ ჩამოყალიბებული აქვთ კოლექტიური არაცნობიერის საფუძველზე. ამ ტიპის ფორმირების შემდეგ საზოგადოება ქალებს დამატებით როლს ანიჭებს (როგორც დამატებით სარგებელს): მომვლელ-მზრუნველების სახით. როდესაც გვინდა დავუბრუნოთ ასაკოვან ადამიანებს მათი კუთვნილი და რეალური ადგილი საზოგადოებაში, პირველ რიგში უნდა შევცვალოთ ჩვენ კოლექტიურ არაცნობიერში გამჭადარი აღქმა და დამოკიდებულება (ატიტუდები).

*„მდიდარ ქვეყნებშიც კი ასაკოვანი ქალების პროდუქტიული შენატანები ოფიციალურად იშვიათად აღიარებულია. ასაკოვანი ქალების მიმართ არსებული მრავალი აღქმა, როგორც არაპროდუქტიულის, გამომდინარეობს რწმენიდან, რომ ქალების პროდუქტიული როლი შემოიფარგლება მათი რეპროდუქციული შესაძლებლობებით. ითვლება, რომ ქალების ღირებულება იმაში მდგომარეობს, რომ მათ აქვთ უნარი გააჩინონ შვილები, განსაკუთრებით ვაჟები. მას შემდეგ, რაც ქალები გაივლიან რეპროდუქციული პოტენციალის ასაკს, ისინი განიხილებიან, როგორც უსარგებლონი. ივარაუდება, რომ ისინი საზოგადოების ფუნქციონირებაში წვლილს აღარ შეიტანენ და აქედან გამომდინარე ტვირთი გახდებიან, დამოკიდებულნი მათი შვილების და, შესაძლოა, მათი ეროვნული მთავრობის მხარდაჭერაზე“.*<sup>10</sup>

2. ქვეყნის ეკონომიკური სიტუაცია და ფინანსები გამიზნული უნდა იყოს ასაკოვნების კეთილდღეობაზე და საზოგადოებაში მათ ინტეგრაციაზე. ამ თემის მთავარი საკითხია ქვეყანა ეკონომიკური განვითარების როგორ ეტაპზე იმყოფება: ქვეყანას ღარიბი ეკონომიკა აქვს თუ სტაბილური კარგად აშენებული ეკონომიკა? ამის შემდეგ ქვეყნისთვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს, დაინერგოს ფინანსური მეთოდები

და სისტემა, რომელიც გაზრდის ქალთა როლს ფულის მოპოვებაში და მათ აქტიურ სამუშაო ძალად ჩამოყალიბებაში.

როგორც აღნიშნულია INSTRAW პუბლიკაციაში „დაბერება გენდერულ სამყაროში: ქალთა საკითხები და იდენტობები“: „დაბერება, როგორც განვითარების ეტაპი, გამოწვევაა ქალებისათვის. ცხოვრების ამ პერიოდში ქალებს უნდა შეეძლოთ კრეატიული გზით გაუმკლავდნენ ახალ შესაძლებლობებს. ასაკოვან ქალებზე არსებული სტერეოტიპებით გამოწვეული სოციალური შედეგები აღიარებულ უნდა იქნეს და აღმოიფხვრას. დაბერების საკითხთან დაკავშირებით გამართულ მომდევნო შეხვედრებზე დაიწყო ხაზგასმა ასაკოვანი ადამიანების საზოგადოების ცხოვრებაში ინტეგრაციაზე; ასაკოვნების განხილვა არა როგორც ტვირთი საზოგადოების პროდუქტიულ წევრებზე, არამედ როგორც კრეატიული და პროდუქტიული წევრებისა თავიანთი უფლებით. ქალები, იმის გამო, რომ უფრო მეტხანს ცხოვრობენ, თითქმის ყველა ქვეყნის ხანდაზმული ადამიანების უმეტესობას წარმოადგენენ და განსაკუთრებით უგულვებელყოფილი რესურსი არიან ხანდაზმულობის პერიოდში.“

რა არის ის ასპექტები, რომელთა საფუძველზეც უნდა შეიქმნას ასაკოვანი ქალებისთვის ახალი სისტემა, მათი პოტენციური წვლილის ასამაღლებლად?

INSTRAW მიმართავს კონცეფციებს, რომლებმაც უსამართლობა გამოიწვია და შემდეგ ეძებს პოტენციურ წვლილს, რომელიც ყველა ქალს შეუძლია თავის საზოგადოებაში შეიტანოს. ასევე მნიშვნელოვანია მიმოვიხილოთ თანამედროვე ტექნოლოგიის როლი ქალების ეკონომიკური მდგომარეობის გაუმჯობესებაში. ჩემი მოსაზრებით, კარგი იქნება, თუ რეგიონებში, სოფლებში მთავრობა ორგანიზებას გაუწევს ქალებისთვის განკუთვნილ კომპიუტერის და ახალი ტექნოლოგიების ათვისებაზე უფასო პროგრამებს. ქვეყანას, მთავრობას და კერძო ბიზნეს სექტორს აქვთ შესაძლებლობა გაზარდონ ქალთა მნიშვნელოვანი როლის აღიარება და

10 Book "From Outrage to Courage" Chapter: "Aging in Men's world"; Author – Anne Firth Murray (new and revised second edition).

აგრძნობინონ ქალებს, რომ ისინი საკუთარი ბედის შემქმნელები არიან. ერთ-ერთი გზა იმისათვის, რომ ქალებს მისცენ კონტროლი საკუთარ ბედზე, ეს არის მათთვის ეკონომიკური აქტივობების შანსის მიცემა. ეს მოიცავს ქალთა მიკროსაფინანსო სესხებს. სპეციალური სესხის ტიპის საფუძველი შეიძლება იყოს: სამეურნეო (cottage industries) ინდუსტრიები, მიწათმოქმედება, სამზარეულო, სასოფლო-სამეურნეო სამუშაოები. მთავრობამ უნდა შეაფასოს სამუშაოები, რომლებიც ასაკოვან ქალებს ზიანს არ მიაყენებენ, გარდაქმნას ასაკოვანი ქალების როლი საზოგადოებაში, შეამციროს დისკრიმინაცია და საბოლოო ჯამში, აღმოფხვრას ის. ერთი შეხედვით, მკითხველს შესაძლოა გაუჩნდეს შეგრძნება, რამდენად შეიძლება ეს მცირე ინვესტიცია არსებითი იყოს ქალის სტატუსის შეცვლისათვის? ჩემი პასუხია დიახ! დიახ... ყველაფერი იწყება ნებისგან.

მწვავე რეალობაა ის, რომ სოციალური გარიყულობა, სიღარიბე, დისკრიმინაციული დამოკიდებულება, ცრურწმენები და აღქმა ქალის როლთან მიმართებაში, ძირითადად უფრო გამძაფრებულია ასაკოვანი ქალებისთვის, ვიდრე ასაკოვანი მამაკაცებისთვის. აშკარაა, რომ ქალთა არახელსაყრელი სტატუსი ბავშვობიდან და მოზრდილობიდან იღებს სათავეს და უფრო და უფრო ინტენსიური ხდება ასაკში.

ერთი შეხედვით, სიცოცხლის ხანგრძლივობა უეჭველად წინსვლის ნიშანია, რაც კეთილდღეობის ზრდისა და სამედიცინო დახმარების ხელმისაწვდომობის შედეგია, მთელ მსოფლიოში შესაბამისი პროცენტული მაჩვენებლის თანახმად. როდესაც ამ სურათს ერთი კუთხიდან შეხედავთ, მაცდურია და შეიძლება იფიქროთ, რომ სიღარიბეში მყოფი ქალების პრობლემა თანდათანობით და თანმიმდევრულად ქრება, მაგრამ სამწუხაროდ, ეს მცდარი შთაბეჭდილებაა. როცა უფრო და უფრო მიუახლოვდებით ამ მოზაიკას, დაინახავთ ასაკოვანი ქალების მიმართ არსებულ უამრავ პრობლემას და ამასთან ერთად, ამ პრობლემების მზარდ რიცხვს, ეკონომი-

კის გაუმჯობესების არარსებობის და მსოფლიოში არსებული შეუცვლელი ხედვების ფონზე. სტერეოტიპები კი დამანგრეველ გავლენას ახდენენ ასაკოვან ქალებზე და ასევე, მთელ მსოფლიოზე.

საქართველოს ერთი კარგი გამოწვევა აქვს – ასაკოვანი ქალები დასაქმებულნი არიან საგანმანათლებლო სისტემაში, როგორც მეცნიერები, როგორც მასწავლებლები, როგორც ლექტორები, მაგრამ ეს მცირე პროცენტია.

ჩვენ გვჭირდება სამართლის ნორმების, ნორმატიული აქტების და სახელმწიფოს დასახული მიზნების ინტეგრირება საზოგადოებაში. ჩვენ ამ საკითხზეც უნდა მოვახდინოთ ფოკუსირება. რეალური თანასწორობის მიღებით ქალებსა და მამაკაცებს შორის უნდა შევძლოთ ცვლილების განხორციელება მამაკაცების უფლებების შეზღუდვის (დაკნინების) გარეშე. მამაკაცები საზოგადოებაში იქნებიან როგორც ჯენტლმენები, ახალი ხედვით და ღირსეული ფასეულობებით.

ვფიქრობ, ეს საკითხები მეტ ჩაღრმავებას, გაშლას და ამ ბირთვის გარშემო მიზნების დასახვა/შესრულების ალტერნატივების წარმოდგენას საჭიროებს. ამიტომაც გადავწყვიტე, დანარჩენი მსჯელობა ჩემს სადისერტაციო ნაშრომში განვაავითარო.

იდეალისტი ადამიანები ქმნიან რეალურ საზოგადოებას, რომელიც სიყვარულის და მშვიდობის კონცეფციებზე არის დაშენებული.

# THE SCOPE OF INVOLVEMENT IN MANAGEMENT AS A PREREQUISITE FOR INPUT VAT DEDUCTION RELATED TO TRANSACTIONS IN SHARES AND POSSIBLE INCOMPATIBILITY WITH ABUSE OF LAW PRINCIPLE

**Davit Berdzuli**

*Master of Law from Lund University,  
PHD candidate in Tbilisi State University*

**KEYWORDS:** VAT, Deduction, Tax, Abuse of Law, Holding Company, Economic Activity

## INTRODUCTION

Acquiring, holding and selling shares constitutes an investment,<sup>1</sup> rather than a consumption activity that usually involves some element of gradual decay in usability or value of the goods/services exploited over time,<sup>2</sup> this approach was unanimously agreed by members of the VAT Committee<sup>3</sup> up until, the Polysar case,<sup>4</sup> in which the Court of Justice of the Europe-

1 Oskar Henkow in: Michael Lang/Peter Melz/Eleonore Kristoffersson, „Value Added Tax and Direct Taxation”, p. 666-667.

2 Florian Otto, „Share deals as VAT-relevant Transactions” in „Global Trends in VAT/GST and Direct Taxes”, edited by Pfeiffer/Ursprung-Steindl, p. 326.

3 Guidelines resulting from meetings of the VAT Committee, 28th Meeting, 9-10 July 1990, XXI/1334/90.

4 Judgment in Polysar, C-60/90, EU:C:1991:268.

an Union (CJEU)<sup>5</sup> established that the acquisition, holding and sale of shares do not, in themselves, constitute economic activities within the meaning of the VAT Directive,<sup>6</sup> however, this determination might differ if the holding of the shares is accompanied by the involvement in the management of the subsidiary.<sup>7</sup>

Later the CJEU explained in three landmark decisions<sup>8</sup> that the involvement in the management of the subsidiaries requires the holding company to provide taxable supplies to its subsidiaries such as the supply of administrative, financial, commercial and technical services for consideration.<sup>9</sup> After assessing holding companies' activities as an economic activity liable for VAT, arises the second question, to what extent the holding company is entitled to deduct input VAT?<sup>10</sup>

Although there had been further CJEU judgments<sup>11</sup> concerning input VAT deduction<sup>12</sup> for expenditure related to the acquisition, holding and sale of shares, the extent of input VAT deduction for holding companies remains a controversial issue and thus indeed considered to be an infinite source of discussion amongst tax authorities and academic word<sup>13</sup>, „it is clear that the

case law itself gives rise to various difficulties, thereby heightening the sense of legal uncertainty“.<sup>14</sup> As a consequence, with the increasing legal uncertainty, the risk of abusive practices grows.

In this paper, the author concentrates on the concept introduced by CJEU, for the deduction right to arise, in case of holding companies, such as „direct and indirect involvement in the management of subsidiaries“, how it's wide scope can affect principle of abuse of the law, practical problems related to the identification of companies aim to be involved in subsidiaries and difficulties related to the identification of proportion to what extent a taxable person is entitled to deduct input VAT. For the purpose of the paper „Mixed-holding Companies“<sup>15</sup> and case-law related to them is chosen as a research ground. However, due to limitations, researched case-law is not analyzed in light of fiscal neutrality.<sup>16</sup>

## 1. MIXED HOLDING COMPANIES

Based on CJEU's case law, a „pure“ holding company is the legal entity which's entire activity constitutes only holding of shares<sup>17</sup> and its economic benefit purely depends on subsidiaries making the profit by conducting the separate

5 The court of Justice of the European Union will be referred as the CJEU in the future.

6 Judgment in Polysar, C-60/90, EU:C:1991:268.

7 Ibid Par. 14.

8 Judgment in Floridienne SA, C-142/99, EU:C:2000:623; Judgment in Cibo Participations, C-16/00, EU:C:2001:495; Judgment in Welthgrove, C-102/00, EU:C:2001:416 – which is discussed in chapter 3.

9 Judgment in Hong-Kong Trade, C-89/81, EU:C:1982:121; Par. 10; Judgment in MVM, C-28/16, EU:C:2017:7, Par. 44.

10 Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective“, in International Vat Monitor May/June 2015, on IBFD search platform, p. 138.

11 For example: Judgment in Investrand BV, C-435/05, EU:C:2007:87; Judgment in Ryanair, C-249/17, EU:C:2018:834; Judgment in C&D Foods Acquisition, C-502/17, EU:C:2018:888.

12 For example: Judgment in KapHag, C-442/01, EU:C:2003:381; Judgment in Kretztechnik, C-465/03, EU:C:2005:320; Judgment in SKF, C-29/08, EU:C:2009:665; Judgment in Portugal Telecom, C-486/11, EU:C:2013:188.

13 Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice

Perspective“, in International Vat Monitor May/June 2015, on IBFD search platform, p. 138.

14 Rita de la Feria, „When Do Dealings in Shares Fall within the Scope of VAT?“, EC Tax Review 18, no. 1 (2008): p. 24.

15 Characteristics of Mixed-holding companies is discussed in chapter 2.

16 Fiscal neutrality, as one of the most important principles for EU VAT has been discussed on many occasions. For further information, please see inter alia OECD international VAT/GTS guidelines drafts/guidelines on Neutrality December 2010, Marta Papis – Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law – Online Books (Last Reviewed: 1 April 2014) – The Principle of Neutrality in EU VAT, Jose Manuel Macarro Osuna – Non-Reduced Rates for E-Books: Has the ECJ Allowed a Violation of Fiscal Neutrality? International VAT Monitor July/August 2016.

17 Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares“, World Tax Journal February 2012, page. 9.

economic activity and distributing dividends to its shareholders.

According to CJEU case-law, a pure holding company is not a taxable person unless it acquires goods and services for the purpose to conduct an economic activity that might be present in case of supplying those goods and services to its subsidiaries.<sup>18</sup>

On the other hand, a mixed holding company is a holding company that, besides holding shares, is directly or indirectly involved in the management of its subsidiaries and based on the legal relationship it receives direct consideration for services it supplies to subsidiaries.<sup>19</sup> It should be noted that holding company is a taxable person only when it receives consideration that is directly linked to the participation in management.<sup>20</sup>

## 2. INVOLVEMENT IN MANAGEMENT

### 2.1. What type of services is regarded as involvement in Management?

The CJEU first mentioned direct and indirect involvement in the management of subsidiaries as a basis for the rise of the right to deduct input VAT in Polysar case.<sup>21</sup> After that, the court had to determine what can be considered as involvement and which type of supplies should be made by the holding company to be regarded as a taxable person for deduction right to arise. These questions had been addressed in three<sup>22</sup> landmark judgments, according to which the involvement in the management of the subsidiaries

requires the holding company to provide taxable supplies to its subsidiaries such as the supply of administrative, financial, commercial and technical services for consideration.<sup>23</sup>

The first case related to the involvement in the management of the subsidiaries was, *Floridienne SA and Berginvest SA* case.<sup>24</sup> *Floridienne SA and Berginvest SA* performed: Holding activities – for which they received dividends, supplies of Management services to its subsidiaries – for which they received fees, and financial services to its subsidiaries – for which they received interest payments.<sup>25</sup> The CJEU stated that a holding company that has direct or indirect involvement in the management of the companies in which the holding has been acquired shall be considered as an economic activity in so far as it entails carrying out transactions which are subject to VAT, such as the supply of administrative, accounting and information technology services to their subsidiaries.<sup>26</sup> The CJEU held that the payment of dividends is not a consideration for the management services.<sup>27</sup> Furthermore, the reinvestment of the dividends received as loans to the subsidiaries is not a direct, permanent and necessary extension of the taxable activities of a holding company.<sup>28</sup>

Financial services such as giving loans to subsidiaries only fall within the scope of the VAT if loans are carried out „with a business or commercial purpose characterized by, in particular, a concern to maximize returns on capital investment“.<sup>29</sup>

In the *Welthgrove* case, the CJEU had to interpret, and give guidance on the qualification of the nature of existing transactions between hold-

18 Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7.9, p. 643.

19 Judgment in *Hong-Kong Trade*, C-89/81, EU:C:1982:121, Par. 13; Judgment in *MVM*, C-28/16, EU:C:2017:7, Par. 35.

20 Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7.9, p. 643.

21 Judgment in *Polysar*, C-60/90, EU:C:1991:268, Par. 14.

22 Judgment in *Floridienne SA*, C-142/99, EU:C:2000:623; Judgment in *Cibo Participations*, C – 16/00, EU:C:2001:495; Judgment in *Welthgrove*, C – 102/00, EU:C:2001:416.

23 Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective“, in *International Vat Monitor* May/June 2015, on IBFD search platform, p. 138.

24 Judgment in *Floridienne SA*, C-142/99, EU:C:2000:623.

25 Ibid, Par. 6.

26 Ibid, Par. 19.

27 Judgment in *Floridienne SA*, C-142/99, EU:C:2000:623, Par. 21.

28 Ibid, Par. 30.

29 Ibid, Par. 32, Ben Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7, p. 630.



ing company and subsidiaries. The members of Welthgroves' board of directors engaged in the active guidance of its subsidiaries, however, remuneration was not charged for those activities, and only dividends were received from its subsidiaries.<sup>30</sup> As there was no consideration received by the holding company for its activities there was no taxable transaction and no right of deduction.

According to the Court's settled case-law, it is apparent that the involvement of a holding company in the management of companies in which it has acquired a shareholding constitutes an economic activity, within the meaning of Article 9(1) of the VAT Directive, in so far as it entails carrying out transactions which are subject to VAT by virtue of Article 2 of that directive, such as the supply by a holding company to its subsidiaries of administrative, accounting, financial, commercial, information technology and technical services.<sup>31</sup>

In the end, not only administrative, accounting, financial, commercial, information technology and technical services, are to be considered as involvement but the concept includes, day-to-day management, follow up of budgets, human resources or financial analytics, legal or accounting recordings, and any advisory help that may be needed for the purpose of conducting economic activity by the subsidiaries.<sup>32</sup>

## 2.2. Degree of Involvement

When the transaction has actually taken place in real life it is highly possible that tax authorities and taxable persons will not face difficulties to qualify the supplied services as direct or indirect involvement in subsidiaries. However, the situa-

tion is vague when input VAT is directly linked to the acquisition of shares and deduction right arises before the taxed transaction takes place. How should tax authorities make sure that the company intends to supply taxed transactions? One of the practical solutions to this question might be the evidence related to a level of „decisive” involvement.

Even though, it is apparent from the judgment in the *Cibo Participations* case<sup>33</sup> that CJEU is not concerned by this question. *Cibo* has appointed its chairman as the chairman of the three subsidiaries and makes available qualified staff work in the subsidiaries – in general, administrative, financial, commercial and technical management. *Cibo* received consideration for the supply of these services. It acquired new subsidiaries and deducted VAT on expenses related to this, however, the tax authorities refused the VAT deduction on the ground that most of the revenues of the holding consisted of dividend income.<sup>34</sup> The CJEU recognized the genuine business purpose of *Cibo Participations*, which consisted of actively managing the share ownership as a whole and getting involved in the management of its subsidiaries: this was referred to as the involvement concept. This ‘involvement’ was considered a genuine business activity<sup>35</sup> and the right of deduction was granted.

In this judgment, the CJEU does not address the French government argument that a level of „decisive” involvement must be demonstrated,<sup>36</sup> which means that, for the rise of the right to deduct, the holding company which acquires the shares should, in reality, be able to influence the decision of subsidiary to form a contractual rela-

30 Judgment in *Welthgrove*, C – 102/00, EU:C:2001:416, Par. 4-5.

31 judgments in *Floridienne and Berginvest*, C-142/99, EU:C:2000:623; *Cibo Participations*, C-16/00, EU:C:2001:495; and *Portugal Telecom*, C-496/11, EU:C:2013:188.

32 Judgment in *Polysar Investments Netherlands BV*, C-60/90, EU:C:1991:268; Judgment in *Floridienne and Berginvest*, C-142/99, EU:C:2000:623.

33 Judgment in *Cibo Participations*, C-16/00, EU:C:2001:495.

34 *Ibid*, Par. 8-10.

35 Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”, *World Journal of VAT/ GST Law*, 3:1, page. 57.

36 Ben Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7, p. 630. There is not any reference to this opinion in the *Cibo Participations* Judgment, however Ben Terra mentions that „the French argument that a level of „decisive” involvement must be demonstrated was rejected“.

tionship that would result in performing taxable transactions.

Given these points, it is apparent that from the CJEU perspective, the degree of involvement does not play a decisive role as far as the holding company intends to conduct genuine business activity. Yet, what if the holding company has not enough voting power to be involved in the decision-making process? How should domestic legislators divide the burden of proof between taxable persons and tax authorities? In spite of the validity of those questions, it seems that the CJEU never addresses the questions of practical matters and always leaves it to domestic courts, to assess the case.

### 3. ABUSE OF LAW

#### 3.1. Abuse of Law Principle in EU VAT

Abuse of law principle in EU VAT has been introduced as a measure and principle of interpretation of VAT Directive,<sup>37</sup> a concept introduced by the CJEU is a controversial subject, because of difficulties related to its practical application and the possible negative effects on legal certainty.<sup>38</sup> However, according to the case-law of the CJEU, member states have discretion and to some extent obligation to combat the abusive practice.<sup>39</sup>

37 A. Dourado, Chapter 9. „The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law” in „International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism – (J. Englisch ed., IBFD 2016), Books IBFD”, p. 5.

38 Maduro, Poiries „Foreword.” Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Ed. Rita de la Feria and Stefan Vogenauer. London: Hart Publishing, 2011, p. vii.

39 Judgment in SIA ‘Kuršu zeme’, C273/18, EU:C:2019:588, Par. 34; Judgment in Cussens and Others, C251/16, EU:C:2017:881, Par. 43; Dennis Weber also acknowledges that in some cases there might be consideration of member states obligation to combat abuse of law, „Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: Why We Need the Subjective Intention Test, when is Combating Abuse an Obligation and Other Comments.” Prohibition of Abuse

The decisions of the CJEU on abuse in the field of VAT and direct taxation mixed up general concepts such as tax avoidance, evasion, abuse, and fraud until the Halifax<sup>40</sup> decision which is regarded as the landmark decision on abuse for value-added tax purposes.<sup>41</sup>

In Halifax's judgment, the CJEU defined abuse as a circumvention of taxing rules through transactions essentially driven by tax reasons.<sup>42</sup> Furthermore, the court emphasized on the importance of the existence of objective factors for detecting the abusive practices<sup>43</sup> and finally by applying the principle of proportionality,<sup>44</sup> the Court underlined that measures combating the abusive practice could not be applied in a manner which would result in legitimately exceeding the reestablishment of the situation that would have arisen in the absence of the abusive practices.<sup>45</sup>

#### 3.2. Burden of Proof

Along with the question of what is the abuse of right and what kind of anti-abuse provision may be used against it, the question of how the burden of proof should be divided has critical importance.

In Emsland-Stärke's<sup>46</sup> case, CJEU scrutinized that proof for the subjective<sup>47</sup> and objec-

of Law: A New General Principle of EU Law? Ed. Rita de la Feria and Stefan Vogenauer. London: Hart Publishing, 2011, p. 399–400.

40 Judgment in Halifax, C-255/02, EU:C:2006:121.

41 Pistone, Pasquale. „Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: From (Before) EmslandStärke 1 to Halifax (and Beyond).” Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? Ed. Rita de la Feria and Stefan Vogenauer. London: Hart Publishing, 2011, p. 387.

42 Ibid.

43 Judgment in Halifax, C-255/02, EU:C:2006:121, Par. 75.

44 Proportionality principle is one of the fundamental principles of EU Law and EU VAT, which is not under the scope of this paper and because of is not discussed in depth, for further information plea, see inter alia, Nicholas Emiliou „The principle of proportionality in European law”, Kluwer Law International, 1996; Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast).

45 Pistone, Pasquale. supra n 39, p. 387.

46 Judgment in Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695.

47 “the subjective abuse intention” – Weber, Dennis,

tive<sup>48</sup> abuse test „must be adduced in accordance with the rules of national law, provided that the effectiveness of Community law is not thereby undermined“.<sup>49</sup>

Existence of objective and subjective abuse tests, in practice results in a division of the burden of proof. First of all, official authorities should demonstrate that the objective test has been satisfied and then if it appears that there is a suspicion of abuse, an interested party should be allowed to demonstrate that there was not only tax advantage reason for the transaction.<sup>50</sup>

The CJEU permits the legislature to regard specific situations as abusive but with the obligation to offer the taxpayer the opportunity to provide proof to the contrary. It can be assumed that if the taxpayer produces evidence and the tax authorities have doubts about this, it is up to the tax authorities to verify the insufficient nature of the evidence at issue.<sup>51</sup>

How the member states will formulate the law that will be an actual contemplation of the reality is the everyday problem of a legislator and it is always the question of evaluation of substance and subjective element of the transaction by the objective criteria and objective evidence that leads to greater mysteries of everyday life of lawyers.

### 3.3. Involvement as an Inspiration for Abuse

As it is derived from the case-law of the CJEU regarding „direct and indirect involvement“, the concept is broad enough to cover all kinds of transactions that are subject to VAT, still result of *Marle Participations*<sup>52</sup> case stands as

supra n 37, p. 397.

48 “the objective circumstances from which it appears that the envisioned objective of EU law cannot be attained” – Ibid, p. 398.

49 Ibid, Par. 54

50 Weber, Dennis, „Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2“, European Taxation July, 2013, on IBFD search platform, p. 319.

51 Ibid.

52 Judgment in *Marle Participations SARL*, C – 320/17,

an example of how ludicrous this way of interpretation can be. The CJEU once more clarified the concept of direct and indirect involvement in the management of subsidiaries. The question was whether the letting of a building by a holding company to a subsidiary could be considered as direct or indirect involvement in the management of that subsidiary and as such giving rise to a VAT deduction right.<sup>53</sup>

The CJEU concluded that the letting of a building by a holding company to its subsidiary amounts to involvement in the management of that subsidiary, which must be considered to be an economic activity giving rise to the right to deduct the VAT on the expenditure incurred by the company to acquire securities of that subsidiary, on condition that that supply of services is made on a continuing basis, that it is carried out for consideration and that it is taxed, meaning that the letting is not exempt and that there is a direct link between the service rendered by the supplier and the consideration received from the beneficiary.<sup>54</sup>

This judgment not only clarifies the notion of involvement in the management of a subsidiary but also takes a broad approach concerning this phenomenon. Such a broad interpretation will enable holding companies to recover the input VAT incurred in relation to shareholding acquisitions, to a greater extent and with more simplified planning, if they provide taxable services to these acquired subsidiaries.

The CJEU also clarified that the deduction should be granted regardless of the amount of the output VAT, born by supplied services i.e. even if there is a difference between the amount of the VAT deduction and the VAT chargeable on the other hand.<sup>55</sup> If this argumentation should be applied in every situation, member states may end up departing from the obligation to fight against abusive practices as in the case where deductible tax is ten or more time higher than chargeable, subjective element for conducting

EU:C:2018:537.

53 Ibid, Par. 17.

54 Ibid, Par. 45.

55 Supra n 48, Par. 40.

agreements for the tax advantage will dominate, however, due to other existing economical factors based on Halifax case member states will not be able to refuse VAT deduction.

On the one hand, the CJEU recognized that „the right of deduction may be refused when it is established, in the light of objective evidence, that that right is being invoked for fraudulent or abusive ends“.<sup>56</sup> Even so, it does not assess case at hand from that perspective and leaves it on member states to solve the problem with the sufficient measures that would comply with the principle of neutrality<sup>57</sup> and proportionality.<sup>58</sup>

Another important case regarding the possibility of abuse is Ryanair Case,<sup>59</sup> which deals with the question whether a company, which intends to acquire all the shares of another company in order to pursue an economic activity consisting in the provision of management services subject to VAT to the latter company, has the right to deduct input VAT paid on expenditure relating to consultancy services provided in the context of a takeover bid, even if ultimately that economic activity was not carried out.

Even though the CJEU acknowledged the importance of the subjective element of the transaction „any person with the intention, as confirmed by objective elements, of independently starting an economic activity, and who incurs the initial investment expenditure for those purposes must be regarded as a taxable person“,<sup>60</sup> it did not evaluate on how the subjective element should be determined and what is the proportional value of that element and granted the full input VAT deduction.

56 Judgment in Marle Participations SARL, C – 320/17, EU:C:2018:537, Par. 41.

57 The CJEU has referred to importance of principle of Neutrality in many cases, for example: Judgment in Becker, C-8/81, EU:C:1982:7; Judgment in Puffer, C-460/07, EU:C:2009:254; Judgment in Zimmermann, C174/11, EU:C:2012:716, and so on.

58 CJEU has referred to importance of principle of proportionality in many cases, for example: Judgment in Rēdlihs, C263/11, EU:C:2012:497; Judgment in Zabrus, C-81/17, EU:C:2018:283 and so on.

59 Judgment in Ryanair, C-249/17, EU:C:2018:834.

60 Judgment in Ryanair, C-249/17, EU:C:2018:834, Par. 18.

Above mentioned interpretation of the CJEU leads to many unanswered questions, as based on Marle participations and Ryanair, it can be considered that if a company will be able to demonstrate with minimal requirements even the minor supplies of taxable services,<sup>61</sup> full input VAT deduction should be granted, that will probably lead to more sophisticated tax planning and conducting not fully artificial but economically insignificant agreements by holding company for the advantage of input VAT deduction.

In this regard, an important question arises from the recent case-law of the court in, direct taxation judgments related to „Danish Beneficial Ownership“.<sup>62</sup> What will be the influence and legal importance of those cases in the field of VAT? remains unclear. However, as it seems, nowadays fighting against abuse of law and fraud stands as the number one objective on the political level of the EU and in the future, we might see CJEU emphasizing stricter on abusive practices and the importance of combating against it.

## 4. RIGHT TO DEDUCT

### 4.1. Direct Costs or General Costs?

The right of deduction is an integral part of the VAT system and is intended to relieve the trader entirely of the burden of the VAT paid in the course of all his economic activities. For the fulfillment of this Purpose VAT Directive introduces the so-called „direct link test criteria“.<sup>63</sup>

61 This question was also raised by Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective“, International Vat Monitor May/June 2015, on IBFD search platform, p. 139-140.

62 Judgment in T Denmark and Y Denmark, Joined cases C-116/16 and C-117/16, EU:C:2019:135; Judgment in N Luxembourg 1 and others, Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, EU:C:2019:134 – they are considered to represent new approach on abusive and fraudulent practices in direct taxation field which combats not only holly artificial agreements but agreements with less economical importance that tax advantage, and gives member states wider scope to combat against it.

63 According to article 167 and 168 taxable person has the

Based on the nature of the required link between the individual expenses and the output transactions of the business, it is subsequently possible to divide the incurred expenses into two overall categories, namely direct costs, and general cost.<sup>64</sup>

If there is a direct and immediate link between the input transaction and the specific output transactions, the cost will be treated as a direct cost and will give rise either full or no deduction, depending on whether the output transaction is taxable, exempt or out of scope in nature.<sup>65</sup>

However, the CJEU has developed a long-standing line of favorable case law on VAT deduction on general costs. According to which, if inputs do not have a direct and immediate link with a clearly defined part of a taxable person's economic activities, the VAT on the inputs may still be (partly or fully) deductible if expenses can be characterized as general costs.<sup>66</sup>

If the nature of expenses is qualified as general costs, then there needs to be a direct and immediate link between the expenses and the whole business purpose of the holding.<sup>67</sup> This 'business-as-a-whole' link has become the method for the Court to link business expenditure directly to taxed outputs and thereby allowing a right to deduct. As long as the cost is the consequence of the purpose to serve to business, the Court seems to allow a deduction.<sup>68</sup>

Base on observation of the CJEU case-law<sup>69</sup>

right to deduct input VAT as far as goods and services received are used for taxed transactions.

64 Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The direct and immediate link test regarding deduction of input VAT: a consumption-based test versus an economic-based test?“, *World Journal of VAT/GST Law*, 3:2, p. 72.

65 Ibid.

66 Ad van Doesum and Gert-Jan van Norden, „European Union – The Right to Deduct under EU VAT“ – *International VAT Monitor*, 2011, No. 5, p. 328.

67 Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision“, *World Journal of VAT/ GST Law*, 3:1, p. 56.

68 Oskar Henkow (2016), „Sveda—The increasing obscurity of the direct link test in EU VAT“, *World Journal of VAT/GST Law*, 5:1, p. 51-52.

69 Judgment in *Midland Bank*, C-98/98, EU:C:2000:300;

on input VAT deduction, It is found that a cost incurred in connection with an acquisition, sale, and holding of shares constitutes a general cost.<sup>70</sup>

## 4.2. Full or Partial Deduction?

As it is apparent from the case-law of the CJEU and above-mentioned practice, mixed holding companies are considered to represent taxable persons and their activity can be regarded as economic activity in specific circumstances, however, one substantial question is still to be answered „to what extent mixed holding companies are able to deduct input VAT?“

Answer to this question can be found in case *Larentia + Minerva and Marenave Schiffahrt*, C-108/14, and C-109/14. In both cases, companies were involved in the management of the subsidiaries and deducted fully the input VAT which was connected to the acquisition of shares.<sup>71</sup>

Judgment in *Abbey National*, C-408/98, EU:C:2001:110; Judgment in *Kretztechnik*, C-465/03, EU:C:2005:320; Judgment in *Securenta*, C-437/06, EU:C:2008:166; Judgment in *AB SKF*, C-29/08, EU:C:2009:665.

70 Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares“, *World Tax Journal* February 2012, p. 18.

71 Judgment in *Joint cases Larentia + Minerva and Marenave*, C108/14 and C109/14, EU:C:2015:496, Par. 7-8, 12-13, „Larentia + Minerva holds, as a limited partner, 98% of the shares in two subsidiaries constituted in the form of limited partnerships with a limited liability company as general partner. It also provides those subsidiaries, as a „management holding company“, with administrative and business services for remuneration. In respect of these services subject to VAT, Larentia + Minerva deducted in full the input VAT paid in raising from a third-party capital which was used to fund the acquisition of its shareholdings in the subsidiaries and its services, in particular administrative and consultancy services. Marenave increased its capital in 2006 and the costs for the issue of shares in connection with that increase gave rise to a VAT payment of EUR 373,347.57. In the same year that company, as a holding company, acquired shares in four „limited shipping partnerships“, which

The CJEU once more acknowledged that a holding company does not have the status of a taxable person within the meaning of Article 9 of the VAT Directive and, accordingly, does not have the right to deduct tax under Articles 167 and 168 of that directive when it has as its sole purpose the acquisition of shares in other undertakings.<sup>72</sup>

According to the judgment, expenditure connected with the acquisition of shareholdings in subsidiaries incurred by a holding company which involves itself in the management of those subsidiaries and which, on that basis, carries out an economic activity must be regarded as belonging to its general expenditure and the VAT paid on that expenditure must, in principle, be deducted in full.<sup>73</sup>

It should also be mentioned that in the case at hand, holding companies were involved only in taxable transactions and they didn't have exempt or out of scope activities, besides receiving dividends. Input VAT paid on costs incurred in connection with a purpose to acquire the shares can only give rise to a right to deduct when those costs can be characterized as overhead expenses, and the VAT will be proportionally deductible relative to the taxable operations of the taxpayer. Even so, since dividends are excluded from the scope of VAT, they are not included in the calculation of the VAT deduction ratio and as a result, the amount of the deductible tax equals full input VAT paid.<sup>74</sup>

The result is different if the holding company is involved in exempt or/and out of scope ac-

tivities in parallel to taxed economic activity. In that case, input VAT connected to the acquisition of shareholdings in subsidiaries paid by a holding company which does not involve itself in the management of all subsidiaries and which does not carry out an economic activity must be regarded as only partially belonging to its general expenditure, so that the VAT paid on that expenditure may be deducted only in proportion to the expenditure which is reflected in the economic activity.<sup>75</sup>

From the holding companies perspective, The CJEU interpretation and assertion of the law and existing reality, without any doubt leads to positive results, and extreme understanding of the principle of neutrality could be used as the justification ground for this judgment, „All in all, fiscal neutrality has prevailed over the mere technique of the common VAT system”,<sup>76</sup> however, from the tax policy perspective, it seems that, in every situation, acquisition of shares which is accompanied by the intention to be involved in management, overpowers the actual intention to invest the capital and make dividend income, that is not the balanced and proportional assumption of the situation and proportional deduction would more accurately reflect reality.

## CONCLUSION

Applying VAT to dealings in shares poses conceptual and practical difficulties, it is also apparent that not only the CJEU significantly contributed to the development of that uncertainty but also, in some cases, it has arguably made matters worse.<sup>77</sup>

Based on the assertion of case-law of the

---

are partnerships in which Marenave was involved in the business management for remuneration. From the VAT payable in respect of the revenue from those management activities in 2006, it deducted, inter alia, the entire sum of EUR 373,347.57 as input VAT.”

72 Ibid, Par. 18-19; Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7.9, p. 643.

73 Judgment in Joind cases Larentia + Minerva and Marenave, C108/14 and C109/14, EU:C:2015:496, Par. 33.

74 Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”, World Journal of VAT/ GST Law, 3:1, p. 57.

75 Judgment in Joind cases Larentia + Minerva and Marenave, C108/14 and C109/14, EU:C:2015:496, Par. 33.

76 Ad van Doesum, Herman van Kesteren, Gert-Jan van Norden „Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT”, EC Tax Review, 2010-2, p. 73.

77 Rita de la Feria, „ When Do Dealings in Shares Fall within the Scope of VAT?”, EC Tax Review 18, no. 1 (2008): p. 24.

CJEU it is possible to conclude that if a holding company is directly or indirectly involved in the management of its subsidiary, and this involvement is expressed and accompanied by making taxed supplies to the subsidiary, a direct and immediate link between the costs and the taxable person's economic activity as a whole will be established.<sup>78</sup>

The CJEU has shown taxpayers new routes to the deduction of input VAT. A holding company that was involved or plans to be involved in the management of a subsidiary now has new planning possibilities that can lead to mitigation of the VAT burden it otherwise would have to bear.<sup>79</sup>

The CJEU has emphasized the importance of strict observations of the principle of legal certainty upon the interpretation of rules liable to entail financial consequences.<sup>80</sup> Although based on observed cases, abuse of law principle and the legitimate expectations of taxpayers do not seem to be taken into consideration that could lead taxpayers to explore these new routes, despite the remaining open and unanswered questions.

The CJEU's surprising action makes the EU VAT system even more sophisticated than it already is, and it is difficult to analyze and forecast where the limitations of the CJEU's approach are located.<sup>81</sup> According to recital 5 of the preamble to the VAT Directive, VAT should be levied in a general manner to achieve the highest degree of simplicity and neutrality<sup>82</sup> however the CJEU seems to be contributing to the adding of ever-increasing and unnecessary complexity to the

EU VAT system<sup>83</sup> that leads to advanced holes in legislation and even more ground for abusive consequences without possible reciprocal actions.

After all, based on the CJEU case-law it is apparent that approach related to involvement concept does not infringe existing abuse of law principle, in theory, however, one of the restraint outcomes of all these cases is that, while in theory, the burden of proof lies with the tax administration, the taxpayer is obliged to introduce the sufficient evidence that the transactions have actually taken place and their purpose was in accordance to existing law. In practice, this leads to a shift of the burden of the proof from the state to the taxpayer. Yet, it can also be considered that taxpayers are in a far better position after recent judgments to defend their VAT deduction rights.<sup>84</sup>

78 Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares”, *World Tax Journal* February 2012, page. 29.

79 Ad van Doesum, Herman van Kesteren, Gert-Jan van Norden „Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT”, *EC Tax Review*, 2010-2, p. 73.

80 Judgment in Halifax, C-255/02, EU:C:2006:121, Par. 72.

81 Ad van Doesum and Gert-Jan van Norden, „European Union – The Right to Deduct under EU VAT” – *International VAT Monitor*, 2011, No. 5, p. 329.

82 Marta Papis-Almansa – Insurance in European VAT On the Current and Preferred Treatment in the Light of the New Zealand and Australian GTS system – Chapter 3, p. 112.

83 Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares”, *World Tax Journal* February 2012, page. 29.

84 Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”, *World Journal of VAT/ GST Law*, 3:1, page. 60.

## BIBLIOGRAPHY:

## Legislation:

1. Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax [2006] OJ L 347 of 11 December 2006. (In English)
2. Books:
3. Michael Lang/Peter Melz/Eleonora Kristoffersson – Value Added Tax and Direct Taxation. (In English)
4. Global Trends in VAT/GST and Direct Taxes – Ed. by Pfeiffer/Ursprung-Steindl. (In English)
5. International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism – Ed. J. Englisch. (In English)
6. Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law? – Ed. Rita de la Feria and Stefan Vogenauer. (In English)
7. Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast). (In English)
8. Marta Papis-Almansa – Insurance in European VAT On the Current and Preferred Treatment in the Light of the New Zealand and Australian GTS system. (In English)
9. Academic Articles:
10. Florian Otto – „Share deals as VAT-relevant Transactions”. (In English)
11. Joachim Eggers, Björn Ahrens – „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective”. (In English)
12. Rita de la Feria – „When Do Dealings in Shares Fall within the Scope of VAT?”. (In English)
13. Dourado – „The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law”. (In English)
14. Pistone, Pasquale – „Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: From (Before) EmslandStärke 1 to Halifax (and Beyond)”. (In English)
15. Weber, Dennis – „Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: Why We Need the Subjective Intention Test, when is Combating Abuse an Obligation and Other Comments”. (In English)
16. Weber, Dennis – „Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2”. (In English)
17. Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard – „The direct and immediate link test regarding deduction of input VAT: a consumption-based test versus an economic-based test?”. (In English)
18. Ad van Doesum and Gert-Jan van Norden – „European Union – The Right to Deduct under EU VAT” Odile Courjon „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”. (In English)
19. Oskar Henkow „Sveda—The increasing obscurity of the direct link test in EU VAT”. (In English)
20. Ad van Doesum, Herman van Kesteren, Gert-Jan van Norden – „Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT”. (In English)
21. Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard – „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares”. (In English)
22. Other Sources:
23. Guidelines resulting from meetings of the VAT Committee, 28th Meet-



- ing, 9-10 July 1990, XXI/1334/90. (In English)
24. Table of Cases
  25. Judgment in Polysar, C-60/90, EU:C:1991:268. (In English)
  26. Judgment in Floridienne SA, C-142/99, EU:C:2000:623. (In English)
  27. Judgment in Cibo Participations, C – 16/00, EU:C:2001:495. (In English)
  28. Judgment in Welthgrove, C – 102/00, EU:C:2001:416. (In English)
  29. Judgment in Hong-Kong Trade, C-89/81, EU:C:1982:121. (In English)
  30. Judgment in MVM, C-28/16, EU:C:2017:7. (In English)
  31. Judgment in Midland Bank, C-98/98, EU:C:2000:300. (In English)
  32. Judgment in Abbey National, C-408/98, EU:C:2001:110. (In English)
  33. Judgment in Kretztechnik, C-465/03, EU:C:2005:320. (In English)
  34. Judgment in Securenta, C-437/06, EU:C:2008:166. (In English)
  35. Judgment in AB SKF, C-29/08, EU:C:2009:665. (In English)
  36. Judgment in Puffer, C-460/07, EU:C:2009:254. (In English)
  37. Judgment in Zimmermann, C174/11, EU:C:2012:716. (In English)
  38. Judgment in Rēdlihs, C263/11, EU:C:2012:497. (In English)
  39. Judgment in Zabrus, C-81/17, EU:C:2018:283. (In English)
  40. Judgment in T Danmark and Y Denmark, Joined Cases C-116/16 and C-117/16, EU:C:2019:135. (In English)
  41. Judgment in N Luxembourg 1 and others, Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, EU:C:2019:134. (In English)
  42. Judgment in Investrand BV, C-435/05, EU:C:2007:87. (In English)
  43. Judgment in Ryanair, C-249/17, EU:C:2018:834. (In English)
  44. Judgment in C&D Foods Acquisition, C-502/17, EU:C:2018:888. (In English)
  45. Judgment in KapHag, C-442/01, EU:C:2003:381. (In English)
  46. Judgment in Kretztechnik, C-465/03, EU:C:2005:320. (In English)
  47. Judgment in SKF, C-29/08, EU:C:2009:665. (In English)
  48. Judgment in Portugal Telecom, C-486/11, EU:C:2013:188. (In English)
  49. Judgment in Halifax, C-255/02, EU:C:2006:121. (In English)
  50. Judgment in Becker, C-8/81, EU:C:1982:7. (In English)
  51. Judgment in Marle Participations SARL, C – 320/17, EU:C:2018:537. (In English)
  52. Judgment in SIA 'Kuršu zeme', C273/18, EU:C:2019:588. (In English)
  53. Judgment in Cussens and Others, C251/16, EU:C:2017:881. (In English)
  54. Judgment in Joined cases Larentia + Minerva and Marenave, C108/14 and C109/14, EU:C:2015:496. (In English)
  55. Judgment in Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695. (In English)

## NOTES:

1. Oskar Henkow in: Michael Lang/Peter Melz/Eleonor Kristoffersson, „Value Added Tax and Direct Taxation”, p. 666-667; (In English)
2. Florian Otto, „Share deals as VAT-relevant Transactions” in „Global Trends in VAT/GST and Direct Taxes”, edited by Pfeiffer/Ursprung-Steindl, , p. 326. (In English)
3. Guidelines resulting from meetings of the VAT Committee, 28th Meeting, 9-10 July 1990, XXI/1334/90. (In English)
4. Judgment in Polysar, C-60/90, EU:C:1991:268. (In English)
5. The court of Justice of the European Union will be referred as the CJEU in the future. (In English)
6. Judgment in Polysar, C-60/90, EU:C:1991:268. (In English)

7. Ibid Par. 14. (In English)
8. Judgment in *Floridienne SA*, C-142/99, EU:C:2000:623; Judgment in *Cibo Participations*, C – 16/00, EU:C:2001:495; Judgment in *Welthgrove*, C – 102/00, EU:C:2001:416 – which is discussed in chapter 3. (In English)
9. Judgment in *Hong-Kong Trade*, C-89/81, EU:C:1982:121; Par. 10; Judgment in *MVM*, C-28/16, EU:C:2017:7, Par. 44. (In English)
10. Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective”, in *International Vat Monitor* May/June 2015, on IBFD search platform, P. 138. (In English)
11. For example: Judgment in *Investrand BV*, C-435/05, EU:C:2007:87; Judgment in *Ryanair*, C-249/17, EU:C:2018:834; Judgment in *C&D Foods Acquisition*, C-502/17, EU:C:2018:888. (In English)
12. For example: Judgment in *KapHag*, C-442/01, EU:C:2003:381; Judgment in *Kretztechnik*, C-465/03, EU:C:2005:320; Judgment in *SKF*, C-29/08, EU:C:2009:665; Judgment in *Portugal Telecom*, C-486/11, EU:C:2013:188. (In English)
13. Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective”, in *International Vat Monitor* May/June 2015, on IBFD search platform, P. 138. (In English)
14. Rita de la Feria, „When Do Dealings in Shares Fall within the Scope of VAT?”, *EC Tax Review* 18, no. 1 (2008): P. 24. (In English)
15. Characteristic of Mixed-holding companies is discussed in chapter 2.
16. Fiscal neutrality, as one of the most important principles for EU VAT has been discussed on many occasions. For further information, please see inter alia OECD international VAT/GTS guidelines drafts / Guidelines on Neutrality December 2010, Marta Papis – Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law – Online Books (Last Reviewed: 1 April 2014 ) – The Principle of Neutrality in EU VAT, Jose Manuel Macarro Osuna – Non-Reduced Rates for E-Books: Has the ECJ Allowed a Violation of Fiscal Neutrality? *International VAT Monitor* July/August 2016.
17. Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares”, *World Tax Journal* February 2012, Page. 9. (In English)
18. Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7.9, p. 643. (In English)
19. Judgment in *Hong-Kong Trade*, C-89/81, EU:C:1982:121, Par. 13; Judgment in *MVM*, C-28/16, EU:C:2017:7, Par. 35. (In English)
20. Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7.9, p. 643. (In English)
21. Judgment in *Polysar*, C-60/90, EU:C:1991:268, Par. 14. (In English)
22. Judgment in *Floridienne SA*, C-142/99, EU:C:2000:623; Judgment in *Cibo Participations*, C – 16/00, EU:C:2001:495; Judgment in *Welthgrove*, C – 102/00, EU:C:2001:416. (In English)
23. Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective”, in *International Vat Monitor* May/June 2015, on IBFD search platform, P. 138. (In English)
24. Judgment in *Floridienne SA*, C-142/99, EU:C:2000:623. (In English)
25. Ibid, Par. 6.

26. Ibid, Par. 19.
27. Judgment in *Floridienne SA*, C-142/99, EU:C:2000:623, Par. 21. (In English)
28. Ibid, Par. 30.
29. Ibid, Par. 32, Ben Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7, p. 630. (In English)
30. Judgment in *Welthgrove*, C – 102/00, EU:C:2001:416, Par. 4-5. (In English)
31. judgments in *Floridienne and Berginvest*, C-142/99, EU:C:2000:623; *Cibo Participations*, C-16/00, EU:C:2001:495; and *Portugal Telecom*, C-496/11, EU:C:2013:188. (In English)
32. Judgment in *Polysar Investments Netherlands BV*, C-60/90, EU:C:1991:268; judgment in *Floridienne and Berginvest*, C-142/99, EU:C:2000:623. (In English)
33. Judgment in *Cibo Participations*, C-16/00, EU:C:2001:495. (In English)
34. Ibid, Par. 8-10.
35. Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”, *World Journal of VAT/ GST Law*, 3:1, Page. 57. (In English)
36. Ben Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7, p. 630. (In English)
37. There is no any reference to this opinion in the *Cibo Participations* Judgment, however Ben terra mentions that „the French argument that a level of „decisive” involvement must be demonstrated was rejected“.
38. Dourado, Chapter 9. „The Meaning of Aggressive Tax Planning and Avoidance in the European Union and the OECD: An Example of Legal Pluralism in International Tax Law” in „International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism – (J. Englisch ed., IBFD 2016), Books IBFD”, P. 5. (In English)
39. Maduro, Paires „Foreword.” *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*. Ed. Rita de la Feria and Stefan Vogenauer. London: Hart Publishing, 2011. P. vii. (In English)
40. Judgment in *SIA 'Kuršu zeme'*, C273/18, EU:C:2019:588, Par. 34; Judgment in *Cussens and Others*, C251/16, EU:C:2017:881, Par. 43; Dennis Weber also acknowledges that in some cases there might be consideration of member states obligation to combat abuse of law, „Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: Why We Need the Subjective Intention Test, When is Combating Abuse an Obligation and Other Comments.” *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*. Ed. Rita de la Feria and Stefan Vogenauer. London: Hart Publishing, 2011. P. 399–400. (In English)
41. Judgment in *Halifax*, C-255/02, EU:C:2006:121. (In English)
42. Pistone, Pasquale. „Abuse of Law in the Context of Indirect Taxation: From (Before) *EmslandStärke 1* to *Halifax* (and Beyond).” *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*. Ed. Rita de la Feria and Stefan Vogenauer. London: Hart Publishing, 2011. P. 387. (In English)
43. Ibid.
44. Judgment in *Halifax*, C-255/02, EU:C:2006:121, Par. 75. (In English)
45. Proportionality principle is one of the fundamental principles of EU Law and EU VAT, which is not under the scope of this paper and because of is not discussed in depth, for farther information pleas see

- iner alia, Nicholas Emiliou „The principle of proportionality in European law”, Kluwer Law International, 1996; Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast). (In English)
46. Pistone, Pasquale. *supra* n 39. P. 387.
  47. Judgment in Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695. (In English)
  48. “the subjective abuse intention” – Weber, Dennis, *supra* n 37, P. 397.
  49. “the objective circumstances from which it appears that the envisioned objective of EU law cannot be attained” – *Ibid*, P. 398.
  50. *Ibid*, Par. 54
  51. Weber, Dennis, „Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2”, European Taxation July, 2013, on IBFD search platform, P. 319. (In English)
  52. *Ibid*.
  53. Judgment in Marle Participations SARL, C – 320/17, EU:C:2018:537. (In English)
  54. *Ibid*, Par. 17.
  55. *Ibid*, Par. 45.
  56. *Supra* n 48, Par. 40.
  57. Judgment in Marle Participations SARL, C – 320/17, EU:C:2018:537, Par. 41. (In English)
  58. The CJEU has referred to importance of principle of Neutrality in many cases, for example: Judgment in Becker, C-8/81, EU:C:1982:7; Judgment in Puffer, C-460/07, EU:C:2009:254; Judgment in Zimmermann, C174/11, EU:C:2012:716, and so on. (In English)
  59. CJEU has referred to importance of principle of proportionality in many cases, for example: Judgment in Rēdlihs, C263/11, EU:C:2012:497; Judgment in Zabrus, C-81/17, EU:C:2018:283 and so on. (In English)
  60. Judgment in Ryanair, C-249/17, EU:C:2018:834. (In English)
  61. Judgment in Ryanair, C-249/17, EU:C:2018:834, Par. 18. (In English)
  62. This question was also raised by Joachim Eggers, Björn Ahrens, „The VAT Treatment of Holding Companies – German and EU VAT Practice Perspective”, International Vat Monitor May/June 2015, on IBFD search platform, P. 139-140. (In English)
  63. Judgment in T Danmark and Y Denmark, Joined cases C-116/16 and C-117/16, EU:C:2019:135; Judgment in N Luxembourg 1 and others, Joined Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, EU:C:2019:134 – they are considered to represent new approach on abusive and fraudulent practices in direct taxation field which combats not only holly artificial agreements but agreements with less economical importance that tax advantage, and gives member states wider scope to combat against it.
  64. According to article 167 and 168 taxable person has right to deduct input VAT as far as goods and services received are used for taxed transactions.
  65. Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The direct and immediate link test regarding deduction of input VAT: a consumption-based test versus an economic-based test?”, World Journal of VAT/GST Law, 3:2, P. 72. (In English)
  66. *Ibid*.
  67. Ad van Doesum and Gert-Jan van Norden, „European Union – The Right To Deduct under EU VAT” – International VAT Monitor, 2011, No. 5, P. 328. (In English)
  68. Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for

- the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”, *World Journal of VAT/ GST Law*, 3:1, P. 56. (In English)
69. Oskar Henkow (2016), „Sveda—The increasing obscurity of the direct link test in EU VAT”, *World Journal Of VAT/GST Law*, 5:1, P. 51-52. (In English)
  70. Judgment in *Midland Bank*, C-98/98, EU:C:2000:300; Judgment in *Abbey National*, C-408/98, EU:C:2001:110; Judgment in *Kretztechnik*, C-465/03, EU:C:2005:320; Judgment in *Securenta*, C-437/06, EU:C:2008:166; Judgment in *AB SKF*, C-29/08, EU:C:2009:665. (In English)
  71. Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares”, *World Tax Journal* February 2012, Page. 18. (In English)
  72. Judgment in Joind cases *Larentia + Minerva and Marenave*, C108/14 and C109/14, EU:C:2015:496, Par. 7-8, 12-13, „Larentia + Minerva holds, as a limited partner, 98% of the shares in two subsidiaries constituted in the form of limited partnerships with a limited liability company as general partner. It also provides those subsidiaries, as a „management holding company”, with administrative and business services for remuneration. In respect of these services subject to VAT, Larentia + Minerva deducted in full the input VAT paid in raising from a third-party capital which was used to fund the acquisition of its shareholdings in the subsidiaries and its services, in particular administrative and consultancy services. Marenave increased its capital in 2006 and the costs for the issue of shares in connection with that increase gave rise to a VAT payment of EUR 373,347.57. In the same year that company, as a holding company, acquired shares in four „limited shipping partnerships”, which are partnerships in which Marenave was involved in the business management for remuneration. From the VAT payable in respect of the revenue from those management activities in 2006, it deducted, inter alia, the entire sum of EUR 373,347.57 as input VAT.”
  73. *Ibid*, Par. 18-19; Terra, Julie Kajus – Introduction to European VAT (Recast), chapter 17.7.9, p. 643. (In English)
  74. Judgment in Joind cases *Larentia + Minerva and Marenave*, C108/14 and C109/14, EU:C:2015:496, Par. 33. (In English)
  75. Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”, *World Journal of VAT/ GST Law*, 3:1, p. 57. (In English)
  76. Judgment in Joind cases *Larentia + Minerva and Marenave*, C108/14 and C109/14, EU:C:2015:496, Par. 33. (In English)
  77. Ad van Doesum, Herman van Kesteren, Gert-Jan van Norden „Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT”, *EC Tax Review*, 2010-2, p. 73. (In English)
  78. Rita de la Feria, „When Do Dealings in Shares Fall within the Scope of VAT?”, *EC Tax Review* 18, no. 1 (2008): P. 24. (In English)
  79. Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares”, *World Tax Journal* February 2012, Page. 29. (In English)
  80. Ad van Doesum, Herman van Kesteren, Gert-Jan van Norden „Share Disposals and the Right of Deduction of Input VAT”, *EC Tax Review*, 2010-2, p. 73. (In English)

81. Judgment in Halifax, C-255/02, EU:C:2006:121, Par. 72. (In English)
82. Ad van Doesum and Gert-Jan van Norden, „European Union – The Right To Deduct under EU VAT” – International VAT Monitor, 2011, No. 5, P. 329. (In English)
83. Marta Papis-Almansa – Insurance in European VAT On the Current and Preferred Treatment in the Light of the New Zealand and Australian GTS system – Chapter 3, p. 112. (In English)
84. Dennis Ramsdahl Jensen & Henrik Stensgaard (2014), „The Distinction between Direct and General Costs with Regard to the Deduction of Input VAT – The Case of Acquisition, Holding and Sale of Shares”, World Tax Journal February 2012, Page. 29. (In English)
85. Odile Courjon (2014) „Deductibility of VAT on expenses incurred for the purchase of shares by a holding: a helpful French Supreme Court decision”, World Journal of VAT/ GST Law, 3:1, Page. 60. (In English)

# THE GERMAN-GEORGIAN MODEL OF PENALTY REGULATION (Comperative-Legal Analysis)

**Irakli Shamatava**

*Doctoral student at the School of Law, Caucasus University,  
Invited lecturer at Caucasus University,  
Lawyer in Civil and Administrative Law,  
Member of the Georgian Copyright Association  
and Georgian Bar Association,  
Chief specialist at the Committee on Education  
and Culture of Tbilisi City Municipal Assembly*

**KEYWORDS:** Penalty, Regulation, Function

## INTRODUCTION

The present article reviews the penalty as an additional claim securing tool that has been adopted in private or public-legal relations and nowadays, it is characteristic to the laws of all countries belonging to the Roman-German (continental) or Anglo-American legal systems. This is why thorough study of the issue is performed by making focus on the comparative-legal analysis of the Georgian model and the German legal system.

It is noteworthy that the Georgian legislation has been significantly amended with regards to the penalty. Since 2017, the Civil Code of Georgia has provided a new definition of a statutory penalty (Article 625) within the loan obligations, which was positioned on the 150%-scale, that was inappropriate and unreasonable from the very beginning, and thus, it finally diverged from the overall practice adopted in the European countries.

The article provides the review of a complex of issues like: the need for defining the form of a penalty, the prerequisites for charging and can-

celling a penalty within the enforcement of decisions, courts' rulings on inappropriately high penalties, criticism of a statutory penalty determined under the new standard of Article 625 of the Civil Code of Georgia and the discretionary authorities of the judge to rule an inappropriately high penalty.

The article also presents the analysis of a generalized practice applied by judicial authorities, the analysis of high-profile court judgments, and along with outlining the flaws, the article has also drafted interim findings and recommendations, which are crucially important for harmonizing and improving the law.

## 1. PENALTY – A TOOL HAVING A PREVENTIVE AND RESTITUTIONAL FUNCTION

The penalty is one of the essential institutions of the civil law, which raises expectations for the participant of contractual relations that they will be charged with an additional financial responsibilities in case of failure to perform or unconscientious and improper performance of obligations undertaken with a certain contract, although the foregoing will not be a reason for releasing them from major obligations.

For breach of any obligation in contractual relations, certain type of responsibility expressed in form of a fine (in proprietary influence on a breaching party) might be considered. The contrahent, who breaches the legal factors of the contract (terms, duties and responsibilities), shall have to spend more funds as a result of additional fines.<sup>1</sup>

The penalty is distinguished in legal literature as three different functions of legal mechanism: estimation of a sum in advance and lifting the burden of proof from an injured party, who shall not have to prove the amount of the suffered loss; preventing-guaranteeing or compelling the other party to comply with its obligations and not to face the fine; confining the responsibility to the limits determined by the penalty.<sup>2</sup>

1 Tumanishvili G., 2012. Agreement Drafting Technique and Normative Regulations, Tbilisi, 31.

2 Svanadze G., 2015. Negotiation and drafting of

A penalty may be imposed on the obligor regardless of whether the obligee suffered any kind of harm. „Penalty payment does not release the debtor from its obligation to comply with the duties“.<sup>3</sup> The fact that proves the breach of a duty shall be sufficient for this. „The agreement on a penalty shall make its essential terms clear, in particular: the basic obligation and the amount of money imposed for its breach“.<sup>4</sup>

According to the definition provided by the Chamber of Cassations, the penalty is a means for securing relevant interest of a party in the fulfilment of its obligation,<sup>5</sup> the payment obligation of which arises from the breach of a certain obligation. Hence, an obligee is always entitled to claim the right of penalty regardless of whether they have suffered harm or not. The key to this is the fact of breach of an obligation.<sup>6</sup>

The penalty is adopted in private legal relations – both as alternative and cumulative ones, because the penalty has a binding power which calls on the parties to comply with their obligations in good faith.<sup>7</sup> In its turn, „*good faith is related to the performance of the obligations imposed on a person and not to the performance of any other act that has not been undertaken by the party within the certain contract or in any other form towards the other party*“.<sup>8</sup> A penalty secures the possibility to „compel“ a party to the fulfilment of major obligations arising from a certain agreement. Due to „such compulsion“ it is rather a penalty sanction than a security,<sup>8</sup> which „brings comfort“ to an obligee to be released from the

international business agreements on the example of international procurement law., Review of Georgian business law. IV edition, Tbilisi, 45.

3 Zoidze B., 2001. Commentary to the Civil Code of Georgia, Book 3, Tbilisi, 488.

4 Palandt/Grüneberg., 2014. nach Janoschek, Beck'scher Online-Kommentar, BGB Stand., Edition 31, & 339, Rn.2.

5 Dzierishvili Z., Tsertsvadze G., Robakidze I., Svanadze G., Tsertsvadze L., Janashia L., Contract Law., Tbilisi, 2014, 593. See judgement of Tbilisi Court of Appeals, December 14, 2010 (№144-139-2011).

6 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 7 October 2015. (№06-459-438-2015).

7 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 23 June 2011. (№06-1388-1224-10).

8 Chanturia L., 2012. Security Interest Law, Tbilisi, 235.



need to prove the harm incurred as a result of the breach of obligations by the obligor<sup>9</sup>. In the given case, the analysis of dual nature of a penalty<sup>10</sup> that lies in its prevention and restitution functions should be noteworthy.<sup>11</sup>

The function of the penalty primarily is to secure the fulfilment of an obligation. It is the tool in hands of an obligee for „pressure” on the debtor to comply with its obligations, besides, the obligee is released from the burden to prove the suffered harm with the purpose to receive the penalty if the obligor fails to comply or improperly complies with its obligations.

*“The penalty has two essential functions: it aims at stimulating the performance of an obligation before its breach<sup>12</sup> and the obligor knows in advance that they will not evade payment of a certain price for breach of an obligation, while in other circumstances, they may „hope” so<sup>13</sup>.”* The Court of Cassations has provided similar definition of the given issue – the second function of a penalty is easy and quick reimbursement of caused harm. If an obligation is breached, the penalty turned into a sanction shall be imposed on a breaching party unconditionally, regardless of whether this breach has caused harm to the obligee.<sup>14</sup> However, in

difference from the opinion developed above, instead of pointing to stimulation, Professor Zurab Tchetchelashvili believes that the penalty secures the „compulsion” to perform the major obligations arising from a contract.

The preventive and restorative function of a penalty requires profound research, because its dual nature is frequently found in private and public legal relations, also in the decisions of common courts that indicate to its urgency.

### 1.1. Breach of an Obligation as the Main Prerequisite for Applying to the Penalty

Breach of an obligation is a legal postulate that enables us to take immediate effect of this institution. Article 361 of the Civil Code of Georgia focuses on proper and faithful performance of an obligation in the agreed time and place, though it is the non-performance of this norm that causes the exercise of the sanction on which the parties agreed in advance by determining the penalty when they signed the certain agreement. *„Proper performance of the terms of a contract rules out the right of an obligee to claim a penalty<sup>15</sup>.”* The breach of an obligation may be expressed in its non-performance or improper performance. However, a minor breach, by considering the principle of a good faith in a civil turnover, shall not be taken into account<sup>16</sup>. It follows that any kind of violation (whether intentional or negligent, grave, less serious or minor) will result in charging a penalty. It is undisputed that „significant” or „minor” breaches of an obligation are assessment categories, and in each certain case its legitimacy depends on the judgment of the court<sup>17</sup>.

9 Chechelashvili Z., 2010. Contract Law, 2nd edition. Tbilisi, 193. see. Grüneberg/Palandt BGB Komm, 2014. 67. Aufl. § 339, Rn. 1.

10 In the legal literature, the penalty is also discussed as the security means and as the measure for the obligor’s responsibility. In this regards, see: Chanturia/Knieper/Chanturia/Schramm., 2010. Das Privatrecht im Kaukasus in Zentralasien, estandsaufnahme und Entwicklung, BWV, S. 359.

11 Vashakidze G., 2010. The System of Aggravated Obligations of the Civil Code, Tbilisi, 232.

12 According to the court of cassations, the risk of facing a penalty has psychological impact on a person that makes him/her to perform the obligation. The effect is the following: the breaching party is charged with a sanction of repressive nature. See Judgment of the Supreme Court of Georgia of 11 November 2015. (№აბ-570-541-2015)., see Kvinikadze K., 2016. To reduce the penalty by the court as a „judicial intervention” in the principle of contractual freedom, Justice and Law, Tbilisi, №2(50), 85-94.

13 Zoidze B., 2001. Commentary to the Civil Code of Georgia, Book 3, Tbilisi, 488.

14 <http://www.supremecourt.ge/news/id/949> [18.10.2020].

15 Ioseliani N., 2005. Penalty, Notariate of Georgia, Tbilisi, №2-3, 20.

16 Meskhishvili K., Liquidated Damages (Theoretical aspects and courtjurisprudence) <[http://www.library.court.ge/upload/pirgasamtekhlo\\_k.meskhishvili.pdf](http://www.library.court.ge/upload/pirgasamtekhlo_k.meskhishvili.pdf)> [18.10.2020].

17 Meskhishvili K., 2014. Liquidated Damages (Theoretical aspects and courtjurisprudence) Georgian Commercial Law Review Journal; 16. <<http://ewmi->

Hence, the harm resulting from the breach of an obligation has no impact on arising the right to claim a penalty. Moreover, the right to claim a penalty is effective even if the breach of an obligation has not caused harm. The mandatory prerequisite for claiming a penalty is just a breach of an obligation.

## 1.2. The Penalty, as the Guarantee of Performance of Obligations and the Penalty as the Means for Reimbursement of Harm

The penalty is the superior demand for execution, it is free from reimbursement of harm. If, along with the penalty, an obligee has raised the demand for reimbursement of harm, both demands shall not be satisfied, because the penalty itself is the minimum sum for compensating caused harm. In such case, the obligee is priorly entitled to make a choice between the demands for compensation of harm or penalty. Imposing both penalty and compensation for the entire harm is inadmissible, because it will be a punitive sanction, which would extremely aggravate the deteriorate the obligor's state and cause unreasonable enrichment of the obligee.<sup>18</sup>

The nature of penalty securing is the following: on one hand, it becomes a guarantee of performance of obligations for contracting parties and – a means for reimbursement of harm on the other. This harm may be a loss caused by untimely performance of obligations, which has deprived a contracting party of the right to get more profit in economic processes. Lost profit with its nature means pure economic loss,<sup>19</sup> which was suffered by a contracting party and which would

not have happened provided the terms of the contract had been properly complied with.

There is an interesting circumstance when an obligee shall not have to prove what kind of loss they have suffered (including lost profit). They are entitled to receive the penalty as agreed upon with the obligor. By means of penalty a party whose rights have been breached operatively gets remedy for the suffered harm. Hence, beyond the fact that the penalty is a kind of guarantee for performance, in the event of caused harm, it releases the obligee from the burden of proof and bureaucratic standards that they would face normally, if they applied to the court.

## 1.3. Standard Requirements of a Penalty within Legal Proceedings

In legal literature, the following classifications of standard requirements of penalty may be distinguished:

I. Conformity of the terms of a contract – which means that the parties are free to determine the amount of the penalty. An obligee shall not „force” the debtor to enter into a contract with obviously unfair terms and conditions. Hence, the amount of the penalty shall be estimated on fair basis, when parties are agreeing on it. The parties shall presume the harm that may be caused as a result of failure to perform or improper performance of obligations, however, the law also entitles them to agree on the penalty which may exceed the presumed harm;<sup>20</sup>

II. The principle of determining a penalty – allows to calculate its amount with unjustifiably high limits; the law stipulates the authority of the court to reduce the amount of the penalty agreed by the parties when it is unfairly high if taking into account the type of breach and the harm caused as a result of this breach;<sup>21</sup>

### III. The limits of the court's authority:

prolog.org/images/files/7427Georgian\_Commercial\_Law\_Review\_III\_Issue\_ENG.pdf>[19.10.2020].

18 Svintradze K., Problem of protection of creditor rights in case of contractual obligation <[http://old.gruni.edu.ge/uploads/content\\_file\\_1\\_1902.pdf](http://old.gruni.edu.ge/uploads/content_file_1_1902.pdf)> [18.10.2020].

19 Willem H. Van Boom., 2004. Pure Economic Loss – A Comparative Perspective <[https://www.researchgate.net/publication/228140814\\_Pure\\_Economic\\_Loss\\_-\\_A\\_Comparative\\_Perspective](https://www.researchgate.net/publication/228140814_Pure_Economic_Loss_-_A_Comparative_Perspective)> [18.10.2020].

20 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 21 November 2011. (№ 33-1214-1234-2011).

21 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 17 May 2012. (№ 33-373-354-2012).

a) the court may reduce the inappropriately high penalty by considering the circumstances of the case.<sup>22</sup> (CCG, Article 420), the function of the law in determining the inappropriately high amount is limited to the imposition of judicial control.<sup>23</sup> The goal of the penalty is to restore the breached rights of the obligee and not to make them richer.<sup>24</sup> That is why „the penalty shall be equal to the breach of an obligation and reasonable in each certain occasion“;<sup>25</sup>

b) when reducing the penalty, the court takes into account the proprietary state of the party and other circumstances as well, in particular: what is the ratio of the value of performance and harm caused by non-performance or improper performance with the amount of the penalty, also, the economic interest of the obligee. The court shall discuss these circumstances only upon the request by a party and use its discretion only if there is such prerequisite.<sup>26</sup>

Pursuant to Article 420 of the Civil Code of Georgia, a court, taking into account the circumstances of the case, may reduce a disproportionately high penalty and here arises the discretionary authority of the court to decide what the circumstances, on which it bases the reduction of penalty amount, are. In such case, a judge is granted an exclusive authority to intervene in the part of „revising terms of the contract“ and establish the limit of legality and reasonability of the penalty determined by the parties and with this he/she shares the practice of the Civil Code of Germany (GBG). In Germany, if the penalty is disproportionately high, the court may reduce it to a relevant amount on the basis of the obligor’s motion, while, during evaluating the appropri-

ateness, any legitimate interest and not just the property interest of the creditor shall be taken into account. „The reduction of the penalty shall be requested by the obligor itself. For this any expression shall be sufficient, including numbers, which will make it possible to find out that the obligor wants to be released from payment of inadequately high penalty.“<sup>27</sup>

According to GBG, if the obligor promises the obligee to pay money as a penalty in the event of non-performance or improper performance of obligations, then the penalty is payable by the obligor upon the delay of such performance. If the performance of obligations consists in forbearance, then the penalty shall be payable if the performed action contradicts the obligation.

GBG knows a very interesting institution – promising payment of penalty for non-performance of obligations (§ 340),<sup>28</sup> which means that „If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation, the obligee may demand the penalty that is payable in lieu of fulfilment. If the obligee declares to the obligor that he is demanding the penalty, the claim to performance is excluded“, while, under §341, If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation properly, including without limitation performance at the specified time, the obligee may demand the payable penalty in addition to performance. If the obligee has a claim to damages for the improper performance, the provisions of section 340 (2) apply. If the obligee accepts performance, he may demand the penalty only if he reserved the right to do so on acceptance.

GBG implies a procedural norm with regards to the penalty (§ 345), which refers to sharing the burden of proof. If the obligor contests the payability of the penalty because he has performed his obligation, he must prove performance, unless the performance owed consisted in forbearance.

22 Ioseliani N., 2016. Disproportionally High Contract Penalties and Role of the Court in the Sphere of Protection of Civil Interests, Journal Of Law, Tbilisi, №1, 62-74.

23 Chantladze M., Explanation of Expression of the Will, Reduction of the Penalty, Nominalism Principle, „Overview of Georgian Law“, №5/2002-1, 174.

24 Сергеева А.П., 2006. Гражданское право., Т.1, 6-ое изд., под ред. Толстого Ю.К., М., 694.

25 Decision №2/1971-13 of 9 January 2014 of Batumi City Court.

26 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 12 September 2012. (№აბ-819-771-2012).

27 Prütting/Wegen/Weinreich., 2006. BGB Kommentar, Luchterhand, 557.

28 See also: J. Frank McKenna, Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law Versus Common Law Comparison, Critical Path; spring 2008, at 3-6.

## 2. MANDATORINESS OF A WRITTEN FORM OF A PENALTY

The form of a penalty bears a material-legal function and the agreement requires demonstration of bilateral will. Unilateral acknowledgment of penalty does not make the expressed will authentic, and neither does it give the right to demand it. It is the agreement between the parties on the payment of a penalty that creates the basis for charging it on the defendant. The aforesaid makes it obvious that „*the penalty in the Georgian contractual legislation is presumptive, real and it shall comply with some formal criteria*“.<sup>29</sup>

Under Article 418 of the Civil Code of Georgia, the parties to the contract are free to determine a penalty that may exceed the possible damages (except the special norm, which is the latest amendment and is stipulated in Part 5 of Article 625). On the other hand, an agreement on a penalty must be made in written form. Definition of written form of an agreement of a penalty is a very important ordain in the Georgian Civil Code and this is the event, where the given interpretation differs from the German civil law. In the given case, Georgian lawmaker has given a special function to the imperativeness of the form. The goals of the norm are – to equally defend the interests of both parties by granting them the right to freely determine the amount of the penalty and to protect the parties from performing hasty and imprudent actions by demanding the written form of the agreement.<sup>30</sup>

Professor Zurab Chechelashvili duly points to the imperative ordain of the norm and defines that it is the legal consequence of the vulnerability of the form that the agreement on penalty

is void as a formless transaction.<sup>31</sup> Besides, the legal outcome of the invalidity does not affect the overall transaction.

The form is not an end in itself, but a means for achieving other goals.<sup>32</sup> If this goal is achieved without the form determined by the law, then it shall not be considered as the circumstance obstructing the transaction, but if such form is strictly stated in the law, then it is mandatory for a party to comply with that standard.

Georgian law makes written form of penalty agreement mandatory even if such form is not required with respect to such contract, where the parties shall anyway agree on penalty for securing obligations.

### 2.1. Statutory and Contractual Penalties

Article 417 of the Civil Code of Georgia provides the legal definition of penalty – as the additional means for securing a demand. It belongs to the category of accessory rights, meaning that its origination and authenticity depends on the existence of main obligations and in its turn, it is an amount of money [pre] determined by agreement of the parties,<sup>33</sup> payable by the obligor in case of nonperformance or improper performance of an obligation. The etymology of the word in Georgian [პირგზამტებლო] proves the same – the charge for breaking the promise.<sup>34</sup>

29 Boyak A.J., 2014. Comparative Analysis of the Contractual Damages and Penalty on the Example of Georgia and US „Overview of Georgian business Law”, 3rd ed., 12. <[http://www.library.court.ge/upload/biznes\\_samarTlis\\_minoxilva\\_2014.pdf](http://www.library.court.ge/upload/biznes_samarTlis_minoxilva_2014.pdf)> [18.10.2020].

30 <<http://www.gccc.ge/wp-content/uploads/2016/06/Artikel-418.pdf>> [18.10.2020].

31 The validity envisaged under article 59(I) comes into effect upon the breach of the form determined by contract or law, if this law carries the function of authenticity. Further see Chanturia L., 2016. Comments to the Civil Code, (GCCC), last edition: Nov. 3.

32 Kereselidze D., 2009. The Most General Systemic Concepts of the Private Law, Tbilisi, 285.

33 Zurab Tchetchelashvili writes with criticism in this respect: a penalty is an agreement, undertaking additional obligations along with the basic contractual obligations by the obligor and not „the sum of money predetermined under the agreement between the parties”, as it has been noted in article 417 of CCG.

34 Compare with GBG § 339: „Where the obligor promises the obligee, in the event that he fails to perform his obligation or fails to do so properly, payment of an amount of money as a penalty, the penalty is payable if he is in default. If the performance owed consists in

According to professor Lado Chanturia, a penalty is always the amount of money that shall be paid by the obligor to the obligee and its payment of the penalty in form of goods is inadmissible. Origination of the penalty may depend both on the agreement between the parties and (provided the prerequisites demanded by the lawmaker are met) on the lawmaker's desire. Considering these factors, in the literature on law, statutory (normative) and contractual penalties are differentiated.<sup>35</sup>

The parties in contractual relations have an option to stipulate in the contract the means of security that is acceptable for them and adapted with the content of the contract. However, in practice, a choice is always made in favor of a means of security characterized by the thriftiness of protection of the right and the quickness of demand satisfaction.<sup>36</sup>

In the event of a contractual penalty (in Germany is the same as „Vertragsstrafe” – contractual fine) only a consensus between the parties is decisive. They are absolutely free in determining the amount of the penalty, while the statutory penalty provides precise definition of its maximum rate and is mandatory for any legal entity. An obligee may demand a normative penalty for any occasion, regardless of whether there is another agreement between the parties. The lawfulness of the contractual penalty is expressed in its conformity with the law. Reasonability means such reduction, which protects the interests of an obligor and where the penalty does not lose its legal function as a result of such reduction. A proper performance interest shall be redressed to the obligee.<sup>37</sup>

One of the major features of the difference between the statutory and contractual penalties is its certain character. Any of such normative

penalties are intended for that certain case for which it has been established by the lawmaker.<sup>38</sup> The lawmaker always establishes either its specific amount or the rule, according to which the amount of the statutory penalty shall be determined.<sup>39</sup> For a classic example, according to Part 3, Article 31 of the Georgian Labor Code, *„An employer shall be obliged to pay an employee 0.07 percent of the delayed sum for each day of any delayed compensation or payment.”* *„The aforesaid does not mean the right of the parties to increase the amount of the penalty themselves, however, its change but its change to the detriment of the employee is inadmissible and even if there is bilateral will of the parties, the imperative provision of the lawmaker may not be changed and any such reservation is void.”*<sup>40</sup>

The latest model of statutory penalty is Part 5 of Article 625 of the Civil Code of Georgia, in which the lawmaker originally set the remainder of the loan at 150 percent per annum of the outstanding principal amount of the loan, and in the current edition, the ongoing remainder of the loan has been determined as 1.5 as much amount of the principal amount of the loan. There is no doubt that the unprecedentedly high rate of statutory penalty causes significant harm to the legal status of consumers of banking/credit product on the market and this is why it ought to be timely reduced to a reasonable minimum.

Since the lawmaker set the maximum limit of the statutory penalty for a loan agreement, Article 420 cannot be applied to such categories of disputes by the judiciary, as there is a special norm regulating disputes established in the law, which is a kind of guideline for a judge. That is why the following deserves criticism: if so far the court was entitled to review the lawfulness and reasonability of the contractual penalty and to establish the compliance standards, the legislative

forbearance, the penalty is payable on breach.” Also see: Гражданское уложение Германии, пер. с нем. Бергманна В., 2006. 2-ое издание, М, 83.

35 Chanturia L., 2012. Security Interest Law, Tbilisi, 237.

36 Shotadze T., 2011. Comparative Analysis Of The Mortgage And „Security Property”, Journal Of Law, Tbilisi, №1,139-140.

37 Гришин Д.А., 2005. Неустойка: теория, практика, законодательство, М., 100.

38 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 21 March 2011. (№ბს-409-406(k-10).

39 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 6 May 2015. (№ბს-1158-1104-2014).

40 Chanturia L., 2012. Security Interest Law, Tbilisi, 235. 237-238. Also, see: Judgment of the Supreme Court of Georgia of 7 November 2011. (№ბს-1298-1318-2011).

amendments have established such maximum limit of the statutory penalty for loan agreements, which initially deprives the judge of the possibility to „revise” certain loan agreements. As a result, the „weak party” has become even more vulnerable during the proceedings.<sup>41</sup>

It is undisputed that the amendments were crucial for uninterrupted conduct of economic process. Indeed, many companies emerged on the Georgian market, which were offering simplified loan procedures; their crediting policy was conducted with violations and as a result, over-indebtedness increased and the poverty rates of the population reached a catastrophic index. The legislator’s interference aimed at monitoring such grave relations and creating more defence tools for consumers; however, the faults of the reform were negative from the very beginning. Even though stipulated strict regulations, aimed at protection of obligors, were timely and necessary, it would be effective only if the reasonable interest and penalty rates had been determined.

### 3. PREREQUISITES FOR CHARGING AND CANCELLING PENALTY WITHIN ENFORCEMENT OF DECISIONS

The necessary prerequisite for promoting and harmonizing judiciary is the effective enforcement of the decisions taken by the court, arbitration or other authorized persons/bodies. Otherwise, the Latin „ubi jus, ibi remedium”<sup>42</sup> echoes the following: „When the law gives the right, it also gives the means of its protection”.

41 For criticism of norm-creative activities, see: 28. Shamatava I., 2018. The Latest Legislative Regulations, Deficiencies and Recommendations of the Loan Agreement (comparable-legal analysis according to European-Georgian legislation), Available only in Caucasus University of Law.

42 Thomas A. T., 2004. Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy, The University of Akron, <[https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1208&context=ua\\_law\\_publications](https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1208&context=ua_law_publications)> [18.10.2020].

In a state governed with the rule of law, additional instruments for effective and low cost enforcement of final judgements by the judiciary. „Providing the enforcement of court decisions are guaranteed by various norms of law obliging the court to take enforceable decisions”,<sup>43</sup> which include following financial obligations: the principal amount, the interest, the penalty and the procedural costs that became necessary during the proceedings for effective judiciary.

The Law of Georgia on Enforcement Proceedings includes an error, which creates a barrier for a participant of the process, especially the obligee who has the obligation of payment to the budget.

First of all, it should be noted that existence of a decision does not always mean that its enforcement is feasible, because there are a lot of cases where the obligor’s property is not capable for satisfying the obligee’s claim or the obligor may not possess a valuable object at all. Unsecured claim creates special difficulty in such cases; as a rule, in most cases, obligees have done unjustified risks (the claim is not secured, the obligor does not have property, salary or any other assets, which might satisfy the claim). In such cases, satisfaction of the obligee’s claim depends of the obligor’s goodwill.

The issue of imposing and cancelling a penalty is governed by the Point 2, Article 25 of the Law of Georgia on Enforcement Proceedings. The disposition of the norm is as follows: when enforcing decisions for increasing a creditor’s claim by charging interest and/or default surcharge penalties on the principal amount, the charging of interest and/or default surcharge penalties on the principal amount of the obligee’s claim shall stop from the day of initiation of the enforcement proceedings except where a tax claim is involved. Charging of interest and/or default surcharge penalties on the principal amount of an obligee’s claim shall be resumed from the day when the National Bureau of Enforcement returns the writ of execution to the creditor under Article 35 of this Law.

43 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 4 January 2010. (№ 56-856-1142-09).

This norm of the Law of Georgia on Enforcement Proceedings should be revised. The sanction is terminated from the moment when the enforcement proceedings are launched, but if the National Bureau of Enforcement, due to any obstructing circumstance, fails to enforce the decision [for instance, if during 2 years from the beginning of the enforcement proceedings on performing the recovery, the obligee's claim is not satisfied, or, if the obligor does not possess a property which might be used for performing the recovery, or, if the enforcement is impossible due to factual circumstances or/and legal basis], it returns the writ of execution to the obligee, who, in its turn, is rather obliged (than entitled) to launch charging the default surcharge penalty. There is another error – the legislation does not regulate the issue of the date, when the sanction should come into effect, no longer making focus on how illogical such calculations can be.

Here, the main difficulty is the fact that charging the default surcharge penalty already loses legal interest and the party who failed to have their claim satisfied within the enforcement procedures, as a rule, will no longer have any other lawful resource. This problem, for a taxpayer, may cause another difficulty in performing tax obligations. „Under the tax legislation, the sum of penalty, in its concept, is not the sum paid for supplied goods or/and provided service, it is not included in the sum of operations taxable with VAT and it is no subject to VAT” (Tax Code of Georgia, §161). However, the taxing practice of Georgia, like other European states, distinguishes „true” and „pseudo” penalty sums.<sup>44</sup>

It should be noted here that a clear emphasis is made on stopping and not suspending the charging of interest/default surcharge penalty in Part 2 of Article 25 of the Law on Enforcement Proceedings. Accordingly, the entry in the second sentence of the mentioned article regarding the resumption of the charging of interest and/or default surcharge penalties if the writ of execution is returned, is in collision with Part 2, Article 25.<sup>45</sup>

44 <[http://taxinfo.ge/index.php?option=com\\_content&task=view&id=8825&Itemid=105](http://taxinfo.ge/index.php?option=com_content&task=view&id=8825&Itemid=105)> [18.10.2020].

45 Uitdehaag J., Kurtauli S., 2013. Review of the Georgian

Professor Lado Tchanturia notes with regards to the penalty that if the obligor cannot financially comply with his obligations, then he will not be able to pay the penalty either, hence the situation is in no way improved for the obligee. The obligor before the obligee is the same who failed to fulfil its obligations.<sup>46</sup> Thus, there still remains a number of questions unanswered by the Law of Georgia on Enforcement Proceedings, Article 15, Part 2. The legislative novelty is relevant from this prospect, because the procedural side of enforcement should be proper and harmonized. Otherwise, the collision of norms will cause more problems.

Recharging of penalty is an artificial barrier created for the obligee, who, as a rule, fails to overcome it. The ordain of the norm, should be aimed at some benefit, but in the given case, this norm is harmful both for the obligor and obligee, though the latter's expectations for payment of the arrear is minimal or maybe, even, hopeless. If the measures applied within the enforcement procedures are not sufficient for the enforcement of the decision, bringing the penalty into effect again upon the return of writ of execution is pointless. Hence, the norm, no doubt, should be modified for ensuring equal protection of the rights of the parties, because „the enforcement shall be based on clear legal framework of the enforcement proceedings establishing the powers, rights and responsibilities of the parties and third parties”, while the legislation for executing the abovementioned regulation, shall be sufficiently detailed – to ensure the process is transparent, foreseeable and efficient.<sup>47</sup>

As far as the enforcement envisages: fair judiciary, execution of obligations established by the authorized person in the operative part of the decision, reliability of doing justice, it re-

within the National and International Context, Enforcement System, Tbilisi, 216.

46 Chanturia L., 2012. Security Interest Law, Tbilisi, 235.

47 See., European Commission On The Efficiency Of Justice (CEPEJ), Strasbourg, 9-10 December, 2009. Guidelines For A Better Implementation Of The Existing Council Of Europe's Recommendation On Enforcement. <<https://rm.coe.int/16807473cd>> [19.10.2020].

quires fundamental control and support from the state, because there is a society behind any decision and they, usually, expect that justice will be done. However, it is a fact that none of the disputing parties can benefit from such ordain of the penalty.

#### 4. GENERAL ANALYSIS OF THE JUDICIAL PRACTICE

The Organic Law of Georgia on Common Courts, in Article 7, Point 1, states: the judge shall assess facts and make decisions only according to the Constitution of Georgia, universally accepted principles and standards of international law, other laws and by his/her inner conviction.

The Civil Code of Georgia grants sufficient freedom to judges in process of interpreting laws. They should exercise this freedom and try to define each law or will of parties in terms of good faith and fairness, taking into account social and moral standards.<sup>48</sup>

Article 420 of the Civil Code of Georgia vests the judge with discretionary authority to „revise” the package of contractual obligations; in other words, to evaluate whether the amount of penalty determined by the parties is lawful and reasonable or unlawful and inappropriate.

Proceeding from the analysis of case law, several significant circumstances characteristic to the institution of penalty have been outlined within the work on the present article:

1. Pursuant to the contents of articles 417-418 of the Civil Code of Georgia, a penalty is the means, ensuring relevant interest of a party towards the fulfilment of contractual demand and the obligation of its payment is related to the breach of contractual obligations. The penalty is charged on the party from the moment, when the breached obligation had to be performed – until the performance of that obligation;

2. In process of determining the penalty amount, focus should be made on several circumstances, among them: a) the penalty, as the function of an instrument having the nature of a sanction, aimed at evading more actions of breach of obligations; b) the seriousness and extent of breach and the quality of threat caused to the obligee; c) the quality of the culpability of the breaching party; d) the function of the penalty to include compensation for damage;<sup>49</sup>
3. For each certain case, the following circumstances can be considered as the incompliance criteria of penalty: disproportionately high interest of the penalty provided for in the contract, significant excess of the amount of the penalty to the possible harm caused by non-performance of the obligation, duration of non-performance of obligations and etc.<sup>50</sup> However, here the criterion of incompliance deserves criticism,<sup>51</sup> as far as, „*The Civil Code of Georgia does not specify the circumstances on which one could base the assessment of disproportionately high penalty*“. Based on the structural description of the norm, the court may reduce disproportionately high penalty by considering the circumstances of the case”, [it is better to add or indicate to the circumstance which the penalty is disproportionate with – market-economic conditions, terms of the contract or other]. Therefore, that the further improvement of the norm is preferable to minimize its content interpretation during the proceedings and in the best case – rule it out;
4. It can be assumed that the court has the authority to interfere in the autono-

48 Vashakidze G. 2007, Good faith according to GCC – Abstraction or acting law, review of Georgian jurisprudence, Tbilisi, 58.

49 Judgment of Tbilisi Court of Appeal of 3 July 2013. (№28/2838-13).

50 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 28 December 2012. (№15-1560-1463-2012); Judgment of the Supreme Court of Georgia of 14 May 2014. (№15-1200-1145-2013).

51 Kobakhidze A., 2003. Civil Procedural Law. Tbilisi, 43.



mous freedom of parties to determine the amount of penalty, however, such exceptions are feasible in the event of „disproportionately high” penalty, i.e. when the amount of penalty is beyond reasonable frames.<sup>52</sup> As the Civil Code of Georgia does not specify that the court may reduce the amount only if the respondent (obligor) initiates such request, it means that the court is free in this aspect in making decision, regardless of the positions of the parties;<sup>53</sup>

5. The Court of Cassations believes with regards to one certain case that interests of providing-implementing free and fair civil turnover and economic freedom, as the constitutional principle, require proportionality of penalty rate and the actual amount, also reasonable compliance of the penalty imposed on the party with the amount of principal contractual debt. Although the agreed penalty may exceed possible harm, the principles of equality of contracting parties and the fairness of the terms of agreement shall not be breached;<sup>54</sup>
6. A court reviewing one case based itself on a very interesting argument and pointed to Article 420 of the Civil Code, pursuant to which the parties, when entering into agreement, may agree on the payment of certain amount of money – penalty in the event, when the obligor does not perform or improperly performs the undertaken obligations. The court stated that the legislator delegated the determination of the amount of penalty to the agreement of the parties, however, it did not mean that the obligee should gain disproportionately high benefit by charging the penalty.

Thus, the amount of penalty is not limitless. The court is entitled to reduce it by considering certain circumstances of the dispute;

7. Besides, the circumstance that the purpose of the penalty is not the enrichment of an obligee but the restoration of a breached right should be also considered. Accordingly, the penalty shall, in each certain case, be reasonable and proportional to the breached obligation. When considering the compliance of the amount of the penalty, the court takes into account the nature of the breach of obligation, the harm caused as a result, its correlation, financial state of the parties, economic interest of the claimant, other objective circumstances. On the case №ბს-459-438-2015, the Chamber of Cassation stated that the penalty is the means of securing the party's relevant interest to the performance of obligations and the obligation of its payment arises upon the breach of obligation. Thus, an obligee is always entitled to claim the penalty, no matter whether he has suffered harm or not. The existence of the fact of breach is sufficient for this.

## CONCLUSION

The need and scales of the institute of penalty is enormous in the modern civil code and it has extraordinary function in mutually obliging relations. On one hand, it is the simple means for effective enforcement of breached right and on the other – it is a warning signal calling upon the contracting party to comply with the obligations of the contract, otherwise, the burden of responsibility will become significantly heavier if compared with the initial one.

The penalty has passed quite a long path through the perception of people around the world, before achieving modern reality with the current interpretation, in other words, before the

52 Meskhishvili K., Liquidated Damages (Theoretical aspects and courtjurisprudence) <[http://www.library.court.ge/upload/pirgasamtekhlo\\_k\\_meskhishvili.pdf](http://www.library.court.ge/upload/pirgasamtekhlo_k_meskhishvili.pdf)> [18.10.2020].

53 Jorbenadze S., 2017. Freedom of Contract in Civil Law, Tbilisi, 284.

54 Judgment of the Supreme Court of Georgia of 21 April 2010. (№ბს-1469-1403(k-09)).

improvement of its structural construction and content. And, without its evolutionary entrails, its development parameter would have been the same. That is why, the comparison of Georgian-German model of penalty is interesting for scientist-comparativists and also, for practicing lawyers.

As BGB is familiar with rather interesting institute – Promising to Pay a Penalty for Non-performance (§ 340), it also includes procedural

norm (§ 345) regarding the distribution of the burden of proof, it would be preferable to share and implement this experience in the Georgian legislation. Sharing the abovementioned model of the German law will be particularly helpful for the Georgian legislation, in order to make the mutual expectations of the parties foreseeable and to make the penalty fulfil the function for which it exists in the legislation.

#### NOTES:

1. European Commission On The Efficiency Of Justice (CEPEJ), Strasbourg, 9-10 December, 2009. Guidelines For A Better Implementation Of The Existing Council Of Europe's Recommendation On Enforcement. <<https://rm.coe.int/16807473cd>> [19.10.2020]. (In English)
2. German Civil Code (BGB), As Of March 1, 2010, Translated by Z. Chechelashvili. (In Georgian)
3. Law of Georgia on Enforcement Proceedings, 1999 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/18442>> (In Georgian)
4. Law Of Georgia Tax Code, 2010 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1043717>> (In Georgian)
5. Organic Law of Georgia On Common Courts, 2009 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/90676>> (In Georgian)
6. Organic Law of Georgia, Labor Code of Georgia, 2010 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=17>> (In Georgian)
7. The Civil Code of Georgia, 1997 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>> [18.10.2020]. (In Georgian)
8. The Civil Code of Germany, 2006. trans. Bergmann V., 2-nd edition, M., 83. (In Russian)
9. Boyak A.J., 2014. Comparative Analysis of the Contractual Damages and Penalty on the Example of Georgia and US „Overview of Georgian business Law”, 3rd ed., 12. <[http://www.library.court.ge/upload/biznes\\_samarTlis\\_minoxilva\\_2014.pdf](http://www.library.court.ge/upload/biznes_samarTlis_minoxilva_2014.pdf)>[18.10.2020]. (In Georgian)
10. Chantladze M., Explanation of Expression of the Will, Reduction of the Penalty, Nominalism Principle, „Overview of Georgian Law”, №5/2002-1, 174. (In Georgian)
11. Chanturia L., 2012. Security Interest Law, Tbilisi, 235. 237-238. (In Georgian)
12. Chanturia L., 2016. Comments to the Civil Code, (GCCC), Article 59, Tbilisi. (In Georgian)
13. Chanturia/Knieper/Chanturia/Schramm., 2010. Private law in the Caucasus in Central Asia, assessment and development, BWV, 359. (In German)
14. Chechelashvili Z., 2010. Contract Law, 2-nd edition. Tbilisi, 193. (In Georgian)
15. Chechelashvili Z., 2016. Last revision of the Civil Code of Georgia, (GCCC Comments). (In Georgian)

16. Dzierishvili Z., Tsertsvadze G., Robakidze I., Svanadze G., Tsertsvadze L., Janashia L., Contract Law, Tbilisi, 2014, 593. (In Georgian)
17. Grishin D.A., Penalty: Theory, Practice, Legislation, Moscow, 2005, 100. (In Russian)
18. Ioseliani N., 2005. Penalty, Notariate of Georgia, Tbilisi, №2-3, 20. (In Georgian)
19. Ioseliani N., 2016. Disproportionally High Contract Penalties and Role of the Court in the Sphere of Protection of Civil Interests, Journal Of Law, Tbilisi, №1, 62-74. (In Georgian)
20. J. Frank McKenna., Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law Versus Common Law Comparison, Critical Path, Spring 2008, at 3-6. (In English)
21. Jorbenadze S., 2017. Freedom of Contract in Civil Law, Tbilisi, 284. (In Georgian)
22. Kereselidze D., 2009. The Most General Systemic Concepts of the Private Law, Tbilisi, 285. (In Georgian)
23. Kobakhidze A., 2003. Civil Procedural Law. Tbilisi, 43. (In Georgian)
24. Kvinikadze K., 2016. To reduce the penalty by the court as a „Judicial Intervention” in the principle of contractual freedom, Justice and Law, Tbilisi, №2(50), 85-94. (In Georgian)
25. Meskhishvili K., 2014. Liquidated Damages (Theoretical aspects and courtjurisprudence) Georgian CommercialLawReview Journal, 16. <[http://ewmi-prolog.org/images/files/7427Georgian\\_Commercial\\_Law\\_Review\\_III\\_Issue\\_ENG.pdf](http://ewmi-prolog.org/images/files/7427Georgian_Commercial_Law_Review_III_Issue_ENG.pdf)>[19.10.2020]. (In Georgian)
26. Meskhishvili K., Liquidated Damages (Theoretical aspects and courtjurisprudence) <[http://ewmiprolog.org/images/files/7427Georgian\\_Commercial\\_Law\\_Review\\_III\\_Issue\\_ENG.pdf](http://ewmiprolog.org/images/files/7427Georgian_Commercial_Law_Review_III_Issue_ENG.pdf)>[19.10.2020]. (In English)
27. Palandt/Gruneberg., 2014. Before § 339 Rn 3, according to Janoschek, Beck’scher online commentary, BGB status, edition 31. (In German)
28. Prutting/Wegen/Weinreich., 2006. BGB Commentary, Luchterhand, 557. (In German)
29. Sergeeva A.P., Tolstoy Yu.K., 2006. Civil Law, 6-th ed., M.,694. (In Russian)
30. Shamatava I., 2018. The Latest Legislative Regulations, Deficiencies and Recommendations of the Loan Agreement (comparable-legal analysis according to European-Georgian legislation), Available only in Caucasus University of Law. (In Georgian)
31. Shotadze T., 2011. Comparative Analysis Of The Mortgage And „Security Property”, Journal Of Law, Tbilisi, №1,139-140. (In Georgian)
32. Svanadze G., 2015. Negotiation and drafting of international business agreements on the example of international procurement law., Review of Georgian business law. IV edition, Tbilisi, 45. (In Georgian)
33. Svintradze K., Problem of protection of creditor rights in case of contractual obligation. <[http://old.gruni.edu.ge/uploads/content\\_file\\_1\\_1902.pdf](http://old.gruni.edu.ge/uploads/content_file_1_1902.pdf)> [18.10.2020]. (In Georgian)
34. Thomas A. T., 2004. Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy, <[https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1208&context=ua\\_law\\_publications](https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1208&context=ua_law_publications)> [18.10.2020]. (In English)
35. Tumanishvili G., 2012. Agreement Drafting Technique and Normative Regulations, Tbilisi, 31. (In Georgian)
36. Uitdehaag J., Kurtauli S., 2013. Review of the Georgian within the

- National and International Context, Enforcement System, Tbilisi, 216. (In Georgian)
37. Vashakidze G., 2010. The System of Aggravated Obligations of the Civil Code, Tbilisi, 232. (In Georgian)
  38. Willem H. Van Boom., 2004. Pure Economic Loss – A Comparative Perspective <[https://www.researchgate.net/publication/228140814\\_Pure\\_Economic\\_Loss\\_-\\_A\\_Comparative\\_Perspective](https://www.researchgate.net/publication/228140814_Pure_Economic_Loss_-_A_Comparative_Perspective)> [18.10.2020]. (In English)
  39. Zoidze B., 2001. Commentary to the Civil Code of Georgia, Book 3, Tbilisi, 488. (In Georgian)
  40. Decision №2/1971-13 of 9 January 2014 of Batumi City Court. (In Georgian)
  41. Judgment of Tbilisi Court of Appeal of 3 July 2013, (№2b/2838-13). (In Georgian)
  42. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 11 November 2015, (№დბ-570-541-2015). (In Georgian)
  43. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 12 September 2012, (№დბ-819-771-2012). (In Georgian)
  44. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 14 December 2010, (№დბ-144-139-2011). (In Georgian)
  45. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 14 May 2014, (№დბ-1200-1145-2013). (In Georgian)
  46. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 17 May 2012, (№დბ-373-354-2012). (In Georgian)
  47. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 21 April 2010. (№დბ-1469-1403(k-09) (In Georgian)
  48. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 21 March 2011, (№დბ-409-406(k-10). (In Georgian)
  49. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 21 November 2011, (№დბ-1214-1234-2011). (In Georgian)
  50. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 23 June 2011, (№დბ-1388-1224-10). (In Georgian)
  51. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 28 December 2012, (№დბ-1560-1463-2012). (In Georgian)
  52. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 4 January 2010. (№დბ-856-1142-09) (In Georgian)
  53. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 6 May 2015, (№დბ-1158-1104-2014). (In Georgian)
  54. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 7 November 2011, (№დბ-1298-1318-2011). (In Georgian)
  55. Judgment of the Supreme Court of Georgia of 7 October 2015, (№დბ-459-438-2015). (In Georgian).

# LEGAL ASPECTS AND IMPLICATIONS OF CLIMATE CHANGE

**Khushboo Garg**

*University Institute of Law, Regional Centre, Ludhiana*

**George G. Tumanishvili**

*PhD, Professor at Caucasus University, Caucasus  
School of Law;*

*Member of Scientific and Technical Committee &  
Editorial Review Board on Physical and Mathematical  
Sciences at World Academy of Science Engineering  
and Technology*

**KEYWORDS:** Climate, Legal, Implication

## INTRODUCTION TO CLIMATE CHANGES

Generally, Climate Change is referred to as a long-term significant impact on the weather of a particular region or on a global level due to prevailing winds, topographical reasons, ocean currents and much more. Climate change under IPCC<sup>1</sup> is referred to a change in the state of the climate that can be identified by changes in the mean and/or the variability of its properties and that persists for an extended period, typically decades or longer. Further, Climate change is also defined as „significant and persistent change in the mean state of the climate or its variability”, caused by changes in the environment, including „anthropogenic modification of the atmosphere.”<sup>2</sup>

1 The Intergovernmental Panel on Climate Change.

2 Climate Change and the Law [1] [2] Human Activities, in the United States and Elsewhere, Contribute No Longer Be Avoided. 3 On an International Level,

Is Climate Change a crisis in the current situation? It 'IS.' Climate has been adversely affected since the Second World War as the global economy tends to have grown by more than tenfold.<sup>3</sup> The situation has become more prominent in the past two decades when the Industrial Revolution took place. It was the Industrial Revolution of the 1950s when there was a seemingly visible shift towards use of machines, fossils, fuel gas, etc. by the general public. It has proved to make the lives of the common men easy but it is depleting the environment by breaking records for emitting carbon dioxide and other gases.<sup>4</sup>

Is this just an issue of the present hour? Will this only affect the current living generation? The answer to these questions is not affirmative. „Climate Change is one of the most important global environmental problems facing the world today”, this issue was raised at the United Nations Climate Change Conference (Copenhagen) in December 2009. Moreover, Greta Thunberg, a Swedish environment activist also stated that humanity is facing an existential crisis due to climate change and she quotes, „The empty promises are the same and the inaction is the same”.<sup>5</sup> Thereby proving that due to the rapid rate of environmental deterioration the life on earth may come to an end. Many countries and states have come up together to resolve this matter by limiting their Carbon Dioxide emissions and other terms; as listed in the Paris Agreement. Thus a question arises whether we will be able to protect our environment and that, are we able to restrict the said Climate Change?

## CAUSES OF CLIMATE CHANGE

The emission of gases, especially Carbon Dioxide is primarily due to the excessive burning of fossil fuels like coal and oil which in turn have increased the temperature of the earth's surface. It

for Example, the In – \*Professor and Bock Chair in Agricultural Law, Department of Agricultural, 2010[3].

3 European Environment Agency (EEA), 2019.

4 C.A.S. Hall et al. / Energy Policy 64 (2014) 141-152.

5 United Nation Climate Action Summit, 2019.

is also observed that the global mean surface is now about 1° Celsius warmer than pre-industrial times. These gases are released into the air and when sunlight passes through the earth's atmosphere and some amount of heat produced by the sunlight gets trapped; the planet gets warmer resulting in the „Greenhouse Effect”.<sup>6</sup>

It is not only human activities that are the cause of climate change. There are some natural causes and some other causes that might affect climate adversely in the future. Various organizations such as UNICEF, Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), UN Environment Programme (UNEP) and World Meteorological Organization (WMO), UNFCCC, and other international organizations have listed the causes of climate change.

## NATURAL CAUSES

Greenhouse Gas Effect is termed to be the main cause of Climate Change Greenhouse does not only have a local impact on the environment but it is a global cause „positive radiative forcing” meaning thereby, when Earth receives more energy from sunlight in comparison to the energy received in Space. This leads to rising in earth's temperature mainly due to the gasses so emitted by humans including carbon dioxide (CO<sub>2</sub>), methane (CH<sub>4</sub>), nitrous oxide (N<sub>2</sub>O). Even IPCC stated in 2007, „[w]arming of the climate system is unequivocal”.

As per World Meteorological Organization and Global Climate Indicators 2018 was observed to be the fourth warmest year on record for the past four years that is 2015-2018 stating that levels of carbon dioxide emissions are the key drivers for climate change. The Sea Level is drastically increasing every year. The gases such as carbon dioxide emitted get dissolved in the seawater, decreasing the oceans' pH level known Ocean Heat and Acidification leads to

6 Hu, Y., Hall, C., Wang, J., Feng, L., Poisson, A., 2013. Energy return on investment (EROI) on China's conventional fossil fuels: historical and future trends. Energy, 1–13.

ocean warming and deoxygenating which is observed to be ten times faster as compared to the last 300 million years.<sup>7</sup>

The Cryosphere consists of ice glaciers, snow, ice sheets, frozen groundsheets, rivers, lakes, etc. and due to climate change; there is a deleterious impact on the water cycle, surface gas exchange, and sea level. Likely, the annual period of surface melt on Arctic perennial sea ice lengthened by  $5.7 \pm 0.9$  days per decade over the period 1979–2012 and the annual Antarctic sea ice extent increased at a rate of between 1.2 and 1.8% per decade (0.13 to 0.20 million km<sup>2</sup> per decade) between 1979 and 2012. In addition to that, the strength of the sun, the change in earth's orbit, or the change in earth's axis of rotation and its orientation are some of the natural causes that are not in the human hands to be controlled. What humans can control is the Man-made causes of Climate Change.<sup>8</sup>

## MAN-MADE CAUSES FOR CLIMATE CHANGE

Man-made causes for the change in climate include the burning of fossil fuels; which has led to an upward trend in emissions of carbon dioxide, methane, and other greenhouse gasses, deforestation in tropical areas and other areas; leads to anthropogenic carbon dioxide emissions and disturbance in livestock, crop production, land uses and most importantly high use of Nitrogen Oxide Concentrations as fertilizers in-

creasing chemical content in food crops, industrialization; which is the main cause of air pollution, water pollution, and noise pollution further degrading the environment and aerosols; which are the particles that are suspended in the atmosphere due to high emissions of Chlorofluorocarbons (CFCs).<sup>9</sup>

## POSSIBLE CAUSES FOR CLIMATE CHANGE

Amazon Forest had a blazing rampage termed as „the lungs of the world“. which had a destructive impact on Climate. The causes of the Amazon Forest Fire, 2019 that were illegal deforestation, degradation, big industrial and infrastructural projects, government cutting budget for environmental policies, etc. indirectly became the cause for changes in climate.<sup>10</sup>

On the other hand, Australia Forest Fire, 2020 was the worst in smoke pollution further rated Canberra as the third worst city in terms of air quality. The Bushfire in Australia leads to a rise in smoke fumes, plume cool, and heavy downbursts resulting in a high quantum of deaths. Apart from this, calamities like drought, heatwaves, cyclones, and floods can also be termed as one of the causes indirectly affecting climate change.

## THE INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE

The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) is a scientific body which under the auspices of the United Nations was established in the year 1988 by the World Me-

7 IUCN (International Union for Conservation of Nature) (2020, December). <https://www.iucn.org>

8 Vaughan, D.G., J.C. Comiso, I. Allison, J. Carrasco, G. Kaser, R. Kwok, P. Mote, T. Murray, F. Paul, J. Ren, E. Rignot, O. Solomina, K. Steffen and T. Zhang, 2013: Observations: Cryosphere. In: Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA. [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WG1AR5\\_Chapter04\\_FINAL.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WG1AR5_Chapter04_FINAL.pdf). Page 319-320.

9 Muller R. (2013, June 3). Why We Need to Help the Chinese Frack. CNBC. Retrieved November 11, 2014, from <https://www.cnbc.com/id/100784859#>.

10 Longo, M., Saatchi, S., Keller, M., Bowman, K., Ferraz, A., Moorcroft, P. R., et al. (2020). Impacts of degradation on water, energy, and carbon cycling of the Amazon tropical forests. *Journal of Geophysical Research: Biogeosciences*, 125, e2020JG005677. <https://doi.org/10.1029/2020JG005677>.

teorological Organization (WMO) and the United Nations Environmental Programme (UNEP) which supports the United Nation Framework on Climate Change that is deemed to be the main international treaty on climate change. IPCC reports to UNFCCC which contains 'Summary for Policymakers' that is subject to approval by all the delegates from participating governments.

The structure of IPCC includes committees that will be working on various tasks which are as follows:

- **Working Group I** – deal with The Physical Science Basis which will assess the physical science related to climate change.<sup>11</sup>
- **Working Group II** – deals with Climate Change Impacts, Adaption, and Vulnerability which will assess the vulnerability related to socio-economic and natural systems of climate change and its impacts whether positive or negative if adapted.<sup>12</sup>
- **Working Group III** – deals with Mitigation of Change where mitigation and policies would be assessed and methods will be laid down for removing greenhouse emissions and the impact of such emission from the atmosphere.<sup>13</sup>
- **Task Force on National Greenhouse Gas Inventories** calculates and develops methods for reduction and removal of greenhouse gas emissions.<sup>14</sup>

## UNITED NATION FRAMEWORK ON CLIMATE CHANGE

The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), the purpose of which was to stabilize emissions of greenhouse gases, was adopted in 1992 and entered into force in 1994.<sup>15</sup> The Convention establishes several means through which developing and developed countries could cooperate to meet the Convention's objectives. These means include financing arrangements and technology transfers.<sup>16</sup>

The Convention includes various important articles related to Climate Change.<sup>17</sup> They are as follows;

- **Article 3(1)** – This article mentions that the Parties should act in a way to protect the climate and combat its adverse effects based on 'common but differentiated responsibilities.'
- **Article 4** – This provision states that all parties must make a general commitment to address climate change.
- **Article 4(1)** – This provision relates to taking into account certain responsibilities „to promote and cooperate in the development, application, diffusion, including transfer, of technologies, practices, and processes that control, reduce, or prevent anthropogenic emissions of greenhouse gases.”
- **Article 4(5)** – This provision relates to the practical steps to promote, facilitate and finance so that the developed countries and developed parties take necessary measures for the enhancement of endogenous capacities and technologies of developing country Parties.
- **Article 4(7)** – This provision ensures that commitments made under the convention are effectively implemented.

11 The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December).<https://www.ipcc.ch/working-group/wg1/>.

12 The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December).<https://www.ipcc.ch/working-group/wg2/>.

13 The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December).<https://www.ipcc.ch/working-group/wg3/>.

14 The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December).<https://www.ipcc.ch/working-group/tfi/>

15 United Nations Climate Change. (2020, December).<https://unfccc.int/>.

16 Technology Transfers Under the United Nations Framework Convention on Climate Change. 2006.

17 Leach & Shapiro, 1986.



## CLIMATE CHANGE AND CHILDREN-UNICEF

UNICEF states that children are the least responsible for all the harm done to the environment which has led to a high degree of climate change. Due to climatic factors like droughts, floods, change in the pattern of global rainfalls has led to failures in agricultural produce further leading to a rise in the prices of such commodities. This has affected the health of children adversely as the children are now not able to have a healthy living and are prone to diseases such as dengue, malaria, and pneumonia, etc.<sup>18</sup>

### IMPACTS OF CLIMATE CHANGE

**1. IMPACT OF CLIMATE CHANGES ON WORLD AT LARGE:** Climate Change has been adversely affected for a while now which is clear from the weather patterns to rising sea levels and much more.

- **Socio-Economic Changes** for Humans: The impact of Climate Change has led to substantial disruption in the areas of agriculture, water, and energy supplies, and most importantly food and human health. Due to climate change, there is a change in rainfall patterns which has led to a disturbance in the agricultural ecosystem. Such changes also affect hydrology which includes underground water level leading to saline and brackish water, increase in variability of precipitation,<sup>19</sup> degradation in water quality of lakes, rivers, marshes, etc.

According to the analysis of the average and lowest temperatures in January, for 12 years from 1987 to 1998, done for the study on winter barley cultivation regions following global warming by the National Academy of Agricultural Sci-

ence,<sup>20</sup> the safe zone for winter barley cultivation has shifted far north.<sup>21</sup>

- **Behavioral Changes:** The impact of climate change has forced not only individuals, corporate firms, government but also the economy at large as climate change is on the verge of destroying the environment. Probably life on earth comes to a pause by 2030. The behavioral change requires a study on macro as well as a micro level including extreme weather events, air and soil pollution, interpersonal and intergroup conflict, and possibly psychological distress increase with rising temperature.<sup>22</sup>

**2. IMPACT ON WILDLIFE:** Climate Change has affected wildlife from both polar and tropical areas. The habitats are relocating because of change in climate as the climate has become less suitable because of warmer temperature in polar areas, less or uneven precipitation in tropical areas, drying of water bodies, etc.<sup>23</sup>

Statistics state that species living on the land are moving an average of more than 10 miles per decade, while marine species are moving four times faster. Some individual species are moving far more quickly.<sup>24</sup> Similarly, in West Greenland, the mortality of young caribou is rising because the plants that mothers eat in calving season are no longer abundant enough.<sup>25</sup>

20 NAAS, 2000.

21 Attri & Rathore, 2010.

22 Evans, G. W. (2019, January 4). Projected Behavioral Impacts of Global Climate Change. Annual Review of Psychology. Annual Reviews Inc. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010418-103023>.

23 European Wildlife. (2020, December). <https://www.eurowildlife.org/climate-change/>.

24 Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals. Half of All Species Are on the Move—And We're Feeling It. (2020, December). <https://www.cms.int/en/news/half-all-species-are-move%E2%80%94and-were-feeling-it>.

25 I. H. Myers-Smith, B. C. Forbes, M. Wilmking, M. Hallinger, T. Lantz, D. Blok, K. D. Tape, M. Macias-Fauria, U. Sass-Klaassen, E. Lévesque, S. Boudreau, P. Ropars, L. Hermanutz, A. Trant, L. S. Collier, S. Weijers, J. Rozema, S. A. Rayback, N. M. Schmidt, G. Schaepman-Strub, S. Wipf, C. Rixen, C. B. Ménard, S. Venn, S. Goetz, L. Andreu-Hayles, S. Elmendorf, V. Ravolainen, J. Welker, P. Grogan, H. E. Epstein, D. S.

18 United Nations Children's Fund (UNICEF) (2007, December). [https://www.unicef.org/publications/files/Climate\\_Change\\_and\\_Children.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/Climate_Change_and_Children.pdf)

19 International Groundwater Resources Assessment Centre. (2020, December)

**3. IMPACT ON PLANTS:** Climate Change has adversely affected plants, their soil compositions, harming the pH level of soil, plants nutrient availability, etc.<sup>26</sup> The quality of litter decreases with drought in all biomes, even if total litter fall remains constant, partly because of elevated nutrient resorption prior to leaf senescence.<sup>27</sup> These changes not only slow down mineralization rates, nutrient release, and nutrient cycles that may increase or decrease plant diversity through species turnover, depending on environmental conditions but also affect CO<sub>2</sub> release to the atmosphere and therefore feedback to climate.<sup>28</sup>

**4. IMPACT ON INDIVIDUALS:** Climate Change has a very drastic and negative impact on individuals. For further clarification, it is divided into four heads:

- **Health:** With the increase of carbon pollution in the environment, human health has been degrading continuously. The subsequent increase in ozone layer depletion which decreases the air quality and is linked with heat waves has a huge impact on health creating increasing problems of asthma (children and adults), myocardial infarction, mental ailments, etc.<sup>29</sup> The World

Health Organization estimates around 7 million people worldwide die due to air pollution and around 2% of people face mental stress and anxiety ailments. Further, McMichael et al. (2004) calculated those approximately 166,000 deaths per year and 5.5 million disability-adjusted life years (a measure of healthy life years lost) resulted from climate change in the year 2000.<sup>30</sup>

- **Population:** The growing population has been a driving force for the adverse effects on Climate change. It is observed and estimated that there is a drastic increase in carbon emissions from the 1990s to the 2020s. The per capita income is increasing simultaneously with a population that declines availability of natural as well as manmade resources: agricultural produce, availability of fossil fuels, etc. It was noted that only 2-3% of people worldwide use contraception resulting in an increased population which is due to lack of education and family planning, further creating an ecological imbalance.
- **Home:** Due to the melting of glaciers, increasing heat waves, global warming, and an increase in sea level have forced individuals to relocate. Miami, U.S.A. has been adversely affected by the sea-level leading to „climate gentrification”, creating large disparities between its native communities.
- **Food:** Climate change has a direct impact on food and crop production because of changes in rainfall patterns which lead to floods, droughts, etc., and warmer/cooler temperatures which lead to an adverse impact on growth patterns of the crops and a decrease in the nutritional value of the crops. For instance, it was summarized in an experimental findings<sup>31</sup> wheat

---

Hik, Shrub expansion in tundra ecosystems: Dynamics, impacts and research priorities. *Environ. Res. Lett.* 6, 045509 (2011).

- 26 F. I. Pugnaire, J. A. Morillo, J. Peñuelas, P. B. Reich, R. D. Bardgett, A. Gaxiola, D. A. Wardle, W. H. Van Der Putten, Climate change effects on plant-soil feedback and consequences for biodiversity and functioning of terrestrial ecosystems. *Sci. Adv.* 5, eaaz 1834 (2019) Downloaded.
- 27 Suseela, V., Tharayil, N., Xing, B., & Dukes, J. S. (2015). Warming and drought differentially influence the production and resorption of elemental and metabolic nitrogen pools in *Quercus rubra*. *Global Change Biology*, 21(11), 4177–4195. <https://doi.org/10.1111/gcb.13033>.
- 28 Peguero, G., Sol, D., Arnedo, M., Petersen, H., Salmon, S., Ponge, J. F., ... Peñuelas, J. (2019). Fast attrition of springtail communities by experimental drought and richness–decomposition relationships across Europe. *Global Change Biology*, 25(8), 2727–2738. <https://doi.org/10.1111/gcb.14685>
- 29 Pradyumna, A., & Guinto, R. (2016, January 30). Climate change and health. *The Lancet*. Lancet Publishing Group. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)00171-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(16)00171-9)

- 30 Wing, S., Horton, R. A., Marshall, S. W., Thu, K., Tajik, M., Schinasi, L., & Schiffman, S. S. (2008). Air pollution and odor in communities near industrial swine operations. *Environmental Health Perspectives*, 116(10), 1362–1368. <https://doi.org/10.1289/ehp.11250>

- 31 Gregory et al. (1999)

and rice that indicated decreased crop duration (and hence yield) of wheat as a consequence of warming and reductions in yields of rise of about 5% i.e. 0°C-1°C rise above 32.<sup>32</sup> (make corrections)

### 5. IMPACT ON COMPANIES AND TECHNOLOGY

Impact of Climate Change on corporations and technology leads to risks for interested parties such as investors, lenders, equity holders, insurance underwriters, etc. The adverse impact encompasses two kinds of risks.<sup>33</sup>

- **Transition risks** mainly include risks related to climate change mitigation in the case of reduction in greenhouse emissions. These risks also include risks related to the formation of legal policies and technological risks where technology is not efficiently reducing greenhouse gas emissions; market risks where due to climate change there is either shortage of supply or demand of certain commodities; and reputational risks where the corporations which harm the climate tend to lose their market share.
- **Physical Risk** whose frequency depends on the events of climate change. These include acute risks which are contingent and take place due to events such as floods, cyclones. Droughts etc. and chronic risks relate to the increase or decrease in sea level, temperature, etc.

The caveats are more aware of the current climate change situation. The demand and supply of commodities shift if any harm to the environment is found. The corporations now have a corporate social responsibility to abide by to protect the environment from further depletion.<sup>34</sup>

32 Gregory, P. J., Ingram, J. S. I., & Brklacich, M. (2005). Climate change and food security. In *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences* (Vol. 360, pp. 2139–2148). Royal Society. <https://doi.org/10.1098/rstb.2005.1745>.

33 Mori, N., & Chiba, Y. (2017). Impact of climate change—transforming business behavior in favor of sustainable development. *Institute for Global Environmental Strategies*, (June), 0–10. Retrieved from <https://www.jstor.org/stable/resrep02904>.

34 Nathan, A. J., & Scobell, A. (2012, September). How

## REAL AND ADVERTISED NEEDS

Climate Change will soon deteriorate the environment to a level where we will have to live with minimal resources. There lies a difference between the real and advertised needs. As per the advertised needs, it is stated that there lies room for improvement. Is it true? The answer to this is there is a time for improvement provided we make the right decisions pretty 'soon.' The real needs include awareness, education, follow-up of policies laid by the government to preserve and protect the climate from changing drastically. There exist three main factors which help us to study the needs viz. the goals of interest groups, what is the nature of properties – physical or technical; concerning the problems faced, and what regulation nodes that are compatible enough with the regulatory tools available.<sup>35</sup>

## MEASURES RELATED TO ENVIRONMENTAL UPGRADATION

The change needs to be made soon and action must be taken sooner. The various measures which may help in environmental degradation are very simple; any individual contributing a minimal effort can make a big change. Every native of the society can contribute by planting at least one tree, adopting or feeding any one animal regularly, do not slaughter animals and shed trees for commercial purposes, follow the concept of recycle-reuse-reduce, choose public transportations or cycles as a mode of transportation, shift from the use of non-biodegradable resources to biodegradable resources and most importantly by not polluting the environment. Taking these environmental upgrades with respect to corporate and governmental organizations, it must be ensured that industries treat their waste before disposing of, utilizing natural resources judiciously, abide by all rules and regulations laid down under the law, etc.

China sees America. *Foreign Affairs*. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>.

35 DeShazo, J. J., & Freeman, J. (2007). Timing and form of federal regulation.

## LEGAL CHECK ON CLIMATE CHANGE

With the ongoing destruction and harm to the climate, formulating a legal check would play a crucial role in the governance of such damage. Legal Provisions would ensure that an act harming the environment/climate change is strictly prohibited and rules and regulations for the same are formulated. It is not one nation's duty to protect or work towards the protection of climate change, but the whole world needs to join hands together and formulate and profess laws.

Generally, every nation governs Climate Change through:

- Environmental Laws
- International Environmental Laws
- Administrative Laws
- International Trade Laws.

In the research ahead, the above-mentioned laws are discussed in general and then the implementation and practice of such laws by certain countries are discussed to get a clearer picture of the status of the world concerning climate change.

## ENVIRONMENTAL LAWS

Every country possesses certain domestic environmental laws and certain international laws also govern climate change in providing justice to Mother Nature. The depletion rate of climate is so intense that it makes us wonder, what will be the scenario in say 2030? How are we supposed to sustain the environment and climate if we do not start protecting it now, as it is now or never?'

According to Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and the Sabin Center on Climate Change Law, there exist more than 1200 policies and relevant laws mapped by more than 164 countries, which leads to the emission of global gases by 95%.<sup>36</sup> For

36 Carbon Brief Cler on Climate. (2020.December). <https://www.carbonbrief.org/mapped-climate-change-laws-around-world>

many years we have been allocating resources, addressing probable harms, laying guidelines, etc. but why are we still not able to protect the climate? Is it the political discourse or people nowadays have been so selfish that they even forget that wasting/degrading resources 'now' will make their old age 'suffer?'

Environmental Laws are the necessity of 'now' and preservation is a must. Certain countries have strongly believed in preservation and are working towards the preservation of a 'better future' whereas certain countries are still not serious enough for 'conservation and preservation.'

## COUNTRY SPECIFIC LAWS:

**1. CHINA** – China is the most populated country in the world as per the US Census Bureau Current Population (1st July 2020),<sup>37</sup> the damage and damage control is presumed to be high from the country.

- **Law on the Prevention and Control of Atmospheric Pollution, 2016**

China, since the 1970s, has been working towards adopting modern management techniques to prevent environmental degradation. The country in 1972 participated in the Stockholm Conference based on Human Environment which focused on eliminating the pollution from its roots.<sup>38</sup>

Article 1 of statute<sup>39</sup> deals with needs, methods, and provisions to prevent atmospheric pollution to protect, safeguard health, and improve sustainable development for the betterment of society. The statute imposes restrictions on pollution through burning coal and fossils, motor vehicles, industrial pollution, etc. the main components of which are sulfur dioxide, nitrogen, greenhouse gases, ammonia, etc. (Article 2).

China, to promote a clean environment, bet-

37 United States Census Bureau. U.S. and World Population Clock. (2020. December).<https://www.census.gov/popclock/>.

38 (He et al., 2012:29).

39 Law on the Prevention and Control of Atmospheric Pollution, 2016 (CHIN-PR) (cn).

ter air quality index<sup>40</sup>, imposed a ban on coal for personal household uses in 2015 mentioned in Chapter IV, Section 1. The statutes also lay provisions to restrict the use of components such as sulfur, olefin, benzene that are the major pollutants as per Article 13. The state, as mentioned in Article 50, is also working towards adopting measures to impose taxation and fiscal policy to ensure that motor-vehicles, vessels, roads, and non-road types of machinery, which generally have a high oil consumption are reduced to the possible extent.

The Statute enforced in December 2016 is all set to show a fair picture and be transparent about the statistics of environmental degradation to its public at large by implementing statutes and keeping a close check on all the agencies to provide its native the best they can do in terms of good air quality, sustainable development, innovative techniques to control pollution, etc.

- **Renewable Energy Act, 2009**

Statute<sup>41</sup> deals with the judicious use of renewable energy, where the government owns a duty for the development and use of renewable sources of energy. The act ensures that a close check (monitor) of the energy would be maintained and research and development would be initiated to decrease the use of non-renewable resources and therefore protect the environment. China aims to achieve a 15% energy source to be renewable energy by the year 2020.

- **Energy Conservation Laws, 2007**

The National People of Congress ensures to monitor and strengthen the energy utilization and conservation techniques used by China. The techniques would not only promote efficient use but also adopt various new techniques in the conservation of energy.<sup>42</sup>

- **Forest Law of People's Republic of China, 1998**

40 Attri, S. D., & Rathore, L. S. (2010). The Impact of Climate Change on the Agricultural Sector: Implications of the Agro - Industry for Low Carbon, Green Growth Strategy and Roadmap for the East Asian Region Table of Contents. *International Journal of Climatology*, 23, 693–705.

41 Renewable Energy Act, 2009 (CHIN-PR) (cn).

42 Energy Conservation Laws, 2007 (CHIN-PR) (cn).

Chapter IV of statute<sup>43</sup> ensures that any damage which is caused to the environment due to afforestation or exploitation of resources must be protected by the cultivation of more trees, protection of forests, climate regulation is ensured, water storage is improved, afforestation is promoted, etc.

## 2. INDIA

India is provided the status of the second most populated country in the world as per the U.S. Census Bureau Current Population (1st July 2020),<sup>44</sup> where the country faces issues related to air pollution, water pollution, noise pollution, etc.

- **Compensatory Afforestation Fund (CAF) Act, 2016**

The act<sup>45</sup> so formulated provides that in a situation where the forest land is converted into non-forest land for any purpose, be it mining, setting up of industry, etc. the purchasing agency is thus obligated to pay for planting trees/forest equivalent to the forest land so purchased by the user agency. The government transferred an amount of ₹47,436 crores to 27 states for the CAF Fund.<sup>46</sup> Moreover, the government has taken initiative to create more job opportunities amongst indigenous tribes which helps in the protection of forests and ecosystems.

- **Energy Conservation Act, 2001**

Act<sup>47</sup> lays down guidelines and norms which specify the standard use prescribed for consuming energy and are provided with the energy-saving certificates accordingly. Down the line, India has been actively building plans and setting targets for energy efficiency. The 2008 National Climate Action Plan lays down the judicious use of energy, further, ensuring that big energy-consuming industries get an energy audit

43 Forest Law of People's Republic of China, 1998 (CHIN-PR) (cn).

44 United States Census Bureau. U.S. and World Population Clock. (2020. December). <https://www.census.gov/popclock/>.

45 Compensatory Afforestation Fund (CAF) Act, 2016 (IN) (in).

46 (Press Information Bureau, n.d.).

47 Energy Conservation Act, 2001 (IN) (in).

as prescribed by the law to ensure that there is no wastage of resources. The last amendment in the act took place in the year 2010. The Government also aims in achieving the average fleet fuel efficiency by 3% in 2021-2022 (as per Government Gazette Notification, 30 January 2014).

- **Disaster Management Act, 2005**

The act<sup>48</sup> deals with reliefs and management post any man-made or natural disaster in the country, with the main aim of preparedness and mitigation. The act classifies areas into pro-active zones or less active zones prone to disasters so that the State, as well as the Central Government, could take corrective measures and measure the possible extent of damage that can occur.

The Disaster Management Act includes within its ambit 'epidemics' as well. In the year 2006 when around 3500 people were adversely affected by the dengue disease, the act ensured a check on such ordeal. Similarly, the outbreak of the Corona Virus in 2020, the act as well as the country is still trying to overcome this phase.

- **Electricity Act, 2003**

The Indian Electricity Act, 1910, the Electricity (Supply) Act, 1948, and the Electricity Regulatory Commission Act, 1998 were subsumed in Electricity Act 2003 with the motive to harmonize and rationalize the provisions to consolidate and coordinate the energy distribution, transmission, generation, trade and use of electricity by the consumers.

Act<sup>49</sup> has also come up with the National Electricity Policy with the main objectives such as providing easily accessible electricity, easy availability of power, the supply of standard and reliable power at reasonable rates, and protecting the interest of the consumers.

### 3. CZECH REPUBLIC

The Czech Republic has been working towards protecting the environment and has come up with many statutes, laws, and provisions which would help them to keep a check on harm caused to the environment if any.

48 Disaster Management Act, 2005(IN) (in).

49 Electricity Act,2003 (IN) (in).

- **National Energy and Climate Plan of the Czech Republic,2019**

The European Union adopted in 2019 has come up with mandatory guidelines to control greenhouse gas emissions by formulating a ten-year integrated plan that is the National Energy and Climate Plan. Not only controlling and maintaining a check on greenhouse gasses the plan also ensures that the use of a renewable source of energy is promoted and applied.<sup>50</sup>

- **Adaptation strategy to climate change in the Czech Republic, 2015**

The impact of climate change and its legislative and economic consequences are strategized to prevent environmental and public health. Strategy<sup>51</sup> also lays focus on how to prevent forests, water level, and its regime, to take corrective measures to control population, emphasize on biodiversity and ecosystem, and promote tour and tourism. In a nutshell, the strategy emphasizes the measure to control the population to protect the climate of the country.

- **Clean Air Act, 2012**

Act<sup>52</sup> provides for the minimum inclusion of biofuels contents used for transportation to achieve the target of transfer of biofuel in the volume requirement by 0.2%. The act ensures the composition of biofuels to be included at 4.1% in the case of gasoline and 6% in the case of diesel.

- **The Energy Act, 2000**

The act<sup>53</sup> provides for provisions regulating the use of energy across the country so that the natives enjoy easy access to energy and withstand consumer needs and interests thereon. The act promotes the use of renewable sources of energy and encourages the use of electricity producers a preferential connection for renewable electricity.

### 4. UNITED STATES OF AMERICA

The global climate has been adversely affected due to the country for over years. The sensi-

50 National Energy and Climate Plan of the Czech Republic,2019 (CZE) (cz).

51 Adaptation strategy to climate change in the Czech Republic, 2015 (CZE) (cz).

52 Clean Air Act, 2012(CZE) (cz).

53 The Energy Act,2000 (CZE) (cz).

tivity of the environment is catered to and protected by enforcing certain laws and regulations across the countries which are as follows:

- **Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, 1988**

Act<sup>54</sup> was amended in the year 2016 to formulate legislation to respond to disasters if any. The act ensures that the government is prepared to assist in situations of disasters. Further, a deep analysis is done in the statute in regards to procedures that assist in a disaster, and the emergency assistance for the same is ensured by the government to its natives.

- **Duncan Hunter National Defense Authorization Act, Fiscal Year 2009**

Act<sup>55</sup> provides for the amount to be invested in achieving energy efficiency, renewable sources of energy, or any other source of energy that can be utilized in armed forces. The main aim of the act is to reduce the consumption of fuels in the battles, rather than come up with alternatives that would utilize less of a non-renewable source of energy and more renewable source of energy.

- **Clean Water Act, 1972**

Act<sup>56</sup> aims at protecting the water and water bodies of the country. The act ensures that the quality of water is restored and water pollution is controlled. The act provides for comprehensive analysis and research to find out the main causes of water pollution and how can they work on its prevention by considering the exploitation rate of non-renewable sources such as fossils, forests, etc.

## INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAWS

International Environmental Law is a subset of Public International Law with the main motive to protect the environment from pollution and develop frameworks to protect the natural re-

sources and promote sustainable development with a motive to reduce ozone layer depletion, emission of greenhouse gasses, protecting wild-life and the environment, control climate change, etc. Chapter 1 of the law majorly focuses on how to take precautionary and preventive measures to reduce the risk of degradation of the environment worldwide.<sup>57</sup>

The International Environment Laws include two major declarations that were formulated to leave a positive impact on the environment and the natives to protect the former. The two major declarations, The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (the 1972 Stockholm Declaration) with the main aim to preserve and enhance the human environment and The Rio Declaration on Environment and Development discussed at the United Nations Conference on Environment and Development which primarily focused on sustainable development.

Elaborating further, many International Treaties were signed to conserve and protect the environment. The list is as follows:

1. **Geneva Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution (1979):** The convention majorly focuses on dealing with issues relating to air pollution and how corrective measures can be taken to prevent the environment and climate from degrading.
2. **Convention for the Protection of the Ozone Layer – Vienna Convention (1985):** The convention aims at reducing the use as well as the production of chlorofluorocarbons which lead to depletion of the ozone layer, further causing diseases such as skin cancer, etc.
3. **International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (2001):** This convention ensures that pollution caused by the oil carrying fuel ships would be liable to pay adequate and effective compensation to the affected party/person.<sup>58</sup>

54 Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, 1988 (us).

55 Duncan Hunter National Defense Authorisation Act, Fiscal Year 2009 (us).

56 Clean Water Act, 1972 (us).

57 Patricia Birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell (eds), *International Law and the Environment* (3rd edn, Oxford University Press, 2009) 39.

58 Ling Zhu, January 2007, *International Convention on*

4. **Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (2001):** The convention aims at protecting the health of humans and the environment from organic pollutants. The organic pollutants such as Persistent Organic Pollutants leads to diseases such as cancer, damaging of peripheral nervous systems, reproductive system, etc.
5. **Convention for the Prevention of Marine Pollution from Land-Based Sources (1974) & „OSPAR” Convention (1992):** The convention primarily focuses on the environment/ ecosystem related to marine. This convention focuses on saving the water bodies as well as the wildlife existing in those water bodies to prevent overfishing, reduction of bycatch of porpoise, reducing the disposal of oil, mercury, organochlorines in the marine environment, etc.
6. **Basel Convention Amendment (1995):** The convention is based on reducing the disposal and emissions of 'hazardous waste' which harms the health of the public at large and on the environment. Article 8 and Article 9 of the convention states that every country must treat the waste before to ensure that the disposal is safe.
7. **United Nations Environment Programme:** The convention focuses on the promotion and protection of a healthy environment, with numerous project namely:
  - Clean the World is a community-based initiative to recycle, reuse, reduce the existing resources with a major goal to clean and conserve the environment;
  - Earth Hour revolves around reducing the use of energy and carbon components;
  - The Billion Tree Campaign initiative was inspired by the founder of the Green Belt Movement and the Nobel Peace Prize Winner Laureate Wangari Maathai with a motive to plant a billion trees by the year 2007 to support biodiversity.
8. **United Nations Framework Convention on Climate Change:** The main aim of this convention is to achieve a stable position where the environment is free from hazardous emission of greenhouse gases and to minimize human interference in the climate system that has led to adverse impacts on climate.
9. **The United Nations Commission on Sustainable Development (CSD):** This Commission was developed in 1992 to assist and follow up the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), with the main responsibility to ensure proper implementation of Agenda 21 and Rio Declaration on Environment and Development. Agenda 21 aimed at preventing the environment from damaging, preventing natives worldwide from poverty and harmful diseases, and mainly to achieve global sustainable development. On the other hand, the Rio Declaration aims at enhancing the active participation of the natives to successfully achieve sustainable development by conserving non-renewable or natural resources from getting extinct.

## ADMINISTRATIVE LAWS

The law with the main aim to govern the administrative actions of a particular province or country is defined as administrative laws that include actions relating to the formulation of laws to supervising and administrating the public authorities as well as the public at large for the proper implementation of such laws.

Administrative laws and Climate Change are correlative in the sense that it is due to the lack of proper administration of the laws that are implemented in the province/country that the environment is continuously ignored. The emissions of greenhouse gasses, the increase in pollution, and the excessive use of renewable sources are due to the inefficiency on the part of the government. We noticed earlier by analyzing laws

---

Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001  
– Liability and Insurance Aspects.



related to the environment of certain countries that there exist laws to protect and preserve the environment, but on the other hand, the administration has been a weak link where not only the private institutions/corporations but also the public authorities and the people at large have been wasting blindly. If the government were strict in taking action, to place the environment above personal needs, the environment would never face such drastic harm.

In a Columbia Review, Edition of 1975,<sup>59</sup> it was mentioned that there is a need to create an inter-relationship amongst procedural and substantive administrative laws so that the perception of individuals and people at large shifts from a holistic/traditional approach to a more practical and conventional one. The term procedural law means that whether a particular case or situation goes from the procedure prescribed under the laws of the specific country starting from trials to punishments whereas the substantive law means that the facts of the case play a major role in defining the punishment for the crime so committed.

In the case of *Massachusetts v. EPA*,<sup>60</sup> it was held that global warming, even though there does not exist certain pollutants in the provisions, does not provide to be termed as air pollutants. The procedural rights must ensure that the emission of pollutants responsible for global warming is anticipated as it can cause harm to the health of the public and their welfare. Further, in the case of *Util. Air Regulatory Group. v. Env'tl. Prot. Agency*<sup>61</sup> it was held that the Clean Air Act must be reasonably interpreted and the greenhouse gas emission if permitted, must be based on requirements provided there exist best technologies to control pollution so caused by the pollutants. The cases above show a correlation of interpretation and procedural law as the basis of the decision.

59 Gellhorn, E., & Robinson, G. (1975). Perspectives on Administrative Law. *Columbia Law Review*, 75(4), 771-799. doi:10.2307/1121686.

60 *Massachusetts v. EPA* (2007) 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438.

61 *Util. Air Regulatory Group. v. Env'tl. Prot. Agency*, (2014) 573 U.S. 30.

## INTERNATIONAL TRADE LAWS

The need of the hour is to bring both environmental and trade agreements to go hand in hand. Meaning thereby, the trade agreements must confirm that minimal loss to the environment and promote sustainable development and promote trade on a global level. It is generally found that the imported goods have an upper hand on domestic goods. The removal of trade barriers would not only reduce the rates of tariffs but will also promote goods that favor/benefit the environment. Such goods will help in protecting not only the environment but also climate change in a recent study by the World Bank in relation to Climate change stated that removing such barriers will result in a 14% increase in trade. This will reduce the cost of the price of the goods and services and increase the supply for the same in the market.

Article 3.5 of the UNFCCC and Article 2.3 of the Kyoto Protocol state that no unjustified or arbitrary restriction must be imposed on the international trade agreements, but such agreements implemented must have a positive impact on society as well as the environment.

The Committee on Technical Barriers to Trade (TBT Committee) aims at providing for technical discussions on the measures adopted by the government related to Climate Change. The agreement acts as a bridge to remove the gap between trade and its harmonization that the committee authorized, keeps a check on international trade agreements so that unnecessary provisions do not act as an obstacle for the trade overseas, provided that the required provisions for the reduction in greenhouse gases, etc. are abided. Moreover, the Committee on Trade and Environment (CTE) also ensures that a just balance is created between environmental regulations and international trade. However, there exist certain provisions under the international trade laws which tend to overlook the adverse impacts they can have on the environment and climate change.

The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement) with the

main purpose to regulate subsidies and to look into matters where an injury is caused by subsidized imports if any. Article 8 of the agreement earlier included 'non-actionable' subsidies which were granted for certain legitimate purposes including environmental health, but the provision expired in the year 1999, with no signs of renewal even in 2020. Further, the degree of uncertainty tends to increase where the states may or may not allow for unilateral trade-related climate change measures in the trade agreement.

### CLIMATE AGREEMENTS BETWEEN COUNTRIES: JOURNEY FROM KYOTO PROTOCOL TO PARIS AGREEMENT

The journey of evolution to protect the climate began in 1992 at the Rio de Janeiro Earth Summit which was launched by the United Nations Framework on Climate Change. The efforts to protect the climate from changing have evolved ever since then. The timeline is discussed as follows:

1. **UNFCCC**<sup>62</sup>: The agreement focused on setting-up long-term objectives to avoid any kind of human intervention which directly or indirectly proves to be harmful to the climate system. Moreover, the signatories to this agreement aimed at reducing the emission of greenhouse gasses, to contribute addressing the responsibilities to protect the climate, formulating the capacity to create an obligation towards climate protection. The agreement suggests the developed countries help the developing nations in protecting the climate and help them to achieve so.
2. **KYOTO PROTOCOL**<sup>63</sup>: It was introduced

to operate the United Nations Framework on Climate Change and aimed to reduce the target of greenhouse gas emissions both individually and country-wise. The protocol ensured that countries abide by policies and regulations to protect the climate from changing drastically. At the Conference of Parties (COP) First Session, 1995<sup>64</sup> binding targets were formulated that restricted the emission of greenhouse gases. Later, in 1997, the US came up with different mechanisms to allow emissions, and the provisions were not ratified.

3. **COPENHAGEN AND CANCUN AGREEMENTS**: In 2007, the Bali Action Plan was formulated to ensure the sustained implementation of the agreements provided by UNFCCC. The agreement was adopted by more than 100 countries in the Conference of Parties Fifteenth Session, 2009. It aimed to achieve the goal to reduce and limit the temperature by 2° Celsius at a global level and also to mobilize a Green Climate Fund by 2020. Further, in the Conference of Parties Sixteenth Session,<sup>65</sup> the Cancun Agreement<sup>66</sup> was formulated to govern the implementation of the Copenhagen Agreements.
4. **PARIS AGREEMENT**<sup>67</sup>: In the Conference of Parties Twenty-first Session, 2015<sup>68</sup> that took place in Paris represented a hybrid approach of the Kyoto Protocol as well as the Copenhagen and Cancun Agreements. The said Paris Agreement is majorly focused on resolving issues related to climate change and how it can be prevented. The agreement aims at assist-

62 United Nations Climate Change. (n.d.) <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>.

63 Kyoto Protocol. (2020.December.). <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-kyoto-protocol/what-is-the-kyoto-protocol/kyoto-protocol-targets-for-the-first-commitment-period>.

64 Conference of Parties (COP) First session, 1995. <https://unfccc.int/cop5/resource/cop1.html>.

65 Conference of Parties Sixteenth Session. <http://c2es.org/content/cop-16-cancun/>.

66 Cancun Agreement. <https://unfccc.int/process/conferences/the-big-picture/milestones/the-cancun-agreements>.

67 Paris Agreement. (2020.December.). [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf).

68 Conference of Parties Twenty-first Session, 2015. <http://www.c2es.org/content/cop-21-paris/>.

ing the developing nations to take corrective measures regarding the same.

In the administration run by Donald Trump, he withdrew from the Paris Agreement. However, after the fresh elections of 2020 in the US, Joe Biden has given his affirmations to re-enter into the Paris Agreement soon.

## COMPARISON OF CLIMATE CHANGE POLICIES ACROSS THE GLOBE

Certain countries have taken commendable actions in respect of protecting the climate. These countries are not only formulating new policies or provisions but working towards implementing the same with a reduced error rate so that positive results are derived. The need for awareness is successfully created, and the results are yet to be seen. The more countries invest in conserving Climate Change, the more will the country grow be it in terms of economic or in terms of sociological growth. A few policies which gave these countries an upper hand over the others are as follows:

1. **Spain's Integrated National Energy and Climate Plan for 2021-2030<sup>69</sup>**: In 2020, the European Union on the aid and advice of its members formulated the National Energy and Climate Plan intending to control emissions of greenhouse gasses. The key highlights of the plan work towards reducing emissions of hazardous greenhouse gases emitted from transports, factories, etc. to become a carbon-neutral country by the end of 2050. Moreover, the plan focuses on the promotion and use of renewable sources of energy instead of non-renewable sources of energy to ensure efficiency in energy consumption, to promote innovation and sustainable development.

69 Integrated National Energy and Climate Change Plan2021-2030.(2020.December).[https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/es\\_final\\_necp\\_main\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/es_final_necp_main_en.pdf).

2. **Ireland's National Energy and Climate Plan, 2020<sup>70</sup>**: The National Energy and Climate Plan ensures that the country works toward achieving a reduction in carbon emissions by eliminating the use of plastics, promoting the use of domestic products with a long shelf life, reuse or recycle of goods, etc. The plan also lays focus on the use of the renewable source of energy that includes wind energy, solar energy, and bio-energy.
3. **Energy Policy of Poland until 2030 and 2040 (PEP 2030 and PEP 2040)<sup>71</sup>**: The policy aims at reducing the emission of greenhouse gasses by promoting renewable sources of energy by 20 percent in 2030, grid modernization, energy security, availability of resources, etc. The policy aims at promoting biofuels as the source of energy that can be used in industries and the transportation market by 10%.
4. **Sustainability Bond Framework, Luxembourg 2020<sup>72</sup>**: The first European country to launch such a type of Sustainable Bond Framework is Luxembourg. It aims at providing sustainable assets to the investors looking forward to diversifying their opportunity and the market share, where the bonds are classified into green bonds, social bonds, and sustainability bonds that would not only reduce carbon emission but would work towards achieving public health, green buildings, economic and social development, etc.
5. **Climate Change Agreements, 2001**

70 Department of the Environment, Climate and Communications. (2020. December) [https://www.gov.ie/en/organisation/department-of-the-environment-climate-and-communications/?referrer=http://www.dccae.gov.ie/en-ie/energy/publications/Pages/National-Energy--Climate-Plan-\(NECP\)-2021-2030.aspx](https://www.gov.ie/en/organisation/department-of-the-environment-climate-and-communications/?referrer=http://www.dccae.gov.ie/en-ie/energy/publications/Pages/National-Energy--Climate-Plan-(NECP)-2021-2030.aspx).

71 Energy Policy of Poland until 2040 (EPP 2040). (2020. December) <https://www.gov.pl/attachment/376a6254-2b6d-4406-a3a5-a0435d18be0f>.

72 The Luxembourg Government. (2020.December) [https://gouvernement.lu/en/actualites/toutes\\_actualites/communiqués/2020/09-septembre/02-cadre-obligations-durables.html](https://gouvernement.lu/en/actualites/toutes_actualites/communiqués/2020/09-septembre/02-cadre-obligations-durables.html).

**(Amended in 2020)**<sup>73</sup>: The agreement is an initiative by the UK government wherein there is a deduction in taxes named Climate Change Levy (CCL) that can be claimed if the industry commits to reduce the use of energy and instead use renewable sources. This deduction is purely voluntary in nature, that is, depending on the industrialists to claim such benefits or not. The main aim of the agreement is to motivate the industrialists to utilize less energy provided such a target is achieved, the overall energy consumption will reduce by 25 percent by 2020.

After the introduction of the Paris Agreement, it was formulated and analyzed that a few countries are taking initiative in formulating laws to protect the global issue of climate change. The Climate Change Performance Index ranks Sweden (Rank 4), Denmark (Rank 5), Morocco (Rank 6) for performing quite well towards the protection of climate change whereas countries like the USA (Rank 61), Chinese Taipei (Rank 59) showed low performance in protection towards Climate Change.

China has been ranked 30 by the Climate Change Performance Index (CCPI) which means that China is amongst the countries rated with medium performance but still lags in reducing the emission of carbon and other greenhouse gases in comparison to countries like Sweden and is required to invest extra efforts to get below the 2° Celsius Compatibility Line. As discussed in the research earlier, the world at large cannot withstand

more than a 2° Celsius rise in the overall temperature.<sup>74</sup> Therefore, the Climate Change Performance Index takes into consideration the 2° Celsius Compatibility Line. Further, countries like Czech Republic that earlier ranked 32 as per CCPI dropped down to 43rd Rank due to low performance in the National as well as International Climate Policy.<sup>75</sup>

On the other hand, developing nations like India have shown high performance in controlling greenhouse gas emission (Ranked 11) but had an average performance as compared to other countries in utilizing renewable energies.<sup>76</sup> Countries like the US and Saudi Arabia require their immediate attention towards National as well as International Climate Policies in both emission of greenhouse gases as well as utilizing renewable energy.<sup>77</sup>

## SETTING UP OF GOALS FOR DEVELOPMENT

The development will not solely come from the formulation or implementation of laws but when people join their hands to protect the world from climate changes. The focus must shift to the question of why are the people not ready for trivial changes in their living which could prevent the climate from changing?

The need is to create awareness amongst people and explain why we need to protect the environment and what will be its adverse effects on them. It is time to realize that set aside the future generation, but the rate at which the climate is changing rapidly, the individuals will not be able to live the rest of their lives in a clean environment. The need is to understand the impact of climate change not only on our day-to-day activity but also on our health.

73 Stavins R., J. Zou, T. Brewer, M. Conte Grand, M. den Elzen, M. Finus, J. Gupta, N. Höhne, M.-K. Lee, A. Michaelowa, M. Paterson, K. Ramakrishna, G. Wen, J. Wiener, and H. Winkler, 2014: International Cooperation: Agreements and Instruments. In: Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Edenhofer, O., R. Pichs-Madruga, Y. Sokona, E. Farahani, S. Kadner, K. Seyboth, A. Adler, I. Baum, S. Brunner, P. Eickemeier, B. Kriemann, J. Savolainen, S. Schlömer, C. von Stechow, T. Zwickel and J.C. Minx (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA.

74 Jan Burck, Ursula Hagen, Niklas Höhne, Leonardo Nascimento, Christoph Bals, 2020, Climate Change Performance Index, [https://www.climate-change-performance-index.org/sites/default/files/documents/ccpi-2020-results-the\\_climate\\_change\\_performance\\_index.pdf](https://www.climate-change-performance-index.org/sites/default/files/documents/ccpi-2020-results-the_climate_change_performance_index.pdf)

75 Climate Change Performance Index, 2020.

76 Climate Change Performance Index, 2020.

77 Climate Change Performance Index, 2020.

## AMENDMENT OF LAWS

We cannot straight away deny that there is a shortage of laws or policies. Every country has laws and policies which are based on climate change, conserving energy, preventing pollution, promoting renewable energy and biofuels, etc. But we do lack somewhere, be it setting up of goals, implementation of rules and regulations, or the reviewing of such provisions.

It is suggested that countries take the adverse situation of the rapid deterioration pretty seriously. The countries must focus on preserving the environment. The only way to preserve the climate changes is to take immediate actions. Small things make a big difference. The government must try to formulate laws that are easy to implement and comply with. The policy framers need to do a deep analysis of their own country and derive the statistics relating to what are the major pollutants emitted in the specific country, why are those pollutants still in use and why are people not taking actions to preserve the environment.

The solution to the problems affecting climate lies in these „why's.” The targets must be set in a manner that they are practicable and can be achieved. Small targets must be set initially. For example, a country 'X' can set a target to reduce say 1% emission of greenhouse gases in one year. The positive side of setting smaller targets is that both the framers and the followers of the policy would feel that such a target can be attained easily and hence would put their efforts into achieving the same rather than setting up higher standards.

Another most important measure required to protect the Climate is by creating awareness and educating the natives of the country. Being selfish and continuously polluting would bring no benefits. Even if some countries act carelessly by not caring about climate change will even nullify the hard work of the countries who are working day and night to control climate changes. There is a need to understand the fact that the climate does not affect a single individual but has a global effect. Therefore, the goals must be such that they

are attainable and short term so that the implementation and check on such policies and goals can be achieved easily.

## CONCLUSION

Changing weather patterns, disruption to natural resources, distressed behavioral changes have a detrimental effect on not only human beings but on the flora and fauna at large. The skyrocketed population statistics by U.S. Census Bureau Current Population (2020) mentions China to be the most populated country followed by India across the globe. Laws, statutes, and provisions affirm 'what possibly will happen.' The attribution of science in legal aspects entails a descriptive analysis of policies formulated, plans mapped out, and how litigation would assist the former.

The ever-increasing greed of wasting fossil fuels and energy consumption tries to force scientific impossibility to measure the abundant loss to the climate. Where countries like Peru, Singapore, and Romania are investing their best efforts, countries like the United States of America begs to differ on the scientific effects of climate changes. The political altercation in the USA continues the environmental degradation and promotes amongst the masses.

Scientific data is the prime source that would illustrate the national carbon emissions, attributing the recent data would assist in framing budgets to control the emissions. The attribution of scientific data would be fact-specific and result-oriented. The Paris Agreement happens to work on the same guidelines. The Paris Agreement tries to assign a standard above which the countries must refrain from emitting greenhouse gasses. Further, it is strongly denied that there aren't any laws to conserve the drastic climate changes. From having conventions for protecting Ozone Layer Depletion (Vienna Convention) to conventions to reduce marine and land pollution (OSPAR Convention). New technological up-gradations are adding to the schemes for protection as well. Innovation is becoming a well-needed

change in society. Recycling plastic, alternative uses of non-renewable resources are a major contribution.

Courtrooms and the outside world are poles apart. Yet, the courts and the executives try to bridge the gap by duly considering the scientific attribution on matters related to climate change. The liability to protect the environment is 'joint and several', that is individuals are responsible

for their actions and the actions of others as well.

At this juncture, we need to set up a comprehensive plan of action framed at an international level that can be easily executed at local levels providing enough space for flexibility to reduce carbon footprint. This can be something as simple as opening a world bank of recycle-able. Garbage should not be put to waste; it can be a resource in itself.

#### NOTES:

1. The Intergovernmental Panel on Climate Change. (In English)
2. Climate Change and the Law [1] [2] Human Activities, in the United States and Elsewhere, Contribute No Longer Be Avoided. 3 On an International Level, for Example, the In – \*Professor and Bock Chair in Agricultural Law, Department of Agricultural, 2010[3]" (In English)
3. European Environment Agency (EEA), 2019. (In English)
4. C.A.S. Hall et al. / Energy Policy 64 (2014) 141-152. (In English)
5. United Nation Climate Action Summit, 2019. (In English)
6. Hu, Y., Hall, C., Wang, J., Feng, L., Poisson, A., 2013. Energy return on investment (EROI) on China's conventional fossil fuels: historical and future trends. Energy, 1–13. (In English)
7. IUCN (International Union for Conservation of Nature) (2020. December) <https://www.iucn.org> (In English)
8. Vaughan, D.G., J.C. Comiso, I. Allison, J. Carrasco, G. Kaser, R. Kwok, P. Mote, T. Murray, F. Paul, J. Ren, E. Rignot, O. Solomina, K. Steffen and T. Zhang, 2013: Observations: Cryosphere. In: Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA. [https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WG1AR5\\_Chapter04\\_FINAL.pdf](https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WG1AR5_Chapter04_FINAL.pdf). P.319-320. (In English)
9. Muller R. (2013, June 3). Why We Need to Help the Chinese Frack. CNBC. Retrieved November 11, 2014, from <https://www.cnbc.com/id/100784859#> (In English)
10. Longo, M., Saatchi, S., Keller, M., Bowman, K., Ferraz, A., Moorcroft, P. R., et al. (2020). Impacts of degradation on water, energy, and carbon cycling of the Amazon tropical forests. Journal of Geophysical Research: Biogeosciences, 125, e2020JG005677. <https://doi.org/10.1029/2020JG005677> (In English)
11. The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December). <https://www.ipcc.ch/working-group/wg1/> (In English)
12. The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December). <https://www.ipcc.ch/working-group/wg2/>. (In English)
13. The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December). <https://www.ipcc.ch/working-group/wg3/>. (In English)
14. The Intergovernmental Panel on Climate Change. (2020, December). <https://www.ipcc.ch/working-group/tfi/> (In English)

15. United Nations Climate Change. (2020.December). <https://unfccc.int/> (In English)
16. Technology Transfers Under the United Nations Framework Convention on Climate Change. 2006. (In English)
17. Leach & Shapiro, 1986. (In English)
18. United Nations Children’s Fund (UNICEF) (2007. December). [https://www.unicef.org/publications/files/Climate\\_Change\\_and\\_Children.pdf](https://www.unicef.org/publications/files/Climate_Change_and_Children.pdf). (In English)
19. International Groundwater Resources Assessment Centre. (2020. December) (In English)
20. NAAS, 2000. (In English)
21. Attri & Rathore, 2010. (In English)
22. Evans, G. W. (2019, January 4). Projected Behavioral Impacts of Global Climate Change. Annual Review of Psychology. Annual Reviews Inc. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010418-103023> (In English)
23. European Wildlife. (2020. December). <https://www.eurowildlife.org/climate-change/> (In English)
24. Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals. Half of All Species Are on the Move—And We’re Feeling It. (2020. December). <https://www.cms.int/en/news/half-all-species-are-move%E2%80%94and-were-feeling-it>. (In English)
25. I. H. Myers-Smith, B. C. Forbes, M. Wilmking, M. Hallinger, T. Lantz, D. Blok, K. D. Tape, M. Macias-Fauria, U. Sass-Klaassen, E. Lévesque, S. Boudreau, P. Ropars, L. Hermanutz, A. Trant, L. S. Collier, S. Weijers, J. Rozema, S. A. Rayback, N. M. Schmidt, G. Schaepman-Strub, S. Wipf, C. Rixen, C. B. Ménard, S. Venn, S. Goetz, L. Andreu-Hayles, S. Elmendorf, V. Ravolainen, J. Welker, P. Grogan, H. E. Epstein, D. S. Hik, Shrub expansion in tundra ecosystems: Dynamics, impacts and research priorities. *Environ. Res. Lett.* 6, 045509 (2011). (In English)
26. F. I. Pugnaire, J. A. Morillo, J. Peñuelas, P. B. Reich, R. D. Bardgett, A. Gaxiola, D. A. Wardle, W. H. Van Der Putten, Climate change effects on plant-soil feedback and consequences for biodiversity and functioning of terrestrial ecosystems. *Sci. Adv.* 5, eaaz 1834 (2019) Downloaded. (In English)
27. Suseela, V., Tharayil, N., Xing, B., & Dukes, J. S. (2015). Warming and drought differentially influence the production and resorption of elemental and metabolic nitrogen pools in *Quercus rubra*. *Global Change Biology*, 21(11), 4177–4195. <https://doi.org/10.1111/gcb.13033>. (In English)
28. Peguero, G., Sol, D., Arnedo, M., Petersen, H., Salmon, S., Ponge, J. F. Peñuelas, J. (2019). Fast attrition of springtail communities by experimental drought and richness–decomposition relationships across Europe. *Global Change Biology*, 25(8), 2727–2738. <https://doi.org/10.1111/gcb.14685>. (In English)
29. Pradyumna, A., & Guinto, R. (2016, January 30). Climate change and health. *The Lancet*. Lancet Publishing Group. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)00171-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(16)00171-9). (In English)
30. Wing, S., Horton, R. A., Marshall, S. W., Thu, K., Tajik, M., Schinasi, L., & Schiffman, S. S. (2008). Air pollution and odor in communities near industrial swine operations. *Environmental Health Perspectives*, 116(10), 1362–1368. <https://doi.org/10.1289/ehp.11250>. (In English)
31. Gregory et al. (1999). (In English)
32. Gregory, P. J., Ingram, J. S. I., & Brklacich, M. (2005). Climate change

- and food security. In *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences* (Vol. 360, pp. 2139–2148). Royal Society. <https://doi.org/10.1098/rstb.2005.1745>. (In English)
33. Mori, N., & Chiba, Y. (2017). Impact of climate change—transforming business behaviour in favour of sustainable development. *Institute for Global Environmental Strategies*, (June), 0–10. Retrieved from <https://www.jstor.org/stable/resrep02904>. (In English)
  34. Nathan, A. J., & Scobell, A. (2012, September). How China sees America. *Foreign Affairs*. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>. (In English)
  35. DeShazo, J. J., & Freeman, J. (2007). Timing and form of federal regulation. (In English)
  36. Carbon Brief Cler on Climate. (2020, December). <https://www.carbonbrief.org/mapped-climate-change-laws-around-world>. (In English)
  37. United States Census Bureau. U.S. and World Population Clock. (2020, December). <https://www.census.gov/popclock/>. (In English)
  38. He et al., 2012:29. (In English)
  39. Law on the Prevention and Control of Atmospheric Pollution, 2016 (CHIN-PR) (cn). (In English)
  40. Attri, S. D., & Rathore, L. S. (2010). The Impact of Climate Change on the Agricultural Sector: Implications of the Agro – Industry for Low Carbon, Green Growth Strategy and Roadmap for the East Asian Region Table of Contents. *International Journal of Climatology*, 23, 693–705. (In English)
  41. Renewable Energy Act, 2009 (CHIN-PR) (cn). (In English)
  42. Energy Conservation Laws, 2007 (CHIN-PR) (cn). (In English)
  43. Forest Law of People's Republic of China, 1998 (CHIN-PR) (cn). (In English)
  44. United States Census Bureau. U.S. and World Population Clock. December. <https://www.census.gov/popclock/>. (In English)
  45. Compensatory Afforestation Fund (CAF) Act, 2016 (IN) (in). (In English)
  46. (Press Information Bureau, n.d.). (In English)
  47. Energy Conservation Act, 2001 (IN) (in). (In English)
  48. Disaster Management Act, 2005 (IN) (in). (In English)
  49. Electricity Act, 2003 (IN) (in). (In English)
  50. National Energy and Climate Plan of the Czech Republic, 2019 (CZE) (cz). (In English)
  51. Adaptation strategy to climate change in the Czech Republic, 2015 (CZE) (cz). (In English)
  52. Clean Air Act, 2012 (CZE) (cz). (In English)
  53. The Energy Act, 2000 (CZE) (cz). (In English)
  54. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act, 1988 (us). (In English)
  55. Duncan Hunter National Defense Authorisation Act, Fiscal Year 2009 (us). (In English)
  56. Clean Water Act, 1972 (us). (In English)
  57. Patricia Birnie, Alan Boyle and Catherine Redgwell (eds), *International Law and the Environment* (3rd edn, Oxford University Press, 2009) 39. (In English)
  58. Ling Zhu, January 2007, *International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001 — Liability and Insurance Aspects*. (In English)
  59. Gellhorn, E., & Robinson, G. (1975). *Perspectives on Administrative*



- Law. Columbia Law Review, 75(4), 771-799. doi:10.2307/1121686. (In English)
60. Massachusetts v. EPA (2007) 549 U.S. 497, 127 S. Ct. 1438. (In English)
  61. Util. Air Regulatory Group. v. Env'tl. Prot. Agency, (2014) 573 U.S. 30. (In English)
  62. United Nations Climate Change. (n.d.) <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>. (In English)
  63. Kyoto Protocol. (2020.December.). <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-kyoto-protocol/what-is-the-kyoto-protocol/kyoto-protocol-targets-for-the-first-commitment-period>. (In English)
  64. Conference of Parties (COP) First session, 1995. <https://unfccc.int/cop5/resource/cop1.html>. (In English)
  65. Conference of Parties Sixteenth Session. <http://c2es.org/content/cop-16-cancun/>. (In English)
  66. Cancun Agreement. <https://unfccc.int/process/conferences/the-big-picture/ilestones/the-cancun-agreements>. (In English)
  67. Paris Agreement. (2020.December). [https://unfccc.int/sites/default/files/english\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf). (In English)
  68. Conference of Parties Twenty-first Session, 2015. <http://www.c2es.org/content/cop-21-paris/>. (In English)
  69. Integrated National Energy and Climate Change Plan2021-2030. (2020.December). [https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/es\\_final\\_necp\\_main\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/es_final_necp_main_en.pdf). (In English)
  70. Department of the Environment, Climate and Communications. (2020. December) [https://www.gov.ie/en/organisation/department-of-the-environment-climate-and-communications/?referrer=http://www.dccae.gov.ie/en-ie/energy/publications/Pages/National-Energy--Climate-Plan-\(NECP\)-2021-2030.aspx](https://www.gov.ie/en/organisation/department-of-the-environment-climate-and-communications/?referrer=http://www.dccae.gov.ie/en-ie/energy/publications/Pages/National-Energy--Climate-Plan-(NECP)-2021-2030.aspx). (In English)
  71. Energy Policy of Poland until 2040 (EPP 2040). (2020. December) <https://www.gov.pl/attachment/376a6254-2b6d-4406-a3a5-a0435d-18be0f>. (In English)
  72. The Luxembourg Government. (2020.December) [https://gouvernement.lu/en/actualites/toutes\\_actualites/communiqués/2020/09-septembre/02-cadre-obligations-durables.html](https://gouvernement.lu/en/actualites/toutes_actualites/communiqués/2020/09-septembre/02-cadre-obligations-durables.html). (In English)
  73. Stavins R., J. Zou, T. Brewer, M. Conte Grand, M. den Elzen, M. Finus, J. Gupta, N. Höhne, M.-K. Lee, A. Michaelowa, M. Paterson, K. Ramakrishna, G. Wen, J. Wiener, and H. Winkler, 2014: International Cooperation: Agreements and Instruments. In: Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Edenhofer, O., R. Pichs-Madruga, Y. Sokona, E. Farahani, S. Kadner, K. Seyboth, A. Adler, I. Baum, S. Brunner, P. Eickemeier, B. Kriemann, J. Savolainen, S. Schlömer, C. von Stechow, T. Zwickel and J.C. Minx (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom and New York, NY, USA. (In English)
  74. Jan Burck, Ursula Hagen, Niklas Höhne, Leonardo Nascimento, Christoph Bals, 2020, Climate Change Performance Index, [https://www.climate-change-performance-index.org/sites/default/files/documents/ccpi-2020-results-the\\_climate\\_change\\_performance\\_index.pdf](https://www.climate-change-performance-index.org/sites/default/files/documents/ccpi-2020-results-the_climate_change_performance_index.pdf). (In English)
  75. Climate Change Performance Index, 2020. (In English).

# INTERNATIONAL COOPERATION, ONE OF THE MECHANISMS OF ASCERTAINING THE FOREIGN LAW IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

**Tamar Mskhvildze**

*Scientist at Scientific Research Institute of Law of  
European University, Kutaisi University, Affiliated  
Assistant*

**KEYWORDS:** Assistance, Method, Information

## INTRODUCTION

In the world of legal space, private legal agreements are often concluded, which are no longer regulated only by domestic law, as well as the cases of establishing contact with the legal system of different countries are increasing. Consequently, the question of regulating various private legal relations is activated, which will effectively respond to the requirements of the subjects of private law.

Why does one state apply the law of another at all? Basically, the most dominant answer is that this is comity of nations. Foreign law is applied for being nice to other states. This attitude is grounded in the mutual interest of the states in having commercial and other contacts with each other.<sup>1</sup> But is the relationship with other states really the reason for which we apply its law? There are certainly areas where concerns for bilateral relations and cooperation with other states influence the choice-of-law process. Certainly, we are not bound to apply another state's law. We do it for the sake of good relations with the other coun-

---

<sup>1</sup> Lehmann, M., 2011. From Conflict of Laws to Global Justice, Columbia University, p.27.

try. What counts is only the gesture towards the other sovereign.<sup>2</sup>

When a judge decides a case involving a foreign element, private international law rules will sometimes indicate that the applicable law is to be found in a foreign legal system, and not in the law of forum. When private international law rule refers the application of a foreign law rule to a particular legal relationship, then the court must apply that norm. The process of determining a foreign law raises practical difficulties, as a judge must apply not just foreign legal acts, but also the case law and interpretation with which it is applied in another State. When applying a foreign law, the court shall take necessary measures to determine the essence of the rules of the foreign law taking into consideration their official interpretation, application practice and doctrine in the respective country. All necessary measures involve inviting an expert to provide the court with comprehensive information on the content of foreign law, about formal or unofficial explanation of its use. The court may request an opinion from the relevant scientific-research institutions. One of the methods of ascertaining the content of a foreign rule can be considered the provision of legal assistance to each other by states at the international level.

Under legal assistance, an obligation arises for one State to take legal action in its own jurisdiction at the request of another State. This means that the organs of government of one state operate with public-legal functions in another, foreign country, which, at first glance, may be considered as a restriction on the sovereignty of a foreign state. On the other hand, legal assistance is provided on the basis of bilateral or multilateral international agreements, which, according to the principles of international law, is an expression of the self-restraint of states and consequently, of sovereignty.<sup>3</sup>

In fact, a national court's adjudication of a foreign law claim can provide stability and fairness. Moreover, adjudication of substantive foreign law

claims in domestic courts is possible without infringing the interests of another sovereign. Also, the resolution of a foreign law claims in a national courts is generally consistent with comity and amicable commercial relations among nations.<sup>4</sup>

Article 62 of the law of Georgia on Private International Law states: if it is necessary to perform judicial acts outside the territory of Georgia to determine case circumstances, establish facts, and transfer documents or for other reasons, a petition may be filed with an appropriate institution of a foreign country; if an act is performed through diplomatic missions or consular representations of Georgia, a petition must be filed with them. Thus, according to Georgian private international law, providing legal assistance is limited only on the basis of motions between Georgian and foreign courts, although mutual legal assistance is broader and in addition to judicial cooperation, includes actions by various justice institutions for their jurisdiction issues.<sup>5</sup> These actions can be: obtaining testimony of witnesses who are abroad, serving judicial documents on persons in foreign countries who are not residents of the country of the forum, and procuring information regarding foreign law.<sup>6</sup>

## 1. REQUEST TO STATE AUTHORITIES FOR LEGAL ASSISTANCE

### 1.1. Receiving Information from the Diplomatic and Consular Missions

Providing international legal assistance is usually the function of the executive. The parties have no right to request directly to the relevant foreign authorities for international assistance.

2 Ibid 28.

3 International mutual legal assistance in civil matters, Practical guide, Tbilisi: 2018, p. 25.

4 Wilson, Matthew J., 2012. Demystifying the determination of foreign law in U.S. courts: Opening the door to a greater global understanding, *The wake forest law review*, p.3.

5 Ibid 11.

6 Christenson, G. A., 1960. *International Judicial Assistance and Utah Practice*. p.478. Available from: [http://scholarship.law.uc.edu/fac\\_pubs/175](http://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/175).

Because of this, they must request to the court, the diplomatic mission or the consular mission. Accordingly, in international civil litigation, there is a distinction between contractual and non-contractual international legal assistance. Contractual legal assistance implies the receipt of legal aid under an international treaty.<sup>7</sup> Diplomatic and consular missions play a crucial role in this kind of assistance.

One way to get information about foreign law is to get aid from the diplomatic mission of the country whose law is applicable.<sup>8</sup> This is provided for in the Vienna 1961 Convention on Diplomatic Relations, according to which one of the functions of a diplomatic mission consist, promoting friendly relations between the sending State and the receiving State, and developing their economic, cultural and scientific relations. In various foreign countries certificates of diplomatic or consular authorities concerning the law of their countries are used as proof of the foreign law.<sup>9</sup> Presumably in the sense that the ambassador's opinion on the law of his country equals that of an expert. In many cases, when the parties and the court try to obtain information through official foreign channels, for this purpose, questions are usually sent to the foreign embassy and consulate to obtain copies of the relevant legislation. However, in reality this is not considered as a practical and useful method.

In *Bristow v Sequeville*,<sup>10</sup> a juriconsult, adviser to the Prussian consulate in London, who has studied law in Leipzig, and knew that the Code Napoleon was in force in Saxony, was not allowed to give evidence concerning the Code. The judge observed: „If a man who has studied law in Saxony and never practiced in Prussia is a competent witness to prove the law of Prussia, why may not Frenchman, who has read books relating to Chinese law, prove what the law of China is?“ This case has shown that actual practical experience before the courts of a particular jurisdiction was essential. A number of cases departed from this rigid attitude over the years, and it seems that the Civil Evidence Act 1972, s 4 (1) did no more than enact the common law declaring that a person suitably qualified, on account of knowledge or experience, is competent to give evidence of foreign law, irrespective of whether he has acted, or is qualified to act, as a legal practitioner in the country in question.<sup>11</sup> Although it was probably true that, until the end of the 19th century, the courts were minded to demand that the witness had actual practical experience, there are some signs of flexibility as the century progressed. In the case *Goods of Dhost Aly Khan*<sup>12</sup>, a diplomat based in the Persian Embassy in London was allowed to give evidence as to the law of Persia after it was demonstrated that there were no professional lawyers in Persia and that diplomatic staff were trained in the relevant law. In *Birch v. Birch*<sup>13</sup> the California court refused to accept a certificate of the Consul General of the Republic of China concerning the divorce law of China for the reason that the Consul General was not an officer having charge of the original Code. In 1981, Court of Appeal of Brussels was faced with the mission of applying the

7 Gabisonia, Z., 2016. *Georgian Private International law*, Second revised edition with additions, Tbilisi: p.405.

8 For example, in Germany, a court can request to German or foreign diplomatic missions to establish a foreign law. Michalski, R., 2011. *Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading*. 59 *Buff. Law. Rev.*, p. 1256. Hartley, T. C., 1996. *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared*. 45 *INT'L & COMP. L.Q.*, pp. 275, 276. Courts may receive in evidence statements on foreign law by research institutes or foreign-service authorities of their own country: for instance, Italian courts admit statements by Italian consuls concerning the law of the country of their mission. Nussbaum, A., 1941. *The Problem of Proving Foreign Law*, Volume 50, p.1028.

9 Stern, B. W., 1957. *Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof*, p.37.

10 *Bristow v Sequeville* 1850 North, P. M., Fawcett, J. J., 1992. *Cheshire's and North's Private International Law*. Twelfth edition, p.110.

11 Cross and Tapper on evidence, Colin Tapper, 2010. Oxford University Press, 12th ed. p.694.

12 *Re The Goods of Dhost Aly Khan* 1880 O'Brien, J., 1999. *conflict of laws*. second edition, Cavendish Publishing Limited, p.147.

13 *Birch v. Birch* 31.10. 1955 Stern, B. W., 1957. *Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof*, p.37.

law of Sudan to decide whether the recognition of a child by a person of Sudanese nationality, could be challenged by the mother of the child. The court first noted that parties had undertaken extensive efforts to uncover the content of the law of Sudan. The court then mentioned a note communicated by the Belgian embassy in Sudan, providing some information on the content of the law of Sudan.<sup>14</sup> 11 January 2008, Court of First Instance of Liege found that in a case where the law of Sierra Leone was applicable to determine whether a person was the father of a child, a lower court twice requested the assistance of the Consulate of Sierra Leone to obtain information on the applicable principles. Experience has shown, however, that this provides limited result: when a request is answered, it mostly only contains a copy of the relevant legislation, without any further explanation as to the application of the statutory provisions.<sup>15</sup>

There is an opinion in the legal literature that obtaining information about the foreign legislation in this way is acceptable, but imperfect. The German scholar Schack believes that information on foreign law can be obtained from the diplomatic mission of a foreign state, although the mission mainly answers particular questions such as age of majority, marriage age, grounds for divorce, amendments to the relevant law, etc. But it is difficult to determine issues such as the terms of performance of the obligation, the consequences of breach of contract, and etc.<sup>16</sup>

## 1.2. Receiving Information from the Ministry of Justice

International legal assistance is one of the necessary conditions for the administration of justice, if the case involving a foreign element or separate procedural actions are required to be

carried out in a foreign state. Proper providing of international mutual legal assistance affects the ability of a court to secure the rights of persons involved in civil, family or corporate relations.<sup>17</sup>

In the international civil litigation, great importance is attached to the providing of legal assistance between states by the executive branch.<sup>18</sup> Thus, the Ministry of Justice is the state body that is asked to assist in obtaining information on foreign law.<sup>19</sup> Indeed, the Ministry of Justice exchanges legal information with foreign states, but it should also be noted that providing information on foreign law is not part of its list of direct responsibilities. The most effective bilateral cooperation in this field is the communications officials' project between the Estonian and Finnish Ministries of Justice (launched in 2001), in the framework of which one so-called Estonian communications prosecutor works in the Finnish Ministry of Justice and one Finnish communications prosecutor works in the Estonian Ministry of Justice. According to the Ministry of Justice, that project has provided significant assistance in the solution of international requests for legal assistance, giving, inter alia, information about

17 International mutual legal assistance in civil matters, Practical guide, Tbilisi: 2018, p.9,10.

18 For instance, in some situation, legislatures may authorize their consuls, or ministries of Justice or other governmental agencies, to furnish information on domestic law for use in foreign courts willing to accept such information in evidence. European governments have repeatedly bound themselves by treaty to confer such authority upon their ministries of Justice and to have their courts recognize statements of a similar agency of the other government. Nussbaum, A., 1941. The Problem of Proving Foreign Law, Volume 50, p.1028.

19 For example, in Austria, to ascertain foreign rule content, the court can rely on the cooperation of the parties, on information from the Federal Ministry of Justice or on expert reports. Austrian Private International Law Act No. 304/1978, in practice, the Austrian Ministry of Justice plays a central role, even though its function is restricted to the transmission of materials (such as statutes, judgments or textbooks) to the court without any interpretation. By contrast, calling for an expert opinion seems to be rather unusual in Austria. Hausmann, Rainer Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis, The European Legal Forum (E) 1-2008, p.9,11.

14 Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence? Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, 2017. Volume 26, Yuko Nishitani Editor, Springer, p.77.

15 Ibid p.77.

16 Timokhov, U. A. 2004. Foreign law in court practice. M. Walters Kluver, p. 44.

Finnish family law.<sup>20</sup> Another Convention between Belgium and Romania concerning mutual judicial assistance in civil and commercial matters signed in Bucharest on 1975, only provides a basic mechanism for cooperation between the Ministries of Justice in order to obtain information on each other's law.<sup>21</sup>

## 2. INTERNATIONAL CONVENTIONS AS A SOURCE OF LEGAL ASSISTANCE

### 2.1. European Convention of 7 June 1968

An important source of legal assistance is the 1968 Council of Europe London Convention on Information on Foreign Law, which includes a number of procedures for the exchange of information by special authorities of the state. Its member states are more than 40, and Georgia joined it in 1999. According to Article 1 of this Convention, the Contracting Parties undertake to supply one another, in accordance with the provisions of the Convention, with information on their law and procedure in civil and commercial fields as well as on their judicial organization. Article 3 of this Convention defines, that a request for information shall always emanate from a judicial authority. In accordance with the rules established by the Convention, each Contracting Party shall set up or appoint a single body ("receiving agency"). The receiving agency may be either a ministerial department or other State body. Each Contracting Party may set up or appoint one or more bodies ("transmitting agency") to receive requests for information from its judicial authorities and to transmit them to the competent foreign receiving agency. The receiving agency may be appointed as a transmitting agency. The information given in the reply shall

not bind the judicial authority from which the request emanated. The reply should inform in an objective and impartial manner and contain relevant legal texts and relevant judicial decisions. It shall be accompanied, to the extent deemed necessary for the proper information of the requesting authority, by any additional documents, such as extracts from doctrinal works. It may also be accompanied by explanatory commentaries. The London Convention can be considered as an interesting mechanism of international cooperation for determining the content of foreign law, but its potential in the Georgian legal space is completely untapped. Unfortunately, we do not have official statistics on the use of this tool by Georgian courts to determine the content of a foreign rule. Thus, it should be interesting to share international experience in the application of this Convention.

The usefulness of the Convention is disputed. Some shortcomings prevent the Convention from being a real success. A main problem seems to be that only abstract questions are asked and the receiving authority does not have complete knowledge of the case. But sometimes it would be necessary to know the entire content of the file or the argument. There is a danger of misunderstandings. So the information received may sometimes not suffice to decide the case.<sup>22</sup> For instance, one of the case The OLG Munich (Higher Regional Court or Court of Appeals in Munich) has stated that a court in need of further information on the foreign law has to consider whether using the London Convention is a faster and more cost efficient way than an expert opinion of an institute for international and foreign private law.<sup>23</sup> The practical benefit of the Convention, unfortunately, is not very high, as is shown by the relatively small number of requests. In Germany, the Convention has not found much attention and appears not to be used very much in practice. Praise for the convention is scarce.

20 The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Members States and its Perspectives for the Future, 2011. Part I, Lausanne, p.146.

21 Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence? 2017. *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, Volume 26, Yuko Nishitani Editor, Springer, p.78.

22 Ibid p.201.

23 OLG Munchen 18.1.2008 *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence? Ius Comparatum – Global studies in Comparative Law*, 2017. Yuko Nishitani Editor, volume 26, Springer, p. 200.

Each year there is a number of cases where the Convention is used, in the two years, 1999 and 2000, there were 32 outgoing requests, and incoming requests were received in 2001. So Germany receives more requests than it itself transmits.<sup>24</sup> A main problem is that the Convention only allows for abstract legal questions, and not for an overall legal opinion on the particular case. Moreover, the procedures under the Convention are rather time-consuming and costly, both in having to involve experts and with the formulation of questions/answers and translations.<sup>25</sup>

The Austrian legal literature argues that the Convention generally is not an effective means of resolving disputes in practice. In decisions of Austrian courts we find the following picture: the judge is obliged to make use of the measures foreseen in the convention, especially when there is enough time to do so, similar: court shall make active use of the convention. In a further decision, the judgment was overwhelmingly built on such opinion. Different: overwhelming uselessness of the information received.<sup>26</sup> According to the official search system of Austrian judgments in civil law disputes, these decisions seem to be the only one citing the convention and the relevant Austrian legislation. In Austrian commentaries it is said that the possibilities out of the Convention are often to general not apt to help to find a solution for the case or that it is not efficient in practice.<sup>27</sup>

To ascertain foreign law Italian lawyers mostly use the official sources of foreign laws available on the internet or in national libraries and the cooperation of foreign colleagues and from time to time they use the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters. In contrast, law-

yers rarely refer to diplomatic channels, paid foreign legal databases, or opinions of legal experts because of their extremely high costs and they never use the mechanisms of the London Convention or bilateral mechanisms of judicial cooperation.<sup>28</sup> Official statistical data on how frequently this system is used in Italy does not exist. According to the Swiss Institute Study, there is a general consensus among practitioners (judges, notaries, lawyers, public official registrars) that the European Judicial Network has enormous potential that has yet to be fulfilled.<sup>29</sup> Italy is not included in the meta-search engine of National Case Law that was created by the Network of the Presidents of the European Supreme Courts and released in April 2007. This meta-search engine allows one to simultaneously query several search engines of 20 EU Member States, and provides information on supreme court justices and legislation, including automatic translation facilities.<sup>30</sup>

In Estonia, the European Judicial Network in civil and commercial matters is not often used as a source for determining the content of the foreign law. In one judgment of the court of 1st instance, however, the court *expressis verbis* stated that it determined the content of the applicable Italian family law via the European Judicial Network in civil and commercial matters. Another judge of the court of 1st instance also reported the frequent use of this database but gave no evaluation of the quality of the information provided.<sup>31</sup> According to the information obtained from the Ministry of Justice, the number of requests

24 Ibid.

25 Hausmann, R., 2008. Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis, The European Legal Forum p.8.

26 OGH 25 May 2004, OGH 24 June 2006, OGH 13 Dec. 1990, OGH 11 March 1998, 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 pp. 53,54. Available from: <https://www.isdc.ch/>.

27 Ibid.

28 Yet, the lawyers emphasized the prohibitively high cost of access to foreign law and highlighted the difficulty in accessing information on foreign laws in Italy, which carries the risk of their erroneous application of these laws. Treatment of Foreign Law-Dynamics towards Convergence? *Ius Comparatum – Global studies in Comparative Law*, 2017. Yuko Nishitani Editor, volume 26, Springer, p.282.

29 Ibid 283.

30 Meta-search engine web-site: <http://network-presidents.eu/rpcsjue/?lang=it>.

31 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, p.146.

for information about foreign law has diminished in recent years. In 2007, 10 requests concerning family and inheritance law matters were submitted from Estonia; 3 requests were transmitted to France, 3 requests to the USA, 2 requests to the United Kingdom, 1 request to Sweden and 1 request to Israel. In 2008, only 4 requests were submitted from Estonia; they all concerned inheritance law issues and were transmitted to the United Kingdom, Mexico, Canada and Israel, respectively. The number of requests submitted in 2009 was even smaller, comprising 2 requests and concerning the law of Germany and Sweden. Most of the requests were initiated by Estonian judges. For practitioners, it has probably been easier to obtain information from other sources.<sup>32</sup>

In Belgium the Convention does not seem to be applied frequently. Two different authorities have been appointed by Belgium as national liaison bodies: The Ministry of Foreign Affairs has been appointed as transmitting agency, while the Ministry of Justice has been appointed as receiving agency. The Ministry of Justice has received only 10 requests for information during the first eight years of application of the London Convention.<sup>33</sup> In a recent case, the Supreme Court refused to quash a ruling by a lower court which had not requested application of the London Convention. The Court of Appeal was seized of a dispute governed by English law. One of the parties had submitted a witness statement written by an English practitioner, outlining how English law should be applied in the particular case. The Court of Appeal deemed that it had been sufficiently informed by this witness statement. Hence, it did not request information from England on the basis of the London Convention. Before the Supreme Court, the plaintiff alleged that by not using the mechanism put in place by the London Convention, the Court of Appeal had breached its treaty obligation. The Supreme

Court rejected this argument, holding that the London Convention did not require that a court should always seek information on foreign law through the Convention mechanism when it is required to apply foreign law.<sup>34</sup>

The first reason of the Convention's ineffectiveness seems to lie in the general unawareness of the European judiciary in the existence and the advantages of this instrument. The second reason lies in the limited scope of potential users: the mechanism of the Convention is only open to judicial authorities of the Contracting States (Art. 3). Bearing in mind that in some States judges are prohibited from undertaking their own research on the content of foreign law, the effectiveness of the Convention is seriously undermined. Finally, the Convention does not resolve a key practical problem, namely, the costs relating to obtaining information on information on foreign law.<sup>35</sup>

## 2.2. Minsk Convention of 22 January 1993

Republic of Georgia is a part to the Minsk Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters, which mostly applies to the states of the post-soviet space. The Convention is a comprehensive document regulating a wide spectrum of legal matters including service of judicial or extrajudicial documents and recognition and enforcement of civil and criminal judgments as well as cooperation between competent authorities in the field of civil, family and criminal law. The Convention provides for the protection of the property and personal rights of the citizens of a particular country in the territory of another country on the basis of the principle of reciprocity and equality. In addition to the substantive and procedural norms of mutual legal assistance, the Minsk Convention

32 Ibid.

33 Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence? *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, 2017. Volume 26, Yuko Nishitani Editor, Springer, p.78.

34 Ibid p.78,79.

35 The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Members States and its Perspectives for the Future, Part I, 2011. p.34.



also includes conflict of laws norms, such as those relating to international adoption.<sup>36</sup>

Thus, the conflict of laws rules in the Convention do not regulate the relationship between the parties, but indicate which country's law should be used to regulate that relationship, namely the status of a person, family law, property law, inheritance law, and etc.

### 2.3. International Treaties

In the field of international legal assistance, in addition to multilateral international conventions, states have concluded bilateral international treaties with specific countries. Georgia has bilateral international agreements on mutual legal assistance in civil, family, trade and criminal matters with Azerbaijan, Turkey, Turkmenistan, Ukraine, Kazakhstan, Uzbekistan, Kyrgyzstan, Greece, and on mutual legal assistance in civil law cases with the Republics of Bulgaria and Armenia. This legal assistance is provided to strengthen the close friendly relations between the countries through the introduction of effective cooperation in the field of legal relations, based on the principles of sovereignty, equality and non-interference in domestic affairs. Central Authorities – Ministries of Justice provide each other with information on current or past national legislation in their state and the practice of their use by justice institutions, as well as copies of court decisions. At the same time, it should be noted that the bilateral and multilateral international agreements has been signed by Georgia provide for the possibility of mutual legal assistance also using „diplomatic channels“.<sup>37</sup>

Although there are several important international conventions in the field of international legal assistance, international mutual assistance between countries is largely based on the principle of comity. In receiving international legal assistance, the petitioning State hopes that the other State will assist and provide the necessary

information on the basis of comity. For its part, the assisting State hopes to receive similar assistance from the petitioning State. In the doctrine of private international law, this cooperation is the starting point in resolving the problem of international assistance and not in invading the jurisdiction of countries.<sup>38</sup>

### CONCLUSION

In the context of globalization, the transnational movement of people, services, goods and information is becoming even stronger. As a result, we get more intensive private international law relations in which not only large companies participate with their business transactions, but also ordinary people with a variety of day-to-day consumer, contract, matrimonial, inheritance and other relationships. Thus, private international law plays an important role in defining the applicable law and regulating private international law relations.

In spite of great achievements in the modern information technologies and development of comparative jurisprudence, none of the countries' judge can have a claim on exact knowing of relevant standards of the law of foreign countries. In addition, the foreign court cases discussed above show that the use of the mechanism provided for in the European Convention on Information on Foreign Law in practice is rare. It is therefore noted that the significance of this Convention should not be underestimated in practice. However, it would be better if the courts themselves used international connections to increase the number of sources of information on foreign law, even if only on a regional scale.

36 International mutual legal assistance in civil matters, Practical guide, Tbilisi: 2018, p.31.

37 Ibid p.26.

38 Gabisonia, Z., 2016. Georgian Private International law, Second revised edition with additions, Tbilisi: p.403.

## NOTES:

1. Wilson, Matthew J., 2012. Demystifying the determination of foreign law in U.S. courts: Opening the door to a greater global understanding, *The wake forest law review*. (In English)
2. Lehmann, M., 2011. *From Conflict of Laws to Global Justice*, Columbia University. (In English)
3. Christenson, G. A., 1960. *International Judicial Assistance and Utah Practice*. Available from: [http://scholarship.law.uc.edu/fac\\_pubs/175](http://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/175). (In English)
4. Gabisonia, Z., 2016. *Georgian Private International Law*, second revised edition with additions, Tbilisi. (In Georgian);
5. Hartley, T. C., 1996. *Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared*. 45 *INT'L & COMP. L.Q.* (In English)
6. Michalski, R., 2011. *Pleading and Proving Foreign Law in the Age of Plausibility Pleading*. 59 *Buff. Law. Rev.* (In English)
7. North, P. M., Fawcett, J. J., 1992. *Cheshire's and North's Private International Law*. Twelfth edition. (In English)
8. *Cross and Tapper on evidence*, Colin Tapper, 2010. Oxford University Press, 12th ed. (In English)
9. O'Brien, J., 1999. *conflict of laws*. Second edition, Cavendish Publishing Limited. (In English)
10. Stern, B. W., 1957. *Foreign Law in the Courts: Judicial Notice and Proof*. (In English)
11. Timokhov, U. A. 2004. *Foreign law in court practice*. M. Walters Kluwer. (In Russian);
12. *International mutual legal assistance in civil matters, practical guide*, Tbilisi: 2018. (In Georgian);
13. Nussbaum, A., 1941. *The Problem of Proving Foreign Law*, Volume 50. (In English)
14. Hausmann, R., 2008. *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*, *The European Legal Forum*. (In English)
15. *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. Available from: <https://www.isdc.ch/>. (In English)
16. *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence? Ius Comparatum – Global studies in Comparative Law*, 2017. Yuko Nishitani Editor, volume 26, Springer. (In English);
17. Meta-search engine web-site: <http://network-presidents.eu/rpcs-jue/?lang=it>. (In English).

# ადმინისტრაციული ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე დავების არბიტრაჟში განხილვის პერსპექტივა

## სალომე წურწუმია

*თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი,  
ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული ასისტენტ-  
პროფესორი, საქართველოს რეგიონული განვითარებისა  
და ინფრასტრუქტურის სამინისტროს საქართველოს  
საავტომობილო გზების დეპარტამენტის თავმჯდომარის  
მოადგილე*

**საკვანძო სიტყვები:** ადმინისტრაციული ხელშეკრულება,  
ალტერნატიული გადაწყვეტა, არბიტრაჟი

ტერმინი „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა“ გამოიყენება იმისთვის, რომ ფართოდ განსაზღვროს დავის გადაწყვეტის ის მექანიზმები, რომლებიც არის უფრო მცირე პროცესები, ვიდრე სასამართლო პროცესია.<sup>1</sup> ამჟამინდელი ინტერესი დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების მიმართ არის მტკიცებულება იმ ფართო აღიარებისა, რომელიც აღნიშნულმა ინსტიტუტებმა მოიპოვეს ბოლო ორმოცი წლის განმავლობაში. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმები მოიცავს მედიაციის, მორიგების, მოლაპარაკების, საქმის შიდა გადასინჯვისა და არბიტრაჟის მექანიზმებს. ალტერნატიული მექა-

1 Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioner's Guide, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington, p 4.

ნიზმების პოპულარობა ყოველდღიურად იზრდება და აღნიშნული მექანიზმები საჭარო სამართლებრივ დავებშიც ცდილობენ დამკვიდრებას. აშშ-ის მიერ ჯერ კიდევ 1996 წელს იქნა აღიარებული ადმინისტრაციულ დავებში დავის ალტერნატიული მექანიზმების გამოყენების შესაძლებლობა და შეიქმნა ფედერალური დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროგრამა\*. 2001 წელს ევროპის მინისტრთა საბჭომ მიიღო რეკომენდაცია, რომლითაც წევრ სახელმწიფოებს მისცა რეკომენდაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების ადმინისტრაციულ დავებში გამოყენებაზე.<sup>2</sup> ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის მიერ მიღებულ 2001(9) რეკომენდაციაში საუბარია შემდეგი ალტერნატიული საშუალებების გამოყენებაზე: საქმის შიდა გადასინჯვა, მორიგება, მედიაცია, დავის შეთანხმებით მოგვარება და არბიტრაჟი.<sup>3</sup> ზემოაღნიშნულ მექანიზმებს შორის სასამართლო პროცესთან გადაწყვეტილების აღსრულების სავალდებულობის კუთხით ყველაზე ახლოს დგას არბიტრაჟი.

საქართველოს ადმინისტრაციული კანონმდებლობის შესაბამისად, ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ დავებში არბიტრაჟის, როგორც დავის გადაწყვეტის მექანიზმის გამოყენება არ არის დაშვებული. თუმცა ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციისა და არბიტრაჟის ინსტიტუტის განვითარების პროგრესის გათვალისწინებით, შესაძლოა მსჯელობის საგანი გახდეს, არბიტრაჟის როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებების გამოყენების საკითხი ზოგიერთი

სახის ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ დავაში. არბიტრაჟი, როგორც დავის გადაწყვეტის მექანიზმი არის უფრო სწრაფი და მოქნილი მექანიზმი, ვიდრე სასამართლო. სწორედ აღნიშნულმა განაპირობა არბიტრაჟის ინსტიტუტის განვითარება კომერციულ დავებში.

გადაჭარბებულმა სასამართლო წარმოებამ არა მარტო სამთავრობო უწყებების ფული დახარჯა, არამედ მას შედეგად მოჰყვა არასაჭირო ანტაგონიზმი სამთავრობო უწყებებსა და საზოგადოებას შორის.<sup>4</sup> შესაბამისად, სასამართლო სისტემის გადატვირთულობის კუთხით არსებული რთული მდგომარეობის გათვალისწინებით, ადმინისტრაციულ დავებში ალტერნატიული მექანიზმების განვითარება საჭიროებს ადეკვატურ მხარდაჭერას.

ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი დავების კატეგორიებისა და სახეების გათვალისწინებით შესაძლოა არბიტრაჟი არ იყოს ადეკვატური დავის გადაწყვეტის მექანიზმი ყველა სახის ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი დავის ფარგლებში, თუმცა შესაძლებელია ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ დავათა იმგვარი კატეგორიზაცია, რომ განისაზღვროს იმ დავების სახეები, სადაც დასაშვებია იქნება არბიტრაჟის მექანიზმის გამოყენება. არბიტრაჟის, როგორც დავის გადაწყვეტის მექანიზმის გამოყენება, პერსპექტიული შეიძლება იყოს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე დავებში, რაც საჭიროებს მსჯელობის განვითარებას.

უშუალოდ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე, დავების არბიტრაჟში განხილვის პერსპექტივაზე მსჯელობამდე მნიშვნელოვანია განისაზღვროს თავად ადმინისტრაციული ხელშეკრულების არსი და მისი ადგილი ადმინისტრაციულ სამართალში.

„საჭარო ხელშეკრულებები“ საერთო სამართალში განიმარტება როგორც „საჭა-

\* იხ. აშშ-ის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმების პროგრამის შესახებ ინფორმაცია <https://www.adr.gov/>.

2 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int)

3 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int)

4 Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dispute Resolution, p.23.

რო უწყებების მიერ სამართლებრივად აღსრულებადი ვალდებულება სამუშაოების ან გაუმჯობესების ღონისძიებებისათვის“.<sup>5</sup> ორივე, ინგლისური და ამერიკული დოქტრინა და იურისპრუდენცია, იყენებს ტერმინს „სამთავრობო ხელშეკრულება“, რადგანაც ტერმინი „სამთავრობო“ მეტწილად აერთიანებს ცენტრალურ და ადგილობრივ ადმინისტრაციებს.<sup>6</sup> საქართველოს სამართლებრივ სივრცეში ასეთი სახის ხელშეკრულებებს „ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები“ ეწოდება.

ადმინისტრაციული ხელშეკრულება არის ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით ფიზიკურ ან იურიდიულ პირთან, აგრეთვე სხვა ადმინისტრაციულ ორგანოსთან დადებული სამოქალაქო-სამართლებრივი ხელშეკრულება.<sup>7</sup> ადმინისტრაციული ხელშეკრულება ადმინისტრაციულ-სამართლებრივ აქტებთან ერთად, არის სამართლებრივი მექანიზმი, რომლის მეშვეობითაც, ადმინისტრაციული ორგანოები ასრულებენ მათთვის კანონმდებლობით განსაზღვრულ ვალდებულებებს.<sup>8</sup>

როგორც გონივრულად გამოიკვეთა ბოლოდროინდელი დოქტრინებით, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების წილი მზარდია საჯარო მმართველობის აქტივობებში.<sup>9</sup> ერთი მხრივ, საზოგადოების კეთილდღეობა მოითხოვდა ადმინისტრაციული მნიშვნელობის შეთანხმებებს, მეორე მხრივ, „სუვერენიტეტის“ პოლიტიკური და ფილოსოფიური კონცეფცია ავალდებულებს

ბს სახელმწიფოს პატივი სცეს სახელშეკრულებო ვალდებულებებს.<sup>10</sup>

ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნების დეფინიციიდან გამომდინარე, ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ერთ-ერთი მხარე ყოველთვის არის ადმინისტრაციული ორგანო და ამასთან, იგი იდება „საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით“. „საჯარო უფლებამოსილების“ ცნება საქართველოს კანონმდებლობაში არ არის განმარტებული და იგი მიეკუთვნება განუსაზღვრელ ცნებას. „საჯარო უფლებამოსილება“ განმარტებულ უნდა იქნეს ადმინისტრაციული ორგანოს ძირითადი ამოცანებისა და საქმიანობის სფეროს კონტექსტში, რომელიც აისახება შესაბამის კანონმდებლობაში. ადმინისტრაციულ ორგანოს უმეტეს შემთხვევაში კანონმდებლობით განსაზღვრული აქვს როგორც კომპეტენცია, ასევე მისი განხორციელების სამართლებრივი საშუალება.<sup>11</sup> თუ ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ ხელშეკრულების გაფორმება უკავშირდება მისი ძირითადი ფუნქციისა და ამოცანის შესრულებას, ხელშეკრულება წარმოადგენს ამ ფუნქციის შესრულების ფორმას, ასეთი ხელშეკრულება უნდა განვიხილოთ, როგორც საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით გაფორმებული ხელშეკრულება\*. ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნების ელემენტი „საჯარო

5 Pascariu L.T., 2016. Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts. European Journal of Law and Public Administration, no. 1, p.117.

6 იქვე.

7 საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: www.matsne.gov.ge

8 Sandu A. M., Pagarin M.S., 2012. Study on Administrative Contracts. Contemporary Readings in Law and Social Justice, no. 2, p. 904.

9 Pascariu L.T., 2016. Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts. European Journal of Law and Public Administration, no. 1, p. 116.

10 Langrod G., 1955. Administrative Contracts – A Comparative Study. American Journal of Comparative Law, no. 3, p. 333.

11 ტურვა პ., 2018. ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, მეორე გამოცემა, თბილისი, გვ.186.

\* ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებასთან გვაქვს საქმე: ა. როდესაც ის ადმინისტრაციული სამართლის ნორმების შესრულებას ემსახურება; ბ. როდესაც ის ადმინისტრაციული აქტის გამოცემის ან სხვა მმართველობითი ღონისძიების განხორციელების ვალდებულებას შეიცავს; გ. როდესაც ის მოქალაქის საჯარო-სამართლებრივ უფლებამოსილებებს ან ვალდებულებებს ადგენს. იხ. ტურვა პ., 2018. ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, მეორე გამოცემა, თბილისი, გვ.186-187.

რო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით“, გულისხმობს, რომ ხელშეკრულება ემსახურება საჯარო ამოცანის განხორციელებას.<sup>12</sup> სწორედ საჯარო უფლებამოსილების მიზნით განსხვავდებიან ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებებისაგან.

აღსანიშნავია ის გარემოება, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე, სარგებლის მიმღები არის საზოგადოება. საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება საზოგადოების ინტერესების დაცვასა და კეთილდღეობას ემსახურება. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში, ადმინისტრაციული ორგანოები შეზღუდულნი არიან ისარგებლონ სრული სახელშეკრულებო თავისუფლებით. სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპის ადმინისტრაციულ ორგანოზე სრული მოცულობით გავრცელებას შეეძლო მისთვის უკონტროლო თავისუფლების მინიჭება, რაც გამოიწვევდა ადმინისტრაციული ორგანოს ამოვარდნას საჯარო-სამართლებრივი წესრიგის ერთიანი სისტემიდან<sup>13</sup>.

ადმინისტრაციული ორგანოების მიერ მათი ფუნქციების შესრულების მექანიზმად ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების არჩევა მისგან გამომდინარე სამართლებრივი დავების რიცხვსაც ზრდის. საქართველოს კანონმდებლობა ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში წარმოშობილი დავის განმხილველ მექანიზმად განსაზღვრავს სასამართლოებს.

კომპეტენციის გამიჯვნის პოზიტიური ტაქსაციის მეთოდის გამოყენებით საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კანონმდებლობა იძლევა ადმინისტრაციუ-

ლი დავის საგნის ჩამონათვალს,<sup>14</sup> მათ შორის, სასამართლოში ადმინისტრაციული დავის საგანი შეიძლება იყოს ადმინისტრაციული ხელშეკრულების დადება, შესრულება ან შეწყვეტა.<sup>15</sup>

2005 წლამდე საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი განსაზღვრავდა, რომ სასამართლოში ადმინისტრაციული დავის საგანი შეიძლება ყოფილიყო ადმინისტრაციული გარიგების დადება ან შესრულება.<sup>16</sup> ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების დადებასთან, შესრულებასთან და შეწყვეტასთან დაკავშირებული დავების საერთო სასამართლოების მიერ ადმინისტრაციული სამართალწამოების წესით განხილვის რეგულაცია საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში 2005 წელს აისახა.<sup>17</sup> ამასთან, განისაზღვრა, რომ ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებული კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, დავა მხარეთა შეთანხმებით შეიძლება განსახილველად გადასცემოდა კერძო არბიტრაჟს. 2009 წელს ეს უკანასკნელი ჩანაწერი დაბუსტდა და ნაცვლად „კერძო არბიტრაჟისა“, მიეთითა „არბიტრაჟი“<sup>18</sup>. 2009 წელს კანონმდებელმა აღნიშნული ცვლილება დაუკავშირა ახალი არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონის პროექტის მიღებას და კანონის პროექტის განმარტებით

12 ტურავა პ., 2018. ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, მეორე გამოცემა, თბილისი, გვ.187.

13 კიკილაშვილი გ., 2016. ადმინისტრაციული და სამოქალაქო ხელშეკრულებების გამიჯვნის საპროცესო სამართლებრივი ფუნქცია (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ, თბილისი, გვ. 10.

14 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 9 ივლისის განჩინება №ბს-807 (გ-19)

15 საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: www.matsne.gov.ge.

16 საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, 2005 წლის 14 ივლისამდე მოქმედი რედაქცია, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: www.matsne.gov.ge

17 საქართველოს კანონი „საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის შესახებ“, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: www.matsne.gov.ge

18 საქართველოს კანონი „საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: www.matsne.gov.ge

ბარათში მიუთითა, რომ „ცნება „კერძო არბიტრაჟი“ შეიცვალა ცნებით „არბიტრაჟი“, რადგან აღნიშნული ინსტიტუტის სამართლებრივი ბუნებიდან გამომდინარე, არბიტრაჟი შეიძლება იყოს მხოლოდ კერძოსამართლებრივი დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალება“.<sup>19</sup> აღნიშნული განმარტება მეტად საყურადღებოა, ვინაიდან აღნიშნულ პერიოდში უკვე მიღებული იყო ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია 2001(9) „ადმინისტრაციულ ორგანოებსა და კერძო პირებს შორის დავის გადაჭრის სასამართლო გარეგნის ალტერნატიულ საშუალებათა შესახებ“, რომელიც უშვებდა ადმინისტრაციულ დავებში არბიტრაჟის, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმის, გამოყენების შესაძლებლობას.<sup>20</sup>

დღეს მოქმედი კანონმდებლობა, გარდა გამონაკლისი შემთხვევებისა, ადმინისტრაციულ ორგანოებს არ ანიჭებს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში სრულ ავტონომიას, თავად აირჩიონ დავის გადაწყვეტის მექანიზმები. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებები ექცევა საჯარო-სამართლებრივი კონტროლის ქვეშ. ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ადმინისტრაციული სამართალწარმოებისათვის დაქვემდებარება და დავის ალტერნატიული მექანიზმის არჩევის შესაძლებლობის შეზღუდვა, ერთი მხრივ, შესაძლოა გამოწვეული იყოს იმ გარემოებით, რომ ადმინისტრაციული ორგანოების საქმიანობა ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ფორმით დაექვემდებაროს სასამართლოს კონტროლს. ადმინისტრაციულ სამართალწარმოებაში მოსამართლე არ გვევლინება როგორც დამოუკიდებელი არ-

ბიტრი. ადმინისტრაციული პროცესისათვის დამახასიათებელია ინკვიზიციურობის პრინციპი, რომლის ფარგლებშიც სასამართლოს აქვს უფლებამოსილება შეამოწმოს, ხომ არ იწვევს ადმინისტრაციული ორგანოს ქმედება საჯარო ინტერესისათვის ზიანის მიყენებას, აღნიშნული უფლებამოსილების ფარგლებში, სასამართლოს აქვს შესაძლებლობა თავად გამოითხოვოს დოკუმენტები ან არ დაამტკიცოს მორიგება. შესაბამისად, სასამართლო საჯარო ინტერესთან დაკავშირებული ხელშეკრულებების განხილვისას ფართო უფლებამოსილებით სარგებლობს.

თუმცა, როდესაც ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში დავის გადაწყვეტის მექანიზმებია მსჯელობის საგანი, ყურადღება უნდა მიექცეს 2018 წელს მიღებულ „საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს კანონს. აღნიშნული კანონის შესაბამისად, საჯარო და კერძო თანამშრომლობა/საჯარო და კერძო თანამშრომლობის პროექტი არის საჯარო პარტნიორსა და კერძო პარტნიორს შორის გრძელვადიანი თანამშრომლობა, რომელიც აკმაყოფილებს კანონით გათვალისწინებულ კრიტერიუმებს და ხორციელდება სამუშაოს შესრულების ან/და საჯარო მომსახურების გაწევის მიზნით, კონცესიის ან არაკონცესიური საჯარო და კერძო თანამშრომლობის სახით.<sup>21</sup> ამასთან, კანონმა განსაზღვრა საჯარო მომსახურების ცნება და განმარტა: კერძოდ, საჯარო მომსახურება არის საჯარო ინტერესის სფეროში შემავალი მომსახურება, რომელსაც საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად, როგორც წესი, ახორციელებენ სახელმწიფო ორგანო, მუნიციპალიტეტის ორგანო და საჯარო სამართლის იურიდიული პირი საზოგადოების ფართო წრისთვის.<sup>22</sup> კანონის შესაბამისად, საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ხელ-

19 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/101770?>> [01.03.2021]

20 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int)

21 „საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს კანონი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).

22 იქვე.

შეკრულება არის საჯარო პარტნიორსა და კერძო პარტნიორს შორის კონცესიის ან არაკონცესიური საჯარო და კერძო თანამშრომლობის სახით დადებული გრძელვადიანი ხელშეკრულება.<sup>23</sup>

იმ გარემოების გათვალისწინებით, რომ საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ხელშეკრულება იდება საჯარო მომსახურების განხორციელების მიზნით, აღნიშნული ხელშეკრულება თავისი არსით მოექცევა ადმინისტრაციული ხელშეკრულების ცნებაში და არ იქნება სამოქალაქო სამართლებრივი ხელშეკრულება იმდენად, რამდენადაც აღნიშნული ხელშეკრულება სრულად ემსახურება საჯარო მომსახურების მიღებას. საჯარო მომსახურება სხვადასხვა ფორმით ხორციელდება, მათ შორის, ადმინისტრაციული მმართველობითი ღონისძიების განხორციელების ერთ-ერთი ფორმა არის სწორედ ადმინისტრაციული ხელშეკრულება. შეიძლება ითქვას, რომ საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ხელშეკრულება სრულად აკმაყოფილებს ადმინისტრაციული ხელშეკრულების კრიტერიუმებს.

„საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს კანონის მიღების მიზნად კანონმდებელმა დაასახელა საჯარო და კერძო თანამშრომლობის გამჭვირვალე, ეფექტიანი და თანამედროვე სამართლებრივი და ინსტიტუციონალური ჩარჩოს შექმნა, რომელიც ხელს შეუწყობს სახელმწიფოსა და კერძო სექტორს შორის თანამშრომლობის გაღრმავებას, საინვესტიციო და ბიზნეს გარემოს გაუმჯობესებას და შექმნის ინვესტიციებისათვის მიმზიდველ გარემოს.<sup>24</sup>

„საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს კანონის ფარგლებში გაფორმებულ ხელშეკრულებებზე, კანონმდებელმა გამონაკლისი დააწესა და „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს

კანონის შესაბამისად, აღნიშნული ხელშეკრულებების ფარგლებში დავები არბიტრაჟსაც დაუქვემდებარა, კერძოდ, მიუთითა, რომ არბიტრაჟი უფლებამოსილია განიხილოს „საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს კანონით გათვალისწინებული საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული დავა.<sup>25</sup> ამით კანონმდებელმა კიდევ ერთხელ გაუსვა ხაზი იმ გარემოებას, რომ საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ხელშეკრულებები არ მიეკუთვნება პირთა თანასწორობაზე დამყარებულ კერძო ხასიათის ხელშეკრულებებს, იმდენად, რამდენადაც, თავად „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი ცვლილებების განხორციელებამდეც განსაზღვრავდა, რომ არბიტრაჟი უფლებამოსილი იყო განეხილა პირთა თანასწორობაზე დამყარებული კერძო ხასიათის ის ქონებრივი დავა, რომლის მოწესრიგებაც მხარეებს შეუძლიათ ერთმანეთს შორის.<sup>26</sup>

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის პროექტის ცვლილების პროექტი წარმოადგენდა ახალი „კერძო და საჯარო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს კანონის თანმდევ კანონის პროექტს. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილების შეტანის თაობაზე“ საქართველოს კანონის პროექტის განმარტებით ბარათში კანონმდებელმა მიუთითა, რომ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის ამჟამინდელი ვერსიით არბიტრაჟი უფლებამოსილია განიხილოს მხოლოდ კერძო ხასიათის ქონებრივი დავები, რამაც შესაძლებელია არ მოიცვას საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ურთიერთობების ბუნების მქონე დავები.“<sup>27</sup> შესაბამისად, კანონ-

23 იქვე.  
24 განმარტებითი ბარათი, საქართველოს კანონის პროექტზე „საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159500?>>, [08.03.2021].

25 „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).

26 „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).

27 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილების შეტანის თაობაზე“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159511?>>, [08.03.2021].



მდებრელება განსაზღვრა, რომ საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ხელშეკრულება არ არის კერძო სამართლებრივი ხელშეკრულება და მიეკუთვნება იმ ადმინისტრაციული სახის ხელშეკრულებას, რომლიდან გამომდინარე, დავაც არა მხოლოდ სასამართლომ შეიძლება განიხილოს, არამედ, აღნიშნული ხელშეკრულებების ფარგლებში, დავის განმხილველ მექანიზმად არბიტრაჟიც გვევლინება.

გარდა, საჯარო და კერძო თანამშრომლობის ხელშეკრულებებისა, არბიტრაჟის გამოყენება დასაშვებია საერთაშორისო სასესხო ხელშეკრულებების ფარგლებში დაფინანსებული ხელშეკრულებების ფარგლებშიც. ბოლო 20 წლის განმავლობაში სახელმწიფო საჯარო ფუნქციის შესრულების მიზნით იღებს სესხებს საერთაშორისო საფინანსო ინსტიტუტებისა და დონორი ორგანიზაციებისგან. სესხის ხელშეკრულება საჭიროებს რატიფიცირებას საქართველოს პარლამენტის მიერ.<sup>28</sup> სასესხო ხელშეკრულება, რომელიც გაფორმებულია საერთაშორისო ორგანიზაციასთან, არის საერთაშორისო ხელშეკრულება, რომელსაც ნორმატიული აქტების იერარქიაში უფრო მაღალი ადგილი უჭირავს, ვიდრე საქართველოს კანონებს. სახელმწიფო სასესხო ხელშეკრულებებს არ აფორმებს კერძო მიზნებისათვის, სასესხო ხელშეკრულებების ფარგლებში ფინანსური რესურსები გამოიყოფა სახელმწიფო ორგანოთა მიერ მათი საჯარო უფლებამოსილებების შესრულების მიზნით, იმ ძირითადი სამუშაოს შესასრულებლად, რომელიც საჯარო სარგებლის მომტანია.

სახელმწიფო სასესხო ხელშეკრულებითვე იღებს ვალდებულებას შესაბამისი სამუშაოების შესრულება განახორციელოს ამავე საერთაშორისო საფინანსო ინსტიტუტის ან/და დონორი ორგანიზაციის მიერ დადგენილი წესების შესაბამისად, ხოლო დავის გადაწყვეტის მექანიზმად განსაზღვროს დავის ალტერნატიული მექანიზმი,

როგორც არის არბიტრაჟი. ასეთი შესყიდვები არ ექცევა „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ საქართველოს კანონის მოქმედების სფეროში. ხელშეკრულებები ფორმდება როგორც საკონსულტაციო მომსახურებაზე, ასევე სამშენებლო სამუშაოების განხორციელებაზე, რომლებიც თავისი ბუნებით წარმოადგენს ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებს. ასეთი ხელშეკრულებები ემსახურება საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზანს.

სამშენებლო სამუშაოების ხელშეკრულებების ფარგლებში გამოიყენება FIDIC\*-ის ტიპის ან თავად საერთაშორისო საფინანსო ინსტიტუტის/დონორი ორგანიზაციის მიერ მომზადებული ტიპური ხელშეკრულება. ხელშეკრულებების მიზნებისათვის დავის განმხილველ მექანიზმად არასდროს არ არის გათვალისწინებული სასამართლო, არამედ ხელშეკრულებების ფარგლებში დავის განმხილველ მექანიზმად განხილულია ალტერნატიული მექანიზმი, როგორცაა დავების განმხილველი საბჭო (Dispute Avoidance/Adjudication Board)<sup>29</sup> ან მომრიგებელი (Adjudicator)<sup>30</sup>, ხოლო მათი გადაწყვეტილებების შემდგომი გასაჩივრების მექანიზმი არის საერთაშორისო არბიტრაჟი. საქართველოს კანონმდებლობით აღიარებულია არბიტრაჟი, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმი სამოქალაქო სამართლებრივ ხელშეკრულებებში, თუმცა არც სამოქალაქო-სამართლებრივი ხასიათის ხელშეკრულებებში და არც ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებში საქართველოს კანონმდებლობა არ აღიარებს დავების განმხილველ საბჭოს (Dispute Avoidance/Adjudication Board) ან მო-

28 საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).

\* Fédération Internationale Des Ingénieurs – Conseils.  
29 General Conditions, FIDIC Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works Designed by the Employer, 2017. Published by International Federation of Consulting Engineers, Geneva, Switzerland, Second Edition, p. 22.  
30 General Conditions of Contract, Standart Procurement Document, Request for Bids Small Works (One-Envelope Bidding Process). <<http://pubdocs.worldbank.org/en/885201576685661155/SPDRequestforBidsSMALLWORKS-One-Envelope-December-2019.docx> > [08.03.2021].

მრიგებელს (Adjudicator), როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ მექანიზმს. არსებული რეალობით, აღნიშნულმა ორმა ინსტიტუტმა არსებითად ფეხი მოკიდა საერთაშორისო სასესხო ხელშეკრულებების ფარგლებში გაფორმებულ ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებში. ამ შემთხვევაში მხარეთა მიერ ადმინისტრაციული ხელშეკრულების გაფორმებისას ხდება დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მექანიზმისათვის ლეგიტიმაციის მინიჭება და სწორედ აღნიშნული ინსტიტუტები გვევლინებიან მართლმსაჯულების მექანიზმებად საერთაშორისო საფინანსო ინსტიტუტების/დონორი ორგანიზაციების მიერ დაფინანსებული ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში. შესაბამისად, საქართველოს სამართლებრივ სივრცეში, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში, რომელიც დაფინანსებულია საერთაშორისო საფინანსო ინსტიტუტების/დონორი ორგანიზაციების მიერ, დამკვიდრებულია არბიტრაჟის მექანიზმი და სხვა ალტერნატიული მექანიზმი, რომელიც ასეთი ხელშეკრულებების ფარგლებში დავებისათვის წარმოადგენს პირველ ინსტანციას.

მიუხედავად იმისა, რომ ადმინისტრაციული საპროცესო კანონმდებლობა ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში დავებს უქვემდებარებს ადმინისტრაციულ სასამართლოებს, კანონმდებელი ადმინისტრაციული ხელშეკრულების გარკვეულ კატეგორიაზე უშვებს არბიტრაჟის გამოყენების შესაძლებლობას. აღნიშნული შესაძლოა მნიშვნელოვანი არგუმენტი იყოს იმისთვის, რომ კანონმდებელი დაფიქრდეს ყველა სახის ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში არბიტრაჟის გამოყენების შესაძლებლობაზე. კანონმდებელი არ გამოყოფს კრიტერიუმს და არ არის არგუმენტირებული, თუ რატომ არის შესაძლებელი რამდენიმე კატეგორიის ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებაში არბიტრაჟის დავის გადაწყვეტის მექანიზმად განსაზღვრა და რა უარყოფითი გავლენა შეიძლება ჰქონდეს ყველა სახის ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებას

არბიტრაჟის დავის გადაწყვეტის მექანიზმად განსაზღვრას. ამასთან, არბიტრაჟის, როგორც დავის გადაწყვეტის მექანიზმის, განსაზღვრა თავად ადმინისტრაციული ხელშეკრულების გაფორმების ეტაპზევე შესაძლებელი იმდენად, რამდენადაც არბიტრაჟი დავის განმხილველი შესაძლოა იყოს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ აღნიშნულზე არსებობს მხარეთა წერილობითი შეთანხმება.

რა თქმა უნდა, ყველა სისტემას, როგორც სასამართლო სისტემას, ასევე არბიტრაჟის ინსტიტუტს შეიძლება ჰქონდეს მისი დადებითი და უარყოფითი მაგალითები, თუმცა, არბიტრაჟის სისტემის განვითარების ტემპებმა გვიჩვენა, რომ აღნიშნული მექანიზმი არის ეფექტური და სწრაფი მექანიზმი დავების გადასაწყვეტად.

არბიტრაჟი არის სისტემა, რომელიც ყველაზე ახლოს დგას სასამართლო პროცესთან,<sup>31</sup> იგი არის სავალდებულო გადაწყვეტა მხარეთა მოთხოვნების და მიიღება დამოუკიდებელი არბიტრის ან არბიტრთა ჯგუფის მიერ.<sup>32</sup> არბიტრაჟი არის ფორუმი, რომელიც დაფუძნებულია მხარეთა ავტონომიურობაზე – მხარეები თანხმდებიან არბიტრაჟის პროცესზე მათი საჭიროებებისა და პრაქტიკის შესაბამისად.<sup>33</sup> საარბიტრაჟო სასამართლო საქმეს არ განიხილავს მხარეთა შეთანხმების გარეშე. იმისთვის, რომ საქმე განსახილველად არბიტრაჟს გადაეცეს, აუცილებელია მხარეთა წერილობითი შეთანხმება დავის არბიტრაჟის მიერ განხილვაზე. არბიტრთა დადგენილებები და გადაწყვეტილება სავალდებულოა მხარეთათვის, მას საბოლოო სასამართლო გადაწყვეტილების სახე აქვს. არბიტრაჟის

31 Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington, p. 4.  
 32 Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. Cardozo Journal of Conflict Resolution, 11, no. 2, p.441.  
 33 Hoellering M.F., 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change, vol. 14, no. 3, p. 785.

დამახასიათებელი სწორედ ის არის, რომ მათი გადაწყვეტილებების გადახედვა ზემდგომი ინსტანციის ან სხვა პირთა მიერ შეუძლებელია. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გადახედვა სასამართლოს მიერ ვიწრო საფუძვლებზე არის შესაძლებელი, მაგალითად ისეთი საფუძვლით, როგორც არის თაღლითობა ან იძულება, ვინაიდან საარბიტრაჟო შეთანხმება ხელშეკრულების ანალოგიურია<sup>34</sup>, ან თუ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება არღვევს საჯარო წესრიგს.

არბიტრაჟი შეიძლება იყოს როგორც სავალდებულო, ასევე არასავალდებულო. აღნიშნული დამოკიდებულია მხარეთა შეთანხმებაზე. სავალდებულო არბიტრაჟის დროს გადაწყვეტილებას იღებს მესამე მხარე და მოდავე მხარეები ვალდებული არიან გადაწყვეტილება დაიცვან მაშინაც კი, თუ არ ეთანხმებიან მას, რითაც არბიტრაჟის გადაწყვეტილება სასამართლოს გადაწყვეტილებას წააგავს. არასავალდებულო არბიტრაჟის დროს მესამე მხარის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება შეიძლება უარყონ მხარეებმა.<sup>35</sup>

არბიტრაჟის ეფექტურობა აღიარებულ იქნა კანონმდებლის მიერ საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ კანონის მიღების ეტაპზე. კანონმდებელი აღნიშნავდა, რომ „*დღესდღეობით, არბიტრაჟი წარმოადგენს დავების გადაწყვეტის კოპულარულ ალტერნატივას სასამართლოს გვერდით, რაც განპირობებულია მისი სწრაფი, იაფი, ეფექტური, მოქნილი პროცედურებით და კონფიდენციალური ხასიათით. აქედან გამომდინარე, კანონის მოქმედების სფეროს დაკონკრეტება საჯარო და კერძო თანამშრომლობის პროექტების მონაწილეებისთვის, განსაკუთრებით ინვესტორებისთვის*

*იქნება მკაფიო გზავნილი, რომ სახელმწიფო მზად არის, ხელი შეუწყოს და წაახალისოს მათი ჩართულობა საჯარო და კერძო თანამშრომლობის პროექტების განხორციელებაში და შეუქმნას მათი უფლებების დაცვის გარანტიები, მათ შორის, პროცედურული გარანტიები.*“<sup>36</sup> ამდენად, არბიტრაჟი არა მხოლოდ მოქნილი და სწრაფი ინსტიტუტია, არამედ იგი წარმოადგენს სანდო ინსტიტუტსაც, მითუმეტეს იმ პირობებში, როდესაც სახელშეკრულებო ურთიერთობა წარმოიშობა უცხო ქვეყნის იურიდიულ პირებთან.

არბიტრაჟის გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების მოთხოვნით გამარჯვებული მხარე მიმართავს სასამართლოს. მას შემდეგ, რაც არბიტრაჟი გახდა პოპულარული როგორც ეროვნულ, ასევე საერთაშორისო დონეზე, არბიტრაჟის გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება უფრო სწრაფად და ადვილად ხდება. ამასთან, უცხო საარბიტრაჟო ტრიბუნალების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების აღსრულება უფრო მარტივი ხდება 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოებისათვის, რომლითაც განსაზღვრულია უცხო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების პრინციპები და პროცედურული ასპექტები.

ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციის შესაბამისად, მხარეებს უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა შეარჩიონ არბიტრაჟისათვის კანონები და პროცედურები კანონმდებლობით დადგენილი შეზღუდვების ფარგლებში. ამასთან, კანონისა და მხარეთა სურვილების მიხედვით საარბიტრაჟო მოსამართლეების გადაწყვეტილებანი სამართლიანი პრინციპების საფუძველზე უნდა მიიღებოდეს.<sup>37</sup> საარ-

34 Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 11, no. 2, p.441.

35 Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide. Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington, p. 4.

36 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილების შეტანის თაობაზე“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159511?>>, [08.03.2021].

37 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official

ბიტრაჟო მოსამართლეებს უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, გააანალიზონ აქტის, როგორც წინასწარი საკითხის, კანონიერება არსებითად გადაწყვეტილების მიღების მიზნით, თუნდაც ისინი არ იყვნენ უფლებამოსილნი, მიიღონ გადაწყვეტილება მისი კანონიერების მიხედვით, რათა აქტი ჩაითვალოს ბათილად.<sup>38</sup> მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ არბიტრაჟთან მიმართებით რეკომენდაცია შედარებით ფრთხილია და უშვებს მნიშვნელოვანი შეზღუდვის შესაძლებლობას კანონმდებლობის შესაბამისად. აღნიშნული, ერთი მხრივ, სავარაუდოდ გამოწვეულია იმ გარემოებით, რომ არბიტრაჟის გადაწყვეტილების გადასინჯვის შესაძლებლობა შეზღუდულია, ამასთან, ადმინისტრაციულ მართლმსაჯულებაში ადმინისტრაციულ სასამართლოებს არ აქვთ მხოლოდ დავის გამამწყვეტი ორგანოს ფუნქცია და მათი მიზანი საჯარო ინტერესის დაცვაც არის. შესაბამისად, რეკომენდაცია სახელმწიფოებს აძლევს თავისუფლებას დაადგინონ შეზღუდვები კანონმდებლობით არბიტრაჟთან მიმართებით.

ზოგიერთი ქვეყანა ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებში უშვებს არბიტრაჟის გამოყენებას. მაგალითად, რუმინეთში საჯარო შესყიდვების ხელშეკრულებებისა\* და კონცესიების ხელშეკრულებების ფარგლებში დასაშვებია დავის გადაწყვეტის მექანიზმად არბიტრაჟის გამოყენება.<sup>39</sup> რუმინეთში ასევე დასაშვებია საჯარო ქონებასთან დაკავშირებულ კონცესიის ხელშეკრულებებში არბიტრაჟის გამოყენება.<sup>40</sup>

საქართველოს კანონმდებლობით ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების არბიტრაჟის მიერ განხილვის გამორიცხვაც შესაძლებელია გამოწვეულია იმ გარემოებით, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, დავას არბიტრები შეიძლება მიუდგნენ, როგორც წმინდა კომერციულს და გამორიცხონ საჯარო ინტერესის დაცვა. თუმცა, აღნიშნული არ არის დადასტურებული და მხოლოდ თეორიული განაცხადია.

მნიშვნელოვანია ხაზი გაესვას იმ გარემოებას, რომ სასამართლო არ აღიარებს არბიტრაჟის გადაწყვეტილებას, რომელიც არღვევს საჯარო წესრიგს. საჯარო ინტერესის ხელყოფა საჯარო წესრიგის დარღვევის კატეგორიას მიეკუთვნება, ვინაიდან საჯარო ინტერესის ხელყოფით ხდება საზოგადოების ინტერესის ხელყოფა. მსგავსი საფუძვლით ყველა ქვეყნის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა, მათ შორის საქართველოს კანონმდებლობაც, ითვალისწინებს არბიტრაჟის გადაწყვეტილების გაუქმებას. შესაბამისად, აღნიშნული გამორიცხავს არბიტრთა მიერ საჯარო ინტერესის საკითხების გაუთვალისწინებლობას. აღსანიშნავია, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟებში აღიარებულია სახელმწიფოების მიერ მოქალაქეთა ინტერესების დაცვის ვალდებულება და მათი კეთილდღეობის უზრუნველყოფა *parents patriae*-ს პრინციპის საფუძველზე. აღნიშნული პრინციპის ძალით სახელმწიფოს, სახელმწიფო ორგანოებს აქვთ უფლებამოსილება წარადგინონ სარჩელი კვაზი-სუვერენული ინტერესის დასაცავად, რომელიც მოიცავს მოქალაქეთა ეკონომიკური, სოციალური და სხვა ინტერესების დაცვას.<sup>41</sup> აშშ-ის ერთ-ერთი შტატის უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ არბიტრს, რომელსაც უფლებამოსილება გადაეცემა, არის საჯარო და არა კერძო პირი, ექვემდებარება სახელმწიფო სუვერენიტეტის ნაწილს და უფლებამოსილია თავისუფლად განახო-

Website: [www.coe.int](http://www.coe.int)

38 იქვე.

\* მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოების უმრავლესობა საჯარო შესყიდვების ხელშეკრულებებს აღიარებს ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებად, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკით სახელმწიფო შესყიდვების ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე, დავები განსჯადობით დაქვემდებარებულია სამოქალაქო პალატებისათვის.

39 Sararu C.S., 2018. Arbitration Settlement of Disputes concerning Administrative Contracts in Romania. *Juridical Tribune*, vol.8, no. Special Issue, p. 224.

40 იქვე.

41 Brans E.H.P., 2001. Liability for Damage to Public Natural Resources – Standing, Damage and Damage Assessment. *Kluwer Law International*, p. 55.

რციელოს მისი უფლებამოსილებები კონტროლისა და ზედამხედველობის გარეშე.<sup>42</sup> შესაბამისად, აღნიშნული კიდევ ერთხელ უსვამს ხაზს საჯარო ინტერესისადმი არბიტრთა დამოკიდებულებას.

ამდენად, ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებებში, კარგი საერთაშორისო პრაქტიკის გათვალისწინებითა და იმ გარემოების გამო, რომ არსებობს არბიტრთა მიერ საჯარო ინტერესის ხელყოფის შემთხვევაში მათი გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველი, შესაძლებელი უნდა იყოს ადმინისტრაციული ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე დავების არბიტრაჟში განხილვა. საჯარო ინტერესის ხელყოფით არბიტრაჟის გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველი წარმოადგენს იმ არგუმენტის გაქარწყლების საფუძველს, რომელიც გამორიცხავს ადმინისტრაციული კატეგორიის დავების არბიტრაჟში განხილვის შესაძლებლობას.

„კარგი მმართველობის“ პრინციპი სახელმწიფოსაგან მოითხოვს მართლმსაჯულების განხორციელების ეფექტური მექანიზმის შექმნას. კანონის უზენაესობა და სამართლის ხელმისაწვდომობა არის მნიშვნელოვანი ელემენტები სახელმწიფოს სტაბილურობისა და განვითარებისათვის. სამართლის უზენაესობის დაცვით მთავრობები მნიშვნელოვან ლეგიტიმაციას იძენენ.<sup>43</sup> შესაბამისად, დავის გადა-

წყვეტის ეფექტური, სწრაფი, მოქნილი, სანდო და ეკონომიური მექანიზმები ქმნიან სტაბილურ გარემოს სახელმწიფოში. დავების რაოდენობის ზრდამ უკიდურესად გადატვირთა სასამართლოები, დავათა განხილვის ვადები ყოველწლიურად ხანგრძლივდება, მცირდება მართლმსაჯულების ხარისხი და სასამართლოები ზოგიერთ შემთხვევაში მხოლოდ ტექნიკური ფუნქციის შემსრულებლებად გვევლინებიან, რაც დღის წესრიგში აყენებს ახალი პროგრამებისა და მექანიზმების შემუშავების აუცილებლობას. ფაქტობრივად გონივრულ ვადებში საქმის განხილვა მიუღწევად მოვლენად იქცა. შესაბამისად, საჭირო ხდება ადმინისტრაციულ დავათა გარკვეული სახეების გამოყოფა, რომლებშიც შესაძლებელი იქნება სასამართლოს გარდა დავის განმხილველ მექანიზმად სხვა ალტერნატივის არჩევა.

ამდენად, ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციის, არსებული პრაქტიკისა და საუკეთესო მაგალითების საფუძველზე, შესაძლებელია ადმინისტრაციული ხელშეკრულებების ფარგლებში დავის განმხილველ მექანიზმად არბიტრაჟის განსაზღვრა პოპულარულ და სარგებლიან გადაწყვეტად იქნეს მიჩნეული. თუმცა აღნიშნული საჭიროებს პოლიტიკურ, ეკონომიკურ და სამართლებრივ მხარდაჭერას საკანონმდებლო დონეზე.

42 Howlett R.G., 1973. Contract Negotiation Arbitration in the Public Sector. University of Cincinnati Law Review, 42, no. 1, p. 56.

43 William D., Helga T. 2011. Access to Justice and

Alternative Dispute Resolution. Journal of Dispute Resolution. no. 1, p. 47.

#### ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
2. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
3. საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge)
4. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, საკანონმდებ-

- ლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
5. „საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“ საქართველოს კანონი, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
  6. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი, 2005 წლის 14 ივლისამდე მოქმედი რედაქცია, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
  7. საქართველოს კანონი „საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის შესახებ“, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
  8. საქართველოს კანონი „საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ოფიციალური ვებგვერდი: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
  9. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „საქართველოს ადმინისტრაციულ საპროცესო კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/101770?>> [01.03.2021]
  10. განმარტებითი ბარათი, საქართველოს კანონის პროექტზე „საჯარო და კერძო თანამშრომლობის შესახებ“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159500?>>, [08.03.2021].
  11. განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის პროექტზე „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილების შეტანის თაობაზე“, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159511?>>, [08.03.2021].
  12. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 9 ივლისის განჩინება №ბს-807 (გ-19).
  13. ტურავა პ., 2018. ზოგადი ადმინისტრაციული სამართლის სახელმძღვანელო, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, მეორე გამოცემა, თბილისი.
  14. კიკილაშვილი გ., 2016. ადმინისტრაციული და სამოქალაქო ხელშეკრულებების გამიჯვნის საპროცესო სამართლებრივი ფუნქცია (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ, თბილისი.
  15. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int)
  16. Brans E.H.P., 2001. Liability for Damage to Public Natural Resources – Standing, Damage and Damage Assessment. Kluwer Law International.
  17. Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington.
  18. General Conditions, FIDIC Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works Designed by the Employer, 2017. Published by International Federation of Consulting Engineers, Geneva, Switzerland, Second Edition.
  19. General Conditions of Contract, Standart Procurement Document, Request for Bids Small Works (One-Envelope Bidding Process). <<http://pubdocs.worldbank.org/en/885201576685661155/SPDRe>

- questforBidsSMALLWORKS-One-Envelope-December-2019.docx > [08.03.2021].
20. Hoellering M.F., 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change, vol. 14, no. 3.
  21. Howlett R.G., 1973. Contract Negotiation Arbitration in the Public Sector. University of Cincinnati Law Review, 42, no. 1.
  22. Langrod G., 1955. Administrative Contracts – A Comparative Study. American Journal of Comparative Law, no. 3.
  23. Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. Cardozo Journal of Conflict Resolution, 11, no. 2.
  24. Pascariu L.T., 2016. Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts. European Journal of Law and Public Administration, no. 1.
  25. Sandu A. M., Pagarin M.S., 2012. Study on Administrative Contracts. Contemporary Readings in Law and Social Justice, no. 2.
  26. Sararu C.S., 2018. Arbitration Settlement of Disputes concerning Administrative Contracts in Romania. Juridical Tribune, vol.8, no. Special Issue.
  27. Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dispute Resolution.
  28. William D., Helga T., 2011. Access to Justice and Alternative Dispute Resolution. Journal of Dispute Resolution. no. 1.

# PROSPECTS FOR USING THE ARBITRATION FOR RESOLVING THE DISPUTES ARISING OUT OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS

**Salome Tsurtsunia**

*PhD Student of Tbilisi State University,  
Affiliated Assistant Professor of the European University,  
Deputy Chairperson of Roads Department of Georgia  
under the Ministry of Regional Development and  
Infrastructure of Georgia*

**KEYWORDS:** Administrative Contract, Alternative Dispute Resolution, Arbitration

## ABSTRACT

The use of arbitration as an alternative dispute resolution mechanism in the modern legal environment is increasing in civil-legal disputes. Although in 2001, the Council of Europe recommended using alternative dispute resolution mechanisms in administrative disputes, up to date, arbitration and other alternative dispute resolution mechanisms have not gained popularity in administrative disputes.

Given its nature, arbitration is the closest to the judicial mechanism among the alternative dispute resolution methods. Although the use of arbitration as a dispute resolution mechanism in administrative disputes is not recognized by the legislation of Georgia, considering the types of administrative disputes, it is possible to use arbitration dispute resolution mechanisms in certain categories of administrative disputes.

It is important to note that defining an alternative dispute resolution mechanism against the background of the overwhelmed courts and delayed justice and establishing new mechanisms may be successful



and promising in the context of a justice rapid response.

Accordingly, taking into account the legislation of Georgia, the analysis of practice, and the application of civil standards to administrative contracts, the aim of the study is to consider the possibility of using the arbitration mechanism in disputes arising out of administrative contracts.

In this regard, the subject matter of the study is the essence of the administrative contracts and arbitration mechanism, the analysis of Georgian legislation is presented, and the possibility, purpose, and perspective of the use of arbitration for resolving the disputes of administrative contracts are summarized.

#### BIBLIOGRAPHY:

1. Constitution of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
2. Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
3. General Administrative Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
4. Law of Georgia on Arbitration, Legislative Herald, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge).
5. Law of Georgia on Public-Private Partnership, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
6. Administrative Procedure Code of Georgia, current until 14 July 2005, Legislative Herald of Georgia, official website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
7. Law of Georgia on Amendments and Addenda to the Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
8. Law of Georgia on Amendments to the Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
9. Explanatory Note on the Draft Law of Georgia on Amendments to the Administrative Procedure Code of Georgia, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/101770?>> [01.03.2021] (In Georgian)
10. Explanatory Note on the Draft Law of Georgia on Public-Private Partnership, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159500?>>, [08.03.2021]. (In Georgian)
11. Explanatory Note on the Draft Law of Georgia on Amendments to the Law of Georgia on Arbitration, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159511?>>, [08.03.2021]. (In Georgian)
12. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 9, 2020 №BS-807 (G-19). (In Georgian)
13. Turava P., 2018. Handbook of General Administrative Law, World of Lawyers Publishing House, Second Edition, Tbilisi. (In Georgian)
14. Kikilashvili G., 2016. Procedural Legal Function of Separation of Administrative and Civil Contracts (Comparative Legal Analysis), Dissertation, TSU, Tbilisi. (In Georgian)
15. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int) (In English)
16. Brans E.H.P., 2001. Liability for Damage to Public Natural Resources

- Standing, Damage and Damage Assessment. Kluwer Law International. (In English)
17. Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington. (In English)
  18. General Conditions, FIDIC Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works Designed by the Employer, 2017. Published by International Federation of Consulting Engineers, Geneva, Switzerland, Second Edition. (In English)
  19. General Conditions of Contract, Standart Procurment Document, Request for Bids Small Works (One-Envelope Bidding Process). <<http://pubdocs.worldbank.org/en/885201576685661155/SPDRequestforBidsSMALLWORKS-One-Envelope-December-2019.docx> > [08.03.2021]. (In English)
  20. Hoellering M.F., 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. New York University Review of Law & Social Change, vol. 14, no. 3. (In English)
  21. Howlett R.G., 1973. Contract Negotiation Arbitration in the Public Sector. University of Cincinnati Law Review, 42, no. 1. (In English)
  22. Langrod G., 1955. Administrative Contracts – A Comparative Study. American Journal of Comparative Law, no. 3. (In English)
  23. Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. Cardozo Journal of Conflict Resolution, 11, no. 2. (In English)
  24. Pascariu L.T., 2016. Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts. European Journal of Law and Public Administration, no. 1. (In English)
  25. Sandu A. M., Pagarin M.S., 2012. Study on Administrative Contracts. Contemporary Readings in Law and Social Justice, no. 2. (In English)
  26. Sararu C.S., 2018. Arbitration Settlement of Disputes concerning Administrative Contracts in Romania. Juridical Tribune, vol.8, no. Special Issue. (In English)
  27. Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dispute Resolution. (In English)
  28. William D., Helga T., 2011. Access to Justice and Alternative Dispute Resolution. Journal of Dispute Resolution. no. 1. (In English)

#### NOTES:

1. Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington, p 4. (In English)
2. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int) (In English)
3. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int) (In English)
4. Smith W.F., 1984. Alternative Means of Dispute Resolution: Practices and Possibilities in the Federal Government. Missouri Journal of Dis-

- pute Resolution, p.23. (In English)
5. Pascariu L.T., 2016. Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts. *European Journal of Law and Public Administration*, no. 1, p.117. (In English)
  6. Pascariu L.T., 2016. Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts. *European Journal of Law and Public Administration*, no. 1, p.117. (In English)
  7. General Administrative Code of Georgia, legislative herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge) (In Georgian)
  8. Sandu A. M., Pagarin M.S., 2012. Study on Administrative Contracts. *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, no. 2, p. 904. (In English)
  9. Pascariu L.T., 2016. Some Ideas for a Comparative Analysis of the Administrative Contracts. *European Journal of Law and Public Administration*, no. 1, p. 116. (In English)
  10. Langrod G., 1955. Administrative Contracts – A Comparative Study. *American Journal of Comparative Law*, no. 3, p. 333. (In English)
  11. Turava P., 2018. Handbook of General Administrative Law, Publisher „World of Lawyers“, second edition, Tbilisi, p.186. (In Georgian)
  12. Turava P., 2018. Handbook of General Administrative Law, Publisher „World of Lawyers“, second edition, Tbilisi, p.187. (In Georgian)
  13. Kikilashvili G., 2016. Procedural legal function of separation of administrative and civil contracts (comparative legal analysis), dissertation, TSU, Tbilisi, p. 10. (In Georgian)
  14. Judgment of the Supreme Court of Georgia of July 9, 2020 №BS-807 (G-19). (In Georgian)
  15. Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  16. Administrative Procedure Code of Georgia, current until 14 July 2005, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  17. Law of Georgia on Amendments and Addenda to the Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  18. Law of Georgia on Amendments to the Administrative Procedure Code of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  19. Explanatory Note on the Draft Law of Georgia on Amendments to the Administrative Procedure Code of Georgia <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/101770?>> [01.03.2021] (In Georgian)
  20. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int). (In English)
  21. Law of Georgia on Public-Private Partnership, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  22. Law of Georgia on Public-Private Partnership, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  23. Law of Georgia on Public-Private Partnership, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  24. Explanatory Note on the Draft Law of Georgia on Public-Private Partnership, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159500?>>, [08.03.2021]. (In Georgian)
  25. Law of Georgia on Arbitration, Legislative Herald, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  26. Law of Georgia on Arbitration, Legislative Herald, Official Website:

- www.matsne.gov.ge. (In Georgian)
27. Explanatory Card on the Draft Law of Georgia on Amendments to the Law of Georgia on Arbitration, <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159511?>>, [08.03.2021]. (In Georgian)
  28. Constitution of Georgia, Legislative Herald of Georgia, Official Website: [www.matsne.gov.ge](http://www.matsne.gov.ge). (In Georgian)
  29. General Conditions, FIDIC Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works Designed by the Employer, 2017. Published by International Federation of Consulting Engineers, Geneva, Switzerland, Second Edition, p. 22. (In English)
  30. General Conditions of Contract, Standart Procurement Document, Request for Bids Small Works (One-Envelope Bidding Process). <<http://pubdocs.worldbank.org/en/885201576685661155/SPDRequestforBidsSMALLWORKS-One-Envelope-December-2019.docx>> [08.03.2021]. (In English)
  31. Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington, p. 4. (In English)
  32. Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 11, no. 2, p.441. (In English)
  33. Hoellering M.F., 1986. Alternative Dispute Resolution and International Trade. *New York University Review of Law & Social Change*, vol. 14, no. 3, p. 785. (In English)
  34. Lebovits G., Hidalgo L.R., 2010. Alternative Dispute Resolution in Real Estate Matters: The New York Experience. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 11, no. 2, p.441. (In English)
  35. Brown S., Cervenak Ch., Fairman D., 1998. Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide. Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington, p. 4. (In English)
  36. Explanatory Note to the Draft Law of Georgia on Amendments to the Law of Georgia on Arbitration <<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/159511?>> , [08.03.2021]. (In Georgian)
  37. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int). (In English)
  38. Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties, Rec(2001)9, 5 September 2001. Official Website: [www.coe.int](http://www.coe.int) (In English)
  39. Sararu C.S., 2018. Arbitration Settlement of Disputes concerning Administrative Contracts in Romania. *Juridical Tribune*, vol.8, no. Special Issue, p. 224. (In English)
  40. Sararu C.S., 2018. Arbitration Settlement of Disputes concerning Administrative Contracts in Romania. *Juridical Tribune*, vol.8, no. Special Issue, p. 224. (In English)
  41. Brans E.H.P., 2001. Liability for Damage to Public Natural Resources – Standing, Damage and Damage Assessment. *Kluwer Law International*, p. 55. (In English)
  42. Howlett R.G., 1973. Contract Negotiation Arbitration in the Public Sector. *University of Cincinnati Law Review*, 42, no. 1, p. 56. (In English)
  43. William D., Helga T., 2011. Access to Justice and Alternative Dispute Resolution. *Journal of Dispute Resolution*. no. 1, p. 47. (In English)

# მსოფლიოს წამყვანი ქვეყნების კიბერუსაფრთხოების ეროვნული სისტემები

## ირაკლი ნადარეიშვილი

სამართლის დოქტორი, კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ასისტენტ პროფესორი, საქართველოს გენერალური პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის უფროსი

## ჭემალ ლომსაძე

სამართლის მაგისტრი, საქართველოს გენერალური პროკურატურის სამართალწარმოების პროცესში ჩადენილი დანაშაულის გამოძიების დეპარტამენტის უფროსი პროკურორი

საკვანძო სიტყვები: კიბერუსაფრთხოების სისტემები, კიბერდანაშაული, ჰაკერი, კიბერსივრცე, ვირუსი

## შესავალი

XXI საუკუნეში ტექნოლოგიების სწრაფმა განვითარებამ განაპირობა, რომ თანამედროვე მსოფლიოს გეოპოლიტიკური მოწყობა დამოკიდებულია არა მხოლოდ ქვეყნების არმიის სიძლიერებზე, არამედ კიბერუსაფრთხოების სისტემების გამართულ მუშაობაზეც. სწორედ აღნიშნულიდან გამომდინარე, მსოფლიოს განვითარებული ქვეყნები ერთმანეთს „ჯიბრებიან“ კიბერსფეროში მძლავრი თავდაცვითი სისტემებისა და აქტიური შეტევითი ღონისძიებების გატარებაში. შეიძლება ცალსახად ითქვას,

რომ ამერიკის შეერთებული შტატების კიბერუსაფრთხოების სისტემას თანამედროვე მსოფლიოში კონკურენტი არ ჰყავს, ასევე საკმაოდ ეფექტურია გაერთიანებული სამეფოსა და საფრანგეთის ეროვნული კიბერუსაფრთხოების სისტემები. თავის მხრივ, რუსეთის ფედერაცია და ჩინეთიც აქტიურად ცდილობენ, არ ჩამორჩნენ თანამედროვე ტექნოლოგიების განვითარებას, რათა შეესაბამებოდნენ კიბერსივრცეში არსებულ მოთხოვნებსა და გამოწვევებს. ყოველწლიურად მსოფლიოს წამყვანი ქვეყნები კოლოსალურ თანხებს ხარჯავენ საკუთარი ქვეყნების კიბერუსაფრთხოების სისტემების განვითარების, დახვეწისა და ახალი ტექნოლოგიების შემუშავების მიზნით, რაც პირდაპირ მიანიშნებს აღნიშნული სისტემებისა და მსოფლიოში მყარი კიბერუსაფრთხო გარემოს შექმნის მნიშვნელობაზე.

### მსოფლიოს ქვეყნების კიბერუსაფრთხოების ეროვნული სისტემები

**ამერიკის შეერთებული შტატები:** კიბერდანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლის სტრატეგიის შერჩევისას, ცალსახად მნიშვნელოვანია ისეთი ქვეყნების გამოცდილების გაზიარება, როგორც არის ამერიკის შეერთებული შტატები, ვინაიდან აღნიშნულ სახელმწიფოში კიბერდანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლის მეთოდოლოგია ათწლეულებს ითვლის.

კომპიუტერული ტექნოლოგიების გამოყენებით ჩადენილი დანაშაულის წინააღმდეგ ბრძოლის მიზნით პირველი სამართლებრივი დოკუმენტი აშშ-ის კონგრესმა 1984 წელს მიიღო და ის ცნობილია „კომპიუტერით თაღლითობისა და მისი ბოროტად გამოყენების შესახებ“ აქტის სახელწოდებით. აღნიშნული სამართლებრივი აქტით, თავდაპირველად გათვალისწინებული იყო სხვადასხვა სახის შეზღუდვები. კერძოდ, იგი ავალდებულებდა საგამოძიებო ორგანოებს, რომ კონკრეტული პირის მიერ კომპიუტერულ სისტემაში ნებისმიე-

რი ფორმით შეღწევის შემთხვევაში, პირველ რიგში, მოეპოვებინათ მტკიცებულება იმის დასადასტურებლად, რომ შეღწევა განხორციელებული იყო უნებართვოდ. აღნიშნული სახის დებულება გამორიცხავდა იმ პირების სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას, რომლებიც თუნდაც უნებართვის სხვადასხვა გზით მოპოვების შემდეგ, ასევე მოიპოვებდნენ სხვა მომხმარებლის კომპიუტერულ მონაცემებს. ხსენებული აქტი არ ითვალისწინებდა სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას ისეთი ქმედებისათვის, როდესაც შეღწევა ხდებოდა კონკრეტული მიზნის გარეშე. 1994 წელს გარკვეული ცვლილებები შევიდა „კომპიუტერით თაღლითობისა და მისი ბოროტად გამოყენების შესახებ“ აქტში, რაც განპირობებული იყო კიბერდანაშაულების მიერ, სხვისი კომპიუტერული სისტემების დაზიანების მიზნით, სხვადასხვა სახის ვირუსული პროგრამების შექმნით. აღნიშნულ აქტში ცვლილებების შეტანა აუცილებელი იყო, ვინაიდან ძველი რედაქციით ძირითადი აქცენტი გაკეთებული იყო ზოგადად კომპიუტერულ სისტემაში უკანონო შეღწევაზე და საერთოდ არ იყო დარეგულირებული კიბერდანაშაულის მიერ კომპიუტერული სისტემის გამოყენება სხვადასხვა სახის დანაშაულის ჩადენის მიზნით. განხორციელებული საკანონმდებლო ცვლილებების თანახმად, სისხლისსამართლებრივად დასჯადი ქმედება გახდა სხვისი კომპიუტერული სისტემის ან მისი მონაცემების დაზიანების მიზნით, სხვადასხვა სახის მავნე პროგრამის, კოდების ან ინფორმაციის გადაგზავნაც. ასევე სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა განისაზღვრა კომპიუტერული მოწყობილობის მესაკუთრის თანხმობის გარეშე კომპიუტერულ სისტემაში უნებართვო შეღწევისათვის.<sup>1</sup>

აშშ-ის კონგრესმა 1996 წელს დაამტკიცა „ეროვნული ინფორმაციის ინფრასტრუქტურის შესახებ“ აქტი, რომელმაც

1 Computer Fraud and Abuse Act of 1984, Public Law (18 USC 1030), July 30, 1984 <https://www.energy.gov/sites/prod/files/cioprod/documents/ComputerFraud-AbuseAct.pdf>

ირაკლი ნადარეიშვილი, ჯამალ ლომსაძე

გარკვეულწილად შეავსო „კომპიუტერით თაღლითობისა და მისი ბოროტად გამოყენების შესახებ“ აქტით განსაზღვრული დებულებები. კერძოდ, აღნიშნული აქტის მიღების შემდეგ სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადი ქმედება გახდა ზოგადად სხვის კომპიუტერულ სისტემაში დაცული ინფორმაციის ნახვა. ახალი აქტის მიღება განაპირობა იმ გარემოებამ, რომ ხშირ შემთხვევაში სხვადასხვა კომპანიების წარმომადგენლები ცდილობდნენ კონკურენტი კომპანიის კომპიუტერულ სისტემაში შეღწევას და მათი კომერციული მიზნებისა თუ საიდუმლოებების გაგებას, რაც ცალკე აღებული არ წარმოადგენდა დანაშაულს, ვინაიდან კომპიუტერულ სისტემაში შემღწევ პირს არ ამოძრავებდა სხვისი კომპიუტერული სისტემის დაზიანების ან ინფორმაციის გადმოტვირთვის განზრახვა.<sup>2</sup>

დღევანდელი მოცემულობით „კომპიუტერით თაღლითობისა და მისი ბოროტად გამოყენების შესახებ“ აქტით განსაზღვრულია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა შვიდი სხვადასხვა სახის კიბერდანაშაულისათვის, კერძოდ: ა) ეროვნული უსაფრთხოების შესახებ ინფორმაციის მიღების მიზნით, ამერიკის შეერთებული შტატების ინტერესების საზიანოდ ან სხვა სახელმწიფოს ინტერესების სასარგებლოდ სხვის კომპიუტერულ სისტემაში უნებართვო შეღწევა; ბ) ფინანსური ან საკრედიტო ინფორმაციის მიღების მიზნით სხვის კომპიუტერულ სისტემაში უნებართვო შეღწევა; გ) ამერიკის შეერთებული შტატების ფედერალური მთავრობის სარგებლობაში არსებულ კომპიუტერულ სისტემაში უნებართვო შეღწევა; დ) თაღლითური ქმედების განხორციელების მიზნით სხვის კომპიუტერულ სისტემაში უნებართვო შეღწევა; ე) სხვისი კომპიუტერული სისტემის განზრახ დაზიანება სხვადასხვა კიბერტექნოლოგიების გამოყენებით; ვ) სხვისი კომპიუტერული მონაცემებით უკა-

ნონო ვაჭრობა, რომელიც შესაძლოა გამოყენებული იქნას კომპიუტერულ სისტემაში უნებართვო შეღწევის მიზნით; ზ) სხვისი კომპიუტერული სისტემის მიმართ განხორციელებული მუქარა, ფულის ან სხვა ფასეულობის გამოძალვის მიზნით.

„ელექტრონული კომუნიკაციების კონფიდენციალურობის შესახებ“ აქტი აშშ-ში მიიღეს 1986 წელს და აღნიშნული აქტით ცვლილება შევიდა „მოსმენების შესახებ“ ფედერალურ კანონში. კერძოდ, აღნიშნული აქტით სამართალდამცავ ორგანოებს შეეზღუდათ უფლებამოსილება და აეკრძალათ შესაბამისი ნებართვის გარეშე მოეპოვებინათ ელექტრონული კომუნიკაციის შედეგად გადაგზავნილი ან დაგროვილი ინფორმაცია. ზემოაღნიშნული აქტით ცალსახად განისაზღვრა, რომ სამართალდამცავ ორგანოებს არ ჰქონდათ უფლება, მოეთხოვათ ინტერნეტმომსახურების პროვაიდერებისგან ელექტრონული კომუნიკაციების შემცველი მასალის გადაცემა, შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურების გავლის გარეშე.<sup>3</sup> ზემოხსენებულ აქტში 1994 წელს შევიდა ცვლილება, რომლის თანახმადაც ინტერნეტმომსახურების პროვაიდერებს დაეკისრათ ვალდებულება ელექტრონული კომუნიკაციის შედეგად დაგროვილი ინფორმაციების გარკვეული ვადით შენახვის შესახებ. აღნიშნული სახის ცვლილება განპირობებული იყო საგამოძიებო მოქმედებათა გარკვეულ ვადებში ჩატარების ინტერესებით. 2002 წელს ამერიკის შეერთებულ შტატებში „სახელმწიფო უსაფრთხოების შესახებ“ აქტთან ერთად მიიღეს „კიბერუსაფრთხოების გაუმჯობესების შესახებ“ აქტიც, რომლითაც უფლებამოსილებები გაეზარდათ სამართალდამცავ ორგანოებს და ასევე გაიზარდა სანქციები „კომპიუტერით თაღლითობისა და მისი ბოროტად გამოყენების შესახებ“ აქტით განსაზღვრული დანაშაულების ჩადენისათვის.

„ელექტრონული კომუნიკაციების კონფიდენციალურობის შესახებ“ აქტის თა-

2 National Information Infrastructure Protection Act of 1996, Public Law 104-294, 110 Stat. 3491-3494, October 11, 1996 <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-110/pdf/STATUTE-110-Pg3488.pdf>

3 Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA), Public law 99-508§, October 21, 1986 <https://epic.org/privacy/ecpa/>

ნახმად, სასამართლოს ნებართვის გარეშე ინტერნეტმომსახურების პროვაიდერებს აკრძალული ჰქონდათ მათი მომხმარებლების ელექტრონული კომუნიკაციის ამსახველი ინფორმაციის გადაცემა სამართალდამცავი ორგანოებისათვის. „კიბერუსაფრთხოების გაუმჯობესების შესახებ“ აქტით შემცირდა აღნიშნული კატეგორიის ინფორმაციის კონფიდენციალურობის ხარისხი და ინტერნეტმომსახურების პროვაიდერებს მიენიჭათ (სასამართლოს მიერ გაცემული სათანადო ნებართვის გარეშე) მომხმარებელთა ელექტრონული კომუნიკაციის ამსახველი ინფორმაციის სახელმწიფოს შესაბამის წარმომადგენელთათვის გადაცემის უფლებამოსილება იმ შემთხვევაში, თუ იარსებებდა საფუძვლიანი ეჭვი, რომ აღნიშნული ინფორმაცია შეიცავდა მძიმე კატეგორიის დანაშაულის ნიშნებს.

არსებული საკანონმდებლო რეგულაციების ფონზე, გამოყოფენ ამერიკის შეერთებული შტატების კიბერუსაფრთხოების სამსაფეხურიან სისტემას, სადაც პირველი საფეხური ფედერალური დონის სახელმწიფო უწყებებს უკავიათ, კერძოდ:

- აშშ-ის თავდაცვის სამინისტრო – აღნიშნული უწყების დაქვემდებარებაშია „ეროვნული უსაფრთხოების სააგენტო“ (National Security Agency, NSA). აღნიშნული სააგენტო კიბერუსაფრთხოების სფეროში აქცენტებს აკეთებს შეიარაღებული ძალების მიზნებსა და ამოცანებზე. სააგენტოში დასაქმებულია დაახლოებით 120 000 სპეციალისტი და მისი წლიური ბიუჯეტი 3,5-დან 13 მლრდ დოლარამდე მერყეობს;
- აშშ-ის შიდა უსაფრთხოების სამინისტრო – (Department of Homeland Security, DHS). აღნიშნული სამინისტროს სისტემაში შედის „კიბერუსაფრთხოებისა და კომუნიკაციების ოფისი“ (Office of Cyber Security and Communications) და მისი წლიური ბიუჯეტი დაახლოებით 400 000 000 აშშ დოლარს შეადგენს;
- აშშ-ის იუსტიციის დეპარტამენტი –

აღნიშნული დეპარტამენტის შემადგენლობაში შემავალი „გამოძიების ფედერალური ბიუროს“ ერთ-ერთი ქვედანაყოფია „ეროვნული კიბერ საგამოძიებო ჯგუფი“ (National Cyber Investigative Joint Task Force, NCIJTF). აღნიშნული საგამოძიებო ჯგუფის ძირითად მიზანს წარმოადგენს ქვეყნის შიგნით მომხდარი კიბერდანაშაულის გამოძიება.

ამერიკის შეერთებული შტატების კიბერუსაფრთხოების სისტემის მეორე საფეხური შედგება ექვსი სტრუქტურული ქვედანაყოფისგან: 1. კომპიუტერული უსაფრთხოების ინციდენტებზე რეაგირების ჯგუფი (United States Computer Emergency Response Team, US-CERT); 2. კიბერუსაფრთხოების ეროვნული ცენტრი (National Cyber Security Division, NCSD); 3. კიბერდანაშაულთან ბრძოლის ცენტრი (Cyber Crimes Center); 4. კიბერუსაფრთხოების საოპერაციო ცენტრი (NSA/CSS Threat Operations Center, NTOC); 5. შეიარაღებული ძალების კიბერხელმძღვანელობა – (United States Cyber Command, USDCYBERCOM); 6. სადაზვერვო სამსახური – ინციდენტებზე რეაგირების ცენტრი.

ზემოთ ჩამოთვლილ სტრუქტურულ ქვედანაყოფებს სხვადასხვა სახის ამოცანები და მიზნები აქვთ. აღნიშნული სტრუქტურები ორიენტირებულნი არიან როგორც კიბერშეტევების შედეგად დამდგარი შედეგების ლიკვიდაციაზე, ასევე მიზნად ისახავენ კიბერუსაფრთხოების პრევენციისთვის აუცილებელი ღონისძიებების გატარებას, ამასთანავე ახდენენ კიბერშეტევების ორგანიზებას. ამერიკის შეერთებული შტატების კიბერუსაფრთხოების სისტემის მესამე საფეხურს შეადგენენ სხვადასხვა რეგიონალური სტრუქტურული ქვედანაყოფები, რომლებსაც, თავის მხრივ, ზედამხედველობას უწევენ ზემოთ ჩამოთვლილი უწყებები.

კიბერუსაფრთხოების საკითხის აქტუალურობიდან გამომდინარე, 2015 წლის თებერვალში აშშ-ის პრეზიდენტის ადმინისტრაციამ მიიღო გადაწყვეტილება, რომ ქვეყნის ეროვნული დაზვერვის დი-



რექტორის დაქვემდებარებაში შექმნილიყო ახალი სპეციალური სამსახური – „კიბერსაფრთხეებზე სადაზვერვო მონაცემების ინტეგრაციის ცენტრი“ (Cyber Threat Intelligence Integration Center, CTIIC). აღნიშნული უწყების ამოცანას წარმოადგენს ზემოთ მითითებული პირველი საფეხურის უწყებებიდან, სახელმწიფო სტრუქტურებიდან და კერძო სექტორიდან მიღებული სადაზვერვო მონაცემების შეგროვება, მათი ანალიზი და შესაბამისი რეკომენდაციების გაცემა.

**გაერთიანებული სამეფო:** გაერთიანებულ სამეფოს კიბერუსაფრთხოებას უზრუნველყოფს სპეციალური სამსახური GCHQ (Government Communications Headquarters), მთავრობის კომუნიკაციების შტაბი. ეს არის დიდი ბრიტანეთის სიგნალების დაზვერვის სამსახური, რომელიც აგროვებს და აანალიზებს ციფრულ და ელექტრონულ სიგნალებს მსოფლიოს ყველა კუთხიდან. აღნიშნული სამსახური აგრეთვე შეიმუშავებს რჩევებს და მითითებებს, თუ როგორ უნდა იქნას დაცული მონაცემები, კომუნიკაციები და ინფორმაციული სისტემები ჰაკერებისგან და სხვა საფრთხეებისგან.

ბრიტანული სიგნალების დაზვერვა დაარსდა 1914 წლის აგვისტოში, პირველი მსოფლიო ომის დაწყების შემდეგ. პირველი მსოფლიო ომის მიმდინარეობისას აღნიშნული სამსახურის მიერ მოპოვებულ იქნა არაერთი მნიშვნელოვანი ინფორმაცია მოწინააღმდეგის გეგმების თაობაზე. 1919 წელს, აღნიშნული ორგანიზაციის წარმატებული საქმიანობის გაგრძელების მიზნით შეიქმნა მშვიდობიანი დროის კრიპტოანალიტიკური დანაყოფი. თავდაპირველად აღნიშნულ სამსახურს ეწოდებოდა კოდირების და დაშიფვრის სახელმწიფო სკოლა, შემდგომში კი დაერქვა მთავრობის კომუნიკაციების შტაბი. აღნიშნულმა უწყებამ წარმატებული საქმიანობა მეორე მსოფლიო ომის პერიოდშიც გააგრძელა. შემდგომში, ტექნოლოგიურ პროგრესთან ერთად, მოხდა უწყების შესაძლებლობების ადაპტაცია თანამედროვეობის ახალ

გამოწვევებთან გამკლავების მიზნით. დღეის მდგომარეობით, მთავრობის კომუნიკაციების შტაბის მთავარი სამუშაო მიმართულებებია: ტერორიზმთან ბრძოლა, კიბერუსაფრთხოება, სტრატეგიული უპირატესობა, ორგანიზებულ დანაშაულთან ბრძოლა და თავდაცვის მხარდაჭერა. 2016 წელს მთავრობის კომუნიკაციების შტაბში შეიქმნა კიბერუსაფრთხოების ეროვნული ცენტრი (National Cyber Security Centre (NCSC)), რომლის მთავარი ამოცანა გაერთიანებული სამეფოს კიბერუსაფრთხოების უზრუნველყოფაა. აღნიშნული ცენტრი უზრუნველყოფს გაერთიანებული სამეფოს სტრატეგიულად მნიშვნელოვანი უწყებების დაცულობას კიბერთავდასხმებისგან, მართავს მნიშვნელოვან შემთხვევებს და ტექნოლოგიური გაუმჯობესებისა და რეკომენდაციების შემუშავების გზით, ამაღლებს ბრიტანული ინტერნეტის უსაფრთხოების დონეს. კიბერუსაფრთხოების ეროვნული ცენტრი ახორციელებს გაერთიანებული სამეფოს სტრატეგიულად მნიშვნელოვანი უწყებების, საჯარო სექტორის, ინდუსტრიის, საშუალო და მცირე მწარმოების მხარდაჭერას; უზრუნველყოფს შემთხვევებზე მყისიერ და ეფექტიან რეაგირებას შესაძლო ზიანის მინიმუმამდე დაყვანის მიზნით და მონაწილეობს მიყენებული ზიანის აღმოფხვრის პროცესში.

კოვიდ 19-ის პანდემიის პირობებში, NCSC-ის მთავარი პრიორიტეტი გახდა თავდაცვის სექტორის უსაფრთხოების გაძლიერება. აგრეთვე საკმაოდ დიდი მხარდაჭერა გაეწია პანდემიის პირობებში სახლიდან მომუშავე ორგანიზაციებსა და ბიზნესს. გასული წლის აპრილში გამოიცა „კიბერ ინფორმირებულობა“, გაერთიანებული სამეფოს მთავრობის რჩევები ონლაინ რეჟიმში უსაფრთხოების დაცვის საკითხებზე. ამავე დროს, აღნიშნული სამსახურის მიერ დაინერგა სრულიად ახალი, საექვო ელ. ფოსტის შესახებ შეტყობინების სერვისი, რომლის საშუალებითაც შესაძლებელი გახდა საექვო გზავნილის გადამისამართება სპეციალურად ამისთვის შექმნილ საფოსტო მისამართზე (report@phishing.gov.uk). მომ-

სახურების ამოქმედებიდან პირველ ორ თვეში, აღნიშნულ მისამართზე შევიდა ორ მილიონზე მეტი შეტყობინება, შედეგად გამოვლინდა 9000-მდე თაღლითური სქემა და 22 000 პოტენციურად ზიანის მომტანი ვებგვერდი.<sup>4</sup>

გაერთიანებულ სამეფოში კიბერდანაშაულთან ბრძოლაში აქტიურ როლს თამაშობს დანაშაულთან ბრძოლის ეროვნული სააგენტო (NCA – National Crime Agency). აღნიშნული უწყება სათავეში უდგას ბრძოლას მძიმე და ორგანიზებული დანაშაულის შემცირების მიზნით. ქვეყნისთვის დიდი საფრთხის მატარებელი კრიმინალური სამყაროს წარმომადგენლების სისხლისსამართლებრივი დევნისა და პასუხისგებაში მიცემის გზით, უწყება უზრუნველყოფს საზოგადოების დაცულობას. სააგენტოს მონაცემებით, ორგანიზებული დანაშაული, მათ შორის კიბერდანაშაული, გაერთიანებული სამეფოსთვის წარმოადგენს ერთ-ერთ ყველაზე მნიშვნელოვან გამოწვევას, რომლის შედეგადაც წლიური ზიანის ოდენობა 37 მილიარდ ფუნტს აღწევს. კიბერდანაშაულის კუთხით ძირითად საფრთხეს გაერთიანებული სამეფოსთვის წარმოადგენენ რუსულენოვანი კიბერჯგუფები, თუმცა ყოველდღიურად მატულობს საფრთხე ადგილობრივი კიბერკრიმინალების მხრიდანაც.<sup>5</sup>

გაერთიანებული სამეფოში, კარგად განვითარებულ პრეცედენტულ სამართალთან ერთად, კიბერდანაშაულთან ბრძოლისთვის 1990 წელს მიღებულ იქნა „აქტი კომპიუტერის ბოროტად გამოყენების შესახებ“, რომლითაც გათვალისწინებულია პასუხისმგებლობა კომპიუტერულ სისტემასთან დაკავშირებული მთელი რიგი ქმედებისთვის, მათ შორისაა:

1. კომპიუტერულ მასალებთან არასანქცირებული (არამართლზომიერი) წვდომა.

2. კომპიუტერულ სისტემაში უნებართვო შეღწევა, შემდგომში დანაშაულებრივი ქმედების განხორციელების, ან მისი გაადვილების მიზნით.

3. უნებართვო, განზრახი ან გაუფრთხილებელი ქმედებები, მიმართული კომპიუტერული სისტემის მუშაობის გაუარესებისკენ, ანდა მის დასაზიანებლად, რაც ხელს უშლის კომპიუტერის გამართულად მუშაობას და ა.შ.

**3ZA.** უნებართვო ქმედებები, რომლებიც სერიოზულ ზიანს აყენებს ან ქმნის ასეთი ზიანის წარმოშობის რისკს.

**3A.** ზემოაღნიშნულ პუნქტებში ჩამოთვლილი ქმედებების ჩასადენად გამოსაყენებელი ნივთების დამზადება, მომარაგება ან მიღება (შეძენა).

ამავე აქტში განწერილია კომპიუტერულ დანაშაულთან დაკავშირებით არსებული მიდგომები, პროცედურები და ძირითადი პრინციპები (ტერიტორიულობის, მოქალაქეობის და ა.შ.).<sup>6</sup>

2018 წლის მაისში, გაერთიანებულ სამეფოში, რომელიც იმჟამად ევროკავშირის წევრ ქვეყანას წარმოადგენდა, ამოქმედდა ახალი „მონაცემთა დაცვის ზოგადი რეგულაცია“ ((EU) 2016/679), რომელიც მიმართულია ევროკავშირის წევრი ქვეყნების კიბერუსაფრთხოების ამაღლებისკენ. აღნიშნული რეგულაციის თანახმად ორგანიზაციებს ეკისრებათ ვალდებულება, შეატყობინონ შესაბამის ზედამხედველ ორგანოს, ინფორმაციის კომისრის სამსახურს, მონაცემთა სისტემაში ნებისმიერი შეღწევის შესახებ, რამაც შეიძლება საფრთხე შეუქმნას ინდივიდების უფლებებსა და თავისუფლებებს. ცალკეულ შემთხვევებში, როდესაც არსებობს მაღალი რისკი, რომ კონკრეტული პირის ინტერესები შეიძლება დაზიანდეს, შესაბამის უწყებას ევალება აღნიშნული პირის ინფორმირება. აღნიშნული შეტყობინება უნდა განხორციელდეს ფაქტის გამოვლენიდან 72 სა-

4 Government Communications Headquarters official web-site, mission, cyber-security, 18.03.2021 <https://www.gchq.gov.uk/section/mission/cyber-security>

5 National Cyber Security Centre, The cyber threat to UK business 2017-2018 report, Crown Copyright, London, 2018 <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/178-the-cyber-threat-to-uk-business-2017-18/file>

6 Computer Misuse Act 1990, 29 August 1990 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/18/contents>

ათში, გადაუდებლად. ფაქტზე გამოძიების მიმდინარეობა არ ათავისუფლებს ორგანიზაციას შეტყობინების განხორციელების მოვალეობისგან. გარდა ზემოაღნიშნულია, ორგანიზაციებს ევალებათ პრევენციული სამუშაოების გატარება, როგორცაა რისკების შეფასება და სათანადო უსაფრთხოების ზომების უზრუნველყოფა. მათ აგრეთვე ეკისრებათ ყველა შესაძლო შემთხვევის სწრაფი გამოვლენისა და რეაგირების მოხდენის ვალდებულება, რასთან დაკავშირებითაც უნდა არსებობდეს შესაბამისი გეგმა. მაქსიმალურად უნდა იყოს უზრუნველყოფილი ბიზნესის უწყვეტობის გარანტიები.<sup>7</sup>

**საფრანგეთი:** 2015 წელს საფრანგეთმა დაამტკიცა ეროვნული კიბერუსაფრთხოების სტრატეგია. აღნიშნული სტრატეგიის მთავარი მიზანი ფრანგული საზოგადოების ციფრულ ტექნოლოგიაზე უსაფრთხოდ გადასვლის უზრუნველყოფა და ახალ გამოწვევებთან გამკლავებაა. სტრატეგიის თანახმად, ხუთ ძირითად მიზნად სახელდება:

1. ეროვნული სუვერენიტეტის უზრუნველყოფა; 2. კიბერდანაშაულის ქმედებებზე ძლიერი რეაგირება; 3. საზოგადოების ინფორმირება; 4. ფრანგული ბიზნესისთვის ციფრული უსაფრთხოების კონკურენტულ უპირატესობად ქცევა; 5. საფრანგეთის ავტორიტეტის ამაღლება საერთაშორისო დონეზე.

2017 წელს, საფრანგეთის ევროპისა და საგარეო საქმეთა სამინისტრომ წარმოადგინა საფრანგეთის საერთაშორისო ციფრული სტრატეგია. მასში ასახულია საფრანგეთის ყველა სტრატეგიული მიზანი ციფრულ სფეროში, რაც დაკავშირებულია ხელისუფლების სამივე შტოსთან, ეკონომიკასთან და უსაფრთხოებასთან. 2018 წელს, პრემიერ მინისტრის დავალებით, საფრანგეთის თავდაცვისა და ეროვნული

უსაფრთხოების გენერალურმა სამდივნომ, წარმოადგინა კიბერ თავდაცვის სტრატეგიული მიმოხილვა. მასში ასახულია კიბერ კრიზისების მართვის დოქტრინა. ეს მიმოხილვა განმარტავს კიბერთავდაცვის ეროვნული სტრატეგიის მიზნებს და ადასტურებს ფრანგული მოდელის შესაბამისობას დადგენილ სტანდარტებთან, აგრეთვე მთავრობის პასუხისმგებლობას ამ სფეროში.<sup>8</sup>

საფრანგეთში კიბერუსაფრთხოების საკითხი არ განიხილება ცალკე აღებულად და ის ეროვნული უსაფრთხოების განუყოფელ ასპექტად მოიაზრება. საფრანგეთის ეროვნული უსაფრთხოების კოდექსის L111 მუხლის პირველი ნაწილი ადგენს, რომ სახელმწიფო ვალდებულია შეინარჩუნოს უსაფრთხოება. აღნიშნული ვრცელდება კიბერსივრცეზეც. როგორც ზემოთ უკვე აღვნიშნეთ, ამ სფეროში საფრანგეთს შემუშავებული აქვს კონკრეტული სტრატეგიები, თუმცა აქვე გამოვყოფთ რამდენიმე მნიშვნელოვან სამართლებრივ აქტს, ესენია:

- 2018 წლის სამხედრო პროგრამირების აქტი (მოიცავს 2019 წლიდან, 2025 წლამდე პერიოდს). აქტის მიხედვით სახელმწიფოს ეკისრება ვალდებულება და პასუხისმგებლობა გაატაროს შესაბამისი ზომები, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს „სახელმწიფოსთვის სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი“ დარგების უსაფრთხოება, როგორცაა ბანკები, საავადმყოფოები და ატომური სადგურები. აღნიშნულ აქტში კიბერთავდაცვას ცალკე თავი ეძღვნება;
- ევროკავშირის მონაცემთა დაცვის ზოგადი რეგულაციის ძალაში შესვლამდე (2018 წლის 25 მაისი), 1978 წლიდან, საფრანგეთში მოქმედებდა მონაცემთა დაცვის კანონი, რომლის 34-ე და 34-ე BIS მუხლები ეძღვნებოდა კიბერუსაფრთხოებას. კანონის

7 Regulation on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (Data Protection Directive), 2016/679, 26 April 2016 <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>

8 Ministry for Europe and Foreign Affairs official website, France and Cyber security <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/security-disarmament-and-non-proliferation/fight-against-organized-criminality/cyber-security/>

მიხედვით, პერსონალური მონაცემების დამუშავებისას, კერძო თუ საჯარო სტრუქტურამ უნდა გააატაროს ტექნიკური და ორგანიზაციული ზომები, რათა მონაცემთა დამუშავებისას უზრუნველყოს უსაფრთხოების შესაბამისი დონე, მათ შორის, მოიაზრება არასანქცირებული შეღწევისგან, მონაცემთა ქურდობისგან და გაყალბებისგან დაცვა. ამასთანავე ინტერნეტის პროვაიდერებს, რომლებსაც უწევთ პერსონალური მონაცემების დამუშავება, ეკისრებათ მოვალეობა, სისტემაში უნებართვო შეღწევის ფაქტის გამოვლენისას, აღნიშნული დაუყოვნებლივ შეატყობინონ ინფორმატიკისა და თავისუფლებების ეროვნულ კომისიას (Commission nationale de l'informatique et des libertés). გარდა ამისა, ინტერნეტის პროვაიდერებს ეკისრებათ ვალდებულება, შეინახონ ინფორმაცია თითოეულ ინციდენტზე. 2018 წლის ევროკავშირის მონაცემთა დაცვის ზოგადი რეგულაციით, შეტყობინების გაგზავნის ვალდებულება გავრცელდა ყველა უწყებაზე, საჯაროსა თუ კერძოზე, რომელიც ახდენს მონაცემების დამუშავებას. 1978 წლის მონაცემთა დაცვის კანონით, სათანადო ღონისძიებების გაუტარებლობის შემთხვევაში მონაცემთა დამმუშავებელი ჯარიმდებოდა სამი მილიონი ევროს ოდენობის ჯარიმით. ახალი რეგულაციით, უსაფრთხოების სათანადო ზომების გაუტარებლობის, ან ინფორმაციის სათანადო უწყებისთვის მიუწოდებლობის შემთხვევაში, მონაცემთა დამმუშავებელი, ადმინისტრაციული წესით დაჯარიმდება წინა ფინანსური წლის მთლიანი წლიური ბრუნვის 2 პროცენტამდე ოდენობის ჯარიმით ან 10 მილიონი ევროთი, იმისდა მიხედვით, თუ რომელი იქნება უფრო მეტი. 2018 წლის 21 ივნისის N2018-493 კანონით, საფრანგეთმა მოახდინა ევროკავ-

შირის მონაცემთა დაცვის ზოგადი რეგულაციის იმპლემენტაცია თავის კანონმდებლობაში.

გარდა ამისა, საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსის 226-17 მუხლის თანახმად, ზემოაღნიშნული სამართალდარღვევების გამოვლენის შემთხვევაში, პირს შეიძლება დაეკისროს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა და დაენიშნოს ხუთ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთა და ჯარიმა 300,000 ევრომდე. ამავე კოდექსის 131-38-ე მუხლის შესაბამისად ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება იურიდიული პირის შემთხვევაში.

- ევროკავშირის 2016 წლის 6 ივლისის ქსელისა და ინფორმაციის უსაფრთხოების შესახებ დირექტივა (NIS), რომელიც აგრეთვე იმპლემენტირებულ იქნა საფრანგეთის კანონმდებლობაში.<sup>9</sup>

ცალკე ყურადღებას იმსახურებს საფრანგეთის ეროვნული საინფორმაციო სისტემების უსაფრთხოების სააგენტო (იგივე კიბერუსაფრთხოების ეროვნული სააგენტო), რომელიც შეიქმნა 2009 წლის 7 ივლისს. აღნიშნული სამთავრობო სააგენტო ექვემდებარება საფრანგეთის თავდაცვისა და ეროვნული უსაფრთხოების გენერალური მდივნის სამსახურს. სააგენტოს მთავარი მიზანი არსებული საკანონმდებლო რეგულაციების სწორად გატარებისა და საინფორმაციო სისტემების დაცულობის უზრუნველყოფაა.

2017 წლის სექტემბერში, სააგენტომ რეკომენდაციის სახით გამოაქვეყნა 42 ღონისძიების ჩამონათვალი, რაც უნდა გატარდეს, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს მონაცემების და IT სისტემების დაცულობა კიბერუსაფრთხოებისგან. რეკომენდაციის მიხედვით კიბერუსაფრთხოება სერიოზულ ყურადღებას იმსახურებს და სხვა ღონისძიებებთან ერთად კომპანიებმა და ორგანიზაციებმა უნდა უზრუნველყონ:

9 French National Cybersecurity Agency, French national digital security strategy, Paris, 2015 [https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie\\_nationale\\_securite\\_numerique\\_en.pdf](https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie_nationale_securite_numerique_en.pdf)

1. ცნობიერების ამაღლება; 2. სისტემების რეგულარული განახლება; 3. მონაცემთან წვდომის მაქსიმალური შეზღუდვა და ავტორიზაციის მძლავრი მექანიზმის გამოყენება; 4. აუდიტის ჩატარება; 5. ინფორმაციის გადაცემისას მონაცემების დაშიფვრა; 6. ქსელის დეცენტრალიზება.

საფრანგეთმა დანერგა საუკეთესო პრაქტიკა და პროცედურები ელექტრონულ სისტემაში უნებართვო შეღწევებთან საბრძოლველად და ზიანის გამოსწორების პროცესის სამართავად. ინფორმატიკისა და თავისუფლებების ეროვნულმა კომისიამ და საფრანგეთის კიბერუსაფრთხოების ეროვნული სააგენტომ ერთობლივად შეიმუშავეს არაერთი რეკომენდაცია და ქცევის პროტოკოლი, რომელიც შესასრულებლად სავალდებულოა არსებითი მნიშვნელობის მქონე დაწესებულებებისთვის.

სისტემაში უნებართვო შეღწევის თაობაზე ეჭვის არსებობისას, პირველ რიგში, რეკომენდებულია აღნიშნული შემთხვევა ე.წ. „მასპინძელზე“ (Host – მასპინძელი, მომსახურების გამწვან კომპანია, რომელიც უზრუნველყოფს თავის სერვერზე კლიენტის ფაილების განთავსებას და შენახვას) დაფუძნებული შეტევების გამოვლენის სისტემისა და უშუალოდ ქსელზე დაფუძნებული შეტევების გამოვლენის სისტემის მეშვეობით, რათა რეალურ დროში იდენტიფიცირებულ იქნეს საფრთხე და დადგინდეს შეტევის მოცულობა.

შელწევის გამოვლენის შემთხვევაში, ორგანიზაციამ უნდა: 1. უზრუნველყოს დაინფიცირებული IT სისტემის გათიშვა ქსელიდან; 2. ამის შესახებ აცნობოს ადგილობრივ კომპიუტერულ სიტუაციებზე რეაგირების საგანგებო ჯგუფს; 3. უზრუნველყოს მონაცემების ასლის შენახვა მყარ მეხსიერების ბარათზე; 4. შეაგროვოს და შეინახოს მტკიცებულებები და მოძებნოს ციფრული კვალი; 5. საჩივრით მიმართოს პოლიციას.

არსებითი მნიშვნელობის მატარებელმა ორგანიზაციებმა ელექტრონულ სისტემაში შეღწევის თაობაზე უნდა შეატყობინონ უშუალოდ საფრანგეთის კიბერუსაფრთხოების

ეროვნული სააგენტოს. კერძო და საჯარო მონაცემთა მაკონტროლებლებმა და დამუშავებლებმა შეტყობინება უნდა გაუგზავნონ ინფორმატიკისა და თავისუფლებების ეროვნულმა კომისიას. კიბერთავდასხმის შემთხვევაში, ფაქტის სათანადოდ შესწავლისა და სათანადო რეაგირების მიზნით, ორგანიზაციებმა უნდა: 1. მოიკვლიონ ოპერაციული სისტემასა და ოპერაციული სისტემის ფაილებში შეტანილი ნებისმიერი ცვლილება; 2. გააანალიზონ, მოხდა თუ არა მონაცემთა შეცვლა ან მოდიფიცირება; 3. მოიძიონ ნებისმიერი მონაცემი ან ინსტრუმენტი, რომელიც შესაძლოა გამოიყენა ჰაკერმა; 4. მოახდინონ ჟურნალების ანალიზი; 5. ქსელში მოძებნონ ნებისმიერი ე.წ. „სნიფერი“ (Sniffer არის პროგრამული უზრუნველყოფა ან აპარატურა, რომელიც მომხმარებელს საშუალებას აძლევს რეალურ დროში მიიღოს ან დააკვირდეს თქვენს ინტერნეტ ტრაფიკს, აიღოს ყველა მონაცემი, რომლებიც მიედინება თქვენს კომპიუტერში და მისგან); 6. შეამოწმონ ნებისმიერი სხვა ქსელი თუ მოწყობილობა, რომელიც დაკავშირებულია დაზარალებულ ქსელთან.<sup>10</sup>

1988 წლიდან დღემდე, საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსში აისახა არაერთი ნორმა, რომელიც შეეხება კიბერდანაშაულის საკმაოდ ფართო წრეს. შეგვიძლია ცალკე გამოვყოთ შემდეგი ქმედებები:

- საინფორმაციო სისტემაზე ნებისმიერი კიბერთავდასხმა უნებართვო შეღწევის ან ტექნიკური საშუალებების გამოყენების გზით, ისტება 60,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით ან ორ წლამდე ვადით თავისუფლების აღკვეთით (იურიდიული პირისთვის ჯარიმის ოდენობა ხუთმაგდება);
- თუკი რომელიმე ზემოაღნიშნულმა ქმედებამ გამოიწვია სისტემაში შენა-

10 Guide d'hygiène informatique renforcer la sécurité de son système d'information en 42 mesures, ANSSI – 51, boulevard de la Tour-Maubourg – 75700, Paris, 2017 <https://www.ssi.gouv.fr/guide/guide-dhygiene-informatique/>

ხული ინფორმაციის დაზიანება, შეცვლა ან განადგურება, ან სხვა მხრივ შეეშალა ხელი სისტემის გამართულად ფუნქციონირებას, აღნიშნული ჩაითვლება ცალკე დანაშაულად, რომლისთვისაც სანქციის სახით გათვალისწინებულია 100,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმა (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება) ან/და თავისუფლების აღკვეთა სამ წლამდე ვადით;

- სახელმწიფოს მიერ კონტროლირებულ საინფორმაციო სისტემაზე თავდასხმა ისტება 150,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება) და თავისუფლების აღკვეთით ხუთ წლამდე ვადით;
- ნებისმიერი კიბერშეტევა, რომელიც არღვევს ან აფერხებს ინფორმაციული სისტემის გამართულ მუშაობას, ისტება 150,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება) ან/და თავისუფლების აღკვეთით ხუთ წლამდე ვადით. თუკი იგივე შედეგი დადგა სახელმწიფოს მიერ კონტროლირებულ საინფორმაციო სისტემასთან მიმართებით, ქმედებისთვის ჯარიმის სახით გათვალისწინებულია 300,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმა (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება) ან/და თავისუფლების აღკვეთა შვიდ წლამდე ვადით;
- ინფორმაციული სისტემის მონაცემების დანერგვა, მოპოვება, კლონირება, გადაცემა, შეცვლა ან წაშლა (იგივე სანქცია, რაც ზემოაღნიშნული ქმედებისთვისაა გათვალისწინებული);
- ნებისმიერი მოწყობილობის, პროგრამული უზრუნველყოფის ან სხვა ინსტრუმენტის იმპორტი, გასაღება ან ფლობა, რომელიც შემუშავებულია კიბერ კრიმინალური საქმიანობის განსახორციელებლად, ექვემდებარება იმავე სასჯელს, როგორც

- თავად ქმედება, რომლისთვისაც ის გამოიყენება, იმისდა მიხედვით, თუ რომელი სასჯელი უფრო მძიმეა.
- კიბერ კრიმინალური საქმიანობის ორგანიზებული განხორციელება ისტება იმავე სასჯელით, როგორც თავად ქმედება, რომლისთვისაც ის ხორციელდება, იმისდა მიხედვით, თუ რომელი სასჯელი უფრო მძიმეა. თუმცა იგივე ქმედება, ჩადენილი სახელმწიფოს მიერ კონტროლირებული საინფორმაციო სისტემის წინააღმდეგ, ისტება 300,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება) ან/და თავისუფლების აღკვეთით 10 წლამდე ვადით (აღნიშნული დანაშაულის მცდელობის შემთხვევაში გამოიყენება იგივე სანქცია, რაც კონკრეტული ქმედებისთვის არის გათვალისწინებული);
- პირადი მონაცემების უკანონო შეგროვება, გამოყენება, შენახვა, გადაცემა და დამუშავება, აგრეთვე უსაფრთხოების ვალდებულებების შეუსრულებლობა ისტება 300,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება) ან/და თავისუფლების აღკვეთით 5 წლამდე ვადით.
- სხვა პირად წარმოდგენა ან „ვინაობის ქურდობა“ ისტება ერთ წლამდე ვადით პატიმრობით ან/და 15,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება);
- თაღლითობა საკრედიტო ან სადებეტო ბარათის მეშვეობით ისტება შვიდ წლამდე ვადით პატიმრობით ან/და 750,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება). იგივე სასჯელია გათვალისწინებული ზემოაღნიშნული ქმედების ჩასადენად საჭირო მოწყობილობის, პროგრამული უზრუნველყოფის ან სხვა

ინსტრუმენტის იმპორტისთვის, გასაღებისთვის ან ფლობისთვის;

- კიბერთაღლითობები, როგორცაა ე.წ. „ფიშინგი“, ისტება ხუთ წლამდე ვადით პატიმრობით ან/და 375,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება);
- ნდობის დარღვევა, რაც გამოწვეულია ინფორმაციულ სისტემაში შეღწევის გზით, ისტება სამ წლამდე ვადით პატიმრობით ან/და 375,000 ევრომდე ოდენობით ჯარიმით (იურიდიული პირის შემთხვევაში ჯარიმის თანხა ხუთმაგდება).

გარდა ზემოაღნიშნული ქმედებების ინკრიმინირებისა, კიბერდანაშაულებთან ეფექტიანი ბრძოლის მიზნით, კანონმდებელმა გააძლიერა და გააფართოვა პოლიციის საგამოძიებო უფლებამოსილებები და შექმნა სპეციალიზებული კიბერდანაშაულის სასამართლოები. ამასთანავე, კიბერდანაშაულთან საბრძოლველად, ამოქმედდა სპეციალიზებული ინტერნეტგვერდი, სადაც მოქალაქეებს შეუძლიათ დანაშაულის თაობაზე შეტყობინებების განთავსება და რეკომენდაციების გაცნობა ([www.cert.ssi.gouv.fr](http://www.cert.ssi.gouv.fr)).<sup>11</sup>

**ჩინეთის სახალხო რესპუბლიკა:** ჩინეთში არსებული სახელმწიფო პოლიტიკური წყობიდან გამომდინარე, აღნიშნული ქვეყანა კიბერუსაფრთხოების სისტემებს აერთიანებს სამხედრო უწყებებში. ჩინეთში კიბერუსაფრთხოების განვითარების სტრატეგია და სისტემის შექმნა დაიწყო 2002 წლიდან. ჩინეთის სახელმწიფოს მიერ მიღებული გეგმის თანახმად, კიბერუსაფრთხოების სტრატეგია უნდა გამხდარიყო ერთიანი „ეროვნული სამხედრო სტრატეგიის“ (Military Strategic Guidelines) ნაწილი. სტრატეგიის შემუშავება და მისი რეალიზაცია დაევალა გენერალური შტაბის ორ სტრუქტურას – მესამე და მეოთხე სამმართველოებს. მესამე სამმართველოს

ძირითად ფუნქციას წარმოადგენს კიბერსიგურცეში სადაზვერვო სამუშაოების წარმოება და ჩინეთის სახალხო-განმანათავისუფლებელი არმიის უსაფრთხოებაზე ზრუნვა. რაც შეეხება მეოთხე სამმართველოს, მის ფუნქციაში შედის კიბერსიგურცეში შეტევითი და პრევენციული ტიპის ოპერაციების დაგეგმვა და განხორციელება. კიბერუსაფრთხოებაზე ჩინეთში ამჟამად პასუხისმგებელია ცენტრალური სამხედრო საბჭო, სადაც შედიან როგორც უშიშროების სამინისტროს, ისე მეცნიერებათა და ტექნოლოგიათა სამინისტროს წარმომადგენლები. 2017 წლის 01 ივნისს ჩინეთში მიღებული იქნა კანონი კიბერუსაფრთხოების შესახებ. ეროვნული უსაფრთხოების პოლიტიკიდან გამომდინარე, კანონის შექმნის ძირითადი მოტივი გახდა კიბერსუვერენიტეტის დაცვა გარე ფაქტორებისგან. ამ კუთხით გამკაცრდა სახელმწიფოს კონტროლი ინტერნეტსიგურცეში არსებულ ბიზნეს საქმიანობებზეც. შემუშავებული სტრატეგიის თანახმად შეიქმნა ე.წ. „ოქროს ფარი“, რომლის ძირითად ფუნქციას ინტერნეტ კონტენტების ფილტრაცია, გარე ჩარევებისაგან კომპ. სისტემების დაცვა და ინფორმაციაზე წვდომის შეზღუდვა წარმოადგენს. ფაქტობრივად, იგი ერთგვარი კონტროლისა და ცენზურის ელ. სისტემაა. უნდა აღინიშნოს, რომ საჯარო სიგურცეში ინფორმაცია ჩინეთის კიბერუსაფრთხოების სისტემების შესახებ საკმაოდ მწირია.

**რუსეთის ფედერაცია:** რუსეთის ფედერაციის კიბერუსაფრთხოების სისტემა გარკვეულწილად ჩინეთის მოდელს არის მიმსგავსებული. სხვადასხვა სპეცსამსახურებში შექმნილია სპეციალიზებული სტრუქტურები, რომლებიც აქტიურად მოქმედებენ კიბერსფეროში. ამერიკელი ანალიტიკოსების აზრით, რუსეთიდან მომდინარე კიბერშეტევების საფრთხე პრიორიტეტულია. მიუხედავად აღნიშნულისა, კიბერუსაფრთხოების სფეროში დოქტრინალური კუთხით რუსეთის ფედერაციის ჩამორჩენა აშკარაა, ვინაიდან მას არ აქვს შემუშავებული სისტემის განვითარების კონცეფცია. სტრატეგიის შემუშავების კუთხით პირველი

11 საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსი, Code pénal (22.07.1992) [https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf)

ნაბიჯების გადადგმა რუსეთის ფედერაციაში დაიწყო 2012-2013 წლებში, როდესაც რუსეთის ფედერაციის პრეზიდენტმა დაავალა უსაფრთხოების ფედერალურ სამსახურს საინფორმაციო ტექნოლოგიებზე კიბერშეტევების აღმოჩენის, გაფრთხილების და შედეგების ლიკვიდაციის სისტემის ჩამოყალიბება. 2012 წელს დაანონსდა შეიარაღებულ ძალებში შეერთებული შტატების ანალოგიური (U.S.CYBERCOM) „კიბერ სარდლობის“ შექმნა, რაც პრაქტიკულად ნიშნავდა ინფორმაციული უსაფრთხოების საკითხებში სპეციალურ სამსახურებზე დომინირებას. 2014 წლის იანვარში, რუსეთის ფედერალურმა საბჭომ ფართო განხილვისათვის წარმოადგინა „რუსეთის ფედერაციის კიბერუსაფრთხოების სტრატეგიის კონცეფცია“, რომელიც ექსპერტთა აზრით ვერ აკმაყოფილებდა მოთხოვნებს და აზრთა სხვადასხვაობა გამოიწვია. მიუხედავად თავდაცვის სამინისტროს შემადგენლობაში გარკვეული დანაყოფის ჩამოყალიბებისა, რუსეთში ძირითადი ფუნქცია კიბერუსაფრთხოების კუთხით, რუსეთის სპეციალური სამსახურებს (ФСБ, ФСО და ФСТЭК) აკისრიათ (ყველას თავისი სტრუქტურული დანაყოფი ჰყავს) და ერთიანი ცენტრალიზებული მმართველობა ამ სფეროში არ არსებობს.

მიუხედავად არაცენტრალიზებულობისა, Defensetech.org-ის მონაცემების თანახმად, რუსეთი საკუთარი კიბერშესაძლებლობებით მსოფლიოში მეოთხე-მეხუთე ადგილს იკავებს. მას გააჩნია სპეციალიზებული სახელმწიფო სტრუქტურები, რომლებიც კიბერდაზვერვასა და კონტრდაზვერვას ეწევიან. ერთ-ერთი მათგანი FAPSI შეიქმნა 1991 წელს და დღემდე ფედერალური სააგენტოს ნაწილია. „FAPSI საკმაოდ დახურული ორგანიზაციაა, რომელიც მუშაობს რადიოელექტრონულ დაზვერვებზე. FAPSI პირდაპირ ექვემდებარება პრეზიდენტს და მისი თანამშრომელთა რაოდენობა აღემატება ფედერალური უსაფრთხოების სააგენტოს ე.წ. „ეფ-ეს-ბე“-ს თანამშრომელთა რიცხვს, რაც იმაზე მეტყველებს, რომ აღნიშნულ სააგენტოს, სახელმწიფო უსაფრთხოების

მხრივ, უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება. კანონის თანახმად, FAPSI-ის ძირითად მოვალეობებში შედის სამთავრობო ქსელების მომსახურება, სახელმწიფო საიდუმლოების შენახვისათვის ხელშეწყობა და რუსეთიდან მომდინარე დაშიფრული კომუნიკაციების უსაფრთხოება. რუსეთის სამხედრო დანაყოფები იყენებენ FAPSI-ს, რათა ებრძოლონ სამთავრობო და სამხედრო მასალებთან არასანქცირებულ შეღწევებს. მათი ძირითადი მიზანია მოიპოვონ უპირატესობა ინფორმაციის დამუშავებაში და ელექტრონული ომისათვის აუცილებელი სისტემების ცოდნაში.“<sup>12</sup> 2007-2008 წლების მონაცემებით რუსეთის ე.წ. „კიბერ არმია“ 7000 წევრს ითვლიდა, თუმცა გონივრული იქნება ვივარაუდოთ, რომ დღეის მონაცემებით, მათი რაოდენობა და შესაძლებლობები მნიშვნელოვნად გაზრდილია.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, შესაძლებელია ცალსახად ითქვას, რომ კიბერდანაშაული არის სწორედ XXI საუკუნის გამოწვევა თანამედროვე მსოფლიოსთვის. იგი ფაქტიურად ერთადერთი დანაშაულებრივი მიმართულებაა, რომელიც ვითარდება ყოველდღიურად და მის შესაჩერებლად აუცილებელია უზარმაზარი ადამიანური და მატერიალური რესურსის მობილიზება, ახალი უსაფრთხოების სისტემების დანერგვა და სწორი კიბერუსაფრთხოების პოლიტიკის გატარება. ბოლოდროინდელი ტენდენციები მიაჩნია, რომ მომავალში კიბერსივრცე კიდევ უფრო მასშტაბური გახდება, რაც გამოიწვევს სახელმწიფო სტრუქტურების მეტად დამოკიდებულებას ინფორმაციულ ტექნოლოგიებზე, ხოლო აღნიშნული კი გახდება ახალი რისკებისა და საფრთხეების წარმოქმნის საფუძველი. ამდენად აუცილებელია კიბერუსაფრთხოების ისეთი მოქნილი სისტემებისა და მექანიზმების შექმნა, რომლებიც ეფექტურად უპასუხებენ ახალ გამოწვევებსა და პოტენციურ საფრთხეებს.

12 კობრიძე ნ., „რუსეთის კიბერ შესაძლებლობები“ (კვლევა) <http://ilawge.blogspot.com/2013/01/blog-post.html>



## ბიბლიოგრაფია:

1. კობრეიძე ნ., „რუსეთის კიბერშესაძლებლობები“ (კვლევა) <http://ilawge.blogspot.com/2013/01/blog-post.html>
2. სვანაძე გ., გოცირიძე ა., კიბერსივრცის მთავარი მოთამაშეები. კიბერუსაფრთხოების პოლიტიკა, სტრატეგია და გამოწვევები (ნაშრომების და სტატიების კრებული). თბილისი, 2015 წ. <http://dspace.nplg.gov.ge/bitstream/1234/144787/1/Kibertavdacva.pdf>
3. საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსი, Code pénal (22.07.1992) [https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf)
4. ევროპის კავშირის კონვენცია კიბერდანაშაულის შესახებ, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm>
5. Computer Fraud and Abuse Act of 1984, Public Law (18 USC 1030), July 30, 1984 <https://www.energy.gov/sites/prod/files/cioprod/documents/ComputerFraud-AbuseAct.pdf>
6. National Information Infrastructure Protection Act of 1996, Public Law 104-294, 110 Stat. 3491-3494, October 11, 1996 <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-110/pdf/STATUTE-110-Pg3488.pdf>
7. Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA), Public law 99-508§, October 21, 1986 <https://epic.org/privacy/ecpa/>
8. Government Communications Headquarters official web-site, mission, cyber-security, 18.03.2021 <https://www.gchq.gov.uk/section/mission/cyber-security>
9. National Cyber Security Centre, The cyber threat to UK business 2017-2018 report, Crown Copyright, London, 2018 <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/178-the-cyber-threat-to-uk-business-2017-18/file>
10. Computer Misuse Act 1990, August 29, 1990 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/18/contents>
11. Regulation on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (Data Protection Directive), 2016/679, April 26, 2016 <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>
12. Ministry for Europe and Foreign Affairs official web-site, France and Cyber security <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/security-disarmament-and-non-proliferation/fight-against-organized-criminality/cyber-security/>
13. French National Cybersecurity Agency, French national digital security strategy, Paris, 2015 [https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie\\_nationale\\_securite\\_numerique\\_en.pdf](https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie_nationale_securite_numerique_en.pdf)
14. Guide d'hygiène informatique renforcer la sécurité de son système d'information en 42 mesures, ANSSI – 51, boulevard de la Tour-Maubourg – 75700, Paris, 2017 <https://www.ssi.gouv.fr/guide/guide-dhygiene-informatique/>
15. Susan W. Brenner Criminal threats from Cyberspace 2010, [https://books.google.ge/books?id=gsWQ-xgbLbUC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ge/books?id=gsWQ-xgbLbUC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

# NATIONAL CYBERSECURITY SYSTEMS OF LEADING COUNTRIES AROUND THE WORLD

**Irakli Nadareishvili**

*Doctor of Law, Assistant Professor at Caucasus International University, Head of The Department to Investigate Offenses Committed in the Course of Legal Proceedings, The Office of The General Prosecutor of Georgia*

**Jemal Lomsadze**

*Master of Law, Senior Prosecutor of The Department to Investigate, Offenses Committed in the Course of Legal Proceedings, The Office of The General Prosecutor of Georgia*

**KEYWORDS:** Cybersecurity Systems, Cybercrime, Hacker, Cyberspace, Virus

## ABSTRACT

The rapid development of technology in the 21st century has led to the fact that the geopolitical structure of the modern world depends not only on the strength of armies, but also on the proper functioning of cybersecurity systems. Based on this, the developed countries of the world „compete" with each other in the cyber defense field and taking active offensive measures. Unambiguously the US cybersecurity system has no competitors in the modern world, and the national cybersecurity systems of Great Britain and France are sufficiently effective. For their part, the Russian Federation and China are also actively trying to keep up with the development of modern technologies to meet the requirements and challenges of cyberspace. Every year, the leading countries of the world spend vast amounts of money on the improvement of their cybersecurity systems, as well as on the development of new technologies, which directly indicate the importance of strong cyber systems and the necessity to create a sustainable cybersecurity environment in the world.

## BIBLIOGRAPHY:

1. Kokhreizze N., „Russia's Cyber Capabilities" (Research) <http://ilawge.blogspot.com/2013/01/blog-post.html> (In Georgian)
2. Svanadze V., Gotsiridze A., The main players in cyberspace. Cyber Security Policy, Strategy and Challenges (Collection of Papers and Articles) Tbilisi 2015. <http://dspace.nplg.gov.ge/bitstream/1234/144787/1/Kibertavdacva.pdf> (In Georgian)
3. Criminal Code of France (22.07.1992) [https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France\\_CC\\_am012020\\_fr.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8546/file/France_CC_am012020_fr.pdf) (In French)
4. COE Convention on Cybercrime, Budapest, 23.11.2001 <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm> (In English)
5. Computer Fraud and Abuse Act of 1984, Public Law (18 USC 1030), July 30, 1984 <https://www.energy.gov/sites/prod/files/cioprod/documents/ComputerFraud-AbuseAct.pdf> (In English)
6. National Information Infrastructure Protection Act of 1996, Public Law 104-294, 110 Stat. 3491-3494, October 11, 1996 <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-110/pdf/STATUTE-110-Pg3488.pdf> (In English)
7. Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA), Public law 99-508§, October 21, 1986 <https://epic.org/privacy/ecpa/> (In English)
8. Government Communications Headquarters official web-site, mission, cyber-security, 18.03.2021 <https://www.gchq.gov.uk/section/mission/cyber-security> (In English)
9. National Cyber Security Centre, The cyber threat to UK business 2017-2018 report, Crown Copyright, London, 2018 <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/178-the-cyber-threat-to-uk-business-2017-18/file> (In English)
10. Computer Misuse Act 1990, August 29, 1990 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/18/contents> (In English)
11. Regulation on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (Data Protection Directive), 2016/679, April 26, 2016 <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (In English)
12. Ministry for Europe and Foreign Affairs official web-site, France and Cyber security (In English) <https://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/security-disarmament-and-non-proliferation/fight-against-organized-criminality/cyber-security/>
13. French National Cybersecurity Agency, French national digital security strategy, Paris, 2015 (In English) [https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie\\_nationale\\_securite\\_numerique\\_en.pdf](https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2015/10/strategie_nationale_securite_numerique_en.pdf)
14. Computer Hygiene Guide, Strengthening the Security of Your Information System in 42 Measures, French National Cybersecurity Agency ANSSI – 51, boulevard de la Tour-Maubourg – Paris, 2017 <https://www.ssi.gouv.fr/guide/guide-dhygiene-informatique/> (In French)
15. Susan W. Brenner Criminal threats from Cyberspace 2010, (In English) [https://books.google.ge/books?id=gsWQ-xgbLbUC&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.ge/books?id=gsWQ-xgbLbUC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

# ეთერიუმის, როგორც „გონიერი კონტრაქტის“, სამართლებრივი რეგულირების გობიერთი საკითხი

## სალომე თებულაშვილი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის დოქტორანტი.  
შოთა რუსთაველის საქართველოს ეროვნული სამეცნიერო ფონდი

საკვანძო სიტყვები: ბლოქჩეინი, ეთერიუმი, ბიტკოინი

### შესავალი

თამამად შეგვიძლია ვთქვათ, რომ 21-ე საუკუნე ნამდვილად არის ახალი გამოწვევების, ინოვაციებისა და ახალი ტექნოლოგიების ეპოქა, რაშიც უმთავრეს როლს თამაშობს ინტერნეტი. ინტერნეტის წარმოშობამ სრულიად შეცვალა ადამიანთა ყოფა ბევრ სფეროში. დღეისათვის წარმოუდგენელია ინტერნეტის და ტექნოლოგიების გარეშე არსებობდეს რომელიმე სფერო.

თუმცა უნდა ითქვას, რომ ინტერნეტის განვითარებამ ბიძგი მისცა ბევრი ახალი სფეროს ჩამოყალიბებას. ეს შეეხება ელექტრონულ კომერციას, რომელიც ყოველწლიურად ზრდის გაყიდვების მოცულობებს და თანდათან ანაცვლებს რეალურ ვაჭრობას. მოსალოდნელია, რომ ის რამდენიმე ათწლეულში მთლიანად ჩაანაცვლებს დღევანდელი აღქმით არსებული ვაჭრობის უზარმაზარ სფეროს. გარდა ამისა, ელექტრონული კომერცია შეეხება აგრეთვე საბანკო და არასაბანკო ტრანზაქციების განსხვავებულ ხედვას და თავად ფულის, როგორც რომელიმე ქვეყნის ვალუტის, განსხვავებულად აღქმას. წა-

რმოდგენილ სტატიაში განხილული იქნება ინტერნეტის განვითარების შედეგად შექმნილი ბლოკჩეინ ტექნოლოგიის არსი და მასთან დაკავშირებული ერთ-ერთი ყველაზე პოპულარული ინსტიტუტი – კრიპტოვალუტები. უფრო მეტიც, სტატიაში განხილული იქნება ისეთი კრიპტოვალუტა, რომელსაც დამატებით გარიგების ფუნქციაც კი გააჩნია.

ინტერნეტის ისტორია და განვითარება, რასაკვირველია, ბევრად ადრე იწყება, თუმცა ის ეტაპი, რომელზეც ეხლა სამყარო იმყოფება, მე-4 თაობის ინტერნეტის დამსახურებაა, რომელიც ბევრად სწრაფი და მოქნილია, შესაბამისად უფრო მარტივა ნებისმიერი სახის კომუნიკაცია სხვადასხვა ქსელების მეშვეობით. აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ თუ წლების წინ ინტერნეტი ძალიან დიდ დროს ანდომებდა ნებისმიერი დავალების შესრულებას, ახლა ამის გაკეთება შესაძლებელია უფრო მარტივად და უმოკლეს დროში.

პირველ რიგში განვიხილოთ, ზოგადად რა არის ინტერნეტი და რას გულისხმობს მისი ზოგადი ცნებები.

კომპიუტერული ქსელი – ეს არის ორი ან მეტი კომპიუტერის ერთობლიობა, რომლებიც საკომუნიკაციო არხების მეშვეობით ცვლიან ინფორმაციას.

მეცნიერები ინტერნეტთან მიმართებაში განიხილავენ მის ვიწრო და ფართო გაგებას: ვიწრო გაგებით ინტერნეტი – ეს არის ქსელების გაერთიანება, რომლებიც ერთმანეთთან დაკავშირებულნი არიან TCP/IP პროტოკოლებით ისე, რომ ნებისმიერ მომენტში ყოველი კომპიუტერი უკავშირდება სხვა კომპიუტერს, ხოლო ფართო გაგებით ინტერნეტი ქმნის ერთიან სივრცეს, რომელიც თავის მხრივ, წარმოშობს ინტერნეტ-კულტურას თავისი აზროვნებით, ენით და ეთიკური ნორმებით.<sup>1</sup>

თანამედროვე მსოფლიოს ერთ-ერთი მთავარი მახასიათებელია ინტერნეტის განვითარება და აქტუალური დანერგვა საზოგადოებრივი ცხოვრების ყველა სფეროში.

1 ზაუტაშვილი დ., „ინტერნეტი“ გამოცემა მეორე, ქუთაისი, 2008, გვ.16.

1962 წელს ინფორმაციის დამუშავების მეთოდების განყოფილების ხელმძღვანელად დაინიშნა ჯონ ლიკლაიდერი, რომელმაც ერთ-ერთი მთავარი როლი ითამაშა ინტერნეტის შექმნაში.<sup>2</sup>

ინტერნეტმა მთელი სამყარო მოიცვა, მაგრამ საიდან გაჩნდა იგი, ბევრმა არ იცის. ინტერნეტის შექმნის ერთიანი და ზუსტი თარიღი არ არსებობს, ათვლის წერტილად სხვადასხვა თარიღი სახელდება<sup>3</sup>.

ინტერნეტის განვითარება შეგვიძლია რამდენიმე ეტაპად დავყოთ. ასეთი ერთ-ერთი ეტაპი 1969 წლის 29 ოქტომბერს დაიწყო, როდესაც ერთმანეთისგან 640 კილომეტრით დაშორებულ ორ კომპიუტერს შორის პირველი ინტერნეტკავშირი შედგა.<sup>4</sup> ამის შემდეგ ინტერნეტი მუდმივად ვითარდებოდა, რის შესახებ ის ფაქტიც მეტყველებს, რომ დღეს უკვე ვიყენებთ მეოთხე თაობის ინტერნეტს, რაც რასაკვირველია, ბევრად წინგადადგმული ნაბიჯია წინა თაობის ინტერნეტთან შედარებით.

## ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის ცნება

ბლოქჩეინი რომ უნიკალური მოვლენაა 21-ე საუკუნეში, ამაზე ბევრი რამ მეტყველებს. იმაზეც ვთანხმდებით, რომ აღნიშნული ტექნოლოგია საკმაოდ კარგად მუშაობს მსოფლიოს სხვადასხვა ქვეყანაში და თავისი თვისებებით მართლაც უნიკალურია. მისი უნიკალურობა კი გამოიხატება იმაში, რომ ბლოქჩეინ ტექნოლოგიით განხორციელებული ნებისმიერი სახის ტრანზაქცია არის ბევრად მარტივი და უსაფრთხო, ვიდრე ჩვეულებრივ პირობებში გაკეთებული ნებისმიერ სახის ჩვეულებრივი ოპერაცია.

ბლოქჩეინ სისტემის შექმნას 2008 წელს უკავშირებენ და ამბობენ, რომ იგი შექმნილია ანონიმური პიროვნებების ან ჯგუფის მიერ. მის შემქმნელს ან შემქმნელთა

2 იქვე, გვ.8.

3 <http://yvelapheriinternetisshesaxeb.blogspot.com/> ყველაფერი ინტერნეტის შესახებ.

4 <http://mastsavlebeli.ge/?p=2787> ინტერნეტის შექმნის მოკლე ისტორია.

ჯგუფს, ფსევდო სახელად უწოდეს „სატოში ნაკამოტო“. 2009 წელს ბლოკჩეინი გამოცხადდა კრიპტოვალუტა „ბიტკოინის“ მთავარ განმსახორციელებელ ტექნოლოგიად. ბლოკჩეინის მთავარი დადებითი მხარე არის სწორედ ის, რომ მისი შექმნით ბიტკოინს საშუალება მიეცა გადაეჭრა ორმაგი ხარჯვის პრობლემა მესამე მხარის ჩარევის გარეშე.<sup>5</sup>

ბლოკჩეინი არის ინოვაციური ტექნოლოგია, ინსტიტუციური ევოლუციის მაგალითი, რომელიც დეცენტრალიზაციის გზით არღვევს ცენტრალიზებულ სისტემას.<sup>6</sup>

ბლოკჩეინი ეს არის ტექნოლოგია, რომელიც დიდი პოტენციალით გამოირჩევა და შეუძლია მოახდინოს ნდობის მნიშვნელობის რედუქცია როგორც კერძო, ასევე საჯარო სექტორში. ის შეგვიძლია განვსაზღვროთ, როგორც ციფრული, მუდმივ რეჟიმში ქრონოლოგიურად განახლებადი დეცენტრალიზებული და კრიპტოგრაფიულად დაშიფრული მონაცემთა ბაზა.

ბლოკჩეინი არის არა მხოლოდ ახალი ტექნოლოგია, რომელიც საზოგადოებაში დაინერგა, არამედ ახალი მოდელი, რომელმაც შესაძლოა ახლო მომავალში დიდი ტრანსფორმაცია მოახდინოს როგორც კერძო ასევე საჯარო სექტორში, რასაც ადასტურებს მისი დანერგვა საჯარო რეესტრის სისტემაშიც. იგი 2016 წელს გამოჩნდა აღნიშნულ ბაზარზე და უძრავი ქონების რეგისტრაცია ბლოკჩეინ ტექნოლოგიაზე დაფუძნებული საცდელი პროექტი იქნა შემუშავებული, რამაც გაამართლა. ამ ფაქტს ადასტურებს ისიც, რომ 2017 წელს კვლავ განხორციელდა მეორე ეტაპი. ბლოკჩეინის მონაცემთა ბაზა განსხვავდება ტრადიციული მონაცემთა ბაზისაგან,

რაც გულისხმობს, რომ ბლოკჩეინის შემთხვევაში მონაცემები დაცულია როგორც კიბერდანაშაულისაგან, ისე ნებისმიერი სახის განადგურებისაგანაც. ბლოკჩეინის უსაფრთხოებას ამყარებს ის ფაქტიც, რომ მასში არსებული მონაცემები და ჩანაწერები, ინახება არა ერთ კონკრეტულ კომპიუტერში, არამედ მსოფლიოს მასშტაბით, ათასობით კომპიუტერში, რაც დამატებით უსაფრთხოებას ქმნის.

ასევე ავტომატურად იბლოკება ყველანაირი მცდელობა, რომელიც მიზნად ისახავს მონაცემთა ბაზაში შეღწევას. 2017 წლის დასაწყისში, ჰარვარდის ბიზნეს მიმომხილველმა განაცხადა, რომ ბლოკჩეინი არის ფუნდამენტური ტექნოლოგია და შესაბამისად შეგვიძლია ვთქვათ, მას აქვს შესაძლებლობა, შექმნას ფუნდამენტურად ახალი ეკონომიკური და სოციალური სისტემა, ბოლო წლების განმავლობაში ბლოკჩეინის ტექნოლოგიის ზრდა ფენომენალურია. აღნიშნული სისტემა სულ უფრო მეტად საინტერესო და პოპულარული ხდება მსოფლიო მასშტაბით.

ვფიქრობთ რომ, ბლოკჩეინი 21-ე საუკუნეში ერთ-ერთი ყველაზე პოპულარული და უსაფრთხო ტექნოლოგიაა მისი თვისებებიდან გამომდინარე. იგი უსაფრთხოა იმ კუთხითაც, რომ ნებისმიერ ტრანზაქციას, რომელიც ხორციელდება ბლოკჩეინის გამოყენებით, არ სჭირდება შუამავალი, მაგალითად თუ განვიხილავთ ყველაზე მარტივ საბანკო გადარიცხვას, ასეთ დროს თანხა ერთი პირიდან მეორესთან რომ გადაირიცხოს, შუამავლის როლში გვევლინება ბანკი, ხოლო ბლოკჩეინის შემთხვევაში ყველანაირი ტრანზაქციის განხორციელება ხდება შუამავლის გარეშე, რაც ბევრად უსაფრთხოა ნებისმიერი მხარისათვის. თითქმის განულებულია რისკის მომენტიც კიბერშეტევებისა და სხვადასხვა სახის თავდასხმებისაგან, რაც ნამდვილად გვაძლევს იმის თქმის საფუძველს, რომ ეს ტექნოლოგია 21-ე საუკუნის მიღწევაა.

საქართველოში ასევე ძალიან მნიშვნელოვან როლს თამაშობს ბლოკჩეინის განვითარებაში საჯარო რეესტრის ჩართვა,

5 ბლოკჩეინი (ინგლ. Blockchain) – თავდაპირველად ბლოკების ჯაჭვი – მუდმივად მზარდი ჩანაწერების სია, სახელად „ბლოკები“ არის დაცული კრიპტოგრაფიულად. თითოეული ბლოკი, როგორც წესი, შეიცავს ჰეშმაჩვენებელს, როგორც წინა ბლოკთან დამაკავშირებელ ნიშანს, დროის ნიშნულს.

6 <https://napr.gov.ge/p/1508> საჯარო რეესტრი ბლოკჩეინ ტექნოლოგიის დანერგვის მეორე ეტაპს იწყებს (ბოლო ნახვის თარიღია 27.01.2021).

რომელსაც საქართველომ ძალიან კარგად გაართვა თავი. ამას ის ფაქტიც ადასტურებს, რომ საქართველოს მოსახლეობა ახალ გამოწვევაში ჩაერთო და თანაც ძალიან წარმატებულად, რადგან ჩვენი ქვეყანა ერთ-ერთი პირველი იყო, ვინც ყველაფერი გააკეთა, რომ დანერგილიყო მიწის რეგისტრაცია ბლოქჩეინ ტექნოლოგიების გამოყენებით, მისი პლიუსი, გარდა იმისა, რომ არის ბევრად უსაფრთხო და ეფექტური, ასევე ზოგავს ძალიან დიდ დროს, რადგან ადამიანს რიგებში დგომა და დროის კარგვა არ უწევს.

ბლოქჩეინის უნიკალურობას და სახეობას ისიც ამყარებს, რომ მას ნდობას უცხდებენ ისეთი დიდი კომპანიები, როგორებიცაა: UBS, IBM, Microsoft, Alibaba.com, კანადის ბანკები და სხვა.

შესაბამისად, ვფიქრობ, რომ ბლოქჩეინის უნიკალურობა სულ უფრო მეტად დაარწმუნებს საზოგადოებას იმაში, რომ ბევრად მარტივია ციფრული ტექნოლოგიების გამოყენება და რაც მთავარია, ძალიან უსაფრთხო, რაც დამატებით კომფორტს შეუქმნის საზოგადოებას.

## ბლოქჩეინის რეგულირების სამართლებრივი პრობლემები

ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის საკანონმდებლო რეგულირების ანალიზი მოწმობს, რომ ამ ეტაპისთვის სახელმწიფოთათვის ჯერ კიდევ ბუნდოვანია ამ ტექნოლოგიის რეალური არსი და რეგულირება ძირითადად არა თავად ტექნოლოგიას, არამედ ამ ტექნოლოგიაზე დაფუძნებულ კრიპტოგრაფიულ ვალუტებს შეეხება. კრიპტოვალუტის კონტროლი ძირითადად შეეხება რეგულაციების დაწესებას „ფულის გათეთრებასთან“, სათამაშო ბიზნესთან და საგადასახადო დაბეგვრასთან მიმართებაში.

მეტი თვალსაჩინოებისათვის განვიხილოთ რამდენიმე ქვეყნის მაგალითი.

ა) **დიდი ბრიტანეთი.** 2014 წელს ბრიტანეთის ფინანსური რეგულირებისა და კონტროლის სააგენტომ (Financial Conduct

Authority) დაადგინა, რომ კრიპტოვალუტა ბიტკოინი არ წარმოადგენს არც ვალუტას და არც ფულს და არ ექვემდებარება რეგულაციებს. 2017 წლის სექტემბერში კი სააგენტომ განაცხადა, რომ ყურადღებით სწავლობს ე.წ. ICO ინსტიტუტს და დარწმუნებულნი არიან, რომ ტოკენების უმრავლესობა, რომელთა დაფინანსება ICO-ს მეშვეობით ინვესტიციების მოზიდვით ხდება, უნდა დაექვემდებაროს სახელმწიფო ნორმატიული ბაზით დაწესებულ რეგულაციებს.

ბ) **ვიეტნამი.** ვიეტნამის პრემიერ მინისტრმა 2018 წელს დაამტკიცა გეგმა, რომლის მიხედვითაც ბიტკოინი ოფიციალურად ცნო გადახდის ფორმად. ასევე შესაბამის სამსახურებს დაევალებათ დაამუშაონ კრიპტოვალუტებთან დაკავშირებული საგადასახადო დაბეგვრის რეჟიმი, რაც 2019 წლიდან განხორციელდა კიდევ.

გ) **კანადა.** 2014 წელს კანადის გენერალ-გუბერნატორმა მოიწონა კანონპროექტი, რომლის მიხედვითაც კრიპტოვალუტის ბირჟები ექვემდებარებიან სავალდებულო რეგისტრაციას კანადის ფინანსური ოპერაციების ანალიზისა და ანგარიშგების ცენტრში (Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada). მათ ევალებათ, სრულად დაიცვან „ფულის გათეთრების“ წინააღმდეგ მოქმედი კანონმდებლობის მოთხოვნები. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მათ აკრძალული აქვთ კომერციულ ბანკებში საბანკო ანგარიშების გახსნა. სხვა მიმართულებით რეგულაციები ამ ეტაპისთვის კანადაში არ არსებობს.<sup>7</sup>

ბლოქჩეინის სამართლებრივი რეგულირება ძალიან დაეხმარება და წაადგება სახელწიფოსაც, ამაში იგულისხმება ისიც, რომ თუ მოხდება ბლოქჩეინის სამართლებრივი რეგულირება, ამით დაიზოგება სახელწიფო ბიუჯეტიც, რადგან საქმეში, რომელსაც აკეთებდნენ ადამიანები და სახელმწიფო ან კერძო სექტორი შესაბამის ანაზღაურებას იხდიდა, რეგულირების შემ-

7 გაბისონია. ზ., ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის სამართლებრივი რეგულირების არსი და პრობლემები. ჟურნ. შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 3/2019.

თხვევაში ეს აღარ იქნება საჭირო, რადგან ადამიანების გასაკეთებელს პროგრამა გააკეთებს, თუმცა აქ ძირითადად საუბარი მაქვს ბიზნეს სექტორზე.

ამით შემცირდება ადამიანების შრომა, დროის რესურსი და რაც მთავარია, საქართველოსთვის იქნება ძალიან კარგი, ზემო აღნიშნულიდან გამომდინარე და მისი ძალიან საჭირო და კარგი თვისებების გათვალისწინებით, საჭიროა სხვადასხვა ტექნოლოგიებში დაინერგოს ბლოქჩეინი, ამისთვის საჭიროა სახელწიფომ თავისი მხრიდან მოახდინოს საკითხის ინიცირება, როგორც ეს წარმატებით განხორციელდა უამრავ ქვეყანაში.

### ეთერიუმი და სმარტკონტრაქტები

დღეისათვის მსოფლიოში კრიპტოვალუტის დაახლოებით 1500-ზე მეტი სახეობაა ცნობილი, რომელთა შორისაც 900 სტაბილურად გამოიყენება, თუმცა ყველა მათგანზე ერთნაირი მოთხოვნა როდი არსებობს. კრიპტოვალუტის შექმნის პროცესი ზრდის ტენდენციით ხასიათდება, რაც უაღრესად დადებითი მოვლენაა ელექტრონული ფულის განვითარების საქმეში, ვინაიდან იგი აუცილებლად გამოიწვევს ერთიან მსოფლიო კრიპტოვალუტაზე გადასვლის საჭიროებას (<https://bit.ly/2AIGLXt>). კრიპტოვალუტის უპირველესი და ძირითადი სახეობაა ბიტკოინი<sup>8</sup>. როგორც ზემოთ აღინიშნა, ერთ-ერთი ყველაზე გავრცელებული ვერსიის მიხედვით, ბიტკოინის შემქმნელია სატოში ნაკამოტო, რომელმაც 2008 წლის მიწურულს საჯაროდ განაცხადა საკუთარი გამოგონების შესახებ და გამოაქვეყნა ამის დამადასტურებელი დოკუმენტი, ხოლო 2009 წლიდან კომპიუტერულ ქსელში ჩაუშვა შესაბამისი სისტემა (<https://>

[bit.ly/2Ko51Sh](http://bit.ly/2Ko51Sh)). სატოში ნაკამოტო ფსევდონიმია. ამ პერიოდის განმავლობაში იყო არაერთი მცდელობა სხვადასხვა ქვეყნის პროგრამისტების მხრიდან, თავი სატოში ნაკამოტოდ გამოეცხადებინათ. მათგან შედარებით ცნობილია ორი პირი – ავსტრიელი ბიზნესმენი კრეიგ რაიტი და ამერიკელი პროგრამისტი დევიდ კლეიმანი. მაგალითად, 2016 წლის მაისში რაიტმა განაცხადა, რომ სწორედ ისაა ბიტკოინის შემქმნელი და რომ სატოში ნაკამოტო მისი ფსევდონიმია. თუმცა უნდა ითქვას, რომ დღემდე რეალური „სატოში ნაკამოტო“ არ გამოჩენილა, რადგან მისი ვინაობის დამტკიცება საკმაოდ ადვილია პროგრამისტთა სამყაროში – მან უნდა წარმოადგინოს ბლოქჩეინში განხორციელებული პირველი ტრანზაქციის დამადასტურებელი პროგრამული კოდები.

2017 წლის ბოლოსთვის კრიპტოვალუტების საერთო კაპიტალიზაციამ 500 მილიარდი დოლარი შეადგინა, რომლის 90% მოდის ყველაზე ცნობილ კრიპტოვალუტის ათეულზე და ერთ-ერთს წარმოადგენს ეთერიუმი (Ethereum – 12,8%)<sup>9</sup>. შედარებით მართივად რომ ავხსნათ, ეთერიუმი – ეს არის ღია პროგრამული პლატფორმა, რომლის გაჩენაც უკავშირდება ბლოქჩეინ ტექნოლოგიებს, რაც საშუალებას აძლევს დეველოპერებს, შექმნან და განავითარონ დეცენტრალიზებული აპლიკაციები.

ეთერიუმის<sup>10</sup> შექმნას სათავე რუსული წარმოშობის კანადელმა პროგრამისტმა ვიტალიკ ბუტერინმა დაუდო და 2014 წელს წარუდგინა კიდევ სამყაროს. მისი თქმით, ეთერიუმი არის დეცენტრალიზებული პლატფორმა, რომელიც დამყარებულია ბლოქჩეინ სისტემაზე და მისი საშუალებით შესაძლე-

8 ბიტკოინი არის მსოფლიო მასშტაბის კრიპტოვალუტა, რომლის შექმნის მიზანია შესაძლებელია გადახდა განხორციელდეს ელექტრონულად. ბიტკოინს განიხილავენ, როგორც ერთ-ერთ პირველ დეცენტრალიზებულ ციფრულ ვალუტას.

9 <http://eprints.tsu.ge/> სიჭინავა, დ. მადრაძე, მ. ელექტრონულ ფულზე გადასვლის წინამძღვრები და პრობლემები, საერთაშორისო სამეცნიერო-პრაქტიკული ჟურნალი, გლობალიზაცია და ბიზნესი. #6 / 2018, ივ. გვ 178.

10 ეთერიუმი, შეიქმნა 2015 წელს პროგრამისტ ვიტალიკ ბუტერინის მიერ, იგი არის ღია პროგრამული პლატფორმა, რომელიც ბლოქჩეინ ტექნოლოგიაზეა დაფუძნებული, ეთერიუმი არის კრიპტოვალუტა, რომელსაც ყველა თვისება აქვს, რაც საჭიროა კრიპტოვალუტისთვის.



ბელია ე.წ. „გონიერი კონტრაქტების“ შექმნა.

გამოშვებისთანავე ეთერიუმი დიდი ყურადღების ცენტრში მოექცა. კრიპტომონეტარეები მას ყველაზე მეტად ბიტკოინის ადარებენ, რეალურად კი, ეს ორი კრიპტომონეტარე ერთმანეთს რამდენადაც ჰგავს, იმდენად განსხვავდება კიდევ, გამომდინარე იქიდან, რომ ეთერიუმი რეალურ ცხოვრებაში უამრავი პრობლემის გადაწყვეტის საშუალებაა.

ვიტალიკი ეთერიუმის დაფუძნებამდე ერთ-ერთი ონლაინ საგანმანათლებლო ჟურნალის შემქმნელი იყო, რომელიც ბლოქჩეინზე, ბიტკოინზე და კრიპტოგრაფიაზე აქვეყნებდა ნაშრომებს და სტატიებს. იქიდან გამომდინარე, რომ ის კომპიუტერულ ინჟინერიას სწავლობდა და ამასთანავე ძირითადად შეისწავლიდა „ბიტკოინის ბლოქჩეინს“ შესაძლებლობებს, მან დაინახა პოტენციალი, თუ როგორ შეიძლებოდა ამ სისტემის უფრო მეტად დატვირთვა და მისი მეშვეობით სხვა ცხოვრებისეული პრობლემების გადაჭრა, რაც აქამდე შეუძლებელი იყო.<sup>11</sup>

ასევე უნდა აღვნიშნოთ ის ფაქტიც, რომ ეთერიუმს აქვს ანგარიშები, რაც გულისხმობს, რომ ეთერიუმის ბლოქჩეინში მდგომარეობა შედგება ობიექტებისგან, რომლებსაც ეწოდებათ „ანგარიშები“. თითოეულ ანგარიშს გააჩნია 20-ბიტანი მისამართი, სადაც მდგომარეობის გარდაქმნა ანგარიშებს შორის რაოდენობისა და ინფორმაციის პირდაპირი გაცვლით ნარმოებს. ეთერიუმის ანგარიშები 4 ასპექტს შეიცავს:

- ნონსი – ამთვლელი რიცხვი, რომლის მექანიზმიც ტრანზაქციების მხოლოდ ერთხელ შესრულებას უზრუნველყოფს
- ანგარიშების მიმდინარე ეთერის ბალანსი
- ანგარიშების კონტრაქტების კოდი, თუ ის არსებობს
- ანგარიშების საცავი.

11 <https://medium.com/cryptoz-georgia/> ყველაფერი ტექნოლოგიებსა და მეცნიერებზე (ბლოგ ნახვის თარიღია 25.03.2020).

ეთერი არის ეთერიუმის მთავარი შიდა კრიპტო „საწვავი“, რომელიც გამოიყენება ეთერიუმის ტრანზაქციების საკომისიოს გადასახდელად. ზოგადად, არსებობს ორი სახის ანგარიში: ანგარიშები, რომლებსაც ფლობენ გარედან და მართავენ პირადი გასაღებებით და კონტრაქტის ანგარიშები, რომლებიც იმართება თავიანთი კონტრაქტ კოდებით. გარე ფლობის ანგარიშებს არ გააჩნია კოდი და ინფორმაცია შესაძლოა გაიგზავნოს ტრანზაქციის ციფრული ხელმოწერით. კონტრაქტის ანგარიშებში, როგორც კი კონტრაქტ-ანგარიში მიიღებს მესიჯს, აქტიურებს თავის კოდს. იგი კითხულობს და წერს შიდა მეხსიერებით საცავში და წერს ახალ მესიჯებსაც, ან ქმნის კონტრაქტებს რიგითობით.

რაც შეეხება სმარტკონტრაქტებს, მათთან მიმართებაში უნდა განვმარტოთ. პირველ რიგში. რას ნიშნავს აღნიშნული და ზოგადად. რა არის აღნიშნულის დანიშნულება.

სახელი smart contract<sup>12</sup> ინგლისურიდან ითარგმნება, როგორც „გონიერი კონტრაქტი“. იგი ჩვეულებრივი კონტრაქტისაგან განსხვავდება იმით, რომ ეს არის კომპიუტერული პროგრამა. როგორც ჩვეულებრივ კონტრაქტებში, აქაც მითითებულია ხელშეკრულების მხარეები, ხელშეკრულების საგანი და პირობები, მაგრამ, ჩვეულებრივი კონტრაქტისგან განსხვავებით, ხელმოწერები არის ელექტრონული, ხოლო ალგორითმი პასუხისმგებელია პირობების შესრულებაზე. შემდგომ მონაცემები გარიგების მონაწილე მხარეებისა და

12 smart contract (იგივე გონიერი კონტრაქტი, ) სმარტ კონტრაქტების იდეა პირველად 1994 წელს წამოაყენა ვინმე საბომ (აშშ). იგი გახლდათ მეცნიერი ინფორმატიკის, კრიპტოგრაფიისა და სამართლის სფეროში. მან აღწერა სმარტ კონტრაქტები, როგორც ციფრული წარმოსახვა მხარეებს შორის. სმარტ კონტრაქტები შეიძლება განსაზღვრული იყოს, როგორც მოლაპარაკება ორ ან მეტ მხარეს შორის, იურიდიული უფლებების განსაზღვრის, ცვლილების და შეწყვეტის შესახებ, რომელშიც რაიმე ნაწილი ან ყველა პირობა იწერება და სრულდება (АНАЛИТИЧЕСКИЙ Обзор ПО ТЕМЕ "Смарт контракт").

შესრულებული გარიგების შესახებ აღირიცხება დეცენტრალიზებულ მონაცემთა ბაზაში – ბლოკჩეინში.

იმის გათვალისწინებით, რომ „ჩვენი სამყარო სულ უფრო და უფრო ციფრული ხდება, ლოგიკურია ვივარაუდოთ, რომ თანდათანობით სწრაფი, უსაფრთხო და სრულიად მიუკერძოებელი გონიერი კონტრაქტები ჩაანაცვლებს კლასიკურ კონტრაქტებს, რომელთა განხორციელება შეიძლება დამოკიდებული იყოს მესამე მხარის ინტერპრეტაციასა თუ ინტერესზე“<sup>13</sup>. ჩვეულებრივი კლასიკური კონტრაქტების შემთხვევაში მონაწილე მხარეები ხელშეკრულებებს დებენ ნოტარიუსის ან/და იურისტის დახმარებით. ამგვარი ხელშეკრულების შესრულებისას შეიძლება მესამე პირებიც ჩაერიონ. დაინტერესებულ მხარეებს შეუძლიათ გაასაჩივრონ პირობები ან შეცვალონ გარკვეული ნიუანსების ინტერპრეტაცია, რაც გავლენას მოახდენს ხელშეკრულების შედეგზე, ხოლო ქკვიანი კონტრაქტი არ საჭიროებს ნოტარიუსს, კონსულტანტებსა და სხვა მესამე მხარეებს. როდესაც გარკვეული პირობები სრულდება, პროგრამა იწყებს მოქმედებას. განვიხილოთ მაგალითის საფუძველზე.

საფულე N იღებს Ethereum-ის ნიშნების გარკვეულ რაოდენობას. M საფულედან გადარიცხულია აშშ დოლარის შეთანხმებული თანხა. ეს არ შეიძლება გასაჩივრდეს ან შეიცვალოს, შეუძლებელია პროგრამისთვის ქრთამის მიცემა ან მოწმის მოხსნა, სწორედ ეს არის გონიერი კონტრაქტების სიძლიერე.

გონიერი კონტრაქტის დადების შემდეგ, მისი ყველა პირობა ინახება ბლოკჩეინში. მათი შეცვლა შეუძლებელია. ყველა პირობა დაკმაყოფილდება – მაშინაც კი, თუ მონაწილეები შეიცვლიან აზრს. ქკვიანი კონტრაქტების გამოყენება საკმაოდ მარტივია ოპერაციებისთვის, მაგალითად, აქტივების ყიდვა-გაყიდვაში.<sup>14</sup>

### დასკვნა

დასკვნის სახით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ 21-ე საუკუნის რეალობამ, ინოვაციურმა ტექნოლოგიებმა, სრულიად შეცვალა სამყარო. ის ფაქტი, რომ ბლოქჩეინი თავისი შესაძლებლობებით მართლაც უნიკალურია, არ ვდაობთ. ბლოქჩეინის გამოყენება ძალიან ამცირებს იმის შანსს, რომ მოხდეს რაიმე სახის თავდასხმა ან კიბერშეტევა, გამომდინარე იქიდან, რომ მონაცემები არ ინახება მხოლოდ ერთ კომპიუტერში და მთელი ქსელებია ამაში ჩართული. პრაქტიკულად, არ არსებობს იმის შანსი, რომ ერთდროულად მოხდეს ამდენ კომპიუტერზე თავდასხმა და ინფორმაციის გატეხვა, რაც ნამდვილად ბლოქჩეინის უნიკალური თვისებაა. ბლოქჩეინ ტექნოლოგია ასევე ამარტივებს სხვადასხვა სახის ტექნოლოგიებს, რაც დამატებით კომფორტს ქმნის. იგულისხმება ის ფაქტი, რომ აღნიშნული ტექნოლოგიის საშუალებით შეგვიძლია ნებისმიერი სახის ტრანზაქცია განვახორციელოთ შუამავლის გარეშე, ასევე ძალიან სასიხარულოა ისიც, რომ საქართველო ერთ-ერთი პირველი ქვეყნა იყო, რომელიც ამ ახალ გამოწვევაში ჩაერთო, რაზეც ნათლად მოწმობს საჯარო რეესტრის მაგალითი.

სწორედ სხვადასხვა მნიშვნელოვანი ფაქტების გათვალისწინებით მიგვაჩნია, რომ საჭიროა მოხდეს ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის რეგულირება, რაც ნამდვილად სასიკეთოდ წაადგება ქვეყანას, იმის გათვალისწინებით, რომ ამით როგორც საჯარო, ასევე კერძო სექტორი შეძლებს დაზოგოს ფინანსები, რადგან საქმეს, რომლის შესრულებისთვისაც საჭირო იყო შესაბამისი კადრები, ახლა გაკეთებს პროგრამა, რომელიც ყველა სიკეთესთან ერთად დაზოგავს ადამიანების დროს და რესურსს. ასევე ხაზი უნდა გაესვას იმ ფაქტსაც, რომ როდესაც ვსაუბრობთ ბლოქჩეინზე, წარმოუდგენელია არ ვილაპარაკოთ ეთერიუმზე, როგო-

13 <https://medium.com/cryptoz-georgia> ყველაფერი ტექნოლოგიებსა და მეცნიერებაზე (ბლოგ ნახვის თარიღია 25.01.2021).

14 Андрей Тонколитко о смарт-контрактах. Что это

такое? [https://joinfo.ua/pressrelease/1226794\\_Chtotakoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html](https://joinfo.ua/pressrelease/1226794_Chtotakoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html) (ბლოგ ნახვის თარიღია 24.03.2020).

რც ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს კრიპტოვალუტაზე, რომელიც მისი უნიკალურობის დამსახურებით შედის ყველაზე ცნობილ კრიპტოვალუტების ათეულში. მოკლედ და გასაგებ ენაზე რომ ვთქვათ, ეთერიუმი ეს არის ღია პროგრამული პლატფორმა, რომლის გაჩენაც უკავშირდება ბლოქჩეინ ტექნოლოგიებს, რაც საშუალებას აძლევს დეველოპერებს – შექმნან და განავითარონ დეცენტრალიზებული აპლიკაციები. ასევე აქვე უნდა ვისაუბროთ smart contract-ზე. სახელწოდება smart contract ინგლისურიდან ითარგმნა, როგორც „ჭკვიანი კონტრაქტი“. ჩვეულებრივი კონტრაქტისგან იგი იმით

განსხვავდება, რომ ეს არის კომპიუტერული პროგრამა. როგორც ჩვეულებრივ კონტრაქტებში, აქაც მითითებულია ხელშეკრულების მხარეები, ხელშეკრულების საგანი და პირობები. თუმცა ჩვეულებრივი კონტრაქტისაგან განსხვავდება ხელმოწერის ტიპით, რასიც იგულისხმება, რომ თუ ჩვეულებრივი ხელშეკრულების დადებისათვის საჭიროა „სველი“ ხელმოწერა, აქ პირიქით, ხელმოწერა არის ელექტრონული და დაგვალეების შეუფერხებლად შესრულებაზე პასუხისმგებელია არა პირი, არამედ ალგორითმი.

#### ბიბლიოგრაფია:

1. ზაუტაშვილი დ., „ინტერნეტი“ გამოცემა მეორე, ქუთაისი, 2008
2. სიჭინავა დ., მალრაძე მ., ელექტრონულ ფულზე გადასვლის წანამძღვრები და პრობლემები, საერთაშორისო სამეცნიერო-პრაქტიკული ჟურნალი „გლობალიზაცია და ბიზნესი“, #6 / 2018
3. გაბისონია ზ., ბლოქჩეინ ტექნოლოგიის სამართლებრივი რეგულირების არსი და პრობლემები.
4. ყველაფერი ინტერნეტის შესახებ, <http://yvelapheriinternetisshesaxe.blogspot.com/>
5. ინტერნეტის შექმნის მოკლე ისტორია, <http://mastsavlebeli.ge/?p=2787>
6. ყველაფერი ტექნოლოგიებსა და მეცნიერებზე (ბოლო ნახვის თარიღია 25.03.2020), <https://napr.gov.ge/p/1508> (ბოლო ნახვის თარიღია 27.03.2020)
7. Андрей Тонколитко о смарт-контрактах. Что это такое? [https://joinfo.ua/pressrelease/1226794\\_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html](https://joinfo.ua/pressrelease/1226794_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html)

# SEVERAL ASPECTS IN THE LEGAL REGULATION OF ETHEREUM AS THE "SMART CONTRACTS"

**Salome Tezelashvili**

*PhD student of the faculty of law at the Caucasus International University*

*Specialist at the Department of Law and Administration of the Shota Rustaveli National Science Foundation of Georgia*

KEYWORDS: Blockchain, Ethereum, Bitcoin

## ABSTRACT

The article reviews the essence of blockchain – the technology of new generation, raised from the computer and internet development. The article also analyses several aspects in legal regulation of one of the most famous cryptocurrencies: Ethereum by using the blockchain technology. Except for that, the article describes steps of computer and internet development and the involvement of blockchain in these steps, as a revolutionary invention. The article analyses the essence of blockchain technology, the steps of its development and also, coming from its high confidentiality, the possibilities of its legal regulation by the states. In this regard, several countries are represented as an example (Great Britain, Vietnam, Canada).

Except for blockchain, the article reviews essence and specification of Ethereum, as the cryptocurrency, as well as smart contract, analyses the area of smart contract development and the indispensability of its legal regulation, because they have an ability to detach simple consumer agreements in one of the directions of digital economy – electronic commerce, in the nearest future. In addition to this, the binary nature Ethereum is also analyzed, in particular it can be a method of payment, as well as have a form of a legally binding deal – contract with the high self-fulfillment mechanism and securing parties confidentiality standards.

**BIBLIOGRAPHY:**

1. Zautashvili D. „Internet“ second edition, Kutaisi, 2008 (In Georgian)
2. Sitchinava D., Maghradze M. Preconditions and problems of transition to electronic money, scientific-practical journal „Globalization and Business“ #6/2018. (In Georgian)
3. Gabisonia Z., The essence and problems of legal regulation of blockchain technology. (In Georgian)
4. All about the internet <http://yvelapheriinternetisshesaxe.blogspot.com> (In Georgian)
5. A short history of the creation of the Internet <http://mastsavlebeli.ge/?p=2787> (In Georgian)
6. Everything about technology and science (Last viewed on 25.03.2020) <https://napr.gov.ge/p/1508> (Last viewed on 27.03.2020). (In Georgian)
7. Andrey Tonkolitko on smart contracts. What is it? [https://joinfo.ua/pressrelease/1226794\\_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html](https://joinfo.ua/pressrelease/1226794_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html) (In Georgian)

**NOTES:**

1. Zautashvili D. „Internet“ second edition, Kutaisi, 2008. (In Georgian)
2. Zautashvili D. „Internet“ second edition, Kutaisi, 2008. (In Georgian)
3. Sitchinava D., Maghradze M. Preconditions and problems of transition to electronic money, scientific-practical journal „Globalization and Business“ #6/2018. (In Georgian)
4. Gabisonia Z., The essence and problems of legal regulation of blockchain technology. (In Georgian)
5. All about the internet <http://yvelapheriinternetisshesaxe.blogspot.com/> (In Georgian)
6. A short history of the creation of the Internet <http://mastsavlebeli.ge/?p=2787> (In Georgian)
7. Everything about technology and science (Last viewed on 25.03.2020) (In English)
8. <https://napr.gov.ge/p/1508> (Last viewed on 27.03.2020). (in Georgian)
9. Andrey Tonkolitko on smart contracts. What is it? (In Russian)
10. [https://joinfo.ua/pressrelease/1226794\\_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html](https://joinfo.ua/pressrelease/1226794_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html)
11. Blockchain( in English Blockchain) – Originally a chain of blocks – a constantly growing list of records called „blocks" is cryptographically protected. Usually, each block contains a hash pointer, a connector to the previous block, a time mark, and transaction data (in Georgian)
12. Bitcoin is a worldwide cryptocurrency which makes it possible to make the payment electronically. Bitcoin is considered as one of the first decentralized digital currencies. (In Georgian)
13. Ethereum, which was created in 2015 by a programmer Vitalik Buterin, is an open source software platform based on blockchain technology. Ethereum is a cryptocurrency that has all the features needed for the cryptocurrency. (In Georgian)
14. Andrey Tonkolitko on smart contracts. What is it? [https://joinfo.ua/pressrelease/1226794\\_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html](https://joinfo.ua/pressrelease/1226794_Chto-takoe-smart-kontrakti-mogut-oblegchit-nashu.html) (In Russian).

# ნეონატიციდის ძველი ნარატივის გადახედვა ქართული სისხლის სამართლის რეფორმისთვის

## თამარ გეგელია

სამართლის დოქტორი, კავკასიის უნივერსიტეტის  
აფილირებული ასოცირებული პროფესორი

საკვანძო სიტყვები: ნეონატიციდი, ინფანტიციდი,  
დისკრიმინაცია

### ნეონატიციდის გამოხვევა მიზეზების ძიება<sup>1</sup>

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი (შემდგომში სსკ) ითვალისწინებს ნეონატიციდის შემადგენლობას (დედის მიერ ახალშობილის განზრახ მკვლელობა მუხ. 112). ნეონატიციდი მკვლელობის პრივილეგირებული შემადგენლობაა,<sup>2</sup> ბავშვის მკვლელობის სხვა შემთხვევისგან განსხვავებით, სა-

1 რამდენადაც წინამდებარე სტატიაში საკითხის ისტორიულ კვლევას თან ახლავს ქალის მიმართ არსებული სტერეოტიპების გახსენება. აუცილებელია განიმარტოს, რომ სტატია არ იზიარებს აზრს, თითქოს ფსიქო-სოციალური საჭიროების მქონე პირები თანასწორნი არ არიან სხვა პირებთან შედარებით, რომელთაც შეზღუდული შესაძლებლობა არ აქვთ. ავტორი იზიარებს აზრს, რომ შეზღუდული შესაძლებლობის მედიკალიზაცია ეწინააღმდეგება შეზღუდული შესაძლებლობის ადამიანის უფლებებზე დაფუძნებულ თანამედროვე მიდგომას. იხ. UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Art. 1 და Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1 (2014) on Article 12: Equal recognition before the law.

2 ნეონატიციდს ბიოლოგიური დედის „ნაწილობრივი დაცვის“ ნორმასაც უწოდებენ. იხ. Loughnan, A. (2012). The 'Strange' Case of the Infanticide Doctrine. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 32 (4), 686.

დაც ეს ობიექტური ფაქტორი დამამძიმებელი გარემოებაა (მუხ. 109). მკვლელობის აღნიშნული სახე მოსალოდნელი მაქსიმალური სასჯელის (5 წლით თავისუფლების აღკვეთა) მიხედვით ნაკლებად მძიმე კატეგორიის დანაშაულია.

განსახილველი დანაშაული სხვა ქვეყნების კანონმდებლობითაც არის გათვალისწინებული და ნეონატიციდის ან ინფანტიციდის სახელით არის ცნობილი. პირველი გამოხატავს ბავშვის მკვლელობას დაბადებიდან 24 საათში,<sup>3</sup> ხოლო მეორე ტერმინით გამოხატავენ დედის მიერ 1 წლამდე ბავშვის მკვლელობას.<sup>4</sup> სკ-ის 112-ე მუხლის შინაარსის მიხედვით, ქმედების ობიექტური შემადგენლობის აუცილებელი ელემენტია დანაშაულის ჩადენის დრო: მშობიარობისას ან უმაღლეს მშობიარობის შემდეგ, რაც იმას ნიშნავს, რომ ქართული მოდელი ნეონატიციდის განსაზღვრებას შეესაბამება,<sup>5</sup> ამიტომაც ამ სტატიაში ნეონატიციდი ახალშობილის მკვლელობის შესაბამისად არის გამოყენებული.

თანამედროვე ქართულ სისხლის სამარ-

თლის დოქტრინაში (ისევე როგორც სხვა ქვეყნების იურიდიულ ლიტერატურაში), ნეონატიციდისთვის პასუხისმგებლობის შემსუბუქება აიხსნება ქალის პოსტნატალური (მშობიარობის შემდგომი) დეპრესიითა და ფსიქოზით, ბიოლოგიური ფუნქციით, მშობიარობისა და ლაქტაციის პერიოდში ჰორმონების სწრაფი ცვლილებით, რაც გავლენას ახდენს ქალის ხასიათსა და ფსიქიკურ ჯანმრთელობაზე. აღნიშნული კი, ამ მოსაზრების თანახმად, გავლენას ახდენს ქალის ბრალუნარიანობაზე, სრულად გაუწიოს კონტროლი საკუთარ ქმედებას. ამდენად, ნეონატიციდი ქართულ სისხლის სამართლის დოქტრინაში შეზღუდული ბრალუნარიანობის სპეციალურ შემთხვევადაა მიჩნეული.<sup>6</sup> ქართველი მეცნიერების განმარტებით, დედის მიერ ახალშობილის მკვლელობა რამდენადაც პირდაპირ კავშირშია პოსტნატალურ მდგომარეობასთან მას არ სჭირდება სამედიცინო შემოწმება, ის ობიექტური ვითარებიდან გამომდინარე ივარაუდება,<sup>7</sup> რაც ბრალის ობიექტურ ნიშნადაა მიჩნეული.<sup>8</sup>

დედის მიერ ახალშობილის მკვლელობის მედიკალიზაცია (ქმედების სამედიცინო ახსნა) გაკრიტიკებულია თანამედროვე შეხედულებით,<sup>9</sup> რადგან, ემპირიული კვლევა, რომელიც დაადასტურებდა მშობიარობასა და ფსიქიკურ აშლილობას (პოსტნატალური ფსიქიკური აშლილობის შესახებ უფრო დეტალურად ქვემოთ იქნება საუბარი) შორის კავშირს per se, არ არსებობს,<sup>10</sup>

3 Resnick, P. (1970). Murder of the Newborn: A Psychiatric Review of Neonaticide. *American Journal of Psychiatry*, vol. 126(10), 1414; Stasiūnienė, J., Justickis, V., & Jasiulaitis, A. (2015). Newborn murder and its legal prevention. *Health Policy and Management*, 1(8), 93; Spinelli, M.G. (2000). *Infanticide, Psychosocial and Legal Perspective on Mothers Who Kill*. (1st ed.). American Psychiatric Publishing Inc., (Chapter 1), 12; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J. (2012). Mothers who kill: Evolutionary underpinnings and infanticide law. *Behavioral Sciences & the Law*, 30(5), 593.

4 Spinelli, M.G., მითითებული წიგნი, მე-3 სქოლ., (Chapter 10), 186; Dvorak, J. J. (1998). Neonaticide: Less than murder. *Northern Illinois University Law Review*, 19(1), 173; Hogan, M. C. (1999). Neonaticide and the misuse of the insanity defense. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 6(1), 260; Kaplan, D. S. (2014). Who are the mothers who need safe haven laws: An empirical investigation of mothers who kill, abandon, or safely surrender their newborns. *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society*, 29(3), 448.

5 საქართველოს მსგავსად ნეონატიციდის შემადგენლობას იცნობს ავსტრიის, შვეიცარიის, ლიეტუვასა და პოლონეთის სისხლის სამართლის კანონმდებლობები, ხოლო ინფანტიციდის - ინგლისში, ირლანდიასა და კანადაში.

6 გამყრელიძე, ო. (2000). დედის მიერ ახალშობილის განზრახ მკვლელობა. კომენტარებში: გამყრელიძე, ო. (რედ.), სისხლის სამართლის სამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფო სა და სამართლის ინსტიტუტი, 70; ჯიშკარიანი, ბ. (2016). სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბილისი: იურისტების სამყარო, 63.

7 ტურავა, მ. (2011). დანაშაულის მოძღვრება, თბილისი: მერიდიანი, 77, შენიშვნა 1.

8 იქვე.

9 Loughnan, A., მითითებული სტატია, მე-2 სქოლ., 688, 700-701, 710.

10 Loughnan, A., მითითებული სტატია, მე-2 სქოლ., 239; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული

და კონცეფციას ახლადნამშობიარები ქალის აუცილებელი ფსიქოზის შესახებ „სამართლებრივ მონაჭორად“ აფასებენ.<sup>11</sup> ზოგიერთი ავტორი, ნეონატიციდის მსუბუქად დასჯას პატრიარქალური ცნობიერების ანარეკლად მიიჩნევს, ასეთ საზოგადოებაში ქალი განიხილება როგორც „სუსტი“, „ირაციონალური“, „უპასუხისმგებლო“ და „მორალურად ნაკლებად განვითარებული“, ვიდრე მამაკაცი, ამიტომ მისი უფრო მსუბუქად დასჯა მისაღები იყო.<sup>12</sup> ნეონტიციდის ქალის თანდაყოლილ ფსიქიკურ აშლილობასთან დაკავშირება ქალის მიმართ მყარად ფესვგამდგარი სტერეოტიპების ნაყოფია, რომელიც მოგვიანებით ფსევდომეცნიერებით შეიფუთა.<sup>13</sup> სხვა მოსაზრებით, ნეონატიციდის სამედიცინო ახსნა ხელს უწყობს მისი გამომწვევი ნამდვილი მიზეზების მუდმივ მიჩქმალვას, რაც ისევ და ისევ პატრიარქატის გამყარებას უწყობდა ხელს.<sup>14</sup>

სხვადასხვა ქვეყანაში ჩატარებული, როგორც ძველი, ისე ახალი კვლევების თანახმად,<sup>15</sup> ამ დანაშაულის გამომწვევი მთა-

ვარი მიზეზი კულტურული, მძიმე სოციალური და ეკონომიკური ფაქტორებია, რაშიც ქალს უწევს ცხოვრება.<sup>16</sup> დაუქორწინებელი ორსული ქალისთვის გარდაუვალი იყო მძიმე ეკონომიკური მდგომარეობა და სოციალური სტიგმა, რაც დღემდე წარმოადგენს დიდ პრობლემას.<sup>17</sup>

გასული საუკუნის და ახალი კვლევებიც იმაზე მიუთითებს, რომ ახალშობილის მკვლელობას ძირითადად ჩადიან ახალგაზრდა მარტოხელა დედები (უმეტესობა 16-25 წლისაა),<sup>18</sup> სხვა მახასიათებელი მძიმე სოციალურ-ეკონომიკური მდგომარეობაა (უმუშევრობა, არასრული განათლება, მშობლების კმაყოფილება ცოფნა).<sup>19</sup> სხვადასხვა კვლევების მიხედვით, ამ ქალებს არ აქვთ მხარდაჭერა მშობლებისგან, პარტნიორი მამაკაცისგან და ა.შ.<sup>20</sup> ერთ-ერთ

3129, 3132; Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 423; Brennan, K., მითითებული სტატია, მე-14 სქოლ., 168.

16 Loughnan, A., მითითებული სტატია, მე-2 სქოლ., 689-690; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 586.

17 Brennan, K. (2018). Social norms and the law in responding to infanticide. *Legal Studies. The Journal of the Society of Legal Scholars.*, 38(3), 482.

18 Kaplan, D. S., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 509; Macfarlane, J. E. (1998). Neonaticide and the Ethos of Maternity: Traditional Criminal Law Defenses and the Novel Syndrome. *Cardozo Women's Law Journal*, vol. 5, 196; Hogan, M. C., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 261; Krüger, P. (2015). Prevalence and Phenomenology of Neonaticide in Switzerland 1980–2010: A Retrospective Study, *Violence and Victims*, vol. 30, 195.

19 Resnick, P., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 1416, 1419; Porter, T. & Gavin, H., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 101. ანალიზისთვის იხ. Spain, J. (2013). Changing the narrative of neonaticide. *Indiana Journal of Law and Social Equality*, 2(1), 168-169; Macfarlane, J. E., მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 196. ფინანსური პრობლემების ფაქტორი თანამედროვე პერიოდში არ დადასტურდა ბევრ იმ ქვეყანაში სადაც ცხოვრების დონე მაღალია. იხ. Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. (2012). Potential predictors in neonaticide: the impact of the circumstances of pregnancy, *Archives of Women's Mental Health*, vol. 15, 171.

20 Klier, C. M., Amon, S., Putkonen, H., Fernandez Arias, P., & Weizmann-Henelius, G. (2019). Repeated neonaticide: differences and similarities to single

თებული სტატია, მე-3 სქოლ., 586, 594; Porter, T. & Gavin, H. (2010). Infanticide and Neonaticide: A Review of 40 Years of Research Literature on Incidence and Causes, Trauma, Violence, & Abuse, vol. 11(3), 101-102; Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J. (2008). Investigative analysis of neonaticide: An exploratory study. *Criminal Justice and Behavior*, 35(4), 531. Herring, J. (2018). *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*. (8th edition). Oxford: Oxford University Press, 261; Slate, A. (2019-2020). Infanticide Act: Anachronistic Perpetuation of Chivalric Justice, Gender-Stereotyping and Inequitable Treatment of Men in England. *Journal of Global Rights and Organizations*, vol. 10, 216.

11 Zaretsky, R. S. (2012). Parents who kill their babies: Why the discrepancy and leniency in sentencing is not justified. *Criminal Law Quarterly*, 59(Issues 2 & 3), 424.

12 იქვე, 430.

13 Loughnan, A., მითითებული სტატია, მე-2 სქოლ., 698-701; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 592-593.

14 Brennan, K. (2018). Murderous mothers & gentle judges: Paternalism, patriarchy, and infanticide. *Yale Journal of Law and Feminism*, 30(1), 140-141.

15 Fazio C. A. & Comito, J. L. (1999). Rethinking the Tough Sentencing of Teenage Neonaticide Offenders in the United States, *Fordham Law Review*, vol. 67,



მთავარ ინდიკატორად მითითებულია წარსულში ძალადობის გამოცდილება.<sup>21</sup> დანაშაულის ჩადენის ყველაზე გავრცელებულ მიზეზად მართხელა დედობისთვის სოციალური სტიგმის შიში სახელდება.<sup>22</sup> ჩამოთვლილი ფაქტორების გავლენით ამ დანაშაულს მამებიც ჩადიან,<sup>23</sup> თუმცა ისინი მკაცრად ისჯებიან.<sup>24</sup> ნეონატიციდისგან განსხვავებით, ინფანტიციდი პროცენტულად უფრო მეტი ზრდასრული ასაკის ქალს აქვს ჩადენილი<sup>25</sup>, ამასთან, აქ შედარებით

მაღალია ფსიქიკური აშლილობის მაჩვენებელი,<sup>26</sup> რისი გამომწვევი მიზეზიც სხვადასხვაა.<sup>27</sup>

ნეონატიციდთან დაკავშირებით საქართველოში ერთადერთი კვლევა არსებობს, რომელიც 2011 წელს ჩატარდა, რომლის მიგნებებიც მსგავსია სხვა კვლევებისა, რაზეც ზემოთ გამახვილდა ყურადღება.<sup>28</sup>

კვლევებში, რაც ნეონატიციდთან დაკავშირებით ჩატარებულა, ყველგან ერთი რამაა აღნიშნული, რომ ძირითად შემთხვევაში, ქალს არ აქვს ფსიქოზი და ბავშვის თავიდან მოცილება ხდება როგორც რაღაც „არასასურველის“, რაღაც „უცხო სხეულის“, რომელსაც ჩასახვისთანავე როგორც პრობლემას, ისე აღიქვამს.<sup>29</sup> სხვადასხვა ქვეყნის კვლევებში ჩართულ ქალებს, რომელთაც ნეონატიციდი ჩადინეს, ერთმანეთის მსგავსი ფსიქოპორტრეტი აქვთ. ძალიან მცირე შემთხვევაში, როცა ბავშვის მამამ ჩადინა ნეონატიციდი, მისი ფსიქოპორტრეტიც დედების მსგავსი იყო.<sup>30</sup>

ასევე გამოითქვა აზრი „ნეონატიციდის სინდრომის“ შესახებ, რომ ხშირ შემთხვევაში ახალგაზრდა ქალები უარყოფენ ორსუ-

- neonaticide events, Archives of Women's Mental Health, vol. 22, 161; Macfarlane, J. E., მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 200. მსგავსი ფსიქო-სოციალური დახასიათება აქვს ახალშობილის მკვლელობისთვის მსჯავრდებულ ქალებს საქართველოში ჩატარებული კვლევის მიხედვით, რომელიც ძალადობისგან დაცვის ეროვნულმა ქსელმა ჩაატარა 2011 წელს. Amirejibi, T. (2011). Mothers Who Kill. Psychosocial Profile of Filicidal and Neonaticidal Mothers in Georgia. Anti-Violence Network of Georgia, 2-27. სოციალურ-ეკონომიკურ ფაქტორებთან დაკავშირებით განსხვავებული პროცენტული მონაცემებისთვის იხ. Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 525, 528.
- 21 Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. მითითებული კვლევა, მე-19 სქოლ., 169; Klier, C. M., Amon, S., Putkonen, H., Fernandez Arias, P. & Weizmann-Henelius, G. მითითებული კვლევა, მე-20 სქოლ., 162. Krüger, P. მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 202; Amirejibi, T., მითითებული კვლევა, მე-20 სქოლ., 5, 9; Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 192.
- 22 Resnick, P., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 1419. თანამედროვე პერიოდში არც ეს ფაქტორი დასტურდება სოციალურად და ეკონომიკურად მოწინავე ქვეყნებში. იხ. Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. მითითებული კვლევა, მე-19 სქოლ., 171.
- 23 Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 523; Marks, M. M., & Kumar, R. R. (1993). Infanticide in England and Wales. Medicine, Science and the Law, 33(4), 334.
- 24 Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 420; Wu, M. W. C. (2003). Culture is no Defense for Infanticide. American University Journal of Gender Social Policy and Law, vol 11(2), 1005-1006; Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 201.
- 25 Resnick, P., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 1970, 1415; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J.,

- მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 589.
- 26 Resnick, P., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 1415, 1418; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 589.
- 27 Porter, T. & Gavin, H., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 108.
- 28 Amirejibi, T. მითითებული კვლევა, მე-20 სქოლ.
- 29 Resnick, P., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 1415; D'Orbán, P. (1979). Women who Kill their Children. British Journal of Psychiatry, 134(6), 570; Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 332; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 588; Macfarlane, J. E., მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 196-197; Hogan, M. C., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 262; Martinkiene, V., & Dervinyte – Bongarzoni, A. (2015). Is Psychiatric Illness Leading Reason of Neonaticide in Lithuania? European Psychiatry, 30(S1), 1-1; Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. მითითებული კვლევა, მე-19 სქოლ., 170; Chandra, P. S., Herrman, J.F., Riecher-Rössler, A. (eds), Mental Health and Illness of Women. (2020). Geneva, Switzerland: Springer, 335.
- 30 იხ. Resnick, P., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 1417.

ლობას, ხოლო როდესაც რეალობის პირის-პირ აღმოჩნდებიან, პანიკაში ვარდებიან და ჩადიან მკვლელობას, თუმცა ეს მოსაზრება სხვა კვლევებით ვერ დადასტურდა.<sup>31</sup>

ნეონატიციდის პრევენციისთვის ბევრ ქვეყანაში „ბავშვის ყუთები“ გაჩნდა, რაც ანონიმურად ბავშვის ჩაბარების შესაძლებლობას იძლევა.<sup>32</sup> ეს პროგრამა მრავალგზის გაკრიტიკდა ბიოლოგიური იდენტობაზე ბავშვის უფლების პერსპექტივიდან გამომდინარე, მაგრამ მისი მომხრეები ბავშვის სიცოცხლის უფლებით ცდილობენ ხსენებული არგუმენტის გადაძლევას.<sup>33</sup> თუმცა არ არსებობს ცალსახა კვლევები, რომლებიც დადასტურებდნენ ნეონატიციდის შემცირებასა და ამ პროგრამის გაჩენას შორის კავშირს. ასეთი გამოცდილება დაფიქრებად მაინც ღირს, მითუმეტეს რომ რამდენიმე ქვეყანაში ჩატარებულმა კვლევებმა გამოკვეთა ეს კავშირები მსგავსი პროგრამების გაჩენასა და ნეონატიციდის შემცირებას შორის.<sup>34</sup> ნეონატიციდის შემცირებაზე გავლენას ახდენს ქალის სოციალურად და ეკონომიკურად გაძლიერება, მის ირგვლილ არსებული სტერეოტიპების დამსხვრევა და საზოგადოების

განათლება. როგორც სწორადაა აღნიშნული არაერთ კვლევაში, ქალს (გოგობს) აკლია სოციალური მხარდაჭერა.<sup>35</sup> სწორედ ამიტომაც, რომ 21-ე საუკუნეში ნეონატიციდი ეკონომიკურად განვითარებულ ქვეყნებშიც ხდება, სადაც ჯანდაცვის სერვისები და სხვადასხვა ინსტიტუტები განვითარებულია, მაგრამ სტატისტიკა გაცილებით დაბალია, ვიდრე გასულ საუკუნეში და მანამდე. ამასთან, თუკი 70-იან წლებში ნეონატიციდის უმთავრეს მოტივად სოციალური სტიგმა სახელდებოდა, რომელიც ქალს ემუქრებოდა ქორწინების გარეშე მშობიარობის შემთხვევაში, დღეს თითქმის აღარ მოქმედებს დემოკრატიულ ქვეყნებში.<sup>36</sup> ამიტომაც, დღეს ამ ფორმით დასჯის გამართლება აღარაა მხარდაჭერილი.<sup>37</sup>

### ნეონატიციდის კანონმდებლობის შექმნის ისტორია

კვლევების შედეგების შედარება ცხადყოფს, რომ ნეონატიციდის სპეციალური ნორმის მიღებას სხვადასხვა ქვეყანაში ერ-

31 Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 530; Kaplan, D. S., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 454-456.  
32 Amirejibi, T., მითითებული კვლევა, მე-20 სქოლ., 19.  
33 Ramesh, R. (2012). Spread of 'baby boxes' in Europe alarms United Nations. ხელმისაწვდომია მითითებულ ბმულზე: [shorturl.at/opzV2](http://shorturl.at/opzV2) ნანახია 26.02.2021  
34 Klier, CM, Grylli, C, Amon, S, Fiala, C, Weizmann-Henelius, G, Pruitt, SL, & Putkonen, H. (2013). Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study. BJOG. An International Journal of Obstetrics and Gynaecology, vol. 120 (8), 1028-1029; Krüger, P. მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 204. იმ კვლევის შედეგებისთვის რომელიც ლიეტუვაში, საფრანგეთსა და ავსტრიაში ბავშვის ყუთებისა და ანონიმურად მშობიარობის შესაძლებლობის გაჩენასა და ნეონატიციდის სტატისტიკის შემცირებას აკავშირებს იხ. Martinkienė, V., Dembinskas, A., & Germanavičius, A. (2015). Analysis of the 1994-2014 data of Expert Studies on Women Who Committed Neonaticide Conducted by the National Service of Forensic Psychiatry in Lithuania under the Ministry of Health, Health science in Eastern Europe, vol. 25(5), 9-10.

35 Krüger, P. მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 204.  
36 მაგალითად, 2015 წლის კვლევა, რომელიც შვეიცარიაში ჩატარდა. გამოკითხული გოგონების უმეტესობას, რომელთაც ნეონატიციდი ჩაიდინეს, სოციალური სტიგმის შიში არ ჰქონიათ. სტიგმის შიში მხოლოდ ეთნიკურად კოსოვოელებს ჰქონდათ, რომლებიც მკაცრ რელიგიურ ოჯახებში იზრდებოდნენ. კვლევა იხ. Krüger, P. მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 201. ნეონატიციდის სტატისტიკის ვარდნაზე რომ ცხოვრების დონის გაზრდა, ქალების გაძლიერება, სექსუალური განათლება, აბორტის უფლება და სხვა უფლებების პრაქტიკული რეალიზება ახდენს გავლენას, ანალიზისთვის იხ. Klier, CM, Grylli, C, Amon, S, Fiala, C, Weizmann-Henelius, G, Pruitt, SL, & Putkonen, H., მითითებული კვლევა, 34-ე სქოლ., 1028. ანალიზისთვის რომ ნეონატიცი ეკონომიკურად ძლიერ და სოციალურად განვითარებულ ქვეყნებშიც ხდება იხ. Tanaka, C. T., Berger, W., Valença, A. M., Coutinho, E. S. F., & others. (2017). The worldwide incidence of neonaticide: a systematic review, Archives of Women's Mental Health, vol. 20, 249.  
37 Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 190.

თმანეთის მსგავსი კონტექსტი ჰქონდა. მაგალითად, კანადაში, სადაც დღესაც 1948 წელს მიღებული კანონი განსაზღვრავს ინფანტიციდს (მუხ. 233)<sup>38</sup>, ამ მოვლენას ისეთივე ისტორიული ფონი გასდევდა, როგორც ინგლისის 1938 წლის<sup>39</sup> და ირლანდიის 1949 წლის ინფანტიციდის აქტის მიღებას.<sup>40</sup> სოციალური და ეკონომიკური უთანასწორობა, რაშიც ქალს დღესაც უწევს ცხოვრება, იმ პერიოდში ეს კიდევ უფრო აშკარა და დაუძლეველი რამ იყო. რბილი კანონების მიღებამდე სასტიკი ნორმები მოქმედებდა ნეონატიციდის გამოძიებასთან დაკავშირებით. ახალშობილის მკვლელობის გამოძიება რთული იყო, ამიტომ მის მიმართ მკვლელობის სხვა შემთხვევებისგან განსხვავებული, დაბალი სტანდარტი გამოიყენებოდა. მტკიცების ტვირთი, რომ ჩვილი მკვდარი დაიბადა, ეკისრებოდა ბრალდებულს და არა პროკურორს.<sup>41</sup> ბრალდებულს უნდა მოეყვანა ერთი მოწმე მაინც, რომელიც ჩვილის მკვდრად დაბადებას დაადასტურებდა, წინააღმდეგ შემთხვევაში, მკვლელობისთვის დაისჯებოდა.<sup>42</sup> ამდენად, მოქმედებდა არა უდანაშაულობის, არამედ ბრალეულობის პრეზუმფცია. მკაცრი მიდგომა 1700 წლამდე გაგრძელდა, ნელ-ნელა პრაქტიკა შეიცვალა ნაფიცო მსაჯულების დახმარებით.<sup>43</sup> ხოლო 1803 წელს მტკიცებულებითი სტანდარტი და უდანაშაულობის პრეზუმფცია ნეონა-

ტიციდზეც გავრცელდა.<sup>44</sup> სირთულეებს, რომლებიც გამოძიებასა და მტკიცების საკითხებს ახლდა,<sup>45</sup> საქმის განმხილველი პირები ბრალდებულის სასარგებლოდ იყენებდნენ. ინფანტიციდის საქმის განხილვაში მონაწილე პირები (პროკურორები და მოსამართლეები) ასევე უთანაბრდნოდნენ „მკვლელ დედებს“, თუმცა იქვე ძალიან სწორ ანალიზს აკეთებს ბრენანი, რომ „თანაგრძობა“ კონფორმისტული იყო თავისი ბუნებით, რადგან სახელმწიფო ორგანოები, ნაცვლად იმისა, რომ დანაშაულის გამომწვევი მიზეზები ეკვლიათ და გამოეწვინებოდათ, რბილი მიდგომით პრობლემას ადგილზე ტოვებდნენ<sup>46</sup> და კიდევ მეტად ამყარებდნენ სტერეოტიპებს ქალის „სიგიჟის“ შესახებ.<sup>47</sup> ისტორიის ანალიზი ცხადყოფს, რომ ყველაზე დიდი წვლილი „მკვლელი დედისთვის“ სასჯელის შემსუბუქებაში ნაფიცო მსაჯულებმა შეიტანეს<sup>48</sup> ნულიფიკაციის პრაქტიკით.<sup>49</sup> ძველ პერიოდში ქალის სხეული სრულად კონტროლდებოდა სახელმწიფოს მხრიდან, ქალს არც აბორტის უფლება ჰქონდა,<sup>50</sup> არც კონტრაცეპტივზე მიუწვდებოდა ხელი,<sup>51</sup> მართლაც დედობა და „უკანონო შვილი“ კი დაუძლეველ სირცხვილთან ასოცირდებოდა.<sup>52</sup> ჩამოთვლილ

38 Holland, W.H. (2007). Infanticide. In Horder J. (ed) *Homocide Law in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 128.

39 ინფანტიციდის კანონი ინგლისში 1922 წელს მიიღეს, თუმცა 1938 წელს შეიცვალა და დღესაც ამ შინაარსით მოქმედებს.

40 ინფანტიციდის კრიმინალიზების ისტორიული ანალიზისთვის იხ. Brennan, K. (2013). *Traditions of English Liberal Thought: History of the Enactment of an Infanticide Law in Ireland*. *Irish Jurist*, 50, 100-137.

41 Dvorak, J. J., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 175.

42 იქვე. ასევე იხ. Sclater, S. D. (2011). *Infanticide and Insanity in 19th Century England*, In Herring, J., Richards, M., & Ebtehaj F. (eds). *Birth Rites and Rights*, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 220.

43 Dvorak, J. J., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 176.

44 იქვე.

45 Sclater, S. D., მითითებული წიგნი, 42-ე სქოლ., 228.

46 Brennan, K., მითითებული სტატია, მე-17 სქოლ., 483.

47 იქვე. 486.

48 იქვე. 483. სხვა მოსაზრების მიხედვით, ინფანტიციდის კანონის მიღება აქტის დროს დედის ფსიქიკური აშლილობის დადგენის სირთულეებით აიხსნება, და სამედიცინო შეფასებათა ბუნდოვანება, რაც პრაქტიკულ სირთულეებს ქმნიდა. იხ. Sclater, S. D., მითითებული წიგნი, 42-ე სქოლ., 232.

49 ნაფიცო მსაჯულების ნულიფიკაციაზე მეტი ინფორმაციისთვის იხ. ნილ ვიდმანი და ვალერი პ. ჰანსი. (2019). *ამერიკელი ნაფიცო მსაჯულები, ვერდიქტი, თბილისი: ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა*, 259-286.

50 Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 424; Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 204.

51 Brennan, K., მითითებული სტატია, მე-14 სქოლ., 153-154, 164.

52 იქვე. 153-154.

ქვეყნებში ქალებისთვის, რომლებიც ქორწინების გარეშე ორსულდებოდნენ, მათ შორის, გაუპატიურების გამოც, ბავშვის გაჩენა სოციალურ სტიგმასთან იყო დაკავშირებული, რაც ასევე სამსახურის დაკარგვას და ულუკმაპუროდ დარჩენას ნიშნავდა, ამ სიტუაციაში ქალებს ბავშვის მკვლელობა ერთადერთ გამოსავლად ესახებოდათ.<sup>53</sup> ნაფიცო მსაჯულები კი, რომლებიც იმავე საზოგადოების წევრები იყვნენ, თანაუგრძობდნენ გოგონებს, შემწყნარებლები იყვნენ მათ მიმართ, ვერ სჭიდნენ, რადგან გამამტყუნებელი ვერდიქტი მსჯავრდებულის ქალის სიკვდილს ნიშნავდა.<sup>54</sup> აღნიშნულის გამო, სახელმწიფო იძულებული გახდა ნორმა შეეცვალა, სასჯელი იმდენად შეემსუბუქებინა, რომ ნაფიცო მსაჯულებს დაესაჯათ ახალგაზრდა დედები და ასეც მოხდა ცვლილების შემდეგ (მაგ. კანადაში ინფანტიციდისთვის მაქსიმალური სასჯელი 5 წლით თავისუფლების აღკვეთა გახდა და პრაქტიკაც შეიცვალა). ასე ჩაეყარა საფუძველი ნეონატიციდი/ინფანტიციდის მედიკალიზებას, ქალის ფსიქიური აშლილობის დაკავშირებას მშობიარობასთან ან ლაქტაციასთან,<sup>55</sup> რაც, სხვადასხვა შეფასების მიხედვით, ისევ და ისევ პრობლემის მიჩქმალვას, ქალის საჭარო სივრციდან გაქრობასა და დანაშაულის გამომწვევი ნამდვილი მიზეზების კონტექსტისგან იზოლირებულად გადაწყვეტას ნიშნავდა.<sup>56</sup> ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ზემოთ ჩამოთვლილ ქვეყნებში ინფანტიციდის კანონის მიღების პერიოდში, მაშინდელი საზოგადოება

ბავშვის სიცოცხლეს ზრდასრულების თანახმად არ განიხილავდა, ბავშვის დასჯა გამოსწორების მიზნით ქმედების გამამართლებელი გარემოება იყო, ბავშვები მშობლების საკუთრებად განიხილებოდნენ.<sup>57</sup> ამდენად, მკვლელობის მოტივი და გამომწვევი მიზეზი ძირითადად სოციო-ეკონომიკური ფაქტორი იყო, რომელიც მოვლენის სამედიცინო ახსნით შეიფუთა.<sup>58</sup> არაერთი მეცნიერის მოსაზრებით, ეს ნორმა თანამედროვე ადამიანის ცნობიერებას არ ირეკლავს, არქაულია და დისკრიმინაციული თავისი ბუნებით.<sup>59</sup>

მსგავსი ისტორიული კონტექსტი ჰქონდა ევროპის სხვა ქვეყნებსაც (მაგ. ავსტრია, გერმანია და შვეიცარია). ამ ქვეყნების კანონმდებლობით მსუბუქად ისჯებოდა ქალი რომელიც მოკლავდა „უკანონო შვილს“<sup>60</sup>, აღნიშნული კი იმაზე მიუთითებს, რომ პასუხისმგებლობის შემსუბუქების მიზეზი იყო არა ქალის პოსტნატალური ჯანმრთელობის მდგომარეობა, არამედ აქაც გარემო ფაქტორები, რაშიც ქალს უწევდა ცხოვრება, და რაზეც დიდ გავლენას ახდენდა ქალთან, მის სოციალურ როლთან დაკავშირებით არსებული სტერეოტიპული შეხედულებები და მოლოდინები. მოგვიანებით, ავსტრიამ და შვეიცარიამ შეცვალა კანონი და ახალშობილი დატოვა<sup>61</sup> ნორმის განმსაზღვრელ ობიექტურ ნიშნად და დათქმა

53 Fazio C. A.& Comito, J. L., მითითებული სტატია, მე-15 სქოლ., 3129; Selater, S. D., მითითებული წიგნი, 42-ე სქოლ., 224.  
 54 Fazio C. A.& Comito, J. L., მითითებული სტატია, მე-15 სქოლ., 3129; Mair, S. (2018). Challenging infanticide: Why section 233 of Canada's criminal code is unconstitutional Manitoba Law Journal, 41(3), 243-244.  
 55 Johnson, K.K. & Watson, W. D. (2006). The Insanities of Reproduction: Medico-legal Knowledge and the Development of Infanticide Law, Social & Legal Studies, vol. 15(2), 238; Zedner, L. (1991). Women, Crime, and Penal Responses: A Historical Account. Crime and Justice, vol. 14, 308.  
 56 Johnson, K.K. & Watson, W. D., მითითებული სტატია, 55-ე სქოლ., 238.

57 Mair, S., მითითებული სტატია, 54-ე სქოლ., 265; Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 432; Stasiūnienė, J., Justickis, V., & Jasiulaitis, A., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 95.  
 58 Holland, W.H., მითითებული წიგნი, 38-ე სქოლ., 130; Zedner, L., მითითებული სტატია, 55-ე სქოლ., 344.  
 59 Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 418-419, 430; Mair, S., მითითებული სტატია, 54-ე სქოლ., 255. განსხვავებული აზრისთვის იხ. Dvorak, J. J., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 194.  
 60 Richter, J. S. (1998). Infanticide, Child Abandonment, and Abortion in Imperial Germany. The Journal of Interdisciplinary History, Vol. 28(4), 515.  
 61 Markwalder N. & Killias, M. (2012). Homicide in Switzerland. Liem, M.C.A. & Pridemore, W.A. (eds.), Handbook of European Homicide Research: Patterns, Explanations, and Country Studies, New York: Springer-Verlag, 344.

„უკანონოდ შობილზე“ ამოიღო,<sup>62</sup> ხოლო გერმანიამ სრულად გააუქმა ხსენებული პრივილეგირებული ნორმა 1998 წელს.<sup>63</sup>

ქართულ რეალობაში ნეონატიციდი დამოუკიდებელი საქართველოს სსკ-ით იქნა გათვალისწინებული, იქამდე მოქმედი საბჭოთა კავშირის კოდექსი მსგავს პრივილეგირებულ ნორმას არ იცნობდა.<sup>64</sup> ნეონატიციდის შემოღება ქართულ კანონმდებლობაში შესაძლოა აიხსნას გერმანიის სისხლის სამართლის კანონმდებლობის გავლენით, რითაც ხელმძღვანელობდა სარეფორმო კომისია სსკ-ის პროექტზე მუშაობისას და რამაც საბოლოოდ გავლენა მოახდინა საქართველოს მოქმედი სსკ-ის როგორც ზოგადი, ისე კერძო ნაწილის ჩამოყალიბებაზე.<sup>65</sup>

რაც შეეხება ამერიკის შეერთებულ შტატებს, არაა გაზიარებული ნეონატიციდის სამედიცინო თვალსაზრისით ახსნის კონცეფცია და მას მკაცრად სჯის დღემდე.<sup>66</sup> თუ დადგინდება ბრალის გამომრიცხველი ან შემამსუბუქებელი გარემოება, მას იყენებენ კონკრეტულ შემთხვევაში, მაგრამ პოსტნატალურ ფსიქიკურ აშლილობასთან დაკავშირებით ბრალის ხარისხის გათვალისწინების კუთხით სამაგალითოდ მხოლოდ ნიუ-იორკის შტატს უთითებენ.<sup>67</sup> ამიტომაც კრიტიკა აშშ-ის კანონმდებლობის მიმართ

ბევრჯერ გამოითქვა მკაცრ სასჯელებთან მიმართებით, მითუმეტეს მაშინ, როდესაც მსჯავრდებული არასრულწლოვანია.<sup>68</sup>

დღეს ქალთა უფლებრივი მდგომარეობა მნიშვნელოვნად განსხვავდება წინა საუკუნეების გამოცდილებებისგან ბევრი ასპექტით, განსაკუთრებით დემოკრატიულ ქვეყნებში. საჭარო სივრცეში სულ უფრო მეტად ისმის ქალის ხმა. ბევრ იმ ქვეყანაში, სადაც აღიარებულია ქალის რეპროდუქციული ავტონომია და სხვა უფლებები, ქალები აკონტროლებენ საკუთარ სხეულს, აქვთ აბორტის უფლება, ისევე როგორც სხვა უფლებები.<sup>69</sup> თუმცა აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოში და ბევრი სხვა ქვეყანის მსგავსად, მიუხედავად ფორმალურად გენდერული თანასწორობის სამართლებრივი საფუძვლების არსებობისა, პრაქტიკულად ქალებს საკუთარი უფლებების რეალიზება უჭირთ, სახელმწიფო არ ახორციელებს მათ დაცვაზე ეფექტურ კონტროლს. ამასთან, სოციალური და ეკონომიკური უთანასწორობა, გენდერული სტერეოტიპები, ჯერ ისევ გამოწვევაა მეტ-ნაკლებად ყველა ქვეყნისთვის, ხოლო საქართველოში ეს განსაკუთრებით დიდი პრობლემაა.

საქართველოს სახალხო დამცველის სპეციალურ ანგარიშში, რომელიც სწორედ სექსუალური და რეპროდუქციული ჯანმრთელობის უფლებების მონიტორინგს ეხება, უმთავრეს პრობლემებს შორის დასახელებულია აბორტის უფლებით სარგებლობის ხელოვნური ბარიერები,<sup>70</sup> სერვისის მიღე-

62 Willenbacher, B. (2004). Legal Transfer of French Traditions? German and Austrian Initiatives to Introduce Anonymous Birth. *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 18, 350.

63 იქვე. 349. ნეონატიციდი უფრო ადრე გაუქმდა საფრანგეთსა (1994 წელი) და ესპანეთში (1995 წელი). ანალიზისთვის იხ. Krüger, P. მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 196.

64 თუმცა ის გათვალისწინებული იყო 1960 წლის სსკ-ის კანონპროექტში, მაგრამ შემდეგ ძალაში არ შევიდა. ქართულ კანონმდებლობაში ნეონატიციდის მიღების ისტორიული ანალიზისთვის იხ. გამყრელიძე, ო. (2008), სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება. (მეორე გამოცემა). თბილისი, 30.

65 ტურავა, მ., მითითებული წიგნი, მე-7 სქოლ., 301.

66 Spinelli, M.G., მითითებული წიგნი, მე-3 სქოლ., 9; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 587; Dvorak, J. J., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 178-179; Wu, M. W. C., მითითებული სტატია, 24-ე სქოლ., 1010

67 Spinelli, M.G., მითითებული წიგნი, მე-3 სქოლ., 140

68 Fazio C. A. & Comito, J. L., მითითებული სტატია, მე-15 სქოლ., 3109-3110; Ayres, S. (2007). Who is to shame narratives of neonaticide. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 14(1), 103.

69 ანალიზისთვის იხ. Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 206-207.

70 იხ. საქართველოს სახალხო დამცველის სპეციალური ანგარიში. (2017). ადამიანის უფლებები სექსუალური და რეპროდუქციული ჯანმრთელობისა და კეთილდღეობის ჭრილში: ქვეყნის უფლებრივი მდგომარეობის შეფასება. 10-135; საქართველოს სახალხო დამცველის აპარატი. (2019). სექსუალური და რეპროდუქციული ჯანმრთელობა და უფლებები: ეროვნული შეფასება, 10-11.

ბისას სტიგმისა და დისკრიმინაციული დამოკიდებულებისგან თავისუფალი გარემოს არარსებობა,<sup>71</sup> კონტრაქტების არქონა (ფინანსური პრობლემების, განათლების თუ სხვა მიზეზებით)<sup>72</sup>, ამასთან აღსანიშნავია, რომ სახელმწიფო არც კონტრაქტების ინკლუზიას უზრუნველყოფს საყოველთაო ჯანდაცვის სახელმწიფო პროგრამის მედიკამენტების ჩამონათვალში.<sup>73</sup> სახალხო დამცველი თავის ანაგარიში გენდერული თანასწორობის მისაღწევად რეპროდუქციული ჯანმრთელობისა და უფლებების დაცვის არსებით მნიშვნელობას უსვამს ხაზს.<sup>74</sup> გენდერული სტერეოტიპების გადასალახად მნიშვნელოვანია საზოგადოების განათლება და ცნობიერების ამაღლება.<sup>75</sup> საზოგადოებისთვის სექსუალობის შესახებ განათლების მიცემა და კონსტიტუციით გარანტირებული უფლებების რეალიზებისთვის ხელშეწყობა საბოლოოდ აისახება ნეონატიციდის სტატისტიკის ვარდნაზე.<sup>76</sup>

### ნეონატიციდის დროს ფსიქიკური აშლილობის კრეფმფხვის კრიტიკა

ნეონატიციდის დასჯადობის ისტორიული კონტექსტისა და სამედიცინო დახასიათების ეჭვქვეშ დაყენების შემდეგ, ხშირად ისმის კრიტიკა მსგავსი პრივილეგირებული ნორმის გამართლებასთან მიმართებით.<sup>77</sup> მეცნიერების ნაწილი თვლის, რომ ნორმის ამ ფორმით არსებობა, რომელიც ყოველგვარი ინდივიდუალური შეფასების გარეშე, ავტომატურად ვრცელდება „ჩვილის მკვლელ დედაზე“, დისკრიმინაციულია ბავშვის ასაკის ნიშნით.<sup>78</sup> ის, რომ ნორმა დისკრიმინაციულია და არ შეესაბამება გაცხადებულ მიზანს (რომ თითქოს ქალის შეზღუდული ბრალუნარიანობა ამცირებს ბრალს), ამის საილუსტრაციოდ მოჰყავთ შემდეგი მაგალითი: დედა კლავს 24 საათის ბავშვს და ასევე, მის 1 წლის ძმას, პირველის მიმართ ისტება მსუბუქი ნორმით (მაქსიმუმ 5 წლამდე), ხოლო მეორე შვილის მიმართ გაცილებით მკაცრი სასჯელით.<sup>79</sup> მართლაც, თუ ქალი ამ დროს შეზღუდული ბრალუნარიანობის მდგომარეობაშია, რატომ არ მსუბუქდება ამ მდგომარეობით ბრალი ორივე უმართლობისთვის? სწორედ მსგავს მაგალითებში კარგად ჩანს ამ ნორმის მიღების ნამდვილი განზრახვა. სხვა მაგალითიც კარგად დაგვანახებს კონცეფციის სიყალბეს, რომელსაც ნორმის გამართლება ემყარება. ვთქვათ, მშობიარობის შემდეგ, ქალი კლავს სხვის ახალშობილს,<sup>80</sup> ამ ნორმით ვერ ისარგებლებს, რადგან სსკ-ის 112-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ობიექტი „მკვლელის შვილი“ უნდა იყოს. აღნიშნულიც იმაზე მიუთითებს, რომ მსგავსი პრივილეგირებული ნორმების მიღების მიზეზი არ ყოფილა ქალის

71 საქართველოს სახალხო დამცველის აპარატი. (2019). მითითებული კვლევა, 70-ე სქოლ., 9.  
 72 იქვე, 8-9.  
 73 იქვე, 7.  
 74 იქვე. აღსანიშნავია, რომ იმ ქვეყნებშიც კი, სადაც ადეკვატური ჯანდაცვის სისტემაა, ქალთა ჯანდაცვაზე მეტად ფოკუსირების მნიშვნელობაზე ხაზგასმა სხვადასხვა კვლევებში, რაც უმნიშვნელოვანესია ქალთა და ბავშვთა ჯანმრთელობის დასაცავად. იხ. Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. მითითებული კვლევა, მე-19 სქოლ., 173.  
 75 Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 221.  
 76 იქვე, 207, 224. სექსუალობის შესახებ განათლებაზე, მათ შორის, სკოლებში ამ სახის განათლების მნიშვნელობაზე ხაზგასმა იმ რეკომენდაციებში, რომლებიც შემუშავდა ლიეტუვაში, ავსტრიაში და ფინეთში ჩატარებულ კვლევებში, რომელთა მიზანი ნეონატიციდის გამომწვევი მიზეზების გამოვლენა იყო. იხ. Martinkiene, V., & Dervinyte – Bongarzone, A. მითითებული კვლევა, 29-ე სქოლ., 1-1; Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. მითითებული კვლევა, მე-19 სქოლ., 173.

77 Holland, W.H., მითითებული წიგნი, 38-ე სქოლ., 131-132.  
 78 Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 418-419; Mair, S., მითითებული სტატია, 54-ე სქოლ., 255-256.  
 79 Mair, S., მითითებული სტატია, 54-ე სქოლ., 255. Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 218.  
 80 Mair, S., მითითებული სტატია, 54-ე სქოლ., 253

ფსიქიკური აშლილობა. რადგან თუ მეცნიერები იმაზე თანხმდებიან, რომ მშობიარობა per se ამცირებს ქალის შერაცხვაუნარიანობას, მაშინ ბრალი უნდა მცირდებოდეს იმავე პერიოდში ჩადენილ სხვა უმართლობებთან მიმართებითაც.

მეცნიერების აზრით, დანაშაულის სამედიცინო ახსნა კანონმდებლის მხრიდან სხვა დანაშაულებისთვის იგივე გამომწვევი (სოციო-ეკონომიკური) მიზეზებით ბრალის შემსუბუქებისთვის თავის არიდება იყო, ასევე, როგორც ზემოთ არაერთხელ აღინიშნა, გენდერული სტერეოტიპებით ხსნიან მსავსე ნორმის არსებობას.<sup>81</sup>

## ნეონატიციდის ქართული მოდელი

ახლა რაც შეეხება საქართველოს სსკ-ით გათვალისწინებული ნეონატიციდის შემადგენლობის უფრო დეტალურ დახასიათებას. როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, ქართულ სისხლის სამართლის დოგმატიკაში ნეონატიციდი შეზღუდული ბრალუნარიანობის სპეციალურ შემთხვევადაა მიჩნეული. სასჯელის შემსუბუქება ბიოლოგიზმით არის ახსნილი.

როგორც სწორადაა აღნიშნული, ეს დანაშაული მრავალმხრივ განსაკუთრებულია.<sup>82</sup> სპეციალურია როგორც ქმედების სუბიექტი (დედა), ისე ობიექტი (ახალშობილი).

ნეონატიციდის აუცილებელ ობიექტურ ნიშანს წარმოადგენს ქმედების ჩადენის დროც, მკვლელობა შეიძლება მოხდეს მშობიარობისას ან მალევე მშობიარობის შემდეგ. სსკ-ის 112-ე მუხლში კონკრეტულ დროზე არაფერი წერია, თუმცა სიტყვა

„უმალვე“ თავისთავად მშობიარობიდან უმოკლეს დროს უნდა გულისხმობდეს. დროის განსაზღვრასთან დაკავშირებითაც ქართულ სისხლის სამართლის დოქტრინაში ერთიანი აზრი არაა. დომინანტი აზრით, ეს 24 საათია, სხვა მოსაზრებებით კი, დრო ზუსტად არ უნდა განისაზღვროს.<sup>83</sup> კიდევ ერთ შეხედულებად შესაძლოა სათანახევარი მივიჩნიოთ, რომელსაც ამ ნორმის განმარტებისთვის ძველი გერმანული მოდელის ინტერპრეტაციას იშველიებენ.<sup>84</sup> ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში არ მოიძებნა ამ ელემენტის სამოსამართლო ინტერპრეტაცია. სასამართლოები არ განმარტავენ დაბადებიდან მაქსიმუმ რამდენ წუთში თუ საათში უნდა მოხდეს მკვლელობა, რომ ქმედება სსკ-ის 112-ე მუხლთან მოვიდეს შესაბამისობაში, სასამართლო მხოლოდ საკანონმდებლო ტერმინის გამოყენებას ჯერდება, რომ უმალ მოხდა მკვლელობა.<sup>85</sup> ქართული სასამართლოს პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ მშობიარობისთანავე მალევე ჩადენილი ქმედებებია შეფასებული სსკ-ის 112-ე მუხლით, რაც ქართულ და სხვა ქვეყნების სისხლის სამართლის დოქტრინაში ნეონატიციდის ელემენტი – „უმალვე“, 24 საათით განმარტებას<sup>86</sup> უფრო შეესაბამება.

ამდენად, ქართული მოდელი ნეონატიციდისა და მისი პრივილეგირებულ ნორმად არსებობის რაციონალიზება ძალიან გავს ზემოთ განხილული ქვეყნების სისხლის სამართლის დოქტრინაში გამოთქმულ მოძველებულ მოსაზრებებს, რაც თანამედროვე გაგებას არ შეესაბამება.

81 Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 430. კულტურაზე მითითებით ნეონატიციდის გამართლების კრიტიკისთვის იხ. Wu, M. W. C. მითითებული სტატია, 24-ე სქოლ., 975-1021; Krüger, P. მითითებული სტატია, მე-18 სქოლ., 196; Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 212-213.

82 Loughnan, A., მითითებული სტატია, მე-2 სქოლ., 687.

83 ლეკვიშვილი, მ., თოდუა, ნ. და მამულაშვილი, გ. (2019). სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I. (მეშვიდე გამოცემა). თბილისი: მერიდიანი, 89.

84 ტურავა, მ., მითითებული წიგნი, მე-7 სქოლ., 78.

85 რუთავის საქალაქო სასამართლოს განაჩენი, ოქტომბერი 2015; ზუგდიდის რაიონული სასამართლოს # 1/612-16 განაჩენი, 20 დეკემბერი, 2016; სუსგ-ის #2კ-211აპ.-05 განაჩენი.

86 გამყრელიძე ო., მითითებული კომენტარი, მე-6 სქოლ., 71; ჯიშკარიანი, ბ., მითითებული კომენტარი, მე-6 სქოლ., 64; Stasiūnienė, J., Justickis, V., & Jasiulaitis, A., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 93;

ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში არ მოიძებნა სსკ-ის 112-ე მუხლით გასამართლების საქმეში არცერთი გადაწყვეტილება, სადაც მოსამართლე ინდივიდუალურად შეაფასებდა ბრალის ხარისხს და ისე გადაწყვეტდა ნორმის გამოყენებას. ეს მიდგომა ქართული სისხლის სამართლის დოქტრინაშიც მხარდაჭერილია, რომ ფსიქიკური მდგომარეობის შემოწმება არაა საჭირო.<sup>87</sup>

მშობიარობის შემდეგომ ქალს შესაძლოა განუვითარდეს სხვადასხვა სახის დეპრესია და ფსიქიკური აშლილობა. მაგალითად, ბეიბი ბლუზი,<sup>88</sup> ასევე პოსტნატალური დეპრესია (Postpartum depression).<sup>89</sup> პოსტნატალური აშლილობის მესამე ყველაზე მძიმე ფორმა კი პოსტნატალური ფსიქოზია (Postpartum psychosis).<sup>90</sup> ის საერთოდ ართმევს ადამიანს ფაქტის სწორად შეფასებისა და მასზე კონტროლის შესაძლებლობას,<sup>91</sup> ამდენად ის ბრალუნარიანობას გამორიცხავს განსხვავებით პირველი ორისგან.

აღსანიშნავია, რომ ზემოთ ჩამოთვლილი ფსიქიკური აშლილობები თავს იჩენენ არა უმაღლვე, ე.ი მშობიარობიდან 24 საათში, არამედ უფრო მოგვიანებით.<sup>92</sup> თუმცა არაა გამორიცხული ფსიქიკური აშლილობა თან

ახლდეს ნეონატიციდს, ეს იშვიათად ხდება და კავშირში არაა მშობიარობასთან ან ჰორმონალურ ცვლილებებთან, მის ინდიკატორად სხვა ფსიქიკურ აშლილობას და პრეისტორიებს უთითებენ მკვლევარები.<sup>93</sup> სიმპტომებზე სწრაფი რეაგირება და მკურნალობაა საჭირო, რომ დაიცვან დედაც და ბავშვიც.<sup>94</sup>

ამდენად, პოსტნატალური სამი ძირითადი კატეგორიის ფსიქიკური აშლილობის დახასიათებით შეიძლება ითქვას, რომ რამდენადაც მშობიარობიდან დიდი ხნის შემდეგ ვლინდებიან, ვერ გაამართლებენ ნეონატიციდის განმსაზღვრელი სპეციალური ნორმის არსებობას.<sup>95</sup> ამასთან ფსიქიკური აშლილობას რომ per se მშობიარობა ანდა ლაქტაცია იწვევდეს, ამის უტყუარი მტკიცებულება არ არსებობს, მათზე დიდწილად სოციალური, ფსიქოლოგიური ფაქტორები მოქმედებენ,<sup>96</sup> რაც ყოველ ინდივიდუალურ შემთხვევაში საგულდაგულოდ უნდა შეფასდეს და ასე გადაწყდეს სამართლებრივადაც.

დეპრესია, ხასიათის ცვლილება და ფსიქოზი აუცილებლად გენდერთან არაა კავშირში, ის შეიძლება ბავშვის მამასაც დაემართოს (მითუმეტეს თანამედროვე პერიოდში, გასულ საუკუნეებთან შედარებით უფრო მეტი მამა იღებს მონაწილეობას ჩვილის მოვლაში), ამიტომ მეცნიერებს უსამართლოდ მიაჩნიათ ამ სახის გენდერულად სპეციფიური დელიქტის არსებობა.<sup>97</sup> ამასთან კვლევები ცხადყოფს, რომ იგივე დეპრესიისა და ფსიქოზის მქონე მამები

87 ჯიშკარიანი, ბ., მითითებული კომენტარი, მე-6 სქოლ., 65.  
 88 Anand, S. (2010). Rationalizing infanticide: medico-legal assessment of the criminal code's child homicide offence. *Alberta Law Review*, 47(3), 720; Vallillee, E. (2015). Deconstructing infanticide. *Western Journal of Legal Studies*, 5(4), 8; Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 426-427.  
 89 Anand, S., მითითებული სტატია, 88-ე სქოლ., 720; Porter, T. & Gavin, H., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 102; Vallillee, E., მითითებული სტატია, 88-ე სქოლ., 8-9; Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 427.  
 90 Anand, S., მითითებული სტატია, 88-ე სქოლ., 720; Vallillee, E., მითითებული სტატია, 88-ე სქოლ., 9.  
 91 Anand, S., მითითებული სტატია, 88-ე სქოლ., 721; Porter, T. & Gavin, H., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 102.  
 92 Anand, S., მითითებული სტატია, 88-ე სქოლ., 721; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 590, 593; Porter, T. & Gavin, H., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 102.

93 Porter, T. & Gavin, H., მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 102-103; Mesut, I. (2018). Postpartum Psychosis. *Eastern Journal of Medicine*, vol. 23(1), 61. იქვე. 64.  
 94 Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 427.  
 95 Anand, S., მითითებული სტატია, 88-ე სქოლ., 722; Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 427; Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 212.  
 97 Slate, A. მითითებული სტატია, მე-10 სქოლ., 218; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 586; Zaretsky, R. S., მითითებული სტატია, მე-11 სქოლ., 418-419, 430; Mair, S., მითითებული სტატია, 54-ე სქოლ., 255.



მკაცრად ისტებიან დედებისგან განსხვავებით.<sup>98</sup>

როგორც ზემოთ აღინიშნა, სსკ-ის 112-ე მუხლი ავტომატურად გამოიყენება მაშინ, როდესაც ახალშობილს დედა დაბადებიდან მალევე მოკლავს, რაც იმას ნიშნავს, რომ ბრალის ხარისხის ინდივიდუალურ შეფასებას არ ითხოვს სასამართლო.<sup>99</sup> ნორმის ამ ფორმით არსებობა პრობლემურია, ის შეიძლება გავრცელდეს იმ შემთხვევაზე, სადაც ბრალის ხარისხი მაღალია და არ იმსახურებდეს პასუხისმგებლობის შემსუბუქებას, და პირიქით, არ გავრცელდეს შემთხვევაზე მართო იმის გამო, რომ მკვლელობა მშობიარობიდან მალევე არ მომხდარა, მაგრამ ადგილი ჰქონდა პოსტნატალურ დეპრესიას, რამაც შეამცირა შერაცხვაუნარიანობა. ქართულ მართლმსაჯულებაში ასეა, თუკი მოკლული ბავშვი თვეებისაა, სსკ-ის 112-ე მუხლის გამოყენება არ ხდება, მაგრამ არც პოსტნატალური დეპრესიის შემთხვევების პრაქტიკაა დანერგილი, რაც აუცილებლად გამოსასწორებელია.

შეჯამების სახით უნდა ითქვას, რომ გასაზიარებელია იმ მეცნიერთა შეხედულება, რომლებიც დასახელებული ნორმის ამ ფორმით არსებობას დისკრიმინაციულს უწოდებენ და მის გაუქმებას უჭერენ მხარს.<sup>100</sup>

98 Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია, მე-3 სქოლ., 593-594; Hogan, M. C., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 275.

99 რუთავის საქალაქო სასამართლოს განაჩენი, ოქტომბერი, 2015; ზუგდიდის რაინული სასამართლოს # 1/612-16 განაჩენი, 20 დეკემბერი, 2016; სუსგ-ის #2კ-211აპ.-05 განაჩენი. მსგავსი მიდგომაა ინგლისსა და უელსშიც. ანალიზისთვის იხ. Ashworth, A., & Horder, J. (2013). *Principles of Criminal Law*. (7th edition). Oxford: Oxford University Press, 283; Ormerod, D., & Laird, K. (2018). *Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law: Cases and Materials*. (15th edition). Oxford: Oxford University Press, 633; Kyd, S., Elliott, T., & Walters, M. A. (2017). *Clarkson & Keating: Criminal Law: Text and Materials*. (9th edition). London: Sweet & Maxwell, 1091; Hogan, M. C., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 273-274.

100 შეზღუდული ბრალუნარიანობის ზოგადი შემამსუბუქებელი ვარემოების გავრცელების მხარდაჭერი პოზიციისთვის იხ. Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., მითითებული სტატია,

ამდენად, უმჯობესია, თუკი სსკ-ის 112-ე მუხლი გაუქმდება და ყოველი კონკრეტული შემთხვევის დასჯა მოხდება ინდივიდუალურად<sup>101</sup>, ბრალის ხარისხის შესაბამისად, სსკ-ის ზოგადი ნორმების გამოყენებით (მუხ. 35) ან იქ, სადაც ბრალი სრულად უნდა გამოირიცხოს, პირს სსკ-ის 34-ე მუხლით გაათავისუფლებენ პასუხისმგებლობისგან. ამ ცვლილების პარალელურად, აუცილებლად უნდა მოხდეს სხვა ცვლილებებიც, კერძოდ, სსკ-ის 35-ე მუხლის გამოყენების საფუძველი პოსტნატალური აშლილობებთან დაკავშირებით, საპროცესო შეთანხმების გარეშე მოსამართლეს უნდა აძლევდეს სსკ-ის 109-ე მუხლით გათვალისწინებულზე უფრო მსუბუქი სასჯელის დანიშვნის შესაძლებლობას, ამასთან ნორმა კატეგორიული უნდა იყოს და არა დისპოზიციური. დაცვის მხარე უნდა გააქტიურდეს და გაზარდოს ასეთ საქმეებში ექსპერტი მონშის მონაწილეობის ხართულობა, რაც გახდება მსუბუქი სასჯელის გამოყენების საფუძველი. ამ თვალსაზრისით სამაგალითოდ უთითებენ ნიუ-იორკის სასამართლო პრაქტიკას, სადაც, პოსტნატალური აშლილობა (სიმძმის მიხედვით) წარმოადგენს ბრალის შემსუბუქების ან გამორიცხვის საფუძველს.<sup>102</sup>

მე-3 სქოლ., 594-596; Holland, W.H., მითითებული წიგნი, 38-ე სქოლ., 132. აღსანიშნავია, რომ სამართლის რეფორმისთვის ინფანტიციდის გაუქმება და მისი შეზღუდული ბრალუნარიანობის ზოგადი ნორმით ჩანაცვლება იქნა შეთავაზებული ინგლისის სარეფორმო კომისიისთვის, რაც კომისიამ არ გაიზიარა იმ არგუმენტით, რომ ზოგადი ნორმა ინფანტიციდის ყველა შემთხვევას არ ფარავდა. ანალიზისთვის იხ. Ormerod, D., & Laird, K., მითითებული წიგნი, სქოლ., მე-99 სქოლ., 633; Kyd, S., Elliott, T., & Walters, M. A., მითითებული წიგნი, 99-ე სქოლ., 1093; Ashworth, A. 2011. United Kingdom, in Heller, K. J. & Dubber, D. M. (eds), *Handbook of comparative criminal law*, Stanford: Stanford University Press, 549.

101 ყოველ საქმეში ინდივიდუალური შეფასების მხარდაჭერი მოსაზრებისთვის იხ. Hogan, M. C., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 295; Dvorak, J. J., მითითებული სტატია, მე-4 სქოლ., 195.

102 Walker, A. J. (2006). Application of the insanity defense to postpartum disorder-driven infanticide in the united states: look toward the enactment of an infanticide act. *University of Maryland Law Journal*

საქართველოში ამ კუთხით ასევე მნიშვნელოვანია სახელმწიფოს როლი, მან უნდა უზრუნველყოს ექსპერტების გადამზადება, მათი ცოდნის ამაღლება და გენდერული სტერეოტიპებისგან თავისუფალი სერვისებისა და გარემოს შექმნა, რაც დღეს ძალიან დიდი პრობლემაა საქართველოში.

### დასკვნა

ნეონატიციდის ისტორიულ-კულტურულ და სოციო-ეკონომიკურ ქრილში განხილვამ აჩვენა, რომ მისი პრივილეგირებულ მკვლელობად კრიმინალიზების გამართლება ფსიქიკური აშლილობის პრეზუმფციას ემყარება, რაც მეცნიერულად *per se* არ დასტურდება. სინამაღვილეში მისი გამომწვევი მიზეზები სოციალურ-ეკონომიკურ უთანასწორობაში და კულტურულ კონტექსტებში იმალება. ნეონატიციდის სამედიცინო ახსნა პატრიარქალური ღირებულებების, გენდერის ნიშნით ჩაგვრის და ქალის მიმართ არსებული სტერეოტიპების გამოძახილია, რომელმაც ისტორიულად ის ფუნქცია შეასრულა, რომ „მკვლელი დედები“ მსუბუქად ისჯებოდნენ იმ დანაშაულისთვის, რომელსაც უთანასწორო ბრძოლაში მართო დარჩენილები ჩადიოდნენ, თუმცა სახელმწიფო არაფერს აკეთებდა დანაშაულის გამომწვევი მიზეზების აღმოსაფხვრელად. დანაშაულის გამომწვევი რეალური მიზეზების მოგვარება არ შედიოდა სახელმწიფოს დღის წესრიგში, ამიტომ პრობლემის მიჩქმალვა სპეციალური ნორმის გამართლებით მოხდა, რომელსაც

საფუძვლად კვაზი მეცნიერება დაედო. ნეონატიციდის სპეციალური ნორმა, რომლის ერთადერთი მიზანი დედის მიმართ ლმობიერი პოლიტიკის გატარებაა, ვერ ასრულებს პრევენციულ ფუნქციას. ნეონატიციდისთვის გასამართლებული ქალების მიმართ, როგორც წესი, პირობითი მსჯავრი გამოიყენება. ამდენად, სახელმწიფო სათანადოდ არ იცავს ბავშვის სიცოცხლეს.

დღეს აბორტის უფლება საქართველოში აღიარებულია კანონმდებლობით, დაცულია ქალის რეპროდუქციული ავტონომია და საჯარო სივრცეშიც სულ მეტად ისმის ქალის ხმა. დრო იცვლება. მაგრამ აუცილებლად უნდა აღნიშნოს, რომ საქართველოში ქალთა უფლებების რეალიზების პრაქტიკული პრობლემები ისევ დიდი გამოწვევაა, რის შესახებაც სახალხო დამცველსაც არაერთხელ მიუთითებია თავის ანაგრიშებში. საქართველოში კვლავ ფესვგამდგარია მკაცრი რელიგიური, კონსერვატიული და პატრიარქალური აზროვნება, რაც ძალიან ბევრი ქალის ცხოვრებაზე, მის ნამდვილ არჩევანზე უშუალო გავლენას ახდენს. საქართველოში სოციალური და ეკონომიკური პრობლემები კვლავ დიდი პრობლემაა. მაგრამ, მიუხედავად იმისა, რომ თანამედროვე ქართული კონტექსტი ფაქტობრივად ძალიან გავს ძველ პერიოდს, რაშიც აღმოცენდა ნეონატიციდის განმსაზღვრელი სპეციალური ნორმა, პრობლემების „მოგვარების“ სხვა სამართლიანი გზებია მოსაძებნი. ამიტომ, პირველ რიგში, სახელმწიფომ უნდა იმოქმედოს საქართველოს სახალხო დამცველის სპეციალურ ანგარიშებში მითითებული რეკომენდაციების შესაბამისად, უზრუნველყოს ქალების (გოგონების) გაძლიერება, მათი უფლებების დაცვა და მასზე მონიტორინგი, ამის პარალელურად კი შეუძლია იზრუნოს სსკ-ის 112-ე მუხლის ამოღებაზე. ცვლილება აუცილებელია, მითუმეტეს, რომ მოქმედ სსკ-ში სხვა არაერთი საშუალებაა ბრალის ხარისხის გათვალისწინებით სამართლიანი სასჯელის დანიშვნის ან მისგან სრულად გათავისუფლების, ამ ნორმის „გამართლების“ აღარანაირი საფუძველი აღარ იქნე-

of Race, Religion, Gender and Class, 6(1), 214. აღსანიშნავია, რომ პოსტნატალური ფსიქიკური აშლილობა არ წარმოადგენს დამოუკიდებელ კლინიკურ დიაგნოსტიკას ამერიკის ფსიქიატრთა ასოციაციის სახელმძღვანელოში, არამედ ის შიზოფრენიისა და სხვა ფსიქიკური აშლილობების სექციაშია შეტანილი. იხ. American Psychiatric Association. (2013). Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-5th. (5th ed.). Washington, DC: American Psychiatric Publishing. ანალიზისთვის იხ. Mesut, I. (2018). Postpartum Psychosis. Eastern Journal of Medicine, vol. 23(1), 60.

ბა და დროა, თავისი სახელი დაერქვას ყველაფერს.

მაშასადამე, სსკ-ის 112-ე მუხლი უნდა გაუქმდეს, ის დისკრიმინაციულია ბავშვის ასაკისა და გენდერის ნიშნით, ამყარებს ქალების მიმართ სტერეოტიპულ დამოკიდებულებას, რადგან კანონმდებელი ქალის ბიოლოგიურ განსხვავებულობასთან აკავშირებს მკვლელობას და მის ნაწილობრივ პატიებას ამით ამართლებს, მაშინ როცა მშობიარობა/ლაქტაციას და ქალის ფსიქიკურ აშლილობას შორის ასეთი უშუალო კავშირი თანამედროვე მედიცინით არ დასტურდება. ნეონატიციდის სტერეოტიპული

მედიკალიზების ნაცვლად სახელმწიფომ უნდა იზრუნოს მისი გამომწვევი სოციალური და ეკონომიკური ფაქტორების და უთანასწორობის აღმოფხვრისთვის. ხოლო ინდივიდუალურ შემთხვევაში, როდესაც მკვლელობა ხდება სხვადასხვა ფსიქიკური აშლილობის გამო, ზოგადი ნორმებით (მუხ. 34 და 35), ბრალის ინდივიდუალური სამართლებრივი შეფასებით მოხდეს პირის გასამართლება (გენდერის მიუხედავად) ხოლო იქ, სადაც ბრალუუნარობაა, პირი პასუხისმგებლობისგან უნდა გათავისუფლდეს.

#### BIBLIOGRAPHY:

1. American Psychiatric Association. (2013). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-5th*. (5th ed.). Washington, DC: American Psychiatric Publishing. (In English)
2. Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. (2012). Potential predictors in neonaticide: the impact of the circumstances of pregnancy, *Archives of Women's Mental Health*, vol. 15, 167-174. (In English)
3. Amirejibi, T. (2011). *Mothers Who Kill. Psychosocial Profile of Filicidal and Neonaticidal Mothers in Georgia*. Anti-Violence Network of Georgia. (In English)
4. Anand, S. (2010). Rationalizing infanticide: medico-legal assessment of the criminal code's child homicide offence. *Alberta Law Review*, 47(3), 705-728. (In English)
5. Ashworth, A. 2011. United Kingdom, in Heller, K. J. & Dubber, D. M. (eds), *Handbook of comparative criminal law*, Stanford: Stanford University Press. (In English)
6. Ashworth, A., & Horder, J. (2013). *Principles of Criminal Law*. (7th edition). Oxford: Oxford University Press. (In English)
7. Ayres, S. (2007). Who is to shame narratives of neonaticide. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 14(1), 55-106. (In English)
8. Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J. (2008). Investigative analysis of neonaticide: An exploratory study. *Criminal Justice and Behavior*, 35(4), 522-535. (In English)
9. Brennan, K. (2013). Traditions of English Liberal Thought: History of the Enactment of an Infanticide Law in Ireland. *Irish Jurist*, 50, 100-137. (In English)
10. Brennan, K. (2018). Murderous mothers & gentle judges: Paternalism, patriarchy, and infanticide. *Yale Journal of Law and Feminism*, 30(1), 139-196. (In English)
11. Brennan, K. (2018). Social norms and the law in responding to infanticide. *Legal Studies. The Journal of the Society of Legal Scholars.*, 38(3), 480-499. (In English)

12. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1 (2014). (In English)
13. Chandra, P. S., Herrman, J.F., Riecher-Rössler, A. (eds), *Mental Health and Illness of Women*. (2020). Geneva, Switzerland: Springer. (In English)
14. Dvorak, J. J. (1998). Neonaticide: Less than murder. *Northern Illinois University Law Review*, 19(1), 173-196. (In English)
15. Fazio C. A. & Comito, J. L. (1999). Rethinking the Tough Sentencing of Teenage Neonaticide Offenders in the United States, *Fordham Law Review*, vol. 67, 3109 – 3168. (In English)
16. Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J. (2012). Mothers who kill: Evolutionary underpinnings and infanticide law. *Behavioral Sciences & the Law*, 30(5), 585-597. (In English)
17. Gamkrelidze, O. (2000). Intentional Neonaticide by a mother. In Gamkrelidze, O. (ed.) *Commentary on Criminal Court Practice, Offences Against Person*, Tbilisi: The Institution of Law and State of Georgian Academy of Science. (In Georgian)
18. Gamkrelidze, O. (2008), *Commentary of Criminal Code*. (2nd ed.). Tbilisi. (In Georgian)
19. Herring, J. (2018). *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*. (8th edition). Oxford: Oxford University Press. (In English)
20. Hogan, M. C. (1999). Neonaticide and the misuse of the insanity defense. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 6(1), 259-296. (In English)
21. Holland, W.H. (2007). Infanticide. In Horder J. (ed) *Homocide Law in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing. (In English)
22. Jishkariani B. (2016). *Special Part of Criminal Law, Offence Against Person*, Tbilisi: World of Lawyers. (In Georgian)
23. Johnson, K.K. & Watson, W. D. (2006). The Insanities of Reproduction: Medico-legal Knowledge and the Development of Infanticide Law, *Social & Legal Studies*, vol. 15(2), 237–255. (In English)
24. Kaplan, D. S. (2014). Who are the mothers who need safe haven laws: An empirical investigation of mothers who kill, abandon, or safely surrender their newborns. *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society*, 29(3), 447-512. (In English)
25. Krüger, P. (2015). Prevalence and Phenomenology of Neonaticide in Switzerland 1980–2010: A Retrospective Study, *Violence and Victims*, vol. 30, 194-207. (In English)
26. Kyd, S., Elliott, T., & Walters, M. A. (2017). *Clarkson & Keating: Criminal Law: Text and Materials*. (9th edition). London: Sweet & Maxwell. (In English)
27. Klier, CM, Grylli, C, Amon, S, Fiala, C, Weizmann-Henelius, G, Pruitt, SL, & Putkonen, H. (2013). Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study. *BJOG. An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, vol. 120 (8), 1028-1029. (In English)
28. Klier, C. M., Amon, S., Putkonen, H., Fernandez Arias, P., & Weizmann-Henelius, G. (2019). Repeated neonaticide: differences and similarities to single neonaticide events, *Archives of Women's Mental Health*, vol. 22, 159-164. (In English)
29. Lekveishvili M., Todua N., & Mamulashvili G., (2019). *Special Part of Criminal Law, Book I. 7th Ed.*. Tbilisi: Meridiani. (In Georgian)
30. Loughnan, A. (2012). The 'Strange' Case of the Infanticide Doctrine. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32 (4), 685-711. (In English)
31. Macfarlane, J. E. (1998). Neonaticide and the Ethos of Maternity:

- Traditional Criminal Law Defenses and the Novel Syndrome. *Cardozo Women's Law Journal*, 5, 175-248. (In English)
32. Mair, S. (2018). Challenging infanticide: Why section 233 of Canada's criminal code is unconstitutional *Manitoba Law Journal*, 41(3), 241-280. (In English)
  33. Marks, M. M., & Kumar, R. R. (1993). Infanticide in England and Wales. *Medicine, Science and the Law*, 33(4), 329-339. (In English)
  34. Markwalder N. & Killias, M. (2012). Homicide in Switzerland, Liem, M.C.A. & Pridemore, W.A. (eds.), *Handbook of European Homicide Research: Patterns, Explanations, and Country Studies*, New York: Springer-Verlag. (In English)
  35. Martinkienė, V., Dembinskas, A., & Germanavičius, A. (2015). Analysis of the 1994-2014 data of Expert Studies on Women Who Committed Neonaticide Conducted by the National Service of Forensic Psychiatry in Lithuania under the Ministry of Health, *Health science in Eastern Europe*, vol. 25(5), 1-10. (In English)
  36. Martinkiene, V., & Dervinyte – Bongarzoni, A. (2015). Is Psychiatric Illness Leading Reason of Neonaticide in Lithuania? *European Psychiatry*, 30(S1), 1-1. (In English)
  37. Mesut, I. (2018). Postpartum Psychosis. *Eastern Journal of Medicine*, vol. 23(1), 60-63
  38. Neil, V., & Hans, V. (2019). *American Juries: The Verdict*, Tbilisi: Ili state University Press. (In Georgian)
  39. Ormerod, D., & Laird, K. (2018). *Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law: Cases and Materials*. (15th edition). Oxford: Oxford University Press. (In English)
  40. Porter, T. & Gavin, H. (2010). Infanticide and Neonaticide: A Review of 40 Years of Research Literature on Incidence and Causes, Trauma, Violence, & Abuse, vol. 11(3) 99-112. (In English)
  41. Resnick, P. (1970). Murder of the Newborn: A Psychiatric Review of Neonaticide. *American Journal of Psychiatry*, vol. 126(10), 1414-1420. (In English)
  42. Richter, J. S. (1998). Infanticide, Child Abandonment, and Abortion in Imperial Germany. *The Journal of Interdisciplinary History*, vol. 28(4), 511-551. (In English)
  43. Sclater, S. D. (2011). Infanticide and Insanity in 19th Century England, In Herring, J., Richards, M., & Ebtehaj F. (eds). *Birth Rites and Rights*, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011. (In English)
  44. Slate, A. (2019-2020). Infanticide Act: Anachronistic Perpetuation of Chivalric Justice, Gender-Stereotyping and Inequitable Treatment of Men in England. *Journal of Global Rights and Organizations*, vol. 10, 187-224. (In English)
  45. Spain, J. (2013). Changing the narrative of neonaticide. *Indiana Journal of Law and Social Equality*, 2(1), [viii]-181.
  46. Special Report of the Public Defender. (2017). *Human Rights in Terms of Sexual and Reproductive Health and Well-Being: An Assessment of the Legal Status of the Country*. (In Georgian)
  47. Spinelli, M.G. (2000). *Infanticide, Psychosocial and Legal Perspective on Mothers Who Kill*. (1st ed.). American Psychiatric Publishing Inc. (In English)
  48. Stasiūnienė, J., Justickis, V., & Jasiulaitis, A. (2015). Newborn murder and its legal prevention. *Health Policy and Management*, 1(8), 91–119; (In English)
  49. Tanaka, C. T., Berger, W., Valença, A. M., Coutinho, E. S. F., & others. (2017). The worldwide incidence of neonaticide: a systematic review, *Archives of Women's Mental Health*, vol. 20, 249 – 256. (In

- English)
50. The Public Defender (Ombudsman) of Georgia. (2019). Sexual and Reproductive Health and Human Rights: National Assessment. (In Georgian)
  51. Turava, M. (2011). Doctrine of Crime. Tbilisi: Meridiani. (In Georgian)
  52. Vallillee, E. (2015). Deconstructing infanticide. *Western Journal of Legal Studies*, 5(4), 1-11. (In English)
  53. Walker, A. J. (2006). Application of the insanity defense to postpartum disorder-driven infanticide in the united states: look toward the enactment of an infanticide act. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 6(1), 197-222. (In English)
  54. Willenbacher, B. (2004). Legal Transfer of French Traditions? German and Austrian Initiatives to Introduce Anonymous Birth. *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 18, 343-354. (In English)
  55. Wu, M. W. C. (2003). Culture is no Defense for Infanticide. *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, vol 11(2), 975-1021. (In English)
  56. Zaretsky, R. S. (2012). Parents who kill their babies: Why the discrepancy and leniency in sentencing is not justified. *Criminal Law Quarterly*, 59(Issues 2 & 3), 416-ii. (In English)
  57. Zedner, L. (1991). Women, Crime, and Penal Responses: A Historical Account. *Crime and Justice*, Vol. 14, 307-362. (In English)

#### NOTES:

1. The article examines the historical study of the issue insofar as it is accompanied by a recollection of existing stereotypes about women it is necessary to clarify that the article does not share the opinion that people with psycho-social needs are not equal to other people who do not have disabilities. The author shares the view that the medicalization of disability is contrary to the modern approach based on the rights of persons with disabilities. See UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Art. 1 & Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1 (2014) on Article 12: Equal recognition before the law. (In English)
2. Neonaticide is also called the "partial defense" of the biological mother. See Loughnan, A. (2012). The 'Strange' Case of the Infanticide Doctrine. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32 (4), 686. (In English)
3. Resnick, P. (1970). Murder of the Newborn: A Psychiatric Review of Neonaticide. *American Journal of Psychiatry*, vol. 126(10), 1414; Stasiūnienė, J., Justickis, V., & Jasiulaitis, A. (2015). Newborn murder and its legal prevention. *Health Policy and Management*, 1(8), 93; Spinelli, M.G. (2000). *Infanticide, Psychosocial and Legal Perspective on Mothers Who Kill*. (1st ed.). American Psychiatric Publishing Inc., (Chapter 1), 12; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J. (2012). Mothers who kill: Evolutionary underpinnings and infanticide law. *Behavioral Sciences & the Law*, 30(5), 593. (In English)
4. Spinelli, M.G., *Supra* note 3, (Chapter 10), 186; Dvorak, J. J. (1998). Neonaticide: Less than murder. *Northern Illinois University Law Review*, 19(1), 173; Hogan, M. C. (1999). Neonaticide and the misuse of the insanity defense. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 6(1), 260; Kaplan, D. S. (2014). Who are the mothers who need safe haven laws: An empirical investigation of mothers who kill, abandon, or safely surrender their newborns. *Wisconsin Journal of Law, Gender and Society*, 29(3), 448. (In English)

5. Like in the Georgian criminal code, neonaticide is defined by the criminal law of Austria, Switzerland, Lithuania, and Poland, while infanticide is defined in England, Ireland, and Canada.
6. Gamkrelidze, O. (2000). Intentional Neonaticide by a mother. In Gamkrelidze, O. (ed.) *Commentary on Criminal Court Practice, Offences Against Person*, Tbilisi: The Institution of Law and State of Georgian Academy of Science, 70; Jishkariani B. (2016). *Special Part of Criminal Law, Offence Against Person*, Tbilisi: World of Lawyers, 63. (In Georgian)
7. Turava, M. (2011). *Doctrine of Crime*. Tbilisi: Meridiani, 77, note 1. (In Georgian)
8. Ibid.
9. Loughnan, A., *Supra* note 2, 688, 700-701, 710. (In English)
10. Loughnan, A., *Supra* note 2, 239; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 586, 594; Porter, T. & Gavin, H. (2010). *Infanticide and Neonaticide: A Review of 40 Years of Research Literature on Incidence and Causes, Trauma, Violence, & Abuse*, vol. 11(3), 101-102; Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J. (2008). *Investigative analysis of neonaticide: An exploratory study*. *Criminal Justice and Behavior*, 35(4), 531. Herring, J. (2018). *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*. (8th edition). Oxford: Oxford University Press, 261; Slate, A. (2019-2020). *Infanticide Act: Anachronistic Perpetuation of Chivalric Justice, Gender-Stereotyping and Inequitable Treatment of Men in England*. *Journal of Global Rights and Organizations*, vol. 10, 216. (In English)
11. Zaretsky, R. S. (2012). *Parents who kill their babies: Why the discrepancy and leniency in sentencing is not justified*. *Criminal Law Quarterly*, 59(Issues 2 & 3), 424. (In English)
12. Ibid. 430.
13. Loughnan, A., *Supra* note 2, 698-701; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 592-593. (In English)
14. Brennan, K. (2018). *Murderous mothers & gentle judges: Paternalism, patriarchy, and infanticide*. *Yale Journal of Law and Feminism*, 30(1), 140-141. (In English)
15. Fazio C. A. & Comito, J. L. (1999). *Rethinking the Tough Sentencing of Teenage Neonaticide Offenders in the United States*, *Fordham Law Review*, vol. 67, 3129, 3132; Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 423; Brennan, K., *Supra* note 14, 168. (In English)
16. Loughnan, A., *Supra* note 2, 689-690; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 586. (In English)
17. Brennan, K. (2018). *Social norms and the law in responding to infanticide*. *Legal Studies. The Journal of the Society of Legal Scholars.*, 38(3), 482. (In English)
18. Kaplan, D. S., *Supra* note 4, 509; Macfarlane, J. E. (1998). *Neonaticide and the Ethos of Maternity: Traditional Criminal Law Defenses and the Novel Syndrome*. *Cardozo Women's Law Journal*, vol. 5, 196; Hogan, M. C., *Supra* note 4, 261; Krüger, P. (2015). *Prevalence and Phenomenology of Neonaticide in Switzerland 1980–2010: A Retrospective Study*, *Violence and Victims*, vol. 30, 195. (In English)
19. Resnick, P., *Supra* note 3, 1416, 1419; Porter, T. & Gavin, H., *Supra* note 10, 101. For analysis see Spain, J. (2013). *Changing the narrative of neonaticide*. *Indiana Journal of Law and Social Equality*, 2(1), 168-169; Macfarlane, J. E., *Supra* note 18, 196. *The financial problems as a risk factor of neonaticide in the modern period has not been proven in many countries where the standard of living is high. See Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P.,*

- Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. (2012). Potential predictors in neonaticide: the impact of the circumstances of pregnancy, *Archives of Women's Mental Health*, vol. 15, 171. (In English)
20. Klier, C. M., Amon, S., Putkonen, H., Fernandez Arias, P., & Weizmann-Henelius, G. (2019). Repeated neonaticide: differences and similarities to single neonaticide events, *Archives of Women's Mental Health*, vol. 22, 161; (In English) Macfarlane, J. E., *Supra* note 18, 200. Women convicted of neonaticide have a similar psycho-social profile, according to a study conducted in Georgia, which was conducted by the Anti-Violence Network of Georgia in 2011. Amirejibi, T. (2011). Mothers Who Kill. Psychosocial Profile of Filicidal and Neonaticidal Mothers in Georgia. *Anti-Violence Network of Georgia*, 2-27. (In Georgian) For different percentage data on socio-economic factors, see Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., *Supra* note 10, 525, 528. (In English)
  21. Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. *Supra* note 19, 169; Klier, C. M., Amon, S., Putkonen, H., Fernandez Arias, P. & Weizmann-Henelius, G. *Supra* note 20, 162; Krüger, P. *Supra* note 18, 202; Amirejibi, T., *Supra* note 20. 5, 9; Slate, A. *Supra* note 10, 192. (In English)
  22. Resnick, P., *Supra* note 3, 1419. In modern times, neither of these factors is proven in socially and economically advanced countries. See Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. *Supra* note 19, 171. (In English)
  23. Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., *Supra* note, 10, 523; Marks, M. M., & Kumar, R. R. (1993). Infanticide in England and Wales. *Medicine, Science and the Law*, 33(4), 334. (In English)
  24. Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 420; Wu, M. W. C. (2003). Culture is no Defense for Infanticide. *American University Journal of Gender Social Policy and Law*, vol 11(2), 1005-1006; Slate, A. *Supra* note 10, 201. (In English)
  25. Resnick, P., *Supra* note 3, 1970, 1415; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 589. (In English)
  26. Resnick, P., *Supra* note 3, 1415, 1418; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 589. (In English)
  27. Porter, T. & Gavin, H., *Supra* note 10, 108. (In English)
  28. Amirejibi, T. *Supra* note 20. (In Georgian)
  29. Resnick, P., *Supra* note 3, 1415; D'Orbán, P. (1979). Women who Kill their Children. *British Journal of Psychiatry*, 134(6), 570; Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., *Supra* note 10, 332; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 588; Macfarlane, J. E., *Supra* note 18, 196-197; Hogan, M. C., *Supra* note 4, 262; Martinkiene, V., & Dervinyte – Bongarzoni, A. (2015). Is Psychiatric Illness Leading Reason of Neonaticide in Lithuania? *European Psychiatry*, 30(S1), 1-1; Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. *Supra* note 19, 170; Chandra, P. S., Herrman, J.F., Riecher-Rössler, A. (eds), *Mental Health and Illness of Women*. (2020). Geneva, Switzerland: Springer, 335. (In English)
  30. See Resnick, P., *Supra* note 3, 1417. (In English)
  31. Beyer, K., Mack, S. & Shelton, J., *Supra* note 10, 530; Kaplan, D. S., *Supra* note 4, 454-456. (In English)
  32. Amirejibi, T., *Supra* note 20, 19. (In Georgian)
  33. Ramesh, R. (2012). Spread of 'baby boxes' in Europe alarms United



- Nations. Available at the following link: [shorturl.at/opzV2](http://shorturl.at/opzV2) 26.02.2021 (In English)
34. Klier, CM, Grylli, C, Amon, S, Fiala, C, Weizmann-Henelius, G, Pruitt, SL, & Putkonen, H. (2013). Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study. *BJOG. An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, vol. 120 (8), 1028-1029; Krüger, P. *Supra* note 18, 204. For the results of a study linking the emergence of baby boxes and the possibility of anonymous births and the reduction of neonaticide statistics in Lithuania, France and Austria, see Martinkienė, V., Dembinskas, A., & Germanavičius, A. (2015). Analysis of the 1994-2014 data of Expert Studies on Women Who Committed Neonaticide Conducted by the National Service of Forensic Psychiatry in Lithuania under the Ministry of Health, *Health science in Eastern Europe*, vol. 25(5), 9-10 (In English)
  35. Krüger, P. *Supra* note 18, 204. (In English)
  36. For example, according to a 2015 study conducted in Switzerland, most of the girls surveyed who committed neonaticide had no fear of social stigma. Fear of stigma was shared only by ethnic Kosovars who grew up in strictly religious families. See Krüger, P. *Supra* note 18, 201; For an analysis of the link between reduced neonaticide statistics and good quality of life, as well as women's empowerment, sex education, the right to abortion and the practical realization of other rights, see Klier, CM, Grylli, C, Amon, S, Fiala, C, Weizmann-Henelius, G, Pruitt, SL, & Putkonen, H., *Supra* note 34, 1028. For an analysis of neonatal occurrence in economically strong and socially developed countries, see Tanaka, C. T., Berger, W., Valença, A. M., Coutinho, E. S. F., & others. (2017). The worldwide incidence of neonaticide: a systematic review, *Archives of Women's Mental Health*, vol. 20, 249. (In English)
  37. Slate, A. *Supra* note 10, 190. (In English)
  38. Holland, W.H. (2007). *Infanticide*. In Horder J. (ed) *Homocide Law in Comparative Perspective*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 128. (In English)
  39. The *Infanticide Act* was passed in England in 1922 but changed in 1938 which still applies today.
  40. For a historical analysis of infanticide criminalization, see Brennan, K. (2013). Traditions of English Liberal Thought: History of the Enactment of an *Infanticide Law* in Ireland. *Irish Jurist*, 50, 100-137. (In English)
  41. Dvorak, J. J., *Supra* note 4, 175. (In English)
  42. *Ibid.* See also Sclater, S. D. (2011). *Infanticide and Insanity in 19th Century England*, In Herring, J., Richards, M., & Ebtahaj F. (eds). *Birth Rites and Rights*, Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 220. (In English)
  43. Dvorak, J. J., *Supra* note 4, 176. (In English)
  44. *Ibid.*
  45. Sclater, S. D., *Supra* note 42, 228. (In English)
  46. Brennan, K., *Supra* note 17, 483. (In English)
  47. *Ibid.* 486.
  48. *Ibid.* 483. According to another view, the adoption of the *Infanticide Act* was explained by the difficulties of diagnosing a mother's mental disorder at the time of the act, and the ambiguity of medical assessments, which created practical difficulties. See Sclater, S. D., *Supra* note 42, 232. (In English)
  49. For more information on jury nullification see Neil, V., & Hans, V. (2019). *American Juries: The Verdict*, Tbilisi: Ilia state University Press, 259-286. (In English)

50. Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 424; Slate, A. *Supra* note 10, 204. (In English)
51. Brennan, K., *Supra* note 14, 153-154, 164. (In English)
52. *Ibid.* 153-154.
53. Fazio C. A. & Comito, J. L., *Supra* note 15, 3129; Sclater, S. D., *Supra* note 42, 224. (In English)
54. Fazio C. A. & Comito, J. L., *Supra* note 15, 3129; Mair, S. (2018). Challenging infanticide: Why section 233 of Canada's criminal code is unconstitutional *Manitoba Law Journal*, 41(3), 243-244. (In English)
55. Johnson, K.K. & Watson, W. D. (2006). The Insanities of Reproduction: Medico-legal Knowledge and the Development of Infanticide Law, *Social & Legal Studies*, vol. 15(2), 238; Zedner, L. (1991). Women, Crime, and Penal Responses: A Historical Account. *Crime and Justice*, vol. 14, 308. (In English)
56. Johnson, K.K. & Watson, W. D., *Supra* note 55, 238. (In English)
57. Mair, S., *Supra* note 54, 265; Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 432; Stasiūnienė, J., Justickis, V., & Jasiulaitis, A., *Supra* note 3, 95. (In English)
58. Holland, W.H., *Supra* note 38, 130; Zedner, L., *Supra* note 55, 344. (In English)
59. Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 418-419, 430; Mair, S., *Supra* note 54, 255. For a different opinion see Dvorak, J. J., *Supra* note 4, 194. (In English)
60. Richter, J. S. (1998). Infanticide, Child Abandonment, and Abortion in Imperial Germany. *The Journal of Interdisciplinary History*, Vol. 28(4), 515. (In English)
61. Markwalder N. & Killias, M. (2012). Homicide in Switzerland. Liem, M.C.A. & Pridemore, W.A. (eds.), *Handbook of European Homicide Research: Patterns, Explanations, and Country Studies*, New York: Springer-Verlag, 344. (In English)
62. Willenbacher, B. (2004). Legal Transfer of French Traditions? German and Austrian Initiatives to Introduce Anonymous Birth. *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 18, 350. (In English)
63. *Ibid.* 349. Neonaticide was previously abolished in France (1994) and Spain (1995). For analysis see Krüger, P. *Supra* note 18, 196. (In English)
64. However, it was provided for in the 1960 bill but did not enter into force after that. For a historical analysis of neonaticide in Georgian legislation, see Gamkrelidze, O. (2008), *Commentary of Criminal Code*. (2nd ed.). Tbilisi, 30. (In Georgian)
65. Turava, M., *Supra* note 7, 301. (In Georgian)
66. Spinelli, M.G., *Supra* note 3, 9; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 587; Dvorak, J. J., *Supra* note 4, 178-179; Wu, M. W. C., *Supra* note 24, 1010 (In English)
67. Spinelli, M.G., *Supra* note 3, 140 (In English)
68. Fazio C. A. & Comito, J. L., *Supra* note 15, 3109-3110; Ayres, S. (2007). Who is to shame narratives of neonaticide. *William & Mary Journal of Women and the Law*, 14(1), 103. (In English)
69. For analysis see Slate, A. *Supra* note 10, 206-207. (In English)
70. See Special Report of the Public Defender. (2017). *Human Rights in Terms of Sexual and Reproductive Health and Well-Being: An Assessment of the Legal Status of the Country*, 10-135; The Public Defender (Ombudsman) of Georgia. (2019). *Sexual and Reproductive Health and Human Rights: National Assessment*, 10-11. (In Georgian)
71. The Public Defender (Ombudsman) of Georgia. (2019). *Supra* note 70, 9 (In Georgian)

72. Ibid. 8-9.
73. Ibid. 7
74. Ibid. It is noteworthy that even in countries where there is an adequate health care system, the importance of focusing more on women's health is emphasized in various studies, which is crucial to protecting the health of women and children. See Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. *Supra* note 19, 173. (In English)
75. Slate, A. *Supra* note 10, 221. (In English)
76. Ibid. 207, 224. The importance of this type of education on sexuality, including in schools, has been emphasized in recommendations made in studies in Lithuania, Austria, and Finland aimed at identifying the underlying causes of neonaticide. See Martinkiene, V., & Dervinyte – Bongarzoni, A. *Supra* note 29, 1-1; Amon, S., Putkonen, H., Weizmann-Henelius, G., Almiron, M. P., Formann, A. K., Voracek, M., Eronen M., Yourstone, J., Friedrich, M., Klier, C. M. *Supra* note 19, 173. (In English)
77. Holland, W.H., *Supra* note 38, 131-132. (In English)
78. Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 418-419; Mair, S., *Supra* note 54, 255-256. (In English)
79. Mair, S., *Supra* note 54, 255. Slate, A. *Supra* note 10, 218. (In English)
80. Mair, S., *Supra* note, 54, 253 (In English)
81. Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 430. For the criticism of cultural defense see Wu, M. W. C. *Supra* note 24, 975-1021; Krüger, P. *Supra* note 18, 196; Slate, A. *Supra* note 10, 212-213. (In English)
82. Loughnan, A., *Supra* note 2, 687. (In English)
83. Lekveishvili M., Todua N., & Mamulashvili G., (2019). *Special Part of Criminal Law, Book I. 7th Ed.*. Tbilisi: Meridiani, 89. (In Georgian)
84. Turava, M. *Supra* note 7, 78. (In Georgian)
85. Judgment of Rustavi City Court, October 2015; Judgment # 1 / 612-16 of Zugdidi District Court, December 20, 2016; Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-211 Ap.-05. (In Georgian)
86. Gamkrelidze O. *Supra* note 6, 71; Jishkarian, B. *Supra* note 6, 64; (In Georgian) Stasiūnienė, J., Justickis, V., & Jasiulaitis, A., *Supra* note 3, 93. (In English)
87. Jishkarian, B. *Supra* note 6, 65. (In Georgian)
88. Anand, S. (2010). Rationalizing infanticide: medico-legal assessment of the criminal code's child homicide offence. *Alberta Law Review*, 47(3), 720; Vallillee, E. (2015). Deconstructing infanticide. *Western Journal of Legal Studies*, 5(4), 8; Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 426-427. (In English)
89. Anand, S., *Supra* note 88, 720; Porter, T. & Gavin, H., *Supra* note 10, 102; Vallillee, E., *Supra* note 88, 8-9; Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 427. (In English)
90. Anand, S., *Supra* note 88, 720; Vallillee, E., *Supra* note 88, 9. (In English)
91. Anand, S., *Supra* note 88, 721; Porter, T. & Gavin, H., *Supra* note 10, 102.
92. Anand, S., *Supra* note 88, 721; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 590, 593; Porter, T. & Gavin, H., *Supra* note, 102. (In English)
93. Porter, T. & Gavin, H., *Supra* note 10, 102-103; Mesut, I. (2018). Postpartum Psychosis. *Eastern Journal of Medicine*, vol. 23(1), 61. (In English)
94. Ibid. 64.

95. Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 427. (In English)
96. Anand, S., *Supra* note, 88, 722; Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 427; Slate, A. *Supra* note 10, 212. (In English)
97. Slate, A. *Supra* note 10, 218; Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 586; Zaretsky, R. S., *Supra* note 11, 418-419, 430; Mair, S., *Supra* note 54, 255. (In English)
98. Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 593-594; Hogan, M. C., *Supra* note 4, 275. (In English)
99. Judgment of Rustavi City Court, October 2015; Judgment # 1 / 612-16 of Zugdidi District Court, December 20, 2016; Judgment of the Supreme Court of Georgia # 2K-211 Ap.-05. (In Georgian) A similar approach is in England and Wales. For analysis, see Ashworth, A., & Horder, J. (2013). *Principles of Criminal Law*. (7th edition). Oxford: Oxford University Press, 283; Ormerod, D., & Laird, K. (2018). *Smith, Hogan and Ormerod's Criminal Law: Cases and Materials*. (15th edition). Oxford: Oxford University Press, 633; Kyd, S., Elliott, T., & Walters, M. A. (2017). *Clarkson & Keating: Criminal Law: Text and Materials*. (9th edition). London: Sweet & Maxwell, 1091; Hogan, M. C., *Supra* note 4, 273-274. (In English)
100. For a supportive position on general mitigation of diminished responsibility see Friedman, S., Cavney, J., & Resnick, P. J., *Supra* note 3, 594-596; Holland, W.H., *Supra* note 38, 132. It should be noted that the abolition of infanticide for legal reform and its replacement by a general norm of diminished responsibility was proposed to the English Reform Commission, which the Commission did not share, arguing that the general norm did not cover all cases of infanticide. For analysis see Ormerod, D., & Laird, K., *Supra* note 99, 633; Kyd, S., Elliott, T., & Walters, M. A., *Supra* note 99, 1093; Ashworth, A. 2011. United Kingdom, in Heller, K. J. & Dubber, D. M. (eds), *Handbook of comparative criminal law*, Stanford: Stanford University Press, 549. (In English)
101. For an opinion supporting individual assessment in each case, see Hogan, M. C., *Supra* note 4, 295; Dvorak, J. J., *Supra* note 4, 195. (In English)
102. Walker, A. J. (2006). Application of the insanity defense to postpartum disorder-driven infanticide in the United States: look toward the enactment of an infanticide act. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 6(1), 214. Postpartum mental disorders are not classified as a separate clinical diagnostic entity in the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders-5 (DSM-5), In DSM-5, postpartum psychosis is classified in the section of the schizophrenia spectrum and other psychotic disorders. See American Psychiatric Association. (2013). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-5th*. (5th ed.). Washington, DC: American Psychiatric Publishing. For analysis see Mesut, I. (2018). Postpartum Psychosis. *Eastern Journal of Medicine*, vol. 23(1), 60. (In English).

# A REVIEW OF THE OLD NEONATICIDE NARRATIVE FOR GEORGIAN CRIMINAL LAW REFORM

**Tamar Gegelia**

*Doctor of Law, Affiliate Associate Professor at Caucasus University*

KEYWORDS: Neonaticide, Infanticide, Discrimination

## ABSTRACT

The article critically discusses the special definition of infant homicide by the mother. Unlike traditional Georgian books, this essay analyzes the causes of neonaticide and its historical, cultural and socio-economic contexts, under the influence of which it has taken the form it has today. The traditional argument for the lenient punishment of neonaticide is the direct link between a woman's psychosis and childbirth trauma, which is criticized in this article and supports a new understanding of neonaticide and ways to solve it, which is based on the findings of old and new research on neonaticide conducted in various countries (including Georgia). Therefore, the article supports the position that neonaticide (art. 112) should be abolished because it is sexist and constitutes an echo of patriarchal consciousness in law. The position is supported in the article, according to which the medicalization of neonaticide is assessed as a "legal concoction".

The article focuses on the causes and contexts of neonaticide, which is important for a critical understanding of neonaticide and the development of Georgian criminal law in this regard.

Thus, the article supports the view that neonaticide is discriminatory based on the gender and age of the child. The mitigation or complete exculpation should be based on an individual analysis of each case. This requires the application of the general provisions of diminished responsibility and insanity and the increase in the practice of examining them concerning neonaticide.

Taking into account the analysis of the modern Georgian context, the article supports the change of the mentioned norm in parallel with the promotion and strengthening of the practical realization of women's rights by the state.

# დანაშაულებრივი გზით სხვის უძრავ ნივთზე საკუთრების უფლების მოპოვება (კონკრეტული სასამართლო გადაწყვეტილებების მიმოხილვა)

## ნიკოლოზ ფხალაძე

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორანტი

საკვანძო სიტყვები: უძრავი ნივთი, რეესტრი, დანაშაული

### შესავალი

საკუთრების უფლება, კერძოსამართლებრივი გაგებით, ეს არის მართლწესრიგის სფეროში მოქცეულ უფლებათაგან ნივთზე ბატონობის ყველაზე მოცულობითი უფლება. ის ეფუძნება კონსტიტუციით გარანტირებულ ორ უფლებას – თავად საკუთრებასა და პიროვნების თავისუფლად განვითარების უფლებას. აღსანიშნავია, რომ სანივთო უფლებათა განხორციელება იწყება მათი წარმოშობის მომენტიდან, ხოლო ისინი წარმოშობა რეგისტრაციით და სწორედ სარეგისტრაციო სისტემების მეშვეობით ხორციელდება ამ უფლებათა დამაგრება. გერმანულ სამართალში იგი მოწესრიგებულია სამოქალაქო კოდექსის 903-ე მუხლით და მოიცავს მის პოზიტიურ და ნეგატიურ გაგებას, რაც ასახულია მესაკუთრის უფლებამოსილებაში – თავის შეხედულებისამებრ განკარგოს ნივთი და მოითხოვოს ნებისმიერი პირისაგან ნივთთან დაკავშირებული ყოველგვარი მოქმედების აკრძალვა.

სახელმწიფო რაც შეიძლება ნაკლებად უნდა ჩაერიოს ორ პირს შორის არსებულ ურთიერთობებში, მაგრამ იგი ვალდებულია, რომ ასეთი ურთიერთობები კანონმდებლობის დონეზე

დაარეგულიროს, ასევე აუცილებელია და-  
აბალანსოს გამსხვივების და შემძენის  
ინტერესები. ამ კონსტიტუციური ვალდებუ-  
ლებების შესასრულებლად სახელმწიფო  
საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი ითვა-  
ლისწინებს უძრავ ნივთზე გარიგებისმიერი  
გადაცემის ორ წესს – საკუთრების განკარგვა  
უფლებამოსილი პირის მიერ და საკუთრების  
განკარგვა არაუფლებამოსილი პირის მიერ.

საკითხის შესწავლისას გამოიკვეთა,  
რომ კეთილსინდისიერი შემძენის და თა-  
ვდაპირველი მესაკუთრის ინტერესთა კო-  
ნფლიქტი აქტუალური საკითხია, ვინაი-  
დან აღნიშნულ საკითხზე საკონსტიტუციო  
სასამართლომაც იმსჯელა, თუმცა მაინც  
არ იქნა მიღებული საინტერესო და კომპე-  
ტენტური გადაწყვეტილება<sup>1</sup>, რომელიც ამ  
პრობლემას გადაჭრიდა, ამიტომ დღევან-  
დელი სასამართლო დავები და არსებული  
გადაწყვეტილებები ნათელს ხდის, რომ სა-  
კითხი ჯერ კიდევ ბოლომდე არ არის შეს-  
წავლილი და საჭიროებს სამართლებრივ  
მონესრიგებას.

სტატიის მიზანია კონკრეტული გადა-  
წყვეტილებების ანალიზისა და კომენტარის  
კონტექსტში, კრიტიკულად იქნეს შეფასებუ-  
ლი სხვადასხვა ინსტანციის სასამართლოს  
მსჯელობები.

## 1. საქმის ბარემოებანი

სომხეთის რესპუბლიკის „კენტრონის“  
სანოტარო ტერიტორიის ნოტარიუსის ი.შ.-ს  
მიერ 2016 წლის 3 ნოემბერს გაცემული მი-  
ნდობილობის შინაარსიდან ირკვევა, რომ  
„თითქოს“ მ.მ.-მ (მოსარჩელე/კანონიერი  
მესაკუთრე) მინდობილობა მისცა ჯ.ჯ.-ს  
(ბრალდებული ყალბი მინდობილობის  
დამზადება/გამოყენებისთვის). 2016 წელს  
ჯ.ჯ.-მ საკუთარ თავთან დადო ნასყიდობის  
ხელშეკრულება, რის შედეგადაც, თავის

თავზე დაირეგისტრირა მ.მ.-ის კუთვნილი  
ბინა, რომელიც მდებარეობდა ქ. თბილის-  
ში. 2016 წლის 23 დეკემბერს ჯ.ჯ.-მ სესხის  
და იპოთეკის ხელშეკრულება გააფორმა  
ნ.ნ. ბ.ბ. და ე.ე.-სთან (კეთილსინდისიერი  
შემძენები/იპოთეკარები). იპოთეკის ხელ-  
შეკრულების შესაბამისად, 20 000 აშშ ამე-  
რიკული დოლარის ოდენობით დაიტვირთა  
მ.მ.-ის კუთვნილი ბინა<sup>2</sup>.

### I. პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილება

2017 წლის 19 ივნისს მ.მ.-მ სარჩელით  
მიმართა სასამართლოს და მოითხოვა  
ნასყიდობის ხელშეკრულების და სესხის  
და იპოთეკის ხელშეკრულების იპოთეკის  
ნაწილში ბათილად ცნობა. 2017 წლის 13  
ნოემბრის გადაწყვეტილებით სარჩელი  
დაკმაყოფილდა. პირველი ინსტანციის  
სასამართლომ მიიჩნია, რომ სახეზე არ  
იყო მოსარჩელის ნება მოპასუხისათვის  
მისი სახელით მოქმედების უფლების მი-  
ნიჭებისა და კუთვნილი უძრავი ნივთის  
გასხვისების თაობაზე, რაც წარმოადგენს  
მინდობილობის და სადავო გარიგების უძ-  
რავი ნივთის ნასყიდობის ხელშეკრულების  
ბათილად ცნობის საფუძველს.

### II. მეორე ინსტანციის გადაწყვეტილება

მოპასუხეებმა (კეთილსინდისიერმა შე-  
მძენმა/იპოთეკარმა) სააპელაციო წესით  
გაასაჩივრეს გადაწყვეტილება. 2018 წლის  
26 ნოემბერს მოპასუხეების სარჩელი დაკ-  
მაყოფილდა, ამდენად გაუქმდა პირველი  
ინსტანციის გადაწყვეტილება. სააპელა-  
ციო სასამართლო არ დაეთანხმა პირველი  
ინსტანციის გადაწყვეტილებას, იგი დაეყრ-  
დნო საჭაროობის პრინციპს და რეესტრის  
უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფციას,  
ასევე პალატამ ყურადღება გაამახვილა  
იმაზე, რომ სამოქალაქო ბრუნვის სტაბი-  
ლურობას და სიმყარეს დიდი მნიშვნელო-  
ბა აქვს. 2019 წლის 15 ივნისს საქართვე-

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

2 სუსგ N ას-729-2019, 4 ოქტომბერი, 2019 წ., საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება, სამოქალაქო საქმეზე.

ლოს უზენაესი სასამართლოს განჩინების საფუძველზე საკასაციო საჩივარი წარმოებაში იქნა მიღებული. საკასაციო სასამართლოს გაიზიარა სააპელაციო სასამართლოს შეფასება და მ.მ.-ის საკასაციო საჩივარი დატოვა განუხილველი.

**III. კომენტარი**

მოცემულ შემთხვევაში სააპელაციო და საკასაციო სასამართლომ იპოთეკარები კეთილსინდისიერად მიიჩნია, თუმცა საინტერესოა პირველი ინსტანციის სასამართლოს პოზიცია, რომელმაც მიიჩნია, რომ თავდაპირველი მესაკუთრის ინტერესებს ვერ გადაწონდა იპოთეკარების ინტერესები, რაც მიმაჩნია, რომ სავსებით სამართლიანია, ვინაიდან მოსარჩელისთვის არ იყო და არც შეიძლებოდა ყოფილიყო ცნობილი, თუ როგორ დებდნენ მესამე პირები მისი ნების საწინააღმდეგოდ მის უძრავ ნივთზე „გარიგებას“, ამასთან ერთად რატომღაც მეორემ და მესამე ინსტანციის სასამართლოებმა სამოქალაქო კოდექსში ახალი ტერმინი „კეთილსინდისიერი იპოთეკარი“ დანერგეს, რამაც გამოიწვია მისი კეთილსინდისიერ შემძენთან გათანაბრება, რაც სამართლებრივად არ არის მიზანშეწონილი.

**2. საქმის გარემოებანი**

საინტერესოა ასევე მსგავსი შემთხვევა, როდესაც მოპასუხე მხარედ კეთილსინდისიერი შემძენი/იპოთეკარები მონაწილეობენ: 2015 წლის 22 აგვისტოს გ.გ.-სა (კანონიერი მესაკუთრე/მოსარჩელე) და ა.ა.-ს (ბრალდებული ყალბი მინდობილობის დამზადება/გამოყენებისთვის) შორის გაფორმდა ბინის ქირავნობის ხელშეკრულება. ა.ა.-მ აღნიშნული ქირავნობის ხელშეკრულება გადააკეთა და შექმნა ახალი ყალბი დოკუმენტი, ნასყიდობის ხელშეკრულება, რომელიც საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოში მიიტანა და თავის თავზე გადაიფორმა გ.გ.-ის კუთვნილი ბინა. 2015 წლის 4 სექტემბერს ა.ა.-მ სესხის და იპოთეკის ხელშეკრულება გააფო-

რმა ს.ს., ლ.ლ. და დ.დ.-სთან, რის შედეგადაც 38 000 აშშ დოლარის ოდენობით დატვირთა გ.გ.-ის კუთვნილი ბინა<sup>3</sup>.

**I. პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილება**

გ.გ.-მ სარჩელით მიმართა თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიას და მოითხოვა იმ ინდივიდუალური ადმინისტრაციული სამართლებრივი აქტის და იპოთეკის რეგისტრაციის შესახებ გადაწყვეტილების ბათილად ცნობა, რის საფუძველზეც მოხდა მისი კუთვნილი ბინის ჯერ ა.ა.-ზე გადაფორმება და შემდგომ ამ უძრავი ნივთის იპოთეკარების სასარგებლოდ იპოთეკით დატვირთვა. თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის 2016 წლის 11 მაისის გადაწყვეტილებით სარჩელი არ დაკმაყოფილდა.

**II. მეორე ინსტანციის გადაწყვეტილება**

გ.გ.-მ აღნიშნული გადაწყვეტილება გაასაჩივრა სააპელაციო წესით. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2016 წლის 30 ნოემბრის გადაწყვეტილებით სააპელაციო საჩივარი დაკმაყოფილდა ნაწილობრივ, კერძოდ: ბათილად იქნა ცნობილი ინდივიდუალურ ადმინისტრაციული სამართლებრივი აქტი, რის შედეგადაც, მოხდა ა.ა.-ზე უძრავი ნივთის რეგისტრაცია, რაც შეეხება მოთხოვნას იპოთეკის რეგისტრაციის შესახებ გადაწყვეტილების გაუქმების ნაწილში, სააპელაციო სასამართლომ არ დააკმაყოფილა.

**III. კომენტარი**

სააპელაციო პალატამ ძალიან საინტერესო განმარტება გააკეთა მოცემულ საქმეზე, მან მიიჩნია, რომ სარეგისტრაციოდ წარდგენილი „უფლების“ დამდგენი დოკუმენტი მასში მოცემული უზუსტობის გამო, მარეგისტრირებელ ორგანოს არ

3 საქმე N 3/ბ104-20, 7 აგვისტო 2020 წელი, განჩინება თბილისის სააპელაციო სასამართლო ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატა.



უნდა მიენიან რეგისტრაციის განორციელების საფუძვლად და უნდა ემოქმედა საჯარო რეესტრის შესახებ კანონის 21-ე მუხლის „ბ“ ქვეპუნქტით და უნდა მიეღო გადაწყვეტილება სარეგისტრაციო წარმოების შეჩერების შესახებ. პალატამ ასევე აქცენტი გააკეთა იმაზე, რომ საჯარო რეესტრის ეროვნულმა სააგენტომ ადმინისტრაციული წარმოების დროს დაარღვია პროცედურები, არასრულყოფილად შეისწავლა სარეგისტრაციოდ წარდგენილი „ყალბი დოკუმენტები“, რასაც მოჰყვა უკანონო გადაწყვეტილების მიღება, რამაც შელახა გ.გ.-ს საქართველოს კონსტიტუციით გათვალისწინებული საკუთრების უფლება. მიმართა, რომ მოცემულ საქმეში, საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს არამართლზომიერმა მოქმედებამ გამოიწვია ზიანი, ვინაიდან სწორედ მისი ვალდებულება იყო გულმოდგინედ შეემოწმებინა სარეგისტრაციოდ წარდგენილი „დოკუმენტების“ ნამდვილობა, ამიტომ ცალსახად იკვეთება ყველა ის პირობა, რომ საჯარო რეესტრის ეროვნულმა სააგენტომ ზიანი აუნაზღაუროს გ.გ.-ს.

აღნიშნულ საქმესთან დაკავშირებით მოსარჩელემ მოითხოვა ზიანის ანაზღაურება საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოსგან. მოსარჩელის სარჩელი დაკმაყოფილდა და საჯარო რეესტრის სააგენტოს დაეკისრა 38000 აშშ დოლარის ზიანის ანაზღაურება მოსარჩელის სასარგებლოდ.

### 3. საქმის გარემოებანი

სისხლის სამართლის განაჩენით დგინდება ერთ-ერთ სისხლის სამართლის საქმეზე, ზემოთაღნიშნული „სომხეთის რესპუბლიკაში“ შედგენილი მინდობილობის შედეგად გამოწვეული ზიანი<sup>4</sup>, კერძოდ: 2016 წლის ნოემბრის თვეში ჯ.ჯ.-მ დაამზადა ყალბი, 2016 წლის 3 ნოემბრით დათარიღებული რუსულ და სომხურ ენებზე შედგენილი მინდობილობები, რომლის მიხედვი-

თაც ნ.ნ. მას ანიჭებდა თბილისში თავისავე კუთვნილი ბინის განკარგვის შესაძლებლობას. 2016 წლის 22 ნოემბერს, აღნიშნული მინდობილობები მან ათარგმნინა ქართულ ენაზე, რომლის სისწორეც ასევე დამოწმდა ნოტარიუსის მიერ. იმავე დღეს, ჯ.ჯ.-მ შეადგინა უძრავი ნივთის ნასყიდობის შესახებ ყალბი ხელშეკრულება, რომლის თანახმად, ხსენებული ბინის ახალი მესაკუთრე გამოდიოდა თავად და საკუთრების უფლების რეგისტრაციის მიზნით, ყალბი დოკუმენტაცია მანვე წარადგინა თბილისში, სანაპიროს ქუჩის N2-ში მდებარე საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოში, ამის შემდეგ ჯ.ჯ.-მ, თითქოსდა ნ.ნ.-ის სახელით შედგენილი ყალბი მინდობილობისა და უძრავი ნივთის ნასყიდობის ხელშეკრულების საფუძველზე, მოტყუებით, საკუთრების უფლებით დაირეგისტრირა თბილისში, ალ.ყაზბეგის გამზირზე ნ.ნ.-ის კუთვნილი ბინა, რის შედეგად დაზარალებულს მიადგა დიდი ოდენობით – 150.000 აშშ დოლარის მატერიალური ზიანი, ამის შემდგომ ჯ.ჯ.-მ, გარკვეული რაოდენობის საქონლის მიწოდების სანაცვლოდ, იპოთეკით დატვირთა ერთ-ერთი შპს-ის სასარგებლოდ უკანონოდ მითვისებული ქონება.

#### I. პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილება

მოსარჩელემ სარჩელი აღძრა პირველი ინსტანციის სასამართლოში და მოითხოვა ნასყიდობის ხელშეკრულების და იპოთეკის ხელშეკრულების ბათილად ცნობა. პირველი ინსტანციის სასამართლომ დააკმაყოფილა სარჩელი, სასამართლო დაეყრდნო კონსტიტუციის 19-ე მუხლს და განმარტა, რომ ნასყიდობის და იპოთეკის ხელშეკრულებები, სადავო ნივთზე დადებულია მესაკუთრის ნამდვილი ნების გამოვლენის გარეშე. სასამართლომ ასევე გააკეთა განმარტება მასზედ, რომ იპოთეკა წარმოადგენს მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალებას და იპოთეკის საგანი უნდა წარმოადგენდეს იმ პირის საკუთრებას, ვინც იკისრა ვალდებულების შესრულება<sup>5</sup>.

4 თბილისის საქალაქო სასამართლოს განაჩენი., N 1/630-17., 31 მაისი 2017 წელი., გვ.2.

5 თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო

## II. მეორე ინსტანციის გადაწყვეტილება

მოპასუხე შპს-მ გაასაჩივრა გადაწყვეტილება სააპელაციო წესით და მოითხოვა პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილების ბათილად ცნობა იპოთეკის ნაწილში, ვინაიდან შპს „კეთილსინდისიერ იპოთეკარს“ წარმოადგენდა და მან არ იცოდა, რომ სადავო უძრავი ნივთი სინამდვილეში სხვას ეკუთვნოდა.

სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილება და განმარტა, რომ იპოთეკის ხელშეკრულების ბათილად ცნობის თაობაზე სარჩელის დაკმაყოფილებისთვის უნდა დადგინდეს ფაქტი იმის თაობაზე, რომ იპოთეკარმა იცოდა, რომ კონტრაგენტი არ იყო უძრავი ნივთის მესაკუთრე. სააპელაციო სასამართლო დაეყრდნო საჯაროობის პრინციპს და რეესტრის უტყუარობისა და სისრულის პრეზუმფციას. პალატამ არ გაიზიარა პირველი ინსტანციის მსჯელობა, სააპელაციო სასამართლომ ძალაში დატოვა იპოთეკის ხელშეკრულება, რითიც ბინის ნამდვილ მესაკუთრეს ფაქტობრივად დააკისრა იპოთეკარის სასარგებლოდ თანხის გადახდა<sup>6</sup>.

## III. კომენტარი

აღნიშნულ დავაში საქმე ეხება მნიშვნელოვან საკითხს, ვინაიდან სასწორზე დგას ორი მხარის ინტერესი, რომელთაგან, ჩემი აზრით, თავდაპირველი მესაკუთრის ინტერესი მეტად მაღლა დგას, ვიდრე შპს (იპოთეკარის). ერთი მხრივ, საკუთრების უფლება დაცულია კონსტიტუციის 19-ე მუხლის მიხედვით, და მეორე მხრივ, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლის თანახმად შემძენის ინტერესებიდან გამომდინარე, გამსხვივებელი ითვლება მესაკუთრედ, თუ იგი ასეთად არის რეგისტრირებული საჯარო რეესტრში. ყურადღება უნდა გამახვილდეს ერთ მნიშვნელოვან

სიტყვაზე „შემძენზე“, ვინაიდან მოცემულ საქმეში უძრავი ნივთის შეძენასთან არ გვაქვს საქმე, აქ საქმე გვაქვს იპოთეკით დატვირთვაზე, რაც შეძენისაგან განსხვავებით, რელატიურ უფლებას წარმოადგენს, ამიტომ სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება არ არის მართებული.

მკითხველს ასევე დააინტერესებს ის გარემოება, რომ არცერთ ინსტანციას არ უმსჯელია იმ ფაქტზე, რომ მინდობილობა, რომელიც გაფორმებული იყო თითქოსდა სომხეთის ნოტარიუსის მიერ, არ იყო კანონმდებლობით დადგენილი წესით ლეგალიზებული<sup>7</sup> და იყო ყალბი, ამასთან ერთად შეიცავდა არსებით შეცდომებს, რომლებიც საჯარო რეესტრის ეროვნულმა სააგენტომ ვერ შეამჩნია. ამასთან ერთად სააგენტომ დაუშვა შეცდომა, როდესაც „ყალბ დოკუმენტზე“ ნოტარიულად დამოწმებული ბეჭედი მიიჩნია როგორც ნამდვილი, ვინაიდან „ყალბი დოკუმენტი“ ნათარგმნი იყო სომხურიდან რუსულ ენაზე და შემდეგ ქართულზე, სწორედ თარგმანის სისწორე იყო დამოწმებული ნოტარიულად და არა ბინის ნამდვილი მესაკუთრის ნების გამოვლენა. საჯარო რეესტრი ძალიან დიდ შეცდომებს უშვებს სარეგისტრაციო წარმოებისას, ამას ადასტურებს სასამართლო დავები.

## დასკვნა

კვლევიდან ჩანს, რომ საკითხი ძალზედ აქტუალურია, ვინაიდან სასწორზე დგას სასამართლოს ორი სუბიექტის ინტერესი. ერთი მხრივ, კანონიერი მესაკუთრის ინტერესი, რომელიც უძრავი ნივთის მფლობელია და მეორე მხრივ, კერძო იპოთეკარების ინტერესები, რომლებმაც გარკვეული თანხის სანაცვლოდ უძრავი ნივთი დატვირთეს იპოთეკით.

ყურადღება უნდა გამახვილდეს იმ ფაქტზე, რომ სააპელაციო სასამართლო თავისი მსჯელობისას იპოთეკარებს უძრავი ნივთის შემძენებად მოიხსენიებს, რაც

ლაქო საქმეთა კოლეგიის 2017 წლის 30 ნოემბრის N2/15811-17 გადაწყვეტილება, გვ.4.

6 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 15 აპრილის გადაწყვეტილება N2ბ/298-18.

7 საქართველოს კანონი “სამოქალაქო აქტების შესახებ“, მ.3-„ლ“,მ“

არასწორი მიდგომაა, ვინაიდან იპოთეკა რელატიურ უფლებას წარმოადგენს აბსოლუტურისაგან განსხვავებით, და ამდენად, აღნიშნული ტიპის დავებში, სამართლიანი იქნება, თუ გაუქმდება იპოთეკა, რის შედეგადაც აღდგება კანონიერი მესაკუთრის დარღვეული უფლების ბალანსი.

არცერთი პალატა არ მსჯელობს საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს პასუხისმგებლობის საკითხზე, რაც მოცემულ შემთხვევაში აუცილებლად უნდა იყოს მსჯელობის საგანი, ვინაიდან უძრავ ნივთზე საკუთრების უფლების რეგისტრაცია მხოლოდ საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს კომპეტენციაა, ამასთან საზოგადოებას აქვს რეესტრის მიმართ მაღალი ნდობის სტანდარტი. ამდენად მიმაჩნია, რომ დოკუმენტის ნამდვილობის შემოწმება რეესტრის ვალდებულებაა, ამიტომაც იკვეთება მისი პასუხისმგებლობა. უნდა აღნიშნოს, რომ ქართული სასამართლო პრაქტიკა უკვე იცნობს საჯარო რეესტრის მიერ არაერთ ზიანის ანაზღაურების ფაქტს, რაც იმას ნიშნავს, რომ ადმინისტრაციული კოლეგია და მთლიანად ეროვნული სასამართლო თავიანთ გადაწყვეტილებებში

რეესტრს პასუხისმგებლობას აკისრებს.

შესაძლებელია ითქვას, რომ პრობლემის გადაჭრის გზა, საჯარო რეესტრის მიერ უძრავ ნივთებზე სპეციალური მონიშვნის სტანდარტის დანერგვა იქნება, რომლის დახმარებითაც მესაკუთრე შეძლებს გარკვეულ გაფრთხილებას მესამე პირებისთვის, რომ არ მოხდეს მათი შეცდომაში შეყვანა. შესაძლებელია „ზიანის ანაზღაურების ფონდის“ შემოღება. ასეთი ფონდი რუსეთის ფედერაციულ რესპუბლიკაში უკვე არსებობს. მისი დახმარებით შესაძლებელია კანონიერმა მესაკუთრემ დავის გარეშე მიიღოს ფულადი კომპენსაცია, მისი უძრავი ნივთის სრული მოცულობით.

კარგი იქნებოდა, სამოქალაქო კოდექსში შევიდეს ცვლილება, რის მიხედვითაც საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლი ჩამოყალიბდებოდა 187-ე მუხლის შინაარსით, კერძოდ, იპოთეკარს და უძრავი ნივთის შემძენს დაევალებოდა უძრავი ნივთის შემოწმების ვალდებულება, არა მხოლოდ საჯარო რეესტრში, არამედ ადგილზე შემოწმებით, რაც ხელს შეუწყობდა მათი ინტერესების და კანონიერი მესაკუთრის ინტერესების თანაბარ დაცვას.

#### ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2017 წლის 17 ოქტომბრის გადაწყვეტილება N3/4/550 საქართველოს მოქალაქე ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2019 წლის 4 ოქტომბრის N ას-729-2019 გადაწყვეტილება.
3. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატა, განჩინება ადმინისტრაციულ საქმეზე N 3/ბ104-20, 7 აგვისტო 2020 წელი.
4. თბილისის საქალაქო სასამართლოს განაჩენი, N1/630-17. 31 მაისი, 2017 წელი, გვ.2.
5. თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2017 წლის 30 ნოემბრის N 2/15811-17 გადაწყვეტილება, გვ.4.
6. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2019 წლის 15 აპრილის N 2ბ/298-18.
7. საქართველოს კანონი „სამოქალაქო აქტების შესახებ“, მუხლი 3. პუნქტი: „ლ“ „მ“.

# GAINING POSSESSION OF ANOTHER'S REAL ESTATE THROUGH CRIMINAL WAYS (Overview of Specific Court Decisions)

Nikoloz Pkhaladze

*PHD Candidate in Law at Caucasus International  
University*

KEYWORDS: Real estate, Registry, Crime

## ABSTRACT

The research shows that the issue is very relevant, as the interests of two subjects of law are at stake. On the one hand the interest of the rightful owner who owns the real estate and on the other hand the interests of the private mortgagors who have mortgaged the real estate in exchange for a certain amount.

Attention should be drawn to the fact that the Court of Appeals, in its reasoning, refers to mortgagors as the acquisition of immovable property, which is a wrong approach, since mortgages are a relative right as opposed to an absolute one, and thus in these types of disputes, it would be fair to cancel a mortgage.

None of the chambers discusses the responsibility of the National Agency of Public Registry, which in this case should be the subject of discussion, since the registration of ownership of real estate is the competence of the National Agency of Public Registry, however, the public has a high standard of trust in the registry. It is the responsibility of the Registry, therefore it is its responsibility, it should be noted that the Georgian court practice is already aware of the fact that the Public Registry has compensated a number of damages, which means that the Administrative Board and the National Court as a whole impose

responsibility on the Registry in their decisions.

It can be said that the solution to the problem will be the introduction of a special marking standard on real estate by the public registry, with the help of which the owner will be able to give some warning to third parties not to mislead them. It is possible to introduce a "Compensation Fund" which already exists in the Federal Republic of Russia, with the help of this fund it is possible without a dispute, the rightful owner

will receive monetary compensation in full for his real estate.

It would be good to amend the Civil Code, according to which Article 185 of the Civil Code of Georgia would be drafted with the content of Article 187, in particular, the mortgagee and the purchaser of real estate would be obliged to inspect the real estate, not only in the public register, but also on the spot. Equal protection of the interests of the owner.

#### BIBLIOGRAPHY:

1. Decision N3 / 4/550 of the Plenum of the Constitutional Court of Georgia of 17 October 2017 against Nodar Dvali, a citizen of Georgia, against the Parliament of Georgia. (In Georgian)
2. Decision of the Civil Cases Board of the Supreme Court of Georgia of October 4, 2019 NAS-729-2019. (In Georgian)
3. Chamber of Administrative Cases of the Tbilisi Court of Appeal, Ruling on Administrative Office No. 3 / B104-20, 7 August 2020. (In Georgian)
4. Judgment of Tbilisi City Court., N1 / 630-17., 31 May 2017, p.2. (In Georgian)
5. Decision N 2 / 15811-17 of the Civil Cases Panel of the Tbilisi City Court of November 30, 2017, p.4. (In Georgian)
6. Tbilisi Court of Appeal, April 15, 2019 N 2b / 298-18. (In Georgian)
7. Law of Georgia on Civil Acts, art. 3. „l“ „m“. (In Georgian)

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ  
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: [www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)  
ელ. ფოსტა: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)  
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141  
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 99) 952 024

---

The online version of the journal is available on the website:  
[www.lawandworld.ge](http://www.lawandworld.ge)  
E-mail: [info@lawandworld.ge](mailto:info@lawandworld.ge)  
Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141  
Phone: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 99) 952 024