

დავის ალტერნატიული
გადაწყვეტა



ALTERNATIVE DISPUTE
RESOLUTION

წელიწდული
Yearbook

2015

გ ე ზ ო ნ დ ე უ ზ ო

2015

IVANE JAVAKHISHVILI TBILISI STATE UNIVERSITY
NATIONAL CENTER FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Alternative Dispute Resolution

Yearbook

2015

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წელწიეულ

2015



უნივერსიტეტის
გამომცემლობა

მთავარი რედაქტორი

ირაკლი ბურდული (პროფ., თსუ)

Chief Editor

Irakli Burduli (Prof., TSU)

სარედაქციოკოლეგია:

ქეთრინ გ. ბარნეტი (პროფ., სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა)

ჯეიმს ჯ. ალფინი (პროფ., სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლა)

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

გიორგი ცერცვაძე (ასოც. პროფ., თსუ)

ნათია ჩიტაშვილი (ასისტ. პროფ., თსუ)

ლევან ჯანაშია (ასისტ. პროფ., თსუ)

Editorial Board:

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

James J. Alfini (Prof., South Texas College of Law)

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

Giorgi Tsertsvadze (Assoc. Prof., TSU)

Natia Chitashvili (Assis. Prof., TSU)

Levan Janashia (Assis. Prof., TSU)

პასუხისმგებელი რედაქტორი

ნათია ჩიტაშვილი

Responsible Editor

Natia Chitashvili

ნელინდელის გამოცემა ამერიკელი ხალხის გულისხმიერების შედეგად და ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) მხარდაჭერით გახდა შესაძლებელი.

ჟურნალში გამოთქმული შეხედულებები ეკუთვნის ავტორებს და შესაძლოა, არ გამოხატავდეს USAID-ისა და აშშ-ის მთავრობის შეხედულებებს.

Publication of the yearbook is enabled by the generous support of the American people through the United States Agency for International Development (USAID).

The contents are the responsibility of the authors and do not necessarily reflect the views of USAID or the United States Government.

გამოცემულია ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საუნივერსიტეტო საგამომცემლო საბჭოს გადაწყვეტილებით

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



მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობისა და სამართლებრივი გაძლიერების პროექტი



© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საგამომცემლო, 2015

ISSN 1987-9199

სარჩევნი

ქეთევან ირემაშვილი

გამონწვევები კოლექტიური შრომითი

დავების მედიატორებისთვის7

Ketevan Iremashvili

Challenges for the Mediators of Collective Labor Disputes 17

რუსუდან თვაური

კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის

სტანდარტი მედიაციის პროცესში 25

Rusudan Tvauri

Standard of Binding by Confidentiality

Principle in Mediation Process42

პაატა კოპალეიშვილი

საზღვაო დავაზე მიღებული უცხო ქვეყნის

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულების

პრობლემები საქართველოში56

Paata Kopaleishvili

Problems of Recognition and Enforcement of Foreign

Arbitration Awards made on Maritime Dispute in Georgia75

ოთარ მანაიძე

საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის

ღონისძიების სახეები ქართულ კანონმდებლობაში90

Otar Machaidze

Types of Provisional Measures in

Arbitration Under the Georgian Legislation 105

ლევან ჯორჯოლიანი

მედიაციის განვითარება და შედარებითი სამართალი 117

Levan Zhorzholiani

Development of Mediation and Comparative Law 122

თამარ ქალიძე

ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერება

მედიაციაზე შეთანხმებით 126

Tamar Chalidze

Suspension of Limitation Period by an Agreement to Mediat 156

გამოწვევები კოლექტიური შრომითი დავების მედიატორებისთვის

ცხენი შეიძლება მიიყვანო მდინარესთან,
მაგრამ ვერ აიძულებ – წყალი დალიოს.

წინამდებარე სტატია ეხმიანება მედიატორის საქმიანობის გამომწვევებს კოლექტიურ შრომით დავებზე მუშაობისას. ავტორის მიზანია, საკუთარი ხედვა და მოსაზრებები გაუზიაროს კოლეგებს. საქართველოში მედიაციის, როგორც დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მექანიზმის, განვითარების სანყისი ეტაპისა და, მით უფრო, კოლექტიურ შრომით დავებზე არსებული მწირი პრაქტიკის გათვალისწინებით, ავტორი პრობლემური საკითხების სახით უფრო მეტად აყალიბებს კითხვებს, ვიდრე დასკვნებს. კოლექტიურ შრომით დავებზე მომუშავე მედიატორის გამომწვევების შესწავლას ავტორი საქართველოს შრომის კოდექსში გათვალისწინებული რეგულაციების მედიაციის კლასიკურ პრინციპებთან მიმართების განსაზღვრით ცდილობს. პრობლემების გაშუქების ასეთი რაკურსის არჩევისას ავტორს ამოძრავებს სურვილი, მედიაციის ფორმებისა და სახეების მიუხედავად, ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ჩამოყალიბდეს მედიაციის ერთიანი პრინციპები და ღირებულებები. აღნიშნული მიზნის განსაკუთრებულ აქტუალობას, ავტორის აზრით, საქართველოში მედიაციისა და მედიატორის პროფესიული რეგულირების საკანონმდებლო მოწესრიგების სიმწირე განაპირობებს. ასეთ საკანონმდებლო ვაკუუმში, ავტორის ხედვით, მედიატორის ცალკეულ ნაბიჯს შესაძლოა გადამწყვეტი მნიშვნელობა მიენიჭოს. სწორედ ამიტომ წარმოდგენილ სტატიაში ავტორი ყურადღებით აანალიზებს კოლექტიურ შრომით დავებზე მედიატორის წინაშე მდგარ ისეთ გამომწვევებს, როგორებიცაა: ნებაყოფლობითობის, კონფიდენციალურობის, მხარეების მიერ გადაწყვეტილების მიღების, ალტერნატივების შეუზღუდაობისა და მიუკერძოებლობის პრინციპები; დავაში მონაწილე პირთა სიმრავლე, მოთხოვნების ფართო წრე, გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლებების გამოყენება, მომეტებული საზოგადოებრივი ინტერესი/-მედიასთან ურთიერთობა.

საკვანძო სიტყვები: კოლექტიური შრომითი დავა, მედიაცია, ნებაყოფლობითობა, კონფიდენციალურობა, მხარეების მიერ გადაწყვეტილების მიღება, ალტერნატივების შეუზღუდაობა, მიუკერძოებლობა, დავაში მონაწილე პირთა სიმრავლე, მოთხოვნების ფართო წრე, გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლებების გამოყენება, მომეტებული საზოგადოებრივი ინტერესი/მედიასთან ურთიერთობა, დავის არსში ჩარევა.

1. შესავალი

მედიაციის პროცესი მოდავე მხარეებს შორის კონსენსუსის მიღწევას ისახავს მიზნად. მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის არატრადიციული მექანიზმი, მის მონაწილეთაგან განსაკუთრებული ტიპის ჩართულობასა და ძალისხმევას მოითხოვს. ეს შეეხება როგორც პროცე-

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, საქართველოს რკინიგზის საქმეზე კოლექტიური შრომითი დავის მედიატორი, 2014 წელი.

სის წარმართველს, ისე მხარეებსა და მათ წარმომადგენლებს. თუმცა, პროცესის მართვის ფუნქციის გათვალისწინებით, გადამწყვეტ როლს მედიატორი ასრულებს.

მედიატორის ფუნქცია, ერთი შეხედვით, ადვილად აღსაქმელია. ნეიტრალური და მიუკერძოებელი მესამე პირი მხარეებს დავის გადანყვეტაში ეხმარება. მისი პროფესიული სტატუსის განმსაზღვრელი უმთავრესი ნიშანი გადანყვეტილების მიღების უფლებამოსილების არქონაა. მიუხედავად ამისა, არსებობს არაერთი კითხვა, რომლებიც მედიატორის საქმიანობას უკავშირდება. კითხვები განსაკუთრებულად აქტუალურია იმ მართლწესრიგისთვის, სადაც მედიატორი განვითარების საწყის ეტაპს გადის.

წინამდებარე სტატია მედიატორის საქმიანობასთან დაკავშირებულ პრობლემურ საკითხებს კოლექტიური შრომითი დავების მაგალითზე განიხილავს.¹ კერძოდ, სტატია სწავლობს საქართველოს შრომის კოდექსის (სშკ) მომწესრიგებელი ნორმების მიმართებას მედიატორის ფუნქციონირების პრინციპებთან. ასეთი მსჯელობის მიზანია არსებული პრობლემების მედიატორის თვალთახედვიდან წარმოჩენა. სტატიაში განსაკუთრებული ყურადღება ეთმობა მედიატორის მიუკერძოებლობისა და ალტერნატივების შეუზღუდაობის პრინციპის განმარტებას. კოლექტიური შრომითი დავების მედიატორის პროცესში მედიატორისათვის არსებული გამოწვევები სტატიაში გაანალიზებულია შრომითი დავის სპეციფიკისა და, ზოგადად, შრომის სამართლის მიზნის გათვალისწინებით. მხარეთა შორის არსებული ქვემდებარეობის² გარდა, სტატიაში განხილულია კოლექტიური შრომითი დავის სირთულის განმსაზღვრელი ისეთი დამატებითი ფაქტორები, როგორებიცაა: დავაში მონაწილე პირთა სიმრავლე, მოთხოვნების ფართო წრე, გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლებების გამოყენება, მომეტებული საზოგადოებრივი ინტერესი/მედიასთან ურთიერთობა.

საქართველოს შრომის კოდექსის 48¹-ე მუხლი კოლექტიური შრომითი დავების მედიატორის გზით განხილვის წესს განსაზღვრავს. შრომის კოდექსით შემოთავაზებული რეგულირებები არაერთ კითხვას აჩენს მედიატორის პროფესიულ სტატუსთან, მის დამოუკიდებლობასა თუ სხვა პრობლემურ საკითხთან დაკავშირებით. კოლექტიურ შრომით დავებზე მომუშავე მედიატორისთვის უპირველესი გამოწვევა სწორედ სშკ-ის ნორმათა ინტერპრეტაციაა.

გარდა ამისა, კოლექტიური შრომითი დავა მედიატორისთვის განსაკუთრებული სირთულით გამოირჩევა, მისი სამართლებრივი ბუნების გამო. როგორც ინდივიდუალურ შრომით დავაში, მედიატორი მუშაობს მხარეთა შორის არსებული უთანასწორობის პირობებში. კერძოდ, შრომის სამართალში დამკვიდრებული ქვემდებარეობა მედიატორის მიუკერძოებლობისთვის სერიოზული გამოცდაა; მეორე მხრივ, კოლექტიურ შრომით დავებში დასაქმებულის მხარე წარმოდგენილია მრავალრიცხოვანი სუბიექტით. აღნიშნული არანაკლები სირთულის გამომწვევაა მედიატორისთვის, რომელიც დავის გადანყვეტას მხარეთა შორის კომუნიკაციის გაუმჯობესებით ესწრაფვის.

წინამდებარე სტატია ეფუძნება კოლექტიურ შრომით დავებზე არსებულ მედიატორის უახლეს ქართულ პრაქტიკას. სტატია წამოჭრის პრობლემურ კითხვებს, რომელთა ანალიზიც აქტუალურია მედიატორთა ფართო წრისათვის.

2. დავა, როგორც კოლექტიური შრომითი მედიატორის საფუძველი

კოლექტიური შრომითი დავის მედიატორის საფუძველი კოლექტიური შრომითი დავაა. სშკ-ში მოცემულია როგორც ინდივიდუალური, ისე კოლექტიური შრომითი დავის განმარტებები. სშკ-ის 47-ე მუხლის I პუნქტის მიხედვით, დავა არის შრომითი ურთიერთობის დროს წარმოშობ-

¹ წინამდებარე სტატიაში განვითარებული მსჯელობა მნიშვნელოვნად გაამდიდრა შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის ექსპერტების – როჯერ ლეკურისა და ჟაკ ლესარის – კონსულტაციებმა.

² შველიძე ზ., საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული დასაქმებულის სამართლებრივი სტატუსის მახასიათებლები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული, I), თბ., 2011, 87 და შემდგომი.

ბილი უთანხმოება, რომლის გადაწყვეტაც შედის შრომითი ხელშეკრულების მხარეთა კანონიერ ინტერესებში. დავაში მონაწილე პირთა რაოდენობისა და დავის არსის გათვალისწინებით, ერთმანეთისგან იმიჯნება *ინდივიდუალური* და *კოლექტიური* შრომითი დავები. სშკ-ის 48¹-ე მუხლის I პუნქტის თანახმად, კოლექტიურ დავად ითვლება დავა დამსაქმებელსა და დასაქმებულთა ჯგუფს ან დამსაქმებელსა და დასაქმებულთა გაერთიანებას შორის. იმავე მუხლში კანონმდებელი მიუთითებს დავის გადაწყვეტის მექანიზმზე. კერძოდ, კოლექტიური შრომითი დავა უნდა გადაწყდეს მხარეთა შორის შემათანხმებელი პროცედურებით, რაც გულისხმობს დამსაქმებელსა და დასაქმებულთა ჯგუფს (სულ მცირე, 20 დასაქმებული) ან დამსაქმებელსა და დასაქმებულთა გაერთიანებას შორის პირდაპირი მოლაპარაკებების გამართვას ან მედიაციას ერთ-ერთი მხარის მიერ საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრისათვის (შემდგომ – მინისტრი) შესაბამისი წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის შემთხვევაში.

კოლექტიური შრომითი დავის წინაპირობების ანალიზისას მნიშვნელოვანია სშკ-ის იმ დანაწესის გათვალისწინება, რომელიც თავად შრომითი დავის წარმოშობის საფუძვლებს განსაზღვრავს. სშკ-ის 47-ე მუხლის III პუნქტის მიხედვით, შრომითი ურთიერთობის დროს დავის წარმოშობის საფუძველი შეიძლება იყოს: ა) საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დარღვევა; ბ) ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულების, ან კოლექტიური ხელშეკრულების, ან შრომის პირობების დარღვევა; გ) დასაქმებულსა და დამსაქმებელს შორის ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულების არსებით პირობებთან ან/და კოლექტიური ხელშეკრულების პირობებთან დაკავშირებული უთანხმოება. ზემოთ ჩამოთვლილი საფუძვლების ანალიზს განსაკუთრებული მნიშვნელობა შრომითი დავების კლასიფიკაციისას ენიჭება.

3. კოლექტიური შრომითი დავების კლასიფიკაცია

როგორც ინდივიდუალური, ისე კოლექტიური შრომითი დავები ერთმანეთისგან იმიჯნება დავის წარმოშობის საფუძვლის მიხედვით. სშკ-ის 47-ე მუხლის III პუნქტის ინტერპრეტაციის საფუძველზე, შრომითი დავები იყოფა: „უფლებებზე დაფუძნებულ“³ და „ინტერესზე დაფუძნებულ“⁴ დავებად. კერძოდ, ზემოთ მოყვანილი მუხლის „ა“ და „ბ“ ქვეპუნქტები უფლებებზე დაფუძნებულ დავებს შეეხება, „გ“ ქვეპუნქტი კი ინტერესზე დაფუძნებულს. ასეთი კლასიფიკაციის გათვალისწინება აუცილებელია მედიატორის სამოქმედო პრინციპების ჩამოსაყალიბებლად. განსხვავება შრომითი დავის საფუძვლებში განსაზღვრავს როგორც მედიატორის, ისე მხარეთა უფლებამოსილების ფარგლებს მედიაციის პროცესში. შრომითი დავის საფუძვლებს შორის არსებული განსხვავებები სტატიაში ალტერნატივების შეუზღუდაობისა და მედიატორის მიუკერძოებლობის პრობლემასთან კავშირშია განხილული.

4. კოლექტიური შრომითი დავების მედიაცია და მედიაციის კლასიკური პრინციპები

სშკ-ის კოლექტიური შრომითი დავების მედიაციის მომწესრიგებელი ნორმები მედიაციის კლასიკურ პრინციპებთან მიმართების განსაზღვრას მოითხოვს. ასეთი ანალიზი მედიატორის პროფესიული ეთიკის ერთიანი ჩარჩოს ფორმირების აუცილებლობითაა განპირობებული. ზემოთ მოყვანილ ნორმათა სიტყვასიტყვითი განმარტების შედეგად მედიაციის ფუძემდებლური პრინციპები ერთგვარად იზღუდება. სწორედ ამიტომ კოლექტიური შრომითი დავის მომწეს-

³ Rights Dispute.

⁴ Interests Dispute.

რიგებელი თითოეული დებულება ლოგიკური და გონივრული განმარტების მეთოდის გამოყენების საფუძველზე უნდა გაანალიზდეს.

4. 1. ნებაყოფლობითობა

ნებაყოფლობითობა მედიაციის ერთ-ერთი ფუძემდებლური პრინციპია. თუმცა მისი შეზღუდვა მედიაციის არაერთ მოდელს ახასიათებს. ამ თვალსაზრისით კოლექტიური შრომითი დავების მედიაციის მომწესრიგებელი ნორმები გამონაკლისი არ არის. ამავდროულად, გასათვალისწინებელია ნებაყოფლობითობის შეზღუდვის ხარისხი და მიზანი. სშკ-ის 48¹-ე მუხლის III პუნქტის მიხედვით, მოლაპარაკებების ნებისმიერ სტადიაზე შეთანხმების მისაღწევად მხარეს უფლება აქვს, წერილობით მიმართოს მინისტრს მედიაციის დაწყების მიზნით დავის მედიატორის დანიშვნის თაობაზე. წერილობითი შეტყობინება იმავე დღეს გადაეცემა დავის მეორე მხარესაც. მოყვანილი დანაწესი კოლექტიური შრომითი დავის ინიცირების სტანდარტულ წესს განსაზღვრავს. ასეთ შემთხვევაში გარკვეულად იზღუდება მეორე მხარის უფლება, ნებაყოფლობით მიიღოს მედიაციის პროცესში მონაწილეობა. გასათვალისწინებელია 48¹-ე მუხლის VI პუნქტში მოცემული დანაწესი, რომლის მიხედვითაც, მხარეები ვალდებული არიან, მონაწილეობა მიიღონ შემათანხმებელ პროცედურებში და დაესწრონ ამ მიზნით დავის მედიატორის მიერ გამართულ შეხვედრებს.

გაცილებით უფრო მაღალია ნებაყოფლობითობის შეზღუდვის ხარისხი სშკ-ის 48¹-ე მუხლის IV პუნქტში გათვალისწინებული შემთხვევის დროს. კერძოდ, დავის ნებისმიერ სტადიაზე მინისტრს უფლება აქვს, *მაღალი საზოგადოებრივი ინტერესის* არსებობის შემთხვევაში, მხარის წერილობითი მიმართვის გარეშე, საკუთარი ინიციატივით დანიშნოს დავის მედიატორი, რაც წერილობით უნდა ეცნობოს მხარეებს. იმავე მუხლის V პუნქტი აგრძელებს ამგვარი ლოგიკის ხაზს და ადგენს, რომ დავის ნებისმიერ სტადიაზე მინისტრს უფლება აქვს, მიიღოს გადაწყვეტილება შემათანხმებელი პროცედურების შეწყვეტის შესახებ.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, კოლექტიური შრომითი დავების მედიაცია არ არის ერთადერთი მოდელი, სადაც მხარეთა ნებაყოფლობითობა იზღუდება. ქართული მართლწესრიგის პირობებში მაგალითად სასამართლო მედიაცია შეიძლება დასახელდეს. სშკ-ის კოლექტიური შრომითი დავის მომწესრიგებელ ნორმებში ასახული შეზღუდვა მაღალი საზოგადოებრივი ინტერესის არსებობით შეიძლება აიხსნას და „გამართლდეს“ კიდევ. თუმცა, პრაქტიკული თვალსაზრისით, ასეთი დებულებების გამოყენება ერთგვარ ბარიერს ქმნის მედიაციის პროცესისადმი მხარეთა კეთილგანწყობის თვალსაზრისით.

მხარეთა განწყობა მედიატორის მიმართ სერიოზულ დაბრკოლებად შეიძლება იქცეს მედიაციის პროცესისათვის. მისი სტატუსის გათვალისწინებით, მედიატორს არანაირი „გავლენა“ არ გააჩნია მხარეებზე. ტრადიციულად, ნებაყოფლობითობა ერთ-ერთი უმთავრესი ინსტრუმენტია, რომლითაც მედიატორი პროცესში მხარეთა ჩართულობას უზრუნველყოფს. პროცესის ეფექტურად წარმართვისათვის მედიატორს უცილობლად ესაჭიროება მხარეებთან ცხადი და ერთაზროვანი კომუნიკაცია. სწორედ ასეთი კომუნიკაციით შეიძლება მხარის რეალური ინტერესის შეცნობა და მოლაპარაკების პროცესის სწორად დაგეგმვა. შესაბამისად, ნებისმიერი რეგულაცია, რომელიც მხარის ნებაყოფლობითობას გარკვეული ხარისხით მაინც ზღუდავს, მედიატორისათვის გამონწვევაა.

4. 2. კონფიდენციალობა

კონფიდენციალობის პრინციპის დაცვა მედიაციის პროცესის ერთ-ერთი უმთავრესი ღირებულებაა. ნებაყოფლობითობის პრინციპისგან განსხვავებით, კონფიდენციალობის შეზღუდვის თეორიულად დაშვებაც კი სერიოზული კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს მედიაციის ინსტიტუტის ეფექტურობას. სშკ-ის კოლექტიური შრომითი დავის მედიაციის მომწესრიგებელ ნორ-

მეზში, ერთი შეხედვით, დაცულია კონფიდენციალობა. 48¹-ე მუხლის IX პუნქტის მიხედვით, დავის მედიატორი ვალდებულია, არ გაამჟღავნოს ინფორმაცია ან დოკუმენტი, რომელიც მისთვის, როგორც დავის მედიატორისთვის, გახდა ცნობილი. პრობლემურია იმავე მუხლის VII პუნქტის განმარტება, რომლის თანახმადაც, მინისტრის მოთხოვნის შემთხვევაში, დავის მედიატორი ვალდებულია, გაუგზავნოს მას ანგარიში დავასთან დაკავშირებით. საგულისხმოა, რომ სშკ არ განსაზღვრავს მედიატორის ანგარიშის რეკვიზიტებსა და ფორმას. შესაბამისად, მედიატორმა თავად უნდა განსაზღვროს ანგარიშის წარდგენისა და კონფიდენციალური ინფორმაციის დაცვის ვალდებულებების თანაბრად შესრულების სტანდარტი. მაგალითად, მედიატორის ანგარიში შეიძლება მოიცავდეს მითითებას ისეთ გარემოებებზე, როგორებიცაა: ერთობლივი და განცალკევებული შეხვედრების ჩატარების დრო და ადგილი; შეხვედრებზე წარმოდგენილ პირთა სტატუსი და ვინაობა; გაფიცვის შემთხვევაში მისი დანყებისა და შეწყვეტის დრო და ა.შ., თუმცა ყველა შემთხვევაში მინისტრისადმი მედიატორის ანგარიშვალდებულების ფაქტორი მხარეებს დამატებით ბარიერს უქმნის მედიატორისა და მედიაციის პროცესისადმი ნდობის ჩამოსაყალიბებლად.

თუმცა, როგორც ზემოთ ნებაყოფლობითობის პრინციპის ანალიზისას აღინიშნა, მედიაციის პროცესის ეფექტურობისათვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა შეიძლება ჰქონდეს მხარეთა განწყობას მედიატორისადმი. კონფიდენციალობის ვალდებულების კონტექსტში მხარის კეთილგანწყობა მის ნდობად გარდაიქმნება და კიდევ უფრო დიდი გამოწვევის წინაშე აყენებს მედიატორს. კონფიდენციალობის დაცვა მედიატორის ფიდუციური ვალდებულებაა.⁵ შესაბამისად, ის დიდი გულისხმიერებით უნდა მოეკიდოს ანგარიშის წერილობით ჩამოყალიბებასა და, იმავდროულად, მისი ანგარიშვალდებულების მხარეთათვის ინტერპრეტაციას.

4. 3. გადანყვეტილების მიღება მხარეების მიერ

გადანყვეტილების მიღება მხარეების მიერ მედიაციის პროცესის ერთ-ერთი უმთავრესი უპირატესობა და მისი არსის განმსაზღვრელი უპირველესი ნიშანია. სშკ-ის რეგულაციები საფრთხეს არ უქმნის მედიაციის პროცესში აღნიშნული პრინციპის რეალიზაციას. შეთანხმების შედეგად მხარეები დებენ კოლექტიურ შრომით ხელშეკრულებას, ან ცვლილება შეაქვთ მასში. პრობლემები, უმეტესად, უკავშირდება ასეთი შეთანხმების შინაარსისა და მედიატორის კომპეტენციის ფარგლების განსაზღვრას. გადანყვეტილების მიმღები სუბიექტის განსაზღვრის თაობაზე სშკ საგამონაკლისო დათქმას არ ითვალისწინებს.

პრაქტიკული თვალთახედვიდან გამომდინარე, შესაძლოა დადგეს მხარეთა მიერ მიღებული გადანყვეტილების მედიატორისაგან „დამონმების“ მოთხოვნის პრობლემა. ეს, ისევე როგორც იურისტის კვალიფიკაციის მქონე მედიატორისგან იურიდიული კონსულტაციის (სამართლებრივი შეფასებების) მიღების სურვილი, ერთგვარად მხარეთა მოლოდინებს უკავშირდება მედიაციისა და მედიატორის მიმართ. პრაქტიკაში არაერთგვაროვნადაა შეფასებული მედიატორის მხრიდან მხარეთა შეთანხმებაზე ხელმოწერის საკითხი. საკამათოა ასეთი ხელმოწერის ფორმაც.

5. ალტერნატივების შეუზღუდაობა და მიუკერძოებლობა

ალტერნატივების შეუზღუდაობა და მიუკერძოებლობა წინამდებარე სტატიის მიზნებისათვის ურთიერთკავშირში განიხილება. შრომით დავებზე მედიატორის მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებული პრობლემები, უპირველესად, შრომითი დავის არსითაა განპირობებული. კერძოდ, სტატიაში განვითარებულია მსჯელობა იმის თაობაზე, რომ, შრომის სამართლის დამცავი ფუნქციიდან გამომდინარე, სშკ-ის იმპერატიული ნორმების გათვალისწინებით, მნიშ-

⁵ *Garner B. (ed.), Black's Law Dictionary, 8th Edition, Thomson West, 2004, 1315.*

ვნელოვნად იზღუდება ალტერნატივების სიმრავლე მედიაციის პროცესში. უფრო სწორად რომ ითქვას, იზრდება მხარეთა მიერ შეთანხმებული პირობების შრომის კოდექსთან შესაბამისობის დადგენის საჭიროება. შესაბამისად, ჩნდება ასეთი ფუნქციით მედიატორის ალჭურვის თაობაზე კითხვა და საფრთხე ექმნება მედიატორის მიუკერძოებლობას. ამგვარი კითხვა განსაკუთრებით პრობლემურია იურისტის კვალიფიკაციის მქონე მედიატორებისთვის, რომელთაც, თავიანთი ცოდნის გათვალისწინებით, ხელწინფებით ასეთი ფუნქციის შესრულება. თუმცა მათ შესაძლებლობასა და სურვილს შორის იქმნება კონფლიქტი, რომელსაც მედიაციის პროცესში მედიატორის როლის რეგლამენტაცია განაპირობებს.

5.1. სშკ-ის იმპერატიული ნორმები

კოლექტიურ შრომით დავებზე მედიატორის უფლება-მოვალეობების ფარგლების განსაზღვრისას გასათვალისწინებელია საქართველოს შრომის კოდექსის იმპერატიული დათქმების მნიშვნელობა. კერძოდ, სშკ-ის 1-ლი მუხლის III პუნქტის თანახმად, შრომითი ხელშეკრულებით არ შეიძლება განისაზღვროს ამ კანონით გათვალისწინებული განსხვავებული ნორმები, რომლებიც აუარესებს დასაქმებულის მდგომარეობას. საგულისხმოა სშკ-ის მე-6 მუხლის X პუნქტში მოცემული რეგულირებაც, რომლის მიხედვითაც, ბათილია ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულების ან ამ მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული დოკუმენტის ის პირობა, რომელიც ეწინააღმდეგება ამ კანონს ან იმავე დასაქმებულთან დადებულ კოლექტიურ ხელშეკრულებას, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულება აუმჯობესებს დასაქმებულის მდგომარეობას. სშკ-ის მე-13 მუხლის IV პუნქტის მიხედვით, ბათილია შრომის შინაგანანგის ის დებულება, რომელიც ეწინააღმდეგება ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებას ან კოლექტიურ ხელშეკრულებას, ან ამ კანონს. მნიშვნელოვანია სშკ-ის 43-ე მუხლის IX პუნქტის გათვალისწინებაც, რომლის მიხედვითაც ბათილია კოლექტიური ხელშეკრულების ის პირობა, რომელიც ეწინააღმდეგება ამ კანონს.

აღნიშნული დებულებების გათვალისწინება, მათი იმპერატიული ხასიათიდან გამომდინარე, უპირობოდ მნიშვნელოვანია. აქტუალურია მათი მიმართების განსაზღვრა მედიაციის პროცესთან, რამდენადაც მედიაციის პროცესის შედეგი მოდავე მხარეთა შორის შეთანხმების მიღწევას ისახავს მიზნად. პრობლემურია იმის დადგენა, რამდენად ვრცელდება სშკ-ის სტანდარტების დაცვის ვალდებულება მედიატორზე. ამ კითხვაზე პასუხის გაცემა საფუძვლიან ანალიზს მოითხოვს. მაგალითად, სავალდებულო სასამართლო მედიაციის დროს მხარეთა შორის მიღწეული შეთანხმების ტექსტი საბოლოოდ მოსამართლის ხელში ხვდება. ასეთ შემთხვევებში სწორედ მოსამართლე განიხილება შეთანხმების კანონიერების გარანტიად. კოლექტიურ შრომით დავებზე მედიაციისას კონტროლის ასეთი ინსტანცია არ არსებობს. ამიტომ ამ შემთხვევაში მედიატორის როლი შეთანხმების კანონიერების უზრუნველყოფის თვალსაზრისით კრიტიკულ მნიშვნელობას იძენს.

აღნიშნულ კითხვაზე პასუხის ჩამოყალიბებისას უმთავრეს არგუმენტად მედიატორის როლი განიხილება. კლასიკური გაგებით, მედიატორი წარმოდგება მხოლოდ პროცესის, და არა ფაქტობრივი გარემოებების, ექსპერტად. შესაბამისად, მხარეთა შორის მიღწეული შეთანხმების კანონთან შესაბამისობის დადგენა (შემოწმება) ცალსახად სცდება მედიატორის უფლება-მოვალეობების ფარგლებს. ასეთი ვალდებულების მედიატორისთვის დაკისრება გაართულებდა დავის განხილვის პროცედურას და დააკნინებდა მედიაციის, როგორც ინსტიტუტის, უმთავრეს ღირებულებას.

მეორე მხრივ, გასათვალისწინებელია მედიატორის ფუნქციათა შეზღუდვის პრაქტიკული შედეგები. სშკ-ის იმპერატიული ნორმების საწინააღმდეგოდ დადებული შეთანხმებები, მათი შედეგის გათვალისწინებით, უპირველესად, მხარეებს აზიანებს. აზრს მოკლებული არ უნდა იყოს იმის აღნიშვნაც, რომ იურისტის კვალიფიკაციის მქონე მედიატორები ამ შემთხვევაში უფრო რთული გამონვევის წინაშე დგანან. ამიტომ მნიშვნელოვანია, ერთი მხრივ, მოდავე მხა-

რეთა მოლოდინების სწორად ფორმირება. კერძოდ, მხარეებს გააზრებული უნდა ჰქონდეთ, რომ მედიატორი არ გასწევს იურიდიულ მომსახურებას მედიაციის პროცესში. ეს განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანია ისეთ პირობებში, სადაც კოლექტიური შრომითი დავების „სუსტი“ მხარეები ადვოკატის გარეშე მონაწილეობენ მედიაციის პროცესში; მეორე მხრივ, სამართლებრივი შეფასებების უფლებამოსილების არმქონე იურისტ მედიატორს შეუძლია მიაწინოს მხარეს იურიდიული კონსულტაციის გადაუდებელ საჭიროებაზე. საბოლოოდ, შრომის კანონმდებლობით დადგენილი სტანდარტების დაცვა მედიაციის პროცესში ადვოკატების ვალდებულებაა.

5.2. დავის არსში „ჩარევა“ და მისი ფორმები

მედიაციის ტრადიციული ამერიკული სკოლა მედიატორის მხრიდან დავის არსში ჩარევას გაუმართლებლად მიიჩნევს. მედიატორი ითვლება პროცესის, და არა საქმის, ექსპერტად. ასეთი მიდგომა მედიატორის მიუკერძოებლობისა და მედიაციის პროცესის მიმართ ნდობის უზრუნველყოფის საჭიროებითაა გამართლებული. თუმცა საერთაშორისო პრაქტიკა მედიატორის მხრიდან შინაარსში ჩარევის მაგალითებსაც იცნობს. კერძოდ, მედიაციის კანადური სკოლა კოლექტიურ შრომით დავებზე მედიაციისას „ჩარევას“ არა მხოლოდ დასაშვებად, არამედ, ცალკეულ შემთხვევაში, აუცილებლადაც მიიჩნევს. ამ ფორმულირების გააზრებისას მნიშვნელოვანია „ჩარევის“ არსისა და მისი მიზნის სწორად განსაზღვრა. ყველა შემთხვევაში, „ჩარევის“ პრინციპი მედიაციის პროცესისა და მხარეთა ინტერესების სასარგებლოდ უნდა განიმართოს.

ერთმანეთისგან განასხვავებენ მედიატორის ჩარევის სახეებს. მედიაციის პროცესსა და დავის არსში ჩარევის გარდა, პროფესიონალი მედიატორები საუბრობენ მხარეთა შორის ურთიერთობებში ჩარევაზეც. მედიაციის პროცესში „ჩარევა“ მის მართვას გულისხმობს. შესაბამისად, ეს მედიატორის არა უფლება, არამედ ვალდებულებაა. ამ თვალსაზრისით პროცესთან მიმართებით ტერმინ „ჩარევის“ გამოყენება უმართებულოა. დავის არსში ჩარევის აუცილებლობა ყველაზე მეტად კოლექტიური შრომითი დავების მედიაციისას ჩნდება. ასეთი ჩარევის წინაპირობაა სშკ-ის ზემოთ განხილული იმპერატიული დანაწესები.

გარდა ამისა, მედიატორის ჩარევის აუცილებლობა ე.წ. „ჩიხური“ მდგომარეობისას ჩნდება. ასეთ დროს დავის არსში შესვლა გულისხმობს მედიატორის მიერ ცალკეული გადაწყვეტილების შეთავაზებას, მაგრამ არა მიღებას. როგორც წესი, ასეთი შემთავაზებები პირდაპირ არ აისახება მხარეთა შეთანხმებაში, თუმცა მათ მედიაციის პროცესში საჭირო დროს საჭირო მუხტის შემოტანა შეუძლიათ. კერძოდ, მედიატორის მხრიდან ცალკეული ალტერნატივის გაჟღერება მხარეთა „გამოფხიზლებასა“ და გააქტიურებას იწვევს. ფაქტობრივად, ეს არის მეთოდი, რომელსაც მედიატორი მხარის მიერ ალტერნატივების ძიების სტიმულირებისთვის იყენებს.

დავის არსში ჩარევისას მნიშვნელოვანია მედიატორის მხრიდან სწორი მეთოდისა და სწორი დროის შერჩევა. ასეთი ჩარევა შეიძლება გამოიხატოს „ჩაკითხვით“⁶. აღნიშნული მეთოდის გამოყენებისას მედიატორი მხარეთა შეთანხმების კანონიერებას თვითონ კი არ აფასებს, არამედ მხარეებს უბიძგებს, თავად შეაფასონ საკუთარი ქმედების რისკები. მედიატორის მიუკერძოებლობის დასაცავად, სასურველია, ასეთი ტექტიკა გამოყენებულ იქნეს მხარესთან კერძო საუბარში ალტერნატივების შემოწმების⁷ ან სხვა სტადიის მსვლელობისას. საინტერესო მოსაზრების განვითარებაა შესაძლებელი დავის არსში „ჩარევის“ მედიატორის (მედიაციის პროცესის) ღირებულებებთან კავშირის თაობაზე. კერძოდ, მედიატორის (მედიაციის პროცესის) ერთ-ერთი უმთავრესი ღირებულებაა დავის გადაწყვეტის მაქსიმალურად მეტი ალტერნატი-

⁶ უმთავრესად კერძო საუბარში.

⁷ Reality Testing.

ვის განხილვის უზრუნველყოფა. მედიატორი ვალდებულია, მისი შემოქმედებითი ხედვა და პროფესიული უნარები გამოიყენოს დავის არატრადიციული და ორივე მხარისთვის მისაღები გადაწყვეტილების მისაგნებად, რისთვისაც „ჩარევა,“ ცალკეულ შემთხვევაში, აუცილებელია.

ასეთი მსჯელობის განვითარებისას მედიატორის (მედიაციის პროცესის) ზემოთ დასახელებული ღირებულება შესაძლებელია, როგორც ფიშერისა და უილიამ არის სტრატეგიის ოთხი ოქროს წესიდან ერთ-ერთს დაუკავშირდეს,⁸ კერძოდ: *ორმხრივად სასარგებლო ალტერნატივების ძიება Getting to Yes*-ის სტრატეგიაში წარმოდგენილ ინტერესზე დაფუძნებული მოლაპარაკების ერთ-ერთი სახელმძღვანელო პრინციპია. შესაბამისად, ის შეიძლება, ზემოთ აღნიშნული მოსაზრების სასარგებლო არგუმენტად გამოდგეს.

6. სირთულის განმსაზღვრელი დამატებითი ფაქტორები

6.1. დავაში მონაწილე პირთა სიმრავლე

კოლექტიური შრომითი ურთიერთობების სპეციფიკა იმითაც გამოიხატება, რომ მედიაციის მაგიდასთან წარმოდგენილია დასაქმებულების მრავალრიცხოვანი შემადგენლობა. შესაბამისად, უმეტეს შემთხვევაში, მედიატორს არა აქვს პირდაპირი წვდომა უშუალოდ დასაქმებულებთან ან ყველა დასაქმებულთან. პირდაპირი კომუნიკაცია მედიაციის პროცესში განუზომლად დიდ როლს ასრულებს. ასეთ შემთხვევაში მედიატორმა ყურადღებითა და სიფრთხილით უნდა შეისწავლოს დასაქმებულთა ინტერესები, წარმოდგენილ და წარმომადგენელ პირთა შორის არსებული კომუნიკაციის ეფექტურობა.

მედიატორის მხრიდან წარმოდგენილ და წარმომადგენელ პირთა შორის არსებული კომუნიკაციის გამჭვირვალობის კითხვის ნიშნის ქვეშ დაყენება მხარეების მიერ პრობლემურად შეიძლება იქნეს აღქმული.

ერთი მხრივ, გონივრული და საფუძვლიანი ეჭვის არსებობისას მხოლოდ და მხოლოდ მხარეთა ნამდვილი ინტერესის გამოვლენის მიზნით მედიატორს შეუძლია, მხარესთან ინდივიდუალურ საუბრებში იკვლიოს კომუნიკაციის მსგავსი პრობლემები.

მეორე მხრივ, შეიძლება, მედიატორის ასეთი ქცევა აღქმულ იქნეს ურთიერთობებში უმართებულო ჩარევად და პრობლემის გაღრმავებად. მედიატორი ახლახან შემოდის ურთიერთობაში დამსაქმებელსა (მათ შორის გაერთიანებას) და დასაქმებულს შორის, რომელიც წლებია არსებობს და, შესაბამისად, პრობლემებსაც მოიცავს. შესაბამისად, მედიატორს დიდი სიფრთხილე მართებს მხარეთა შორის არსებული ურთიერთობების შესწავლისა და მათი ინტერესების გამოვლენის პროცესში.

6.2. მოთხოვნების ფართო წრე

მედიატორი უნდა ფლობდეს დავაში არსებული პრობლემური საკითხების სისტემატიზაციის უნარს. ამ საკითხების კლასიფიკაცია შეიძლება მათი სირთულის მიხედვით. აღნიშნული საკითხის შესახებ არაერთგვაროვანი მოსაზრებები არსებობს: ერთი მხრივ, შედარებით მარტივი საკითხის განხილვით დაწყება მართებულად შეიძლება ჩაითვალოს მხარეთა შორის „პატარ-პატარა“ ეტაპობრივი შეთანხმებების მიღწევის სტიმულირების თვალსაზრისით; მეორე მხრივ, თუ ყველაზე რთული და გადამწყვეტი პრობლემის განხილვა დროში გაიწელება, შეიძლება, მხარეთა ინტერესი და მზაობა მოლაპარაკების პროცესის მიმართ მნიშვნელოვნად შესუსტდეს. ამიტომ სადავო საკითხების სისტემატიზაცია და განხილვის რიგითობა თითოეული დავის მაგალითზე მხარეებთან შეთანხმებით, დავის სპეციფიკის მიხედვით, უნდა განისაზღვროს.

⁸ Fisher R., Ury W., *Getting to Yes/Negotiating Agreement Without Giving In*, 2nd Edition, 1991, 56-80.

განსახილველი სადავო საკითხები იმის მიხედვითაც განსხვავდება ერთმანეთისგან, ინტერესები ფულადია⁹ თუ არაფულადი.¹⁰ შრომით დავებში არაფულადი ინტერესები ნაკლებად ჭარბობს. თავის მხრივ, ფულადი ინტერესები კი მხოლოდ ხელფასით არ შემოიფარგლება, მაგალითად, შვებულების დღეების რაოდენობა, რაც არაპირდაპირ გამოხატავს ფულად ინტერესს.

მედიატორმა ეფექტურად უნდა გამოიყენოს მოდავე მხარეთა საერთო ინტერესები. კოლექტიური შრომითი დავების შემთხვევაში ასეთად განიხილება, მაგალითად, კომპანიის ზრდის ინტერესი. ცხადია, ხარისხიანი პროდუქციის წარმოება და მის კვალობაზე კომპანიის მოგების ზრდა კეთილსინდისიერი დამსაქმებლისა და დასაქმებულის ერთობლივ ამოცანად წარმოდგება. დავა უმთავრესად წარმოიშობა მოგების განაწილების პოლიტიკის განსაზღვრისას (და მისი პრიორიტეტების – ინვესტიცია, ხელფასები, კომპანიის განვითარება).

6.3. გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლებების გამოყენება

კოლექტიურ შრომით დავებზე მედიაციისას გასათვალისწინებელია მხარეების მიერ გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლებების გამოყენების შესაძლებლობა. სშკ-ის 49-ე მუხლი იძლევა გაფიცვისა და ლოკაუტის განსაზღვრებებს. კერძოდ, სშკ-ის 49-ე მუხლის I პუნქტის მიხედვით, გაფიცვა არის დავის შემთხვევაში დასაქმებულის დროებითი ნებაყოფლობითი უარი შრომითი ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების *მოლიანად ან ნაწილობრივ* შესრულებაზე.

სშკ-ის 49-ე მუხლის II პუნქტის მიხედვით, ლოკაუტი განიშარტება როგორც დავის შემთხვევაში დამსაქმებლის დროებითი ნებაყოფლობითი უარი შრომითი ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ვალდებულებების *მოლიანად ან ნაწილობრივ* შესრულებაზე. მნიშვნელოვანია, რომ სშკ კოლექტიურ შრომით დავებზე გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლების წარმოშობას სპეციალურ წინაპირობას უკავშირებს. კერძოდ, 49-ე მუხლის III პუნქტის მიხედვით, კოლექტიური დავის დროს გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლება წარმოიშობა ამ კანონის 48¹-ე მუხლის III პუნქტის შესაბამისად, მინისტრისათვის წერილობითი შეტყობინების გაგზავნიდან, ან, 48¹-ე მუხლის IV პუნქტის შესაბამისად, მინისტრის მიერ საკუთარი ინიციატივით დავის მედიატორის დანიშვნიდან 21 კალენდარული დღის გასვლისთანავე.

მედიაციის პროცესში გაფიცვისა და ლოკაუტის უფლების გამოყენების შესაძლებლობა მხარეების მიერ ერთგვარი მანიპულირების საგნად განიხილება. მედიატორი განსაკუთრებული ყურადღებით უნდა მოეკიდოს ასეთ მანიპულირებას: კერძო თუ ერთობლივ საუბარში მხარეთა გაფრთხილებებს ამ უფლებების გამოყენების თაობაზე. მედიატორის მიერ ასეთი „მუქარების“ სწორი მართვით ალტერნატივების რაციონალიზაცია და მხარეთა დათმობების სტიმულირება მიიღწევა.

მნიშვნელოვანია სშკ-ის დანაწესი, რომლის თანახმადაც, გაფიცვის ან ლოკაუტის დროს მხარეები ვალდებულნი არიან, განაგრძონ შემათანხმებელი პროცედურები (სშკ-ის 49-ე მუხლის VI პუნქტი). მედიატორისთვის განსაკუთრებული გამონწვევაა მიმდინარე გაფიცვისა და ლოკაუტის პირობებში მედიაციის პროცესის მართვა. ასეთ ვითარებაში განსაკუთრებით რთული მედიატორის მხრიდან მიუკერძოებლობის უზრუნველყოფაა. პრაქტიკული თვალსაზრისით, გაფიცვის ან ლოკაუტის ინიციატორი მხარე უფრო ინტენსიური ტიპის კომუნიკაციას საჭიროებს მედიატორის მხრიდან. კომუნიკაციის ფორმებიც შეიძლება განსხვავებული იყოს. სწორედ ამიტომ მედიატორმა უნდა უზრუნველყოს მხარეთა ინტერესების თანაბრად დაცვა და საკუთარი რეპუტაციის შენარჩუნება.

განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანია სშკ-ის 49-ე მუხლის VIII პუნქტის გათვალისწინება, რომლის მიხედვითაც გაფიცვის ან ლოკაუტის დროს დამსაქმებელი არ არის ვალდებული, მის-

⁹ Monetary.

¹⁰ Non-monetary.

ცეს დასაქმებულს შრომის ანაზღაურება. მოლაპარაკების სტრატეგიის შემუშავებისას, დათმობის ლიმიტის ფორმირების ეტაპზე, დასაქმებულის მხარემ საფუძვლიანად უნდა შეაფასოს მოყვანილი რეგულირების გავლენა საბოლოო შედეგზე.

6.4. მომეტებული საზოგადოებრივი ინტერესი/მედიასთან ურთიერთობა

კოლექტიურ შრომით დავებზე განსაკუთრებულად მომეტებულია საზოგადოებრივი ინტერესი. ასეთი დავებების მონაწილე მხარეები უმთავრესად მომსახურების სფეროში საქმიანობენ და მათ შორის არსებული შრომითი დავის შედეგად ზიანი არაერთ სუბიექტს ადგება. მედიატორმა განსაკუთრებული სიფრთხილე უნდა გამოიჩინოს მედიასთან ურთიერთობისას. ერთი მხრივ, მედიატორი მორალურად ვალდებულია, უპასუხოდ არ დატოვოს მისთვის დასმული კითხვები დავასთან დაკავშირებით. სწორედ მომეტებული საზოგადოებრივი ინტერესის არსებობა განაპირობებს მედიატორის ვალდებულებას, გაასაჯაროს დავასთან დაკავშირებული საკითხები. თუმცა ასეთი მისიის შესრულებისას, მედიატორის რეპუტაციის შენარჩუნების გათვალისწინებით, ორი უმთავრესი პრობლემა გასათვალისწინებელი.

უპირველესად, მედიატორმა განსაკუთრებული წინდახედულებით უნდა შეარჩიოს ინფორმაციის ის ნაწილი, რომლის გასაჯაროებასაც საჭიროდ მიიჩნევს. მედიატორმა ბენვის ხიდზე უნდა გაიაროს საზოგადოებრივი ინტერესის დაკმაყოფილებასა და კონფიდენციალური ინფორმაციის დაცვას შორის.

კონფიდენციალობის პრინციპის დაცვასთან ერთად მედიატორი მხარეთა შორის მიმდინარე მოლაპარაკების პროცესსაც უნდა გაუფრთხილდეს. ის მაქსიმალურად მოზომილი და შეფასებებისგან თავისუფალი უნდა იყოს პროცესთან დაკავშირებით განცხადებების გაკეთებისას. მედიატორის ნაადრევმა შეფასებებმა შეიძლება პირდაპირ ან არაპირდაპირ გავლენა მოახდინოს მედიაციის პროცესის მიმდინარეობაზე, უარეს შემთხვევაში კი, მედიატორისადმი ნდობაზე. საქმის ფაქტობრივ გარემოებებთან (კონფიდენციალური ინფორმაცია) ერთად გასაფრთხილებელია პროცესთან დაკავშირებული ინფორმაცია. ყოვლად მიუღებელია მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისა და მასში მხარეთა მონაწილეობის დეტალების გასაჯაროება მედიაციის მსვლელობის პროცესში. განსაკუთრებულად სარისკოა საჯარო განცხადებების გაკეთება გაფიცვის ან ლოკაუტის დროს: ასეთ ვითარებაში იზრდება როგორც საზოგადოების მოთხოვნა ინფორმაციაზე, ისე მედიატორის წინდახედულების საჭიროება.

7. დასკვნა

საბოლოოდ, კოლექტიური შრომითი დავებების მედიატორი სერიოზული გამოწვევის წინაშე დგას. მან თავად უნდა გააკეთოს არჩევანი სამოქმედო პრინციპებისა და პროფესიული ღირებულებების კონფლიქტის დროს. მედიატორის პროფესიული რეგულირების სიმწირის პირობებში ასეთი გადაწყვეტილებები მნიშვნელოვნად განსაზღვრავს ინსტიტუტის განვითარების მთავარ ტენდენციებს. სწორედ ამიტომ მედიატორის თითოეული ნაბიჯი თუ პროცესის მართვასთან დაკავშირებით მიღებული გადაწყვეტილება განსაკუთრებული სიფრთხილით უნდა შეფასდეს.

Challenges for the Mediators of Collective Labor Disputes

*You can take a horse to the river,
but you can't force it to drink the water.*

ABSTRACT. *The present article is related to the challenges faced by mediators when working on collective labor disputes. The goal of the author is to share her visions and opinions with her colleagues. With consideration of the initial stage of development of mediation, as alternative dispute resolution mechanism, in Georgia, and, moreover, scarce practice in the sphere of collective labor dispute, the author formulates questions, as problematic issues, rather than conclusions. The author tries to study the challenges of mediator, working on collective labor disputes in relation to classical principles of mediation, provided in the regulations of the Labor Code of Georgia. In choosing this aspect of examination of the problem, the author is driven by the desire to formulate uniform mediation principles and values in Georgian legal space, disregarding the forms and types of mediation. Special actuality of the mentioned goal, in the author's opinion is conditioned by the scarcity of legislative regulation of mediation and mediator's professional regulation in Georgia. In such informational vacuum, in the author's vision, mediator's single step may have decisive importance. For this reason, the author, in the present article, carefully analyses such challenges, faced by mediator in regard to collective labor disputes, as: voluntariness, confidentiality, decision-making by the parties, use of the right to strike and lockout, excessive public interest/ media relations.*

Key words: *Collective labor dispute, mediation, voluntariness, confidentiality, decision-making by parties, unlimitedness of alternatives, unbiasedness, multiplicity of parties to the dispute, wide circle of demands, use of the right to strike and lockout, excessive public interest/ media relations, interference in the essence of dispute.*

1. Introduction

The process of mediation aims at achievement of consensus between the disputing parties. Mediation, as a non-traditional method of dispute resolution, requires special involvement and efforts from its participants. It refers to the process manager, as well as the parties and their representatives. Nevertheless, with consideration of the function of process management, the mediator plays the decisive role.

At the first glance, the mediator's function is easy to perceive. Neutral and impartial third party helps the parties to resolve the dispute. The main sign, determining his/her professional status, is absence of decision-making authority. Nevertheless, there are questions, related to the mediator's activities. Questions are of particular current importance for those legal systems, where mediation is on its initial stage of development.

The present article considers problematic issues, related to the mediator's activities on the example of collective labor disputes.¹ In particular, the article studies the relation of the provisions of the Labor Code of Georgia (LCG) to fundamental principles of mediation. The purpose of such judgment is to show the

* Doctoral Student, TSU Faculty of Law; Mediator on Collective Labor Dispute on Georgian Railway Case, 2014.

¹ The Judgment, developed in this article, was significantly enriched by consultations with experts of International Labor Organization (ILO) – Roger Lecourt and Jacques Lessard.

existing problems from mediator's viewpoint. The article pays special attention to the definition of the principle of impartiality of mediator and unlimitedness of alternatives. The challenges, faced by the mediator in the process of mediation of collective labor disputes are analyzed in the article with consideration of the specificity of labor dispute and, in general, the purpose of the labor law. In addition to the subordination, existing among the parties², the article considers the aspects, conditioning the complexity of collective labor dispute like quantity of persons involved in the dispute, wide range of demands, the right to strikes and lockouts, excessive public interest/ media relations.

Article 48¹ of the Labor Code of Georgia determines the procedure of consideration of collective labor disputes through mediation. The regulations offered by the Labor Code give rise to the number of questions in relations to professional status of mediator, his/her independence and other problematic issues. Primary challenge for the mediator working with collective labor disputes is interpretation of LCG norms.

Besides, collective labor dispute is particularly complex for the mediator due to its legal nature. As in the case of individual labor dispute, mediator works in the situation of inequality, existing between the parties. In particular, subordination, established in labor law, represents serious test for the mediator's impartiality. On the other hand, the party of an employee is represented by big number of subjects in collective labor disputes. The above mentioned circumstance is equally complex challenge for the mediator, who strives to resolve the dispute through improvement of communication between the parties.

The present article is based on the latest Georgian practice in the sphere of collective labor disputes. The article gives rise to problematic issues, analysis of which is of current importance for wide circle of mediators.

2. Dispute, as the Basis of Collective Labor Mediation

The basis of mediation of collective labor dispute is collective labor dispute. The definitions of individual, as well as collective labor disputes are provided in the LCG. According to 47 I of LCG, dispute is a disagreement, arisen in the course of labor relations, resolution of which is within the legal interests of the parties to labor contract. According to the number of persons participating in the dispute, there are *Individual* and *collective* labor disputes. According to 48¹ I of the LCG, collective dispute is considered to be the dispute between the employer and the group of employees or the employer and the association of employees. In the same Article, the legislator indicates the dispute resolution mechanism. Namely, collective labor dispute shall be resolved by means of agreement procedures between the parties, which means conducting of direct negotiations between the employer and the group of employees (at least 20 employees), or between the employer and association of employees, or mediation by one of the parties in the case of sending the relevant written notification to the Minister of Labor, Health and Social Affairs of Georgia (hereinafter – the Minister).

While analyzing the pre-conditions of collective labor dispute, it is very important to consider the provision of LCG, defining the basis of arising of labor dispute itself. According to 47 III of LCG, the following can be viewed as the basis for dispute arousal in the course of labor relations: a) Violation of human rights and freedoms, provided by Georgian legislation; b) Violation of individual labor contract or collective contract or labor conditions; c) Disagreement between the employee and the employer in regard to essential terms of individual labor contract and/ or terms of collective contract. The analysis of the above mentioned grounds is particularly important in the course of classification of labor disputes.

² *Shvelidze Z.*, Characteristics of Legal Status of Employee Provided by the Labor Code of Georgia, Labor Law (Collection of Articles I), Tbilisi, 2011, 87 and further.

3. Classification of Collective Labor Disputes

Delimitation of individual and collective labor disputes from each other is carried out according to the basis of arising of the dispute. Labor disputes are divided into “rights-based”³ and “interests-based”⁴ disputes. In particular, sub-paragraphs “a” and “b” of 47 III of LCG relate to the disputes, based on the rights, and sub-paragraph “c” – to those based on interest. Consideration of such classification is necessary for formulation of action principles for mediator. The difference between the grounds of labor dispute determines the scope of authorities of the mediator, as well as those of the parties in the process of mediation. The differences between the grounds of labor disputes are considered in the article in connection with the problem of unlimitedness of alternatives and impartiality of the mediator.

4. Mediation of Collective Labor Disputes and Classical Principles of Mediation

The norms of LCG, regulating mediation of collective labor disputes, require definition of relation with classical principles of mediation. Such analysis is conditioned by the necessity of formation of uniform framework of mediator’s professional ethics. As a word of literal definition of the above norms, the fundamental principles of mediation are somehow limited. For this very reason, each provision, regulating collective labor dispute, shall be analyzed on the basis of application of logical and reasonable definition method.

4. 1. Voluntariness

Voluntariness is one of the fundamental principles of mediation. Nevertheless, its limitation is characteristic for the number of mediation models. From this viewpoint, the norms regulating mediation of collective labor disputes, don’t constitute an exception. Meanwhile, the level and purpose of limitation of voluntariness shall be taken into consideration. According to 48¹ III of LCG, at any stage of negotiations, for the purpose of achievement of agreement, the party has the right to apply to the Minister in writing on appointment of dispute mediator for the purpose of commencement of mediation. The written notification shall be handed to the other party the same day. The above ruling determines standard procedure of initiation of collective labor dispute. In the given case, the right of the other party to participate in mediation process voluntarily is limited at certain extent. The ruling, specified in 48¹ VI shall be taken into account, according to which the parties are obliged to participate in reconciliation procedures and attend the meetings, organized by the mediator for this purpose.

The level of limitation of voluntariness is much higher in the case specified in 48¹ IV of LCG. In particular, at any stage of dispute, the Minister has the right, in the case of existence of *high public interest*, without written application of the party, on his/her own initiative, to appoint mediator, about which the parties shall be notified in writing. Sub-paragraph V of the same Article continues the same logical line and rules that at any stage of dispute, the Minister has the right to make decision on termination of reconciliation procedures.

As it was mentioned above, mediation of collective labor disputes is not the only model, where the voluntariness of the parties is limited. In the environment of Georgian legal regulations court-annexed mediation can be named as an example. The limitation, reflected in collective labor dispute regulation norms of LCG can be explained and even “justified” by the presence of high public interest. Nevertheless, from practical viewpoint, application of such provision creates a kind of barrier from the viewpoint of favorable attitude of the parties to mediation process.

Attitude of parties towards the mediator may turn into serious barrier for mediation process. With consideration of his/her status, the mediator has no “influence” on the parties. Traditionally, voluntariness

³ Rights Dispute.

⁴ Interest Dispute.

is one of the main instruments, by which the mediator ensures involvement of the parties in the process. For efficient direction of the process mediator necessarily requires clear and unambiguous communication with the parties. Such communication allows understanding of the real interest of the party and proper planning of the negotiation process. Consequently, any regulation, limiting the party's voluntariness at some extent, represents a challenge for the mediator.

4. 2. Confidentiality

Observance of confidentiality principle represents one of the key values of mediation process. Unlike the principle of voluntariness, even theoretical assumption of limitation of confidentiality puts the efficiency of mediation under serious doubt. In the norms of LCG regulating mediation of collective labor disputes, confidentiality is observed at the first glance. According to 48¹ IX, the dispute mediator is obliged not to disclose the information or the document, which became known to him/her as the dispute mediator. Problematic is the definition of sub-paragraph VII, according to which the mediator is obliged to send the dispute-related report to the Minister in the case of his/her request. It shall be taken into account that the LCG doesn't specify the requisites and form of the mediator's report. Consequently, the mediator shall determine the standard of equal observance of obligation of submission of report and preservation of confidential information. E.g. the mediator's report may include an indication to the circumstances like the time and place of conducting joint and individual meetings; the status and identity of the persons attending the meetings; in the case of strike – the time of its initiation and termination, etc. Nevertheless, the factor of mediator's reporting obligation may be seen as an additional barrier for building trust towards the mediator and mediation process.

Like as it was mentioned during analysis of principle of voluntariness, the attitude of the parties towards the mediator may have decisive significance for the efficiency of mediation process. In the context of obligation of confidentiality, the favorable attitude of the party will transform into trust and it creates even greater challenge for the mediator. Observance of confidentiality represents fiduciary obligation of the mediator.⁵ Consequently, s/he shall compile the report and, at the same time, interpret his/her reporting obligation to the parties very carefully.

4. 3. Party self-determination

Party self-determination (decision making by the parties) is one of the most important advantages of mediation process and represents the primary defining sign of its essence. The regulations of the LCG don't jeopardize the realization of the mentioned principle in mediation process. As a result of reconciliation, the parties conclude collective labor contract to introduce modifications in it. Problems are mostly related to determination of the content of such agreement and scopes of competence of the mediator. LCG provides no exceptional reservation on determination of decision-making subject.

From practical viewpoint, the problem of requirement of "endorsement" by the mediator of the decision, made by the parties, may arise. The above-mentioned, as well as the desire of receiving legal consultation (legal assessment) from the mediator, who has the qualification of lawyer, is related to the expectations of the parties in regard to mediation and mediator. The issue of signing the agreement of the parties by mediator is not homogenously assessed in practice. The form of such signature is also disputable.

5. Mediator's Impartiality and Unlimitedness of Alternatives

Mediator's impartiality and unlimitedness of alternatives are discussed in mutual connection for the purpose of the present article. The problems related to the mediator's impartiality in labor disputes,

⁵ *Garner B.* (ed.), *Black's Law Dictionary*, 8th ed., Thomson West, 2004, 1315.

primarily, are conditioned by the essence of labor dispute. In particular, the judgment is developed in the article that following the protective function of the labor law, with consideration of imperative norms of LCG, the range of alternatives in mediation process is significantly limited. More exactly, the need of determination of the conditions, agreed by the parties, with the Labor Code, increases. Consequently, the question arises on equipping of mediator with such function and the mediator's impartiality is jeopardized. Such question is particularly problematic for the mediators with lawyer's qualification, who, with consideration of their education, are capable of implementation of such function. But conflict, caused by regulation of the mediator's role in mediation process arises between their capability and desire.

5.1. Imperative Norms of LCG

When determining the scope of rights and obligations for collective labor dispute mediator, the meaning of imperative reservations of the Labor Code of Georgia shall be taken into account. In particular, in accordance with 1 III of the LCG, labor contract cannot establish norms, different from those provided by this Law, which worsen the condition of an employee. The regulation, provided in 6 X, shall also be taken into account, according to which the provision of the individual labor contract or the document, specified in p. 3 of this Article, which contradicts this Law or collective agreement, concluded with the same employer, shall be null and void, with the exception of the case, where individual labor contract improves the employee's condition.. In accordance with the Article 13 IV of the LCG, the provision of internal labor regulations, contradicting individual labor contract or collective labor contract or this Law, shall be null and void. It is also important to consider 43 IX of the LCG, according to which the provision of collective contract, contradicting this Law, shall be null and void.

Consideration of the above-mentioned provisions, following their imperative nature, is unconditionally important. Determination of their relation with mediation process is of current importance, as the outcome of mediation process aims at achievement of agreement between the disputing parties. It is problematic to determine how much the obligation of observance of LCG standards apply to mediator. Fundamental analysis is required for answering this question. E.g. in the case of court-annexed mediation the text of agreement, achieved between the parties is finally handled by judge. In this case, judge is deemed as the guarantor of legality of the agreement. Such institution of control during mediation of collective labor disputes doesn't exist; so, in given case, the role of mediator from the viewpoint of ensuring legality of agreement obtains critical importance.

When formulating an answer to this question, the mediator's role is treated as the key argument. In classical understanding mediator appears as an expert of the process only and not an expert of factual circumstances. Consequently, determination (verification) of compliance of the agreement achieved between the parties with the Law is unambiguously beyond the scope of mediator's rights and obligations. Imposition of such obligation on mediator would complicate the dispute consideration procedure and depreciate the main value of mediation, as of an institution.

On the other hand, practical results of limitation of mediator's functions shall be taken into account. Agreements, concluded in contradiction with imperative norms of LCG, with consideration of their outcome, are primarily harmful for the parties. It shall also be noted that mediators with lawyer's qualification face more complex challenge in this case. So it is important, on the one hand, to form the expectations of disputing parties correctly. In particular, the parties shall be aware, that the mediator will not provide legal service in the course of mediation. The above mentioned is particularly important in the environment, where "weak" parties to collective labor disputes participate in mediation process without lawyer. On the other hand, the mediator- lawyer without the authorities of legal assessment can indicate to the party the need of immediate legal consultation.

5.2. “Interference” in the Essence of the Dispute and its Forms

Traditional American school of mediation considers interference in the essence (content) of dispute unjustified. Mediator is considered as an expert of the process and not of the case. Such approach is conditioned by the necessity to ensure trust towards mediator’s impartiality and mediation process. Nevertheless, international practice knows examples of mediator’s interference in the content. In particular, Canadian school of mediation considers “interference” of mediator in collective labor disputes not only admissible, but, in individual cases, necessary. While understanding this formulation, it is important to properly define the essence of “interference” and its purpose. In all cases, the principle of “interference” shall be defined in favor of mediation process and interest of the parties.

There are different types of mediator’s interference in the case. In addition to interference in mediation process and essence of the case, professional mediators talk about interference in relations between the parties. “Interference” in mediation process implies its management. Consequently, the above-mentioned represents not the right, but obligation of the mediator. From this viewpoint, use of the term “interference” in regard to the process is improper. The necessity of interference in the essence of the case, most of all, appears in the case of collective labor disputes. The above-mentioned imperative rulings of the LCG represent pre-condition of such interference.

Besides, the necessity of mediator’s interference appears in the case of the so-called “dead lock situation”. In such case, interference in the essence of the case implies proposal of separate decision by the mediator, but not its adoption. As a rule, such proposals don’t reflect directly in the agreement of the parties, but they can bring the required change in mediation process. In particular, proposal of separate alternative by mediator “sobers up” and activates parties. Actually, it is the method, used by mediator for stimulation of searching for alternatives.

In the case of interference in the essence of dispute resolution selection of proper method and proper time by mediator is very important. Such interference may be expressed in “in-depth inquiry”⁶. When using the above mentioned method, the mediator doesn’t assess the legality of agreement of the parties, but pushes parties to assess the risks of their actions themselves. For the purpose of preservation of mediator’s impartiality, such tactics should be used in the case of checking of alternatives in private conversation⁷ or during the other stage.

An interesting judgment could be developed about connection of “interference” in the essence of dispute with the values of mediator (mediation process). Namely, one of the key values of mediator (mediation process) is ensuring of consideration of maximum alternatives of resolution of the case. According to this logic mediator is “obliged” to use his creative vision and professional skills for finding non-traditional decision, acceptable for both parties.

When developing such judgment, the above-mentioned value of mediator (mediation process) may be related to one of the four golden rules of strategy proposed by Roger Fisher and William Ury.⁸ In particular, *searching for mutually favorable alternatives* is one of the guiding principles of interest-based negotiation, presented in “Getting to Yes.” Consequently, it can serve as an useful argumentation of such an opinion.

6. Additional Factors, Determining Complexity

6.1. Quantity of Persons Participating in the Dispute

The specificity of collective labor mediation is also expressed in the circumstance that numerous employees are represented at mediation table. In most cases, the mediator has no direct access to employees

⁶ Mainly in private conversation (caucus).

⁷ Reality Testing.

⁸ Fisher R., Ury W., *Getting to Yes/Negotiating Agreement Without Giving In*, 2nd ed., 1991, 56-80.

or all employees. Direct communication plays enormous role in mediation process. In the given case, mediator shall study the efficiency of communication between the represented persons and the persons representing their interest.

The issue of doubting of transparency of communication between the represented and representing persons by the mediator may be perceived by the parties as a problem.

On the one hand, in the case of existence of reasonable and well-grounded doubt, the mediator can focus on such communication problems in individual conversation with the party only for the purpose of identification of real interest of the parties.

On the other hand, such action of the mediator may be perceived as improper interference in relations and deepening of the problem. Only recently the mediator is joining the relations of employer and employee, which exists for years, and consequently, the problems exist. Thus, mediator shall be very careful when studying the existing relations between the parties and identification of their interests.

6.2. Wide Range of Demands

Mediator shall possess the skill of systemization of problematic issues existing in the dispute. Classification of these issues shall be carried out according to their complexity. There are different views about the mentioned issues. On the one hand, starting with consideration of relatively simple issue may be deemed appropriate from the viewpoint of stimulation of achieving small, step-by-step agreements between the parties. On the other hand, starting with consideration of the most complex and decisive problem is protracted in time, the interest and readiness of the parties towards negotiation process may significantly weaken. So, systemization of disputable issues and the order of consideration shall be determined in agreement with the parties, according to the specificity of dispute, on a case-by-case basis.

The disputable issues also differ from one-another according to the interests – whether they are monetary⁹ or non-monetary.¹⁰ Non-monetary interests in labor disputes are less common. In their turn, monetary interests are not limited only by salary; e.g. the number of days of annual leave, which indirectly expresses monetary interest.

Mediator shall efficiently use common interests of the disputing parties. In the case of collective labor disputes, as an example, the interest of development of the company is considered as such. It is obvious that production of high-quality products and, consequently, increase of the company's profit is a common task of the honest employer and employee. The dispute basically arises in the case of determination profit distribution policy (and its priorities – investment, salaries, company development).

6.3. Use of the Right to Strike and Lockout

In the case of mediation of collective labor disputes the possibility of using the right to strike and lockout by the parties shall be taken into account. The Article 49 of the LCG provides definitions of strike and lockout. In particular, according to 49 I of the LCG, strike is the temporary voluntary refusal of the employee to fulfill the obligations, specified in labor contract, *completely* or *partially*, in the case of dispute.

According to 49 II of the LCG, lockout is defined as temporary voluntary refusal of the employer to fulfill the obligations, specified in labor contract, *completely* or *partially*, in the case of dispute. It is important, that the LCG relates the origination of the right to strike and lockout in collective labor disputes to special pre-condition. In particular, according to 49 III of the LCG, the right to strike and lockout in the case of collective labor dispute emerges immediately upon expiration of 21 calendar days from sending of written notification to the Minister in accordance with 48¹ III or appointment of dispute mediator by the Minister on his/her own initiative according to 48¹ IV.

⁹ Monetary.

¹⁰ Non-Monetary.

The possibility of using the right to strike and lockout in the process of mediation is considered as the subject of manipulation by the parties. Mediator shall treat such manipulation – warnings of the parties on the use of the mentioned right during private or joint conversation - with special care. Rationalization of alternatives and stimulation of compromises by the parties is achieved through proper management of such “threats” by the mediator.

The ruling of the LCG, according to which the parties are obliged to continue agreement procedures (LCG 49 IV), is important. Management of mediation process in the environment of ongoing strike and lockout represents special challenge for the mediator. In such circumstances ensuring of impartiality on the part of the mediator is particularly difficult. From practical viewpoint, the party- initiator of strike or lockout needs more extensive communication from mediator’s side. The forms of communication may be different. For this very purpose, the mediator shall ensure equal protection of rights of the parties and preservation of his/ her own reputation.

It is particularly important to consider 49 VIII of the LCG, according to which, in the case of strike or lockout, the employer is not obliged to provide remuneration to the employee. When developing the strategy of negotiation, on the stage of formation of the limit of compromises, the employee’s party shall profoundly assess the impact of the above-mentioned ruling on the final outcome.

6.4. Excessive Public Interest/ Media Relations

Excessive public interest is encountered in the case of collective labor disputes. The parties to such dispute are mainly involved in the field of service and none of subjects are damaged as a result of collective labor dispute, existing between them. Mediator shall demonstrate special precaution in the course of relations with media. On the one hand, mediator has moral obligation not to deviate from questions, asked in regard to the dispute. Just mere existence of excessive public interest conditions the mediator’s obligation to assess the issues, related to the dispute, publicly. Nevertheless, in the course of performance of this mission, with consideration of preservation of the mediator’s reputation, two main problems shall be taken into consideration.

Primarily, mediator shall prudently select the part of information, which s/he considers necessary to make public. Mediator shall walk on the edge between satisfaction of public interest and preservation of confidential information.

Alongside with preservation of confidentiality, mediator shall take care of negotiation process. S/he shall be as moderate and free from assessments related to the process as possible. Mediator’s premature statements may have direct or indirect impact on negotiation process, and in the worst case – on trust towards the mediator. Together with factual circumstances (confidential information) of the case, the information, related to the process shall be handled with care. Making the details of mediation process and participation of parties in it public is absolutely unacceptable in the course of mediation process. Making public statements during strike or lockout is particularly risky: in such circumstances the public demand for the information, as well as the need of mediator’s prudence increases.

7. Conclusion

Finally, the mediator of collective labor disputes faces serious challenges. S/he has to make a choice in the case of conflict between action principles and professional values. In the environment of lack of professional regulation of mediator, such decisions significantly determine key trends of development of the institution. For this reason, each step of mediator or any decision, made in regard to process management shall be assessed with special care.

კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის სტანდარტი მედიაციის პროცესში

სტატიის მიზანია, დაადგინოს მედიაციის პროცესში კონფიდენციალურობის პრინციპის როლი, ამ პრინციპით მედიაციის მონაწილეთა ბოჭვის სტანდარტი და ის გარემოებები, რომელთა არსებობის შემთხვევაშიც ამ პრინციპის შეზღუდვაა შესაძლებელი.

სტატიაში განხილულია კონფიდენციალურობის პრინციპით მედიაციის მონაწილეთა დაცვის საკითხი. შეთავაზებულია მიდგომა, რომლის მიხედვით, სასურველია კონფიდენციალურობის აბსოლუტური ხარისხის არიდება, ისევე როგორც მისი შეზღუდვა მრავალი გამონაკლისის დაწესებით. რამდენიმე თითქმის უნივერსალური გამონაკლისის გარდა, რომელთაც ევროპის ქვეყნები და ამერიკის შეერთებული შტატები იზიარებენ, დამატებითი გამონაკლისები, მაგალითად კეთილსინდისიერების პრინციპთან შეუთავსებლობა, უნდა დადგინდეს კონკრეტულ საქმესთან მიმართებით, რათა მხარეებს არ მიეცეთ შესაძლებლობა, ისარგებლონ მედიაციის ინსტიტუტის ბოროტად გამოყენებით.

საკვანძო სიტყვები: მედიაცია, კონფიდენციალურობის პრინციპი, მედიაციის ეთიკა, კონფიდენციალურობის პრინციპის რეგულირება, გამონაკლისები კონფიდენციალურობის პრინციპიდან.

1. შესავალი

მედიაცია სამართლებრივ სივრცეში არსებული დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის შედარებით ახალი მეთოდია, რომელიც თანდათანობით ვითარდება. ეს ინსტიტუტი სასამართლოში დავის განხილვის ალტერნატიული პროცესია, სადაც მესამე ნეიტრალური პირი (მედიატორი) ეხმარება მხარეებს, მოაგვარონ მათ შორის არსებული დავა.¹ მედიაციის ფუნდამენტური უპირატესობებია: დროისა და ფინანსური რესურსების დაზოგვა, სამომავლო ურთიერთობების შენარჩუნება და შესაძლო შეთანხმებების კრეატიული ალტერნატივების არსებობა.² უმეტესწილად, მედიაციის პროცესში ჩართვა ნებაყოფლობითია, თუმცა სასამართლო მედიაციის ინსტიტუტი ითვალისწინებს საქმეების ან საქმეთა კატეგორიების მედიაციისთვის გადაცემას.³

მედიაციის, როგორც დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ფორმის, დამახასიათებელი თვისება, მოახდინოს ადამიანების ტრანსფორმაცია, გამომდინარეობს მისი უნარიდან, დაეხმაროს მხარეებს ინტერესების, პრობლემების იდენტიფიცირებაში და შესაძლებლობა მისცეს, თავად გაუმკლავდნენ ამ პრობლემებს.⁴ მედიაციის ძირითადი პრინციპები უცვლელია, მიუხედავად იმისა, რომ ამ პროცესის სხვადასხვა ფორმა არსებობს.⁵ მედიატორი (მესამე ნეიტრა-

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრი.

¹ Lisnek, Paul M., Mediation: Untangling Business Disputes through ADR., Commercial Law Bulletin 8.4,13.

² Kovach K. K., Mediation in a Nutshell, Thomson West, 2004, 34-38.

³ Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C.R., Robbennolt K.J., Welsh A.N., Dispute Resolution and Lawyers, 4th ed, West, 2009, 309.

⁴ Goldberg B. S., Sander E.A. F., Rogers H. N., Cole R.S., Dispute Resolution Negotiation, Mediation and other Processes 5th ed., Aspen Publishers, 2007, 108.

⁵ Brown H., Marriot A., ADR Principles and Practice, 3rd ed., Sweet and Maxwell, 2011,158.

ლური პირი) წარმართავს მედიაციის პროცესს იმ სტანდარტების დაცვის გათვალისწინებით, რომლებიც თვით მედიაციის არსს წარმოადგენენ⁶, მათგან უმნიშვნელოვანესია კონფიდენციალურობის ვალდებულების დაცვის სტანდარტი. კონფიდენციალურობა რომ წარმატებული მედიაციის განმაპირობებელი ფაქტორია, პრაქტიკოსებისა და აკადემიკოსებისთვის აქსიომაა. ძლიერი კონფიდენციალურობა გადამწყვეტი გარემოებაა, მხარეებსა და მედიატორს შორის ჩამოყალიბდეს თანამშრომლური ურთიერთობა.⁷

ერთი შეხედვით, კონფიდენციალურობის პრინციპი არ მოითხოვს განსაკუთრებულ საკანონმდებლო რეგულირებას. მხარეებს შეუძლიათ, სახელშეკრულებო სამართალს დაეყრდნონ და პირობა კონფიდენციალურობის დაცვის შესახებ ხელშეკრულებაში გაითვალისწინონ, თუმცა ამკარაა, რომ საკანონმდებლო რეგულირების საჭიროებას რამდენიმე ფაქტორი განაპირობებს. მაგალითად, საკანონმდებლო რეგულირება საჭიროა, როდესაც მხარეებს არ შეუძლიათ, ხელშეკრულებაში გაითვალისწინონ სასურველი კონფიდენციალურობა. სამოქალაქო საპროცესო სამართალი მტკიცებულებების დასაშვებობასთან მიმართებით არ ითვალისწინებს სახელშეკრულებო დათქმებს.⁸ ცალკეული გარემოებების არსებობისას მედიაცია იკვეთება ფორმალურ სამართლებრივ პროცედურებთან.⁹ მედიაცია სამართლის ჩრდილში მიმდინარეობს და პარალელურად ესწრაფვის დავის მოგვარებას მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე. ის ასევე უზრუნველყოფს პროცესის ინტეგრაციულობას, ინფორმაციასთან წვდომის სოციალურ მოთხოვნილებას და სამართლის ერთიანობას.¹⁰ კონფიდენციალურობა ნიშნავს, რამდენად ფართოდ არის/იქნება ცნობილი გარკვეული ფაქტების არსებობა: 1) რომ მხარეებს შორის დავა მიმდინარეობს; 2) ამ დავის წარმომშობი მიზეზები; 3) რომ მხარეებმა დავა მოაგვარეს; და 4) დავის მოგვარების პირობები. გარკვეული სახის დავების შემთხვევაში საზოგადოებრივი „რეაბილიტაცია“ შეიძლება უმნიშვნელოვანესი იყოს, სხვა შემთხვევაში კი რისკის შემცირება მოითხოვს კონფიდენციალურობას.¹¹

სტატიის მიზანია, დადგინდეს მედიაციის პროცესში კონფიდენციალურობის პრინციპის როლი, ამ პრინციპით მედიაციის პროცესში მონაწილეთა ბოჭვის სტანდარტი, ისევე როგორც ის გარემოებები, რომელთა არსებობის შემთხვევაშიც შესაძლებელია თავად ამ პრინციპის შეზღუდვა.

2. კონფიდენციალურობის პრინციპის მნიშვნელობა

მედიაციის პროცესის წარმატებისთვის აუცილებელია, რომ მხარეები „გაიხსნან“. მედიაციის არაფორმალური ხასიათი განაპირობებს ფაქტებზე, ინტერესებსა თუ პრობლემის გადაწყვეტის შესაძლებლობებზე თავისუფალ საუბარს. ამ პროცესში მხარეთა მონაწილეობის ხარისხი დაეცემოდა, თუ მათი მოლოდინი ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობასთან დაკავშირებით რეალობას ასცდებოდა.¹² მედიაცია მარტივ მოლაპარაკებებთან შედარებით მეტი წარმა-

⁶ Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C.R., Robbennolt K.J., Welsh A.N., Dispute Resolution and Lawyers, 4th ed, West, 2009, 385.

⁷ Deason, E. E., Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability, The Marquette Law Review 85.1, 2011, 80.

⁸ Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 49.

⁹ იქვე, 1287.

¹⁰ იქვე, 1288.

¹¹ ბარნეთი ქ., კლიენტის კონსულტირება დავების მოგვარების ალტერნატიული მეთოდების შესახებ: პრაქტიკული სახელმძღვანელო ვარიანტების შერჩევის შესახებ რთული დიალოგის წარმოების დროს, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, ნელინდელუი, 2014, 378.

¹² Folberg J., Golann D., Stipanowich J. T., Kloppenberg A. L., Resolving Disputes Theory, Practice, and Law, 2nd ed., Aspen Publishers, 2010, 478.

ტებით სრულდება, ვინაიდან მედიატორი განცალკევებული შეხვედრების დროს მიღებულ ინფორმაციას აანალიზებს და იყენებს შეთანხმების კონსტრუირებისთვის.¹³ ის, ერთგვარად, შემოქმედებით საქმიანობას ასრულებს, ხოლო ამ საქმიანობის წარმატებით განხორციელება იმ შემთხვევაში შეუძლია, თუ მხარეები დარწმუნებულნი იქნებიან, რომ მათ მიერ გაცემული ინფორმაცია მათივე თანხმობის გარეშე არ გამჟღავნდება.¹⁴

პრაქტიკაში განარჩევენ ე.წ. „შიდა“ და „გარე“ კონფიდენციალურ ინფორმაციას. გარდა „გარე“ კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებისა, სადაც იგულისხმება ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობა მედიაციის ფარგლებს გარეთ, მედიატორები ხაზს უსვამენ ამ პრინციპის დაცვის მეორე მექანიზმს – „შიდა კონფიდენციალურობას“, რომელიც მოიცავს მედიატორის ვალდებულებას, უშუალოდ მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას მხარეთა თანხმობის და სურვილის გარეშე არ გაამჟღავნოს ინფორმაცია.¹⁵ ხშირია შემთხვევა, როდესაც, მხარეები განცალკევებულ შეხვედრებს იყენებენ შეთავაზების გაკეთების ორგანიზებისთვის. კერძოდ, განცალკევებული შეხვედრის შემდგომ მედიატორს ევალება ინფორმაციის ან შეთავაზების გადაცემა მეორე მხარისთვის. ეს პროცესი შიდა კონფიდენციალურობის დაცვის სუსტი მხარეა, ვინაიდან მედიატორის მიერ ინფორმაციის გადაცემისას შესაძლოა, მედიატორის უნებურად რომელიმე მხარის სტრატეგიულად მნიშვნელოვანი ინფორმაციის „გაჟონვა“ მოხდეს.¹⁶

მედიატორმა უნდა შეძლოს მხარეთა მთავარი ინტერესებისა და საჭიროებების წინ ნამოწევა. ეს შეუძლებელი იქნება, თუ მხარეები ყოველთვის ზურგს უკან მიიხედავენ. თვით სამართლიანობა მოითხოვს კონფიდენციალურობის დაცვას. ტრადიციული სასამართლო სისტემისგან განსხვავებით, მხარეებს აქვთ მოლოდინი, რომ მოგვიანებით მათ მიერ გაცემული ინფორმაცია არ იქნება საჯაროდ გამჟღავნებული და გამოყენებული სასამართლო პროცესზე. მედიაციის იქნებოდა მტკიცებულებების მოპოვების მექანიზმი, თუ მედიაციის განმავლობაში განხორციელებული კომუნიკაციების მტკიცებულებად დაშვება მოხდებოდა. მედიატორის პოტენციურ მონმედ წარმოჩენამ კი შესაძლოა, უარყოფითად იმოქმედოს მხარეთა თავისუფალ კომუნიკაციაზე, ვინაიდან, მიუხედავად იმისა, თუ რა სიფრთხილით იძლევა მონმე ჩვენებას, ის რომელიმე მხარის სასარგებლოდ გამოდის და, შესაბამისად, ანადგურებს მედიატორის, როგორც მიუკერძოებელი ბროკერის, სახეს.¹⁷ და ბოლოს, მეტწილად ინფორმაციის გასაიდუმლოება განაპირობებს მხარეთა მოტივაციას, აირჩიონ მედიაცია დავის გადაწყვეტის ხერხად, ვინაიდან კომერციული თუ უბრალო სამეზობლო დავების მოგვარება ყურადღების მიპყრობის გარეშე არის შესაძლებელი.¹⁸

მედიაციის პროცესში გამჟღავნებული ინფორმაცია მხარეებს ეხმარება ნამდვილი ინტერესების გამორკვევაში, რაც, თავის მხრივ, დავის ეფექტურად გადაწყვეტის წინაპირობაა. მიუხედავად ამისა, კონფიდენციალურობის აბსოლუტურმა ხასიათმა შესაძლოა, რიგი სირთულეებისა გამოიწვიოს. მაგალითად, ზოგიერთი ქვეყნის კანონმდებლობა მოითხოვს მედიაციის პროცესში მონაწილეობას კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვის გათვალისწინებით, პროცესის საიდუმლო ხასიათი კი სასამართლოსთვის შეუძლებელს ხდის იმის დადგენას, მონაწილეთა ქცევა რამდენად შეესაბამებოდა ზემოაღნიშნულ პრინციპს.¹⁹ დღესდღეობით მედიაციის პროგრამები ფუძნდება სასამართლოთა განტვირთვის მიზნით და შედარებით ნაკლები

¹³ *Ware J. S., Principles of Alternative Dispute Resolution, Thomson West, 2007, 324.*

¹⁴ იქვე.

¹⁵ *Stark H.J., Frenkel N. D., the Practice of mediation, Aspen publishers, 2008, 312.*

¹⁶ იქვე, 312-313.

¹⁷ *Prigoff, Michael L., Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation. Seton Hall Legislative Journal 12.1, 1988-1989, 1.*

¹⁸ იქვე, 1-2.

¹⁹ *Moffit L.M., Bordone C. R., the handbook of dispute resolution, Jossey-Bass, 2005, 313.*

მნიშვნელობა ენიჭება მედიაციის ძირითად პრინციპებს.²⁰ სრულებით შესაძლებელია, მხარეს სურდეს მედიაციის პროცესის გაჭიანურება; ასევე, იმ იმედით, რომ მედიაცია კონფიდენციალურია, შესაძლებელია, მხარემ არასწორი ფაქტები წარადგინოს. არასწორ ინფორმაციაზე დაყრდნობით მეორე მხარე ზარალდება და, ამავდროულად, მხარის არაკეთილსინდისიერების ფაქტის დამტკიცება რთულდება.²¹

საინტერესოა, რომ ამერიკის შეერთებული შტატების აკადემიურ წრეებში შემდეგი სახის დისკუსია მიმდინარეობს: ნაწილობრივი ან სიტყვიერი სამედიაციო შეთანხმების არსებობის შემთხვევაში მოუწევს თუ არა სახელშეკრულებო სამართალს, დაადგინოს ზღვარი, სადამდეც შესაძლებელი იქნება მედიაციის კონფერენციების დროს შედგენილი დოკუმენტების მტკიცებულებად დაშვება მოხდეს; ასევე სამსჯელოა, აუცილებელია თუ არა მედიატორის პრივილეგიის²² ზღვრის დადგენა. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ კონფიდენციალურობას აქვს პოტენციალი, გაზარდოს ის უარყოფითი გარეფაქტორები, რომლებიც კანონმდებელმა „მოაგვარა“.²³ გარდა ამისა, კონფიდენციალურობის პრინციპით მინიჭებული პრივილეგია უკანა ხაზზე წევს საქმისთვის პოტენციურად მნიშვნელოვან მტკიცებულებებს და ზღუდავს საზოგადოების წვდომას იმ ინფორმაციასთან, რომელიც შესაძლოა, აუცილებელი იყოს დემოკრატიული საზოგადოების ინტერესის დაცვისთვის.²⁴ ამიტომაც აუცილებელია იმ გამონაკლისების განსაზღვრა, რომლებიც ზემოაღნიშნულ გარემოებას დააბალანსებდა.

კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება საჯარო ინტერესსაც ატარებს, ვინაიდან უზრუნველყოფს მედიაციის „პოტენციური მომხმარებლის“ ნდობას და, შესაბამისად, ღია კომუნიკაციას, რაც შემდგომ უკვე მედიაციის ნაყოფიერი შეთანხმებით გამოიხატება. თუმცა მედიაციის პროცესის კონფიდენციალურობა შესაძლოა, დამაბრკოლებელი ფაქტორი გახდეს „საჯარო სიკეთისთვის“. მაგალითად, როდესაც მსხვილი ორგანიზაცია ერთვება მედიაციის პროცესში, საზოგადოების ინფორმირებულობის საკითხი იმ პრობლემებსა თუ შეთავაზებებზე, რომლებიც მათზე გავლენას მოახდენს, შესაძლოა, არ იყოს უმნიშვნელო.²⁵ მცდელობებს, მიღწეულიყო ბალანსი, ერთი მხრივ, კონფიდენციალურობის პოლიტიკის გატარებასა და, მეორე მხრივ, ინფორმაციის გამჟღავნების აუცილებლობას შორის, შედეგად მოჰყვა კონფიდენციალურობის ლაბირინთის შექმნა, რომელიც, თავის მხრივ, დაქსაქსულია გამონაკლისებით.²⁶

3. კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის მთავარი ადრესატები

სასამართლო პროცესის თანმდევი პრინციპია, მხარეებს ჰქონდეთ შესაძლებლობა, ყველა სახის რელევანტური მტკიცებულება, რომელიც მათი პოზიციის დასასაბუთებლად გამოდგება, მათ შორის ინფორმაცია, რომელიც მედიაციის პროცესში შეიტყვეს, წარადგინონ პროცესზე. მტკიცებულების წარდგენის აუცილებლობა უპირისპირდება კონფიდენციალურობის დაცვის

²⁰ *Alfini J.J., McCabe C.G.*, Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, *Arkansas Law Review*, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 183.

²¹ *ცერცვაძე გ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 31.

²² პრივილეგია – დაცული კომუნიკაცია.

²³ *Hopt J. K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 1282.

²⁴ *Folberg J., Golann D., Stipanowich J. T., Kloppenberg A. L.*, *Resolving Disputes Theory, Practice, and Law*, 2nd ed, Aspen Publishers, 2nd edition, 2010, 480.

²⁵ *Beer E.J., Stief E.*, *The Mediators Handbook*, 3rd edition, New Society Publishers, 2010, 76.

²⁶ *Goldberg B. Stephen., Sander E.A. F., Rogers, H. N., Cole R.S.*, *Dispute Resolution Negotiation, Mediation and other Processes*, 5th ed, Aspen publishers, 2007, 442.

ვალდებულებას,²⁷ აქედან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს პირთა წრე, ვისზეც ვრცელდება კონფიდენციალურობის პრინციპი და, ამავედროულად, დადგინდეს, რა ფარგლებში ხდება ამ პრინციპის გავრცელება. ბუნებრივია, კონფიდენციალურობის პრინციპით ბოჭვის მთავარი ადრესატები მედიაციის პროცესში მონაწილე პირები არიან. მიუხედავად იმისა, რომ მედიაციის პროცესი არ არის საჯარო, პირების უმნიშვნელო ჯგუფს წვდომა აქვს არცთუ უმნიშვნელო ინფორმაციასთან. პირთა ზემოაღნიშნული წრე მოიცავს: მხარეებს, მედიატორს, მხარეთა წარმომადგენლებსა და მესამე პირებს, რომელთაც, თავის მხრივ, მიეკუთვნებიან: ექსპერტები, თარჯიმნები, ასისტენტები და ის პირები, რომლებიც მოინვიეს მედიაციაზე (მაგ.: მეზობლები, ბიზნესპარტნიორები).²⁸ მედიაციის პროცესიდან გამომდინარე, კონფიდენციალურობა შეიძლება მოქმედებდეს როგორც მხარეებს შორის, ასევე მედიატორსა და მხარეებს შორის.²⁹

3.1. მხარეები

ბუნებრივია, რომ მედიაციის პროცესში მთავარი მოქმედი პირები მხარეები არიან. მათ უნდა შეასრულონ აქტიური როლი პროცესში და შეთანხმებაზეც ხელი მათ უნდა მოაწერონ.³⁰ ზოგადად, მხარეთა მოვალეობები მედიატორის მოვალეობებთან შედარებით ნაკლებად განხილულია. ამ მოვალეობების წყარო შეიძლება იყოს სახელშეკრულებო სამართალი, მედიაციის კანონი ან სასამართლოს მითითება მედიაციაზე. ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, მოვალეობებისთვის ათვლის წერტილია კეთილსინდისიერად და მონდომებით მოლაპარაკების წარმოება, თუმცა რთულია, განისაზღვროს ამ მოვალეობის შესრულების ფარგლები, ვინაიდან მხარეები არ არიან ვალდებული, მოლაპარაკება აუცილებლად შეთანხმებით დაასრულონ.³¹ კონფიდენციალურობის დაცვაზე დათქმები ინფორმაციის დაცვის ერთი-ერთი ყველაზე სანდო მეთოდია, თუმცა გასათვალისწინებელია ის ფაქტორიც, რომ, უმეტეს შემთხვევაში, ეს დათქმები ვრცელდება მხოლოდ მხარეებზე და არა მესამე პირებზე.³²

ნიდერლანდის სამართლის მიხედვით, მხარეებს ევალებათ ფაქტების კეთილსინდისიერად წარდგენა. ამ ვალდებულებას უპირისპირდება კონფიდენციალური ინფორმაციის დაცვის ვალდებულება. მიუხედავად იმისა, რომ უკანასკნელი წლების ტენდენცია იხრება კონფიდენციალურობის მხარეს, ამსტერდამის რეგიონულმა სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეში მხარეებს ნება დართო, კონფიდენციალურობის პრინციპის გვერდის ავლით წარმოედგინათ მედიაციის პროცესის დოკუმენტაცია. შემდგომმა გადაწყვეტილებებმა უარყო ასეთი სახის მტკიცებულება, რადგან მიიჩნიეს, რომ კონფიდენციალურობა მედიაციის პროცესის ძირითადი მახასიათებელია და ის ფუნდამენტურია საბოლოო წარმატებული შეთანხმების მიღწევისთვის.³³ მიუხედავად იმისა, რომ UMA³⁴-ით გათვალისწინებულია კონფიდენციალურობის დაცვის ძლიერი მექანიზმი, რომელიც უკრძალავს არა მარტო მედიატორს, არამედ მხარეებს და პროცესში მონაწილე სხვა პირებსაც, შემდგომში გამართულ სასამართლო პროცესზე გაამჟღავნონ მედიაცია-

²⁷ Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C.R., Robbennolt K.J., Welsh A.N., Dispute Resolution and Lawyers, 4th ed, West, 2009, 483.

²⁸ Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 50.

²⁹ Boulle L., Nesic M., Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence, Bloomsbury Professional, 2010, 300.

³⁰ Mackie K., Miles D., Marsh W., Allen T., The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution, 3rd ed, Tottel Publishing Ltd, 2007, 234.

³¹ Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 63.

³² Golann D., Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates, American Bar Association, 2009, 220.

³³ Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 722.

³⁴ Uniform Mediation Act.

ციის პროცესში მიღებული ინფორმაცია,³⁵ ვაშინგტონის სამედიაციო პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ ამ პრინციპის დაცვა უმჯობესია სახელშეკრულებო დათქმების საშუალებით.³⁶

3.2. მედიატორი

აღსანიშნავია, რომ მედიატორებთან მიმართებით კონფიდენციალურობის პრინციპის რეგულირება პროფესიული ეთიკის ნორმებით უფრო ხშირად განისაზღვრება, ვიდრე კანონით. მედიატორის ვალდებულებები მოიცავს კონფიდენციალური ინფორმაციის დაცვის ორი სახის ვალდებულებას: მედიატორმა არ უნდა გაამჟღავნოს ინფორმაცია უშუალოდ მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას და პროცესის დასრულების შემდგომ. პირველ შემთხვევაში, მედიატორმა შესაძლოა, შეიმსუბუქოს ამ ვალდებულების შესრულების ტვირთი და მხარეებს შესთავაზოს, ხელი მოაწერონ კონფიდენციალურობის ისეთ დათქმას, სადაც იქნება მითითებული მედიატორის უფლება – გაამჟღავნოს ინფორმაცია მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას. პრაქტიკის მიხედვით თუ ვიმსჯელებთ, ასეთი მიდგომა მეტად მოსახერხებელია, ვინაიდან მედიატორს არ უნევს მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას მხარესთან იმნუთიერი გადამონმებები, თუ რა სახის ინფორმაციის გამჟღავნება შეუძლია და რას სახის არა.³⁷ მიუხედავად იმისა, რომ მედიატორს არ აქვს უფლება, თავისი ნებით გაამჟღავნოს კონფიდენციალური ინფორმაცია, მას შეუძლია, ეს ინფორმაცია გამოიყენოს სავარაუდო შეთანხმების იმ ვარიაციების წარმოსადგენად, რომლებსაც მხარეები ვერ აღმოაჩენდნენ პირდაპირი კომუნიკაციის მიმდინარეობისას.³⁸

რა თქმა უნდა, მხარეთათვის არასასურველია, მედიატორი მონმედ წარდგეს სასამართლოში, რადგან მედიაციის პროცესის შემდგომ ის რელევანტური ინფორმაციის მსხვილი წყაროა. შესაძლებელია, მედიატორის მიერ სასამართლოში ინფორმაციის გამჟღავნების სამი სავარაუდო შემთხვევა არსებობდეს: მედიაცია წარუმატებლად დამთავრდა და ერთ-ერთი მხარე ითხოვს, მედიატორმა დაადასტუროს ოპონენტის: 1. განცხადება, 2. ჯანმრთელობის ან ფინანსური მდგომარეობა, 3. განმარტოს შეთანხმების პირობები ან დაადასტუროს მხარის არაკეთილსინდისიერი ქცევა.³⁹

კანონმდებლობების უმეტესობა მედიატორებზე მონმედ დაკითხვის დაუშვებლობის პრეზუმფციის გავრცელებას სავალდებულოდ მიიჩნევს, თუმცა შესაძლებელია, ეს ცოტა გაზვიადებულად დაც ჩაითვალოს, რადგან ბუნდოვანია, რატომ არ შეუძლიათ მხარეებს, შეთანხმდნენ, რომ გაათავისუფლონ მედიატორი კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებისგან.⁴⁰ ამერიკის შეერთებული შტატების კანონმდებლობაში გათვალისწინებულია მედიაციის კონფიდენციალურობის დაცვა, მედიატორისთვის ჩვენების მიცემის წინააღმდეგ პრივილეგიის მინიჭებით.⁴¹ თუმცა UMA-ს მიხედვით მედიატორს შესაძლებლობა აქვს, გაამჟღავნოს ის ინფორმაცია, რომელიც ეხება მხარეთა დასწრებას და შეთანხმების მიღწევის ფაქტს.⁴² რაც შეეხება საფრანგეთს, სასამართლო მე-

³⁵ Deason E. E., Uniform Mediation Act, Dispute Resolution Magazine 8.4 , 2001-2002, 7.

³⁶ Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 1286.

³⁷ Murrey O. R., The Mediation Handbook Effective Strategies for Litigators, Revised ed, Bradford Publishing Company, 2010, 190.

³⁸ Cooley W. J., Mediation Advocacy, 2nd ed, National Institute for Trial Advocacy, 2002, 198.

³⁹ Mackie K., Miles D., Marsh W., Allen T., The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution, 3rd ed, Tottel Publishing Ltd, 2007, 125.

⁴⁰ Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 52.

⁴¹ იქვე, 1281.

⁴² Deleissegues C., Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 129.

დიაციის დროს მედიატორი ვალდებულია, აცნობოს მოსამართლეს მხოლოდ მხარეთა შეთანხმების თაობაზე არსებული ინფორმაცია.⁴³ საინტერესოა, რომ ნიდერლანდის უზენაესი სასამართლოს 2009 წლის გადაწყვეტილებით, მედიატორებს უარი ეთქვათ, თავი შეეკავებინათ მონმედ წარდგენისგან. სასამართლომ განმარტა, რომ, მიუხედავად კონფიდენციალურობის პრინციპის მნიშვნელოვანი ხასიათისა, არსებობს საშიშროება, მედიაციამ მიიღოს განსხვავებული სახე და წარმართოს იმ პირების მიერ, რომლებიც არ ექვემდებარებიან რეგულაციას, არ აქვთ კვალიფიკაცია და, შესაბამისად, არც დისციპლინური პასუხისმგებლობის დაკისრებას ექვემდებარებიან. სასამართლომ ჩათვალა, რომ სიმართლის მოპოვების სოციალური ინტერესი კონკრეტულ შემთხვევებში უფრო მაღლა დგას კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვის ინტერესთან შედარებით. აქედან გამომდინარე, მედიატორი ზოგიერთ შემთხვევაში იძულებულია, მისცეს ჩვენება სასამართლოში, თუმცა მოსამართლე უტოვებს მას შესაძლებლობას, ზოგიერთ შემთხვევაში თავი შეიკავოს ინფორმაციის მინოდებისგან.⁴⁴

3.3. მესამე პირები

გერმანული სამართლის მიხედვით, მედიატორს, ასევე იმ პირებს, რომლებიც ჩართულნი არიან მედიაციის ორგანიზებაში, მაგალითად პარალეგალებს, მედიატორის თანაშემწეებს, ევალებათ, არ გაამჟღავნონ ის ინფორმაცია, რომელიც მათთვის ცნობილი გახდა მედიაციის პროცესთან დაკავშირებით. პირები, რომლებიც მედიაციის პროცესს ესწრებოდნენ მხარეთა თანხმობით, არ არიან შებოჭილნი კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებით (მაგ.: მეზობლები, ოჯახის წევრები, ექსპერტები).⁴⁵ ნიდერლანდების რეგულირება ზემოაღნიშნულ საკითხთან მიმართებით განსხვავებულია, კერძოდ, მედიაციის პროცესში მონაწილე პირების ვალდებულებას – დაიცვან კონფიდენციალობა, განაპირობებს კონფიდენციალურობაზე შეთანხმების არსებობა, წინააღმდეგ შემთხვევაში, ინფორმაცია, რომელიც ამ პირების მიერ იქნა წარმოდგენილი, შესაძლებელია, გამოყენებულ იქნეს მხარეთა მიერ მომდევნო სასამართლო პროცესებზე.⁴⁶

4. კონფიდენციალურ ინფორმაციას მიკუთვნებული საკითხები

კონფიდენციალურობის პრინციპი იცავს მედიაციის პროცესში მხარეთა მიერ განხორციელებულ კომუნიკაციას. შესაბამისად, აუცილებელია ამ პრინციპით დაცული სიკეთის განსაზღვრა. მედიაციის კომუნიკაციაში იგულისხმება როგორც ვერბალური, ასევე არავერბალური, წერილობითი სახის კომუნიკაციები.⁴⁷ კომუნიკაცია განმარტებულია როგორც ინფორმაციის, იდეების გადაცემის პროცესი.⁴⁸ იმისათვის, რომ არავერბალური კომუნიკაცია ჩაითვალოს კონფიდენციალურად, მხარემ ობიექტური თვალსაზრისით უნდა გამოხატოს, რომ ეს კომუნიკაცია განკუთვნილი იყო მედიაციის პროცესში მონაწილე პირთათვის.⁴⁹ აუცილებელია, განისაზღვროს დროის იმ პერიოდის ათვისების წერტილი, რა დროიდანაც ითვლება კომუნიკა-

⁴³ Hopt J. K., Steffek F., *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 478.

⁴⁴ იქვე, 724.

⁴⁵ იქვე, 547.

⁴⁶ Hopt J. K., Steffek F., *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 721.

⁴⁷ Ruiz, D.A., *Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 15.3, 1999-2000, 865.

⁴⁸ <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/learner/communication>>.

⁴⁹ Ruiz, D.A., *Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 15.3, 1999-2000, 865.

ცია კონფიდენციალურად, რათა არ მოხდეს კონფიდენციალურობის პრინციპისთვის „ყოველისმომცველი ხასიათის მინიჭება“. შესაბამისად, სასამართლო მედიაციის შემთხვევაში, დროის ათვლის წერტილი შესაძლოა იყოს სასამართლოს მიერ დავის მედიაციისთვის გადაცემა, ხოლო სასამართლოს ფარგლებს გარეთ არსებული მედიაციისას, მხარეთა მიერ მომსახურების მიღების მიზნით მედიატორისადმი მიმართვა.⁵⁰

კონფიდენციალურობის მარეგულირებელი დათქმები განაპირობებენ მედიაციაში განხორციელებული კომუნიკაციების ფარგლების დადგენის რამდენიმე სახის ჩამოყალიბებას: მედიაციის პროცესში გამჟღავნებული ყველა სახის კომუნიკაცია კონფიდენციალური ინფორმაციაა⁵¹ და ის კომუნიკაცია, რომელიც ეხება დავის საგანს, არის კონფიდენციალური ინფორმაცია.⁵² მართალია, პირველი სახის დათქმები ხელს უწყობს მხარეების ნახალისებას, თავისუფლად იურთიერთონ მედიაციის პროცესში, მეორე მხრივ, ასეთი ყოველისმომცველი განმარტება კონფიდენციალურობის საფარველით ფარავს ყველანაირ ინფორმაციას, მიუხედავად მიმდინარე დავასთან მისი რელევანტურობისა.⁵³ ცალკე განსახილველი საკითხია, თუ ვის მიერ განხორციელებული კომუნიკაცია ითვლება კონფიდენციალურობის პრინციპით დაცულ კომუნიკაციად. UMA-ს მიხედვით, მედიაციის კომუნიკაცია განიმარტება როგორც ვერბალური ან წერილობითი ქმედება, რომელიც განხორციელდა მხარისა და მისი წარმომადგენლის მიერ მედიატორის თანდასწრებით, ან მხარისა თუ მისი წარმომადგენლების მიერ მედიატორის კითხვების საპასუხოდ.⁵⁴ აღსანიშნავია, რომ მედიაციის კომუნიკაციად ითვლება ასევე მედიატორის მიერ გაკეთებული განცხადებები, შენიშვნები, შეხედულებები და რეკომენდაციები. მედიატორის შეხედულებები და შეფასებები გამომდინარეობს მედიაციის პროცესში განხორციელებული მხარეთა ვერბალური თუ არავერბალური კომუნიკაციიდან, რაც ლოგიკურად განაპირობებს, თავის მხრივ, მედიატორის შეფასებებისა და შეხედულებების კონფიდენციალურობას.⁵⁵

კონფიდენციალურობის პრინციპით დაცული კომუნიკაციის ცნება განსხვავდება სხვადასხვა ქვეყნის სამართლებრივ რეგულაციებში. UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მიხედვით, არა მარტო აქტიური მედიაციის პროცესში განხორციელებული კომუნიკაცია, არამედ წინასამედიაციო შეხვედრები, სადაც მედიატორს გააცნეს ფაქტები ან განიხილეს სახელშეკრულებო პირობები, ითვლება კონფიდენციალურობის პრინციპით დაცულ კომუნიკაციად.⁵⁶ აღსანიშნავია, რომ ბევრი შტატის კანონმდებლობით არ არის მედიაციის კომუნიკაციის დეფინიცია შემოთავაზებული, აქედან გამომდინარე, მხარეებს არ აქვთ სრულყოფილი ინფორმაცია, თუ რა ითვლება მედიაციის კომუნიკაციად, შესაბამისად, მათი მონაწილეობა მედიაციის პროცესში შესაძლოა არ იყოს სრულყოფილი.⁵⁷ ზემოაღნიშნულთან კონტრასტში, UMA ავსებს ამ ხარვეზს და განმარტავს, რომ მედიაციაში განხორციელებულ კომუნიკაციად ითვლება ვერბალური თუ არავერბალური განცხადება, ჩანაწერი, რომელიც განხორციელდა მედიაციის დროს, ანდა მედიაციის მიზნებისთვის.⁵⁸

⁵⁰ Ruiz, D.A., Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 15.3, 1999-2000, 867.

⁵¹ იქვე, 858.

⁵² Ruiz, D. A., Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 15.3, 1999-2000, 858.

⁵³ იქვე, 859.

⁵⁴ Uniform Mediation Act.

⁵⁵ იქვე, 877.

⁵⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and use, 2002, 41, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf> [07.01.2016].

⁵⁷ Ruiz, D. A., Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication, Ohio State Journal on Dispute Resolution, 15.3, 1999-2000, 851-852.

⁵⁸ Uniform Mediation Act, §2 (2).

დიდი ბრიტანეთის კანონმდებლობა მედიაციის კომუნიკაციის პერიოდში მიღებულ იმ ინფორმაციას, რომელზეც კონფიდენციალურობის პრინციპი ვრცელდება, სხვადასხვა კატეგორიად ყოფს:

ა) ინფორმაცია, რომელიც მხარის კონტროლს ექვემდებარება.

ბ) ინფორმაცია, რომელიც მედიატორის კონტროლს ექვემდებარება და ფაქტი დაფიქსირდა მედიაციის პროცესზე ან წინასამედიაციო შეხვედრაზე.

დ) ინფორმაცია, რომელიც არსებობს მედიაციის პროცესისგან დამოუკიდებლად.

ე) ინფორმაცია, რომელიც ცნობილია მედიაციის პროცესში მონაწილე ყველა პირისთვის.

ვ) ინფორმაცია, რომელიც მხოლოდ ერთმა მხარემ იცის (და რომელმაც შესაძლოა გაუმხილა ის მედიატორს)⁵⁹.

კალიფორნიის შტატის კანონმდებლობა, გარდა მედიაციის პროცესში არსებული კომუნიკაციებისა, მედიატორთან პროცესამდე კონფიდენციალურობის პრინციპს კონსულტაციაზეც ავრცელებს.⁶⁰ თუმცა კომუნიკაციის წრე შეზღუდულია და მოიცავს შემდეგ საკითხებს: მედიატორთან კომუნიკაცია შემდგომი მედიაციის პროცესის ინიცირების მიზნით, მედიაციის პროცესის განხილვა დავის შესაძლო გადაწყვეტის კუთხით, მედიატორის შერჩევა.⁶¹ მედიატორთან განცალკევებული შეხვედრის დროს გამჟღავნებული ინფორმაცია კალიფორნიის შტატის კანონმდებლობით კონფიდენციალურად ითვლება.⁶² საინტერესოა, რომ კომუნიკაცია მედიაციის მხარესა და წარმომადგენელს შორის არ არის კონფიდენციალური, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ არსებობს მტკიცებულება, რომ ის განხორციელდა მედიაციის მიზნებისთვის.⁶³

5. კონფიდენციალურობის პრინციპის შეზღუდვა მედიაციაში

მედიაციას თან ახლავს კონფიდენციალურობისა და საიდუმლოობის ვარაუდი, თუმცა კონფიდენციალურობის დაცვა აბსოლუტური არასდროს არ არის და ხანდახან ამ პრინციპის მოქმედების საზღვრების გამოკვეთა რთულდება.⁶⁴ სასამართლოები არ არიან შებოჭილები მხარეთა შორის არსებული კონფიდენციალურობის შეთანხმებით, შესაბამისად, მომდევნო სასამართლო პროცესებზე წარდგენისგან კომუნიკაციების დაცვის შესაძლებლობა დამოკიდებულია იმაზე, თუ რამდენად ვრცელდება ამ საკითხებზე კონფიდენციალურობის დაცვიდან გამონაკლისები.⁶⁵

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდის ხელმისაწვდომობა განსხვავდება ქვეყნების მიხედვით და მათი მართლმსაჯულების სისტემის ქვეშაა მოქცეული.⁶⁶ დათქმები კანონმდებლობაში, რომლებიც ეხება კონფიდენციალურობის პრინციპის გავრცელებას, ხშირად არეგულირებს მხოლოდ კონკრეტულ პირთა წრეს: მედიატორსა და მედიაციის ორგანიზებაში ჩართულ პირებს. აქედან გამომდინარე, მედიატორი ემორჩილება კონფიდენციალურობის პრინციპს, ხოლო მხარეები არა. იმისათვის, რომ უზრუნველყოფილ იქნეს კომუნიკაციის და-

⁵⁹ *Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 397.

⁶⁰ Evid. Code §1119, <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=evid&group=01001-02000&file=1115-1128>>.

⁶¹ *Callahan R., Mediation Confidentiality: For California litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in which the Litigation is Pending*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12, Issue 1, 2012, 66.

⁶² *Hopt J. K., Steffek F., Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 1283.

⁶³ იქვე, 1284.

⁶⁴ *Moffit L.M., Bordone C.R., The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, 2005, 313-314.

⁶⁵ *Goldberg B S., Sander E.A. F., Rogers H. N., Cole R.S., Dispute Resolution Negotiation, Mediation and other Processes*, 5th ed., Aspen publishers, 2007, 442.

⁶⁶ *ბერლინი ქ.*, დავის მოგვარების ალტერნატიული მეთოდი მენარმეებისა და მომხმარებლების კონფლიქტში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, წელიწდეული, 2012, 108.

ცულობა შემდგომ სასამართლო პროცესში წარდგენისგან, კონფიდენციალურობის ვალდებულება აუცილებლად უნდა გავრცელდეს მხარეებზე და მათ წარმომადგენლებზე, უფრო მეტიც, მხარეებისა და მესამე პირების მიმართ კონფიდენციალურობის პრინციპის გაუვრცელებლობა სამართლის მახეში გაბმასაც შეიძლება შევადაროთ.⁶⁷ ზემოაღნიშნული საკანონმდებლო ხარვეზი ფიგურირებს ევროდირექტივის⁶⁸ მე-7 მუხლში, რომელიც ეთმობა მედიაციის კონფიდენციალურობას. თუ მხარეები სხვაგვარად არ შეთანხმდებიან, წევრი სახელმწიფოები უზრუნველყოფენ, რომ არც მედიატორი და არც პირები, რომლებიც მონაწილეობენ მედიაციის პროცესის ორგანიზებაში, არ შეიძლება იძულებულ იქნენ, მისცენ ჩვენება მედიაციის პროცესში მიღებულ ინფორმაციასთან დაკავშირებით, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ ეს ემსახურება საჯარო ინტერესს, ძირითადად, აუცილებელია ბავშვთა უფლებების დასაცავად, პიროვნების ფიზიკური თუ ფსიქოლოგიური ხელშეუხებლობისათვის, ან, თუ ინფორმაციის გამჟღავნების გარეშე არ იქნება შესაძლებელი შეთანხმების აღსრულება.⁶⁹

მე-7 მუხლი მხოლოდ მედიატორებსა და მედიაციის ორგანიზებაში ჩართულ პირებს უკრძალავს ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობას, მაგრამ არაფერია ნათქვამი მხარეებზე. ტექნიკურად ეს დათქმა მხარეებს მისცემს შესაძლებლობას, გამოიყენონ ეს ინფორმაცია სასამართლოსა თუ არბიტრაჟში. საინტერესოა, რომ წევრი ქვეყნების ნაწილს ეროვნულ კანონმდებლობებში სახეუცვლელად აქვთ იმპლემენტირებული ზემოაღნიშნული დათქმა, ხოლო ნაწილს, მაგალითად პორტუგალიას, მე-7 მუხლი მოდიფიცირებული სახით აქვს მოცემული.⁷⁰

შეერთებულ შტატებში კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებული საკითხების განსაკუთრებულად განსხვავებული რეგულირებების საპასუხოდ შეიქმნა ერთიანი მედიაციის აქტი⁷¹, რომელიც, ძირითადად, კონცენტრირდა კონფიდენციალურობის საკითხებზე და მისი ნორმების ასახვა რამდენიმე შტატმა განახორციელა კიდევ თავიანთ კანონმდებლობებში.⁷² აშშ-ში ზოგიერთი შტატი ითვალისწინებს მხარეთა სურვილს, აიცილონ კონფიდენციალურობა და დათქმას შესაბამის სტატუტში განამტკიცებს, ზოგიერთი შტატის კანონმდებლობა კი ამის საშუალებას არ იძლევა.⁷³ საინტერესოა, რომ UMA-ს მიდგომა, რომელიც გულისხმობს კონკრეტულ გარემოებებში მხარეებისა და მედიატორისთვის პრივილეგიის მინიჭებას, კალიფორნიის უზენაესმა სასამართლომ უარყო.⁷⁴ რამდენიმე შტატს აქვს განმტკიცებული კონფიდენციალურობიდან კოდიფიცირებული გამონაკლისები, მაგ.: ვისკონსინის სამართალი სასამართლოებს აძლევს უფლებას, აწარმოონ ე.წ ვიდემოასალის შექმნა იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს ეჭვი, რომ პრივილეგიის გამოყენება შედეგად გამოიწვევს აშკარა უსამართლობას. ოჰაიოს შტატის კანონმდებლობა მოითხოვს მედიაციის პროცესში მხარეთა კეთილსინდისიერ მონაწილეობას.⁷⁵

მედიატორმა არ უნდა დაფაროს კრიმინალური ქმედება.⁷⁶ შესაძლებელია, რომ მხარეთა არჩევანი, მიმართონ მედიაციას, როგორც დავის გადაწყვეტის საშუალებას, ეფუძნება მათ მიერ წარსულში ჩადენილი უკანონო ქმედების დაფარვას. მედიაციის პროცესის კონფიდენცია-

⁶⁷ *Kovac Dr. V.*, *The Status Quo of Mediation in Europe and Overseas*, Hamburg, 2014, 156.

⁶⁸ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Article 7.

⁶⁹ იქვე.

⁷⁰ *Palo D. G., Trevor B.M.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, 277.

⁷¹ Uniform Mediation Act.

⁷² *Moffit L.M., Bordone C.R.*, *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, 2005, 314.

⁷³ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, № 3, 2012, 548.

⁷⁴ *Hopt J. K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 1287.

⁷⁵ იქვე.

⁷⁶ *Waldman E.*, *Mediation Ethics Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, 2011, 183.

ლური ხასიათი არ უნდა გამოიყენებოდეს, რომ ასეთი ქმედება დაიფაროს. ვინაიდან მედიატორია წამყვანი ფიგურა ამ პროცესში, მან უნდა უზრუნველყოს, რომ მედიაციის გამოყენება არ მოხდეს შეუსაბამო მიზნებისთვის.⁷⁷ ამბობენ, თუ მედიატორი ეჭვობს ასეთი გარემოების არსებობას, ეს იმას ნიშნავს, რომ ის ძალიან თხელ ეთიკურ ყინულზე მიაბიჯებს.⁷⁸ ზემოაღნიშნულ შემთხვევაში, არაადეკვატური რეაგირებისას მედიატორი არ იქნება დაცული პროფესიული ქცევის წესებით.⁷⁹ აღსანიშნავია, რომ შტატების კანონმდებლობათა უმრავლესობა ითვალისწინებს კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვიდან გამონაკლისს, თუ საქმე ეხება დანაშაულის ნიშნების შემცველ გარემოებებს. საფრანგეთის კანონმდებლობაში კონფიდენციალურობის ნორმების დაცვის ზღვარი ბუნდოვანია. მაგალითად, დადგენილია, რომ მედიატორმა უნდა ამხილოს მხარეები იმ შემთხვევაში, თუ მედიაციის პროცესის შემდგომი შეთანხმება დანაშაულის ნიშნებს მოიცავს.⁸⁰ ნიდერლანდის სამედიაციო წესები და სასამართლო პრაქტიკა არ ავრცელებს კონფიდენციალურობის პრინციპს დანაშაულებრივი ქმედებების შესახებ ინფორმაციაზე და უხსნის მედიატორს კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებას, თუ დანაშაულის ნიშნები სახეზეა მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას.⁸¹

6. მედიატორის მიერ კონფიდენციალურობის პრინციპის შეზღუდვა ეთიკური კოლიზიის დროს

ზოგიერთი გარემოების არსებობისას მედიატორს მორალური მოვალეობები უბიძგებს კონფიდენციალურობის პრინციპის დარღვევისკენ. მედიატორთა ეთიკის კოდექსების უმრავლესობა ამ დროს მედიატორს ათავისუფლებს კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებისგან.⁸² იმ შემთხვევაში, თუ არ არსებობს კონფიდენციალურობის პრინციპიდან გამონაკლისის დაშვების სამართლებრივი საფუძველი, მედიატორს შეუძლია, განიხილოს თავისი ეთიკური პოზიცია სამართლებრივი სტანდარტების გარეშე. მედიატორის დილემა გამომდინარეობს კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებიდან, რომელიც უპირისპირდება, თავის მხრივ, ისეთი ფაქტების გამჟღავნებას, რომლებიც მედიატორის შეხედულებისამებრ უნდა გამჟღავნდეს. ამ დილემაზე სტანდარტული პასუხი არ არსებობს, ამიტომ მედიატორმა უნდა იხელმძღვანელოს სამედიაციო შეთანხმების წესებით, მედიატორთა ეთიკის წესებით, ინფორმაციის მნიშვნელობით და მისი საჯარო წესრიგთან მიმართებით შეუსაბამობის ხარისხით.⁸³

მედიაცია თავისი ბუნებით თავისუფალი, მხარეთა მიერ კონტროლირებადი პროცესია და ამ პროცესის ინტეგრაცია სამართლებრივ სისტემაში გამოწვევებთან ასოცირდება. ერთადერთი ასეთი გამოწვევაა კეთილსინდისიერებისა და კონფიდენციალურობის პრინციპის თანაარსებობა. კეთილსინდისიერი მონაწილეობის მოთხოვნის არსებობისას უნდა არსებობდეს შესაბამისი გამონაკლისი კონფიდენციალურობის წესიდან, რადგან მედიაციის პროცესში განხორციელებული კომუნიკაცია მოლაპარაკებებში კეთილსინდისიერი მონაწილეობის არარსებობის არსებითი მტკიცებულებაა.⁸⁴ არსებობს სხვადასხვა მიდგომა ამერიკის შეერთებული შტატე-

⁷⁷ Waldman E., *Mediation Ethics Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, 2011, 184.

⁷⁸ იქვე, 185.

⁷⁹ იქვე, 185.

⁸⁰ Hopt J.K., Steffek F., *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 479.

⁸¹ იქვე, 725.

⁸² Mackie K., Miles D., Marsh W., Allen T., *The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution*, 3rd ed, Tottel Publishing Ltd, 2007, 128.

⁸³ Brown H., Marriot A., *ADR Principles and Practice*, 3rd, Sweet and Maxwell, 2011, 572.

⁸⁴ კოვაკი კ., ადვოკატთა მოვალეობები და პასუხისმგებლობა დავის გადაწყვეტისას, კეთილსინდისიერება მედიაციაში თხოვნის, რეკომენდაციის თუ მოთხოვნის სახით დადგენილი? დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, წელიწდეული, 2014, 504-505.

ბის სასამართლო პრაქტიკაში ინფორმაციის გამჟღავნების ზღვართან დაკავშირებით. შესაბამისად, რთულია, ერთგვაროვნად ჩამოყალიბდეს ხედვა, თუ რა ხარისხით უნდა გამჟღავნდეს მედიაციის პროცესში მოპოვებული ინფორმაცია და, ამავდროულად, როგორ უნდა იყოს მხარე დაცული მეორე მხარის არაკეთილსინდისიერი ქმედების დროს. კეთილსინდისიერების პრინციპის დეფინიციის დადგენა ერთ-ერთი წინააღმდეგობებით აღსავსე საკითხია. ტერმინ „კეთილსინდისიერებას“ შესაძლოა და მოსალოდნელია, უამრავი მნიშვნელობა ჰქონდეს და სწორედ ამ ბუნდოვანების გამო ძალზე პრობლემატურია მისი სტანდარტის შემუშავება.⁸⁵ არ არის დადგენილი, ზუსტად რა სახის ქცევა ითვლება არაკეთილსინდისიერად. ერთი მხრივ, ევროპულ სახელმწიფოებო სამართალში კეთილსინდისიერი ქცევა შეესაბამება ქცევის მოდელს, რა სახითაც უნდა შესრულდეს მხარის მოქმედება.⁸⁶ პრაქტიკაში სასამართლოებმა მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერების ცნება დაიყვანეს მხარეთა დასწრებასა და გადანყვეტილების მიმღები პირების მედიაციის პროცესში წარმოდგენასთან.⁸⁷ პროფესორი კიმბერლი კოვაკი მიიჩნევს, რომ „კეთილსინდისიერ ქცევას ხვდები, როდესაც ხედავ მას“. მისი აზრით, ობიექტური სტანდარტები უნდა იყოს შემოღებული ამ საკითხთან მიმართებით. ასევე არსებობს მოსაზრება, რომ კეთილსინდისიერების სტანდარტი მედიაციის პროცესში უნდა უდრიდეს აზრიან მონაწილეობას.⁸⁸

კეთილსინდისიერება არ გულისხმობს, რომ მხარეები ვალდებული არიან, გადაჭრან მათ შორის არსებული დავა და, რა თქმა უნდა, ის არ უნდა იქნეს გამოყენებული, რათა აიძულოს მხარეები, მოავარონ საკითხი ნებისმიერი ეკონომიკური საფუძვლიდან გამომდინარე.⁸⁹ საშუალება, რითაც მედიატორს შეუძლია დაადასტუროს, იყვნენ თუ არა მხარეები კეთილსინდისიერნი, არის წერილობითი მოხსენება, სადაც აღწერილი იქნება მხარეთა ქცევა. მაგალითად, მინესოტაში მედიატორი ფიცით აძლევს წერილობით ჩვენებას. ამ შემთხვევაში მედიატორს ენიჭება გადანყვეტილების მიმღების როლი, რაც მოქმედებს მის ნეიტრალურობაზე. ალტერნატიული ვარიანტის მიხედვით, მედიატორმა უნდა აცნობოს სასამართლოს, რა მოხდა და რა არ მოხდა მედიაციის პროცესის დროს და სასამართლო თავად მიიღებს გადანყვეტილებას, იყვნენ თუ არა მხარეები კეთილსინდისიერნი მედიაციის პროცესში. თუ საჭირო გახდა, ორივე შემთხვევაში სასამართლო აწესებს სანქციებს. მედიატორის უფლების შეზღუდვით, გამოვიდეს მოწმედ და დირექტივებით წინასასამართლო განცხადებების დაშვების შესახებ, იზღუდება გამონაკლისები კონფიდენციალურობის პრინციპიდან. შესაძლებელია, რომ კეთილსინდისიერების პრინციპის დარღვევის გამონაკლისებით შექმნილი სირთულე ამ ვალდებულების დადებითმა მხარეებმა გადანონოს.⁹⁰ კიდევ ერთი შეხედულებით, რთულია, განისაზღვროს, რას ნიშნავს მედიაციის პროცესში აზრიანად მონაწილეობა, რადგან ეს ფუნდამენტური სამართლიანობის საკითხებთან არის კავშირში. მხარეებმა შეიძლება ვერ განსაზღვრონ, თუ რა სახის ქცევას შეესაბამება კეთილსინდისიერი მონაწილეობა, იმის გათვალისწინებით, რომ სასამართლოები და კანონმდებლებიც ვერ ადგენენ ამ ვალდებულების ერთიან დეფინიციას. ერთადერთი ფედერალური მოსამართლის მიხედვით, კეთილსინდისიერების მოთხოვნა მედიაციის პროცესის ორ საკვანძო კომპონენტს ეხება: მედიატორის როლს და იმ ქმედებას, რა სახითაც

⁸⁵ *კოვაკი კ.*, ახალი ღვინო საჭიროებს ახალ ღვინის ჭურჭელს (ტიკს, რომელიც დამზადებულია ცხოველის ტყავისგან): იურისტის ეთიკის გარდაქმნა, რათა მან შეჯიბრებითობის გამორიცხვით შეძლოს პრობლემის გადაჭრა: მედიაცია (მედიატორობა), დავის ალტერნატიული გადანყვეტა, წელიწდეული, 2012, 152.

⁸⁶ *Zimmermann R., Whittaker S.*, Good Faith in European Contract Law, Cambridge university press 2000, 30.

⁸⁷ *Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C.R., Robbenolt K.J., Welsh A.N.*, Dispute Resolution and Lawyers, 4th ed, West, 2009, 766.

⁸⁸ *Alfini J.J., McCabe C.G.* ., Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, Arkansas Law Review, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 178.

⁸⁹ *კოვაკი კ.*, ადვოკატთა ეთიკა მედიაციაში: კეთილსინდისიერების საჭიროება (კეთილსინდისიერების მოთხოვნის დრო), დავის ალტერნატიული გადანყვეტა, წელიწდეული, 2012, 184.

⁹⁰ იქვე, 183.

მხარეები მონაწილეობენ მედიაციის პროცესში.⁹¹ მედიატორი, რომელმაც იცის, რომ ვალდებულია, შეაფასოს მხარის მიერ კეთილსინდისიერების მოთხოვნის შესრულება, უკვე იძულებულია, ნეიტრალურობიდან გადავიდეს შეფასებით კატეგორიაზე. აღსანიშნავია, რომ, „თუ მხარეები ბევრს ფიქრობენ მედიატორის მიერ მათი მედიაციის პროცესში ჩართულობის შეფასებაზე, დიდია ალბათობა, რომ გამჟღავნებული ინფორმაციის მოცულობა იკლებს.“⁹² ერთადერთი შტატის უზენაესმა სასამართლომ დაიჭირა მკაცრი პოზიცია, ჩაერთო მედიაციაში კეთილსინდისიერების მოთხოვნა, რადგან, მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს უფლებაა, საქმე გადასცეს მედიაციას, მის პრეროგატივას არ მიეკუთვნება მედიაციის პროცესში მონაწილეობის ხარისხის კონტროლი. საქმეში – „Department of transportation v. city of Atlanta“ – ჯორჯიის შტატის უზენაესმა სასამართლომ გადანყვიტა, რომ პირველ ინსტანციას უფლება ჰქონდა, გადაეცა საქმე სასამართლო მედიაციისთვის, მაგრამ არ ჰქონდა უფლება, ემართა პროცესი.⁹³

შტატებში უზენაესი სასამართლო განიხილავდა საქმეს, სადაც პირველ ინსტანციაში მედიატორმა წარადგინა ანგარიში, რომელშიც ხაზს უსვამდა მედიაციის ერთადერთი მხარის მიერ პროცესის გამოყენების ფაქტს დროის გაჭიანურების მიზნით. ზემდგომმა ინსტანციამ მხედველობაში მიიღო ეს ანგარიში იმ მოტივით, რომ, თუ *მხარეებისა და მათი წარმომადგენლების მონაწილეობა მედიაციის პროცესში არ დაეფუძნებოდა კეთილსინდისიერების პრინციპს, მაშინ არ დარჩებოდა ბევრი რამ, რასაც დასჭირდებოდა კონფიდენციალურობის პრინციპით დაცვა*. საბოლოოდ, უზენაესმა სასამართლომ უარყო ეს დასაბუთება, ვინაიდან ის ენიუნააღმდეგებოდა მედიაციის პროცესში ინფორმაციის გაცვლის დაუბრკოლებლობას. დასკვნის სახით განივრცო, რომ სამართლებრივი გამონაკლისების შექმნა დასაშვებია მხოლოდ მაშინ, როდესაც არსებულ ნორმატიულ კონსტრუქციებს მივყავართ ან აბსურდულ შედეგამდე, ან ლახავს საპროცესო უფლებებს.⁹⁴

ზოგადად, სასამართლოები ჯერდებიან, რომ უარი მორიგებაზე, რომელიც გამოხატულია რეალური შეთავაზების განუხორციელებლობით, არ ნიშნავს არაკეთილსინდისიერებას. საქმეში – „Avril v. Civilmar“ – სასამართლომ დააკისრა მოპასუხე მხარეს სანქცია, რადგან მედიაციის პროცესზე მათ არ აწარმოეს მოლაპარაკებები კეთილსინდისიერად. საქმე ეხებოდა საგზაო შემთხვევას. მოპასუხეებმა მხარეს შესთავაზეს თანხა 1000 \$-ის ოდენობით. მედიატორის ანგარიშის მიხედვით, მოპასუხეები არ ზრდიდნენ შეთავაზებული თანხის ოდენობას. სანქციები ემყარებოდა იმ ვარაუდს, რომ მოპასუხეებს უნდოდათ დროის გაყვანა. სანქცია შეადგენდა 1037,50 \$-ს. ფლორიდის შტატის სააპელაციო სასამართლომ გადანყვიტა, არ შეიძლებოდა სანქცირებული ყოფილიყო მხარე მხოლოდ იმიტომ, რომ მეორე მხარეს არ შესთავაზა სასურველი თანხა. ფლორიდის მედიაციის სტატუტის მიხედვით თუ ვიმსჯელებთ, არ არსებობს მოთხოვნა, რომ მხარეები აუცილებლად უნდა მორიგდნენ, უფრო მეტიც, არ არის სავალდებულო, მხარემ ერთი შეთავაზება მაინც გააკეთოს აუცილებლად.⁹⁵

UMA-ის მიხედვით, მედიაციის პროცესში მხარის მიერ არაკეთილსინდისიერი ქცევა არ განიხილება კონფიდენციალურობის პრინციპიდან გამონაკლისად. ეს უფრო შიდა რეგულაციას მიეკუთვნება და, შესაბამისად, მედიატორის მიერ ამ პრინციპის აშკარა დარღვევად უნდა ჩაითვალოს სასამართლოს წინაშე დეტალური ანგარიშის წარდგენა. სასამართლოს მიერ მედიაციისადმი დაქვემდებარების შესახებ შედგენილ დოკუმენტში არსებული ფრაზა, რომ მხარე-

⁹¹ *Alfini J.J., McCabe C.G.* „Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, Arkansas Law Review, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 179.

⁹² იქვე, 180.

⁹³ იქვე, 193

⁹⁴ *Hopt J.K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 1285.

⁹⁵ *Alfini J.J., McCabe C.G.* „Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, Arkansas Law Review, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 183.

ებმა მედიაციის პროცესში უნდა იმოქმედონ კეთილსინდისიერად, რათა მოაგვარონ დავა, არ გულისხმობს იმას, რომ კეთილსინდისიერების მოთხოვნა უტოლდება ბრძანებას – მოაგვარონ დავა, როგორც აღნიშნა სასამართლომ საქმეში – *salfen v. United States*.⁹⁶

7. კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულების დარღვევა

კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებით შებოჭილი პირთა წრე კანონმდებლობაში, როგორც წესი, აუცილებლად არის განსაზღვრული. უმეტეს შემთხვევაში, ასეთ პირებად მოიაზრებიან მედიაციის პროცესის მხარეები და მედიატორი. შესაბამისად, ამ პირების მიერ კონფიდენციალურობის პრინციპის დარღვევას განსხვავებული სამართლებრივი შედეგის დადგომა მოსდევს.

7.1. კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულების დარღვევა მხარის ან მისი წარმომადგენლის მიერ

მხარეები იფრთხილებენ მედიაციის პროცესში, თუ იფიქრებენ, რომ მათ მიერ გამჟღავნებული ინფორმაცია, შესაძლებელია, მოგვიანებით გამოყენებულ იქნეს მათ საზიანოდ.⁹⁷ მედიაციის პროცესი არის კომუნიკაცია. ამ კომუნიკაციის განმავლობაში მხარეებმა შესაძლოა გაამჟღავნონ ისეთი ინფორმაცია, რომელიც მათთვის პოტენციური რისკის შემცველია,⁹⁸ მაგალითად, ინფორმაცია, რომელიც ეხება მათ პირად ცხოვრებას, ბიზნესსაქმიანობას.⁹⁹ ზოგიერთ კანონმდებლობაში მხარეები და მათი წარმომადგენლები არ არიან შებოჭილები კონფიდენციალურობის პრინციპით. ეს გარემოება შესაძლებელია, მივიჩნიოთ კანონმდებლობის ხარვეზად, ვინაიდან, თუ მხარეები ხელშეკრულებით არ გაითვალისწინებენ კონფიდენციალურობის დათქმას, კანონი მათ არ ავალდებულებს, მომდევნო სასამართლო პროცესებზე არ წარადგინონ მედიაციის პროცესში მოპოვებული ინფორმაცია, შესაბამისად, სასამართლოსთვის დამახასიათებელი შეჯიბრებითობის პრინციპი შესაძლოა, გახდეს მხარეთა მიერ კონფიდენციალურობის დარღვევის საფუძველი. სახელშეკრულებო დათქმის არსებობის შემთხვევაში მხარეს, ჩვეულებრივ, მოეთხოვება ზიანის ანაზღაურება, ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულების შეუსრულებლობის გამო. იმ შემთხვევაში, თუ მხარეები არ გაითვალისწინებენ კონფიდენციალურობის დათქმას, ბუნებრივია, სამართლებრივი რეგულირების არარსებობის შემთხვევაში, დაუცველნი რჩებიან სასამართლოს წინაშე წარდგენილი მტკიცებულებებისგან.

საფრანგეთის კანონმდებლობა ითვალისწინებს მხარეთა მიერ ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას, კონფიდენციალურობის პრინციპის დარღვევის შემთხვევაში, უფრო მეტიც, ადვოკატები ანალოგიურ შემთხვევებში ექვემდებარებიან ადვოკატთა ასოციაციის დისციპლინური გადაცდომისთვის მოქმედ შესაბამის ნორმებს. კონფიდენციალურობის წესებიდან გადახვევა პირდაპირ ან არაპირდაპირ შესაძლოა იყოს სანქცირებული პროცედურული სამართლითაც.¹⁰⁰

UMA-ის შემქმნელებმა გაითვალისწინეს საჭიროება საჯარო ინტერესის, დავის გამჭვირვალედ გადაწყვეტის ბალანსისა, მხარის და მედიატორის მიერ კონფიდენციალურობის დაცვის საჭიროებასთან მიმართებით. მედიაციის პრივილეგია იმსხვრევა, როდესაც მხარეები შე-

⁹⁶ *Alfini J.J., McCabe C.G.*, Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, *Arkansas Law Review*, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 182.

⁹⁷ *Gray., Owen V.*, Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, *Osgoode Hall Law Journal*, 36.4, 1998, 671.

⁹⁸ *Brown, Kent L.*, Confidentiality in Mediation: Status and Implications, *Journal of Dispute Resolution*, 1991.2, 1991, 334.

⁹⁹ *Gray., Owen V.*, Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, *Osgoode Hall Law Journal*, 36.4, 1998, 671.

¹⁰⁰ *Hopt J. K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 478.

თანხმდებიან ამაზე – კანონით არის ეს გათვალისწინებული ან მედიაცია საჯაროა. აღსანიშნავია, რომ, თუ რაიმე გამონაკლისი არ ვრცელდება, მედიატორს ეკრძალება ანგარიშის, შეფასებისა თუ რეკომენდაციის წარდგენა სასამართლოსთვის და უნდა შემოიფარგლოს მხოლოდ იმ ინფორმაციით, რომელიც ეხება მედიაციის, როგორც პროცესის, ჩატარებას, წარმატებით დასრულებას და მხარეების დასწრებას.¹⁰¹

7.2. კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულების დარღვევა მედიატორის მიერ

პროფესიის კონტროლის ერთი საშუალებაა „ქმედების ჩადენის შემდგომ“, მოვალეობის არაჯეროვანი შესრულების საფუძველზე, დადგეს პირის პასუხისმგებლობის საკითხი.¹⁰² არსებობს რამდენიმე გარემოება, რომელნიც მხარის მიერ საჩივრის წარდგენის საფუძველი შესაძლოა გახდნენ. ძირითადად, ეს გარემოებები ეხება მედიატორის მიერ გულმოდგინების, მზრუნველობის მოვალეობის დარღვევას და მის არაკომპეტენტურობას. არაკომპეტენტურობა სახეზე გვაქვს იმ შემთხვევებში, როდესაც მედიატორი გახდება მხარეთა შეუთანხმებლობის მიზეზი, თუ მედიატორმა მხარეებს მისაღწევ შეთანხმებასთან დაკავშირებით მისცა არაკვალიფიციური რჩევა, ან არ გაამჟღავნა მხარისთვის აუცილებელი ინფორმაცია, რადგან საფრთხე იყო მისთვის, ან გაამჟღავნა ისეთი ინფორმაცია, რომლის გამჟღავნების უფლებაც არ ჰქონდა. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში სახეზეა ასევე გულმოდგინებისა და ზრუნვის მოვალეობის დარღვევა. თუმცა ზემოთ ჩამოთვლილთაგან ყველა შემთხვევა თავისთავად არ გულისხმობს სარჩელის შეტანის წინაპირობას.¹⁰³

მხარემ შესაძლოა, მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება მედიატორის მიერ არასასურველი ქმედებების განხორციელებისთვის, რომელთა შორის ითვლება გულმოდგინებისა და კონფიდენციალურობის დაცვის მოვალეობის დარღვევა. პრაქტიკის მიხედვით, მთავარი სირთულეა მიზეზშედეგობრივი კავშირის დამტკიცება მედიატორის ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის. მხარეს შეუძლია, მოითხოვოს ზიანის ანაზღაურება უკეთესი შეთანხმების მიღწევის შესაძლებლობის დაკარგვისთვის, ისევე როგორც დაკარგული თანხისთვის (მედიატორისთვის გადახდილი საფასური). პირველი შემთხვევა ამ უკანასკნელთან მიმართებით საკმაოდ იშვიათად სრულდება ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის დაკმაყოფილებით, რადგან რთულია შეფასება, სასურველი შეთანხმების მიუღწევლობაში რა ოდენობით იკვეთება მედიატორის წვლილი. უფრო მეტიც, მედიაციის პროცესში მიღწეული შეთანხმების კონსესუალური ბუნება თითქმის შეუძლებელს ხდის მედიატორისთვის ზიანის ანაზღაურების დაკისრებას.¹⁰⁴

როგორც უკვე აღინიშნა, განარჩევენ კონფიდენციალური კომუნიკაციის ორ სახეს: „შიდა“ და „გარე“ კონფიდენციალურობას. ნებისმიერი მედიაციის ორგანიზაციის ეთიკის წესები მოითხოვს მედიატორებისგან გარეკონფიდენციალურობის დაცვას. მედიატორი, რომელიც დარღვევს გარეკონფიდენციალურობას, უმეტეს შემთხვევაში, დისციპლინური პასუხისმგებლობის წინაშე დადგება; გარდა ამისა, მედიატორს შესაძლოა დაეკისროს ზიანის ანაზღაურება ამ ვალდებულების დარღვევის შედეგიდან გამომდინარე, ვინაიდან სახელშეკრულებო ვალდებულების დარღვევას თან სდევს კერძოსამართლებრივი მოთხოვნა ზიანის ანაზღაურებაზე.¹⁰⁵

შიდაკონფიდენციალურობა მოიცავს იმ პოტენციურ ინფორმაციას, რისი გაგებაც შესაძლებელია ერთი მხარისთვის მეორე მხარის შესახებ.¹⁰⁶ მედიატორი ინფორმაციის მატარებელია და, შესაბამისად, ეთიკური და სტრატეგიული გამონწვევების წინ დგას. იმ შემთხვევაში,

¹⁰¹ Hopt J. K., Steffek F., *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 1289.

¹⁰² Kovach K.K., *Mediation Principles and Practice*, 3rd ed, Thomson West, 2004, 458.

¹⁰³ Carroll R., *Mediator Immunity in Australia*, Sydney Law Review, 23.2, 2001, 190.

¹⁰⁴ იქვე, 192.

¹⁰⁵ Kovach K.K., *Mediation Principles and Practice*, 3rd edition, Thomson West, 2004, 463.

¹⁰⁶ იქვე.

თუ მედიატორი არასწორად მოახდენს ინფორმაციის გადაცემას, შესაძლოა, სანქციის ან ზიანის ანაზღაურების სუბიექტი გახდეს.¹⁰⁷ მედიატორის მიერ მოვალეობების არასათანადო შესრულების დამტკიცება რთულდება, შესრულების და არასათანადო შესრულების სტანდარტის არარსებობის გამო, შესაბამისად, რთულია, განისაზღვროს კაუზალურობა და ზიანის ანაზღაურების საკითხები, თუმცა თეორიულად შესაძლებელია მრავალი ვარიაციის წარმოდგენა და, ზოგიერთი თეორეტიკოსის მოსაზრებით, სასამართლო ხშირად იხილავს მედიატორის პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებულ საქმეებს.¹⁰⁸

მედიატორის მიერ მოვალეობების არასათანადო შესრულებასთან დაკავშირებული საჩივრები პრაქტიკაში იშვიათია. პროფესორ მაიკლ მოფიტის დასკვნით, მილიონობით მედიაციის მომხმარებელიდან საოცრად მცირე რაოდენობამ შეიტანა საჩივარი მედიატორის მიერ მოვალეობების არაჯეროვან შესრულებასთან დაკავშირებით. მაგალითად, ფლორიდაში, სავალდებულო სასამართლო მედიაციის დაფუძნებიდან პირველი 8 წლის განმავლობაში 100 000 საქმიდან მხოლოდ 49 საქმესთან დაკავშირებით შევიდა საჩივარი სასამართლოს მიერ აკრედიტებულ მედიატორზე. ამ უკანასკნელის მიზეზი შესაძლოა, რამდენიმე იყოს:

1. მედიატორებს სამედიაციო შეთანხმებებისა და სასამართლო რეგულაციების წყალობით თავდაცვის საკმაოდ მძლავრი მექანიზმი აქვთ.

2. მხარეებისთვის რთულია იმის დამტკიცება, რომ მედიატორის მიერ მოვალეობების არაჯეროვანმა შესრულებამ მათ მიაყენა ფინანსური ზარალი.

გარდა ამისა, კომერციულ მედიაციაში, ბუნებრივია, მხარეებს ჰყავთ წარმომადგენლები, შესაბამისად, რთულია იმის დამტკიცება, რომ მედიატორმა წარმომადგენლისთვის გვერდის ავლით მიაღებინა მხარეს მისთვის ფინანსური კუთხით არასახარბიელო გადაწყვეტილება.¹⁰⁹

მედიატორზე ზემოქმედების მექანიზმია მედიატორთა აკრედიტაციის ცენტრები და ასოციაციები. მედიატორს შესაძლოა, დაეკისროს პასუხისმგებლობა დისციპლინური გადაცდომისთვის, მათ შორის დადგეს აკრედიტაციის დაკარგვის საფრთხის წინაშე. თუმცა ნებისმიერ შემთხვევაში სანქციის სახე დამოკიდებულია იმ პროფესიული ორგანიზაციის პოლიტიკასა და წესებზე, რომლის წინაშეც არის მედიატორი ანგარიშვალდებული. შესაძლებელია, მედიატორის მაკონტროლებელ სტრუქტურას წარმოადგენდეს ასოციაცია, სახელმწიფოს მიერ შექმნილი სააგენტო ან, უბრალოდ, კერძო დამსაქმებელი. თავის მხრივ, კონტროლის ხარისხი დამოკიდებულია კარგად ჩამოყალიბებულ ქცევის წესების სტანდარტის არსებობაზე, ისევე როგორც ამ წესების იმპლემენტაციის ეფექტურ მექანიზმებზე.¹¹⁰

8. დასკვნა

მედიაციის მასშტაბების ზრდასთან ერთად მეტ ყურადღებას იპყრობს ამ ინსტიტუტის ძირითადი პრინციპები, მათ შორის კონფიდენციალურობის პრინციპი, რომელიც მხარეების მიერ დავის გადაწყვეტის ამ ალტერნატიული საშუალების არჩევის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მოტივატორია. დავის მოგვარებისკენ ნაბიჯების გადადგმა მარტივდება მხარეთა შორის გახსნილი კომუნიკაციის არსებობის შემთხვევაში. მხარეთა გახსნილობას კი, თავის მხრივ, განაპირობებს მათ მიერ განხორციელებული კომუნიკაციის პოტენციური გამჟღავნების თითქმის ნულოვანი შესაძლებლობის არსებობა. მიუხედავად კონფიდენციალურობის პრინციპის მიერ მხარისთვის შემოთავაზებული დაცვისა, არასასურველია ამ პრინციპის აბსოლუტური ხასიათის დადგენა, ისევე როგორც მისი ზედმეტად შეზღუდვა სხვადასხვა გამონაკლისის დაწესე-

¹⁰⁷ Kovach K.K., *Mediation Principles and Practice*, 3rd edition, Thomson West, 2004, 463.

¹⁰⁸ Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C.R., Robbennolt K.J., Welsh A.N., *Dispute Resolution and Lawyers*, 4th ed., West, 2009, 413.

¹⁰⁹ Golann D., *Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, American Bar Association, 2009, 225.

¹¹⁰ Carroll R., *Mediator Immunity in Australia*, *Sydney Law Review*, 23.2, 2001, 192.

ბით. გარდა რამდენიმე თითქმის უნივერსალური გამონაკლისისა, რომლებიც გამტკიცებულია ევროპის უმეტესი ქვეყნის კანონმდებლობებში, დამატებითი გამონაკლისები, მაგალითად, კეთილსინდისიერების პრინციპთან შეუთავსებლობის შემთხვევაში, უნდა დადგინდეს კონკრეტული შემთხვევიდან გამომდინარე, რათა მხარეებს არ მიეცეთ შესაძლებლობა, ისარგებლონ მედიაციის ინსტიტუტის ბოროტად გამოყენებით. კონფიდენციალურობის პრინციპის შეზღუდვის საფუძვლები მრავლად მოიპოვება სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობებში. ძირითადად, ეს შეზღუდვები დაკავშირებულია კერძო დავის გადაწყვეტის მიმართ გარკვეული კონტროლის საჭიროების არსებობასთან. ეს საჭიროება შესაძლოა, გამომდინარეობდეს კონკრეტული დავის ცალკეული ასპექტების, განსაკუთრებით გადაწყვეტის საბოლოო შედეგის, საჯარო წესრიგთან შეუსაბამობით. შეზღუდვის სხვა საფუძვლებს შორის აღსანიშნავია იმ პირთა უფლებები, რომელთაც ესაჭიროებათ კონფიდენციალურ ინფორმაციასთან წვდომა, რათა, თავის მხრივ, დაიცვან თავიანთი უფლებები.

Standard of Binding by Confidentiality Principle in Mediation Process

The goal of the article is to determine the role of confidentiality principle in the process of mediation, the standard of binding of the mediation process participants based on this principle, as well as circumstances under which the limitation of this principle is possible.

The article examines mediation process's participants' protection under the principle of confidentiality and proposes position that there is no need to necessarily define the absolute quality of confidentiality as well as its extra limitation by imposing various exclusions. Except for several almost universal exceptions which are established by the legislation of the majority of European countries and USA additional exceptions like the compatibility with good faith principle must be defined based on concrete cases, in order the parties are not given the opportunity to malversationally use the mediation institute.

Key words: *Mediator, principle of confidentiality, mediator ethics, confidentiality principle regulations, exemptions from confidentiality.*

1. Introduction

Mediation is a relatively new method of alternative dispute resolution in legislation which is in the process of step by step development. This institute represents alternative process of court proceedings when the third neutral party (mediator) helps the parties to solve the existing dispute.¹ Fundamental priorities of mediation: time and cost efficiency, maintaining the future relationships and possibly existence of creative alternatives for agreements between the parties.² In most cases the involvement into mediation process is voluntary, though the court mediation institute considers transferring some of the categories of disputes to the mediation institute.³

The peculiar character of mediation as an alternative dispute resolution - to influence personal transformation - is consequent from its capacity to help parties to identify interests and problems to cope with the problems themselves.⁴ The principles of mediation are unchangeable despite the fact that there are different forms of this process.⁵ Mediator (the third party) conducts mediation process in compliance with those standards which represent the essence of mediation⁶, the most important of which is the standard of confidentiality responsibility. The fact that the confidentiality is a precondition of mediation success is an

* Master of Law, TSU Faculty of Law.

¹ Lisnek, Paul M., Mediation: Untangling Business Disputes through ADR., Commercial Law Bulletin 8.4,13.

² Kovach K.K., Mediation in a Nutshell, Thomson West, 2004, 34-38.

³ Riskin L. L., Westbrook E. J., Guthrie C., Reuben C. R., Robbennolt K.J., Welsh A. N., Dispute Resolution and Lawyers, 4th ed., West, 2009, 309.

⁴ Goldberg B. S., Sander E.A. F., Rogers H.N., Cole R.S., Dispute Resolution Negotiation, Mediation and other Processes, 5th ed., Aspen Publishers, 2007, 108.

⁵ Brown H., Marriot A., ADR Principles and Practice, 3rd ed., Sweet and Maxwell, 2011, 158.

⁶ Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C.R., Robbennolt K.J., Welsh A.N., Dispute Resolution and Lawyers, 4th ed, West, 2009, 385.

axiom for practitioners and academicians. Strong confidentiality is a determining condition for establishing cooperative relationships between the parties and the mediator.⁷

At first glance the principle of confidentiality does not require a special legislative regulation. The parties can use contract law as the basis and consider the confidentiality protection term in the contract though it is obvious that there are several factors justifying the need of legislative regulations. For example, the legislative regulation is needed when parties are unable to consider a desirable confidentiality in contracts. Civil procedure law does not consider any contract stipulations with regards to applicability of testimony.⁸ In condition of existence of separate circumstances, mediation is loomed with formal legislative procedures.⁹ Mediation is being implemented in the shade of legislation and in parallel aspires to solve a dispute on the basis of agreement between the parties. It also ensures the process integrity, social requirement of access to information and unity of legislation.¹⁰ Confidentiality means the extent at which the existence of concrete facts are/will be known: 1) that there is a dispute between the parties; 2) the reasons of the dispute initiation; 3) that parties have resolved the dispute, and 4) the condition of dispute resolution. It is probable that in certain types of disputes the public “rehabilitation” is essential; in other cases the risk diminishment requires confidentiality.¹¹

The goal of the article is to determine the role of confidentiality principle in the process of mediation, the standard of binding of the mediation process participants based on this principle, as well as circumstances under which the limitation of this principle is possible.

2. Importance of Confidentiality Principle

It is necessary that the parties “confide in” for the successful process of mediation. Informal character of mediation predisposes free conversation on facts, interests and problem resolution. The quality of participation of the parties in this process would be decreased if due to non-disclosure of information their expectations would elude from reality.¹² Mediation, compared to simple negotiations, ends with more successful results as a mediator analyzes and constructively uses the information received during the separate meetings with the parties.¹³ Mediator is doing creative work, he can achieve positive result of his work only if the parties are sure that the information they share with him will not be disclosed without their consent.¹⁴

There are “internal” and “external” types of information confidentiality distinguished in practice. Besides the responsibility of “external” confidentiality protection which means non-disclosure of information out of the scope of mediation, mediators emphasize the other mechanism of this principle protection – “internal confidentiality”, which covers the responsibility of a mediator not to disclose information without the consent of the parties directly in the process of mediation.¹⁵ The parties often use separate meeting mode to make their proposals. In particular, a mediator is responsible to handover the

⁷ *Deason E.E.*, Quest for Uniformity in Mediation Confidentiality: Foolish Consistency or Crucial Predictability, *The Marquette Law Rev.*, 85.1, 2011, 80.

⁸ *Hopt J. K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 49.

⁹ *Ibid*, 1287.

¹⁰ *Ibid*, 1288.

¹¹ *Burnett C.*, *Advising Clients About ADR: A Practical Guide to Having Difficult Conversations About Selecting Options, Alternative Dispute Resolution*, Yearbook 2014, Tbilisi State University Publishing House, Edition 2014, 378.

¹² *Folberg J., Golann D., Stipanowich J.T., Kloppenberg A.L.*, *Resolving Disputes Theory, Practice, and Law*, 2nd ed., Aspen Publishers, 2010, 478.

¹³ *Ware J.S.*, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Thomson West, 2007, 324.

¹⁴ *Ibid*.

¹⁵ *Stark H.J., Frenkel N.D.*, *the Practice of Mediation*, Aspen Publishers, 2008, 312.

information or a proposal to the other party after the separate meeting. This process is considered a weakness of internal confidentiality because during the meeting it is possible that inadvertently to mediator the “leakage” of strategically important information of one of the parties will occur.¹⁶

A mediator must bring to the focus the major interests and needs of parties, which is impossible if the parties do not have the trust. Even justice requires the protection of confidentiality. Apart from the traditional court system the parties have expectations that the information given by them will not be publicly disclosed and used during the trial. The mediation would be a mechanism of obtaining the evidences if the communications implemented during the mediation process would be allowed to be used as evidences. Presenting a mediator as a potential witness will possibly have negative effect on free communication of parties, because no matter how careful the mediator will be during testifying process, it will be in favor of one of the parties and correspondingly distracts the mediator’s as an independent broker’s image.¹⁷ Finally to a large extent, the information secure classification predetermines the motivation of parties to choose mediation as a method of dispute resolution because in this case the resolution of the commercial or simple neighbourhood disputes become possible without attracting attention.¹⁸

The information revealed during the mediation process helps the parties to elucidate the real interests which in turn is an efficient precondition of successful dispute resolution. Despite the above the absolute character of confidentiality may cause the number of complications. For example, in some countries the legislation requires the consideration of the principle of good faith in the process of mediation, while the confidential character of the process makes it impossible for court to define the extent of correspondence of the participants to the abovementioned principles.¹⁹ Today the mediation programs are established aiming at relieving the courts from overload while relatively less importance is given to the basic principles of mediation.²⁰ It is absolutely possible that the parties are interested in the process procrastination as well as, hoping that the mediation is confidential, there is a possibility that a party presents irregular facts. Due to the irregular information the other party may suffer and at the same time the fact of unconscientiousness is becoming difficult to prove.²¹

It is interesting that among the academicians of the United States of America there are the discussions of the following type: in case of partial or verbal mediation agreement whether the contract law has to define the limits of the use of the documents compiled during the mediation conferences as evidences. The other topic for discussion is whether it is necessary to define the limits of a mediator’s privileges.²² Consequent from the above we can assume that confidentiality has the potential to increase the external negative factors which were “settled” by the lawmaker.²³ Besides the above, the privileges granted based on the confidentiality principle draw back the potentially important evidences and limits the access of the society to the information which is possibly necessary for the protection of interests of the democratic

¹⁶ *Stark H.J., Frenkel N.D.*, the Practice of Mediation, Aspen Publishers, 2008, 312-313.

¹⁷ *Prigoff Michael L.*, Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation. *Seton Hall Legislative Journal* 12.1, 1988-1989, 1.

¹⁸ *Prigoff Michael L.*, Toward Candor or Chaos: The Case of Confidentiality in Mediation. *Seton Hall Legislative Journal* 12.1 (1988-1989): 1-2.

¹⁹ *Moffit L.M., Bordone C.R.*, the Handbook of Dispute Resolution, Jossey-Bass, 2005, 313.

²⁰ *Alfini J.J., McCabe C.G.*, Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, *Arkansas Law Review*, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 183.

²¹ *Tsertsvadze G.*, Perspectives of Legislative Regulation of Mediation in Georgia, *Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Alternative Dispute Resolution National Center*, Tbilisi, 2013, 31.

²² Privilege – Protected Communication.

²³ *Hopt J. K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford Univesrity Press, 2013, 1282.

society.²⁴ That is why it is of particular importance to define the exclusions which will balance the abovementioned circumstance.

The responsibility to protect the confidentiality bears public interests in that it provides the trust and hence the open communication with “potential customers” of mediation which will be reflected in resultative mediation agreements in future. Though the confidentiality of mediation process may possibly become inhibiting factor for “public weal”. For example, when a big organization is involved in mediation process the issue of public awareness on the problems or proposals which may influence the society might not be insignificant.²⁵ The attempt to achieve balance between the implementation of the confidentiality policy from one hand and the necessity to disclose the information from another hand resulted in creation of confidentiality labyrinth, which in its turn is full of exclusions.²⁶

3. Major Addressees of Selection Based on Confidentiality Principle

The concomitant principle of a trial is that the parties possess and present all types of relevant evidences which can be used in support of their position, including the information obtained during the mediation process. The necessity to present the evidences contradicts the responsibility to protect confidentiality.²⁷ Consequent from the above it is important to determine the persons for which the confidentiality principle is the relevant law and at the same time to define the limits of the relevance of the law. It is natural that according to the confidentiality principle the selection addressees are the persons participating in mediation process. Despite that the process is not public the small group of persons still have the access to important information. The abovementioned group of people consist of: the parties, mediator, representatives of the parties, and the third parties from their side consisting of experts, translators, assistants and the persons who invited at mediation (for instance, neighbors, business partners).²⁸ Consequent from the mediation process the confidentiality may be efficient between the parties as well as between the mediator and the parties.²⁹

3.1. The Parties

It is natural that in the process of mediation the parties are the main actors. They play the active role in the process and they are to sign the agreement.³⁰ In general the responsibilities of the parties compared to the responsibilities of the mediator are relatively less reviewed. The source of these responsibilities could be the Contract Law, Mediation Law or the Court Regulation on Mediation. Consequent from the Agreement the reference point for the responsibilities is the conduct of conscientious and thorough negotiations, though it is difficult to determine the limits of this responsibility accomplishment because the parties are not obliged to complete the negotiation with the agreement.³¹ Confidentiality protection

²⁴ *Folberg J., Golann D., Stipanowich J. T., Kloppenberg A.L.*, *Resolving Disputes Theory, Practice, and Law*, 2nd ed., Aspen Publishers, 2nd ed., 2010, 480.

²⁵ *Beer E.J., Stief E.*, *The Mediators Handbook*, 3rd ed., New Society Publishers, 2010, 76.

²⁶ *Goldberg B., Stephen., Sander E.A. F., Rogers, H. N., Cole R.S.*, *Dispute Resolution Negotiation, Mediation and other Processes*, 5th ed., Aspen Publishers, 2007, 442.

²⁷ *Riskin L., Westbrook E J., Guthrie C., Reuben C.R., Robbennolt K.J., Welsh A.N.*, *Dispute Resolution and Lawyers*, 4th ed., West, 2009, 483.

²⁸ *Hopt J.K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 50.

²⁹ *Boulle L., Nesic M.*, *Mediator Skills and Techniques: Triangle of Influence*, Bloomsbury Professional, 2010, 300.

³⁰ *Mackie K., Miles D., Marsh W., Allen T.*, *The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution*, 3rd ed., Tottel Publishing Ltd, 2007, 234.

³¹ *Hopt J.K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 63.

reservations are the most trustworthy method to protect information, though it should be taken into consideration that the reservations are mostly applicable for the parties and not for the third party.³²

According to the legislation of Netherland the parties are assigned to present the facts conscienciously. The responsibility of information confidentiality protection is confronting it. Despite that the tendency of the last years incline in favor of confidentiality, the Regional Court of Amsterdam in one of the cases allowed the parties to present the mediation related documents bypassing the confidentiality principle. Later the resolutions rejected this kind of evidences as it was considered that the confidentiality is the main feature of mediation process and that it is the fundamental for achieving the final successful agreement.³³ Despite the strong mechanisms of confidentiality protection considered by UMA which prohibits disclosure of the information³⁴ obtained during the mediation process in the court not only for mediators but for parties, as well as for other persons participating in the court, the mediation practice of Washington demonstrates that it is better to protect this principle through Contractual Reservations.³⁵

3.2. Mediator

It is noteworthy that regulation of the confidentiality principles with regards to mediators is more often defined by professional ethic norms than by the law. The responsibility of mediators to protect confidential information covers two type of responsibilities: mediator must not disclose confidential information directly in the process of mediation and after its completion. In the first case a mediator can possibly facilitate the fulfillment of the responsibility by proposing to the parties to sign a confidentiality agreement containing the responsibility of the mediator to disclose the information obtained in the process of mediation. If we judge based on the practice, the approach of this kind is very convenient as the mediator does not need to ask parties on which information he can disclose and which not immediately during the process of mediation.³⁶ Despite that the mediator has right to disclose confidential information he can also use this information to present such version of possible agreement which the parties will not be able to identify through the process of direct communication.³⁷

Of course it is undesirable for the parties if the mediator appears as a witness in the court, because he represents a big source of relevant information after the process of mediation. There are three possible cases of information disclosure in the court by mediator: mediation process was unsuccessful and one of the parties requests that the mediator justifies the opponent's 1. Application 2. Health or financial condition; 3. Explains the conditions of the agreement and justify the unscrupulous behavior of the opponent.³⁸

The big majority of legislations considers obligatory the presumption of inadmissibility to interrogate mediators as witnesses, though it may possibly be considered a little bit exaggerated as it is unclear to why the

³² *Golann D.*, *Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, American Bar Association, 2009, 220.

³³ *Hopt J.K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 722.

³⁴ *Deason E.E.*, *Uniform Mediation Act*, *Dispute Resolution Magazine*, 8.4, 2001-2002, 7.

³⁵ *Hopt J.K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 1286.

³⁶ *Murrey O.R.*, *The Mediation Handbook Effective Strategies for Litigators*, Revised ed, Bradford Publishing Company, 2010, 190.

³⁷ *Cooley W.J.*, *Mediation Advocacy*, 2nd ed., National Institute for Trial Advocacy, 2002, 198.

³⁸ *Mackie K., Miles D., Marsh W., Allen T.*, *The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution*, 3rd ed., Tottel Publishing Ltd, 2007, 125.

parties cannot agree on releasing the mediator from the responsibility of confidentiality.³⁹ Protection of mediation confidentiality is taken into account in the law of the United States of America through granting the privilege against the mediator's testimony.⁴⁰ Though according to UMA a mediator has right to disclose the information regarding the attendance by the parties and the fact of achieved Agreement.⁴¹ As for France, during the court mediation a mediator is responsible to inform the judge only the existing information about the agreement of the parties.⁴² It is interesting that according to the resolution made in 2009 by the Supreme Court of Netherland mediators were rejected in abstaining from being witnesses. The Court explained that despite that the confidentiality principle is very important there is a risk that the mediation obtains other image and will be implemented by the persons who are not subordinate to regulations, do not have the qualification and hence are not the subjects of disciplinary responsibility. The court considered that the social interest of learning the truth in concrete cases is more important in comparison to the protection of confidentiality principle. Consequent from the above mediators in a number of cases must bear a testimony in the court though the judge gives the opportunity to abstain from disclosure of information in some of the cases.⁴³

3.3. Third Party

According to German legislation mediators and other persons involved in mediation process, for example: paralegals, assistant mediators, are assigned not to disclose the information obtained during the mediation process. Based on the agreement between parties the persons attending the mediation process are not bound with the confidentiality protection responsibility. (For instance: neighbors, members of family, experts).⁴⁴ The regulations of Netherland with regards to the abovementioned topic is different, in particular, the obligation of mediation participants to protect confidentiality is preconditioned by confidentiality agreement, in other case the information presented by these people may be used by the parties during the following court processes.⁴⁵

4. Topics Related to Confidential Information

Confidentiality principle protects the communication implemented during the mediation process. Hence it is necessary to define the topics protected under this principle. Under the mediation communication verbal as well as non-verbal, written communication is meant.⁴⁶ Communication is defined as information and idea transfer process.⁴⁷ Non-verbal communication to be considered confidential, a party has to objectively demonstrate that the communication was meant for the parties involved into the

³⁹ *Hopt J.K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 52.

⁴⁰ *Ibid*, 1281.

⁴¹ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 129.

⁴² *Hopt J.K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 478.

⁴³ *Ibid*, 724.

⁴⁴ *Ibid*, 547.

⁴⁵ *Hopt J.K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 721.

⁴⁶ *Ruiz D.A.*, Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication, Ohio State Journal on Dispute Resolution 15.3, 1999-2000, 865.

⁴⁷ <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/learner/communication>>.

mediation.⁴⁸ It is important to define the reference point of the period since which the communication is considered confidential to avoid “overarching confidentiality”. Correspondingly, in case of the court mediation the reference point could become the moment when the court passes the dispute to mediation, while in the case of out of court mediation - the moment when the parties address the mediator for the mediation service.⁴⁹

Reservations regulating confidentiality determine the formation of types of communication limits implemented in mediation: all types of communication that occur during the mediation process is confidential information⁵⁰ and the communication that refers to the subject of the dispute is confidential information.⁵¹ Despite that the reservations of the first type encourage the parties to communicate in free mode during the mediation process on the other hand in the name of confidentiality this kind of comprehensive definition covers all kind of information no matter how relevant the information is with regards to the dispute.⁵² It is a topic of separate review to determine the communication accomplished by which party is considered the communication according to the confidentiality principle. According to UMA the mediation communication is defined as a verbal or written action, which was implemented by a party or its representative in the presence of the mediator or by a party or its representative in response to the mediator.⁵³ It is noteworthy that the announcements, comments, expressed views and recommendations made by a mediator are also considered a mediation communication. The views and assessments of a mediator are consequent from the verbal or non-verbal communication of the parties during the mediation process which logically defines the confidentiality of assessments and views of the mediator.⁵⁴

The communication concept protected by the principle of confidentiality is different in legislative regulations of various countries. According to the draft law of UNCITRAL not only the communication implemented in the mediation process, but also the pre-mediation meetings when the mediator gets the information on facts or reviews the condition of the agreement is considered the communication protected by confidentiality.⁵⁵ It should be noted that there is no definition of mediation communication in legislation of many states, consequent from the fact the parties do not have complete information on what is considered under the mediation communication, hence their participation in mediation process might not possibly be complete.⁵⁶ In contrast to the abovementioned UMA fills out the gap and explains that the verbal or non-verbal announcement and note made in the mediation process or with the aim of mediation is considered the communication.⁵⁷

The legislation of Great Britain divides the information obtained during the mediation communication which is considered confidential into the following categories:

- a) The information under the control of a party.
- b) The information which is under the control of the mediator and the fact was established during the mediation process of during the preliminary meeting.

⁴⁸ *Ruiz D.A.*, Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication, Ohio State Journal on Dispute Resolution 15.3, 1999-2000, 865.

⁴⁹ *Ibid*, 867.

⁵⁰ *Ibid*, 858.

⁵¹ *Ruiz D.A.*, Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication, Ohio State Journal on Dispute Resolution 15.3, 1999-2000, 858.

⁵² *Ibid*, 859.

⁵³ Uniform Mediation Act.

⁵⁴ *Ibid*, 877.

⁵⁵ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use, 2002, 41, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf>, [07.01.2016].

⁵⁶ *Ruiz D.A.*, Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication, Ohio State Journal on Dispute Resolution 15.3, 1999-2000, 851-852.

⁵⁷ Uniform Mediation Act, § 2 (2).

- c) The information which exists independently from the process of mediation.
- d) The information which is known to all parties of the mediation.
- e) The information known to only one party (which possibly shared the information with the mediators)⁵⁸.

According to the legislation of California besides the communication existing during the mediation process the concept of confidentiality covers the consultations with mediators before the mediation process starts.⁵⁹ Though the communication circle is limited and covers only the following topics: communication with the mediator aiming at the initiation of future mediation process; review of mediation process from the point of view of dispute resolution opportunities; recommendations of mediators.⁶⁰ According to California State legislation even the information shared with mediators during the separate meetings is considered confidential.⁶¹ It is interesting that the communication between the mediation party and the representative is not confidential except for the cases when there is an evidence that it was implemented aiming at mediation.⁶²

5. Restriction of Confidentiality Concept in Mediation

Under mediation often confidentiality and secrecy is assumed, though keeping to the confidentiality protection demand is never absolute and sometimes as it is difficult to detect the limits of this principle.⁶³ The courts are not bound by confidentiality agreement between the Parties hence the protection of confidentiality of the communication during the following court session totally depends on the level of exclusions from confidentiality protection.⁶⁴

The availability of an alternative method of a dispute resolution is different in various countries and mostly depends on the existing jurisdictions of countries.⁶⁵ The reservations that cover the confidentiality principle in legislation often regulate only concrete group of persons: mediator and the persons involved in mediation process. Consequent from the above the mediator is subordinate to the principle of confidentiality while the parties – do not. To ensure the confidentiality of communication from further presentations in the court the confidentiality responsibility must cover the parties and their representatives, moreover we even can compare the non-responsibility of the parties and their representatives for confidentiality with the trapping.⁶⁶ The abovementioned legislative gap is mentioned in Article 7 of European Directive⁶⁷, which is devoted to the confidentiality of mediation. If not agreed in another way, the member-countries provide the recusation of the mediator and persons participating in mediation from further testifying in the court based on the accepted information, except for the cases when it is in the

⁵⁸ *Hopt J.K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 397.

⁵⁹ Evid. Code § 1119, <<http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=evid&group=01001-02000&file=1115-1128>>.

⁶⁰ *Callahan R.*, Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in which the Litigation is Pending, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12, Issue 1, 2012, 66.

⁶¹ *Hopt J.K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 1283.

⁶² *Ibid*, 1284.

⁶³ *Moffit L.M., Bordone C.R.*, The Handbook of Dispute Resolution. Jossey-Bass, 2005, 313-314.

⁶⁴ *Goldberg B .S., Sander E.A. F., Rogers H.N., Cole R.S.* Dispute Resolution Negotiation, Mediation and other Processes, 5th ed., Aspen Publishers, 2007, 442.

⁶⁵ *Berlin C.*, Dispute Resolution Methods in Entrepreneurs and Customers Conflicts, *Dispute Alternative Resolution*, Yearbook, Tbilisi University Edition, 2012, 108.

⁶⁶ *Kovac Dr. V.*, The Status Quo of Mediation in Europe and Overseas, Hamburg, 2014, 156 .

⁶⁷ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Article 7.

interest of the public, mainly it refers to the Children's Rights, physical and psychological immunity of people or when it is impossible to achieve result without information disclosure.⁶⁸

Article 7 prohibit the information disclosure only to the mediators and persons involved in the organization of mediation process, there is nothing mentioned about the parties of the process. Technically this kind of reservation will enable the parties to use the information in the court or in the arbitrage. It is interesting that the member countries have implemented the mentioned reservation into their legislation without any change, while in some countries the reservation is adapted and then implemented into the legislation, for instance Portugal has modified this reservation.⁶⁹

In the United States in response to the topics related to confidentiality the special Mediation Act was developed⁷⁰, which mostly is concentrated on the issues of confidentiality; and some of the States implemented the Norm of the Act in their legislation.⁷¹ In some of the States the desire of the parties to avoid confidentiality was taken into consideration and consolidated it in the legislation but in some of the States it is prohibited.⁷² It is interesting that California Supreme Court rejected the UMA approach which implies privileges for the parties and mediators in concrete circumstances.⁷³ Some of the states have consolidated the codified exclusions of confidentiality, for example: the legislation of Wisconsin gives right to produce, so called, the video recording in cases of doubt that the use of privilege can result in injustice; the legislation of Ohio requires the honest participation of the parties in mediation process.⁷⁴

Mediator must not conceal a crime⁷⁵. It is possible that the parties which addressed a mediator to help resolve a dispute which is connected with of a committed crime by the parties. The mediation process confidentiality must not be used for concealing this kind of actions. Given the fact that the Mediator is a leading person in the mediation process he is responsible for avoiding the misuse of the process.⁷⁶ They say that if a Mediator has doubt about such kind of situation he is under the ethic risks.⁷⁷ In this case if the Mediator does not react adequately he cannot expect being protected by the professional behavior rules.⁷⁸ It is noteworthy that the legislation of the majority of the United States considers the confidentiality principles exclusions if the case bears criminal signs. In the legislation of France the limits of confidentiality norms is blur, for example, a Mediator is responsible to convict the parties in case the post-mediation agreement bears criminal signs.⁷⁹ According to the mediation rules and court practice of Netherlands the mediation is not subordinate to confidentiality rules on criminal cases and explains to mediators the responsibility of confidentiality in case of criminal signs detected during the mediation process.⁸⁰

⁶⁸ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Article 7.

⁶⁹ *Palo D.G., Trevor B.M.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 277.

⁷⁰ Uniform Mediation Act.

⁷¹ *Moffit L. M., Bordone C.R.*, The Handbook of Dispute Resolution. Jossey-Bass, 2005, 314.

⁷² *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol 27, № 3, 2012, 548.

⁷³ *Hopt J.K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 1287.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Waldman E.*, Mediation Ethics Cases and Commentaries, Jossey-Bass, 2011, 183.

⁷⁶ *Ibid.*, 184.

⁷⁷ *Ibid.*, 185.

⁷⁸ *Ibid.*, 185.

⁷⁹ *Hopt J. K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 479.

⁸⁰ *Ibid.*, 725.

6. Confidentiality Principle Restriction by Mediator during the Ethic Collision

The moral responsibilities of mediators pushes them to breaching of confidentiality principle in a set of certain circumstances. The Ethic Code of Mediators releases them from the responsibility of confidentiality principle protection in the mentioned cases.⁸¹ In case the legislative base does not give ground for exclusions in the confidentiality principle protection, mediators can rely on their own ethic position without any legislative standards. Mediators' dilemma is consequent from the responsibility of confidentiality protection, which comes in conflict with the disclosure of the facts which from the point of view of a mediator need to be disclosed. There is no standard answer to the dilemma hence mediators must act according to the mediation agreement rules, mediators' ethic rules, the importance of the information and the level of irrelevance of the information with regards to the public order.⁸²

Mediation, by its nature, is a free process controlled by the parties and its integration with the system of legislation is associated with the challenge. One of such challenges is coexistence of honesty and confidentiality principle. In case of the demand on honest participation, there should be corresponding exceptions in the confidentiality rules, as the communication implemented during the mediation process is the justification of absence of honest negotiations.⁸³ With regards to the limits of information disclosure existing in the United States Court practice there are various approaches. Correspondingly it is difficult to get the vision on the acceptable level of information disclosure in a mediation process and how can a party be protected from dishonest acts of another party. Definition of honesty principle is an issue full of contradictions. Term "honesty" possibly is expected to have lots of meanings and because of that it is very difficult to develop a standard for it.⁸⁴ It is not precisely defined what kind of behavior is considered unconscionable. From one side according to European law of contract "honest behavior" corresponds to the behavior model according to which the parties have to act.⁸⁵ Courts in their practice reduced the notion of honesty to the level of attendance and presentation of decision-maker persons in mediation process.⁸⁶ Professional Kimberly Kowaki considers that "he realizes the notion of honest behavior only when he encounters it". On his opinion there must be standards developed with this regards. There is also a consideration that honesty standards in mediation process must correlate to reasonable participation.⁸⁷

Honesty does not mean that the parties are responsible for resolution of a dispute and it must not be used to indulge the parties to resolve the dispute consequent from any economic basis⁸⁸. There is a written report according to which one can judge whether the parties behaved honestly or not. For example, in Minnesota a Mediator swears when before witnessing. In this case a mediator is given the decision-making role which affects his neutrality. According to alternative options a mediator must inform the court on what happened in the process of mediation and the court will make the decision on whether the parties behaved

⁸¹ Mackie K., Miles D., Marsh W., Allen T., *The ADR Practice Guide Commercial Dispute Resolution*, 3rd ed., Tottel Publishing Ltd, 2007, 128.

⁸² Brown H., Marriot A., *ADR Principles and Practice*, 3rd, Sweet and Maxwell, 2011, 572.

⁸³ Kovach k., *The Lawyer's Duties and Responsibilities in Dispute Resolution Good Faithin Mediation – Requested, Recommended, or Required? A New Ethic Alternative Dispute Resolution*, Yearbook 2014, Tbilisi University Publishing House, 2015, 504-504.

⁸⁴ Kovach K., *New Wine Requires New Wineskins: Transforming Lawyer Ethics for Effective Representation in a Non-adversarial Approach to Problem Solving: Mediation*, Alternative Dispute Resolution, Yearbook, Tbilisi University Publishing House, 2012, 152.

⁸⁵ Zimmermann R., Whittaker S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press 2000.30.

⁸⁶ Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C., Robbennolt K.J., Welsh A.N., *Dispute Resolution and Lawyers*, 4th ed., West 2009, 766.

⁸⁷ Alfini J.J., McCabe C.G., *Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law*, Arkansas Law Review, Vol.54, Issue 2, 2001-2002, 178.

⁸⁸ Kovaki K., *Ethic in Mediation Process, Need in Honesty (in Honesty Demand)*, Alternative Dispute Resolution, Yearbook, Tbilisi State University Publishing House, 2012, 184.

honestly in the mediation process. If it becomes necessary in both cases the court sets sanctions. By restricting the mediator's rights to act as a witness and limiting directives on pre-court allegations the exceptions on confidentiality principle are limited. It is possible that the complications caused by exceptions of honesty principles breaches, the positive sides of this responsibility will preponderate.⁸⁹ According to another point of view, it is difficult to define the meaning of "reasonable participation in mediation process", as it is connected to the issues of fundamental justice. Consequent from the fact that the courts and the lawyers are unable to define the general definition of honesty responsibility the parties might not define what mode of behavior is considered honest participation. According to one of the federal judge the honesty requirement in the process of mediation covers two major components: the role of a mediator and the actions related to the participations of the parties in mediation process.⁹⁰ The mediator who knows that he is responsible to evaluate the honesty of parties has to shift from neutrality to evaluation category. It is noteworthy that the parties think a lot that the mediator is evaluating their participation in mediation process and there is a big probability that the volume of disclosed information will be decreased.⁹¹ Supreme Court of one of the states took a strict position with regards to include in mediation process the demand on honesty because, despite that the Court has right to pass the case to mediation the Court is not responsible to control the quality of mediation participation. During the "Department of transportation v. city of Atlanta" case the Supreme Court of Georgia State decided that the court of the first instance had right to pass the case to the Court Mediation but did not have the right to manage the process.⁹²

The Supreme Court of the United States reviewed a case in which the mediator presented the report during the first instance in which he emphasized the use of the fact that had occurred during the mediation process by one of the parties aiming at procrastination of the process. The upper instance took into consideration this report by the motivation that if the *Participation of the Parties and their representatives in the mediation process will not be based on honesty principles then there will be little left to protect the confidentiality principle*. Finally the Supreme Court rejected this justification as it was contradicting the rule of free information exchange. The information in the form of conclusion was disseminated the creation of legislative exceptions is only applicable when existing normative constructions lead us to absurd results and humiliate the procedural rights.⁹³

In general the courts agree that the reject of agreement which is expressed by impossibility of a real proposal does not mean dishonesty. In case "Avril v. Civilmar" the court charged a sanction against the respondent as the party did not conduct the negotiations honestly during the mediation process. The case referred to the road accident. The respondents proposed 1000 USD. According to the Mediator the respondents did not increase the proposed sum. The sanctions were based on the assumption that the respondents wanted to procrastinate the time. The sanction was 1037, 50 USD. The Court of Appeal of Florida decided that it was not right to sanction the party only because they did not make desirable proposal to the other party. If we judge according to the Florida Mediation status it is not requested that the parties must necessarily agree, moreover, it is not requested that the party must make at least one proposal either.⁹⁴

According to UMA the dishonest behavior of one of the parties of the mediation is not considered an exception from the confidentiality principle. It is more the matter of internal regulation and correspondingly

⁸⁹ Ibid, 183.

⁹⁰ *Alfini J.J., McCabe C.G.*, Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, Arkansas Law Review, Vol.54, Issue 2, 2001-2002, 179.

⁹¹ Ibid, 180.

⁹² Ibid, 193.

⁹³ *Hopt J. K., Steffek F.*, Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, 2013, 1285.

⁹⁴ *Alfini J.J., McCabe C.G.*, Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law, Arkansas Law Review, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 183.

the mediator presenting the report at the court must be considered a clear case of the violation of this principle. From the side of the court in the phrase in document referring the case to the mediation, saying that the parties must behave honestly during the mediation process in order to resolve the dispute means that the request to the honesty is equaled to the order – solve the dispute as mentioned in the case *Salfen v. United States*.⁹⁵

7. Violation of the Confidentiality Protection Responsibility

The number of people bind by the confidentiality protection responsibility in legislation is always necessarily pre-defined. In majority of cases these people are the parties of the mediation process and the mediator. Correspondingly the violation of confidentiality principles by these people is followed by the defined legislative responsibility.

7.1. Violation of Confidentiality Protection Responsibility by a Party or the Representative of the Party

The Parties will be cautious during the mediation process is they know the information they disclose may later be used against them.⁹⁶ Mediation process is a communication. In the process of the communication Parties may disclose the information which contains risks for them.⁹⁷ For example, information about their personal lives, business activities.⁹⁸ There are cases when Parties and their representatives are not bind with the confidentiality principle. This circumstance could be considered a gap in legislation, as in case the parties do not reflect confidentiality principle in their agreement law does not oblige them not to disclose the information obtained in the mediation process during the following Court sessions. Correspondingly the adversarial principle characteristic to the courts may become the basis of confidentiality principle violation. In case of agreement the parties usually have obligations for damage reimbursement based on the conditions indicated in the agreement in case of agreement terms violation. If the parties do not consider confidentiality terms in their agreement it is natural that this case there is no legislative regulations and the parties remain unprotected from the information disclosure.

The legislation of France considers the responsibility of damage reimbursement by parties in case of confidentiality principle violation, even more, the lawyers in the analogous situation are subordinate to the norms of disciplinary restraint of Association of Lawyers. The violation of confidentiality rules directly or indirectly may be sanctioned by procedural legislation.⁹⁹

The authors of UMA considered the public interest necessity as balance of dispute resolution transparency with regards to the confidentiality protection need by the parties and the mediator. Mediation privilege stops when the parties agree on it, it is defined by the law or mediation is public. It is noteworthy if an exception does not cover the issue, mediator is forbidden to present report, evaluation or recommendation to the court and can only limit by the information which refers to mediation to achieve successful result and attendance of the parties.¹⁰⁰

⁹⁵ *Alfini J.J., McCabe C.G.*, *Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law*, *Arkansas Law Review*, Vol. 54, Issue 2, 2001-2002, 182.

⁹⁶ *Gray., Owen V.*, *Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation*, *Osgoode Hall Law Journal*, 36.4, 1998, 671.

⁹⁷ *Brown., Kent L.*, *Confidentiality in Mediation: Status and Implications*, *Journal of Dispute Resolution*, 1991. 2, 1991, 334.

⁹⁸ *Gray., Owen V.*, *Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation*, *Osgoode Hall Law Journal*, 36. 4, 1998, 671.

⁹⁹ *Hopt J. K., Steffek F.*, *Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, 478.

¹⁰⁰ *Ibid*, 1289.

7.2. Violation of Confidentiality Protection Responsibility by a Mediator

One of the resources of the profession control is “after the concrete action” on the basis of improper discharge of responsibilities impose liability on the person.¹⁰¹ There are several conditions which can become a ground for complaint. Mainly these conditions refer to the absence of diligence, care and incompetence from the side of the mediator. Incompetence is the case when a mediator becomes a reason of non-agreement between the parties, if the mediator aiming at achieving the result gave non-qualified recommendation to the parties or did not disclose the information which was important for the parties and which was a risk for the mediator, or disclosed the information which he had no right to disclose. This is also the case of absence of diligence and care responsibility. Though all the above listed cases does not mean dispute initiations.¹⁰²

A Party may require damage remuneration for the irrepevant performance of the Mediator which means absence of diligence and confidentiality protection responsibility violation. Based on the practice the most difficulty is the justification of cause and effect connection of the actions of mediator and the results. The Party is eligible to require the damage remuneration for the lost opportunity of to achieve best conditions of the Agreement as well as for the lost finance (meaning the payment of Mediator fee). The first requirement is very rarely satisfied compared to the second one as it is difficult to assess the role of the Mediator in non-achieving the best conditions of Agreement. Moreover, the consensual nature of non-achieving the Agreement in mediation process makes almost impossible to impose the liability on damage remuneration on the Mediator.¹⁰³

As it was already mentioned, there is two types of confidentiality communication: “Internal” and External” confidentiality. The ethical rules of any mediation organization require the protection of “external” confidentiality rules. The Mediator which violates the “external” confidentiality rules will face the disciplinary penalty in most of the cases, besides that, the Mediator is more likely to be imposed the damage remuneration caused by the violation of this rule in case the confidentiality condition is mentioned in the Agreement.¹⁰⁴

“Internal Confidentiality” covers the potential information which the parties want to get about each other.¹⁰⁵ Mediators are the information carriers and consequently face ethic and strategic challenges. In case a Mediator misdelivers the information he might become the object of sanctions and damage remuneration.¹⁰⁶ Due to the absence of standards of mediators’ performance it is difficult to evaluate the relevance of performance of mediators. Correspondingly it is difficult to define causality and damage remuneration issues, though it is possible to present various theoretical options and according to some theorists courts often review the cases related to mediators’ misperformance liabilities.¹⁰⁷

The disputes related to misperformance by mediators are quite rare in practice. According to the conclusion made by professon Michael Moffitt out of millions of mediation customer only limited number applied to the court with the dispute on irrelevance performance from the side of Mediators. For example, In Florida out of 100,000 cases since the introduction of mediation service only 49 disputes were initiated with regards to irrelevant performance of Mediators. There are several reasons for it:

1. Mediators possess strong mechanism of self protection due to mediation agreements and court regulations.

¹⁰¹ *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3rd ed., Thomson West, 2004, 458.

¹⁰² *Carroll R.*, *Mediator Immunity in Australia*, *Sydney Law Rev.*, 23.2, 2001, 190.

¹⁰³ *Ibid.*, 192.

¹⁰⁴ *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3rd ed., Thomson West, 2004, 463.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Riskin L.L., Westbrook E.J., Guthrie C., Reuben C. R., Robbenolt K.J., Welsh A.N.*, *Dispute Resolution and Lawyers*, 4th ed., West, 2009, 413.

2. It is problematic for the parties to justify the damage is caused by irrelevant performance of the Mediator.

Besides the above, the parties have representatives in commercial mediation processes correspondingly it is difficult to justify that the Mediator made to make a Party financially unfavorable decision, by-passing the representatives of the party.¹⁰⁸

The Mediation Accreditation Center and Mediation Associations are the mechanisms of influence on Mediators. Mediator might get disciplinary penalty for the misconduct including the cancelling the accreditation. Though, anyway, the form of sanction depends on the policy and rules of the professional organization, which the mediator is subordinate to. Mediators' controlling structure may be an Association, Agency created by the government or a private employer. In its turn the quality of control depends on the availability of well-developed standards and rules of mediators' behavior, as well as the efficient mechanisms of implementation of the standards and rules.¹⁰⁹

8. Conclusion

In parallel with the growing demand in Mediation more attention is paid to the basic principles of this institute, including the confidentiality principle, which is one of the most important motivator of choosing this form of dispute resolution by parties. The steps towards the dispute resolution is easier in the condition of open communication between the parties. The openness, in its turn, is predetermined by the reveal of implementation of potential communication of almost zero possibility. Despite the proposed principle of confidentiality protection to the parties it is not necessarily to define the absolute quality of confidentiality as well as its extra limitation by imposing various exclusions. Except for several almost universal exceptions which are established by the legislation of the majority of European countries additional exceptions like the compatibility with honesty principle must be defined based on concrete cases, in order the parties are not given the opportunity to malversationally use the mediation institute. There are plenty of basis of confidentiality principle limitation in the legislation of many countries. In most cases these limitations are connected with the necessity of certain control over the particular disputes resolution; the necessity is possibly consequent from some aspects of concrete disputes, particularly in cases of irrelevance of final resolution to public order. Among other reasons of limitation could be the persons' rights, which need the access to confidential information to protect their rights.

¹⁰⁸ *Golann D.*, *Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, American Bar Association, 2009, 225.

¹⁰⁹ *Carroll R.*, *Mediator Immunity in Australia*, *Sydney Law Rev.*, 23.2, 2001, 192.

**საზღვაო დავაზე მიღებული უცხო ქვეყნის
საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულების
პრობლემები საქართველოში**

სტატიის თემა უცხო ქვეყნის არბიტრაჟში კერძო საზღვაო დავაზე გამოტანილი გადაწყვეტილების საქართველოში ცნობა-აღსრულებასთან დაკავშირებული სამართლებრივი პრაქტიკა. სტატიაში განზოგადებულია ყველა ის პრობლემა, რომლებიც წამოიჭრა არარეზიდენტებს შორის, საერთაშორისო კერძო საზღვაო დავის საქართველოს სამართლებრივ სისტემასთან შეხების სხვადასხვა ეტაპზე.

სტატიაში მიმოხილულია: კერძო საზღვაო სფეროში საქართველოს შიდა და საერთაშორისო კანონმდებლობა, სამართლებრივი რეგულირების ხარვეზები, საერთაშორისო კერძო საზღვაო დავებისათვის დამახასიათებელი დოკუმენტწარმოებისა და სამართალშეფასების პრაქტიკა.

სტატიაში წარმოდგენილია მოსაზრებები წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სტანდარტთან დაკავშირებით, დასაბუთებულია ამ სტანდარტის დამკვიდრებულისაგან განსხვავებული კრიტერიუმებით შეფასების აუცილებლობა.

სტატიაში წარმოდგენილი კონკრეტული დავის გადაწყვეტით საქართველოს სამართლებრივ სივრცეში საფუძველი ჩაეყარა კერძო საზღვაო დავებზე საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების პრაქტიკას და მის ფარგლებში მტკიცებულებათა შეფასების არსებული-საგან განსხვავებულ სტანდარტს.

საკვანძო სიტყვები: საერთაშორისო კერძო საზღვაო დავა, უცხო ქვეყნის არბიტრაჟის გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულება საქართველოში, წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სტანდარტი, დოკუმენტწარმოების პრაქტიკა, დამატებითი სამართლის წყაროები.

1. შესავალი

წინამდებარე სტატიის მიზანია უცხო ქვეყნის სპეციალიზებულ-საზღვაო არბიტრაჟში მიღებული გადაწყვეტილების საქართველოში ცნობისა და აღსრულების პრობლემების კვლევა. შესაბამისად, კვლევა ერთდროულად მოიცავს საქართველოში საარბიტრაჟო სამართლის განვითარების ისეთ პრობლემატურ საკითხს, როგორცაა საქართველოს ფარგლებს გარეთ მიღებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება. ასევე, საერთაშორისო კერძო სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მიმართულების – კერძო საზღვაო სამართლის აქტუალურ საკითხებს, როგორებიცაა ამ სფეროში დოკუმენტწარმოებისა და სამართალშეფასების თავისებურებები.

საქართველოში, ზოგადად, დავების გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალებების ინსტიტუციური განვითარებისათვის, სხვა საკითხებთან ერთად, მნიშვნელოვანია კონკრეტულ მაგალითებზე ამ ფორმით დავების გადაწყვეტის პრაქტიკული ეფექტურობის წარმოდგენა. არბიტრაჟში დავების გადაწყვეტის უპირატესობებზე მსჯელობისას რატომღაც აქცენტი სტანდარტულად კეთდება ერთსა და იმავე საკითხებზე, როგორებიცაა: კონფიდენციალობა, ხარ-

* აჭარის არ-ის სავაჭრო-სამრეწველო პალატასთან არსებული საერთაშორისო არბიტრაჟის დირექტორი. სერტიფიცირებული მედიატორი, საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის სამართლოს დოქტორანტი.

ჯებისა და დროის ეკონომია, დავის კვალიფიციური და მიუკერძოებელი გადაწყვეტის შესაძლებლობა და სხვ.

ნაკლებად არის წარმოჩენილი არბიტრაჟის კიდევ ერთი, ძალიან მნიშვნელოვანი, უპირატესობა. კერძოდ, თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართალურთიერთობების გლობალიზაციის პირობებში არსებობს კატეგორია დავებისა, რომლებიც ისეა გაჯერებული სხვადასხვა „უცხო ქვეყნის სამართლით“, რომ მათი მოქცევა რომელიმე ერთი „საჯარო წესრიგის“ ფარგლებში პრაქტიკულად შეუძლებელია. ამავდროულად, ასეთ დავაზე ნებისმიერი ქვეყნის სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება მეორე ქვეყანაში გაცილებით რთულია, ვიდრე ამავე ქვეყანაში მიღებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულება. ცალსახად შეიძლება ითქვას, რომ ასეთ დავებზე რეალური სამართლებრივი შედეგი შესაძლებელია, მიღწეულ იქნეს მხოლოდ მათი არბიტრაჟში გადაწყვეტის შემთხვევაში. ასეთი ტიპის დავებს მიეკუთვნება სწორედ საერთაშორისო კერძო საზღვაო სამართალში არსებული დავების პრაქტიკული უმრავლესობა, რომელთა უმთავრესი ნაწილი წყდება ცნობილ საარბიტრაჟო ინსტიტუტებში.

საქართველოს ფარგლებს გარეთ არსებული საარბიტრაჟო ცენტრებით უდავო ლიდერია დიდი ბრიტანეთი, რაც, უპირველესად, განაპირობა ინგლისური სამართლის გავლენამ თანამედროვე საერთაშორისო საზღვაო და სავაჭრო სამართლის ჩამოყალიბებაზე. მრავალწლიანი აქტიური პრაქტიკის პირობებში აქ დახვეწილი და უნიფიცირებულია დავათა გადაწყვეტის ყველა მნიშვნელოვანი საკითხი. დავებს განიხილავენ მაღალი კვალიფიკაციის არბიტრები, რომლებიც სავაჭრო ნაოსნობის სფეროში სარგებლობენ დიდი რეპუტაციითა და ავტორიტეტით. ამდენად, ამ ინსტიტუტების გამოცდილებისა და პრაქტიკის განზოგადება მნიშვნელოვანია საქართველოში კერძო საზღვაო დავების ალტერნატიული საშუალებებით გადაწყვეტის განვითარებისათვის. ამ მხრივ კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია ისეთ პრაქტიკულ პრეცედენტებში ჩაღრმავება, რომლებსაც შეხება აქვთ საქართველოს სამართლებრივ სივრცესთან.

სტატიაში წარმოდგენილი დასკვნები და მოსაზრებები ეფუძნება კონკრეტულ დავას, რომელშიც წარმოვადგენდი ერთ-ერთი მხარის ინტერესებს. დავა დაიწყო საქართველოში, მისი არსებითი განხილვა გაგრძელდა ერთ-ერთ ცნობილ არბიტრაჟში – ლონდონის საზღვაო არბიტრთა და და მედიატორთა ასოციაცია (London Maritime Arbitrators Association – LMAA)¹. საბოლოოდ, არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ცნობისა და აღსრულებისათვის დაბრუნდა ისევ საქართველოში.

სტატიის სახით ამ საქმის წარმოდგენის სურვილი განაპირობა მისმა სპეციფიკურობამ, რადგან ამ დრომდე საქართველოს სამართლებრივი სივრცისათვის უცნობი იყო საერთაშორისო კერძო საზღვაო დავა, რომელიც უნდა აღსრულებულიყო საქართველოში. ერთი შეხედვით, განსაკუთრებული თითქოს არაფერია, მაგრამ იმის გათვალისწინებით, რომ მოდავე მხარეები არ იყვნენ საქართველოს რეზიდენტები, მხარეთა შეთანხმებით, გამოსაყენებელ სამართალს წარმოადგენდა ინგლისის სამართალი. ასევე, რადგან დავის საგანი იმყოფებოდა საქართველოში, დაინტერესებულ მხარეს სურდა, გადაწყვეტილება აღსრულებულიყო საქართველოში. საკმაოდ საინტერესო შემთხვევასთან გვქონდა საქმე.

წინამდებარე სტატიაში განზოგადებულია ყველა ის პრობლემა, რაც წამოიჭრა კონკრეტული დავის საქართველოს სამართლებრივ სისტემასთან შეხების სხვადასხვა ეტაპზე. ასევე

¹ The London Maritime Arbitrators Association, The LMAA, <<http://www.lmaa.org.uk/membership-browse.aspx?mtype=1>>. საერთაშორისო კომერციულ ნაოსნობაში წარმოქმნილი დავების განხილველი ერთ-ერთი ცნობილი გაერთიანება. არსებული სახით შეიქმნა 1960 წლის 12 თებერვალს, თუმცა მისი ფესვები ითვლის თითქმის 300 წელს. რეკომენდებული საარბიტრაჟო დათქმა დავის LMAA-ის პროცედურით განხილვის შესახებ ასახულია საერთაშორისო არასამთავრობო საზღვაო ორგანიზაციათა ეგიდით უნიფიცირებულ თითქმის ორასამდე სხვადასხვა ტიპის საზღვაო გადაზიდვის დოკუმენტში. ყოველწლიურად განხილულ დავათა საერთო ოდენობა აღემატება 3000-ს.

წარმოდგენილია ის პრაქტიკა, რომელიც, გადაუჭარბებლად რომ ითქვას, ჩამოყალიბდა სასამართლოსა და ადვოკატების ერთობლივი ძალისხმევით.

2. საქმის გარემოებები

სეიშელის კუნძულებზე რეგისტრირებული კომპანიის (დამფრახტველი – იგივე ტვირთგამგზავნი) დავალებით თურქეთში რეგისტრირებულმა კომპანიამ (გადამზიდავი – იგივე მმართველი გემთმფლობელი) ნევისის კუნძულზე რეგისტრირებული კომპანიის (გემის მესაკუთრე – რეგისტრირებული გემთმფლობელი)² კუთვნილი, ტოგოს დროშის ქვეშ მცურავი გემით განახორციელა ნაყარი ქერის გადაზიდვა, ეისკის პორტიდან (რუსეთის ფედერაცია) ფოთის პორტამდე. ტვირთი გათვალისწინებული იყო საქართველოს რეზიდენტი კომპანიისათვის (ტვირთმიმღები). მიწოდება ხორციელდებოდა პირობით: SIF-ფოთი.³ გემი დაფრახტულ (დაქირავებული) იქნა ბროკერის საშუალებით. გადაზიდვასთან დაკავშირებით, ფაქტობრივად, გაფორმებული იყო ორი დოკუმენტი: გადაზიდვის ხელშეკრულების ე.წ. „რეზიუმე“, ელექტრონული ასლის სახით და „კონოსამენტი“, დედნის სახით.

ტექნიკური გაუმართაობის გამო, გემმა ტვირთის დანიშნულებისამებრ გადაზიდვაზე დახარჯა 50 დღე, ნაცვლად გეგმიური 3-4 დღისა. შესაბამისად, იგი ფოთში შემოვიდა მნიშვნელოვანი დაგვიანებით.

გემის გადმოტვირთვის დაწყების შემდგომ აღმოჩნდა, რომ ტვირთის სერიოზული ნაწილი იყო დაზიანებული, რის გამოც ტვირთმიმღებმა შეაჩერა გადმოტვირთვა გადამზიდავის მიერ ფინანსური გარანტიის წარმოდგენამდე, რაც შესაძლებლობას მისცემდა მას, დაეფარა გადმოტვირთვის შემდგომ დადასტურებული ფაქტობრივი ზარალი.

გადამზიდავმა უარი განაცხადა გარანტიის წარმოდგენაზე და პირიქით მოითხოვა გარანტია, გადმოტვირთვის შეჩერების გამო გემის მოცდენით მიყენებული ზიანის უზრუნველსაყოფად, რასაც ტვირთმიმღები არ დაეთანხმა. საპასუხოდ გადამზიდავის განკარგულებით დაიხურა გემის ტრიუმები და ტვირთზე გამოცხადდა გირავნობა.

უშედეგო მოლაპარაკებების შემდგომ ტვირთმიმღებმა უარი განაცხადა საქონლის (ტვირთის) ნასყიდობის ხელშეკრულებაზე⁴ და, ფაქტობრივად, გამოეთიშა შემდგომ პროცესებს. სამართალურიერთობა გაგრძელდა ტვირთგამგზავნისა და გადამზიდავის შორის.

მხარეთა შორის უშედეგო მოლაპარაკებების შემდგომ გადაზიდვის ხელშეკრულების დარღვევით მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნით ტვირთგამგზავნმა აღძრა სარჩელი ლონდონის საზღვაო არბიტრთა ასოციაციის (LMAA) რეგლამენტის შესაბამისად. გადამზიდავმა წარმოადგინა შეგებებული სარჩელი.

ტვირთგამგზავნის განცხადებით, საქართველოში მიღებულ იქნა სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება – დაყადაღდა გემი,⁵ რომელზეც იმყოფებოდა გადამზიდავის მიერ გირავნობაგამოცხადებული ტვირთგამგზავნის კუთვნილი ტვირთი.

² საქართველოს საზღვაო კოდექსის მე-14 მუხლის თანახმად, „გემთმფლობელი“ მოიცავს როგორც გემის ნომინალურ მესაკუთრეს, რომელიც რეგისტრირებულია შესაბამისი სახელმწიფოს გემების რეესტრში, ასევე ნებისმიერ ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს, რომელიც განაგებს გემს, განურჩევლად იმისა, გემის მესაკუთრეა თუ სარგებლობს ამ გემით სხვა რომელიმე კანონიერ საფუძველზე, თუ არ არსებობს პირდაპირი მითითება სხვა რამეზე.

³ Incoterms, 2010, <<https://www.searates.com/reference/incoterms/cif/>>.

⁴ საქონლის ნასყიდობის ხელშეკრულებით ტვირთმიმღებს ნასყიდობის საგნის ღირებულების გადახდის ვალდებულება წარმოეშობოდა მისთვის შეთანხმებული პირობით: SIF – ფოთი, საქონლის ფაქტობრივად მიწოდების შემდგომ, რაც ტვირთგამგზავნმა ვერ უზრუნველყო. შედეგად, მხარეები შეთანხმდნენ საქონლის ნასყიდობის ხელშეკრულების გაუქმებაზე და სადავო ტვირთი დაბრუნდა ტვირთგამგზავნის განკარგულებაში.

⁵ ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს 29.07.2013 წლის განჩინება, საქმე 2/ზ-674-2013.

დავა განიხილა ლონდონის საზღვაო არბიტრთა ასოციაციის არბიტრთა ერთპიროვნულად არბიტრის კომპეტენცია დადგინდა უნიფიცირებული გადაზიდვის ხელშეკრულებაში საარბიტრაჟო დათქმის შესაბამისად. დავა გადაწყდა წერილობითი მასალების საფუძველზე, ინგლისის სამართლის მიხედვით.

არბიტრის საბოლოო გადაწყვეტილებით, ტვირთგამგზავნის სარჩელი დაკმაყოფილდა, გადამზიდავს დაეკისრა ტვირთის დაღუპვით მიყენებული ზიანის ანაზღაურება.⁶ გადამზიდავის შეგებებული სარჩელი არ დაკმაყოფილდა.

არბიტრაჟის ძალაში შესული გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისათვის არჩეულ იქნა საქართველო, რადგან აღსრულების საგანი – გადამზიდავის კუთვნილი გემი, რომელიც დაყადაღებულ იქნა სარჩელის უზრუნველყოფის მიზნით, იმყოფებოდა საქართველოში.

საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი პროცედურისამებრ, საქართველოს უზენაეს სასამართლოს წარედგინა შუამდგომლობა შესაბამის დოკუმენტებთან ერთად. სასამართლომ დაადგინა ხარვეზი,⁷ რომლის თანახმად, შუამდგომლობის წარმოებაში მისაღებად მხარეს დაევალა, წარმოედგინა „არბიტრაჟი შესახებ“ საქართველოს კანონით გათვალისწინებული, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ დედანი ან სათანადოდ დამონმებული ასლი. შუამდგომლობასთან ერთად წარდგენილი, „საარბიტრაჟო დათქმის“ შემცველი გადაზიდვის ხელშეკრულების ე.წ. „რეზიუმეს“ ელექტრონული ასლი და ამ გადაზიდვაზე გაფორმებული „კონოსამენტის“ დედნის დამონმებული თარგმანები სასამართლომ არ მიიჩნია საკმარისად „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონით დადგენილი წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ფორმის მიზნებისათვის.

სწორედ სასამართლოს დადგენილი ხარვეზის აღმოფხვრასთან დაკავშირებული მსჯელობა და დასაბუთება არის ჩვენი განზოგადების საგანი, რომელიც უზენაესმა სასამართლომ გაიზიარა.⁸ გადაუჭარბებლად რომ ითქვას, ამ გზით საფუძველი ჩაეყარა საზღვაო დავებზე საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების საქართველოში ცნობისა და აღსრულების მიზნებისათვის „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ნამდვილობისა და იურიდიული ძალის შეფასების არსებულისაგან განსხვავებულ სტანდარტს.

3. მტკიცების საგანი

უდავოა, რომ წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ საფუძველია, ზოგადად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისათვის, თუმცა საქართველოს ფარგლებს გარეთ გატანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების საკითხის გადაწყვეტისას, როდესაც საქმე ეხება არარეზიდენტის სასარგებლოდ მეორე არარეზიდენტის მიმართ გამოტანილი გადაწყვეტილების საქართველოში ცნობასა და აღსრულებას, „საარბიტრაჟო შეთანხმებასთან“ დაკავშირებით, სასამართლო არ უნდა დაეფუძნოს მხოლოდ ქვეყნის შიდა სამართალს და მასზე დამკვიდრებულ სასამართლო პრაქტიკას.

სადავო არ უნდა იყოს, რომ არბიტრაჟის გადაწყვეტილების ცნობითა და აღსრულებით დაინტერესებულ არარეზიდენტს აქვს ლეგიტიმური იურიდიული ინტერესი, გამოიყენოს ის სამართალი, რომელიც შესაძლებელია, არჩეულ იქნეს საქართველოს საერთაშორისო კერძო სამართლის კოლიზიური პრინციპების გათვალისწინებით და რომელსაც ექნება ნაკლებად მომთხოვნი ხასიათი არბიტრაჟის გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების პროცედურასთან ან აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძველებთან დაკავშირებით.

⁶ გადაწყვეტილების გამოტანის დროისათვის ტვირთი სრულად იყო განადგურებული გემში.

⁷ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 24.02.2014 წლის განჩინება, საქმე №ა-544-შ -17-2014.

⁸ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 07.04.2014 წლის განჩინებით შუამდგომლობა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე მიღებულ იქნა წარმოებაში, საქმე №ა-544-შ -17-2014.

თავის მხრივ, სასამართლომ უნდა განიხილოს და გადაწყვიტოს შუამდგომლობა კოლიზიურ ნორმათა საფუძველზე გამოსაყენებელი სამართლით. უცხო ქვეყნის სამართლის გამოყენების შემთხვევაში,⁹ მიიღოს საჭირო ზომები მისი ნორმების არსის დასადგენად, შესაბამის ქვეყანაში მათი ოფიციალური განმარტების, გამოყენების პრაქტიკისა და დოქტრინის გათვალისწინებით.

ამასთან ერთად, ცნობისა და აღსრულების მიზნებისათვის წარდგენილი მტკიცებულებები სასამართლოს მიერ უნდა იქნეს გამოკვლეული და შეფასებული კონკრეტული, საერთაშორისო კერძო სამართალურიერთობებისათვის დამახასიათებელი დოკუმენტწარმოების სპეციფიკის გათვალისწინებით.

ყველა აღნიშნული საფუძველით, მტკიცების, უფრო ზუსტად შეფასების, საგანი სასამართლოს წინაშე ასე ჩამოვაცალიბეთ:

საქმეში წარმოდგენილი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“, საქართველოს შიდა სამართლებრივი პრაქტიკით გათვალისწინებულ, წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სტანდარტებთან შესაბამისობის დადასტურების ნაცვლად, დასაბუთება, რომ მოცემული დავისადმი გამოსაყენებელი სამართლის მიხედვით, საქმეში წარმოდგენილი „საარბიტრაჟო შეთანხმებები“ იურიდიული ძალისაა, აკმაყოფილებს „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“ 10/06/1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის¹⁰ მოთხოვნებს და საკმარისია კონვენციით გათვალისწინებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების მიზნებისათვის.

აღნიშნული მსჯელობით, ფაქტობრივად, სასამართლოსათვის შეთავაზებულ იქნა ამ ტიპის შუამდგომლობათა სამართალშეფასების არსებულისაგან განსხვავებული სტანდარტი, ე.წ. „ზედა ზღვარი“ – შეფასება: არა შიდასახელმწიფოებრივ ნორმათა მოთხოვნებთან, არამედ საქართველოს „საჯარო წესრიგთან“ წინააღმდეგობის არარსებობა.

მტკიცების საგნის მიზნებიდან გამომდინარე, შეფასდა საქმეზე არსებული სამი სხვადასხვა ფორმის წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმება“:

- *მითითებით ინკორპორირების ფორმის წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმება“* – „კონოსამენტის“ დედანში, რომელშიც მხარეთა სამართალურიერთობის საფუძველად მითითებულია „საარბიტრაჟო დათქმის“ შემცველი გადაზიდვის ხელშეკრულება (ჩარტერი);

- *„საარბიტრაჟო დათქმა“* – მხარეთა მიერ ელექტრონულად გაფორმებული, გადაზიდვის ხელშეკრულების (ჩარტერის) ძირითადი პირობების „რეზიუმეში“;

- *საარბიტრაჟო სარჩელისა და საარბიტრაჟო შესაგებლის გაცვლის ფორმით დადებული „საარბიტრაჟო შეთანხმება“*, რომლის თანახმად, მოპასუხეს არ გაუხდია სადავო „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ არსებობა. უფრო მეტიც, მან დამატებით არბიტრაჟს წარუდგინა შეგებებული სარჩელი.

თითოეული ფორმის შეფასებისას სამართლის წყაროდ გამოყენებულ იქნა „ნიუ-იორკის კონვენცია“, ასევე უშუალოდ წარმოდგენილ დოკუმენტებში მითითებული კონკრეტულ ურთიერთობათა მარეგულირებელი დებულებები.

4. გადაზიდვის დოკუმენტების შეფასება

- ვალდებულებითსამართლებრივი ურთიერთობა მხარეებს: დამფრახტველსა (იგივე ტვირთგამგზავნი) და გადაზიდვას (იგივე გემთმფლობელი) შორის ჩამოყალიბდა: ელექტრონული სახით გაფორმებული, გადაზიდვის ხელშეკრულების ძირითადი პირობების შეთანხმებული, ე.წ. „რეზიუმეს“, ფორმით.

⁹ საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

¹⁰ იხ. <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf>, საქართველოსათვის ძალაშია 1994 წლის 31 აგვისტოდან.

„რეზიუმეს“ ბოლო აბზაცში არსებული ჩანაწერის თანახმად, მასში ინკორპორირებულია: BIMCO-ს (ბალტიის საერთაშორისო საზღვაო კონვენციის)¹¹ უნიფიცირებული ჩარტერის ტიპური ფორმა სახელწოდებით – „ჯენკონ 94“ (Gencon 94)-ის¹² დებულებები.

- მხარეთა შორის გადაზიდვის (ჩარტერის) ხელშეკრულებით ჩამოყალიბებული ვალდებულებებისამართლებრივი ურთიერთობის არსებობა დასტურდებოდა საქმეში წარმოდგენილი „კონოსამენტის“ დედნით. აღნიშნული დოკუმენტი ასევე წარმოადგენდა BIMCO-ს (ბალტიის საერთაშორისო საზღვაო კონვენციის) უნიფიცირებული კონოსამენტის ტიპურ ფორმას, სახელწოდებით – „კონჯებელ 94“ (Congenbill 94)¹², რომელშიც შეტანილი იყო კონკრეტული სამართალურთიერთობის დეტალები.

საერთაშორისო საზღვაო გადაზიდვებში დამკვიდრებული ინკორპორირების ზოგადი პრინციპის თანახმად, გადაზიდვის დოკუმენტის რეკვიზიტებში რომელიმე უნიფიცირებული დოკუმენტის მითითება გულისხმობს, რომ იგი მოიცავს იმ დოკუმენტის ტიპურ დებულებებსაც, რომლებზეც გაკეთებულია მითითება, მიუხედავად იმისა, გადაზიდვის დოკუმენტში ეს დებულებები ფორმალურად წარმოდგენილია თუ არა, ანუ კონკრეტული გადაზიდვის დოკუმენტის სრული იურიდიული შინაარსი შედგება მისი ძირითადი და მასში ინკორპორირებული უნიფიცირებული დოკუმენტის დებულებათა ერთობლიობისაგან.

ინკორპორირების აღწერილი პრინციპის გათვალისწინებით, ჩვენს კონკრეტულ შემთხვევაში ვიღებთ:

(1) საზღვაო გადაზიდვის ხელშეკრულების (ჩარტერის) სრული შინაარსი მოიცავს მხარეთა მიერ შეთანხმებული „რეზიუმეს“ პირობებით შევსებულ BIMCO-ს უნიფიცირებული ჩარტერის, „ჯენკონ 94“ (Gencon 94)-ის, ტიპურ დებულებებსაც. შესაბამისად, მხარეთა ვალდებულებებისამართლებრივი ურთიერთობა უნდა შეფასდეს სწორედ ამ დებულებათა ერთობლიობით.

(2) საქმეში წარმოდგენილი „კონოსამენტის“ სრული შინაარსი მოიცავს BIMCO-ს უნიფიცირებული კონოსამენტის, „კონჯებელ 94“ (Congenbill 94)-ის, ტიპურ დებულებებსაც. შესაბამისად, ამ კონოსამენტით წარმოქმნილი სამართალურთიერთობა უნდა შეფასდეს ასევე „კონჯებელ 94“ (Congenbill 94)-ის ტიპური დებულებების გათვალისწინებით.

„ჩარტერსა“ და „კონოსამენტში“ შესაბამისი უნიფიცირებული დებულებების (იგულისხმება: „ჯენკონ 94“ და „კონჯებელ 94“) ინკორპორირებასთან ერთად, უშუალოდ ეს დოკუმენტები ინკორპორირებული ანუ ასახული ერთმანეთში და ქმნიან ერთიან სამართლის წყაროს.

სამართლებრივი ინკორპორირების ზოგადი პრინციპიდან გამომდინარე უშუალოდ „საარბიტრაჟო შეთანხმების“, როგორც მხარეთა ავტონომიური შეთანხმების, ინკორპორირების საკითხი და მისი შესაბამისობა წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სტანდარტებთან.

5. წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ფორმების შეფასება

(1) ინკორპორირების ფორმით შესრულებული „საარბიტრაჟო შეთანხმება“.

ელექტრონულად შესრულებული, უფრო ზუსტად, მხარეთა მიერ დამონმებული და ერთმანეთისთვის ელექტრონულად მიწოდებული გადაზიდვის ძირითადი პირობების შეთანხმებული „რეზიუმე“ მოიცავს ასევე უნიფიცირებული ჩარტერის, „ჯენკონ 94“-ის, ტიპურ დებუ-

¹¹ IMCO-ს უნიფიცირებული ფორმების გამოყენება რეკომენდებულია საქართველოს საზღვაო კოდექსით. საქართველოს საზღვაო კოდექსის დანართი – „კოდექსში გამოყენებული საზღვაო ტერმინები“, 49-ე აბზაცი. შესაბამისად, იგი არ ენიშნავს მდგომარეობას საქართველოს „საჯარო წესრიგს“.

¹² [ob. https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Withdrawn/Sample_Copy_CONGENBILL_94.ashx](https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Withdrawn/Sample_Copy_CONGENBILL_94.ashx).

ლებებსაც, მათ შორის ტიპურ „საარბიტრაჟო დათქმას (შეთანხმება)“. პუნქტი: სამართალი და არბიტრაჟი.¹³

უნიფიცირებული ჩარტერის („ჯენკონ 94“-ის მე-19 პუნქტის შინაარსის გონივრული ანალიზით (ქვეპუნქტი (d)) მხარეთა შორის სხვა „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ არარსებობის შემთხვევაში, გამოიყენება ტიპური საარბიტრაჟო დათქმის (ა) პუნქტი. რაც ნიშნავს, რომ დავა განიხილება: ლონდონის საზღვაო არბიტრთა ასოციაციის (LMAA) წესებით, არბიტრაჟის ჩატარების ადგილია ლონდონი, გამოსაყენებელი სამართალი – ინგლისის, რაც ჩვენს შემთხვევაში განხორციელდა კიდევ.

ცნობისათვის: საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების¹⁴ აღწერილობით ნაწილში არბიტრი საკუთარი კომპეტენციის საფუძველად უთითებს სწორედ „ჯენკონ 94“-ის მე-19 პუნქტს.

თავის მხრივ, საქმეში წარმოდგენილი ორიგინალი „კონოსამენტის“ პირველ გვერდზე მითითებული „გადაზიდვის პირობების“ 1-ლი პუნქტის თანახმად, უნიფიცირებული ჩარტერის („ჯენკონ 94“ (Gencon 94) სხვა დებულებებთან ერთად, კონოსამენტში ინკორპორირებულია ასევე ჩარტერის მე-19 პუნქტით გათვალისწინებული „საარბიტრაჟო შეთანხმება“, რაც ნიშნავს, რომ კონოსამენტის დედნის წარმოდგენით, საქმეში ფაქტობრივად წარმოდგენილია მითითებით ინკორპორირების ფორმით შესრულებული „საარბიტრაჟო შეთანხმების“, ანუ, ზოგადად, მხარეთა შორის წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ დედანი.

(2) ელექტრონულად გაფორმებულ გადაზიდვის ხელშეკრულებაში არსებული „საარბიტრაჟო დათქმა“.

საერთაშორისო საზღვაო გადაზიდვებში დამკვიდრებული პრაქტიკის თანახმად, კონკრეტულ მარშრუტზე ტვირთის გადასაზიდვად გემის დაქირავება (დაფრახტვა) ხორციელდება ე.წ. ბროკერის მიერ, რომელიც არის ამ სამართალურთიერთობის სრულყოფილი მონაწილე, რაც აისახება უნიფიცირებული ჩარტერის სპეციალურ გრაფაში.¹⁵

¹³ იხ. <https://www.bimco.org/Chartering/Documents/Voyage_Charter_Parties/GENCON94.aspx>, (Gencon 94)-ის უნიფიცირებული პროფორის (გვ 4.) მე-19 პუნქტის არაოფიციალური თარგმანის თანახმად: წინამდებარე ჩარტერი რეგულირდება და განიმარტება ინგლისური სამართლის შესაბამისად და ნებისმიერი დავა, რომელიც წარმოიშობა ზემოთ აღნიშნული ჩარტერიდან, უნდა იქნეს განხილული ლონდონში არბიტრაჟის მიერ, 1950 და 1979 წლების არბიტრაჟის შესახებ კანონის, ან ნებისმიერი საკანონმდებლო მოდიფიკაციის, ან მისი შემცვლელი საკანონმდებლო აქტის შესაბამისად, რომელიც ამ დროისათვის იქნება ძალაში. თუ მხარეები ვერ თანხმდებიან ერთადერთი არბიტრის დანიშვნაზე, მაშინ ყოველი მხარე ნიშნავს თითო-თითო არბიტრს, ხოლო მესამე ინიშნება ორივე დანიშნული არბიტრის მიერ; ასეთი სახით დაფუძნებული საარბიტრაჟო სასამართლოს ან არბიტრთაგან ორი ნებისმიერი არბიტრის გადაწყვეტილება არის საბოლოო. ერთ-ერთი მხარე მეორე მხარის მიერ არბიტრის დანიშვნის შესახებ წერილობითი შეტყობინების მიღების შემდეგ, 14 დღის ვადაში, ნიშნავს თავის არბიტრს, წინააღმდეგ შემთხვევაში, ერთადერთი არბიტრის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება არის საბოლოო.

* (b) -----

* (c) წინამდებარე ჩარტერიდან გამომდინარე ნებისმიერი დავა გადაეცემა არბიტრაჟს იმ ადგილას, რომელიც მითითებულია 25-ე გრაფაში,¹³ იქ მიღებული არბიტრაჟის პროცედურის დაცვის პირობით. წინამდებარე ჩარტერი ექვემდებარება კანონებს, რომლებიც მოქმედებენ იმ ადგილას, როგორც მოცემულია 25-ე გრაფაში.

თუ 25-ე გრაფის 1 ნაწილი არ არის შევსებული, გამოიყენება წინამდებარე დათქმის (a) პუნქტი.

პუნქტები: (a) (b) (c) წარმოადგენს ვარიანტებს, შეთანხმებული ვარიანტი მიეთითება 25-ე გრაფაში.

----- “ (არაოფიციალური თარგმანი).

¹⁴ 2013 წლის 2 ნოემბრის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, 2, მე-2 აბზაცი.

¹⁵ უნიფიცირებული ჩარტერის, „ჯენკონ 94“ (Gencon 94)-ის, პირობები, ნაწილი პირველი, გრაფა 1.

გემის პოტენციური დამქირავებელი (დამფრახტველი) და გემთმფლობელი ხშირ შემთხვევაში იმყოფებიან გეოგრაფიულად სხვადასხვა ადგილას და მათ შორის გადაზიდვის პირობების შეთანხმება ხორციელდება ტვირთის სახეობისა და მახასიათებლების, ასევე გადამზიდავი გემის კონსტრუქციული თავისებურებების გათვალისწინებით, სწორედ „ბროკერის“ მიერ.

საბოლოოდ, „ბროკერის“ მიერ პირობების შეთანხმების შემდგომ, გადაზიდვის ხელშეკრულება ფორმდება ელექტრონულად, კონკრეტული გადაზიდვის ხელშეკრულების დეტალების „რეზიუმეს“ სახით, რომელშიც მიეთითება უნიფიცირებული ჩარტერის დასახელება.

გადაზიდვის (ჩარტერის) ხელშეკრულებით გათვალისწინებული ტვირთის გემზე ფაქტობრივად განთავსების შემდგომ გემის კაპიტანი¹⁶ ტვირთის გამგზავნზე გასცემს სპეციალურ სატვირთო დოკუმენტს – „კონოსამენტს“, რამდენიმე დედნის სახით, რომელთა რაოდენობაც მიეთითება ამავე დოკუმენტში.

მტკიცების მიზნებისათვის: „კონოსამენტში“ ასახული მონაცემების მნიშვნელობის შესაფასებლად მნიშვნელოვანია „კონოსამენტის“, როგორც დოკუმენტის, იურიდიული შინაარსის გაგება და იმ გარემოებათა განსაზღვრა, რომელთა არსებობა/არარსებობა შესაძლებელია დადასტურდეს „კონოსამენტი“.

დადგენილი პრაქტიკით, საერთაშორისო საზღვაო გადაზიდვები, როგორც ეკონომიკური საქმიანობა, ძირითადად, ხორციელდება შემაჯამებელი დოკუმენტის საფუძველზე, როგორცაა „კონოსამენტი“, რაც გამომდინარეობს იქიდან, რომ საზღვაო გადაზიდვებში „კონოსამენტი“ ერთდროულად ასრულებს სამ ფუნქციას:

- ადასტურებს გადამზიდავის მიერ ტვირთის გემზე მიღებას,
- წარმოადგენს ტვირთგანმკარგავ დოკუმენტს და
- ადასტურებს გადამზიდავსა და ტვირთგამგზავნს შორის საზღვაო გადაზიდვის ხელშეკრულების არსებობას.

„კონოსამენტის“ მარეგულირებელ ყველაზე გავრცელებულ საერთაშორისო სამართლებრივ წყაროს წარმოადგენს საერთაშორისო კონვენცია: „კონოსამენტებთან დაკავშირებული ზოგიერთი წესის უნიფიკაციის შესახებ“, 1924 წ. და მასში განხორციელებულ ცვლილებათა ოქმები, 23.02.1996წ. 21.21.1979წ. („ჰააგა-ვისბის წესები“) ¹⁷.

საქართველოსთან მიმართებით¹⁸, „კონოსამენტის“ მარეგულირებელ საერთაშორისო სამართლებრივ წყაროს წარმოადგენს „ტვირთის საზღვაო გადაზიდვის შესახებ“ გაეროს 1978 წლის კონვენცია. („ჰამბურგის წესები“).¹⁹

საზღვაო გადაზიდვებში „კონოსამენტის“ როლი და დანიშნულება საქართველოს კანონმდებლობაში იმპლემენტირებულია საერთაშორისო ნორმების შესაბამისად.²⁰ ეს განაპირობებს, რომ „კონოსამენტის“, როგორც მტკიცებულების, გამოყენება სამართალური თვითობა-

¹⁶ საქართველოს საზღვაო კოდექსის 51-ე მუხლის თანახმად, „გემის კაპიტანი თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობით ითვლება გემთმფლობელისა და ტვირთმფლობელის წარმომადგენლად ყველა გარიგებაში, რომლებიც დაკავშირებულია გემთან, ტვირთთან ან ნაოსნობასთან, აგრეთვე მისთვის მინდობილ ქონებასთან დაკავშირებით წამოჭრილი სადავო საკითხის მოგვარებისას, თუ გემთმფლობელის ან ტვირთმფლობელის წარმომადგენელი ადგილზე არ იმყოფება“.

¹⁷ „ჰააგა-ვისბის წესები“ მუხლები: 1(ბ) 3 (3, 4, 7), 4.

¹⁸ მცირე კომენტარი საქართველოს სინამდვილეში ერთ საინტერესო საკანონმდებლო ხარვეზთან დაკავშირებით: „ჰააგა-ვისბის წესები“ საქართველოსათვის ძალაშია: 09.09.1995 წლიდან. მიუხედავად ოფიციალურად დენონსაციის არარსებობისა, საქართველოსათვის მან დაკარგა ძალა, „ტვირთის საზღვაო გადაზიდვის შესახებ“ გაეროს 1978 წლის კონვენციასთან („ჰამბურგის წესები“) საქართველოს მიერთებიდან (01/04/1997 წ.). ხუთი წლის გასვლის შემდგომ (01.04.2003 წ.). („ჰამბურგის წესების“ 31-ე მუხლის მე-4 პუნქტი).

¹⁹ „ტვირთის საზღვაო გადაზიდვის შესახებ“ გაეროს 1978 წლის კონვენცია („ჰამბურგის წესები“) საქართველოსათვის ძალაშია 01/04/1997წლიდან. მუხლები: 1(7); 14; 15; 16.

²⁰ საქართველოს საზღვაო კოდექსი, მუხლები: 114(3), 118, 119, 120, 121, 122, 148.

თა იმ დეტალების (გარემოებათა) მტკიცებისათვის, რომლებიც ასახულია ამავე „კონოსამენტში“, არ ენიშნა აღმდგემა საქართველოს „საჯარო წესრიგს“ და შესაძლებელია, გამოყენებულ იქნეს სასამართლოში.

წარმოდგენილ ნორმათა განზოგადებით, „კონოსამენტში“ მითითებულ მონაცემთა იურიდიული მნიშვნელობა კონკრეტული გადაზიდვის ხელშეკრულებასთან დაკავშირებით, პრეზუმციული ხასიათისაა, კერძოდ:

სანამ არ იქნება დადასტურებული საწინააღმდეგო, „კონოსამენტით“ დასტურდება სამართალურთიერთობის ერთ-ერთი მონაწილის მიერ წარმოდგენილი იმ გადაზიდვის (ჩარტერის) ხელშეკრულების პირობების ნამდვილობა, რომლის ფორმალური რეკვიზიტები მითითებულია ამავე კონოსამენტში („პრეზუმციული მტკიცება“)²¹. ამ შემთხვევაში ფორმალური ნამდვილობის მიზნებისათვის მნიშვნელობა არა აქვს ხელშეკრულების შესრულების ფორმას.

ამრიგად, საქმეში არსებული „კონოსამენტის“ დედნის საფუძველზე დასტურდება გადაზიდვის (ჩარტერი) ხელშეკრულების არსებობა და მისი დებულებების იურიდიული ძალა „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ჩათვლით, იმ სახით, როგორც იგი ასახულია სამართალურთიერთობის ერთ-ერთი მონაწილის მიერ წარმოდგენილ „კონოსამენტის“ ეგზემპლარში, მიუხედავად გადაზიდვის ხელშეკრულების შესრულების ფორმისა.

(3) საარბიტრაჟო სარჩელისა და საარბიტრაჟო შესაგებლის გაცვლის ფორმით დადებული წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმება“.

სამართალურთიერთობის ორივე მონაწილე წარმოადგენს უცხო ქვეყნის რეზიდენტ იურიდიულ პირს, რომელთაც ჰქონდათ წარმოდგენილი სამართალურთიერთობის სფეროში საქმიანობის გამოცდილება.²² საარბიტრაჟო განხილვის დაწყებისა და განხილვის მთელი პერიოდის განმავლობაში (არანაკლებ ხუთი თვე) არბიტრაჟის კომპეტენცია არ ყოფილა შეცილებული მოპასუხის მიერ. მხარე არა მარტო მონაწილეობდა საარბიტრაჟო განხილვის პროცესში. იგი აქტიურად იყენებდა საკუთარ საპროცესო უფლებებს (სარჩელზე შესაგებლის წარდგენა, არბიტრაჟზე წერილობითი ახსნა-განმარტებების მიწოდება და შეგებებული სარჩელის აღძვრა). საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის შემდგომ მოპასუხის მიერ რაიმე საფუძველით არ ყოფილა წარდგენილი საჩივარი გადაწყვეტილების წინააღმდეგ, მათ შორის არც „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ბათილობის ან არბიტრაჟის კომპეტენციის არარსებობის საფუძველით. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება შევიდა კანონიერ ძალაში. აქვე მნიშვნელოვანია აღნიშნოს, რომ მთელი დავის განმავლობაში მოპასუხე წარმოდგენილი იყო ადვოკატით.

ყველა ეს გარემოება ადასტურებს, რომ მოპასუხეს ჰქონდა როგორც სუბიექტური ნება, რაც გამომხატა „საარბიტრაჟო დათქმის“ შემცველი ჩარტერის (გადაზიდვის) ხელშეკრულების დადებით მონაწილემდგე მხარესთან და „კონოსამენტის“ გაფორმებით. მას ასევე ჰქონდა ობიექტური ნებაც, რაც რეალიზებულ იქნა სწორედ არბიტრაჟის იურისდიქციისადმი სრული მოცულობით დაქვემდებარებით და მისი შედეგების აღიარებით.

დავის არბიტრაჟში განხილვის მთელი პერიოდის განმავლობაში მოპასუხის კუთვნილი გემი იმყოფებოდა ფოთის პორტში, ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს მიერ მიღებული სარჩელის უზრუნველყოფის ზომების საფუძველზე. დავის განმხილველი არბიტრაჟის კომპეტენციის, ზოგადად, მხარეთა შორის არსებული „საარბიტრაჟო შეთანხმებისადმი“ შეცილების არსებობის შემთხვევაში, ბუნებრივია, მოპასუხის მიერ განხორციელებული იქნებოდა რაღაც იურიდიული პროცედურები სარჩელის უზრუნველყოფის შესახებ განჩინების წინააღმდეგ, მისი კუთვნილი, საკმაოდ ფასეული, ქონების დასაცავად.

ამდენად, მხარეთა შორის საარბიტრაჟო სარჩელისა და საარბიტრაჟო შესაგებლის გაცვლა, რომლითაც მოსარჩელე მიუთითებდა კომპეტენტურ არბიტრაჟში დავის აღძვრის შესა-

²¹ იხ. <<http://www.nplg.gov.ge/publishers/samoqalaqo/index.php?do=view&id=374>>.

²² ჩანაწერი (28.01.2013 წ.) გადაზიდვის (ჩარტერის) ხელშეკრულებაში ბოლო სამი გადაზიდვის შესახებ, მე-2 აბზაცი.

ხებ და მოპასუხეს შესაგებლით არ განუხორციელებია არბიტრაჟის კომპეტენციის – „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ – არსებობის უარყოფა, უდავოდ, აკმაყოფილებს საარბიტრაჟო სარჩელისა და საარბიტრაჟო შესაგებლის გაცვლის ფორმით დადებულ, წერილობით, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სტანდარტს.

6. წარმოდგენილი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ საკმარისობის სამართლებრივი დასაბუთება

ა) „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ნამდვილობის მიმართ გამოსაყენებელი კოლიზიური ნორმები:

„საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ კანონის მე-2 მუხლის თანახმად, საერთაშორისო ხელშეკრულებებით გათვალისწინებულ წესებს აქვს უპირატესი იურიდიული ძალა ამ კანონით განსაზღვრულ წესებთან შედარებით. საერთაშორისო მრავალმხრივი ხელშეკრულება, რომლის წესებსაც აქვს უპირატესი იურიდიული ძალა, ამ შემთხვევაში, უპირველესად, წარმოადგენს „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“ 10/06/1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენცია.

„კონვენციის“ მიზნებიდან გამომდინარე, იგი აწესებს არბიტრაჟის გადაწყვეტილების აღსრულების მხარდამჭერ ერთგვარ განწყობას, რომლის გამოც საერთაშორისო პრაქტიკაში უპირატესობით სარგებლობს ნაკლებად ხელსაყრელ შიდა კანონმდებლობასთან შედარებით. „კონვენცია“ მოქცეულია საქართველოს სამართლის შემადგენლობაში, მასზე საქართველოს მიერთების გამო, რაც შესაძლებლობას აძლევს სასამართლოს, კონკრეტულ შემთხვევაში „კონვენცია“ გამოიყენოს როგორც სამართლის წყარო. ამდენად, წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ნამდვილობასა და მის ფორმასთან დაკავშირებით სასამართლომ არ უნდა გამოიყენოს შიდა სახელმწიფო კანონმდებლობით გათვალისწინებული უფრო მკაცრი მოთხოვნები, ვიდრე ეს დაწესებულია „კონვენციით“.

ნიშანდობლივია, რომ, თავის მხრივ, „კონვენცია“ ამკვიდრებს ძალიან მნიშვნელოვან, ე.წ. „უფრო ხელსაყრელი სამართლის გამოყენების კოლიზიურ პრინციპს“,²³ რომლის თანახმად, ცნობისა და აღსრულების მსურველი მხარე უფლებამოსილია, დაეყრდნოს წესებს, რომლებიც უფრო ხელსაყრელია მისთვის, ვიდრე „კონვენცია“. ასეთი წესები, ბუნებრივია, უნდა გამომდინარეობდეს იმ სამართლიდან, რომლითაც შესაძლებელია, რეგულირდებოდეს კონკრეტული სამართალურთიერთობა იმ ქვეყნის კოლიზიურ ნორმათა გათვალისწინებით, სადაც ხდება სამართლის არჩევა. ამდენად, კიდევ ერთი კოლიზიური პრინციპი, რომელიც სასამართლომ აუცილებლად უნდა გაითვალისწინოს – ეს არის მხარეთა მიერ არჩეული სამართალი.

„საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“ კანონის 35-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის თანახმად, სახელშეკრულებო ურთიერთობებიდან გამომდინარე უფლება-მოვალეობები, ხელშეკრულების განმარტება, შესრულება, შეწყვეტა, ბათილობის შედეგები, ვალდებულებათა დარღვევა, წინასახელშეკრულებო და ხელშეკრულების შემდგომი ურთიერთობები, ვალდებულებების დარღვევის ჩათვლით, წესრიგდება მხარეთა მიერ არჩეული ქვეყნის სამართლით. მართალია, კანონის იმავე 35-ე მუხლის მე-3 პუნქტით დადგენილია გამოსაყენებელ სამართალზე შეთანხმების ბათილობის პირობა, მაგრამ ასეც რომ იყოს, იმავე კანონის 36-ე მუხლის 1-ლი და მე-3 პუნქტის დისპოზიციით, მოცემულ შემთხვევაში ვერ იქნება გამოყენებული საქართველოს სამართალი, როგორც მხარეთა სამართალურთიერთობასთან ყველაზე მჭიდროდ დაკავშირებული ქვეყნის სამართალი, რადგან მხარეები არ წარმოადგენდნენ საქართველოს რეზიდენტებს.

²³ იხ. <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf>, „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“, კონვენციის მე-7 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

საქმის მასალებით უდავოდ დადგენილია, რომ სამართალურთიერთობაში გამოსაყენებელი სამართლის სახით მხარეთა მიერ არჩეული იყო ინგლისის სამართალი. შესაბამისად, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“, როგორც საზღვაო გადაზიდვის ხელშეკრულებისაგან დამოუკიდებელი ურთიერთობის, არსებობა და იურიდიული ძალა უნდა შეფასებულიყო არა საქართველოს, არამედ მხარეთა მიერ არჩეული ქვეყნის სამართლისა და „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“ კონვენციის²⁴ ნორმებით.

ბ) „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ნამდვილობისა და იურიდიული ძალის მატერიალურსამართლებრივი დასაბუთება:

საკითხი პირობითად შესაძლებელია დაიყოს ორ ნაწილად:

(1) გამოსაყენებელი ქვეყნის (ინგლისის) სამართლის მიხედვით, ელექტრონული ფორმით შესრულებული ხელშეკრულების, მათ შორის „საარბიტრაჟო შეთანხმების“, ნამდვილობა და იურიდიული ძალა.

(2) „კონვენციით“ გათვალისწინებული საერთაშორისო სტანდარტი, „წერილობითი საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ცნებასა, ნამდვილობასა და იურიდიულ ძალასთან დაკავშირებით.

განვიხილოთ თითოეული ცალ-ცალკე:

(1) გამოსაყენებელი ქვეყნის (ინგლისის) სამართლის მიხედვით, ელექტრონული ფორმით შესრულებული ხელშეკრულების, მათ შორის „საარბიტრაჟო შეთანხმების“, ნამდვილობა და იურიდიული ძალა.

ამ ქვეთავში წარმოდგენილ საკითხთა შეფასება განხორციელდა გამოსაყენებელი ქვეყნის სამართლის სპეციალურ ნორმათა გამოყენებით. კერძოდ, „ტვირთის საზღვაო გადაზიდვების შესახებ“ 1992 წლის კანონით²⁵ და „არბიტრაჟის შესახებ“ 1996 წლის კანონით.²⁶

აღსანიშნავია, რომ „ტვირთის საზღვაო გადაზიდვების შესახებ“ 1992 წლის კანონი არ აწესებს სპეციალურ შეზღუდვებს საზღვაო გადაზიდვის დოკუმენტების გაფორმებასთან დაკავშირებით. სამართალურთიერთობათა არსებობისათვის მხედველობაში მიიღება ნებისმიერი ფორმით შესრულებული ჩარტერი, ელექტრონულის ჩათვლით, რომლითაც შესაძლებელია მხარეთა ობიექტური ნების დადგენა. კონოსამენტთან დაკავშირებით არსებობს მოთხოვნა, რომ მისი იურიდიული მნიშვნელობა და დანიშნულება შესაძლებელია რეალიზებულ იქნეს მხოლოდ დედნის საფუძველზე.

ინგლისური სამართლის პრინციპის გათვალისწინებით: ნებისმიერი რეგულაცია, რაც პირდაპირ შეზღუდვას არ ექვემდებარება, შესაძლებელია, გამოყენებულ იქნეს როგორც „სამართლის წყარო“. ამდენად, შესაძლებელია, დავასკვნათ, რომ ელექტრონულად გაფორმებული 28/01/2013 წლის გადაზიდვის (ჩარტერის) ხელშეკრულების ნამდვილობის მიმართ, გამოსაყენებელი ქვეყნის სამართლის მიხედვით, შეცდომების საფუძველი არ არსებობს. შესაბამისად, არ არსებობს შეცდომების საფუძველი, არც მისი რომელიმე დებულების, მათ შორის „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ მიმართ.

ნიშანდობლივია, რომ ხელშეკრულების შესრულების ფორმისადმი ლიბერალური მიდგომა, მისი ნამდვილობისა და იურიდიული ძალის შეფასებისას გარკვეულწილად ასახულია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსშიც, თუმცა ეს ნორმა, მისი ნამდვილობის დადგენის მიზნებისა-

²⁴ დიდი ბრიტანეთისა და ჩრდილოეთ ირლანდიის გაერთიანებული სამეფოსათვის „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“ კონვენცია, 10.06.1958 წელი. ნიუ-იორკის კონვენცია ძალაში შევიდა 23.12.1975 წელს. იხ. <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>.

²⁵ იხ. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/50/contents>>. ტექსტში გამოყენებულია არაოფიციალური, ავტორისეული, თარგმანი.

²⁶ იხ. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/enacted>>. ტექსტში გამოყენებულია არაოფიციალური, ავტორისეული, თარგმანი.

თვის იშვიათად გამოყენებადია²⁷. ნაკლებად სარწმუნოა, საქართველოს სასამართლომ სადავო გარემოების მტკიცებისას სატელეგრაფო, ფაქსით ან ელექტრონული ფორმით შესრულებული ხელშეკრულება საკმარის მტკიცებულებად მიიჩნიოს ხელშეკრულების ნამდვილობის მიზნებისათვის და არ მოითხოვოს მისი დედნის წარმოდგენა. ეს საკითხი უფრო ღრმა ანალიზს მოითხოვს, ამასთან, იგი სცილდება ჩვენი კვლევის საგანს და, ამდენად, მასზე აღარ შევჩერდებით.

საკითხის მიმართ ეროვნული სასამართლოების მიდგომის მიუხედავად, თანამედროვე საერთაშორისო კერძო სამართლის განვითარების ტენდენციებმა, საკომუნიკაციო პროგრესმა და კერძო სამართლის თანამედროვე მოთხოვნებმა განაპირობა სახელშეკრულებო ურთიერთობათა მრავალფეროვნების განვითარება. ეს ტენდენციები აისახა გაეროს საერთაშორისო ვაჭრობის სამართლის კომისიის (UNCITRAL) მიერ შემუშავებულ რამდენიმე დოკუმენტში, კერძოდ:

- „იუნსიტრალის ტიპური კანონი ელექტრონული ვაჭრობის შესახებ“, 1996 წ.²⁸
- „იუნსიტრალის ტიპური კანონი ელექტრონული ხელმოწერების შესახებ“, 2001 წ.²⁹
- კონვენცია „საერთაშორისო ხელშეკრულებებში ელექტრონული შეტყობინებების გამოყენების შესახებ“, 2006 წ.³⁰

ასევე, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის (ICC) ელექტრონული პირობები 2004 წლისა და საერთაშორისო სავაჭრო პალატის სახელმძღვანელო, ელექტრონული საშუალებებით ხელშეკრულების დადების შესახებ.³¹

მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული ნორმები ოფიციალურად არ წარმოადგენენ საქართველოს სამართლის ნაწილს და ამ მხრივ მათი ფორმალური სამართლის წყაროდ გამოყენება შეუძლებელია, ზოგადად, ხელშეკრულებებისა და სამართალურთიერთობის განმსაზღვრელი იურიდიული დოკუმენტების ელექტრონულად შესრულების ტენდენციის არსებობა არ გამოირიცხავს, რომ საერთაშორისო უთიერთობებში ეს ნორმები გამოყენებული იყოს როგორც „სავაჭრო ჩვეულება“, რომელიც ასევე წარმოადგენს მნიშვნელოვან სამართლის წყაროს საერთაშორისო კერძო სამართალში.

ამ კონტექსტში მსჯელობის სიცხადისათვის, ვფიქრობ, საინტერესო იქნება ე.წ. „ბროკერის“ როლზე მითითება საზღვაო გადაზიდვის ორგანიზებაში. საზღვაო გადაზიდვასთან დაკავშირებული არცერთი მოქმედი საერთაშორისო მრავალმხრივი დოკუმენტით არ არის გათვალისწინებული „ბროკერის“ ცნება და უფლება-ვალდებულებები, მაგრამ ეს ინსტიტუტი რეალურად არსებობს, არის საზღვაო გადაზიდვის ბაზრის ერთ-ერთი საკვანძო სუბიექტი, სარგებლობს უფლებაუნარიანობით და მისი სტატუსი აღიარებულია უნიფიცირებული დოკუმენტებით (მხედველობაში მაქვს ჩარტერის შესაბამისი გრაფა).

სწორედ ამიტომ „სავაჭრო ჩვეულების“, როგორც სამართლის წყაროს, საფუძველზე ფაქტობრივ გარემოებათა შეფასებისას სასამართლომ უნდა შეაფასოს არა მათი შესაბამისობა რომელიმე ფორმალური ნიშნების მატარებელი ნორმების ნაკრებთან (ქვეყნის შიდა კანონ-

²⁷ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 328-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, თუ მხარეები შეთანხმდნენ ხელშეკრულების წერილობით ფორმაზე, ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს მხარეთა მიერ ხელმოწერილი ერთი დოკუმენტის შედგენით; ფორმის უზრუნველსაყოფად ასევე საკმარისია სატელეგრაფო შეტყობინება, ტელეასლი ან წერილების ურთიერთგაცვლა.

²⁸ იხ. <http://uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>. საქართველო არ არის მონაწილე.

²⁹ იხ. <http://uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html>. საქართველო არ არის მონაწილე.

³⁰ <http://uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html>. საქართველო არ არის მონაწილე.

³¹ იხ. <<https://cms.unov.org/documentrepository/indexer/MultiLanguageAlignment.bitext?DocumentID=f478bb21-beda-4ca3-bc42-95fe30dd98ff&DocumentID=3df3db97-8f61-4a5a-9b06-c55160cc0668>>.

მდებლობა, საერთაშორისო კონვენციები, შეთანხმებები), არამედ მათი შესაძლო წინააღმდეგობა სამართალშეფასების ადგილის ქვეყნის „საჯარო წესრიგთან“.

საქართველოს შიდა სახელმწიფო სამართალში ელექტრონული დოკუმენტწარმოება ცოტა განსხვავებული სახით, მაგრამ, ზოგადად, შემოვიდა 14/03/2008 წლის კანონით „ელექტრონული ხელმოწერისა და ელექტრონული დოკუმენტის შესახებ“. ამდენად, ელექტრონულად შესრულებული ხელშეკრულება, ზოგადად, არ შეიძლება იქნეს მიჩნეული, რომ ეწინააღმდეგება საქართველოს „საჯარო წესრიგს“.

ჩვენს კონკრეტულ შემთხვევაში შესაძლებელია დავასკვნათ, რომ ელექტრონულად შესრულებული 28/01/2013 წ. ჩარტერი, მასში არსებული საარბიტრაჟო დათქმით“, ზოგადად, არ ეწინააღმდეგება საქართველოს სამართლებრივ პრინციპებს. გამოკვლევისა და შეფასების საგანი შესაძლებელია იყოს მხოლოდ ამ ხელშეკრულებით გამოვლენილი, მხარეთა ობიექტური ნების შესაბამისობა მათ სუბიექტურ ნებასთან და არა, ზოგადად, ხელშეკრულებისა და „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ელექტრონულად შესრულების საკმარისობა და იურიდიული ძალა.

რაც შეეხება, „არბიტრაჟის შესახებ“ 1996 წლის ინგლისის კანონის შესაბამისად, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ნამდვილობის საკითხს, შეფასებისათვის განვიხილოთ კანონის რამდენიმე სპეციალური მუხლი.³²

ნორმათა განზოგადებით, შესაძლებელია, გაკეთდეს დასკვნა, რომ წარმოდგენილი კანონი ამკვიდრებს საკმაოდ ლიბერალურ მიდგომას წერილობითი საარბიტრაჟო შეთანხმების სტანდარტთან დაკავშირებით, რომლის მიხედვით, წერილობით შეთანხმებად მიიჩნევა ნებისმიერი საშუალებით განხორციელებულ ჩანაწერში გამოვლენილი მხარეთა ობიექტური ნება. უფრო მეტიც, მე-6(1) მუხლის დისპოზიცია საერთოდ შესაძლებლად უშვებს საარბიტრაჟო დავის აღძვრას ე.წ. „არაწერილობითი“ საარბიტრაჟო შეთანხმების შემთხვევაშიც. „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ნამდვილობის განმსაზღვრელი კრიტერიუმია მხარეთა გამოსატყულო ნება, რომლის გამოკვლევაც არის შესაძლებელი. შეიძლება დავასკვნათ, რომ, ინგლისური სამართლის მიხედვით, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ხარვეზად შესაძლებელია, მიჩნეულ იქნეს არა ფორ-

³² გამოყენებულია არაოფიციალური, ავტორისეული, თარგმანი.

„

მუხლი 5. წერილობითი შეთანხმებები

(2) წერილობითი შეთანხმება არსებობს, თუ:

- (ა) შეთანხმება დადებულია წერილობითი ფორმით (მიუხედავად იმისა, ეს შეთანხმება ხელმოწერილია თუ არა მხარეთა მიერ);
- (ბ) თუ შეთანხმება დადებულია წერილობითი შეტყობინებების გაცვლის ნებისმიერი ფორმით;
- (გ) ან, თუ შეთანხმება დადასტურებულია წერილობითი მტკიცებულებებით;
- (3) თუ მხარეები თანხმდებიან რაიმეზე არაწერილობითი ფორმით და უთითებენ წერილობით ფორმაში გადმოცემულ პირობებზე, მაშინ მიიჩნევა, რომ მათ დადეს წერილობითი შეთანხმება;
- (4) შეთანხმება დადასტურებულია წერილობითი მტკიცებულებებით, თუ შეთანხმება, გაფორმებული არაწერილობითი ფორმით, დარეგისტრირებულია ერთი რომელიმე მხარის ან მესამე პირის მიერ, რომელსაც მხარეებმა შეთანხმებით მინიჭეს შესაბამისი უფლებამოსილება;
- (5) წერილობითი დოკუმენტების გაცვლა სასამართლო ან საარბიტრაჟო განხილვის პერიოდში, რომელშიც ერთ-ერთი მხარე აცხადებს არა წერილობითი ფორმით გაფორმებული შეთანხმების არსებობის შესახებ, ხოლო მეორე მხარე საკუთარ პასუხში არ უარყოფს ასეთი შეთანხმების არსებობას, არის მხარეთა შორის წერილობითი შეთანხმება, რომლის შინაარსი შეესაბამება მითითებული მხარეებიდან პირველის მტკიცებას;
- (6) ამ მუხლში არსებული მითითება რაიმე ჩანაწერზე ან დოკუმენტის წერილობით შესრულებაზე მოიცავს ყველაფერს, რაც შესაძლებელია, შედგენილ იქნეს წერილობით, ნებისმიერი შესაძლო ფორმით.

მუხლი 6. საარბიტრაჟო შეთანხმების განსაზღვრა.

- (1) ამ ნაწილით „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ ნიშნავს შეთანხმებას დავების არბიტრაჟოში გადაცემის შესახებ, რომლებიც წარმოიშვა ან შესაძლებელია წარმოიშვას (იმისგან დამოუკიდებლად, გამომდინარეობს ასეთი დავები ხელშეკრულებიდან თუ არა).

მალური ხასიათის ხარვეზი (საარბიტრაჟო შეთანხმების შესრულების ფორმა), არამედ მისი იურიდიული შინაარსი, რომელიც შექმნის დასაბუთებულ ეჭვს მხარეთა მიერ ნების გამოვლენის ნამდვილობაში.

ინგლისური სამართლის ეს თავისებურება ამომწურავად ასაბუთებს, რომ ჩვენს შემთხვევაში საქმეში წარმოდგენილია სამივე ფორმის „საარბიტრაჟო შეთანხმება“:

- „საარბიტრაჟო დათქმა“, მხარეთა მიერ ელექტრონულად გაფორმებული, გადაზიდვის ხელშეკრულების (ჩარტერის) ძირითადი პირობების „რეზიუმეში“.

- მითითებით ინკორპორირების ფორმის წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმება“, ასახული ორიგინალ კონოსამენტში, რომელშიც მხარეთა სამართალურთიერთობის საფუძვლად მითითებულია „საარბიტრაჟო დათქმის“ შემცველი გადაზიდვის კონკრეტული ხელშეკრულება (იგივე რეზიუმე).

- საარბიტრაჟო სარჩელისა და საარბიტრაჟო შესაგებლის გაცვლის ფორმით დადებული „საარბიტრაჟო შეთანხმება“.

ეს სამივე ფორმა, გამოსაყენებელი ქვეყნის (ინგლისის) სამართლის მიხედვით, იურიდიული ძალის მქონე და ნამდვილია.

(2) „კონვენციით“ გათვალისწინებული საერთაშორისო სტანდარტი, „წერილობითი საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ცნებასა, ნამდვილობასა და იურიდიულ ძალასთან დაკავშირებით.

საკითხის განზოგადების მიზნით, ასევე „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“ კონვენციის საქართველოში გამოყენების პრაქტიკის სიმცირის გამო, „კონვენციის“ ნორმების საერთაშორისო სტანდარტების შესაბამისად ინტერპრეტაციისათვის, სამართლის დამხმარე წყაროდ გამოყენებულ იქნა „დოქტრინა“³³, რაც არ ენიშნავს ნაალმდეგება საქართველოს „საჯარო წესრიგს“³⁴, კერძოდ:

„კონვენციის“ მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად:

„ტერმინი „წერილობითი შეთანხმება“ გულისხმობს საარბიტრაჟო დათქმას ხელშეკრულებაში, ან მხარეების მიერ ხელმოწერილ, ან წერილებისა თუ ტელეგრამების ურთიერთგაცვლაში ასახულ „საარბიტრაჟო შეთანხმებას“.³⁵

ნორმათა განზოგადებით უდავოა, რომ „კონვენციის“ მიდგომა „საარბიტრაჟო შეთანხმებასთან“ დაკავშირებით, ეფუძნება მისი ნამდვილობის პრეზუმფციას, როგორც ფორმალურს, ისე არსებითს. ამ ნამდვილობის პრეზუმფციის შეცვლა შესაძლებელია მხოლოდ შეზღუდული საფუძვლებით.

„საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ფორმალური ნამდვილობის განსაზღვრება ეფუძნება „კონვენციით“ გათვალისწინებული წერილობითი შეთანხმებისადმი მოთხოვნის ლიბერალურ ტენდენციას. როგორც პრაქტიკა ცხადყოფს, ზოგადად, სასამართლოები მისდევენ სახელმძღვანელო პრინციპს – „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ ნამდვილია, როცა არსებობს გონივრული საფუძველი იმის დასამტკიცებლად, რომ წერილობითი ოფერტი არბიტრაჟზე მიღებულ იქნა და

³³ ICC-ის სახელმძღვანელო 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის განმარტებისათვის: ცნობარი მოსამართლეებისათვის. <http://www.arbitration-icca.org/media/2/13717346017380/georgian_translation_judges_guide_website_with_cover_20june.pdf>.

³⁴ საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ საქართველოს კანონის მე-3 (1) მუხლი.

³⁵ იხ. <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html>. „კონვენციის“ მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტისა და მე-7 მუხლის 1-ლი პუნქტის განმარტების საკითხებზე გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (UNCITRAL) 07.07.2006 წელს მიღებული რეკომენდაციის თანახმად: „კონვენციის“ მე-2 მუხლის მე-2 პუნქტი უნდა განიმარტოს იმის გათვალისწინებით, რომ მასში აღწერილი გარემოებები არ ატარებს ამომწურავ ხასიათს“.

მოხდა „მხარეთა ნების თანხვედრა“.³⁶ ამასთან, აქცეპტი შესაძლებელია გამოიხატოს სხვადასხვა ფორმით და დამოკიდებულია სამართალურთიერთობის თავისებურებებზე.

სასამართლოებს განსხვავებული მოსაზრებები აქვთ იმაზე, თუ რამდენად საკმარისია „კონოსამენტში“ ფრაზის ხელშეკრულებაზე მითითება, რომელიც შეიცავს „საარბიტრაჟო შეთანხმებას“. აქაც გასათვალისწინებელია, იცოდნენ ან უნდა სცოდნოდნათ თუ არა მხარეებს „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ შესახებ. თუ „კონოსამენტი“ კონკრეტულად მიუთითებს ფრაზის ხელშეკრულებაში არსებულ საარბიტრაჟო შეთანხმებაზე, ეს, ძირითადად, საკმარისად მიიჩნევა.³⁷

ჩვენს შემთხვევაში, გადამზიდვის (მოპასუხის) მიერ გაცემული კონოსამენტი უდავოდ ადასტურებს „კონოსამენტში“ მითითებული გადაზიდვის (ჩარტერის) ხელშეკრულების და მასში არსებული „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სრულ აქცეპტირებას.³⁸ „კონოსამენტი“ გაფორმდა მოპასუხის მიერ დამოუკიდებლად და აღნიშნული ჩანაწერის სანინააღმდეგოდ მასში არ გაკეთებულა რაიმე აღნიშვნა. ანუ უნიფიცირებული ჩარტერით შეთანხმებულ პირობებზე, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ჩათვლით, მოპასუხეს არ გაუკეთებია ახალი, მოდიფიცირებული ოფერტი.

როგორც ნებისმიერი სხვა ხელშეკრულება, საარბიტრაჟო შეთანხმებაც არის ფორმირებისა და არსებითი ნამდვილობის წესების საგანი. შესაბამისად, იგი ნამდვილია, გარდა შემთხვევებისა, როდესაც საარბიტრაჟო შეთანხმება „ბათილია და გაუქმებულია, ძალადაკარგულია ან შეუძლებელია მისი შესრულება“.

„კონვენციით“ დადგენილი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ არსებითი ნამდვილობის სტანდარტები:

(i) „ბათილი ან გაუქმებული“ – შეეხება საქმეებს, რომლებშიც საარბიტრაჟო შეთანხმების შემცველ სამართალურთიერთობას თავიდანვე თან სდევდა გარკვეული ბათილობის საფუძველი. ამ კატეგორიაში შედის უცილოდ ბათილ და საცილო სამართალურთიერთობაში არსებული საარბიტრაჟო დათქმა ან მასზე მითითება. საარბიტრაჟო შეთანხმების დადების დეფექტები, როგორებიცაა ქმედუუნარობა ან უფლებამოსილების არქონა, ასევე შედის ამ კატეგორიაში.

(ii) „ძალადაკარგული“ – კონვენციის მე-2 მუხლის მე-3 ნაწილის მიზნებისთვის, ძალადაკარგული საარბიტრაჟო შეთანხმება არის საარბიტრაჟო შეთანხმება, რომელიც გარკვეული დროის პერიოდში იყო ნამდვილი, მაგრამ შემდგომ დაკარგა სამართლებრივი ძალა.

(iii) „შესრულების შეუძლებლობა“ – მოიცავს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც საარბიტრაჟო წარმოება ვერ გაგრძელდება ფაქტობრივი ან სამართლებრივი დამაბრკოლებელი გარემოების არსებობის გამო. შესაძლებელია ასევე, საარბიტრაჟო შეთანხმება ისე ცუდად იყოს შედგენილი, რომ სამართლებრივი დაბრკოლება შექმნას საარბიტრაჟო წარმოების დაწყებისათვის. ამგვარი საარბიტრაჟო შეთანხმებები ასევე ბათილია.

ჩვენს კონკრეტულ სამართალურთიერთობაში საქმის მასალებით არ დასტურდებოდა რომელიმე მსგავსი ნიშანი, შესაბამისად, ცალსახაა, რომ საქმეში წარმოდგენილი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სამივე ფორმა აკმაყოფილებდა „კონვენციით“ დადგენილი არსებითი ნამდვილობის სტანდარტებს.

რაც შეეხება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების მოთხოვნასთან ერთად წარდგენილი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ე.წ. ნამდვილობის პრეზუმფციის სტანდარტს, „კონვენციის“ მე-3 მუხლი ავალდებულებს ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს, ცნონ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები სავალდებულო ძალის მქონედ, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ

³⁶ ICC-ის სახელმძღვანელო 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის განმარტებისათვის: ცნობარი მოსამართლეებისათვის, 61, 1-ლი-მე-2 აბზაცი.

³⁷ იქვე, 63, მე-3 აბზაცი.

³⁸ <https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Withdrawn/Sample_Copy_CONGENBILL_94.as>.

„კონოსამენტის“ პირველ ნაბეჭდ გვერდზე არსებული „გადაზიდვის პირობების“ 1-ლ პუნქტში იმპერატიულადაა მითითებული, რომ „ყველა დებულება და პირობა, შეღავათი და გამონაკლისი, ასახული ამავე კონოსამენტში მითითებული თარიღით დათარიღებულ ჩარტერში, გამოსაყენებელი სამართლისა და საარბიტრაჟო დათქმის ჩათვლით, ითვლება ინკორპორირებულად წინამდებარე კონოსამენტში“.

არსებობს კონვენციის მე-5 მუხლით გათვალისწინებული, აღსრულებაზე უარის თქმის რომელიმე საფუძველი.³⁹

საარბიტრაჟო წარმოების ამ ეტაპზე მოსარჩელეს ეკისრება მტკიცების ტვირთი და ის ვალდებულია, წარადგინოს „კონვენციით“ გათვალისწინებული დოკუმენტები.⁴⁰

კონვენციის მე-4 (1) (ბ) მუხლი ადგენს, რომ მხარე, რომელიც მოითხოვს აღსრულებას, ვალდებულია, წარადგინოს დოკუმენტი, რომელიც საინანაღმდევოს დამტკიცებამდე ჩაითვლება ნამდვილ „საარბიტრაჟო შეთანხმებად“. ამ ეტაპზე სასამართლო არ იმსჯელებს, არის თუ არა „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ „წერილობითი“ „კონვენციის“ მე-2 (2) მუხლის მიზნებისათვის, ან არის თუ არა ის ნამდვილი მარეგულირებელი სამართლის მიხედვით. „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ არსებითი ნამდვილობისა და მისი კონვენციის მე-2 (2) მუხლის მოთხოვნებთან შესაბამისობის დადგენა ხორციელდება ცნობა-აღსრულების პროცედურების მეორე ეტაპზე.⁴¹

ცნობა-აღსრულების აღნიშნულ (მეორე) ეტაპზე ვრცელდება გარკვეული ხასიათის პრინციპები, რომლებითაც სასამართლო უნდა ხელმძღვანელობდეს, კერძოდ:

- არ ხორციელდება გადანყვეტილების არსებითი გადასინჯვა;
- ამომწურავი საფუძვლების მტკიცების ტვირთი ეკისრება მოპასუხეს;
- ცნობა-აღსრულებაზე უარის თქმის ამომწურავი საფუძვლები;
- უარის თქმის კონვენციით გათვალისწინებული საფუძვლები განიმარტება ვინროდ;
- ცნობა-აღსრულების შეზღუდული დისკრეცია, როდესაც სახეზეა აღსრულებაზე უარის თქმის რომელიმე საფუძველი.⁴²

წარმოდგენილ პრინციპთაგან, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ნამდვილობისა და საკმარისობის კონტროლის მიზნებისათვის, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია სასამართლოს მიერ პირველი ორი პრინციპის რეალიზაცია, რადგან საარბიტრაჟო შეთანხმების იურიდიული ძალის მიმართ შეცილების მტკიცების ტვირთი ეკისრება მოპასუხეს, თუ არსებობს კონვენციის მე-5 (1) მუხლით გათვალისწინებული ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები. აღნიშნული საფუძვლები ამომწურავად არის განსაზღვრული „კონვენციაში“.

სასამართლოს შეუძლია, თავისი ინიციატივით უარი თქვას ცნობა-აღსრულებაზე, მხოლოდ მე-5(2) მუხლში გათვალისწინებული რომელიმე საფუძვლის არსებობისას.

„კონვენციის“ მიზნის გათვალისწინებით, რომელსაც წარმოადგენს „იმ სტანდარტების უნიფიცირება, რომელთა საფუძველზეც ხორციელდება საარბიტრაჟო გადანყვეტილებების აღსრულება ხელმომწერ ქვეყნებში“, მისი შემდგენლები მიზნად ისახავდნენ, რომ ცნობა-აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები განმარტებული და გამოყენებული ყოფილიყო ვინროდ და უარის თქმა განხორციელებულიყო მხოლოდ სერიოზულ შემთხვევებში.⁴³

„კონვენციით“ გათვალისწინებული „წერილობითი საარბიტრაჟო შეთანხმების“ სტანდარტებთან დაკავშირებით მსჯელობა, უდავოდ, არასრული იქნება საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ 1985 წლის იუნსიტრალის (UNCITRAL) მოდელურ კანონზე მითითების გარეშე,⁴⁴ რომელიც, უდავოდ, ახდენს გავლენას სასამართლოების მიერ „კონვენციის“ ნორმათა ინტერპრეტაციაზე. ამ კანონის მე-7 მუხლი, „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ცნება და ფორმა, განმარტავს:

³⁹ ICCA-ს სახელმძღვანელო 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის განმარტებისათვის: ცნობარი მოსამართლეებისათვის, 94, 1-ლი აბზაცი.

⁴⁰ იხ. <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf>, მე -4 მუხლი.

⁴¹ ICCA-ს სახელმძღვანელო 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციის განმარტებისათვის: ცნობარი მოსამართლეებისათვის, 102, 1-ლი აბზაცი.

⁴² იქვე, 106, 1-ლი აბზაცი.

⁴³ იქვე, 109, 1-ლი აბზაცი.

⁴⁴ იხ. <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>.

(1) „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ არის შეთანხმება მხარეთა შორის, არბიტრაჟს გადასცენ ნებისმიერი ან გარკვეული სახის დავა, რომელიც წარმოიშვა, ან შეიძლება წარმოიშვას მათ შორის სახელშეკრულებო თუ სხვა განსაზღვრულ სამართლებრივ ურთიერთობასთან დაკავშირებით. საარბიტრაჟო შეთანხმება შეიძლება დაიდოს ხელშეკრულებაში მოცემული საარბიტრაჟო დათქმის ან ცალკე შეთანხმების ფორმით.

(2) „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ უნდა დაიდოს წერილობითი ფორმით.

(3) „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ დადებულია წერილობით, თუ მისი შინაარსი დაფიქსირებულია ნებისმიერი ფორმით, მიუხედავად იმისა, დაიდო თუ არა „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ ან ხელშეკრულება ზეპირი ფორმით, მოქმედებით ან სხვა რაიმე საშუალებით.

(4) „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ წერილობითი ფორმით დადების მოთხოვნას აკმაყოფილებს ელექტრონული კომუნიკაციების საშუალებით დადებული შეთანხმება, თუ მასში არსებული ინფორმაცია ხელმისაწვდომია მისი შემდგომი გამოყენებისათვის; „ელექტრონული კომუნიკაცია“ გულისხმობს ნებისმიერ კომუნიკაციას, რომელსაც მხარეები ახორციელებენ ინფორმაციული გზავნილების სახით; „ინფორმაციული გზავნილი“ ნიშნავს ინფორმაციას, რომელიც გამოცემულია, გაგზავნილია, მიღებულია ან შენახულია ელექტრონული, მაგნიტური, ოპტიკური ან მსგავსი საშუალებით, რაც არ შემოიფარგლება, მაგრამ მოიცავს ელექტრონულ ინფორმაციულ ურთიერთგაცვლას (EDI), ელექტრონულ ფოსტას, ტელეგრამას, ტელექსს ან ტელეასლს.

(5) გარდა ამისა, საარბიტრაჟო შეთანხმება ითვლება წერილობითი ფორმით დადებულად, თუ იგი გაფორმებულია საარბიტრაჟო სარჩელისა და საარბიტრაჟო შესაგებლის გაცვლით, როდესაც ერთი მხარე ამტკიცებს, ხოლო მეორე მხარე არ უარყოფს საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობას.

(6) ხელშეკრულებაში არსებული მითითება ნებისმიერ დოკუმენტზე, რომელიც მოიცავს საარბიტრაჟო დათქმას.⁴⁵

ნიშანდობლივია, რომ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-8 მუხლი შეესაბამება მოდელური კანონის აღნიშნული ნორმის სულისკვეთებას. მე-8 მუხლის შესაძლებლობების სრულად რეალიზების შემთხვევაში, შესაძლებელი გახდებოდა ქართულ სინამდვილეში „წერილობითი საარბიტრაჟო შეთანხმების“ შინაარსის განვრცობა „კონვენციით“ დადგენილ სტანდარტებამდე. სამწუხაროდ, საქართველოს სასამართლოებში დადგენილი პრაქტიკით, ქვეყნის შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების მოთხოვნებზე წარსადგენ წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ერთადერთ უცვლელ სტანდარტად მიიჩნევა მხარეთა მიერ დამონმებული ცალკე „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ ან „საარბიტრაჟო შეთანხმების“ შემცველი ხელშეკრულების დედანი ან ნოტარიულად დამონმებული ასლი, რაც ძალიან ზღუდავს „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-8 მუხლის შესაძლებლობას და, უბრალოდ, ფუნქციას უკარგავს ამ მუხლის დანარჩენ დებულებებს.

სწორედ ამ საფუძვლით იყო ნაკარნახევი ჩემი მარწმუნებლის სურვილი, რომ გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულებისათვის, საქართველოს შესაბამისი ნორმების ნაცვლად, გვესარგებლა „კონვენციით“, რომელიც შესაძლებლობას მოგვცემდა, სასამართლოსათვის დაგვესაბუთებინა, კონკრეტულ შემთხვევაში, შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობაზე დაფუძნებულ პრაქტიკასთან ერთად, გამოყენებული ყოფილიყო „დოქტრინით“ დადგენილი საერთაშორისო პრაქტიკა.

საბოლოოდ, აღწერილი ფაქტობრივი და სამართლებრივი საფუძვლებით, შევძელით, სასამართლოსათვის დაგვესაბუთებინა, რომ საქმეში წარმოდგენილი სამივე ფორმის წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ –

- „საარბიტრაჟო დათქმა“, მხარეთა მიერ ელექტრონულად გაფორმებული, გადაზიდვის ხელშეკრულების ძირითადი პირობების „რეზიუმეში“,

⁴⁵ გამოყენებულია არაოფიციალური, ავტორისეული, თარგმანი.

- მითითებით ინკორპორირების ფორმის წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმება“, ასახული კონოსამენცის დედანში,

- საარბიტრაჟო სარჩელისა და საარბიტრაჟო შესაგებლის გაცვლის ფორმით დადებული „საარბიტრაჟო შეთანხმება“ – შეესაბამება წერილობითი „საარბიტრაჟო შეთანხმებისადმი“ გამოსაყენებელი სამართლის ქვეყნის – ინგლისის კანონმდებლობით გათვალისწინებულ სტანდარტებს.

ამასთან, „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ“ კონვენციის მიხედვით წარმოდგენილი „საარბიტრაჟო შეთანხმებები“ ნამდვილია, არ ყოფილა ბათილი, გაუქმებული ან ძალადაკარგული. შესაბამისად, ისინი იყო იურიდიული ძალის და საკმარისი, „კონვენციით“ გათვალისწინებული, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების მიზნებისათვის.

ყველა აღნიშნული გარემოების გათვალისწინებით, საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ მიიღო წარმობაში შუამდგომლობა ლონდონის საზღვაო არბიტრთა ასოციაციის არბიტრის გადაწყვეტილების საქართველოში ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებით და დააკმაყოფილა იგი⁴⁶.

7. დასკვნა

დასასრულს, ზოგიერთი წარმოდგენილი საკითხის განზოგადების მიზნით, მინდა წარმოვადგინო რამდენიმე პირადი მოსაზრება.

საქართველო, როგორც საზღვაო ქვეყანა, ყოველთვის იქნება საერთაშორისო კერძო საზღვაოსამართლებრივი ურთიერთობების გავრცელების იურისდიქცია, რომელიც თავისთავად გამოიწვევს საქართველოს მართლმსაჯულების შეხებას ამ ურთიერთობებიდან წარმოშობილ დავებზე. თავის მხრივ, ამ დავების მონაწილეებს ექნებათ ლეგიტიმური მოლოდინი, რომ დავები, რომლებზეც საქართველოს სასამართლოებს ექნებოდათ კომპეტენცია, გადაწყდება, უპირველესად, იმ საერთაშორისო ნორმების საფუძველზე, რომელთა მონაწილეც საქართველოა და არა ქვეყნის შიდა კანონმდებლობის საფუძველზე. ამასთან, გათვალისწინებული იქნება დადგენილი საერთაშორისო პრაქტიკა.

ამ ეტაპზე აღნიშნული მოლოდინის რეალიზაცია საკმაოდ რთულია, რადგან:

- საერთაშორისო საზღვაო კერძო სამართლის ოცამდე მრავალმხრივ ხელშეკრულებაში (კონვენციაში) მონაწილეობის მიუხედავად, მათი ტექსტების ოფიციალური ქართული თარგმანები დღემდე არ არსებობს, რაც თავისთავად ართულებს სამართალწარმოებაში (სასამართლოში) მათ გამოყენებას.

- ზოგადად, საერთაშორისო საზღვაო გადაზიდვასთან დაკავშირებული კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები ხასიათდება „ჩვეულებითი“ უნიფიკაციის მაღალი ხარისხით. სადავო გარემოებათა სამართლებრივი შეფასებისას სამართლის წყაროებად გამოიყენება საერთაშორისო „სავაჭრო“ და „სამართლებრივი“ ჩვეულებები, რის გამოყენებაც პრაქტიკულად არ ხდება საქართველოს სასამართლოებში.

ყოველივე ეს ბუნებრივად ართულებს საქართველოში დამკვიდრებული სამართლებრივი პრაქტიკის ფარგლებში კოლიზიური ნორმების საფუძველზე გამოსაყენებელი მატერიალური ნორმების სწორად განსაზღვრას და საქმის გარემოებათა სამართლებრივ შეფასებებს. ამ პრობლემათა გადაწყვეტის კონტექსტში, ვფიქრობ, უპირველესად უნდა იყოს საქართველოს სასამართლოების (განსაკუთრებით ბათუმისა და ფოთის სასამართლოების) მზადყოფნა და ნება, განავითაროს სამართლებრივი პრაქტიკა ამ მიმართულებით.

დასასრულს შევაჯამებ, რომ საქართველოში საერთაშორისო კერძო სამართლის შემდგომი განვითარებისათვის მნიშვნელოვანია: არარეზიდენტების მონაწილეობით მიმდი-

⁴⁶ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინება, 09.07.2014 წ, საქმე № ა-544-შ-17-2014.

ნარე ყველა კონკრეტულ საქმეზე განზოგადდეს ამ ტიპის დავების გადანყვეტის არსებული საერთაშორისო პრაქტიკა და, ზოგადად, სადავო გარემოებათა მტკიცების სტანდარტი, სამართალშეფასების სპეციფიკა, „დოქტრინა“ და თეორიული წყაროები. სასამართლომ არ უნდა შეზღუდოს ადვოკატი პრეცედენტულ შემთხვევებზე მითითებაში. ეს მოგვცემს შესაძლებლობას, სასამართლოსა და ადვოკატის თანამონაწილეობით დამკვიდრდეს სწორი სამართლებრივი პრაქტიკა, იმ ტიპის დავებზე, რაც ახალია საქართველოს სამართლებრივი სივრცისათვის.

ჩვენს შემთხვევაში, სწორედ დავის სპეციფიკით გათვალისწინებულ საკითხებში საფუძვლიანად ჩაღრმავებამ და მათი გადანყვეტის საერთაშორისო პრაქტიკის გაანალიზებამ მოგვცა შესაძლებლობა, რეალური იურიდიული ძალა შეეძინა საქართველოში უცხო ქვეყნის სპეციალიზებულ საზღვაო არბიტრაჟში გამოტანილ გადანყვეტილებას.

Problems of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards made on Maritime Dispute in Georgia

Legal practice related to the recognition/enforcement of arbitration award for the private maritime disputes made by the foreign country arbitration, effective in Georgia. All problems generated between the non-resident entities, at the different stages of their relationship with the Georgian legal system is generalized in the article.

Article reviews local Georgian legislation as well as international legislation effective in the private maritime area; moreover, article covers deficiencies in the legal regulations, practices for the document maintenance and legal evaluation practices characteristic to the international maritime disputes.

The position regarding the following issue is presented in the article: standard for the written "arbitration agreement"; the need for evaluation of the standard via the criteria different from the established ones is justified.

Via the resolution of the specific dispute in the legal space of Georgia, the practice for the recognition and enforcement of arbitration awards made outside Georgia on the private maritime disputes has been established; moreover, within such practice, the standard on the evaluation of evidences different to the effective standard has been established.

Key words: *International Private Maritime Dispute, recognition and enforcement of arbitration award, made by the foreign arbitrage, in Georgia, standard for written "arbitration agreement", practice for document maintenance, additional law sources.*

1. Introduction

The purpose of the present article is to study the problems of recognition and enforcement of decision made at the specialized - maritime arbitration of foreign country in Georgia. Accordingly, the survey simultaneously covers the problematic issue of development of arbitration law in Georgia, such as recognition and enforcement of arbitrary decision made outside Georgia; in addition, topical issues of one of the significant directions of the International Private Law - Private Maritime Law, such as characteristics of paperwork and legal-evaluation in this field.

In general, for institutional development of alternative means of dispute resolution in Georgia, together with other issues, it is important to present the practical efficiency of dispute resolution in this form, by way of presenting the examples of specific works implemented. Discussing the advantages of dispute resolution in arbitration, for some reason the emphasis is regularly made on the same issues, such as: confidentiality, cost and time-saving, possibility of qualified and impartial resolution of dispute and etc.

One more and very important advantage of arbitration is least highlighted. In particular, under the condition of globalization of modern international private legal-relationships, there are categories of disputes, which are so saturated with various "foreign country laws", that it is practically impossible to place them within the framework of any one "public order". At the same time, recognition and enforcement of decision made by the court of any country for such dispute in other country is much difficult than recognition and enforcement of arbitration decisions made in the same country. It can be said

* Director of International Arbitration under the Chamber of Commerce and Industry of Autonomous Republic of Adjara, Certified Mediator, Doctoral Student of Georgian Technical University Law Program.

unambiguously that the real legal outcome for such disputes can be achieved only if they are resolved via arbitration. The practical majority of disputes existent in the International Private Maritime Law belong to this type of disputes, the major portion of which is resolved in well-known arbitration institutions of various countries.

With its arbitration centers operating outside Georgia, the Great Britain is undisputed leader, which was primarily conditioned by influence of English law on the establishment of modern international maritime and commercial law. Under the conditions of many years' active practice, all important issues of dispute resolution are sophisticated and unified here. The disputes are considered by highly qualified arbitrators, who enjoy a great reputation and authority in the field of merchant shipping. Therefore, generalization of experience and practice of these institutions is important for the development of resolution of private maritime disputes in Georgia through alternative means. In this regard, deepening in such practical precedents, which have connection with the legal space of Georgia, is even more important.

The findings and considerations presented in the article are based upon the particular dispute, in which I have represented the interests of one of the parties. The dispute began in Georgia, it's essential discussion has continued in one of the famous arbitrations – London Maritime Arbitrators and Mediators Association (**London Maritime Arbitrators Association — LMAA**)¹. Finally, the arbitration decision was returned back to Georgia again for recognition and enforcement purposes.

The desire of presentation of the mentioned above case in the form of article was conditioned by its specificity, as the international private maritime dispute, which had to be executed in Georgia, was unknown for legal space of Georgia until now. At first glance it seems like nothing special, but taking into consideration that parties to the dispute did not represent the residents of Georgia, the Law of England represented the law to be applied by the agreement of the parties, the subject of dispute was located in Georgia and, accordingly, the interested party wanted to execute the decision in Georgia; therefore, we were dealing with quite an interesting case.

All those problems that had been raised at various stages of the particular dispute, in the process of dealing with legal system of Georgia, are generalized in the present article. In addition, the article presents the practice, which, literally, had been established by joint efforts of the court and lawyers.

2. Circumstances of the Case

By the assignment of the company (affreighter - the same as consignor) registered in Seychelles, the company registered in Turkey (carrier - the same as governing ship-owner) has implemented the transportation of unprocessed barley from Eiski port (Russian Federation) to Poti port by the ship sailing under the flag of Togo owned by the company registered in Nevisi island (the ship owner – the registered ship owner)². The freight was aimed for the resident company of Georgia (consignee). Supply was implemented under the condition - SIF-Poti.³ The ship was freighted (employed) through the broker. In

¹ The London Maritime Arbitrators Association, The LMAA, <<http://www.lmaa.org.uk/membership-browse.aspx?mtype=1>>, The party discussing the disputes raised in international commercial navigation, one of the famous unions. It was established in current form on February 12, 1960, although, its roots count almost 300 years. Recommended arbitration clause about discussion of dispute in accordance with LMAA procedure is reflected in almost two hundred various type maritime shipping documents, unified under the auspices of international non-governmental maritime organizations. Total number of disputes discussed annually exceeds 3000.

² In accordance with the Article 14 of the Maritime Law of Georgia the “ship owner” considers the nominal owner of ship, which is registered at the appropriate state plans' register, as well as any physical or legal entity, which is in charge of the ship, regardless of whether it is the ship owner or uses this ship on any other legal basis, if there is no any direct instruction to act otherwise.

³ Incoterms, 2010, <<https://www.searates.com/reference/incoterms/cif/>>.

fact, two documents were signed with regard to transportation: so called “resume” for transportation agreement - in electronic form and “bill of lading” – in the original form.

Due to technical failure and other reasons impeding the navigation, the ship, in total, spent 50 days for transportation of freight for intended purpose, instead of planned 3-4 days. Accordingly, it entered Poti with significant delays.

After commencement of vessel unloading, it was found that significant part of freight was damaged, due to which the freight receiver (consignee) stopped unloading until submission of financial guarantee by the carrier, which would give them possibility to cover the actual losses, which would be confirmed following the unloading.

The carrier refused to submit the guarantee and, in contrary, required the guarantee for provision of damage inflicted by ship time-out due to termination of unloading, to which the consignee disagreed. In response to this the officers closed the ship holds and stated the lien on goods under the ordinance of carrier.

Following unsuccessful negotiations, the consignee rejected the purchase agreement⁴ on goods (freight) and actually was out of forthcoming processes. The legal relationship has been continued between the consignor and the carrier.

Following unsuccessful negotiations between the parties, the consignor has brought a claim in accordance with the regulations of London Maritime Arbitrators Association (**LMAA**), with the request to compensate the damages inflicted by breach of transportation agreement. The carrier has submitted the counter-claim.

According to the statement of consignor, the measure for provision of claim has been implemented in Georgia – the ship was seized,⁵ on which the freight owned by consignor and, stated by carrier as pledged, was located.

The dispute was discussed personally by the arbitrator of London Maritime Arbitrators Association. The competence of arbitrator has been determined in accordance with the arbitration clause provided in the transportation agreement. The dispute was resolved based on the written materials, in accordance with the Law of England.

According to final decision of arbitrator, the claim of consignor was satisfied, the carrier was charged by compensation of damage inflicted by freight destruction.⁶ The carrier's counter-claim was not satisfied.

In order to recognize and enforce the lawful decision made by the arbitration, Georgia has been elected, as the actual subject of execution – the ship owned by the carrier, which was seized for the provision of claim, was located in Georgia.

In accordance with the procedure established by the Georgian legislation, the petition together with appropriate documents was submitted to the Supreme Court of Georgia. The court has defined the deficiency,⁷ according to which the party was assigned to submit the original of “**arbitration agreement**” or duly certified copy, considered under the Law of Georgia “on Arbitration”, for accepting the petition for litigation. The court did not consider as sufficient so called “resume” of transportation agreement, prepared in electronic form, containing the “arbitration clause”, submitted together with the petition and confirmed translations of “bill of lading” signed for this transportation, for the purpose of written “arbitration agreement” form determined by the Law of Georgia “on Arbitration”.

⁴ According to the purchase agreement on goods, the consignee was imposed the liability to cover the value of purchase subject, by the agreed condition: SIF – Poti, following actual delivery of goods, which could not provide the consignor. Consequently, the parties agreed to cancel the purchase agreement on goods and disputable freight has been returned at consignor’s disposal.

⁵ The Judgment of Kutaisi Appeal Court, dated 29.07.2013, Case 2/b-674-2013.

⁶ At the Time of Making of Decision the Freight was Completely Destroyed in the Ship.

⁷ The Judgment of the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 24.02.2014, Case №a-544-y - 17-2014.

Discussion and justification related to elimination of gaps defined by the court represents our subject of generalization, which was shared by the Supreme Court.⁸ Literally saying, in this way the standard (different from the existing one) of authenticity of “**arbitration agreement**” and evaluation of legal power was established for the purpose of recognition and enforcement of arbitration decision made on maritime disputes outside Georgia, in Georgia.

3. Subject of Evidence

There is no doubt that written “**arbitration agreement**” represents the basis, in general, while determining the issue of enforcement of arbitration decision. However, during making the decision with regard to issue of recognition and enforcement of arbitration decision, made outside Georgia, when the case relates to the recognition and enforcement of decision made for second non-resident subject in Georgia, in favor of non-resident subject, concerning the “arbitration agreement”, the court shall not rely only on internal law of country and the established judicial practice.

It should not be disputable that non-resident subject, interested in recognition and enforcement of decision of arbitration, has direct legal interest to use the law, which can be chosen taking into consideration the conflicting principles of international private law of Georgia and which will have less demanding character with regard to the procedure for recognition and enforcement of arbitration decision or basics of refusal of enforcement.

In turn, the court should discuss and decide the petition according to the law to be used based on the conflict rules. In case if the law of foreign country is applied,⁹ the court is obligated to take necessary measures to determine the essence of its norms, taking into consideration their official explanation, practice of use and doctrine in appropriate country.

In addition, for the recognition and enforcement purposes, the court should research and evaluate the submitted evidences, taking into consideration the specificity of paperwork typical for international private maritime legal-relationships.

Based on all mentioned reasons, the subject of evidence, more precisely, subject of evaluation was formulated before the court as follows:

Instead of confirmation of compliance of the standards of written “arbitration agreement”, considered under the internal legal practice of Georgia with the “arbitration agreement” submitted in the case, justification that, according to the law to be applied in given dispute, the “arbitration agreements” submitted in the case have legal power, meets the requirements of “New York Convention”¹⁰ of 10/06/1958 about recognition and enforcement of arbitration decisions of foreign countries” and is satisfactory for the purpose of recognition and enforcement of arbitration decision considered under the “Convention”.

According to given discussions, actually, the court was offered the standard of legal evaluation for this type of petitions, so called “**upper limit**”, different from the existing one – evaluation not of contradiction to the requirements of national standards, but non-existence of contradiction to “**public order**” of Georgia.

Proceeding from the purposes of subject of evidence, three different forms of written “**arbitration agreement**” related to case had been evaluated.

- the written “**arbitration agreement**” incorporated by the way of reference – in the original of “bill of lading”, in which the transportation agreement (charter) including the “**arbitration agreement**” is indicated as the basis for legal relationship of parties.

⁸ According to Judgment of Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia, dated 07.04.2014, the petition on recognition and enforcement of arbitration decision was accepted for litigation, Case №a-544-y -17-2014.

⁹ § 1, Article 3 of Law of Georgia “on International Private Law”.

¹⁰ See <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf>, is in force for Georgia since August 31, 1994.

- „**arbitration clause** “– signed by the parties in electronic form, in the “**resume**” of key conditions of transportation agreement (charter).

- “**arbitration agreement**” signed in form of exchange of arbitration claim and arbitration counter-claim, according to which the defendant did not make disputable the existence of “**arbitration agreement**”. Moreover, he/she additionally submitted the counter-claim to the arbitration.

During evaluation of each form, the “New York Convention” was used as legal source, as well as provisions regulating the specific relationships indicated in directly submitted documents.

4. Evaluation of Transportation Documents

- obligatory-legal relationship between the parties (between affreighter, the same as consignor and carrier, the same as ship owner) has been established: based on the so called “**resume**”, agreed according to basic conditions of transportation agreement, signed in electronic form;

According to the record made in last paragraph of the “**resume**”, the following is incorporated in it: typical forms of unified charter of BIMCO (Baltic International Maritime Conference)¹¹, named as regulations provisions of (“**Gencon 94**”)¹².

- Existence of obligatory-legal relationship established under the transportation (charter) agreement was evidenced by the original of “**bill of lading**” presented in the case.

The mentioned document also represented the typical form of unified bill of lading of BIMCO (Baltic International Maritime Conference), named as “**Congenbill – 94**”¹³, in which the details of specific legal-relationship is entered.

According to the general principles of incorporation, established in international maritime transportation, referencing of any unified document in requisites of transportation documentation means that it includes the typical provisions of those documentation, for which the reference is made, notwithstanding these provisions are formally represented in the transportation document or not; i.e. the complete legal content of the specific transportation document consists of combination of provisions of major document and combination of provisions of unified document incorporated in it.

(1) complete content of the maritime transportation agreement (charter) includes also the typical provisions of unified charter (“**Gencon 94**”) of BIMCO, filled in by the conditions of “**resume**” agreed by the parties. Accordingly, the obligatory-legal relationship of parties shall be assessed by combination of these provisions.

(2) complete content of “**bill of lading**” presented in the case includes also the typical provisions of BIMCO’s unified bill of lading - “**Congenbill – 94**”. Accordingly, the legal relationship generated by this bill of lading should be evaluated also taking into account the typical provisions of “**Congenbill – 94**”.

Directly these documents are incorporated in “**charter**” and “**bill of lading**”, together with incorporation of appropriate unified provisions (“**Gencon 94**” and “**Congenbill-94**” are considered) and create unified legal source.

Let’s distinguish directly the issues of “**arbitration agreement**”, as the issue of incorporation of autonomous agreement of parties and its compliance with the standards of written “**arbitration agreement**”, out of general principles of legal incorporation.

¹¹ Use of BIMCO unified forms is recommended in accordance with the Maritime Code of Georgia. Annex to the Maritime Code of Georgia – “Maritime Terms used in the Code”, § 49. Accordingly, it does not Contradict the “Public Order” of Georgia.

¹² See <https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Voyage_Charter_Parties/Sample_Copy_GENCON-94.ashx>.

¹³ See <https://www.bimco.org/~media/Chartering/Document_Samples/Withdrawn/Sample_Copy_CONGENBILL-94.ashx>.

5. Evaluation of Written "Arbitration Agreement" Forms

(1) **"arbitration agreement"** fulfilled in the form of incorporation.

- the agreed **"resume"** of main conditions of transportation fulfilled electronically and, more precisely, certified by the parties and provided to each other in electronic form, which also includes typical provisions of unified charter the **"arbitration clause (agreement)"** is indicated.

By reasonable analysis (sub-paragraph (d)) of content of paragraph 19 of "Gencon 94" of unified charter, there is no doubt that in case of absence of specific **"arbitration agreement"** between the parties, paragraph (a) of present clause is applied. This means that the dispute is discussed: according to the rules of London Maritime Arbitrators Association (LMAA), the place of conducting of arbitration – London, the law to be applied – England, which was implemented in our case.

For information, in the descriptive part of arbitration decision¹⁴, the arbitrator indicates the paragraph 19 as the basis for the own competence.

For its part, the original is presented in the case on the first page of **"bill of lading"**, indicated according to the paragraph 1 of **"transportation conditions"**, unified together with other provisions of the **"arbitration agreement"** considered under paragraph 19 of charter is also incorporated in bill of lading. This means that by presenting the original of bill of lading, the original of **"arbitration agreement"**, i.e. in general, the original of written **"arbitration agreement"** between the parties, fulfilled in the form of reference incorporation, are actually presented in the case.

(2) **"Arbitration Clause"** Existing in Transportation Agreement Signed in Electronic Form.

In accordance with the practice established in international maritime transportation, hiring (affreighting) of ship for transportation of freight on specific route is implemented by so called broker, who represents the full participant of this legal relationship, which is reflected in the special section of unified charter.¹⁵

In the most cases, the potential tenant (affreighter) of ship and ship owner are in different locations geographically and conditions of transportation between them are agreed taking into consideration the type and features of freight, as well as constructive features of carrier ship, by the broker.

Finally, following the agreement of conditions by the **"broker"**, the transportation agreement is concluded in electronic form, in the form of **"resume"** – details of specific transportation agreement, in which the name of unified charter will be indicated.

Following actual placement of freight, considered under the transportation (charter) agreement, on the ship, the ship captain¹⁶ issues the special freight document to the consignor – the **"bill of lading"**, in the form of several originals, the number of which will be indicated in the same document.

For the purpose of evidence, and for evaluation of significance of data reflected in the **"bill of lading"**, it is important to understand the **"bill of lading"** – as the legal content of document, and determine those circumstances, the availability / unavailability of which can be proved by the **"bill of lading"**.

Under the established practice, the international maritime transportation, as the economic activity, is mainly implemented on the basis of summary documents, such as the **"bill of lading"**, which follows from the fact that in maritime transportation the **"bill of lading"** fulfils three functions simultaneously:

- confirms the receipt of freight by the carrier on the ship,
- submits the freight-disposal document, and
- confirms the availability of maritime transportation agreement between the carrier and consignor.¹⁷

¹⁴ Arbitration Decision of November 2, 2013, 2, §2.

¹⁵ Conditions of unified charter "Gencon 94", Part 1, Section 1.

¹⁶ In accordance with the Article 51 of the Maritime Code of Georgia, "the ship captain, with its official position, is considered as the representative of ship owner and freight owner in all arrangements related to the ship, freight or navigation, as well as during resolving of disputable issue raised with regard to the property entrusted to him, if the representative of ship owner or freight owner is absent".

The content of “**bill of lading**”, as the legal document, is detailed in the United Nations International Convention “**on the Carriage of Goods by Sea**”, 1978 (the “**Hamburg Rules**”).¹⁸

The role and purpose of “**bill of lading**” in maritime transportation is implemented in Georgian legislation in accordance with the international norms and absolutely complies with international standards.¹⁹ The mentioned conditions, that application of “**bill of lading**” as the evidence of those details (circumstances) of legal relationships, which is reflected in the same “**bill of lading**”, does not contradict the “public order” of Georgia and can be applied in the court.

By generalization of presented norms, the legal meaning of data indicated in the “bill of lading” concerning the specific transportation agreement, can be summarized as follows: unless otherwise confirmed, the “bill of lading” confirms the authenticity of conditions of transportation (charter) agreement, submitted by the participant of legal relationship, the formal requisites of which are indicated in the same bill of lading (“presumptive proof”)²⁰. In this case, for formal authenticity purposes, the form of fulfillment of agreement makes no difference.

Thus, based on the original of “bill of lading” existing in the case the availability of transportation (charter) agreement and legal power of its provisions, including the “**arbitration agreement**”, is evidenced in the form as it is reflected in the copy submitted by one of the participants of legal relationship, notwithstanding the form of fulfillment of this agreement.

(3) Written "arbitration agreement" concluded in the form of exchange of arbitration claim and arbitration counter-claim.

- Both participants of legal relationship represent the foreign country resident legal entities, which had experience of activities in the field of legal relationship.²¹ At the moment of commencement of arbitration proceeding and during the period of reviewing of arbitration proceeding (no less than five months), the competence of arbitration was not disputed by the defendant. The party was participating in the full process of arbitration proceeding. In parallel to formal participation, party actively used its procedural rights (submission of counter-claim for claim, provision of written explanation to the arbitrator and bringing of counter-claim). Following making the arbitration decision, the defendant did not submit the claim against the decision for any reason, among them not the annulment of "arbitration agreement" or existence of arbitration competence. The arbitration decision has legal force.

All these circumstances confirm that the defendant had a subjective will, which was expressed by concluding of charter (transportation) agreement containing the “**arbitration clause**” with the opposing party and by signing the “**bill of lading**”. It also had the objective will, which was realized by subordination of arbitration to the jurisdiction to the full extent and recognition of its results.

During entire period of discussion of the dispute at the arbitration, the ship owned by the defendant was located in Poti port, based on the measures of provisional remedies, accepted by the Kutaisi Appeal Court. In case of disputing of competence of arbitration discussing the dispute towards the “**arbitration agreement**” between the parties in general, naturally, the defendant would have carried out some legal procedures against the claim on provisional remedies, for protection of its own and quite valuable property.

¹⁷ Convention “for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading”, 1924 and the protocol of amendments to it, 1968 (“Hague-Visby Rules”) for Georgia, effective 09.09.1995. Articles: 1(b) 3 (3, 4, 7); 4;

Despite the absence of a formal denunciation, it lost the power for Georgia, five years following, 01.04.2003, Joining of Georgia 01.04.1997, to the Convention (“Hamburg Rules”) of United Nations “on transportation of goods by sea”, 1978, (§ 4, Article 31 of “Hamburg Rules”).

¹⁸ the Convention (“Hamburg Rules”) of United Nations “on transportation of goods by sea”, 1978, for Georgia effective 01.04.1997. Articles, 1, 7, 14, 15, 16.

¹⁹ Maritime Code of Georgia, Articles 114.3, 118, 119, 120, 121, 122, 148.

²⁰ See <<http://www.nplg.gov.ge/publishers/samoqalaqo/index.php?do=view&id=374>>.

²¹ Recording, 28.01.2013 in the Transportation, Charter, Agreement about Last Three Transportations, § 2.

Thus, exchange of arbitration claim and arbitration counter-claim between the parties, by which the claiming party has indicated about bringing of dispute to the competent arbitration and the defendant has not rejected the competence of arbitration by the counter-claim – availability of “**arbitration agreement**”, undoubtedly meets the standard of written “**arbitration agreement**”, concluded in the form of exchange of arbitration claim and arbitration counter-claim.

6. Legal Justification of Adequacy of Submitted “Arbitration Agreement”

a) Collision rules to be applied towards the authenticity of “arbitration agreement”:

In accordance with the article 2 of the law “on International Private Law”, the regulations considered under the international agreements have the preferential legal power compared with regulations considered under this law. Multilateral international agreement, the rules of which have preferential legal power, in this case, is primarily represented by the New York Convention “**on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**”, 10/06/1958.

Proceeding from the purposes of the “**Convention**”, it sets a certain attitude supporting the enforcement of the arbitration decision, due to which the convention has the advantage in international practice, compared with the less favorable national legislation. The Convention is under the composition of Georgian legislation, due to joining of Georgia the convention, which gives the possibility for the court to apply the “**Convention**” in particular case as legal source. Thus, with regard to the authenticity of written “arbitration agreement” and its form, the court shall not apply more stringent requirements considered under the internal legislation, than it is established under the “**Convention**”.

It is noteworthy, that in turn the “**Convention**” also establishes very important “**principle of collision for use of more favorable law**”²², according to which the party, interested in recognition and enforcement, is authorized to rely on the regulations, which are more favorable for them than the “**Convention**”. Naturally, such rules should be based on the law, by which the given legal relationship can be regulated, taking into consideration the conflicting norms of the country, where the law is chosen. Thus, one more principle of collision, which the court should necessarily take into consideration – is the law chosen by the parties.

According to the paragraph 1, Article 35 of the law “**on international private law**”, proceeding from the contractual relationships, the rights and obligations, definition of the agreement, fulfillment, termination, results of annulment, breach of obligations, pre-contractual and post-contractual relations, including the violation of obligations, are regulated by the law of the country chosen by the parties. However, the paragraph 3 of the same article (35) of the law, defines the condition of annulment of agreement on the law to be applied, but even in this case, by disposition of paragraphs 3 and 1 of article 36 of the same law, the Georgian law cannot be applied in any case, as the law of country most closely related to legal relationship of parties.

By the materials of the case it is undoubtedly defined that the parties choose Law of England as the form of law to be applied in the legal relationship. Accordingly, availability and legal power of relationship independent from the “**arbitration agreement**”, as the maritime transportation agreement, should be evaluated according to the norms of Convention²³ “on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” and law of the country chosen by the parties, not Georgia.

b) Material and legal justification of authenticity and legal power of “arbitration agreement”:

The issue can be conditionally divided into two parts:

²² See <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf> ,“§ 1, Article 7 of the Convention “on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”.

²³ The New York Convention “on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”, 10.06.1958, for Great Britain and the United Kingdom of Northern Ireland has entered into force on 23.12.1975, <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_text/arbitration/NYConvention_status.html>.

(1) According to the law of country (England) to be applied, authenticity and legal power of agreement fulfilled in electronic form, among them “arbitration agreement”.

(2) International standard considered under “**Convention**”, with regard to the concept, validity and legal power of written “arbitration agreement”.

(1) Evaluation of issues presented in this sub-chapter was implemented using the special norms of law of country to be applied. In particular, the law “**on Maritime Transportation of Freight**”,²⁴ 1992, and law “**on Arbitration**”, 1996.²⁵

It must be noted that the law “on Maritime Transportation of Freight” does not set any special restrictions with regard to signing of maritime transportation documents. For the purpose of availability of legal relationship, the charter fulfilled in any form, including electronic form is taken into consideration, by which it is possible to determine objective will of the parties. There is a requirement with regard to bill of lading, that its legal meaning and designation can be realized only based on the original.

Taking into account the principles of English law: any regulation, which is not subject to the restriction, can be applied as “law source”. Thus, it can be concluded that there is no basis for dispute according to the law of the country to be applied towards the authenticity of transportation (charter) agreement, dated 28/01/2013, signed in electronic form. Accordingly, there is no basis for dispute, and towards any of its provisions, among them - the “**arbitration agreement**”.

It is noteworthy, that liberal approach towards the form of execution of agreement, during evaluation of its validity and legal power, is reflected in the law of Georgia to some extent, (civil code), however, mentioned norm is least applied for some reasons. In particular:

The practitioners will be convinced that it is less trustworthy that court of Georgia considers as sufficient proof the agreement executed by telegraph, fax or electronic form during alleging the disputed circumstances, and not to require submission of their originals. Presumably, similar approach could be relevant in the justice system of other country. The mentioned issue requires more detailed analysis; in addition, it is beyond the subject of our research and, therefore, we will not come back to this issue. To summarize, I would like to point out that, notwithstanding the approach of national courts towards the issue, development tendencies of modern international private law, communication progress and modern requirements of private law have conditioned development of diversity of contractual relationships. The mentioned tendencies are reflected in several documents developed by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). In particular:

- „**UNCITRAL Typical Law on Electronic Commerce**“, 1996.²⁶

- „**UNCITRAL Typical Law on Electronic Signatures**“, 2001.²⁷

- **Convention “on the Use of Electronic Communications in International Contracts**”, 2006.²⁸

In addition, **Electronic Conditions of International Chamber of Commerce (ICC), 2004**, and **Manual of International Chamber of Commerce** on conclusion of agreement by electronic means.²⁹

For clearness of discussion in this context, it will be interesting to reference to the role of so called “**broker**” in organizing the maritime transportation. The concept and rights-liabilities of “**broker**” are not considered under any applicable international multilateral document, related to the maritime transportation,

²⁴ See <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/50/contents>>, Unofficial Translation is Applied in the Text.

²⁵ See <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/enacted>>, Unofficial Translation is Applied in the Text.

²⁶ See <http://uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html>, Georgia is not a Participant.

²⁷ See <http://uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html>, Georgia is not a Participant.

²⁸ <http://uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html>, Georgia is not a Participant.

²⁹ See <<https://cms.unov.org/documentrepositoryindexer/MultiLanguageAlignment.bitext?DocumentID=f478bb21-beda-4ca3-bc42-95fe30dd98ff&DocumentID=3df3db97-8f61-4a5a-9b06-c55160cc0668>>.

but this institution actually exists, and represents one of the key actors at the maritime transportation market, enjoys the legal capacity and its status is recognized by unified documents (the graph appropriate for charter is considered).

Therefore, during the evaluation of **“trade habits”**, as actual circumstances based on law source, the evaluation shall be implemented by the court not for their compliance with some set of norms bearing the formal signs (national legislation, international conventions, agreements), but for their possible contradiction to the **“public order”** of the country of location of legal evaluation.

Electronic format of documentation has been established on 14/03/2008 in the internal state law of Georgia in a bit different form by the law **“on Electronic Signature and Electronic Document”**. Thus, in general, the agreement fulfilled in electronic form cannot be considered as contradicting the **“public order”**.

In our particular case, we can conclude that charter fulfilled on 28/01/2013 in electronic form, including the existing “arbitration clause” in general, does not contradict the judicial principles of Georgia. The subject of research and evaluation can be revealed only by this agreement, compliance of objective will of parties to their subjective will, and not the sufficiency and legal power of fulfillment of agreement in general and **“arbitration agreement”** in electronic form.

As for the issue of authenticity of “arbitration agreement”, according to Law of England, 1996 **“on the Arbitration”**, let's discuss some special norms of the law for evaluation purposes.³⁰

„

Article 5. Agreements to be in Writing

(1) The provisions of this part apply only where the arbitration agreement is made in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this part only if in writing.

(2) There is an agreement in writing if:

- (a) the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties),
- (b) the agreement is made by exchange of communications in writing, or
- (c) the agreement is evidenced in writing.

(3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing.

(4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement.

(5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.

(6) References in this article to anything being written or in writing include its being recorded by any means.

Via the generalization of norms, the following conclusion can be made: presented law establishes quite liberal approach towards the standard for the written arbitration agreement, according to which will of parties expressed in the written note implemented in any form is considered as written agreement. Moreover, disposition of the article 6(1), admits the possibility of starting arbitration dispute even in case of so called **“non-written”** arbitration agreement. Criterion for the definition of authenticity of **“Aberration agreement”** is expressed will of the parties, investigation of which is possible. We can conclude that according to the English law, it is possible to consider as the deficiency of **“Arbitration agreement”** not the formal type of deficiency (form of conclusion of the arbitration agreement), but its legal contents, which would create justified doubts regarding the authenticity of expressed will.

³⁰ Unofficial Translation of Author is Applied.

The above mentioned feature of English law comprehensively justifies that in our case, there are all three forms of “**Arbitration agreements**” provided in the case:

- „**Arbitration clause**” – concluded by the parties in an electronic format, in the “**Resume**” of key conditions of the transportation agreement (charter);

- **Written «Arbitration agreement” of reference type incorporation form** – reflected in the original Bill of Lading, where the specific transportation agreement (same Resume) containing “**Arbitration clause**” is referenced as the basis for the legal relationship between the parties;

- **«Arbitration agreement” concluded in the form of exchange of arbitration claim and arbitration counter-claim,**

And they possess legal power and are authentic according to the law of the country (England) to be applied.

(2) International standard considered under the “**Convention**” related to the notion of “**Written arbitration agreement**”, its authenticity and legal power.

For the purpose of generalization of the issue and due to the lack of practice of application of convention on the “**Acknowledgement and enforcement of foreign arbitration decisions**” in Georgia, I deemed it expedient, to use “**Doctrine**”³¹ as the supportive source of law for the interpretation of “**Convention**” norms in accordance with the international standards, the above not contravening the “**Public order**”³² of Georgia, in particular:

According to the paragraph 2, article 2 of the convention:

The term “**agreement in writing**” shall include an arbitration clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.³³

Based on the generalization of norms it is undoubted that approach of the “**Convention**” to the “**Arbitration agreement**” is based on the presumption of its authenticity in formal as well as material terms. It is only possible to change the above mentioned authenticity presumption via the limited basis.

Definition of formal authenticity of “**Arbitration agreement**” is based on the liberal tendency towards the requirements for the agreement in writing, considered under the “**Convention**”. The practice demonstrates that, in general, courts are following the guiding principle that “**Arbitration agreement**” is authentic, where there is a reasonable basis for proving that written offer has been accepted at the arbitral body and “**coincidence of will of parties**” was in place.³⁴ Moreover, acceptance could be expressed in various forms and depends on the characteristics of legal relationships.

The courts have different position on whether it is sufficient to refer to the freight agreement, which contains the clause on the “**Arbitration agreement**”, in the “**Bill of Lading**”. Again it must be taken into account, whether the parties knew or had to know about the “**Arbitration agreement**”. If the “**Bill of Lading**” specifically refers to the arbitration agreement included in the freight agreement, this is generally considered as sufficient.³⁵

In our case, Bill of Lading issued by the transportation company (defendant) undoubtedly confirms full acceptance of charter agreement indicated in the “**Bill of Lading**” and “**Arbitration agreement**”

³¹ ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges. <http://www.arbitrationicca.org/media/2/13717346017380/georgian_translation_judges_guide_website_with_cover_20june.pdf>.

³² Article 3, 1, of the law of Georgia on “Private International Law”.

³³ See <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html>, on the Definition Issues for the § 2, Article 2 and § 1, Article 7 of the “**Convention**”, According to the Recommendations Made by the United Nations Trade Law Commission, UNSITRAL, 07.07.2006 year: §2, Article 2 of the “**Convention**” shall be interpreted with the consideration of the fact that circumstances described in it does not have exhaustive nature”;

³⁴ ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, 61, § s 1 and 2.

³⁵ ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, 63, §3.

incorporated.³⁶ **“Bill of Lading”** was concluded by the defendant independently and contrary to the above stipulation, no indication was made in the document. In other words, defendant has not made new, modified offer on conditions agreed via the charter, including clause on “Arbitration agreement”.

Let’s go back to the issues of existence and authenticity of **“Arbitration agreement”**.

As any other agreement, arbitration agreement is also subject to the rules for formation and material authenticity. Accordingly, it is authentic, except the cases, when arbitration agreement “is void and cancelled, in-operative or it is impossible to perform it”.

Material authenticity standards for **“Arbitration agreement”** defined under the **“Convention”**:

(i) „Void or Null” – refers to the cases, where the legal relationship incorporating the arbitration agreement was from the beginning accompanied with the certain basis for voidance. This category includes arbitration clause in the unquestionably void or questionable legal relationship (deal) or reference to the above. Defects related to the conclusion of arbitration agreement, such as incapacity or absence of authority also come under this category.

(ii) “In-operative” – For the purposes of article 2 and article 3 of the convention, in-operative arbitration agreement is an arbitration agreement, which was valid for certain period of time, however, later lost its legal power. Exception of “in-operativeness” generally covers refusal of ones right, recall, annulment or termination of arbitration agreement. Arbitration agreement is considered as in-operative, if the same dispute between the same parties is resolved by the court or arbitral tribunal, or when parties reached agreement on the annulment of arbitration agreement.

(iii) „Incapable of being performed” – the above mentioned include cases, when the arbitration proceedings cannot be continued due to the existence of factual or legal hindering circumstances. It is also possible that arbitration agreement is drafted in such a poor way that creates legal obstacle for the commencement of arbitration proceedings. Such arbitration agreement is also void.

In our specific legal relationship, case materials do not confirm existence of any such sign. Accordingly, it is straightforward that all three forms of **“Arbitration agreement”** present in the case satisfy standards of material authenticity as defined under the **“Convention”**.

In general, “Convention” defines, authenticity presumption standard of “Arbitration agreement” submitted together with the request on the recognition and enforcement of “Arbitration award”.

Article III obligates Contracting States to recognize Convention awards as binding unless they fall under one of the grounds for refusal defined in Article V.³⁷

At this stage of arbitration proceeding, the claimant is bearing the burden of assertion and he/she is obliged to present documents considered under the **“Convention”**.³⁸

In accordance with the mentioned above provision (Article 4 (1) (b)), the party seeking enforcement must supply a document that is prima facie a valid arbitration agreement. At this stage the court need not consider whether the agreement is “in writing” as provided by Article II (2) or is valid under the applicable law. The substantive examination of the validity of the “Arbitration agreement” and its compliance with article 2(2) of the Convention takes place during phase II of the recognition or enforcement proceedings.³⁹

At the mentioned stage of recognition-enforcement certain type principles are valid, courts shall be guided by these principles, in particular:

- no review on the merits;

³⁶ <https://www.bimco.org/~/_media/Chartering/Document_Samples/Withdrawn/Sample_Copy_CONGENBILL_94.ash>, In the § 1 of “Transportation Conditions” provided on the first printed page of “Connoisament” it is imperatively indicated that “all provisions and conditions, concessions and exceptions are reflected in the charter dated with the date indicated in the same Connoisament, including the law to be applied and arbitration clause, is considered as incorporated in the present connoisament”.

³⁷ ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, 94, § 1.

³⁸ See <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_r.pdf>, Article 4.

³⁹ ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, 102, § 1.

- burden on respondent of proving the exhaustive grounds;
- exhaustive grounds for refusal of recognition and enforcement;
- narrow interpretation of the grounds for refusal;
- limited discretionary power to grant the recognition and enforcement even if one of the grounds applies.⁴⁰

Out of the presented principles, for the purpose of controlling the authenticity and sufficiency of the **“Arbitration agreement”**, implementation of the first two principles by the court is particularly important. As the burden for the proving the questionability of legal power of the arbitration agreement is borne by the respondent, if there are the grounds for refusal of recognition and enforcement as stipulated under the article 5 (1) of the “Convention”. Mentioned above grounds are exhaustively defined in the “Convention”.

Court can at its discretion refuse recognition and enforcement, only in case of existence of any grounds envisaged under the article 5(2).

Bearing in mind the purpose of the Convention, namely to “unify the standards by which ... arbitral awards are enforced in the signatory countries”, its drafters intended that the grounds for opposing recognition and enforcement of Convention awards should be interpreted and applied narrowly and that refusal should be granted in serious cases only.⁴¹

Discussion regarding the standards for the **“Written arbitration agreement”** envisaged under the **“Convention”** would be certainly incomplete, without reference to the UNCITRAL Model Law on the International Commercial Arbitration (1958 year),⁴² which undoubtedly influences the interpretation of „Convention” norms by the courts. Article 7 of the mentioned law, notion and form of **“Arbitration agreement”** defines the following:

(1) **“Arbitration agreement”** is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement

(2) **The „Arbitration agreement”** shall be in writing.

(3) **„Arbitration agreement”** is in writing, if its contents are recorded in any form, despite the fact, whether the „Arbitration agreement” or agreement was concluded in the oral form, action or any other mean.

(4) Requirement for the conclusion in the written form of the **“Arbitration agreement”** is satisfied, if concluded by means of electronic communication, if information contained in such communication is accessible for its further use; “Electronic communication” implies any communication, which the parties implement by means of informational messages; “Informational message” means information, which is published, sent, received or stored by means of electronic, magnetic, optical or similar means, including and not limited to electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or tele-copy.

(5) Moreover, arbitration agreement is deemed to be concluded in the written form, if it is drafted in the form of exchange of arbitration claim and arbitration counterclaim, in which the existence of an arbitration agreement is alleged by one party and not denied by another.

(6) The reference in a contract to a document containing an arbitration clause.⁴³

It must be noted that article 8 of the law of Georgia on **“Arbitration agreement”** complies with the aspiration of the mentioned norm from the Model Law. In the event of full realization of article 8th capabilities, it would become possible to expand the contents of **“Written arbitration agreement”** over the standards defined under the “Convention” in the Georgian reality. Unfortunately, according to the

⁴⁰ ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, 106, § 1.

⁴¹ ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, 109, § 1.

⁴² See <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>.

⁴³ The Unofficial Translation is Used.

practice set in the Georgian courts, for the recognition and enforcement of arbitration awards made locally in the country as well as in the foreign country, the original or notarized copy of separate “Arbitration agreement” or contract containing clause on “Arbitration agreement” certified by the parties is considered as only unalterable standard for written “**Arbitration agreement**”, which extremely limits the capacity of article 8 of the law of Georgia on “Arbitration” and merely voids functions of other provisions of this article.

The above was driving basis for my mandator’s desire to apply “**Convention**” instead of relevant Georgian regulations for the recognition and enforcement of arbitration award. The above would enable us to justify to the court the possibility of application of the international practice envisaged under the “**Doctrine**” in addition to the application of practice, based on internal state arbitration legislation.

Finally, by means of described factual and legal basis, we managed to justify to the court all three forms of written “**Arbitration agreement**” provided in the case:

- „**Arbitration clause**” – concluded by the parties in an electronic format, in the “**Resume**” of key conditions of the transportation agreement;

- **Written «Arbitration agreement” of reference type incorporation form** – reflected in the original Bill of Lading;

- «**Arbitration agreement**” concluded in the form of exchange of arbitration claim and arbitration counter-claim,

Comply with the standards envisaged under the legislation of the country (England) to be applied for the written “**Arbitration agreement**”.

Moreover, according to the convention on the “**Recognition and enforcement of foreign arbitration decisions**”, presented “**Arbitration agreements**” are authentic, have not been declared void, annulled or inoperative. Therefore, they have legal power and are sufficient for the recognition and enforcement of arbitration award as considered under the “**Convention**”.

With the consideration of all above mentioned circumstances, the Supreme Court of Georgia admitted the appeal on the recognition and enforcement of award granted by the arbiter of the London Association of Maritime Arbitrators and satisfied such appeal⁴⁴.

7. Conclusion

Finally, with the purpose to generalize certain issues, I would like to present several subjective positions on the problems, related to the resolution of international private maritime disputes in Georgia.

Georgia, as the country with access to the sea, will always remain under the jurisdiction of international private maritime legal relationships, which would cause connection of Georgian justice with the disputes generated from such relationships. On the other hand, participants of such disputes will have legitimate expectation that disputes for which Georgian court have competence, would be resolved first of all based on the international norms, for which Georgia is participant and not on the basis of the internal legislation of the country; and moreover, the defined international practices would be applied as:

- Despite the participation in up to forty multilateral agreements (conventions) of international maritime private law, until today there are no official Georgian translations of the above texts available, complicating their application in justice (court).

- Generally, private legal relationships in connection with the international maritime transportations are characterized with the high level of “**Custom**” unification. In the process of legal evaluation of disputable circumstances, the international “trade” and “legal” customs are used as the law sources.

⁴⁴ Resolution, the Supreme Court of Georgia, dated 09.07.2014. year, case №a-544-sh-17-2014.

– Naturally, all the above, within the law practice established in Georgia, complicates correct definition of material norms based on collision norms and legal evaluation of case circumstances.

In the context of the solution of the above problem, I am of the view that, the primary objective must be readiness of Georgian courts (especially relevant for Batumi and Poti courts) and their will to thoroughly and not formally decide on any procedural issues related to such disputes.

And finally, I will go back to the positions expressed at the beginning of the article and sum up everything: for the development of international private law (arbitration: maritime law) in Georgia, during the review of each specific case, it is important to systematically generalize practices of leading countries in this direction of law, analyze standards of proving the disputable circumstances, hierarchy of law sources, specific features of legal evaluation. All the above will enable us to establish correct legal practices with the involvement of court and the lawyers.

In our case, well-grounded in-depth examination of the issues and the process of analyzing its international practical solution, enabled us to equip the arbitration award adopted outside of Georgia with the real legal power in Georgia

საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეები ქართულ კანონმდებლობაში

სტატიაში განხილულია ქართული კანონმდებლობით გათვალისწინებული საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეები და მათთან დაკავშირებული პრობლემური საკითხები. წარმოჩენილია საკანონმდებლო დონეზე და საარბიტრაჟო პრაქტიკაში არსებული ხარვეზები. კერძოდ, ის მიზეზები, რაც ხელს უშლის საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების ინსტიტუტს განვითარებაში და ეფექტიან ფუნქციონირებაში. გაანალიზებულია უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენება საერთაშორისო საარბიტრაჟო წარმოებაში და ამ გამოცდილების გაზიარების მნიშვნელობა ქართულ რეალობაში.

განსაკუთრებული ყურადღება ეთმობა „Anti-suit injunction“-ის ინსტიტუტის განვითარების ტენდენციებს საერთაშორისო დონეზე და მისი გამოყენების პერსპექტივებს ქართულ საარბიტრაჟო წარმოებაში.

სტატიაში აგრეთვე გაანალიზებულია ყადაღის, როგორც საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების, გამოყენების მიზანშეწონილობა და მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის საკითხი საარბიტრაჟო განხილვაში.

საკვანძო სიტყვები: არბიტრაჟი, საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფა, უზრუნველყოფის ღონისძიების მიზანი და სახეები, ყადაღა საარბიტრაჟო წარმოებაში, მტკიცებულებათა უზრუნველყოფა.

1. შესავალი

არბიტრაჟი თანამედროვე მსოფლიოში აღიარებულია როგორც ბიზნესდავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ეფექტიანი საშუალება, რომელიც დღითიდღე იხვეწება და ვითარდება.¹ საქართველოში არბიტრაჟის ინსტიტუტს არცთუ დიდი ისტორია აქვს. პირველად მისი საკანონმდებლო დონეზე რეგულირება უკავშირდება „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონს, რომელიც მიღებულ იქნა 1997 წელს. უნდა აღინიშნოს, რომ „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ კანონმა წარმატებით ვერ იტვირთა ფუნქცია – მის საფუძველზე შექმნილიყო ეფექტიანი დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მექანიზმი.² აქედან გამომდინარე, საჭირო გახდა ახალი კანონის შემუშავება, რომელიც უპასუხებდა თანამედროვე საარბიტრაჟო წარმოების გამონვევებს და ხელს შეუწყობდა არბიტრაჟის ინსტიტუტის განვითარებას საქართველოში.³ 2009 წელს მიღებულ იქნა და 2010 წლიდან ძალაშია ახალი „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, რომელიც დაეფუძნა გაერთიანებული ერების საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის მიერ შემუშავებულ მოდელურ კანონს საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ.

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, იურიდიული ფირმა J&T Consulting-ის უფროსი იურისტი, თბილისის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის თავმჯდომარის თანაშემწე.

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2012, 24; განსხვავებული აზრი იხ. *Stipanowich Th.J.*, Arbitration New Litigation, University of Illinois Law Review, 2010, 3.

² *Tserstvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law, 2009, Tb., 2011, 14-19.

³ *ბინდერი პ. მ.*, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის კომენტარები, ჟურნ. „ქართული სამართლის მიმოხილვა“, 10/2007-2/3, 182-202.

ხებ (შემდგომში – „მოდელური კანონი“).⁴ ახალი კანონის ძირითადი მიზანი იყო ქართული სა-არბიტრაჟო პრაქტიკის დაახლოება საერთაშორისო საარბიტრაჟო სტანდარტებთან.⁵

საარბიტრაჟო წარმოების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტია საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები, რომლებიც მოსარჩელეს აძლევს შესაძლებლობას, მის სასარგებლოდ გამოტანილი გადაწყვეტილების შემთხვევაში, თავიდან აიცილოს გადაწყვეტილების აღსრულებასთან დაკავშირებული ყოველგვარი დაბრკოლება და თავი დაიცვას მოპასუხის არაკეთილსინდისიერი ქმედებისაგან.⁶ საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებას არცთუ დიდი ისტორია აქვს თავად საერთაშორისო საარბიტრაჟო წარმოებაში.⁷ მოდელური კანონის თავდაპირველი ვერსიაც კი მხოლოდ ზოგადი რეგულირებით შემოიფარგლებოდა;⁸ 2006 წლის მოდელური კანონის ცვლილებების შემდგომ კი დეტალურად მოწესრიგდა საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან დაკავშირებული საკითხები.⁹ რაც შეეხება ქართულ კანონმდებლობას, „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი არ ითვალისწინებდა სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს¹⁰ და მხოლოდ მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის შესაძლებლობას იძლეოდა სასამართლოს მეშვეობით.¹¹ 2009 წლის „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების მოწესრიგებაში, ძირითადად, იზიარებს მოდელური კანონის რეგულირებას.¹² 2015 წელს „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში კვლავ განხორციელდა ცვლილებები, რომელთა მიზნადაც დასახელდა საქართველოს კანონის ცალკეულ ნორმათა შეუსაბამობა „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ“ UNCITRAL-ის მოდელურ კანონთან, ასევე კანონში არსებულ ხარვეზთა მთელი რიგისა და მთარგმნელობითი ხასიათის შეცდომების აღმოფხვრა.¹³ ცვლილებები ასევე შეეხო საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს,¹⁴ რაც კიდევ ერთხელ ადასტურებს საკითხის აქტუალობას და ამ ინსტიტუტის მნიშვნელოვან როლს საარბიტრაჟო წარმოებაში. ზემოაღნიშნული ფაქტორები, კანონმდებლობის ხშირი ცვალებადობა და საარბიტრაჟო წარმოების არცთუ დიდი გამოცდილება ხელს უწყობს საქართველოში არაერთგვაროვანი (ხშირ შემთხვევაში, არასწორი) საარბიტრაჟო პრაქტიკის ჩამოყალიბებას და უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებისას პრობლემატური საკითხების წამოჭრას, რაც ხელს უშლის საქართველოში არბიტრაჟის, როგორც დავების ეფექტიანი გადაწყვეტის მექანიზმის, განვითარებას.

⁴ *ტყემალაძე ს.*, საჯარო წესრიგი, როგორც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების თუ მის ცნობა-აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძველი (ქართული პრაქტიკის მოკლე მიმოხილვა), *ჟურნ. „ქართული ბიზნესსამართლის მიმოხილვა“*, №2, თბ., 2013, 14-15, იხ. <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>.

⁵ *Tserstvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 21.

⁶ შეად.: უზენაესი სასამართლოს 03.07.2013 წლის განჩინება, საქმე № ას-538-511-2013.

⁷ *Born G.B.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1949-1951.

⁸ იქვე, 1952-1953.

⁹ Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006, Section 4 (b).

¹⁰ მართალია, „კერძო არბიტრაჟის“ შესახებ კანონი არ ითვალისწინებდა სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს, მაგრამ საარბიტრაჟო პრაქტიკაში მათ გამოყენება მაინც ხდებოდა, იმ შემთხვევაში, თუ ამას ითვალისწინებდა დავის განმხილველი არბიტრაჟის საარბიტრაჟო წესები. იხ.: საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 29.05.2007 წლის განჩინება, საქმე №ას-827-1190-06.

¹¹ „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, 23-ე მუხლი.

¹² *Tserstvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 139.

¹³ განმარტებითი ბარათი „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილების შეტანის თაობაზე საქართველოს კანონის პროექტზე.

¹⁴ იქვე.

წინამდებარე სტატიაში წარმოდგენილი იქნება ის საკანონმდებლო ხარვეზები, რომლებიც დაკავშირებულია საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების სახეებთან, რაც, გარკვეულწილად, ხელს უშლის მათ ეფექტიან გამოყენებას საარბიტრაჟო პრაქტიკაში.

სტატია ეფუძნება ქართული კანონმდებლობის, მოდელური კანონისა და იმ ქვეყნების საარბიტრაჟო კანონმდებლობის შედარებით სამართლებრივ ანალიზს, რომელიც განიცდის მოდელური კანონის გავლენას. კვლევისას ასევე გაანალიზებულ იქნა საქართველოში და საერთაშორისო მასშტაბით აღიარებული მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო ინსტიტუტების რეგლამენტები (საარბიტრაჟო წესები), ქართული საარბიტრაჟო და სასამართლო პრაქტიკა.

2. საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების მიზანი

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების ძირითადი მიზანი, როგორც საარბიტრაჟო ისე სასამართლო წარმოებისას, არის საბოლოო გადაწყვეტილების ეფექტიანი აღსრულების უზრუნველყოფა.¹⁵ საარბიტრაჟო წარმოებაში მნიშვნელოვანი როლი ენიჭება საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს, რომლებიც იცავს მოსარჩელის უფლებებსა და ინტერესებს.¹⁶ სააპელაციო სასამართლოს განმარტებით, „სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება არის გადაწყვეტილების რეალურად აღსრულებისათვის მოსალოდნელი დაბრკოლების თავიდან აცილების საშუალება. ის ფიზიკური და იურიდიული პირების ქონებრივი უფლებების დაცვის გარანტიაა და ემსახურება ამ უკანასკნელთა დარღვეული უფლებების სრულ და რეალურ აღდგენას, ანუ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების მნიშვნელობა იმით გამოიხატება, რომ იგი იცავს მოსარჩელის კანონიერ ინტერესებს მოპასუხის არაკეთილსინდისიერების შემთხვევაში.“¹⁷ საარბიტრაჟო წარმოების დაწყებისთანავე არსებობს რეალური საფრთხე – საარბიტრაჟო მოპასუხემ, რომლისათვისაც იმთავითვე ცნობილია, რომ საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება მის საწინააღმდეგოდ იქნეს გამოტანილი, შესაძლებელია, არაკეთილსინდისიერი გზებით ხელი შეუშალოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებას.¹⁸ მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრაჟი აღიარებულია დავის უფრო სწრაფად გადაწყვეტის მექანიზმად, ვიდრე სასამართლო,¹⁹ საარბიტრაჟო განხილვა მოითხოვს დროის გარკვეულ პერიოდს,²⁰ რაც აუცილებელია საქმის შესწავლის, მტკიცებულებათა გამოკვლევისა და, საჭიროების შემთხვევაში, მონმეთა დაკითხვისათვის. ამ დროის განმავლობაში საარბიტრაჟო მოპასუხეს აქვს სრული შესაძლებლობა, ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე გაასხვისოს მის საკუთრებაში არსებული აქტივები და ამ გზით თავი აარიდოს ვალდებულების შესრულებას და საფრთხე შეუქმნას საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებას. ამის საფრთხე ასევე არსებობს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის შემდგომ, მის აღსრულებამდეც, ვინაიდან საარბიტ-

¹⁵ შედ.: თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 05.09.2014 წლის განჩინება, საქმე №2/ბ-4883-2014.

¹⁶ *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M., Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 586.

¹⁷ სააპელაციო სასამართლოს მსჯელობა იხ. უზენაესი სასამართლოს 03.07.2013 წლის განჩინებაში, საქმე №ას-538-511-2013.

¹⁸ *Born G.G., International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, 1943.

¹⁹ *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M., Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 8.

²⁰ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის თანახმად, საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება გამოტანილ უნდა იქნეს 180 დღის ვადაში, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული, მუხლი 39.1; ICC-ის საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოს საარბიტრაჟო წესების თანახმად (ძალაშია 2012 წლის 1 იანვრიდან), საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება გამოტანილ უნდა იქნეს 6 თვის ვადაში, მუხლი 30.1.

რაჟო გადაწყვეტილება ექვემდებარება კომპეტენტური სასამართლოს²¹ მიერ ცნობა-აღსრულებას, რაც შესაბამის ვადებთან არის დაკავშირებული,²² რა დროსაც მოპასუხეს, რომლის წინააღმდეგაც უკვე გამოტანილია გადაწყვეტილება, აქვს შესაძლებლობა, გაასხვისოს ის ქონება ან/და გამოიყენოს ის ფულადი სახსრები, რის ხარჯზეც შესაძლებელია გადაწყვეტილების აღსრულება. საარბიტრაჟო სარჩელის დაკმაყოფილებას და უფლების აღიარებას კი ყოველგვარი აზრი ეკარგება, თუ ვერ მოხდება ამ გადაწყვეტილების აღსრულება და უფლების რეალიზება.²³ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება ერთ-ერთი საპროცესოსამართლებრივი საშუალებაა, რომელიც ემსახურება მატერიალურსამართლებრივი უფლების სწრაფ და ეფექტურ დაცვას.²⁴ საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკის გათვალისწინებით, უზრუნველყოფის ღონისძიებების მიზანია, საარბიტრაჟო წარმოებისას დაიცვას ერთი ან ორივე მხარე ზიანის მიყენებისგან და შეინარჩუნოს არსებული სამართლებრივი და ფაქტობრივი მდგომარეობა გადაწყვეტილების გამოტანამდე.²⁵

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება, ძირითადად, მოსარჩელის ინტერესების დაცვას და დარღვეული უფლების ეფექტიან აღდგენას ემსახურება, თუმცა, განსახილველი საქმის გარემოებებისა და სპეციფიკის გათვალისწინებით, შესაძლებელია, ეს ინსტიტუტი მოპასუხის უფლებების დასაცავად იქნეს გამოყენებული. მართალია, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 191-ე მუხლის თანახმად, „მოსარჩელეს“ აქვს უფლება, მიმართოს სასამართლოს უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების მოთხოვნით, მაგრამ, სასამართლოს პრაქტიკის თანახმად, უზრუნველყოფის ღონისძიების ინსტიტუტი უფრო ფართო მნიშვნელობით უნდა განიმარტოს და გავრცელდეს მოპასუხე მხარეზეც, თუ „სამართლებრივი ურთიერთობის სპეციფიკა ან მოსალოდნელი შედეგი ითვალისწინებს გარკვეული უფლებების წარმოშობას და ეს უფლებები საჭიროებს უზრუნველყოფას.“²⁶ ამ კუთხით მნიშვნელოვანია, არც ქართული და არც მოდერული კანონი არ აკონკრეტებს, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენების მოთხოვნა მხოლოდ მოსარჩელე მხარის უფლებამოსილებას განეკუთვნება. საერთაშორისო ლიტერატურაშიც უზრუნველყოფის ღონისძიებები მოხსენიებულია როგორც „მხარეთა“ და არამხოლოდ მოსარჩელის ინტერესების დაცვის მექანიზმი.²⁷ ამგვარი მიდგომის განვითარებას ხელს უწყობს საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის სახეები, რაზეც ქვევით გვექნება საუბარი. აქედან გამომდინარე, მართალია, დავის მიმდინარეობისას, ძირითად შემთხვევაში, მოსარჩელის ინტერესები და უფლებები საჭიროებს უზრუნველყოფას, რათა არ დარჩეს აღუსრულებელი, თუმცა, საჭიროების შემთხვევაში და დავის ფაქტობრივი გარემოების გათვალისწინებით, არბიტრაჟი უფლებამოსილია, უზრუნველყოფის ღონისძიებები გამოიყენოს მოპასუხე მხარის ინტერესების დასაცავად. უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენება ემსახურება ლეგიტიმურ მიზანს – მოსარჩელის ინტერესების დაცვას, მაგრამ პრაქტიკაში არსებობს რეალური საფრთხე იმისა, რომ მოსარჩელე მხარემ უზრუნველყოფის ღონისძიება გამოიყენოს მოპასუხისათვის ზიანის მი-

²¹ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 44.1 მუხლის თანახმად, საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ექვემდებარება სააპელაციო სასამართლოს მიერ აღსრულებას, საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი სარბიტრაჟო გადაწყვეტილება კი უნდა აღსრულდეს უზენაესი სასამართლოს მიერ.

²² ეს ვადა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 356²¹.3 მუხლის თანახმად, შეადგენს 30 დღეს.

²³ შედ.: თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2014 წლის 2 ივნისის განჩინება, საქმე №2ბ/2154-14.

²⁴ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკული რეკომენდაციები სამოქალაქო საპროცესო სამართლის საკითხებზე საერთო სასამართლოს მოსამართლეთათვის, თბ., 2010, 156.

²⁵ *Born G.G.*, International Arbitration: Case and Materials, Wolters Kluwer, Law & Business, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2011, 813.

²⁶ თბილისის საქალაქო სასამართლოს 25.12.2014 წლის განჩინება, საქმე №2/6528-12.

²⁷ *Wang W.*, International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, International Dispute Resolution Case and Materials, Carolina Academic Press, 2nd ed., 2012, 140; *Born G.B.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1943.

ყენებისა და გარკვეული უპირატესობის მოპოვების მიზნით.²⁸ აქედან გამომდინარე, დავის განმხილველი არბიტრაჟი ვალდებულია, უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას განსაკუთრებული ყურადღებით შეაფასოს არსებული ვითარება და დარწმუნდეს უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების აუცილებლობაში, რათა ამ ინსტიტუტის გამოყენება ემსახურებოდეს რეალურ მიზანს და არა მოპასუხისათვის ზიანის მიყენებასა და დავის საწყის ეტაპზევე მოსარჩელე მხარისათვის უპირატესობის მინიჭებას.

3. საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სახეები

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მსგავსად მოდელური კანონისა, დავის განმხილველ არბიტრაჟს ანიჭებს უფლებამოსილებას საარბიტრაჟო წარმოებისას მხარის მიმართვის საფუძველზე, წერილობითი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებით, გონივრულ ვადაში დაავალოს მხარეს:

ა) საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანამდე პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება ან აღდგენა;

ბ) ისეთი ზომების მიღება, რომლებიც უკავშირდება მეორე მხარისთვის ან საარბიტრაჟო წარმოებისთვის ზიანის მიყენების თავიდან აცილებას;

გ) ღონისძიებების განხორციელება იმ აქტივების შესანარჩუნებლად, რომლებითაც აღსრულდება შემდგომი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება;

დ) იმ მტკიცებულებების შენახვა და შენარჩუნება, რომლებიც შესაძლოა, უკავშირდებოდეს საარბიტრაჟო დავას და მის გადაწყვეტას.²⁹

საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სახეები განსაზღვრავს მათ ეფექტიანობას საარბიტრაჟო წარმოებისას. საქართველოში მოქმედი საარბიტრაჟო ინსტიტუტების უმრავლესობა ეყრდნობა „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონს და იმავე სახის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების შესაძლებლობას აძლევს მხარეებს,³⁰ თუმცა არსებობს გამონაკლისებიც, რომლებიც არბიტრაჟს ფართო უფლებამოსილებას ანიჭებს და შესაძლებლობას აძლევს, გამოიყენოს ის საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომელსაც საჭიროდ მიიჩნევს.³¹ მსგავსი სახის რეგულაცია არ არის უცხო საერთაშორისო საარბიტრაჟო ინსტიტუტების რეგულაციებისთვის. მაგალითად, საერთაშორისო სამრეწველო პალატის (ICC) საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოს წესების თანახმად, მხარის მიმართვის საფუძველზე, არბიტრაჟი უფლებამოსილია, გამოიყენოს უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომელსაც მიზანშეწონილად მიიჩნევს.³² მსგავსად ანესრიგებს ამ საკითხს სტოკჰოლმის სამრეწველო პალატის საარბიტრაჟო ინსტიტუტისა (SCC)³³ და სინგაპურის საერთაშორისო საარბიტრაჟო ცენტრის საარბიტრაჟო წესები (SIAC).³⁴ შვეიცარიის საარბიტრაჟო სამარ-

²⁸ Wang W., *International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief*, International Dispute Resolution Case and Materials, Carolina Academic Press, 2nd ed., 2012, 140.

²⁹ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლი.

³⁰ მუდმივმოქმედი არბიტრაჟის „დავების განმხილველი ცენტრი“, საარბიტრაჟო წარმოების წესები (DRC-ის დებულება), მუხლი 8.1; თბილისის საარბიტრაჟო პალატის დებულება, მუხლი 6.4.2; შპს „საქართველოს საარბიტრაჟო პალატის“ მუდმივმოქმედი არბიტრაჟის დებულება, მუხლი 12.2.

³¹ საქართველოს საერთაშორისო საარბიტრაჟო ცენტრის საარბიტრაჟო წესები, მუხლი 32.1.

³² ICC-ის საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოს საარბიტრაჟო წესები (ძალაშია 2012 წლის 1 იანვრიდან), მუხლი 28.1, <www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>.

³³ SCC-ის საარბიტრაჟო წესები (ძალაშია 2013 წლის 1 აპრილიდან), მუხლი 32.1, <www.sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>.

³⁴ SIAC-ის საარბიტრაჟო წესები, მუხლი 26.1.

თალიც არ განსაზღვრავს უზრუნველყოფის ღონისძიების დეტალურ სახეებს და დავის განმხილველი არბიტრაჟი ფართო უფლებამოსილებით სარგებლობს.³⁵

ზოგადად, უნდა აღინიშნოს, რომ საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკის თანახმად, დავის განმხილველი არბიტრაჟი სარგებლობს ფართო უფლებამოსილებით, გამოიყენოს ნებისმიერი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომელიც ემსახურება მხარეთა უფლებების დაცვას.³⁶ ასეთი ფართო უფლებამოსილება არბიტრაჟს აძლევს შესაძლებლობას, გამოიყენოს ისეთი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომელიც ყველაზე მეტად შეესაბამება არსებულ ვითარებას. ზოგიერთი ავტორის მოსაზრებით, მხარეებს აქვთ უფლებამოსილება, თავად განსაზღვრონ საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეები, არბიტრაჟი კი უფლებამოსილია, გამოიყენოს ისეთი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებაც კი, რომელსაც არ იცნობს იმ ქვეყნის კანონმდებლობა, სადაც მიმდინარეობს საარბიტრაჟო განხილვა.³⁷ თუმცა, ამ შემთხვევაში, უზრუნველყოფის ღონისძიების ცნობა-აღსრულების საკითხი დგება ეჭვის ქვეშ და არსებობს დიდი ალბათობა, რომ სასამართლო, რომლისთვისაც უცხოა არბიტრაჟის მიერ გამოყენებული უზრუნველყოფის ღონისძიება, უარს იტყვის მის ცნობა-აღსრულებაზე.³⁸ ეს კი ავტომატურად გულისხმობს, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიებას არ მიენიჭება იძულებითი აღსრულების ძალა და უზრუნველყოფის ღონისძიების შესრულება მხოლოდ იმ მხარის კეთილ ნებაზე იქნება დამოკიდებული, ვის წინააღმდეგაც იქნა გამოყენებული ეს ღონისძიება, რაც საფრთხეს უქმნის უზრუნველყოფის ღონისძიების ეფექტიანობას.

ქართული საარბიტრაჟო და სასამართლო პრაქტიკის შესწავლის შედეგად იკვეთება, რომ არის შემთხვევები, როდესაც არბიტრაჟი სცდება „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონით განსაზღვრულ საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეებს და იყენებს ისეთ უზრუნველყოფის ღონისძიებებს, რომელთაც ეს კანონი არ ითვალისწინებს. განსაკუთრებით ხშირად საარბიტრაჟო წარმოებაში გამოიყენება ყადაღა. სასამართლოს მხრიდან კი მსგავსი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებების ცნობა-აღსრულებას პრობლემა არ ექმნება.³⁹ აქედან გამომდინარე, სტატიის განხილვის საგანია საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის კანონისმიერი სახეები და ყადაღის, როგორც უზრუნველყოფის ღონისძიების, გამოყენება საარბიტრაჟო წარმოებაში.

3.1. პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება ან აღდგენა

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის მე-2 პუნქტის (ა) ქვეპუნქტის თანახმად, არბიტრაჟი უფლებამოსილია, მხარის მიმართვის საფუძველზე, წერილობითი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებით, გონივრულ ვადაში დაავალოს მხარეს საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანამდე პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება ან აღდგენა. უზრუნველყოფის ეს ღონისძიება, ქართული საარბიტრაჟო პრაქტიკის გათვალისწინებით, გარკვეულწილად, ასრულებს ყადაღის ფუნქციას, რომელიც მხარეს უზღუდავს შესაძლებლობას, განკარგოს მის საკუთრებაში არსებული უძრავ-მოძრავი ქონება და შეინარჩუნოს ქონება პირვანდელ მდგომარეობაში. სასამართლოს მხრიდან მსგავსი სახის უზრუნველყოფის ღონის-

³⁵ Segesser G., Kurth Ch., Interim Measure, “International Arbitration in Switzerland” A Handbook for Practitioners, edited by G. Kaufmann-Kohler and B. Stucki, 2004, 71.

³⁶ Born G.B., International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1994.

³⁷ Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 595.

³⁸ იქვე.

³⁹ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 15.05.2015 წლის განჩინება, საქმე №2ბ/1889-15.

ძიების ცნობა-აღსრულება იმავე ფორმით ხორციელდება.⁴⁰ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის ამოქმედების საწყის ეტაპზე საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების ეს სახე გარკვეული გაუგებრობის მიზეზი გახდა. არბიტრაჟის მიერ გამოყენებული უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომლითაც მოპასუხე მხარეს დაეველა პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება მის საკუთრებაში არსებული ქონებისა, ცნობილი და აღსრულებულ იქნა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მიერ.⁴¹ ეს განჩინება სარეგისტრაციოდ წარედგინა მარეგისტრირებელ ორგანოს, რომელმაც უარი განაცხადა რეგისტრაციის განხორციელებაზე იმ დასაბუთებით, რომ „პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნების“ ცნება ბუნდოვანია სარეგისტრაციო მიზნებისთვის.⁴² შესაბამისად, არბიტრაჟის მიერ გამოყენებული უზრუნველყოფა რეალურად დარჩა აღუსრულებელი, რაც ეწინააღმდეგება კანონის მიზნებს. უზრუნველყოფის ღონისძიების ამ სახის ამ დატვირთვით გამოყენება რატომ გახდა საჭირო, გაუგებარია, მაშინ, როცა, „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის 17.2 (გ) მუხლის თანახმად, მოპასუხეს შეიძლება დაევალოს აქტივების შენარჩუნება, რითაც აღასრულებდა საბოლოო გადაწყვეტილებას.⁴³

აღნიშნული უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებისას აუცილებელია, განისაზღვროს, თუ როდემდე ინარჩუნებს უზრუნველყოფის ღონისძიება ძალას. ქართული კანონის თანახმად, არბიტრაჟი უფლებამოსილია, მხარეს დაავალოს პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანამდე, UNCITRAL-ის მოდელური კანონის თანახმად კი, მიმდინარე დავის გადაწყვეტამდე.⁴⁴ აქედან გამომდინარე, აუცილებელია განისაზღვროს, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის შემდგომ უზრუნველყოფის ღონისძიება ავტომატურად კარგავს ძალას, თუ დავის განმხილველი არბიტრაჟის კომპეტენციას განეკუთვნება მისი გაუქმება (თავისი ინიციატივით ან მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე). იმ შემთხვევაში, თუ მოპასუხეს მხოლოდ საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანამდე დაევალება პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება (რაც კანონის პირდაპირი მითითებიდან გამომდინარეობს), წარმოების დასრულებისთანავე ექნება შესაძლებლობა, განკარგოს მის საკუთრებაში არსებული უძრავი ქონება, რაც ხელს შეუშლის ან გააძნელებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებას. აქედან გამომდინარე, ქართულ რეალობაში რა მიზნებისთვისაც აღნიშნული უზრუნველყოფის ღონისძიება გამოიყენება, შეიძლება ითქვას, რომ არაეფექტიანია.

თუმცა საერთაშორისო საარბიტრაჟო წარმოებაში უზრუნველყოფის ამ ღონისძიების ეფექტიანობის საკითხი ეჭვის ქვეშ არ დგება. საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში მას მეტწილად სხვაგვარი დატვირთვა აქვს და სხვა ფორმით გამოიყენება. იგი ემსახურება თავად მოდავე მხარეებს შორის „Status Quo“-ს შენარჩუნებას. მაგალითისთვის, შესაძლებელია, დავის განმხილველმა არბიტრაჟმა მხარეს დაავალოს, შეინარჩუნოს სახელშეკრულებო ურთიერთობა მოსარჩელე მხარესთან და გააგრძელოს ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულება დავის გადაწყვეტამდე,⁴⁵ თავი შეიკავოს კომერციული საიდუმლოების გამჟღავნებისგან⁴⁶ ან სადავო ინტელექტუალური საკუთრების უფლების გამოყენებისაგან.⁴⁷ შესაბამისად, მსგავსი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიების დაკავშირება საბოლოო გადაწყვეტილების გამოტანასთან ლოგიკურიცაა. კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი საკითხი, რომელიც ამ უზრუნველ-

⁴⁰ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 30.03.2011 წლის განჩინება, საქმე №2ბ/796-11.

⁴¹ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 11.03.2010 წლის განჩინება, საქმე №2ბ/687-10.

⁴² დეტალურად იხ.: *Tserstvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 139.

⁴³ ამ საკითხთან დაკავშირებით დანვრილებითი მსჯელობა იხილეთ სტატიის 2.3 თავში.

⁴⁴ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის 17.2 (ა) მუხლი.

⁴⁵ *Gary B.B.*, *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, 1995.

⁴⁶ იქვე.

⁴⁷ *ჩომახიძე ნ.*, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები საერთაშორისო არბიტრაჟში, თსუ-ის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრი, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა“, წელიწდეული, 2013, 82.

ყოფის ღონისძიებას უკავშირდება საერთაშორისო წარმოებაში, იმის განსაზღვრა, თუ რა მდგომარეობის აღდგენას ან/და შენარჩუნებას გულისხმობს „პირვანდელი მდგომარეობა“, რომელიც მხარემ უნდა შეინარჩუნოს ან აღადგინოს.

საერთაშორისო ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ არბიტრაჟმა შეიძლება, მხარეს „პირვანდელი მდგომარეობის“ სახით დაავალოს იმ მდგომარეობის აღდგენა ან შენარჩუნება, რომელიც არსებობდა: ა) მხარეთა შორის დავის წარმოშობამდე; ბ) საარბიტრაჟო განხილვის დაწყებისას; გ) მხარის მიერ განცხადების წარდგენისას, რომლითაც მოთხოვნილ იქნა უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენება; დ) არბიტრაჟის მიერ უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებისა და შესაბამისი დადგენილების გამოცემის მომენტისას.⁴⁸ აღნიშნული საკითხი ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უნდა გადაწყდეს და თავად დავის განმხილველმა არბიტრაჟმა უნდა განსაზღვროს, თუ რა მდგომარეობის აღდგენა ევალება მხარეს „პირვანდელი მდგომარეობის“ სახით. მაგალითად, თუ მხარეს უზრუნველყოფის ღონისძიების შედეგად დავალა სახელშეკრულებო ურთიერთობის შენარჩუნება, მხარემ უნდა აღადგინოს ის მდგომარეობა, რაც არსებობდა ხელშეკრულების დარღვევამდე, ხელშეკრულების ფაქტობრივად შეწყვეტამდე თუ დავის წარმოშობამდე.

საერთაშორისო გამოცდილების ანალიზის შედეგად ნათლად გამოჩნდა ის განსხვავება, რაც ამ უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებისას არსებობს ქართულ და საერთაშორისო პრაქტიკაში.

3.2 მეორე მხარისთვის ან საარბიტრაჟო წარმოებისთვის ზიანის მიყენების თავიდან აცილება

უზრუნველყოფის ღონისძიების მეორე სახის მიხედვით, რომელსაც „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი ითვალისწინებს UNCITRAL-ის მოდელურ კანონზე დაყრდნობით, მხარეს შესაძლებელია დაევალოს „ისეთი ზომების მიღება, რომლებიც უკავშირდება მეორე მხარისთვის ან საარბიტრაჟო წარმოებისთვის ზიანის მიყენების თავიდან აცილებას“.⁴⁹ უზრუნველყოფის ეს ღონისძიება არცთუ ხშირად გამოიყენება ქართულ საარბიტრაჟო პრაქტიკაში, ვინაიდან მისი შინაარსის განსაზღვრა და დადგენა, თუ რა შემთხვევაში უნდა იქნეს გამოყენებული, პრობლემაა.

საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკის გათვალისწინებით, აღნიშნული უზრუნველყოფის ღონისძიებით, მხარეს შეიძლება დაევალოს, საარბიტრაჟო წარმოების მიმდინარეობისას თავი შეიკავოს საჯარო განცხადებებისგან, რომლებიც არღვევს კონფიდენციალურობის ვალდებულებას, რაც ზიანს აყენებს მეორე მხარის ინტერესს და საარბიტრაჟო წარმოებას.⁵⁰ გარდა ამისა, მსგავსი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიება მოიაზრებს ე.წ. „Anti-Suit Injunction“-ის ინსტიტუტს,⁵¹ რომლის თანახმადაც, დავის განმხილველი არბიტრაჟისგან მხარეს შესაძლებელია დაევალოს, თავი შეიკავოს სასამართლოში ან სხვა არბიტრაჟში სარჩელის შეტანისაგან. იმ შემთხვევაში, თუ სარჩელი უკვე წარდგენილია და მიმდინარეობს სასამართლო ან საარბიტრაჟო წარმოება, მხარეს შესაძლებელია დაევალოს სარჩელის გამოხმობა ან მიმდინარე წარმოების შეწყვეტა.⁵² „Anti-Suit Injunction“-ის მიზანია, გამორიცხოს პარალელური საარბიტრაჟო ან სასამართლო წარმოება და დაიცვას დავის განმხილველი არბიტრაჟის კომპეტენცია.⁵³ მოდე-

⁴⁸ *Born G.G.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1995.

⁴⁹ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, 17.2 (ბ) მუხლი.

⁵⁰ *Born G.B.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1999.

⁵¹ *Moses M.L.*, The Principal and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., 2012, 106.

⁵² *Gaillard E.*, Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration, Juris Publishing, 2003, 1.

⁵³ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 244.

ლური კანონით მსგავსი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიების გათვალისწინებას აზრთა სხვადასხვაობა ახლდა 2006 წელს ცვლილებებზე მომუშავე ჯგუფის წევრებს შორის.⁵⁴ ამგვარი უზრუნველყოფის ღონისძიება უჩვეულო იყო საერთაშორისო სასამართლო პრაქტიკისა და მრავალი ქვეყნის კანონმდებლობისათვის.⁵⁵ „Anti-Suit Injunction“-ის ინსტიტუტი, ძირითადად, საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებისთვის არის დამახასიათებელი.⁵⁶ გარდა აღნიშნულისა, ოპონენტთა აზრით, „Anti-Suit Injunction“ შეიძლება ზღუდავდეს მხარის საყოველთაოდ აღიარებულ „სამართლიანი სასამართლოს უფლებას“.⁵⁷ „Anti-Suit Injunction“-ის მხარდამჭერთა მტკიცებით კი, ის გარემოება, რომ მსგავს ღონისძიებას არ იცნობს მრავალი ქვეყნის კანონმდებლობა, მათ პოზიციას ამყარებდა. სწორედ ამიტომ მოდელურ კანონს უნდა გაეთვალისწინებინა „Anti-Suit Injunction“-ის ინსტიტუტი, რათა მომხდარიყო საარბიტრაჟო პრაქტიკის მოდერნიზაცია და ჰარმონიზაცია.⁵⁸ მიუხედავად აზრთა სხვადასხვაობისა, სამუშაო ჯგუფი მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ მოდელურ კანონს უნდა გაეთვალისწინებინა „Anti-Suit Injunction“-ის გამოყენების შესაძლებლობა.⁵⁹ ზოგიერთი ავტორის აზრით, „გამოცდილებამ აჩვენა, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟი საჭიროებს „Anti-Suit Injunction“-ს.⁶⁰

„Anti-Suit Injunction“-ის ინსტიტუტის გამოყენებასთან დაკავშირებით, საინტერესოა ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს (CJEU) პრაქტიკა. 2009 წელს CJEU-მ საქმეზე – *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc* – დაადგინა, რომ ევროკავშირის წევრი ქვეყნის სასამართლოს მიერ „Anti-Suit Injunction“-ის გამოყენება, რომლითაც პირს ეკრძალება, სარჩელით მიმართოს ევროკავშირის სხვა წევრი ქვეყნის სასამართლოს, მაშინ, როდესაც არსებობს საარბიტრაჟო შეთანხმება, არ შეესაბამება ბრიუსელის №44/2011 რეგულაციის სამოქალაქო და კომერციული საქმეების სასამართლოს იურისდიქციასა და გადაწყვეტილებებს ცნობა-აღსრულების შესახებ.⁶¹

2015 წელს კი ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლო საქმეზე – *Gazprom OAO v. Lithuania* – განმარტა, რომ ევროკავშირის წევრი ქვეყნის სასამართლოს ბრიუსელის №44/2011 რეგულაციის თანახმად, არ ეკრძალება, განახორციელოს არბიტრაჟის მიერ გამოყენებული უზრუნველყოფის ღონისძიების („Anti-Suit Injunction“) ცნობა-აღსრულება, რომლითაც პირს ეკრძალება, სარჩელით/განცხადებით მიმართოს სხვა ევროკავშირის წევრი ქვეყნის სასამართლოს.⁶² CJEU-ს აღნიშნული გადაწყვეტილება ეფუძნება იმ დასაბუთებას, რომ ბრიუსელის 44/2011 რეგულაციის მოქმედება არ ვრცელდება არბიტრაჟზე. შეიძლება ითქვას, რომ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ ხსენებული გადაწყვეტილებით აღიარა არბიტრაჟის უფლებამოსილება, გამოიყენოს „Anti-Suit Injunction“, როგორც უზრუნველყოფის ღონისძიება საარბიტრაჟო წარმოებაში, რაც, სავარაუდოდ, ხელს შეუწყობს მის აქტიურ გამოყენებას ევროკავშირის მასშტაბით.

ქართული სამართალი „Anti-Suit Injunction“-ის ინსტიტუტს არ იცნობს, რაც „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 17.2(ბ) მუხლით გათვალისწინებულ უზრუნველყოფის ღონისძიებასთან დაკავშირებით.

⁵⁴ *Moses M.L.*, *The Principal and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd Ed., 2012, 106.

⁵⁵ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report N A/CN.9/547, Par. 75.

⁵⁶ *Kaminskienė N.*, *Application of Interim Measures in International Arbitration: The Lithuanian Approach*, *Jurisprudence*, 2010, 1(119), 246.

⁵⁷ *Binder P.*, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdiction*, 3rd ed., 2009, 244.

⁵⁸ იქვე.

⁵⁹ *Moses M.L.*, *The Principal and Practice of International Commercial Arbitration*, 2nd ed., 2012, 106.

⁶⁰ *Abascal J.M.*, „The Art of Interim Measure“, *ICCA Congress Series N 13*, General Editor Albert Jan van den Berg, 2006, 762.

⁶¹ Judgment of CJEU case № C-185/07 *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc*.

⁶² Judgment of CJEU case № C-536/13, *Gazprom OAO v. Lithuania*.

ნისძიების ქმედითობას ეჭვის ქვეშ აყენებს. თუმცა, იმ შემთხვევაში, თუ ქართულ რეალობაში არბიტრები ფართოდ განმარტავენ აღნიშნული უზრუნველყოფის ღონისძიების ფარგლებს და მოიშველიებენ საერთაშორისო საარბიტრაჟო ტენდენციებს, შესაძლებელია, ამ ინსტიტუტმა შეიძინოს სიცოცხლისუნარიანობა. ამის საჭიროება შეიძლება გამოიწვიოს „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-9 მუხლში 2015 წელს განხორციელებულმა ცვლილებებმა – პირველადი რეგულაციის თანახმად, სასამართლო თავისი ინიციატივით შეწყვეტდა საქმისწარმოებას, თუ დაადგინდა, რომ განსახილველ დავასთან მიმართებით მხარეთა შორის არსებობს საარბიტრაჟო შეთანხმება. დღეს არსებული რეგულაციის თანახმად კი, იმ შემთხვევაში, თუ მოპასუხე მხარემ არ მიუთითა საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობაზე, სასამართლო აგრძელებს საქმის განხილვას. შესაბამისად, „Anti-Suit Injunction“-ის გამოყენება შესაძლებელია იმ შემთხვევაში, თუ მხარეთა შორის არსებობს საარბიტრაჟო შეთანხმება და, მიუხედავად ამისა, დავის წარმოშობის შემთხვევაში მოსარჩელე მიმართავს სასამართლოს, მოპასუხე მხარის განცხადების საფუძველზე კომპეტენტურმა არბიტრაჟმა შესაძლებელია მოსარჩელე მხარეს დაავალოს სასამართლოში საქმისწარმოების შეწყვეტა და საარბიტრაჟო შეთანხმებით ნაკისრი ვალდებულების შესრულება – დავა განსახილველად გადასცეს არბიტრაჟს.

არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონის მე-17(ბ) მუხლით გათვალისწინებული უზრუნველყოფის ღონისძიების მიზნიდან (საარბიტრაჟო წარმოებისათვის ან მეორე მხარისთვის ზიანის მიყენების თავიდან აცილება) გამომდინარე, მსჯელობის საგანია, ხომ არ აქვს არბიტრაჟს უფლებამოსილება, მსგავსი უზრუნველყოფის ღონისძიება გამოიყენოს თავისი ინიციატივით. დღეის მდგომარეობით, როგორც ქართული საარბიტრაჟო პრაქტიკის ანალიზის შედეგად იკვეთება, დისპოზიციურობისა და შეჯობრებითობის პრინციპის გათვალისწინებით მიიჩნევა, რომ მხოლოდ მხარის მოთხოვნის შემთხვევაში აქვს არბიტრაჟს უფლებამოსილება, გამოიყენოს უზრუნველყოფის ღონისძიება.

3.3 აქტივების შენარჩუნება, რომლითაც აღსრულება საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 17.2(გ) მუხლის თანახმად, „არბიტრაჟი უფლებამოსილია, მხარის მიმართვის საფუძველზე, წერილობითი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებით, გონივრულ ვადაში დაავალოს მხარეს ღონისძიებების განხორციელება იმ აქტივების შესანარჩუნებლად, რომლებითაც აღსრულება შემდგომი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება.“ მსგავსი მოწესრიგების მიზანია, თავიდან იქნეს აცილებული იმ აქტივების ხარჯვა, რომლებითაც დაკმაყოფილდება საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება. აქედან გამომდინარე, არბიტრაჟი უფლებამოსილია, გამოიყენოს ისეთი უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომელიც აღსრულებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას.⁶³ მაშინ, როდესაც საარბიტრაჟო დავის საგანია ფულადი ვალდებულების შესრულება და მოპასუხეს სურს, თავი აარიდოს ვალდებულების შესრულებას ან მისი ფინანსური მდგომარეობა ეჭვის ქვეშ აყენებს საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებას, არბიტრაჟი ვალდებულია, უზრუნველყოს მოსარჩელის ინტერესების სათანადოდ დაცვა. ქართული საარბიტრაჟო პრაქტიკის გათვალისწინებით, გარკვეული გადაფარვა სახეზე კანონის 17.2 მუხლის (ა) და (გ) ქვეპუნქტებით გათვალისწინებულ უზრუნველყოფის ღონისძიებებს შორის. ქართული საარბიტრაჟო პრაქტიკის თანახმად, 17.2(ა) მუხლის საფუძველზე მოპასუხეს ევალება, პირვანდელ მდგომარეობაში შეინარჩუნოს მის საკუთრებაში არსებული ქონება. 17.2(გ) მუხლი კი ითვალისწინებს აქტივების შენარჩუნებას, რითაც აღსრულება საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება. შესაბამისად, ორივე უზრუნველყოფის სახე მიმართულია მოპასუხის ქონების წინააღმდეგ. იმ შემთხვევაში, თუ ქარ-

⁶³ Roth M., Commentary on the UNCITRAL Modal Law, “Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration” edited by F.B. Weigand, 2nd ed., Oxford University Press, 1032.

თული საარბიტრაჟო პრაქტიკა იმავე მიმართულებით განვითარდება, მიზანშეწონილია, დასახული მიზნის მისაღწევად გამოყენებულ იქნეს 17.2(გ) მუხლი. ვინაიდან 17.2(გ) მუხლი უფრო სპეციალური ხასიათის ნორმაა და როდესაც უზრუნველყოფის ღონისძიების მიზანია მოპასუხის საკუთრებაში არსებული ქონების გასხვისების აკრძალვა, მიზანშეწონილია, ამ საფუძვლით გათვალისწინებული უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენება. საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკის თანახმად, მსგავსი სახის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებისას ალტერნატივის სახით შეიძლება მხარეს დაევალოს სადავო თანხის სადეპოზიტო ანგარიშზე შეტანა ან საბანკო გარანტიის წარმოდგენა.⁶⁴

UNCITRAL-ის მოდელური კანონის ამგვარი მუხლის შემუშავებისას მსჯელობის საგანი იყო, უზრუნველყოფის ეს ღონისძიება ვრცელდებოდა თუ არა საარბიტრაჟო ხარჯებზე.⁶⁵ საბოლოოდ, სამუშაო ჯგუფმა მიიღო გადაწყვეტილება, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიება არ მოიცავდა საარბიტრაჟო ხარჯების გადახდის უზრუნველყოფას.⁶⁶ თუმცა ამის საწინააღმდეგოდ ლონდონის საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოს (LCIA) საარბიტრაჟო წესების 25.2 მუხლი ითვალისწინებს უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებას საარბიტრაჟო წარმოების ხარჯების უზრუნველსაყოფად;⁶⁷ ამგვარი უზრუნველყოფის გამოყენების შესაძლებლობას ასევე იძლევა შვეიცარიისა⁶⁸ და საფრანგეთის კანონმდებლობები.⁶⁹

3.4. მტკიცებულებების უზრუნველყოფა, რაც შესაძლოა, უკავშირდებოდეს საარბიტრაჟო დავასა და მის გადაწყვეტას

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლის სათაურიდან თუ ვიმსჯელებთ, ეს მუხლი ანესრიგებს არბიტრაჟის მიერ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების საკითხებს. თუმცა იგი აერთიანებს და ერთად ანესრიგებს საარბიტრაჟო სარჩელისა და მტკიცებულებების უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენების საკითხებს, საკანონმდებლო ტექნიკისა და ნორმის სტრუქტურული გამართულობის თვალსაზრისით ვერ დაიკვეხნის, ვინაიდან, ეს ორი ინსტიტუტი თვისებრივად განსხვავდება ერთმანეთისაგან. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტების თანახმად, „მტკიცებულებათა უზრუნველყოფა საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე ფაქტების დადგენის მიზნით ხორციელდება, ხოლო სარჩელის უზრუნველყოფა სასამართლოს გადაწყვეტილების აღსრულების უზრუნველყოფას ემსახურება. ამდენად, მტკიცებულებათა უზრუნველყოფა და სარჩელის უზრუნველყოფა განსხვავებული ცნებებია, შესაბამისად, ორივე შემთხვევაში განსხვავებული საპროცესო მოქმედებებია შესასრულებელი.“⁷⁰ აქედან გამომდინარე, მიზანშეწონილია ან „არბიტრაჟის შესახებ“ მე-17 მუხლის სახელწოდების გაფართოება, ან მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის ღონისძიებების მომწესრიგებელი ნორმის ცალკე მუხლად ჩამოყალიბება. უზენაესი სასამართლოს ეს მსჯელობაც ადასტურებს სარჩელისა და მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამიჯვნის აუცილებლობას.

⁶⁴ *Segesser G., Kurth Ch., Interim Measure, “International Arbitration in Switzerland” A Handbook for Practitioners, Kaufmann-Kohler G., Stucki B., (eds.), 2004, 74.*

⁶⁵ *Binder P., International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 245.*

⁶⁶ *UNCITRAL Working Group on Arbitration, Report № A/CN.9/523, Par 37.*

⁶⁷ *LCIA-ის საარბიტრაჟო წესების (ძალაშია 2014 წლის 1 ოქტომბრიდან) 25.2 მუხლი. <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014>.*

⁶⁸ *Segesser G., Kurth Ch., Interim Measure, “International Arbitration in Switzerland” A Handbook for Practitioners, Kaufmann-Kohler G., Stucki B., (eds), 2004, 76.*

⁶⁹ *Gaillard E., Commentary on France Arbitration Law, “Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration” edited by F.B. Weigand, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 450.*

⁷⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 29.05.2007 წლის განჩინება, საქმე №ას-827-1190-06.

მტკიცებულებათა უზრუნველყოფა მნიშვნელოვანი საპროცესოსამართლებრივი ინსტიტუტია, რომელიც, ერთი მხრივ, მხარეს ანიჭებს შესაძლებლობას, დაიცვას ის მტკიცებულებები, რომლებიც ადასტურებს მის მიერ მითითებულ ფაქტობრივ გარემოებებს, ხოლო მეორე მხრივ, დავის განმხილველ ორგანოს აძლევს საშუალებას, დავა განიხილოს სწრაფად და დაადგინოს საქმეზე ობიექტური ჭეშმარიტება. მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის მიზანია „საქმის სწორად გადაწყვეტისათვის მნიშვნელობის მქონე ფაქტების დადგენის უზრუნველყოფა“.⁷¹ მტკიცებულებების უზრუნველყოფის მნიშვნელობიდან გამომდინარე, თითქმის ყველა ადგილობრივი კანონმდებლობა და საარბიტრაჟო წესები დავის განმხილველ არბიტრაჟს ანიჭებს უფლებამოსილებას, მიიღოს შესაბამისი გადაწყვეტილება მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის მიზნით.⁷² ქართული კანონის რეგულირება ეფუძნება UNCITRAL-ის მოდელურ კანონს, თუმცა არსებობს გარკვეული სხვაობა. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის თანახმად, უზრუნველყოფის საგანია ის მტკიცებულებები, რომლებიც „შესაძლებელია“, უკავშირდებოდეს საარბიტრაჟო დავას და მის გადაწყვეტას. მოდელური კანონის თანახმად კი, უზრუნველყოფას ექვემდებარება ის მტკიცებულებები, რომლებიც რელევანტურია (Relevant) და არსებითი (Material) დავის გადასაწყვეტად.⁷³ ამ ტერმინების დამკვიდრება მსჯელობის საგანი გახდა მოდელურ კანონში შესატანი ცვლილებების დროს: რამდენად მიზანშეწონილი იყო ტერმინების – „Relevant“ და „material“ – კუმულაციურად გამოყენება;⁷⁴ როგორ უნდა გადაწყვეტილიყო საკითხი, თუ მტკიცებულება იყო რელევანტური (Relevant), მაგრამ არა არსებითი (Material), და პირიქით.⁷⁵ ამასთან, სამუშაო ჯგუფის ნაწილის მტკიცებით, მოდელური კანონის მე-19.2 მუხლი უკვე არეგულირებდა აღნიშნულ საკითხს და დამატებითი მოწესრიგების საჭიროება არ არსებობდა.⁷⁶ მიუხედავად ასეთი წინააღმდეგობისა, საბოლოო ჯამში, რეგულაცია ამ ფორმით იქნა მიღებული. სამუშაო ჯგუფის პოზიცია ემყარებოდა იმ დასაბუთებას, რომ მსგავსად აწესრიგებდა ამ საკითხს საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის (IBA) წესები „საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟში მტკიცებულებათა მოპოვების შესახებ“.⁷⁷ გარდა ამისა, სამუშაო ჯგუფის განმარტებით, რელევანტურობა (Relevant) მოითხოვს, რომ მტკიცებულება დაკავშირებული იყოს მიმდინარე საარბიტრაჟო დავასთან, ხოლო არსებითობა (Material) ადგენს, რომ მტკიცებულება უნდა იყოს მნიშვნელოვანი დავის გადასაწყვეტად.⁷⁸ ამ ტერმინების გამოყენება არ იყო უცხო საერთაშორისო საარბიტრაჟო წარმოებაში;⁷⁹ მეორე არგუმენტთან მიმართებით განიმარტა, რომ მე-19.2 მუხლის რეგულირების საგანი არ იყო მტკიცებულებათა უზრუნველყოფა. ეს მუხლი აწესრიგებს მტკიცებულებების დასაშვებობისა და შეფასების საკითხს, მე-17.2(დ) მუხლით კი თვისებრივად ახალ ინსტიტუტს ეყრებოდა საფუძველი, რაც არბიტრაჟს ანიჭებდა უფლებამოსილებას, განეხორციელებინა მტკიცებულებათა უზრუნველყოფა.⁸⁰

⁷¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 10.04.2008 წლის განჩინება, საქმე №ას-258-516-08.

⁷² *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M.*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 596.

⁷³ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის 17.2(დ) მუხლი.

⁷⁴ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 245.

⁷⁵ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/589, Para. 28.

⁷⁶ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 245.

⁷⁷ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, (Adopted by a resolution of the IBA Council June 1999) Article 4.10.

⁷⁸ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/589, Para. 29.

⁷⁹ იქვე.

⁸⁰ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/589, Para. 30.

ამ განსხვავების გათვალისწინებით, ქართული კანონმდებლობა მტკიცებულებების დავის გადანყვეტასთან კავშირის უფრო დაბალ სტანდარტს ადგენს, ვიდრე მოდელური კანონი, რაც განმცხადებელ მხარეს უმსუბუქებს მტკიცების ტვირთს, ვინაიდან მხარისთვის უფრო ადვილია ამტკიცოს მტკიცებულებების „შესაძლო“ კავშირი, ვიდრე ის, რომ მტკიცებულებები კუმულაციურად მნიშვნელოვანი და არსებითია დავის გადასაწყვეტად. თუმცა, როგორც ქართული საარბიტრაჟო პრაქტიკიდან ირკვევა, მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის მოთხოვნით არბიტრაჟებს ნაკლებად მიმართავენ.⁸¹

3.5 ყადაღა, როგორც საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის სახე

ყადაღას, როგორც საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეს, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი არ იცნობს; არც ქართული საარბიტრაჟო ინსტიტუტების რეგლამენტებით არის გათვალისწინებული უზრუნველყოფის ეს სახე. ქართული კანონმდებლობა ამ მხრივ მკაცრ რეგულაციას შეიცავს და, სასამართლოსგან განსხვავებით, არბიტრაჟს არ ანიჭებს უფლებამოსილებას, გამოიყენოს სხვა სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებები, თუ ეს აუცილებელია სარჩელის უზრუნველყოფისთვის.⁸² ამასთან, კანონის თანახმად, არც მხარეებს ეძლევათ შესაძლებლობა, საარბიტრაჟო შეთანხმებით გათვალისწინონ სხვა სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენება საარბიტრაჟო წარმოებაში.

მიუხედავად ამისა, ქართულ საარბიტრაჟო პრაქტიკაში ხშირია შემთხვევა, როდესაც დავის განმხილველი არბიტრაჟი იღებს გადანყვეტილებას, საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებად გამოიყენოს ყადაღა და დააყადაღოს მოპასუხე მხარის საკუთრებაში არსებული უძრავი ქონება ან/და საბანკო ანგარიშები.⁸³ თუმცა ასევე არსებობს შემთხვევები საარბიტრაჟო პრაქტიკაში, როდესაც არბიტრაჟი უარს ამბობს უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებაზე, მხოლოდ იმ დასაბუთებით, რომ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი ყადაღას, როგორც უზრუნველყოფის ღონისძიებას, არ იცნობს.⁸⁴ არბიტრაჟის მიერ მისი გამოყენების შემთხვევაში სასამართლოს მხრიდან მსგავსი სახის უზრუნველყოფის ცნობა-აღსრულებას პრობლემა არ ექმნება. მართალია, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 23-ე მუხლის მე-3 პუნქტის თანახმად, სასამართლო არსებითად არ იხილავს არბიტრაჟის მიერ გამოყენებულ უზრუნველყოფის ღონისძიებას, მაგრამ, როდესაც სახეზეა უზრუნველყოფის ღონისძიების შეუსაბამობა კანონთან, აუცილებელია სასამართლოს მხრიდან შესაბამისი რეაგირება, რათა საარბიტრაჟო პრაქტიკა არასწორად არ განვითარდეს და სასამართლოს მხრიდან განხორციელდეს საარბიტრაჟო წარმოების კონტროლი.

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მიუხედავად გარკვეული განსხვავებებისა, იმავე სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს ითვალისწინებს, რასაც UNCINTRAL-ის მოდელური კანონი. მოდელური კანონის სამუშაო ჯგუფის ანგარიშში აღნიშნულია, რომ პირველ ეტაპზე სამუშაო ჯგუფის მიზანი არ იყო, მათ მიერ შემუშავებული უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეები ყოფილიყო ამომწურავი. თუმცა სამუშაო პროექტის შემუშავების შემდგომ ჯგუფის მიერ მიღებულ იქნა გადანყვეტილება, რომ მოდელური კანონის მე-17.2 მუხლით გათვალისწინებული უზრუნველყოფის სახეები არის ამომწურავი და მოიცავს ყველა იმ შემთხვევას, რისთვისაც შესაძლებელია არსებობდეს უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების სა-

⁸¹ „თბილისის საარბიტრაჟო ინსტიტუტისთვის“ 2009 წლიდან დღემდე არ მიუმართავს მხარეს მტკიცებულებათა უზრუნველყოფის მოთხოვნით, ინტერვიუ „თბილისის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის“ თავმჯდომარესთან.

⁸² შეად. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-17 მუხლი და საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 198.3 მუხლი.

⁸³ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2015 წლის 15 მაისის განჩინება, საქმე №2ბ/1889-15, ასევე 01.07.2013 წლის განჩინება, საქმე №2ბ/3450-13.

⁸⁴ იხ. თბილისის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის დადგენილება, საქმე №000294-2014.

ჭიროება.⁸⁵ მოდელურმა კანონმა ასევე უარი თქვა საჭიროების შემთხვევაში სხვა სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებაზე, ვინაიდან სამუშაო ჯგუფის მოსაზრებით არ არსებობს ამის საჭიროება.⁸⁶ მოდელური კანონის მიზანია, ფუძემდებლური პრინციპების გათვალისწინებით, ზოგადი სტანდარტის შექმნა. სახელმწიფოებს ეძლევათ შესაძლებლობა, შეიმუშაონ დეტალური საკანონმდებლო რეგულაცია ადგილობრივი სამართლებრივი სისტემის სპეციფიკის გათვალისწინებით.⁸⁷ მიუხედავად ამისა, საქართველოს შემთხვევაში კანონმდებლის მიერ სხვა სახის უზრუნველყოფის გამოყენების შესაძლებლობა და არბიტრაჟისთვის ფართო უფლებამოსილების მინიჭება არ მოხდა. აქედან გამომდინარე, აუცილებელია, რომ არბიტრაჟიც დავის განხილვისას მოექცეს იმ სამართლებრივ ჩარჩოში, რასაც კანონი ადგენს. თუმცა საარბიტრაჟო წარმოების ამ ხარვეზს, შესაძლებელია, განაპირობებს უზრუნველყოფის ღონისძიებების არაეფექტიანობა, და მხარეები, ისევე როგორც არბიტრაჟი, თავს კომფორტულად გრძნობს მათთვის ნაცნობი უზრუნველყოფის ღონისძიების, ყადაღის გამოყენებისას.

რაც შეეხება სხვა ქვეყნების ადგილობრივ კანონმდებლობას, უნდა აღინიშნოს, რომ უმეტეს შემთხვევაში, არბიტრაჟს არ აქვს უფლებამოსილება, უზრუნველყოფის სახედ გამოიყენოს ყადაღა, თუმცა არსებობს გამონაკლისებიც. მაგალითად, ფრანგული კანონმდებლობა არ ანიჭებს არბიტრაჟს უფლებამოსილებას, გამოიყენოს ყადაღა უზრუნველყოფის ღონისძიებად,⁸⁸ მსგავსად ანესრიგებს ამ საკითხს ჰოლანდიური⁸⁹ და შვეიცარიული⁹⁰ კანონმდებლობები; ამგვარ მიდგომას იზიარებს ასევე ბელგიის კანონმდებლობა;⁹¹ ავსტრიის კანონმდებლობა არ შეიცავს დეტალურ რეგულირებას ყადაღის გამოყენებასთან მიმართებით, თუმცა გამოთქმულია მოსაზრება, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიების ამ სახის გამოყენება დასაშვებია.⁹²

საკანონმდებლო რეგულაციების ანალიზისა და საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკის გათვალისწინებით, მიზანშეწონილია, ქართულ საარბიტრაჟო პრაქტიკაშიც არბიტრაჟის მხრიდან ყადაღა არ იქნეს გამოყენებული და უზრუნველყოფის ეს ღონისძიება მხოლოდ სასამართლოს კომპეტენციას განეკუთვნებოდეს.⁹³

4. დასკვნა

საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების მართებული გამოყენება არბიტრაჟის ინსტიტუტის, როგორც დავების გადაწყვეტის მექანიზმის, ეფექტიან ფუნქციონირებას უზრუნველყოფს. ბიზნესისთვის ვერასდროს იქნება არბიტრაჟი მიმზიდველი, თუ მას არ ექნება შესაძლებლობა, უზრუნველყოს სამომავლო გადაწყვეტილების აღსრულება. კვლევის შედეგად გამოიკვეთა, რომ საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებული საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეები, ხშირ შემთხვევაში, არ გამოიყენება იმ დატვირთვით, რა ფუნქციაც მათ საერთაშორისო საარბიტრაჟო წარმოებაში აქვთ მინიჭებული, რაც ამცირებს მათ ეფექტიანობას და არასწორი ინტერპრეტაციის შესაძლებლო-

⁸⁵ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/545, Para. 21.

⁸⁶ იქვე.

⁸⁷ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 03.07.2013 წლის განჩინება, საქმე №ას-538-511-2013.

⁸⁸ Gaillard E., Commentary on France Arbitration Law, “Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration” edited by F.B. Weigand, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 450.

⁸⁹ Lazic V., Meijer G.J., Commentary on Netherland Arbitration Law, “Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration”, edited by F.B. Weigand, 2nd ed., Oxford University Press 2010, 663.

⁹⁰ Karrer P.A., Straub P.A., Commentary on Switzerland Arbitration Law, “Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration” edited by F.B. Weigand, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 847.

⁹¹ Canivet M., Goffin J.F., „Arbitration in Belgium” CMS Guide to Arbitration, Vol. I, 114.

⁹² Liebscher Ch., Commentary on Austrian Arbitration Law, “Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration” Weigand F.B.(ed.), 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 146.

⁹³ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მუხლი 198.2(1).

ბას იძლევა. იმის გათვალისწინებით, რომ საქართველომ საარბიტრაჟო სამართლის რეგულირებისთვის აირჩია მოდელური კანონი და დაეყრდნო მას, მიზანშეწონილია, საარბიტრაჟო პრაქტიკაში კანონის აღსრულება განხორციელდეს მოდელური კანონის შესაბამისად და გათვალისწინებულ იქნეს ის შინაარსი, რაც მოდელურ კანონს უდევს საფუძვლად.

იმ პირობებში, როდესაც საქართველოს აქვს შესაძლებლობა, გახდეს საარბიტრაჟო წარმოების რეგიონალური ჰაბი და არა მარტო ქართული ბიზნესსექტორის, არამედ საერთაშორისო ხასიათის ბიზნესდავების გადანაცვების ცენტრი, მიზანშეწონილია, ერთი მხრივ, ქართული საარბიტრაჟო პრაქტიკა განვითარდეს საერთაშორისო ტენდენციების გათვალისწინებით და, მეორე მხრივ, საკანონმდებლო რეგულირებით მოხდეს საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეების მორგება ქართული რეალობისთვის, ისე, რომ კანონმდებლობა არ დაშორდეს საერთაშორისო სტანდარტებს.

Types of Provisional Measures in Arbitration Under the Georgian Legislation

Article reviews types of provisional measures in arbitration envisaged under the Georgian legislation and problematic issues related to the above. Deficiencies at the legislative level and arbitration practice are demonstrated. In particular, the article discusses the reasons hindering the development of provisional remedies for arbitration claim and their effective functioning. The application of provisional remedies in the international arbitration proceedings and importance of sharing such experience for Georgian reality is analysed. Special attention is drawn to the development trend for „Anti-suit injunction” establishment at the international level and prospects for its use in the Georgian arbitration proceedings. Article also analysis expediency of application of seizure, as provisional measure for arbitration claim and issue of provisional measures for evidences in the arbitration type reviews.

Key words: Arbitration, provisional measures in arbitration, purpose and types of provisional measure, seizure in arbitration proceedings, provisional measures for evidence

1. Introduction

In the modern world arbitration is acknowledged as an effective mean for alternative resolution of business disputes, which has been improved and developed day by day.¹ Arbitration has not got so long history in Georgia. Initially, its regulation at the legislative level relates to the law of Georgia on “Private arbitration”, adopted in 1997 year. It must be noted, that law on “Private arbitration” has not managed to successfully fulfil its function – to create efficient mechanism for the alternative resolution of disputes.² Due to the above, it became necessary to develop new law responding to the modern challenges of arbitration proceeding and support development of arbitration institution in Georgia.³ Law of Georgia on “Arbitration” was adopted in 2009 year and became effective in 2010. The newly adopted law was based on the Model Law for International Commercial Arbitration (hereinafter referred to as “the Model Law”) developed by the International Trade Law Commission under the United Nations.⁴ Key objective of the new law was to approximate Georgian arbitration practices with the international arbitration standards.⁵

Provisional measures in arbitration represent one of the important elements of the arbitration proceedings, enabling the claiming party, in case of decision in his/her favor, to avoid every obstacle related to the execution of the arbitral award and protect him/herself from the malae fidei actions of

* Doctoral Student, TSU Faculty of Law, Senior Associate at “J&T Consulting” Law Firm, Assistant to chairman at Tbilisi Arbitration Institute.

¹ Tserstvadze G., *International Arbitration (Comparative Analysis)*, Tbilisi, 2012, 24; See the Different view: *Stipanovich Th. J.*, *Arbitration New Litigation*, University of Illinois Law Review, 2010, 3.

² Tserstvadze G., *Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law, 2009*, Tbilisi, 2011, 14-19.

³ Binder P.M., *Commentary to the Georgian Arbitration Law*, *Magazine Review of Georgian Law*, №10/2007-2/3, 182-202.

⁴ Tkemaladze S., *Public Order, as the Ground for the Annulment or Recognition-Enforcement of Arbitration Award (Brief review of Georgian practice)*, *Journal “Review of Georgian business law”*, № 2, Tbilisi, 2013, 14-15, See <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>.

⁵ Tserstvadze G., *Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009*, Tbilisi, 2011, 21.

defendant.⁶ Application of provisional remedies for arbitration claim does not have very long history even in the international arbitration practice.⁷ Even the initial version of the Model Law is only limited with the general provisions for the above.⁸ Following the changes to the Model Law in 2006 year, the issues related to the provisional remedies for the arbitration proceedings have been specified in detail.⁹ As for the Georgian legislation, law of Georgia on “Private arbitration” did not consider measures for securing the claim¹⁰ and only considered provisional measures for the evidence via the court.¹¹ Law of Georgia on “Arbitration”, adopted in 2009, in the section regulating the provisional measures for arbitration proceedings, mainly shares the regulations considered under the Model law.¹² In 2015 year new amendments were made to the law of Georgia on “Arbitration”; the above changes were justified with the fact that certain norms of the Georgian law did not comply with the UNCITRAL Model Law on “International commercial arbitration”; in addition, the changes aimed to eradicate number of deficiencies and translation type errors.¹³ Amendments also covered provisional measures for arbitration claim,¹⁴ once more, confirming the relevance of the issues and important role of this establishment in the arbitration proceedings. Above mentioned factors, frequent changes to the legislation and quite a limited experience in arbitration proceedings conditioned establishment of quite a heterogeneous (often incorrect) arbitration practices and problematic issues related to the application of provisional measures, hindering development of arbitration in Georgia, as the efficient mechanism for settlement of disputes.

Present article discusses the gaps in the legislation related to the types of provisional measures in arbitration s, which, at some level, hinder their efficient application in the arbitration practice.

Article is based on the comparative legal analysis of the Georgian legislation, the Model Law and arbitration legislation of countries, demonstrating the influence of the Model Law. During the research the regulations valid for internationally acknowledged permanent arbitration institutions (arbitration rules), Georgian arbitration and legal practices have also been analyzed.

2. Objective of Provisional Remedies for Arbitration Claim

The key objective of provisional measures for the claim, in arbitration as well as court proceedings, is to ensure efficient execution of final decision/award.¹⁵ In arbitration proceedings provisional remedies for arbitration claim bear the important role, protecting rights and interests of the claimant.¹⁶ According to the definition provided by the Appeal court: “Provisional measures for the claim are the means for avoiding the obstacles in the process of factual enforcement of the decision. It represents guarantee for the protection of proprietary rights of physical and legal entities and serves for the full and real restoration of rights violated for the above mentioned persons. In other words the importance of provisional measure for the claim is demonstrated via the fact that it protects legal interests of claimant in the event of malae fidei actions of the

⁶ Compare: Resolution, the Supreme Court of Georgia, dated 03.07.2013 year, case № as-538-511-2013.

⁷ *Born G.B.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1949-1951.

⁸ *Ibid*, 1952-1953.

⁹ Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as Amended in 2006, Section 4 (b).

¹⁰ Although Law on Private Arbitration did not consider provisional remedies for the claim, however they were still applied in the arbitration practice in cases where such was considered by the arbitration procedures for the reviewing arbitration. See Resolution, The Supreme Court of Georgia, dated 29.05.2007 year, case № as-827-1190-06.

¹¹ Article 23, Law of Georgia on Private Arbitration.

¹² *Tserstvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tbilisi, 2011, 139.

¹³ Explanatory note on the Draft Law of Georgia on Amendments to the Law of Georgia on Arbitration

¹⁴ *Ibid*.

¹⁵ Compare: Resolution, Tbilisi Appeal Court, dated 05.09.2014 year, case № 2/b-4883-2014.

¹⁶ *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M.*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 586.

defendant.”¹⁷ Immediately after the commencement of arbitration proceedings, there is a real danger that defendant at the arbitration case, who from the very beginning is aware that there is a possibility of arbitration award against him/her, will encumber enforcement of arbitration award via *malae fidei* actions.¹⁸ Despite the fact that arbitration is recognized as the mechanism for prompter resolution of dispute compared with the court,¹⁹ arbitration type review requires certain period of time,²⁰ necessary for the examination of the case, investigation of evidences and, if required, interrogation of witnesses. During this period defendant at the arbitration proceedings has opportunity to dispose (sell) assets in his/her ownership without any limitation and by this way, to avoid fulfilment of liability and threaten execution of final arbitration award. Similar danger is present after making the arbitrage decision until its execution, as arbitration award is subject to the recognition- enforcement by the competent court²¹, which is related to the relevant time period,²² during which defendant, against whom the decision has been already made, has opportunity to sell the property or/and use the funds, which could be used for the enforcement of the award. Satisfaction of arbitration claim and recognition of rights loses any sense, if it is not possible to execute the decision and realize the right.²³ Provisional measure for the claim represents one of the procedural legal means, serving the prompt and effective protection of material-legal rights.²⁴ With the consideration of international arbitration practice, objective of provisional remedies, is to protect one or both parties from the damage and maintain existing legal and factual condition prior to the decision making.²⁵

Provisional measures for the claim generally serve the protection of interests and violated rights of claimant; however, with the consideration of circumstances and specific characteristics of case under review, there is a possibility to use such establishment for the protection of defendant’s rights too. It is true that according to the article 191, Civil procedural code of Georgia, “Claimant” has right to apply to the court with the request to use provisional measures; however, in accordance with the court practice, the essence of concept of provisional measure shall be defined in wider terms and must extend over the defendant, if “Specific details of legal relationship or anticipated outcome considers generation of some rights and such rights require provisioning.”²⁶ In this regard it is important that neither Georgian nor Model Law specify that request for application of provisional measures come only under the rights of claimant in arbitration. In the international literature, provisional remedies are mentioned as mechanisms for the

¹⁷ Discussion of the Appeal Court. See Resolution, the Supreme Court of Georgia, dated 03.07.2013 year, case № as-538-511-2013.

¹⁸ *Born G.G.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1943.

¹⁹ *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M.*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 8.

²⁰ According to the Law of Georgia on Arbitration, the Final Arbitration Award shall be made within 180 Days, if not Otherwise Considered under the Agreement between the Parties, Article 39.1; According to the ICC Arbitration Rules for International Arbitration Court (valid sine 01 January, 2012), Arbitration award shall be Granted in 6 months’ period, Article 30.1.

²¹ According to the Article 44.1, Law of Georgia on “Arbitration“, Arbitration award made in Georgia is subject to the enforcement by the Appeal court, as for the arbitration awards made outside Georgia shall be enforced by the Supreme Court.

²² This term in Accordance with the Article 356²¹.3 of the Procedural Code of Georgia equals to 30 days.

²³ Compare: Resolution, Appeal Court of Georgia, dated 02 June, 2014, case № 2b/2154-14.

²⁴ Practical Recommendations of the Supreme Court of Georgia on the Issues of Civil Procedural Law for the Judges of General Courts, Tbilisi, 2010, 156.

²⁵ *Born G.G.*, International Arbitration: Case and Materials, Wolters Kluwer, Law & Business, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2011, 813.

²⁶ Resolution, Tbilisi Civil Court, dated 25.12.2014, case № 2/6528-12.

protection of interests of “parties” and not only claimant.²⁷ Development of such approach is supported by the types of provisional remedies for arbitration claim, which will be discussed later in the article. Based on the above, although, during the dispute, generally the interests and rights of claimant are in need of protection, not to be left unexecuted, however, if required and with the consideration of factual circumstances of the dispute, arbitral tribunal is entitled to use provisional remedies for the protection of rights of the defendant. Application of provisional remedies serve the legitimate objective – protection of interests of claimant; however, in practice, there is a real danger that claimant uses provisional remedies for incurring damage to the defendant and achieving some advantage against the defendant.²⁸ Based on the above, arbitral body reviewing the case, in the process of making decision regarding the application of provisional remedies, must evaluate the existing circumstances with great attention and be sure in the need for the application of provisional remedies, so that application of mentioned above measure serves its real objective and its objective is not to incur damage to the defendant and from the initial stage of dispute to give prerogative to the claiming party.

3. Types of Provisional Measures

Law of Georgia on “Arbitration”, similar to the Model Law, provides the arbitral body reviewing the dispute with the authority to assign to the party to implement the following within the reasonable time, based on the application made by the party to the arbitration proceeding, via the written arbitration decision:

- a) To maintain or restore status quo until the rendering of final arbitration award;
- b) To implement the measures, which are related to avoiding the infliction of damage to other party or arbitration proceeding;
- c) To implement measures for preservation of the assets, which will be used for the execution of further arbitration award;
- d) To store and maintain the evidence, which could be related to the arbitration dispute and its resolution.²⁹

Types of provisional remedies for the arbitration claim define their efficiency in the arbitration proceedings. Majority of arbitration institutions operating in Georgia is based on the law of Georgia on “Arbitration” and provides parties with the opportunity to use the same provisional remedies;³⁰ However, there are some exceptions, granting to the arbitral body the wide authorities and enabling arbitral body to apply provisional remedies for the arbitration claim, as deemed necessary.³¹ The similar type of regulation is also encountered in the regulations valid for international arbitration institutions. For example, in accordance with the procedures for the international arbitration court of International Chamber of Commerce (ICC), based on the application made by the party, arbitral body is authorized to use provisional remedies, which are deemed reasonable by the arbitral body;³² the above issue is regulated in a similar way under the arbitration

²⁷ Wang W., *International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief*, International Dispute Resolution Case and Materials, Carolina Academic Press, 2nd ed., 2012, 140; Born G.B., *International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, 1943.

²⁸ Wang W., *International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief*, International Dispute Resolution Case and Materials, Carolina Academic Press, 2nd ed., 2012, 140.

²⁹ Article 17, Law of Georgia on Arbitration.

³⁰ Article 8.1., Rules for the Arbitration Proceedings of Dispute Reviewing Center under the Permanent Arbitration (DRC statutes); Tbilisi Arbitration Chamber Statutes, Article 6.4.2; LTD “Arbitration Chamber of Georgia, Statutes for the Permanent Arbitration, Article 12.2.

³¹ Arbitration Rules for the Georgian International Arbitration Center, Article 32.1.

³² ICC International Arbitration Court Arbitration Rules (effective since 01 January 2012), Article 28.1, <www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/>.

rules valid for the Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce (SCC)³³ and Singapore International Arbitration Center (SIAC).³⁴ Arbitration law of Switzerland, does not define the detailed types of provisional remedies and arbitral body reviewing the case is equipped with wide authorities.³⁵

In general, it must be noted that according to the international arbitration practice, arbitral body reviewing the dispute is provided with the wide authority to apply any type of provisional remedies serving the protection of rights of parties.³⁶ Such a wide authority provides arbitral body with the opportunity to use such type of provisional remedy, which best fits situation under review. According to some authors, parties have authority to decide themselves about types of provisional remedies for arbitration, and arbitral body is entitled to apply even such type of provisional measure, which is not considered under the legislation of the country, where the arbitration proceeding takes place.³⁷ However, in such case, the issue of recognition-enforcement of provisional measure is under the question and there is a high probability that court, which is not familiar with the provisional measure applied by the arbitral body will refuse to recognize- enforce such measure.³⁸ And the above automatically means that provisional measure will not be equipped with the power of compulsory execution and implementation of measure will only depend on good faith of the party against whom such measure is applied, creating the threat for the effectiveness of the provisional remedy.

Based on the examination of Georgian arbitration and our practices it can be stated that there are cases, when the arbitral body exceeds the types of provisional remedies for the arbitration claim defined under the law of Georgia on “Arbitration” and applies the types of provisional measures, not considered under the above law. Particularly often the seizure is applied in the arbitration proceedings. And court does not create problems in terms of recognition-enforcement of similar type of provisional remedies.³⁹ Based on the above, the subject of the present article is the types of provisional remedies for the arbitration claim considered under the law and application of seizure as a provisional measure in the arbitration proceeding.

3.1. Retaining and Restoration of the Status Quo

In accordance with sub-paragraph (a), paragraph 2 of the article 17 of law of Georgia on “Arbitration”, arbitral body is entitled to assign to the party to maintain or restore initial condition until the announcement of final arbitration award, within the reasonable time, based on the application made by the party to the arbitration proceeding, via the written arbitration decision. With the consideration of Georgian arbitration practice, above mentioned provisional remedy, somewhat fulfils the function of seizure, which restricts the party’s capability to dispose movable/immovable property owned and maintain property in its initial condition. Court recognizes-enforces similar type of provisional measures in the same form.⁴⁰ At the initial stage of effectiveness of the law of Georgia on “Arbitration”, this type of provisional remedy for the arbitration claim conditioned some misunderstanding. Provisional measure applied by the arbitral body, by which the defendant was assigned to maintain the property under his/her ownership in the initial condition, was recognized-enforced by the Tbilisi appeal court.⁴¹ Above mentioned decision was submitted to the

³³ SCC Arbitration Rules (effective since 01 April 2013), Article 32.1, <www.sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/>.

³⁴ SIAC Arbitration Rules, Article 26.1.

³⁵ *Segesser G., Kurth Ch., Interim Measure, International Arbitration in Switzerland A Handbook for Practitioners*, edited by *G. Kaufmann-Kohler and B. Stucki*, 2004, 71.

³⁶ *Born G.B., International Commercial Arbitration*, Vol. II, 2009, 1994.

³⁷ *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M., Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 595.

³⁸ IBID.

³⁹ Judgement, Tbilisi Appeal Court, 15.05.2015, for the Case № 2b/1889-15.

⁴⁰ Judgement, Tbilisi Appeal Court, 30.03.2011, for the Case № 2b/796-11.

⁴¹ Judgement, Tbilisi Appeal Court, 11.03.2010, for the Case № 2b/687-10.

registry body for registration purposes; but the latter refused to carry out registration with the justification that notion of “retaining initial condition” was vague for the registration purposes.⁴² Accordingly, provisional remedy applied by the arbitral body was not actually enforced, the above contradicting the legal requirements. It is not clear, why it became necessary to use this type of provisional remedy in the above sense, as according to the article 17.2 (c) of the law of Georgia on “Arbitration”, it is possible to assign the defendant to maintain the assets, by which the final decision will be enforced.⁴³

In the event of application of the above mentioned provisional measures, it is necessary to define until which time is the provisional remedy valid. According to the Georgian law, arbitral body is entitled to assign to the party to maintain initial condition until the announcement of final arbitration award; and according to the UNCITRAL Model law, until the resolution of ongoing dispute.⁴⁴ Based on the above, it is necessary to define that following the announcement of arbitration decision the provisional measures automatically lose their power, if its cancelation is within the competence of arbitral body reviewing the dispute (at his/her own initiative or based on the appeal from the party). If the defendant is assigned to maintain the initial condition only until the announcement of final arbitration decision (which proceeds from the direct indication by the law), then the defendant will be able to dispose immovable property under his/her ownership immediately following the completion of the proceedings, hindering or complicating enforcement of arbitration decision. Based on the above, we can state that in the Georgian reality, provisional measures are not effective for the set purpose.

However, the efficiency of above discussed provisional remedies in the international arbitration proceedings is not questionable. In the international arbitration practice, the mentioned provisional remedy generally has other function and used in the other form. Above discussed measure aims to maintain “Status Quo” between the disputing parties. For example, arbitration reviewing the dispute may assign to the party to retain contractual relationships with the claiming party and to continue fulfillment of liabilities under the contract until the resolution of dispute,⁴⁵ to abstain from disclosing of the commercial secrets⁴⁶ or from the use of ownership rights over the intellectual property.⁴⁷ Accordingly, linking this type of provisional remedies with the announcement of final decision is quite logical. Another important issue, related to the above provisional measure is the definition of the following in the international proceedings: what does the “initial condition” imply in the retention or/and restoration of condition, which shall be maintained or restored by the party. There is a position expressed in the international literature, that arbitral body may assign to the party to restore or retain the condition in the form of “initial condition” which existed (a) prior to the generation of dispute between the parties; (b) at the moment of commencement of arbitration review; (c) at the moment of submission of application by the party; or (d) at the moment of application of provisional remedy by the arbitration and announcement of the relevant decision.⁴⁸ The above mentioned issue shall be resolved for each specific case and the arbitration reviewing the dispute shall define, what is the condition, to be restored by the party (assigned) in the form of „initial condition“. For example, if as a result of provisional remedy, the party was assigned to maintain contractual relationships, the party shall restore the condition, which existed prior to the contract violation, actual termination of the agreement or prior to the generation of dispute.

⁴² In detail, see *Tserstvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tbilisi, 2011, 139.

⁴³ For the Discussion Regarding the Above Issue, see chapter 2.3 of the Article.

⁴⁴ UNCITRAL Modal law, article 17.2 (A).

⁴⁵ *Gary B.B.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1995.

⁴⁶ IBID.

⁴⁷ *Chomakhidze N.*, Provisional Remedies for the Claim in the International Arbitration, Tbilisi State University, National Center for the Alternative Resolution of Dispute, Journal Annual Issue – Alternative Resolution of Dispute, 2013, 2013, 82.

⁴⁸ *Born G.G.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1995.

As a result of analysis of the international experience, the difference between the Georgian and international practices in terms of application of above discussed provisional remedies became evident.

3.2 To Prevent Infliction of Damage to the other Party or to the Arbitration Proceeding

According to the second type of provisional remedy, considered under the law of Georgia on “Arbitration”, drafted based on the UNCITRAL Model Law, the party may be assigned to “take measures that would prevent causing damage to the other party or to the arbitral proceeding.”⁴⁹ Above mentioned provisional remedy is not used often in the Georgian arbitration practice, as it is a problem to define its contents and determine, in which cases such remedies shall be applied.

Taking into account international arbitration practice, by the above mentioned provisional remedy, party may be assigned to abstain from the public announcements, which violate liability on confidentiality, inflicting damage to the interests of other party and arbitration proceeding, in the process of arbitration proceedings.⁵⁰ Moreover, similar type provisional measure implies so called „Anti-Suit Injunction” establishment,⁵¹ according to which arbitral body reviewing the dispute may assign to the party to abstain from submitting claim to the court or arbitration. In the event if the claim is already submitted and court or arbitration proceedings are in progress, the party may be assigned to recall the claim or terminate the ongoing proceedings.⁵² Objective of „Anti-Suit Injunction” is to exclude parallel arbitration or court proceedings and protect the competence of the arbitral body reviewing the dispute.⁵³ According to the Model Law, there were differing positions in relation to the similar type of provisional remedies among the members of the group working on the amendments to the law in 2006 year.⁵⁴ Such type of provisional measure was uncommon for international court practices and legislations of many countries.⁵⁵ In general „Anti-Suit Injunction” establishment is characteristic to the countries with the general law system.⁵⁶ In addition to the above mentioned, according to the opponents, “Anti-Suit Injunction” may limit universally recognized “Right to a fair trial” of the party.⁵⁷ According to the allegations of supporters of „Anti-Suit Injunction”, the fact that legislations of many countries are not familiar with this type of provisional measure, was reinforcing their position. Therefore, Model Law had to consider „Anti-Suit Injunction” establishment in order to modernize and harmonize arbitration practice.⁵⁸ Despite the diverse positions, working group came to the conclusion that the Model law had to consider the possibility to use „Anti-Suit Injunction” concept.⁵⁹ According to some authors, “the experience showed that the international arbitration requires „Anti-Suit Injunction”.”⁶⁰

In terms of application of „Anti-Suit Injunction” establishment, it is interesting to review the practice of Court of Justice of the European Union (CJEU). In 2009 year CJEU for the case *Allianz SpA and*

⁴⁹ Article 17.2 (b), Law of Georgia on Arbitration.

⁵⁰ *Born G.B.*, International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009, 1999.

⁵¹ *Moses M.L.*, The Principal and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., 2012, 106.

⁵² *Gaillard E.*, Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration, Juris Publishing, 2003, 1.

⁵³ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 244.

⁵⁴ *Moses M.L.*, The Principal and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., 2012, 106.

⁵⁵ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report N A/CN.9/547, § 75.

⁵⁶ *Kaminskienė N.*, Application of Interim Measures in International Arbitration: The Lithuanian Approach, Jurisprudence, 2010, 1(119), 246.

⁵⁷ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 244.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Moses M.L.*, The Principal and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., 2012, 106.

⁶⁰ *Abascal J.M.*, The Art of Interim Measure, ICCA Congress Series № 13, General Editor Albert Jan van den Berg, 2006, 762.

Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc determined, that application of „Anti-Suit Injunction“ by the courts of the European Union, under which the person is prohibited to submit the claim to the court of the other state, member of the European Union, even if the arbitration agreement is in place, does not comply with the Brussel’s #44/2011 regulation on the recognition-enforcement of jurisdiction and the decisions of the court for civil and commercial cases.⁶¹

In 2015 year, the Court of Justice of the European Union for the case „*Gazprom OAO v. Lithuania*“ defined that according to the Brussel’s #44/2011 regulation, the court of country, member of the European Union, is not prohibited to recognize-enforce provisional measures („Anti-Suit Injunction“) applied by the arbitration, by which the person is prohibited to submit claim/application to the court of other country, member of the European Union.⁶² Above mentioned decision made by CJEU is based on the justification that Brussel’s #44/2011 regulation is not applicable for the arbitration. It can be stated that Court of Justice of the European Union, by the above resolution recognized the authority of arbitration to apply „Anti-Suit Injunction“, as the provisional remedy for the arbitration proceedings, which will probably, facilitate its active application across the European Union.

Georgian law is not familiar with „Anti-Suit Injunction“ establishment, making the effectiveness of provisional remedies considered under the article 17 (b) of the law of Georgia on “Arbitration” questionable. However, if under the Georgian reality arbitral bodies widely define the boundaries of above mentioned provisional remedy and refer to the international arbitration tendencies, the above establishment may gain feasibility. The need for the above may be caused by the changes made to the article 9, law of Georgia on “Arbitration”, implemented in 2015 year. According to the initial regulation, court would terminate the litigation at its initiative, if it identified that there was an arbitration agreement between the parties on the dispute under review. According to the present regulation, if the defendant does not indicate on the existence of the arbitration agreement, the court continues case review. Accordingly, it is possible to apply „Anti-Suit Injunction“, if there is arbitration agreement between the parties and despite the latter, in case of dispute generation, claimant applies to the court, and based on the application made by defendant, arbitration may assign to the claiming party to terminate court litigation and to fulfil liabilities undertaken under the arbitration agreement; in such case dispute will be transferred to the arbitration.

Proceeding from the objective of provisional remedies considered under the article 17 (b) of the law of Georgia on “Arbitration” (preventing damage to the other party or to the arbitral proceeding), the subject of discussion is whether the arbitral body has the authority to apply similar type of provisional remedy at its own initiative. As of today, as a result of analysis of Georgian arbitration practices, it is clear that with the consideration of disposition and competitiveness principles, it is deemed that arbitral body has authority to apply provisional remedy only at the request of the party.

3.3 Preserve Assets Which will be Used for the Execution of Final Arbitration Decision

According to the article 17.2 (c), law of Georgia on “Arbitration” – “arbitral body is entitled to assign to the party to maintain or restore initial condition until the announcement of final arbitration decision, within the reasonable time, based on the application made by the party to the arbitration proceeding, via the written arbitration decision to assign the party to implement measures for the preservation of assets, which will be used for the execution of arbitration award”. Objective of this type of regulation is to avoid utilization of assets, which will be used for the satisfaction of arbitration award; therefore, arbitral body is entitled to apply provisional measures, ensuring the enforcement of arbitration award.⁶³ When the subject of arbitration dispute is fulfilment of monetary liability and defendant is willing to avoid fulfilment of such

⁶¹ Judgment of CJEU case № C-185/07 Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.

⁶² Judgment of CJEU Case № C-536/13 Gazprom OAO v. Lithuania.

⁶³ Roth M., Commentary on the UNCITRAL Modal Law, Practitioner’s Handbook on International Commercial Arbitration edited by F.B. Weigand, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 1032.

liability or his/her financial status makes fulfilment of final arbitration decision questionable, arbitral body must ensure proper protection of claimant's interests. With the consideration of Georgian arbitration practice, there is some overlapping in place between the provisional remedies considered under subparagraphs (a) and (c), article 17.2 of the law. According to the Georgian arbitration practice, based on article 17.2 (a), defendant is required to maintain status quo of the property in his/her ownership. And article 17.2 (c) considers preservation of assets, which will be used for the execution of the final arbitration decision. Accordingly, both provisional measures are directed against the property of the defendant. If the Georgian arbitration practice continues the development in the same direction, it is expedient to use article 17 (c) for the achievement of set goals; as article 17 (c) is more special type of norm and when the objective of the provisional remedy is to prohibit selling of the property in the ownership of the defendant, it is expedient to apply measure considering such basis. According to the international arbitration practice, as the alternative to the application of similar type provisional remedy, party may be assigned to place amount under dispute on a deposit account or to provide the bank guarantee.⁶⁴

In the process of drafting this type of article in the UNCITRAL Model Law, the following was the subject of discussion – whether the above mentioned type of provisional remedy covered arbitration costs?⁶⁵ The working group made decision, stating that provisional measure did not include provisions for the payment of arbitrations costs.⁶⁶ However, in contrary to the above, article 25.2 of the arbitration rules of the London Court of International Arbitration (LCIA) envisages application of provisional remedies for the provision of costs for arbitration proceedings,⁶⁷ legislations of Switzerland⁶⁸ and France⁶⁹ also provide for the application of the above discussed provisional measures.

3.4 Providing Evidence, that May be Relevant to the Arbitration Dispute and its Resolution

Considering the title of article 17, law of Georgia on “Arbitration”, above mentioned article regulates issues related to the application of provisional measures for the claim by the arbitral body. However, mentioned article incorporates and simultaneously regulates issues related to the provisions for the arbitration claim and evidence. In terms of structural consistency of legislative technique and norm, above mentioned article is not exemplary, as these two concepts qualitatively differ; according to the definition of the Supreme Court of Georgia, “Provision of evidences is implemented with the aim to determine facts significant for the case, and provisional measures for the claim serve ensuring of enforcement of court resolution. Therefore, provision of evidence and provision of claim are different notions, and for both cases different procedural actions are to be implemented.”⁷⁰ Based on the above, it is expedient either to extend the title of the article 17 of the law of Georgia on “Arbitration” or to establish the norm regulating the evidence provisioning as a separate article. The above argument of the Supreme Court of Georgia also confirms the need for separation of provisional measures for the claim and evidences.

⁶⁴ *Segesser G., Kurth Ch.*, Interim Measure, International Arbitration in Switzerland A Handbook for Practitioners, edited by *G. Kaufmann-Kohler* and *B. Stucki*, 2004, 74.

⁶⁵ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 245.

⁶⁶ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report № A/CN.9/523, § 37.

⁶⁷ LCIA Arbitration rules (effective since 01 October, 2014), Article 25.2. <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014>.

⁶⁸ *Segesser G., Kurth Ch.*, Interim Measure, International Arbitration in Switzerland A Handbook for Practitioners, edited by *G. Kaufmann-Kohler* and *B. Stucki*, 2004, 76.

⁶⁹ *Gaillard E.*, Commentary on France Arbitration Law, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration edited by *F.B. Weigand*, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 450.

⁷⁰ Resolution, Supreme Court of Georgia, dated 29.05.2007, for the case Nas-827-1190-06.

Provisioning of evidence represents significant procedural legal establishment, which on the one hand, provides party with the possibility to defend the evidence, which confirm the factual circumstances provided by the party and, on the other hand, enables the body, reviewing the dispute, to review the dispute promptly and determine the objective truth on the case. Objective of evidence provisioning is “to ensure determination of facts significant for the correct resolution of the case.”⁷¹ Based on the importance of evidence provisioning, almost all local legislations and arbitration procedures grants to the arbitration reviewing the dispute with the authority to make decisions with the purpose to provide evidences.⁷² Georgian law regulation is based on the UNCITRAL Model Law, however there is some difference in place. According to the law on “Arbitration”, the subject of provisional measures is the evidence, which “may” be related to the arbitration dispute and its resolution. According to the Model Law, those evidences are subject to provisional measures, which are relevant and material for the dispute resolution.⁷³ Establishment of mentioned terms became the subject of discussion in the process of making changes to the Model Law – how expedient was to cumulatively use terms “Relevant“ and „Material“;⁷⁴ how to resolve the issue, if evidence was relevant but not material and vice versa.⁷⁵ In addition to the above, according to the part of the working group, article 19.2 of the Model Law was already regulating mentioned issue and there was no need for additional regulation.⁷⁶ Despite the above mentioned controversy, in the end, the regulation was adopted in the above form. Position of the working group was based on the argument, that mentioned issue was regulated in the similar way by the procedures of the International Bar’ Association (IBA) on the “Taking of evidence in international commercial arbitration”.⁷⁷ Moreover, according to the definition of the working group, relevancy requires the evidence to be related to the ongoing arbitration dispute and materiality determines, whether the evidence was important for the resolution of dispute.⁷⁸ Application of these terminology was not new for the international arbitration proceedings.⁷⁹ In terms of second argument, it was defined that regulation subject of the article 19.2 was not provision of evidence, this article was regulating the admissibility of evidences and issues related to their assessment, and article 17.2 (d) established qualitatively new concept, providing the arbitral body with the authority to implement provisional measures for evidences.⁸⁰

With the consideration of above differences, Georgian legislation establishes lower standard for linking evidences with the dispute resolution, compared with the Model Law, making the burden of proving lighter for the claiming party, as it is easier for the party to assert the “possible” connection of the evidences than to prove that evidences are cumulatively relevant and material for the dispute resolution. However, as it is clear from the Georgian arbitration practice, arbitration institutions are rarely approached with the request for the provisional measures for evidences.⁸¹

⁷¹ Resolution, Supreme Court of Georgia, dated 10.04.2008, for the case Nas -258-516-08.

⁷² *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kroll S.M.*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 596.

⁷³ UNCITRAL Model Law, Article 17.2 (d).

⁷⁴ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 245.

⁷⁵ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/589, § 28.

⁷⁶ *Binder P.*, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Modal Law Jurisdiction, 3rd ed., 2009, 245.

⁷⁷ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, (Adopted by a resolution of the IBA Council June 1999) Article 4.10.

⁷⁸ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/589, § 29.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/589, § 30.

⁸¹ Since 2009 up to date party has not ever applied to Tbilisi Arbitration Institute with the request for provisional measures for evidences; Interview with the chairman of Tbilisi Arbitration Institute.

3.5 Seizure, as the Provisional Measure in Arbitration

Law of Georgia on “Arbitration” does not consider seizure as the provisional remedy for the arbitration claim; this type of provisional measure is not also considered under the regulations of Georgian arbitration institutions. In this regard Georgian legislation contains strict regulation and unlike court, the arbitral body is not provided with the authority to apply other types of provisional measures, if such is required for the provision of claim.⁸² Moreover, according to the law, parties are not provided with the opportunity to consider under the arbitration agreement application of other types of provisional remedies in the arbitration proceedings.

Despite the above, in the Georgian arbitration practice, there are often cases, when the arbitrator reviewing the dispute, makes decision to apply the seizure as the provisional measure for the claim and seize the immovable property in the ownership of the defendant and /or bank accounts.⁸³ However, there are also cases in the arbitration practice, when arbitrator refuses to apply provisional measures with the only justification that law of Georgia on “Arbitration” does not consider seizure as a provisional measure.⁸⁴ In case of application of the above measures by the arbitral body, arbitral body does not face problems related to its recognition-enforcement by the court. Although, according to the article 23.3 of the law of Georgia on “Arbitration”, court does not materially review the provisional measures applied by the arbitral body, but when there is incompliance of provisional measures with the law in place, it is necessary for the court to give the relevant response, so that the arbitration practice does not develop incorrectly and court is capable to carry out control over the arbitration proceedings.

Law of Georgia on “Arbitration”, despite some differences, considers the types of provisional remedies similar to the ones considered under the UNCINTRAL Model Law. It is indicated in the report of the working group, that at the first stage the objective of the working group was to achieve the comprehensiveness of provisional measures developed by the group. However, following the development of draft project, the group made decision, that types of provisional remedies considered under the article 17.2 of the Model Law, were comprehensive and incorporated all cases, for which there could be need for the application of provisional measures.⁸⁵ Moreover, the Model Law rejected the application of other provisional measures, on as required basis, as according to the working group, there was no such need.⁸⁶ Objective of the Model Law is to create general standards with the consideration of fundamental principles; the States are provided with the opportunity to develop detailed legislative regulation with the consideration of specific characteristics of local legal system.⁸⁷ Despite the above, in case of Georgia, legislator did not use the possibility to introduce other types of provisional measures and did not grant the arbitral body with the wider authorities. Based on the above, it is necessary for the arbitrator in the process of the review of arbitration dispute, to act within the legal framework established by the law. However, the above deficiency of the arbitration proceeding could be conditioned by the non-efficiency of the provisional measures and the parties, as well as the arbitral body, feel comfortable using the provisional measures, familiar for them – that is seizure.

As for the national legislations of other countries, it must be noted, that in the most cases, arbitral body does not have authority to use seizure as the provisional measure, however, there are some exceptions. For example, French law does not grant arbitral body with the authority to use seizure as the provisional

⁸² Compare with Article 17 of the Law of Georgia on Arbitration and Article 198.3 of the Civil Procedural Code of Georgia.

⁸³ Judgement, Tbilisi Appeal Court, dated 15 May 2015, for the case № 2b/1889-15, as well as the Judgment dated 01.07.2013, for the case № 2b/3450-13;

⁸⁴ See “Tbilisi Arbitration Institute” award for the case № 000294-2014.

⁸⁵ UNCINTRAL Working Group on Arbitration, Report №A/CN.9/545, § 21

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Resolution, the Supreme Court of Georgia, dated 13.07.2013 for the case Nas-538-511-2013.

measure,⁸⁸ the issue is regulated in the similar way under the Netherland's⁸⁹ and Switzerland's⁹⁰ legislations, the similar approach is shared by the Belgium legislation.⁹¹ Austrian legislation does not contain detailed regulations in relation to the application of seizure, however there is a position expressed, that application of this provisional measure is admissible.⁹²

Based on the analysis of legislative regulations and with the consideration of arbitration practice, it is expedient for the arbitral body not to use seizure in the Georgian arbitration practice and to have this provisional measure under the competence of the court.⁹³

4. Conclusion

Relevant application of provisional measures for the arbitration claim ensures functioning of arbitration institutions, as the efficient mechanism for the dispute resolution. Arbitration will never be attractive for the business, if it is not capable to ensure enforcement of future decisions. As a result of research it became evident, that types of provisional measures for arbitration claim considered under the Georgian law, often are not used for the purpose and function assigned to them in the international arbitration proceedings, reducing their efficiency and providing for incorrect interpretation. With the consideration of the fact that Georgia has chosen the Model Law as the basis for the regulation of arbitration law, it is expedient to enforce the law in the arbitration practice in accordance with the Model Law and to consider the contents, which create the basis for the Model Law.

Under the present circumstances, Georgia has an opportunity to become the regional hub for the arbitration proceedings and center for the resolution of disputes for Georgian business sector as well as disputes of international nature. Therefore, it is deemed expedient, on the one hand, to develop, Georgian arbitration practice with the consideration of the international trends and, on the other hand, to adapt the provisional remedies for the arbitration claims to the Georgian reality via the legislative regulation, without compromising the international standards.

⁸⁸ *Gaillard E.*, Commentary on France Arbitration Law, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration edited by *F.B. Weigand*, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 450.

⁸⁹ *Lazic V., Meijer G.J.*, Commentary on Netherland Arbitration Law, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, edited by *F.B. Weigand*, 2nd ed., Oxford University Press 2010, 663.

⁹⁰ *Karrer P.A., Straub P.A.*, Commentary on Switzerland Arbitration Law, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration edited by *F.B. Weigand*, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 847.

⁹¹ *Canivet M., Goffin J.F.*, Arbitration in Belgium CMS Guide to Arbitration, Vol. I, 114.

⁹² *Liebscher Ch.*, Commentary on Austrian Arbitration Law, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration *Weigand F.B.(ed.)*, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 146.

⁹³ Article 198.2 (1), Civil Procedural Code of Georgia.

მედიაციის განვითარება და შედარებითი სამართალი

ახალი სამართლებრივი ინსტიტუტის დანერგვა მოითხოვს როგორც სახელმწიფოს, ისე სამართლებრივ მკვლევართა მხრიდან შედარებითსამართლებრივი კვლევის განხორციელებას. შესაბამისად, იმისათვის, რომ მედიაციის საკანონმდებლო მონერსრიგება შეესაბამებოდეს როგორც საერთაშორისო სტანდარტებს, ისე ქართულ სამართალშეგნებას და იმ მონაცემებს, რომლებიც ქმნიან კანონის გარეგან და შინაგან მხარეს, საჭიროა შედარებითსამართლებრივი კვლევის მეთოდების გამოყენება. სამართლებრივი ტრანსპლანტების იმპლემენტაციისთვის მნიშვნელოვანი შეიძლება იყოს კონკრეტული სახელმწიფოს ისტორიული გამოცდილება კონკრეტულ საკითხში, კულტურა, სამართლის განვითარების ისტორია, რელიგიაც კი და ა.შ. სტატიაში განხილულია ის გზები და მეთოდები, რომლებიც უნდა გაიაროს კონკრეტულმა სამართლებრივმა ტრანსპლანტმა, რათა გახდეს უცხო ქვეყნის სამართლის განუყოფელი ნაწილი; ასევე სტატია ეთანხმება იმ მოსაზრებას, რომ ტრანსპლანტირების დროს შეუძლებელია უცხო ქვეყნის სამართლის სისტემის სულისკვეთების გადმოტანა. განხილულია რამდენიმე ფაქტორი, რაც ინვესს უცხო ქვეყნის სამართლის სისტემის ან ინსტიტუტის იმპლემენტირებას ნაციონალურ კანონმდებლობაში, განხილულია ქართული გამოცდილება დავის ალტერნატიული მოგვარების საკითხში. სტატიის მიზანია, შედარებითი სამართალი და მისი მეთოდოლოგია განხილულ იქნეს როგორც ხელსაწყო მედიაციის განვითარების საქმეში.

საკვანძო სიტყვები: სამართლებრივი ტრანსპლანტები, შედარებითი სამართალი, მედიაცია, შედარებითი სამართლის მეთოდოლოგია, შედარება, ბჭე, მსაჯული, სამართლო მედიაცია

1. შესავალი

წინამდებარე სტატიაში განხილულია, თუ რამდენად შეიძლება შეუწყოს ხელი შედარებითმა სამართალმა საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში მედიაციის განვითარებას. ეს თემა შესაძლოა, ძალზე მნიშვნელოვანი აღმოჩნდეს შედარებითსამართლებრივი კვლევებისთვის. წინამდებარე სტატიაში შედარებითი სამართალი, მედიაციის მაგალითზე, აღწერილია როგორც თანამედროვე კანონმდებლობის დახვეწის ინსტრუმენტი.

ჩვენ ვცხოვრობთ სამყაროში, რომელიც ილტვის გლობალიზაციისკენ. ამ პროცესმა გაზარდა შედარებითი სამართლის, როგორც სამართლებრივი მეცნიერების, როლი. უკანასკნელი ოცდაათი წელიწადი გამოირჩევა ისეთი სფეროების განვითარებით, როგორებიცაა: კომპიუტერი, ნავთობის ბიზნესი, დავების ალტერნატიული გადაწყვეტა, საინვესტიციო ურთიერთობები და ა.შ. იურისტებმა დაიწყეს შედარებითსამართლებრივი კვლევით. იურიდიული სფეროს მეცნიერები მივიდნენ დასკვნამდე, რომ ადგილობრივი კანონმდებლობა მნიშვნელოვანია, მაგრამ უცხოური სამართლებრივი სისტემების შესწავლამ შესაძლოა, ხელი შეუწყოს შიდა კანონმდებლობის განვითარებას. ამდენად, მრავალი იურისტი ჩართული იყო მეცნიერულ კვლევებში. შედარებითი სამართალი აგრძელებს თავის არსებობას ახალი სამართლებრივი დარგის დაბადებისას. წინამდებარე სტატიაში საუბარი გვექნება მედიაციაზე, როგორც შედარებითი სამართლის ინსტიტუტზე, რომელიც საკმაოდ პოპულარულია და მრავალ ქვეყანას აქვს ამ ინსტიტუტის

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრანტი, კომპანია „მდინარაძე და პარტნიორი ადვოკატების“ უფროსი იურისტი.

თავიანთ სამართლებრივ სისტემაში დანერგვის სურვილი, მაგრამ ამ ქვეყნებს არ გააჩნიათ არც პრაქტიკული და არც თეორიული გამოცდილება, რაც ამ ინსტიტუტის იმპლემენტაციისთვისაა აუცილებელი. შესაბამისად, ამ პრობლემის გადაწყვეტის საუკეთესო გზაა შედარებით სამართალსა და მის მეთოდოლოგიაზე მიმართვა. პირველ რიგში, უნდა განისაზღვროს ის სამართლებრივი სისტემა, სადაც ეს სისტემა შეიქმნა, ან იმ დონეზე განვითარდა, რომ ამგვარი სამართლებრივი სისტემის შესწავლა მოიტანს წარმატებას ზემოხსენებულ საქმეში.

2. შედარებითი სამართლის მეთოდოლოგია და სამართლებრივი ტრანსპლანტები

მიუხედავად იმისა, რომ გლობალიზაცია უდიდეს როლს ასრულებს კულტურებისა და ადამიანების ერთმანეთთან ასიმილაციაში, მაინც არსებობს მნიშვნელოვანი განსხვავებები ჩვენს „გლობალურ სოფელში“. სწორედ ამიტომ შედარებითი სამართალი და მისი მეთოდოლოგია გვიქმნის შესაძლებლობას, გავიაზროთ სხვადასხვა ქვეყნის სამართლებრივი სისტემები ან სამართლებრივ სისტემათა ნაწილები. შედარებითი სამართლის გზით დაგროვილი ცოდნა მნიშვნელოვანი კარიბჭეა უცხო კულტურისაკენ. მიღებულმა ცოდნამ შესაძლოა, ნათელი მოჰფინოს უცხოური სამართლებრივი სისტემის შიდა სამზარეულოს. ეს ცოდნა კი შეიძლება, გამოყენებულ იქნეს ჩვენს საკუთარ სამართლებრივ კულტურაში, იგი დაგვეხმარება სხვადასხვა პერსპექტივის გააზრებაში, რაც შედეგად მოგვცემს ჩვენი სამართლებრივი სისტემის უფრო ღრმად გააზრების საშუალებას.¹

შედარებითი სამართლის ყველაზე მოკლე დეფინიცია ერთი სამართლებრივი სისტემის მეორესთან შედარებაა. იგი მოიცავს სხვა სამართლებრივი სისტემების შესახებ მონაცემთა შეგროვებას და ორი ან რამდენიმე სამართლებრივი სისტემის შედარებას. შედარების არსი მსგავსებების დადგენა და ამ გზით შეგროვებული მონაცემების დიაპაზონისა და მოქმედების სფეროს გააზრებაა.² სამართლის სფეროს მეცნიერებმა კონცენტრაცია უნდა გააკეთონ სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემიდან მიღებულ მონაცემებზე. ქალაქის ფურცელზე დაწერილი სიტყვების უბრალო შედარება არ არის საკმარისი. კანონმდებლობა კულტურის ნაწილია. კანონი კულტურის ნამმართველი ძალაა და, ამასთან, კანონზე ზემოქმედებას ახდენს ქვეყნის კულტურა. ამდენად, კანონი დაწერილ ტექსტზე უფრო ღრმად უნდა განვიხილოთ, უნდა ჩავუღრმავდეთ კანონის საფუძველში არსებულ სტრუქტურას, რათა უკეთ გავიაზროთ, რეალურად რას წარმოადგენს კანონი და როგორ ფუნქციონირებს იგი საზოგადოების შიგნით.³ არსებობს მრავალი დამალული ან აშკარა ფაქტორი, რომლებიც ქმნიან კანონს, როგორებიცაა, მაგალითად: რელიგია, ისტორია, კულტურა, ტრადიციები, სახელმწიფო განვითარების დონე, ქვეყნის ეკონომიკური მდგომარეობა, მეცნიერების განვითარება, ფილოსოფია, გეოგრაფია, პოლიტიკური ნება და ა.შ.

ამ სტატიის მიზნებისათვის, შედარების ძირითადი ობიექტია მედიაცია, რომელიც დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის პოპულარული და ღირებული ფორმაა. როდესაც სახელმწიფოს სჭირდება ახალი სამართლებრივი ინსტიტუტის შექმნა, საუკეთესო გზა ამისთვის შედარებითი სამართლისა და მისი მეთოდოლოგიის მოშველიებაა. შედარებითი სამართლის მეთოდოლოგია რამდენიმე საფეხურისგან შედგება. შედარებითი სამართალი არ არის შეგროვებულ მონაცემთა შედარება, იგი ასევე ითვალისწინებს კულტურების, ისტორიის შედარებას. შესაბამისად, შედარებითი სამართალი მეცნიერების მულტიდისციპლინური სფეროა. სამართლის დარგის მეცნიერებს ხანდახან ისტორიკოსობა და ანთროპოლოგობაც კი უწევთ.

¹ Eberle J. E., The Method and Role of Comparative Law, Washington University Global Studies Last Review, USA, 2009, 452.

² იქვე.

³ იქვე.

ედვარდ ჯეი ებერლეს თვალსაზრისით, პირველ ნაბიჯი შემდარებლის (კომპარატივისტი) უნარების ათვისებაა. ეს უნარები მოითხოვს კულტურის მიმოხილვაში ჩაღრმავებას, ლინგვისტური საკითხების ცოდნასა და ნეიტრალური, ობიექტური შეფასების უნარების გამოყენებას; მეორე ნაბიჯი მოითხოვს ამ შედარების უნარების გამოყენებას კანონის გარეგან შეფასებაში, რაც გულისხმობს კანონს წერილობითი ან ზეპირად გადმოცემული ფორმით. დიდი ყურადღებით უნდა შევავსოთ განხილულ სხვადასხვა სახელმწიფოს კანონებს შორის მსგავსებები და განსხვავებები; მესამე ეტაპზე ხდება იმავე მეთოდოლოგიის გამოყენება შიდა კანონზე; ამასთან, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ კანონის ხარისხი, რომელიც მოიცავს სამართლის გარეგან მხარეს, მნიშვნელოვან ზეგავლენას ახდენს კანონის ფორმირებაზე; და ბოლოს, მეოთხე ეტაპზე ხდება შედარებითი შესწავლის შედეგების გაერთიანება იმის განსასაზღვრავად, თუ რისი სწავლა შეგვიძლია უცხოური სამართლებრივი სისტემიდან და როგორ შეიძლება აისახოს ეს ცოდნა ჩვენს საკუთარ სამართლებრივ სისტემაზე.⁴

სამართლის სფეროს მეცნიერის მიერ შემდარებლის უნარების ათვისებისა და იმის ათვისების შემდეგ, თუ როგორ უნდა განხორციელდეს შედარება, ძალზე მნიშვნელოვანია იმის გააზრება, თუ რა არის სამართლებრივი ტრანსპლანტი და როგორ შეიძლება დაგვეხმაროს იგი ახალმიღებული სამართლებრივი ინსტიტუტის განვითარებაში.

მედიაცია საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში არის ახალმიღებული სამართლებრივი ინსტიტუტი. მისი განვითარების დონე ჩამოუვარდება აშშ-ში, გერმანიაში, ნორვეგიასა და სხვა ქვეყნებში ამ ინსტიტუტის განვითარების დონეს. ამდენად, თუ საკანონმდებლო ხელისუფლებას სურს, მედიაცია აქციოს სამართლის განუყოფელ ნაწილად, მან უნდა შეაფასოს სხვადასხვა ქვეყანაში მედიაციასთან დაკავშირებით არსებული მარეგულირებელი ნორმები. მართალია, განვითარებადი ქვეყნები სამართლებრივ ტრანსპლანტებს იყენებენ საკუთარი სამართლებრივი სისტემის შესაქმნელად, ზოგიერთ შემთხვევაში ეს პროცესი ხორციელდება ბრმად, შედარებითი კვლევების გარეშე. ასე რომ, არსებობს იმავე შეცდომების დაშვების დიდი ალბათობა. ვატსონი სამართლებრივ ტრანსპლანტებს აღწერს როგორც „წესის ან სამართლის სისტემის ერთი ქვეყნიდან მეორეში გადატანას“.⁵ სამართლის სფეროს მკვლევართა მიერ შემოთავაზებულია რამდენიმე მთავარი ფაქტორი იმის განსასაზღვრავად, თუ რომელი კანონია ტრანსპლანტირებული. აქედან გამომდინარე, სამართლებრივი ტრანსპლანტაცია განაპირობებს: ძალაუფლებას, (II) პრესტიჟსა და ზეგავლენას, (III) შემთხვევითობასა და საჭიროებას, (IV) კანონის მოსალოდნელ ეფექტს, და (V) პოლიტიკურ, ეკონომიკურ და რეპუტაციის ტიპის ინიციატივებს ქვეყნების ან მესამე მხარეების მხრიდან.⁶

3. საქართველოში დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ისტორია და მედიაცია საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში

იმის გასარკვევად, აქვს თუ არა მედიაციის ინსტიტუტს დადებითი ხასიათის პერსპექტივა ქართულ სამართლებრივ სისტემაში, აუცილებელია, განხორციელდეს ჩვენი კულტურის, მენტალობის, ტრადიციებისა და რელიგიური შეხედულებების შესწავლა. არსებითია, საქართველოს სამართლის ისტორიაში დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ფრაგმენტები ვეძიოთ. იურიდიული დოქტრინის შესაბამისად, არსებობს მედიატორის მრავალი განსაზღვრება, როგორც ანტიკურ, ისე შუა საუკუნეების პერიოდში. წინამდებარე სტატიაში ავტორი აღწერს მ. კეკელიას ნაშრომს – „ცნება „ბჭე“ – შინაარსი ქართული სამართლის წიგნებში“. მ. კეკელიას მიხედვით, ძველ ქართულ ლიტერატურაში (V-X საუკუნეები) ნებისმიერ პირს, რომელიც დავას აგვარებდა, იყო იგი საერო თუ სასულიერო პირი, ინიშნებოდა სახელმწიფოს მიერ თუ ირჩეოდა მხარეების მიერ, ეწოდებოდა

⁴ იქვე, 457.

⁵ *Watson A.*, *Legal Transplants*, SCOTISH Academic Press Ltd, Edinburgh, 1974, 264.

⁶ *Valderrama I.J.V.*, *International Law*, Revista Colombiana De Derecho International, Vol. 2, 2003, 265-268.

„მსაჯული“ (პატივცემული პირი) ან „ბჭე“, მოგვიანებით კი „მოსამართლე“. მაგრამ საკანონმდებლო ძეგლებში პირის სახელწოდებად, რომელიც დავებს აგვარებდა, შემდეგი ცნებებიც გამოიყენებოდა: „საპატიო კაცი“, „შუაკაცი“, „შუათადასხმული“ და სხვ. ტერმინები: „მსაჯული“ და „ბჭე“ უფრო ადრეულ პერიოდს ეკუთვნის ტერმინ „მოსამართლესთან“ შედარებით. ეს სამი ცნება სრულიად იდენტურია და გამოიყენება ერთსა და იმავე კონტექსტში და ანაცვლებს ერთმანეთს. სამივე დაინერგა ლიტერატურულ ენაში.⁷ დასავლეთ საქართველოში ტერმინმა „ბჭე“ ბოლომდე შეინარჩუნა უფლებამოსილების მქონე მოსამართლის მნიშვნელობა, მაგრამ აღმოსავლეთ საქართველოში XVIII საუკუნეში ტერმინი „ბჭე“ ნელ-ნელა გამოეყო თავისი მნიშვნელობით და ჩვეულებით სამართალში მას უკვე „მედიატორი“ ეწოდება. სვანეთში ამ ტერმინის შესაბამისი სიტყვაა „მორევი“.⁸ ყურადღებას იმსახურებს ალბუღას (Aghbugha) კანონი (XII-XIV საუკუნეები), სადაც ხაზგასმულია შუამავალი; მაგალითად, მედიატორების დახმარებით ხდება შეთანხმებისა და ზავის მიღწევა. „შუადასხმული“, „შუათაშესვლით“, „შუადახედვის“, „საპატიო კაცი“ არის ტერმინები,⁹ რომლებიც გამოხატავს არა მეფის ძალაუფლებას, არამედ არაკანონის საფუძველზე დანიშნულ პირებს, რომლებიც არჩეული იყვნენ მხარეების მიერ კონკრეტული შემთხვევის გამოსაძიებლად.¹⁰ ვახტანგ VI-ის კრებულში შემავალ უცხოურ სამართლის ნიგნებში „ბჭე“ გვხვდება მხოლოდ საბერძნეთის კანონის ქართულ ვერსიაში „მედიატორის“ მნიშვნელობით: „როდესაც ორ ადამიანს დავა ჰქონდათ, ისინი არ მიმართავდნენ მოსამართლეს, მეფეს, პატრიარქს ან მიტროპოლიტს, არ სჭირდებოდათ მათი მართლმსაჯულება; ისინი ირჩევდნენ ადამიანს, რომელთანაც მიდიოდნენ და ამცნობდნენ, რომ ჰქონდათ დავა, და სურდათ, მას გადაეჭრა ეს დავა.“¹¹

ძალიან საინტერესოა, თუ რატომ ირჩევდნენ უძველესი ქართველები მედიაციას, როგორც დავის გადაწყვეტის გზას, ან რატომ განვითარდა ამ ტიპის ურთიერთობები. ეს შეიძლება იყოს პოლიტიკური სიტუაციის შედეგი, რომელიც არ იყო სტაბილური, ან შეიძლება, არსებობდა ჩვევა, რომელიც ჩანერგილი იყო მათ მიერ დავების გადაჭრის კულტურაში. ნებისმიერ შემთხვევაში, მნიშვნელოვანია შედარებითი კვლევების დაწყება. თუ მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის შესაძლებლობა, უცნობი იყო საქართველოს სამართლის კულტურისთვის, მაშინ სამართლის მკვლევრებმა უნდა მოძებნონ საქართველოს სამართლის სისტემაში ამ ინსტიტუტის დანერგვის სხვა გზა. მნიშვნელოვანია, აღვნიშნოთ, რომ 70 წლის განმავლობაში

⁷ *კეკელია მ.*, ცნება „ბჭე“ – შინაარსი ქართული სამართლის ნიგნებში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ბიულეტენი „მაცნე“, № 4, თბ., 1973, 164; მითითებულია: *ონიანი ს.*, ტერმინი „ბჭეს“ მნიშვნელობა ძველ ქართულ კანონში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პრესა, „სამართლის ჟურნალი“, №2, თბ., 2014, 16.

⁸ *კეკელია მ.*, ცნება „ბჭე“ – შინაარსი ქართული სამართლის ნიგნებში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ბიულეტენი „მაცნე“, №4, თბ., 1973, 169-170; მითითებულია: *ონიანი ს.*, ტერმინი „ბჭეს“ მნიშვნელობა ძველ ქართულ კანონში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პრესა, „სამართლის ჟურნალი“, № 2, თბ., 2014, 16-17.

⁹ *კეკელია მ.*, ცნება „ბჭე“ – შინაარსი ქართული სამართლის ნიგნებში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ბიულეტენი „მაცნე“, № 4, თბ., 1973, 161, მითითებულია: *ონიანი ს.*, ტერმინი „ბჭეს“ მნიშვნელობა ძველ ქართულ კანონში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პრესა, „სამართლის ჟურნალი“, № 2, თბ., 2014, 15.

¹⁰ *კეკელია მ.*, ცნება „ბჭე“ – შინაარსი ქართული სამართლის ნიგნებში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ბიულეტენი „მაცნე“, № 4, თბ., 1973, 162, მითითებულია: *ონიანი ს.*, ტერმინი „ბჭეს“ მნიშვნელობა ძველ ქართულ კანონში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პრესა, „სამართლის ჟურნალი“, №2, თბ., 2014, 15.

¹¹ *კეკელია მ.*, ცნება „ბჭე“ – შინაარსი ქართული სამართლის ნიგნებში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის ბიულეტენი „მაცნე“, № 4, თბ., 1973, 164, მითითებულია: *ონიანი ს.*, ტერმინი „ბჭეს“ მნიშვნელობა ძველ ქართულ კანონში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პრესა, „სამართლის ჟურნალი“, №2, თბ., 2014, 16.

საქართველო იძულებით იყო საბჭოთა კავშირის ნაწილი და ამან შეცვალა ყველაფერი, სამართლებრივი აზროვნების ჩათვლით. კერძო სამართალი ამოღებული/აკრძალული იყო ყოველდღიური ცხოვრებიდან და გასაკვირი არ არის, რომ ჩვეულებრივ მოქალაქეებს თავად არ შეეძლოთ დავების გადაწყვეტა, რადგან საბჭოთა საზოგადოება და ხელისუფლება ერთიად ადამიანის ცხოვრების ყველა ასპექტში. საბჭოთა მმართველობის შემდეგ ქართველები აღმოჩნდნენ ყველაზე დიდი კატასტროფის წინაშე, რაც კი შეიძლება არსებობდეს სახელმწიფოსთვის – ეს იყო სამოქალაქო ომი. კონფლიქტები ცხოვრების ნაწილი გახდა, კრიმინალურ ავტორიტეტებს ჰქონდათ ნებისმიერი დავისა და კონფლიქტის განხილვის ძალაუფლება. ცხოვრების ამ ბნელმა პერიოდმა მრავალ წელს გასტანა. 2003 წელს მომხდარი პოლიტიკური ცვლილებების შემდეგ საქართველომ დაიწყო სახელმწიფოს მშენებლობა, მაგრამ შეუძლებელია დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის დანერგვა მაშინ, როცა სასამართლო სისტემა დანგრეულია. დღეისთვის არსებობს სამართლებრივი სისტემის განვითარებისა და ადამიანებისათვის ახალი, ალტერნატიული გზების შეთავაზების შანსი. ამ გზას ეწოდება მედიაცია. ეს არის პროცესი, რომელიც მხარეებს აძლევს შესაძლებლობას, გააკონტროლონ თავიანთი დავები; ამასთან, კონტროლირებადი პროცესი მედიაციის ძირითადი უპირატესობაა.

2011 წელს ახალი ცვლილებები შევიდა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში. ეს ცვლილებები მოიცავდა სასამართლო მედიაციის მარეგულირებელ წესებს. რთულია იმის თქმა, რომ ეს რეგულაცია სრულყოფილია – ამის საპირისპიროდ: იგი ძალზე სუსტია და მართებული იქნება, განვაცხადოთ, რომ ეს წესები უმოქმედოა და ელოდება „გამოღვიძებას“. ასევე რთულია, გავიხსენოთ ისეთი პრეცედენტი, როდესაც მოსამართლემ აიძულა ან ურჩია მხარეებს, ეწარმოებინათ მოლაპარაკებები პროფესიონალი მედიატორის დახმარებით. ამ მდგომარეობის მიზეზია ის, რომ ეს ინსტიტუტი არ არის პოპულარული, არ არსებობს მედიაციის საერთო სტანდარტები და არ არსებობს კომპანია ან მედიაციის ასოციაცია, რომელიც შეძლებდა ქვეყნის ნორმების შემუშავებას. აშშ-ში მოსამართლეს აქვს უფლებამოსილება, უარი განაცხადოს საქმის განხილვაზე, თუ მოსამართლეს მიაჩნია, რომ დავა შეიძლება გადაწყდეს მედიაციის დახმარებით. ამ რეგულაციამ ხელი შეუწყო მედიაციის განვითარებას აშშ-ში. ამდენად, აშკარაა, რომ არსებობს მედიაციისკენ მიმართული ცვლილებების გარდაუვალი აუცილებლობა. ეს კი საჭიროებს პოლიტიკურ ნებასა და სერიოზულ მიდგომას.

თუ საქართველოს სურს, მედიაცია აქციოს სამართლის სისტემის ღირებულ ნაწილად, უნდა შეიქმნას სტანდარტები ან სხვა ტიპის მარეგულირებელი ნორმები შედარებითი სამართლის გამოყენებით. სამართლებრივი ტრანსპლანტების ბრმად, უცხოური სამართლებრივი სისტემის, კულტურის, ისტორიის, რელიგიური მრწამსის გათვალისწინების გარეშე მიღება უდიდესი შეცდომაა, რადგან თითოეული განვითარებული ქვეყნის სამართლის სისტემა ეფუძნება ქვეყნის კულტურას, ისტორიას, რელიგიურ რწმენას და ა.შ. მედიაცია არ ეკუთვნის ადვოკატებს. ეს არის დისციპლინათშორისი სფერო, სწორედ ამიტომ ამ ინსტიტუტის განვითარებაში შედარებითმა სამართალმა გადამწყვეტი როლი უნდა შეასრულოს.

4. დასკვნა

შეჯამების სახით შეიძლება ითქვას, რომ შედარებითი სამართალი და საქართველოს კანონმდებლობაში სუსტად დანერგილი მედიაცია არის ორი ობიექტი, რომელთაც შეუძლიათ ერთმანეთი განავითარონ. შედარებითი კვლევები უდიდეს როლს ასრულებს მაშინ, როდესაც განვითარებად ქვეყნებს სურთ მათი სამართლის სისტემის გაუმჯობესება. განვითარებული ევროპისა და ამერიკის ქვეყნები ბევრს მუშაობენ საკუთარი კანონმდებლობის სხვა ქვეყნებში გასავრცელებლად, ეს ხომ ქვეყნის პრესტიჟია და, ამასთან ერთად, ამ შემთხვევაში უფრო მარტივია სხვა ქვეყნის რესურსების გამოყენება ან ინვესტიციის განხორციელება, როდესაც კანონმდებლობაა ნაცნობი. ამდენად, საქართველომ უნდა განახორციელოს შედარებითი კვლევები არა მედიაციის ასლის გადმოსაღებად, არამედ საკუთარი ტიპის მედიაციის ინსტიტუტის შესაქმნელად, რომელიც შესაბამისი იქნება საქართველოს კულტურისა და სამართლებრივი აზროვნებისა.

Development of Mediation and Comparative Law

Implementation of new legal establishments requires comparative legal research conducted by the state as well as the law researchers. Accordingly, in order to achieve the compliance of legislative regulations on mediation with the international standards as well as Georgian legal consciousness and the data establishing the external and internal elements of the law, it is necessary to apply methods of comparative law research. For the implementation of law transplants it could be significant to consider the specific experience of specific state for the specific issue, culture, history of law development, even the religion. Article covers the ways and methods to be applied for specific law transplants in order to become the integral part of foreign country's law. Moreover, the article agrees with the position that in the process of transplantation, it is impossible to transfer the aspiration of foreign country's law system. Several factors, conditioning the implementation of foreign country law system or establishment in the national legislation are reviewed; article discusses the Georgian experience in the field of alternative settlement of disputes. Objective of the article is to review comparative law and its methodology, as the instrument required for the mediation development.

Key words: legal transplants, comparative law, mediation, comparative law methodology, compare, judge, “bche”, court mediation.

1. Introduction

This article is about how the comparative may become helpful to evolve mediation in Georgian legal system. The given topic could be crucial for comparative studies. The comparative law, in the article, is described as a tool to improve the contemporary legislation, in the light of mediation example.

We live in a world striving for globalization. This process increased the role of comparative law as a legal science. In recent thirty years, with the new developments such as: computers, oil business, alternative dispute resolution, investment relations and etc., the lawyers were involved in comparative studies. The legal scholars came to an opinion that local law is important but the study of foreign legal system can evolve the local one. So many lawyers were involved in scientific researches. The comparative law extends it's living when new legal science is born. I'm going to talk about the mediation as a contemporary legal institute which is trendy with many countries willing to establish this institute in their legal system, but they have neither practical nor theoretical experience to implement the given institute. So the best way to work with that problem is to appeal to comparative law and its methodology. The first of all you should find the legal system in which this institute came to existence or developed so well that the assessment of this legal system will bring you to success.

2. Methodology of Comparative Law and Legal Transplants

Despite the huge role of globalization to assimilate the cultures and peoples with each other, there are some big differences in our “global village”. And that's why the importance of comparative law and its methodology gives us the opportunity to understand the legal system or the part of the legal system of

* Master Student TSU Faculty of Law, Senior Lawyer at Law Firm “Mdinardze and Partner Attorneys”.

different countries. The gathering of knowledge obtained through comparative law can be vital portal to a foreign culture. The insights gathered can usefully illuminate the inner workings of foreign legal system. And these insights can be applied to our own legal culture, helping to illuminate different perspectives that may yield a deeper understanding of our legal order¹.

Comparing one legal system to another is the shortest description of comparative law. If you see, it includes the collection of data point of other legal system and the act of comparison between two or more legal orders. The essence of comparison is the aligning similarities as a measure to obtain understanding of the content and range of data points². Legal scholars should focus on legal data points derived from different legal systems. It is not enough simply to compare words on the page. Law sits within a culture. Law both drives and is influenced by the culture of the home country. So we must look beneath the law as written formally in text. We need excavate the underlying structure of law to understand better what the law really is and how it actually functions within a society³. There're a lots of hidden or obvious factors which creates the law, for example, religion, history, culture, traditions, development of state, economic condition of country, development of science, philosophy, geography, political will and etc.

For this Article the main object for comparison is Mediation, which is the very popular and valuable part of alternative dispute resolution. When state needs to implement the new legal institute, the best way to establish it, is to apply for comparative law and its methodology. The methodology of comparative law has several steps. It's not only about the comparing the data points, it's also considers the comparison of cultures, history. Thus, comparative law is the multifunctional field of science. Legal scholars sometimes need to be historians or anthropologists as well.

According to Edward J Eberle the first step is to acquire the skills of comparativist. These skills require immersion in the culture review, linguistic knowledge, and the application of neutral, objective evaluative skills. Step 2 requires the application of these comparative skills to evaluate the external law, which consists of the law as written or stated. Here we must do a close assessment of the similarities and differences of the laws of different countries under review. Step 3 involves applying that same methodology to the internal law, a level of law that lies beneath external law yet has important influences on the formation of law. Finally, in Step 4 the results of comparative investigation are assembled in order to determine what we can learn from the foreign legal system and how that insight might reflect on our own legal system⁴.

when legal scholar has mastered the skills of comparativist and the acknowledged of how the act of comparison can be done, it becomes very important to comprehend what the legal transplant is and how it can help to evolve the newly adopted legal institute.

Mediation is a newly adopted legal institute in the legal order of Georgia. It's not evolved as well as it's developed in the USA, Germany, Norway etc. So if the legislative authority intends to make mediation an indivisible part of justice, it should assess the regulations about mediations in different countries. It's true that developing countries use the legal transplants to create their own legal order. Sometimes they do it blindly, neglecting comparative studies. Therefore a chance of making the same mistakes is big. Watson describes the legal transplants "as the moving of a rule or a system of law from one country to another"⁵. The following reasons are suggested by legal scholars as the predominant factor in determining which law is transplanted. Accordingly, legal transplantation takes place due to (i) authority, (ii) prestige and imposition (iii) chance and necessity, (iv) expected efficacy of the law, and (v) political, economic and reputational incentives from countries and third parties⁶.

¹ Eberlej E., *The Method and Role of Comparative Law*, Washington University Global Studies Last Review, USA, 2009, 452.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid, 457.

⁵ Watson A., *Legal Transplants*, SCOTISH Academic Press Ltd., Edinburgh, 1974, 264.

⁶ Valderrama I.J.V., *International Law*, Revista Colombiana De Derecho International, Vol. 2, 2003, 265-268.

3. History of Alternative Dispute Resolution in Georgia and court Mediation in the Civil Procedural Code of Georgia

To find out if mediation institute has the beneficial perspective for Georgian legal system, it's necessary to make research of our own culture, mentality, traditions and religion views, it's essential to look for fragments of alternative dispute resolution in the history of Georgian judicial system. According to legal doctrine there are many definitions of mediators whether in ancient or medieval period. In this article author describes the M. Kekelias work "for the content of the term "Btche" in Georgian Law books". According to M. Kekelia in old Georgian literature (V-X centuries) any person conciliating a dispute, secular or ecclesiastical, appointed by the state or chosen by the parties, was called "msajuli" or "btche", having become later - "mosamartle" (judge). But in legislation monuments for the name of persons conciliating a dispute the following terms: "sapatio katsi" (a respected man), "shua katsi" (a mediator), "shuata daskhmulni" (sitting mediators) and others. The terms "msajuli" and "btche" are of older origin, than "mosamartle" (judge); these three terms are completely identical and are used in the same contexts interchangeably; all three were established in a literary language.⁷ In west Georgia term "btche" maintained the meaning of a judge of the authority to the end but in east Georgia, in the XVIII century, the term "btche" gradually separated from existing meaning and in customary law it was called "mediator". In Svaneti its corresponding word is "morevi".⁸ It is worthy of attention to mention Aghbugha Law (XII-XIV centuries, in which intermediary is emphasized, i.e. by help of mediators agreement and truce are reached. "shuadaskhmulni" (sitting mediators), "ShuataShesvli" (entering mediators), "shuadakhedvis" (observing mediators), "sapatiokatsni" (respectable men) are those terms,⁹ which express not a will of royal authority but unjudicially functioning persons, chosen by the parties to investigate only a concrete case.¹⁰ From foreign law books included in the collection of Vakhtang VI the term "btche" is known only by the Georgian version of the Greek law with the meaning of "mediator" : "when two men had a dispute, they did not apply to a judge, king, patriarch or metropolitan, they did not want their judgment, they chose a man to whom they went and said that they had a dispute and wanted him to settle it."¹¹

It's very interesting why ancient Georgians used to choose the mediation as a tool to solve the dispute or why these relations developed. It could be due to the instability of political situation, or there might have been a habit which was inculcated in their culture of solving the disputes. In either case this information is

⁷ *Kekelia M.*, For the Content of the Term "btche" in Georgian Law Books, Bulletin of the Academy of Sciences of Georgia, Matsne, № 4, Tbilisi, 1973, 164, cited in: *Oniani S.*, For the Meaning of Term "Btche" in Old Georgian Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, Journal of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, 2014, 16.

⁸ *Kekelia M.*, For the Content of the Term "btche" in Georgian Law Books, Bulletin of the Academy of Science of Georgia, Matsne, № 4, Tbilisi, 1973, 169-170, cited in: *Oniani S.*, For the Meaning of Term "Btche" in Old Georgian Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, Journal of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, 2014, 16-17.

⁹ *Kekelia M.*, For the Content of the Term "btche" in Georgian Law Books, Bulletin of the Academy of Science of Georgia, "Matsne", № 4, Tbilisi, 1973, 161, cited in: *Oniani S.*, For the Meaning of Term "Btche" in Old Georgian Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, Journal of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, 2014, 15.

¹⁰ *Kekelia M.*, For the Content of the Term "btche" in Georgian Law Books, Bulletin of the Academy of Science of Georgia, Matsne, № 4, Tbilisi, 1973, 162, cited in: *Oniani S.*, For the Meaning of Term "Btche" in Old Georgian Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, Journal of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, 2014, 15.

¹¹ *Kekelia M.*, For the Content of the Term "btche" in Georgian Law Books, Bulletin of the Academy of Science of Georgia Matsne, № 4, Tbilisi, 1973, 164, cited in: *Oniani S.*, For the Meaning of Term "Btche" in Old Georgian Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Faculty of Law, Journal of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, 2014, 16.

vital to start the comparative studies. If mediation as a possibility for dispute resolution was alien for Georgian legal culture, the legal researchers should find a different way to introduce the given institution into Georgian legal system. It's essential to mention that for 70 years Georgia used to be forcefully integrated into the Soviet Union and it had a major affect on everything, including legal thinking. The private law was abolished from the daily life and it's not surprising that ordinary citizens were not able to solve their disputes by themselves as the Soviet society and authority were interfering in every part of human life. After the period of Soviet rule Georgians were posed with yet another disaster that could happen to the state, a civil war. Conflicts became the part of life, criminal authorities gained power to negotiate every dispute and conflict, this black period of life lasted for quite a long time. After political changes in 2003, Georgia began to build a state but it is impossible to establish alternative dispute resolution when the court system is destroyed. Nowadays there is a chance to evolve the judicial system and give people new, alternative way, this way is called mediation, a process which gives parties an ability to control their dispute and controllable process is the main advantage of mediation.

In 2011 the new amendments appeared in the civil procedural code of Georgia. These amendments consisted of the rules regulating court mediation. It's hard to say that this regulation is perfect, on the contrary, it's rather weak and it's legal to say that these rules are lying dead awaiting awakening. It's also hard to remember any precedent when judge forced or advised parties to negotiate with the help of professional mediator. The reason the reason lies in the fact that this institution is not popular, there is no common standard of mediation and there isn't any company or association of mediation which could work out the rules of conduct. In the USA judges have power to deny discussion of the case if judge thinks that dispute can be solved by the help of mediation. This regulation helped mediation to evolve. So, it's obvious that quite many changes have to be introduced to mediation. Political will and serious attitude are also required.

If Georgia intends to make mediation a deserving part of judicial system the standards or other regulations should be created by the help of comparative law. To get legal transplants blindly, without consideration from foreign legal system is the biggest mistake, because legislation of each developed country is based on its own culture, history, religion beliefs etc. Mediation doesn't belong to lawyers, It is interdisciplinary field, so comparative law should play the crucial role in its development.

4. Conclusion

To sum up, comparative law and underdeveloped mediation for Georgian legislation are the subjects that can evolve one another. The comparative studies play a huge role when developing countries are willing to improve their legal order. The developed European or American states work hard to spread their legislation in other countries, it is a case of prestige and besides it's easier to use other country's resources or make an investment when the legislation is familiar. So, Georgia has to conduct comparative studies not to copy but to create her own type of mediation, which will be suitable for Georgia's culture and legal thinking.

ხანდაზმულობის ვალის ღირსი შეჩერება მედიაციისგან შემთხვევით

სტატიის კვლევის საგანია, შეჩერდება თუ არა, საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად, ხანდაზმულობის ვადა ნებაყოფლობით მედიაციაზე მხარეთა შეთანხმებით, რომელი ნორმატიული აქტის/აქტების საფუძველზე, როდიდან და რა ხანგრძლივობით. სტატიაში განხილულია ამ საკითხთან დაკავშირებით განვითარებული ქვეყნების პრაქტიკა და გამოცდილება და შემოთავაზებულია საქართველოს კანონმდებლობაში არსებული მონესრიგების გასაუმჯობესებლად ან ახალი მონესრიგების დასაწერგავად რეკომენდაციები.

საკვანძო სიტყვები: მედიაცია, მედიაციაზე შეთანხმება, სასამართლო მედიაცია, ნებაყოფლობითი მედიაცია, ხანდაზმულობა, ხანდაზმულობის შეჩერება.

1. შესავალი

პოსტმოდერნულ საზოგადოებაში კონფლიქტის გადაწყვეტა სამოქალაქო პროცესის მნიშვნელოვანი ფუნქცია ხდება.¹ მართალია, ტრადიციული სასამართლო პროცედურების საჭიროება არსებობს იმ შემთხვევებში, როდესაც სასამართლო გადაწყვეტილების მიღება მხარეების სურვილია ან/და საქმეებში, სადაც საჯარო ინტერესი სასამართლოს გადაწყვეტილებას მოითხოვს, მაგრამ ასევე არსებობს საჭიროება სხვადასხვა მედიაციის პროცესისა, როგორც სასამართლო, ისე ნებაყოფლობითი, სასამართლოს გარეშე მედიაციისა.² სწორედ ამ საჭიროების გათვალისწინებით, ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტმა 2002 წელს წევრ სახელმწიფოთა მთავრობებს რეკომენდაცია მისცა: ხელი შეუწყონ მედიაციის სამოქალაქო საქმეებში, სადაც ის აუცილებელია; მიიღონ ან გააძლიერონ, საჭიროების მიხედვით, ყველა ზომა, რომელთაც კი საჭიროდ მიიჩნევენ, იმ მიზნით, რომ თანდათან განხორციელდეს „სამოქალაქო საქმეებში მედიაციასთან დაკავშირებული სახელმძღვანელო პრინციპები“, რომლებიც ამავე რეკომენდაციაშია შემუშავებული.³ რეკომენდაციაში აღნიშნულია, რომ სახელმწიფოებს შეუძლიათ მედიაციის ორგანიზება და დაწესება სამოქალაქო საქმეებში სათანადო წესით, როგორც სახელმწიფო, ისე კერძო სექტორის მეშვეობით. მედიაცია შეიძლება ხორციელდებოდეს სასამართლოს გარეშე ფარგლებში ან ფარგლებს გარეთ.⁴ მედიაციას ისევე, როგორც კონფლიქტების გადაწყვეტის სხვა ალტერნატიულ საშუალებებსა და მეთოდებს, დიდი მნიშვნელობა აქვს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა შორის არსებული უთანხმოების მოსაწესრიგებლად. მედიაცია ხელს უწყობს მხარეთა შორის შეთანხმების მიღწევას, მათ მორიგებას იმ ორგანოების ჩარევის გარეშე, რომლებსაც კანონით ან მხარეთა

* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტი, სამართლის მაგისტრი.

¹ *Ervasti K.*, *Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 200.

² იქვე, 199.

³ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, სამოქალაქო საქმეებში მედიაციის შესახებ წევრ სახელმწიფოთა მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 2002-10, 2, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf> [18.06.15].

⁴ იქვე.

შორის დადებული ხელშეკრულებით დავების გადაწყვეტის უფლებამოსილება აქვთ.⁵ დავების ალტერნატიული მოგვარება – ესაა „მოლაპარაკება კანონების ჩრდილში“.⁶ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ მეთოდებს საკმაოდ დიდი პოტენციალი და შესაძლებლობა აქვთ, რადგან მათი მიზანია⁷, გადაჭრან საზოგადოების და ინდივიდუალური კონფლიქტები მანამ, სანამ ისინი სარჩელებად გადაიქცევიან.⁸

მედიაციის განვითარების ხელშეწყობა გამართლებულია, ვინაიდან იგი დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმებიდან მოქნილობითა და ეფექტიანობით გამოირჩევა. მედიაციის მაღალი ეფექტიანობა განისაზღვრება, უპირველეს ყოვლისა, მისი ფუნქციონირების პრინციპებით – ძირითადი საწყისებით, რომლებიც განსაზღვრავენ მის არსს. ფუნქციური დანიშნულების მიხედვით, პრინციპები იყოფა ორ ჯგუფად: 1. პრინციპები, რომლებიც ახასიათებს მედიაციის განხორციელების ორგანიზების თავისებურებებსა და მისი მონაწილეების სტატუსს (ორგანიზაციული პრინციპები); 2. პრინციპები, რომლებიც ახასიათებს მედიაციის განხორციელების წესს (პროცედურული პრინციპები). პირველ ჯგუფს განეკუთვნება ნებაყოფლობითობისა და ნეიტრალურობის პრინციპები, ხოლო მეორეს – კონფიდენციალობის, მხარეთა დამოუკიდებლობის, თანამშრომლობისა და თანასწორობის პრინციპები.⁹ მედიატორთა ამოცანა არ არის ვერდიქტის გამოტანა. თავად კონფლიქტის მხარეებზე დამოკიდებული გადაწყვეტილების მიღება, რომელიც ოპტიმალურად შეესაბამება მათ ინტერესებს. მიღწეული შეთანხმების შედეგად „გამარჯვებული“ უნდა დარჩეს ყველა.¹⁰

მედიაციის დადებითი თვისებების მიუხედავად, ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2002 წლის რეკომენდაციის მიხედვით, თუნდაც მხარეები იყენებდნენ მედიაციას, უზრუნველყოფილი უნდა იყოს სასამართლოს ხელმისაწვდომობა, რადგან იგი იძლევა მხარეთა უფლებების დაცვის საბოლოო გარანტიას.¹¹ საქართველოს კონსტიტუციის 42-ე მუხლიც ამავე პრინციპს განამტკიცებს – ყოველ ადამიანს უფლება აქვს, თავის უფლებათა და თავისუფლებათა დასაცავად მიმართოს სასამართლოს.¹² შესაბამისად, ყველა მართლწესრიგში სასამართლოსა

⁵ ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ., მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 14, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> [18.06.15].

⁶ *Ervasti K.*, *Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 199.

⁷ დოქტრინაში განასხვავებენ მედიაციის ხუთ ძირითად მიზანს: 1. *service delivery* – კონკრეტული კონფლიქტის სწრაფად და საბოლოოდ მოგვარება; 2. *access to justice* – შედარებით სუსტი მხარის ინტერესების გათვალისწინება და კონფლიქტის ორივე მხარის სასარგებლოდ დასრულება; 3. *individual autonomy* – კონფლიქტის გადაწყვეტის გზების მხარეებთან მჭიდრო თანამშრომლობით ძიება და სამომავლო პერსპექტივების გათვალისწინებით, გადაწყვეტილების მიღება; 4. *reconciliation* – დავის გადაწყვეტა მშვიდობიანი და არა კონფლიქტური გზებით, რაც ხელს უწყობს მხარეთა შორის ურთიერთობების გამყარებას; 5. *social transformation* – ერთი კონკრეტული კონფლიქტის მოგვარებას შეუძლია, თავისი წვლილი შეიტანოს, ზოგადად, საზოგადოებრივი პრობლემების მოგვარებაში. *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, მართლმსაჯულება და კანონი (4(39)13), 2013, <<http://library.court.ge/docs/144/>>.

⁸ *Weber L. J.*, *Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom?*, Dallas, 1992-1993, 2113.

⁹ *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ., 2013, 21, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].

¹⁰ იქვე, 18.

¹¹ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, სამოქალაქო საქმეებში მედიაციის შესახებ წევრ სახელმწიფოთა მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 2002-10, 2, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf> [18.06.15].

¹² საქართველოს კონსტიტუცია, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა „უნეებანი“, საკანონმდებლო დამატება, №31-33, 1995, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346>> [18.06.15].

და დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ფორმებს ურთიერთდაბალანსებული ადგილი უნდა ეკავოს.¹³

მედიაცია, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა, სასამართლო სისტემის განტვირთვასა და არსებული დავების რეალურ და საბოლოო გადაწყვეტას უზრუნველყოფს. მედიაციის უპირატესობები მოიცავს ხარჯების დაზოგვას მხარეებისა და სახელმწიფოსათვის, დროის დაზოგვას მხარეებისა და სასამართლო სისტემისათვის, სასამართლო გადატვირთულობის შემცირებას, მხარეებისათვის ძალაუფლების მინიჭებას, რათა მათ თავად გადაწყვიტონ საკუთარი „განსხვავებულობები“ და არა მოსამართლემ, ნაფიცმა მსაჯულებმა ან, თუნდაც, მათმა ადვოკატებმა.¹⁴ სამომრიგებლო პროცედურები ხშირად არის არაფორმალური და შეუზღუდავი, მაშინ, როდესაც სამოქალაქო განხილვაში მხარეები ფორმალურობით და პროცედურებით არიან დავალდებული. ¹⁵ განსაკუთრებით აღსანიშნავია, რომ საოჯახო დავებში და დავებში, სადაც მოდავე მხარეები ბიზნესპარტნიორები არიან, კარგი ურთიერთობის შენარჩუნებას მორიგება უფრო უზრუნველყოფს, ვიდრე სრულმასშტაბიანი სასამართლო განხილვა.^{16, 17}

მედიაცია დასავლეთის განვითარებულ ქვეყნებში უკვე ათწლეულებია, წარმატებით გამოიყენება და დიდი პოპულარობითაც სარგებლობს, შესაბამისად, მსოფლიოს პროგრესულ ნაწილში ამ სფეროში დიდი გამოცდილება და მდიდარი პრაქტიკა დაგროვდა. საქართველოსათვის კი ის ჯერ კიდევ სიახლეა და საკანონმდებლო დონეზეც საკმარისად მონესრიგებული არ არის, რაც კანონმდებლობის ნაკლად უნდა ჩაითვალოს. თუკი მედიაციის სამართლებრივი მონესრიგება მსოფლიოს განვითარებულ ნაწილში არსებულ სტანდარტებს დაუახლოვდება, ის ქართულ მართლმსაჯულებას დიდ სამსახურს გაუწევს და ერის სამართლებრივი მართლშეგნების ამაღლების საქმეშიც მნიშვნელოვან როლს შეასრულებს.¹⁸ უნდა ითქვას, რომ ამ სფეროში ჯერჯერობით ქართველი კანონმდებელი მხოლოდ ეპიზოდური მონესრიგებით შემოიფარგლება. იმის გათვალისწინებით, რომ ახალი ნორმების უმრავლესობა პრაქტიკაში ჯერ არ განხორციელებულა, ცხადია, მედიაციის მონესრიგებასთან დაკავშირებული დისკუსია საქართველოში მხოლოდ ახლა იწყება,¹⁹ მით უფრო, რომ საქართველოს იურისპრუდენციაში ეს საკითხი ნაკლებად შესწავლილია.²⁰

¹³ 2004 წელს ევროპის კომისიამ მიიღო მედიატორთა ევროპული კოდექსი, ხოლო 2008 წელს ევროპის პარლამენტმა და საბჭომ გამოსცეს დირექტივა „სამოქალაქო და კომერციულ საქმეებში მედიაციის ზოგიერთი ასპექტის შესახებ“. ეს დირექტივა ევროკავშირის შეთანხმების შესაბამისად, ეძღვნება ტრანსსასაზღვრო დავების დარეგულირებას, თუმცა იგი ასევე აწესებს მედიაციის მინიმალურ სტანდარტებს და პრინციპებს, მედიატორთა მიმართ მოთხოვნებს, სახელმწიფოთა ვალდებულებას მედიაციის თაობაზე თავიანთი მოსახლეობის ინფორმირებისა და შესაბამისი ორგანიზაციებისა და სამსახურების განვითარების შესახებ. რაც მთავარია, ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოები დაავალდებულეს, 2011 წლისათვის მიეღოთ შესაბამისი ნაციონალური კანონმდებლობა მედიაციის შესახებ. ამგვარად, მედიაცია დღეისთვის მორიგებლური პრაქტიკის აუცილებელი ელემენტია ევროპის ყველა ქვეყანაში. *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, *ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“* (4(39)13), თბ., 2013, 20, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].

¹⁴ *Weber L. J.*, Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom?, Dallas, 1992-1993, 2113.

¹⁵ *Ervasti K.*, Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 191.

¹⁶ იქვე, 190.

¹⁷ *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, *ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“* (4(39)13), თბ., 2013, 20, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].

¹⁸ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 11-12.

¹⁹ *ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ჟიჟიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბ., 2010, 11-12.

ამ მხრივ, საქართველოს კანონმდებლობაში არსებულ ვაკუუმთაგან ერთ-ერთი საყურადღებო საკითხია მედიაციაზე შეთანხმებისას ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერება, ვინაიდან მედიაციის პროცესი პირდაპირ კავშირშია მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადებთან. დავის წარმოშობის შემდეგ მედიაციის პროცესის დაწყება თავისთავად გულისხმობს, რომ მხარე დროებით აჩერებს მოთხოვნის რეალიზაციის სამართლებრივი საშუალების გამოყენებას, ამას კი, შესაძლოა, ხანდაზმულობის ვადის გასვლაც კი მოჰყვეს.²¹ წინამდებარე ნაშრომის კვლევის საგანიც ამ პრობლემიდან გამომდინარეობს, კერძოდ: შეჩერდება თუ არა, საქართველოს კანონმდებლობის შესაბამისად, ხანდაზმულობის ვადა ნებაყოფლობით მედიაციაზე მხარეთა შეთანხმებით, რომელი ნორმატიული აქტის/აქტების საფუძველზე, როდიდან და რა ხანგრძლივობით. ნაშრომი მიზნად ისახავს, ამ საკითხის ირგვლივ საქართველოს კანონმდებლობაში არსებული მონესრიგების გასაუმჯობესებლად ან ახალი მონესრიგების დასაწესებლად კანონმდებლისათვის კონკრეტული რეკომენდაციების შეთავაზებას.

კვლევის მიზნების მისაღწევად ნაშრომში შედარებითსამართლებრივი მეთოდის გამოყენებით შეისწავლება საქართველოსა და დასავლეთის რამდენიმე განვითარებული ქვეყნის კანონმდებლობაში არსებული მედიაციისა და ხანდაზმულობის ინსტიტუტების მომწესრიგებელი ნორმები.

2. ხანდაზმულობის ცნება და როლი სამოქალაქო სამართალში

ხანდაზმულობა არის ვადა, რომლის განმავლობაში უფლებადარღვეულ პირს შეუძლია, მოითხოვოს თავისი უფლების იძულებით განხორციელება ან დაცვა.²² ხანდაზმულობის ვადის გასვლით ისპობა სასამართლოს ან სხვა ორგანოს მეშვეობით პირის მოთხოვნის იძულებით განხორციელების შესაძლებლობა, მაგრამ არა სასამართლოსათვის ან სხვა ორგანოსათვის მიმართვის უფლება.²³

სამოქალაქო სამართალში სიტყვა „ხანდაზმულობა“ იმ აზრის გამომხატველია, რომ ურთიერთობა, მდგომარეობა, მოვლენა იმდენად დიდი ხნის წინ ყოფილა, რომ ხანგრძლივი დროის გასვლა გავლენას ახდენს პირთა უფლებებსა და ვალდებულებებზე. ხანდაზმულობის ვადის

ლოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 18, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> [18.06.15].

²⁰ *კობრიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ., 2013, 18, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].

²¹ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 298-299.

²² უმეტეს შემთხვევაში, დარღვეული უფლების განხორციელებისა და დაცვის მიზნით, სარჩელით მიმართავენ სასამართლოს, თუმცა ნორმატიული აქტებით გათვალისწინებულ შემთხვევაში დარღვეული უფლების განხორციელება და აღდგენა შეიძლება სხვა ორგანოს მიერაც. ამდენად, უფლების დაცვა შეიძლება განხორციელდეს როგორც სასარჩელო, ისე არასასარჩელო გზით და ამიტომ ხანდაზმულობის ცნება მოიცავს არა მხოლოდ სასარჩელო ხანდაზმულობას, არამედ ასევე ვადებს, რომელთა განმავლობაშიც უნდა მოხდეს უფლების არასასარჩელო დაცვაც. *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 316-317.

²³ ეს უკანასკნელი რაიმე დროით შეზღუდული არ არის – პირს ყოველთვის შეუძლია, წარადგინოს მოთხოვნა, მაშინაც კი, როცა ხანდაზმულობის ვადა გასულია. ხანდაზმულობის ვადის გასვლა უფლების იძულებით განხორციელების შესაძლებლობას მატერიალური, და არა პროცესუალური, თვალსაზრისით სპობს. ხანდაზმულობის ვადის გასვლის მიუხედავად, მოთხოვნა განხილულ უნდა იქნეს და თუ გამოირკვევა, რომ არ არსებობს ხანდაზმულობის ვადის შეჩერების ან შეწყვეტის საფუძველები, მოთხოვნა არ დაკმაყოფილდება. *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 317.

დადგენის აუცილებლობა იმითაა განპირობებული, რომ ხანგრძლივი დროის გასვლის შემდეგ ზოგჯერ სადავო გარემოებების აღდგენა შეუძლებელი ხდება და პირები, რომლებსაც მოთხოვნა წაყენათ, თავის დასაცავ მტკიცებულებებს, შეიძლება, აღარ ფლობენ. ამავე დროს, ხანდაზმულობის ვადის არსებობა სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილეებს თავიანთი უფლებების განხორციელებისა და დაცვისათვის დროულად ზრუნვას აიძულებს.²⁴

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში – სსკ) მიხედვით, სხვა პირისაგან რაიმე მოქმედების შესრულების ან მოქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნის უფლებაზე ხანდაზმულობა ვრცელდება.²⁵ ამავე კოდექსით დადგენილია, რომ ხანდაზმულობის *საერთო ვადა* ათი წელია²⁶, ხოლო სახელშეკრულებო მოთხოვნებისათვის იგი *სამ წელს*, უძრავ ნივთებთან დაკავშირებული სახელშეკრულებო მოთხოვნებისათვის კი *ექვს წელს* შეადგენს.²⁷ ამასთან, ხანდაზმულობის ვადა იმ მოთხოვნებისათვის, რომლებიც პერიოდულად შესასრულებელი ვალდებულებებიდან წარმოიშობა, სამი წელია.²⁸ ცხადია, ხელშეკრულება შეიძლება ითვალისწინებდეს ვალდებულების შესრულებას არა ერთდროულად, არამედ განსაზღვრული პერიოდულობის მიხედვით. ასეთ შემთხვევაში, თითოეული შესრულების დარღვევა ცალ-ცალკე წარმოშობს მოთხოვნის უფლებას და ასეთი მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადა სამი წელია.²⁹ სსკ უშვებს, რომ ცალკეულ შემთხვევებში, კანონით შეიძლება გათვალისწინებული იყოს ხანდაზმულობის სხვა ვადებიც³⁰ (მაგ., სსკ-ის 920-ე მუხლი), თუმცა იგი ცალსახად გამორიცხავს ხანდაზმულობის ვადებისა და მათი გამოთვლის წესის შეცვლას მხარეთა შეთანხმებით.³¹

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (შემდგომში – *BGB*) იმპერატიულად ადგენს, რომ განზრახვისათვის პასუხისმგებლობის შემთხვევაში ხანდაზმულობის ვადის დენის წესები არ შეიძლება წინასწარ გარიგებით შემსუბუქდეს.³² ზოგადად, ხანდაზმულობის ვადების თაობაზე მხარეთა შეთანხმებას გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი არ გამორიცხავს, მაგრამ განსაზღვრავს ხანდაზმუ-

²⁴ იქვე, 316.

²⁵ სსკ-ის 128-ე მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>. აღსანიშნავია, რომ საქართველოში კანონი არ უშვებს ხანდაზმულობის ვადის გავრცელებას ისეთ მოთხოვნებზე, რომლებიც პირადი არაქონებრივი უფლებების დარღვევიდან გამომდინარეობენ. ესენია მოთხოვნები პატივისა და ღირსების, სახელის, ავტორის არაქონებრივ უფლებათა და სხვა პირად არაქონებრივ უფლებათა დაცვის შესახებ. გამონაკლისი ამ წესიდან შეიძლება სპეციალურად იქნეს გათვალისწინებული კანონის მიერ. ამასთან, ის გარემოება, რომ ხანდაზმულობის ვადა არ ვრცელდება მეთანხმებულ მოთხოვნებზე ბანკში და სხვა საკრედიტო დაწესებულებებში შეტანილი ანაბრების გამო, გამოწვეულია ამ ურთიერთობათა ხანგრძლივი ხასიათით. *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 316-317.

²⁶ სსკ-ის 128-ე III მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>> [18.06.15].

²⁷ იქვე, სსკ-ის 129-ე I მუხლი.

²⁸ იქვე, სსკ-ის 129-ე II მუხლი.

²⁹ *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 319.

³⁰ სსკ-ის 129-ე III მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>> [18.06.15].

³¹ იქვე, სსკ-ის 146-ე მუხლი.

³² გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (*BGB*), თბ., 2010, 38.

ლობის *მაქსიმალურ ვადას* – გარიგებით ხანდაზმულობის ვადა არ შეიძლება აღემატებოდეს 30-წლიან ვადას კანონისმიერი ხანდაზმულობის ვადის დასაწყისიდან.³³ შესაბამისად, მხარეებს შეუძლიათ შეთანხმდნენ კანონით დადგენილი ხანდაზმულობის ვადისაგან განსხვავებულ ვადაზე (ნაკლებზე ან მეტზე), მაგრამ უნდა გაითვალისწინონ, რომ მაქსიმალური ვადა 30 წელია.

BGB-ის მიხედვით, ხანდაზმულობის სტანდარტული ვადა სამ წელს შეადგენს³⁴, ხოლო ზოგ შემთხვევაში დადგენილია ათწლიანი ხანდაზმულობის ვადა, მაგალითად, მიწის ნაკვეთზე საკუთრების უფლების გადაცემაზე, ისევე როგორც მიწის ნაკვეთზე უფლების დადგენის, გადაცემისა თუ გაუქმებისათვის მოთხოვნის უფლებების, ასევე, ასეთი უფლების შინაარსის შეცვლისათვის, ანდა საპირისპირო შესრულების მოთხოვნის უფლების ხანდაზმულობა შეადგენს ათ წელს.³⁵ ამასთან, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც სხვა წესია დადგენილი, ზოგიერთი მოთხოვნისათვის ხანდაზმულობის ვადა ოცდაათი წელია, მაგალითად, მოთხოვნის უფლებები აღსრულებას დაქვემდებარებული მორიგების აქტებიდან ან სხვა დოკუმენტებიდან გამომდინარე იმ ფარგლებში, რომლებშიც მოთხოვნის უფლებები ეხება პერიოდულად შესასრულებელ მოქმედებებს, რომლებიც ვადამოსული იქნება მომავალში, ხანდაზმულობის სტანდარტული ვადის ადგილს იკავებს 30-წლიანი ხანდაზმულობის ვადა.³⁶

ხანდაზმულობის ვადების საკითხი ზოგ სამართლებრივ სისტემაში მიჩნეულია საპროცესო სამართლის ნაწილად, იქ კი, სადაც ის მატერიალური სამართლის ნაწილია, მომწესრიგებელი ნორმები, ძირითადად, მკაცრად იმპერატიული ხასიათისაა.³⁷ მიუხედავად ამისა, ხანდაზმულობის ვადების კუთხით თანამედროვე „საერთაშორისო ტენდენციები“³⁸ შეიძლება შემდეგნაირად ჩამოყალიბდეს: უნიფიცირებული ხანდაზმულობის ვადები ყველა სახის მოთხოვნისათვის, სულ მცირე, სახელშეკრულებო სამართლის ფარგლებში მაინც; საკმაოდ მოკლე „ზოგადი“ ხანდაზმულობის ვადა (3-4 წელი), რომლის დენაც იწყება მოთხოვნის შესახებ კრედიტორის მიერ შეტყობიდან, ან იმ დროიდან, როდესაც მას შეეძლო შეეტყო უფლების დარღვევის თაობაზე; „მაქსიმალური“ ან შეზღუდვის პერიოდი (ჩვეულებრივ 10 წელი) მოთხოვნის აღმოცენებიდან, რომლის გასვლის შემდეგ მოთხოვნა ხანდაზმულია; და ბოლოს, ფართო თავისუფლება მხარეებისა, რომ შეთანხმებით ხანდაზმულობის რეჟიმის მოდიფიცირება მოახდინონ.³⁹ ზოგადად, მიღებულია, რომ ხანდაზმულობის რეჟიმის პრინციპული ელემენტებია: ხანდაზმულობის ვადის ხანგრძლივობა, როდის იწყება, თუ და რა ვითარებაში შეჩერდება ან განახლება მათი დენა, და თუ შეიძლება მათი შემცირება ან გახანგრძლივება მხარეთა შეთანხმებით. უდავოა, რომ ეს კომპონენტები მჭიდროდ დაკავშირებულია, ისე, რომ არ შეიძლება მათი იზოლირებულად განხილვა, არამედ საჭიროა მათი ერთმანეთთან ურთიერთკავშირში დანახვა.⁴⁰ შემთხვევითი არაა, რომ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2002 წლის რეკომენდაციის მიხედვით, მედიაციის ორგანიზებისას სახელმწიფოებმა უნდა უზრუნველყონ ბალანსი ხანდაზმულობის პერიოდის საჭიროებასა და შედეგებს და მედიაციის ყველაზე სწრაფი და ხელმისაწვდომი პროცედურებისადმი ხელშეწყობას შორის.⁴¹

³³ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB), თბ., 2010, 38.

³⁴ იქვე, 37.

³⁵ იქვე.

³⁶ იქვე.

³⁷ *Towards a European Civil Code, Edited by: Hartkamp A.S., Hesselink M., Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 518.*

³⁸ *International trends.*

³⁹ *Towards a European Civil Code, Edited by: Hartkamp A.S., Hesselink M., Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 519.*

⁴⁰ იქვე, 522.

⁴¹ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, სამოქალაქო საქმეებში მედიაციის შესახებ ნევერ სახელმწიფოთა მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 2002-10, 3, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf> [18.06.15].

ამდენად, იმ სამართლებრივი შედეგების გათვალისწინებით, რაც ხანდაზმულობის ვადის გასვლას მოსდევს და იმ „ტრენდების“ მხედველობაში მიღებით, რაც თანამედროვე განვითარებული ქვეყნების კანონმდებლობებს ახასიათებთ, ცხადი ხდება საჭიროება იმისა, რომ ამ სფეროში ქართულმა კანონმდებლობამაც ფეხი აუწყოს თანამედროვეობას.⁴²

3. ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების საფუძველი

ხანდაზმულობის ნესები, როგორც აღინიშნა, ტრადიციულად მიჩნეულია სავალდებულო ბუნების მქონედ. მხოლოდ ბოლო ხანს შეინიშნება მზარდი ტენდენცია, ეროვნულ დონეზე მხარეებს მიანიჭონ მნიშვნელოვანი თავისუფლება, რათა მათ თავად შეამცირონ ან გაზარდონ ხანდაზმულობის ვადის პერიოდი.⁴³ მხარეთა ავტონომიის გაზრდის მიმართ დამოკიდებულება შესამჩნევია საერთაშორისო დონეზეც.⁴⁴ მაშინ, როდესაც გაეროს კონვენცია ხანდაზმულობის შესახებ საერთაშორისო ვაჭრობაში (ნიუ-იორკი, 1974)⁴⁵, ძირითადად, გამორიცხავს რაიმე შესაძლებლობას მხარეების მიერ ხანდაზმულობის ვადების მოდიფიცირებაზე, ორივე, კერძო სამართლის უნიფიკაციის საერთაშორისო ინსტიტუტის პრინციპები საერთაშორისო სავაჭრო ხელშეკრულებებზე (UNIDROIT Principles)⁴⁶ და ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები (PECL)⁴⁷, მხარეებს საკმაო თავისუფლებას ანიჭებს, რათა შეამცირონ ან გაზარდონ როგორც ზოგადი, ისე მაქსიმალური ხანდაზმულობის ვადები. UNIDROIT Principles-ის მიხედვით, შეზღუდვა მხოლოდ ისაა, რომ პირველი არ შეიძლება იყოს 1 წელზე ნაკლები და მეორე 4 წელზე ნაკლები ან 15 წელზე მეტი. PECL საკითხს მსგავსადვე ანესრიგებს, განსხვავება მხოლოდ ისაა, რომ ვადის 30 წლამდე გაზრდა შეიძლება. ამასთან, PECL არასახელშეკრულებო ვალდებულებებსაც მოიცავს.⁴⁸

საყურადღებოა, რომ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების გამომწვევი მიზეზების თაობაზეც საერთაშორისო ინსტრუმენტებში ფართო დაახლოება შეინიშნება.⁴⁹ UNIDROIT Principles და PECL ხანდაზმულობის შეჩერების საფუძველებთან დაკავშირებით მხარეთა ავტონომიას ანიჭებენ ძალას. UNIDROIT Principles-ის თანახმად, ხანდაზმულობის ვადები ასევე შეჩერდება, როდესაც მხარეები თანხმდებიან, მონაწილეობა მიიღონ დავის ალტერნატიულ გადაწყვეტაში, როგორცაა პროცესი, სადაც მხარეები მოითხოვენ მესამე პირის დახმარებას დავის მორიგებით დასრულებისათვის. PECL უფრო შორს მიდის და ადგენს, რომ ხანდაზმუ-

⁴² ნაშრომის მიზნებიდან გამომდინარე, აქცენტი მხოლოდ მედიაციაზე შეთანხმებით ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებაზე და არა მხარეთა შეთანხმებით ხანდაზმულობის კანონით დადგენილი ვადის შეცვლაზე გაკეთდება.

⁴³ Towards a European Civil Code, Edited by: Hartkamp A.S., Hesselink M., Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 524.

⁴⁴ იქვე.

⁴⁵ Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 1974) – გაეროს კონვენცია ხანდაზმულობის შესახებ საერთაშორისო ვაჭრობაში (ნიუ-იორკი, 1974) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/limit/limit_conv_E_Ebook.pdf>.

⁴⁶ UNIDROIT Principles – UNIDROIT Principles on international commercial contracts 2010 – კერძო სამართლის უნიფიკაციის საერთაშორისო ინსტიტუტის პრინციპები საერთაშორისო კომერციულ ხელშეკრულებებზე <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

⁴⁷ PECL - The Principles of European Contract Law 2002 – ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>.

⁴⁸ Towards a European Civil Code, Edited by: Hartkamp A.S., Hesselink M., Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 524.

⁴⁹ იქვე, 525.

ლობის ვადის დენის შეჩერებისთვის საკმარისია, მხარეები მოთხოვნის თაობაზე, ან იმ გარემოებების შესახებ, საიდანაც მოთხოვნა წარმოიშვა, მოლაპარაკებებს აწარმოებდნენ.^{50,51}

ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას უდიდესი მნიშვნელობა აქვს, ვინაიდან, პირს, რომლის უფლებაც დაირღვა, შეუძლია, მოითხოვოს დარღვეული უფლების აღდგენა ხანდაზმულობის მთელი დროის განმავლობაში და იგი ამ უფლებას ხანდაზმულობის ვადის გასვლით კარგავს. საქართველოს კანონმდებლობა ხანდაზმულობის ვადის შეჩერებას მხოლოდ ისეთ შემთხვევებს უკავშირებს, როდესაც მხარეს ობიექტურად არ შეუძლია მოთხოვნის წარდგენა და არ ითვალისწინებს მხარეთა სუბიექტურ ნებას, სურვილს – შეთანხმებით შეაჩერონ ხანდაზმულობის ვადის დენა, ან მონაწილეობა მიიღონ ისეთ ალტერნატიულ პროცესებში, როგორებიცაა მოლაპარაკებები ან მედიაცია. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარებშიც აღნიშნულია, რომ ზოგჯერ პირი მოკლებულია მოთხოვნის წარდგენის შესაძლებლობას მისგან დამოუკიდებელი მიზეზების გამო. იმის გამო, რომ პირს მოთხოვნის წარდგენის შესაძლებლობა არა აქვს, ხანდაზმულობის ვადის დენა შეიძლება შეჩერდეს კანონით გათვალისწინებული გარემოებების არსებობისას.⁵²

როგორც ითქვა, სსკ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების საფუძვლების არცთუ მრავალფეროვან ჩამონათვალს გვთავაზობს. კერძოდ: ხანდაზმულობის ვადის დენა ჩერდება, თუ ვალდებულების შესრულება გადავადებულია აღმასრულებელი ხელისუფლების მიერ (მორატორიუმი); სარჩელის წარდგენას აბრკოლებს განსაკუთრებული და მოცემულ პირობებში აუცდენელი დაუძლეველი ძალა; კრედიტორი ან მოვალე იმყოფება შეიარაღებული ძალების იმ ნაწილში, რომელიც გადაყვანილია საომარ მდგომარეობაში; კანონით გათვალისწინებულ სხვა შემთხვევებში.⁵³ კოდექსით დადგენილია ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერება ქორწინების განმავლობაში მეუღლეთა შორის მოთხოვნებისათვის, სანამ ქორწინება არსებობს, იმავენაირად მშობლებსა და შვილებს შორის ბავშვების სრულწლოვანებამდე, მეურვეებსა (მზრუნველებს) და სამეურვეო პირებს შორის მეურვეობის მთელი პერიოდის განმავლობაში. ხანდაზმულობის ვადის დენა ჩერდება შეზღუდულქმედუნარიანის და მხარდაჭერის მიმღების მონაწილეობისას, სანამ ეს პირი სრული ქმედუნარიანი არ გახდება ან მას კანონიერი წარმომადგენელი ან მხარდამჭერი არ დაენიშნება.⁵⁴ ამ უკანასკნელ შემთხვევებში, ხანდაზმულობის ვადის დენა ჩერდება არა იმის გამო, რომ პირს მოთხოვნის წარდგენის შესაძლებლობა არა აქვს, არამედ იმ თავისებური ურთიერთობის გამო, რომელიც მყარდება მეუღლეებს, მშობლებსა და შვილებს, მეურვეებსა (მზრუნველებს) და სამეურვეო პირებს შორის.⁵⁵ ჩამოთვლილის გარდა, კანონი შეიძლება ითვალისწინებდეს ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების სხვა შემთხვევებსაც. მაგალითად, გადაზიდვის ურთიერთობებთან დაკავშირებით სამოქალაქო კოდექსის მე-700 მუხლით გათვალისწინებულია, რომ ხანდაზმულობის ვადა ჩერდება წერილობითი რეკლამაციის საფუძველზე იმ დღისათვის, როცა გადამზიდველი უარყოფს რეკლამაციას და თანდართულ საბუთებს უკანვე აბრუნებს.⁵⁶ ნათელია, რომ ამ ჩამონათვალში, BGB-ისგან განსხვავებით, არ არის ნახსენები არც მხარეთა შორის მოლაპარაკებების წარმოების შემთხვევა და

⁵⁰ Towards a European Civil Code, Edited by: Hartkamp A.S., Hesselink M., Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 525-526.

⁵¹ იქვე, 526.

⁵² *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 323.

⁵³ სსკ-ს 132-ე მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამომცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>> [18.06.15].

⁵⁴ იქვე, სსკ-ის 133-ე-134-ე მუხლები.

⁵⁵ *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 325.

⁵⁶ იქვე, 323-324.

არც მორიგების მიზნით, შეთანხმების დადებით მესამე ნეიტრალური პირის/ორგანოს მონაწილეობის შემთხვევები.

ხანდაზმულობის ვადის დენა ჩერდება იმ ვადით, რა ვადითაც მოვალე კრედიტორთან შეთანხმების საფუძველზე დროებით უფლებამოსილია, უარი თქვას ვალდებულების შესრულებაზე⁵⁷. ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების სხვა საფუძველზე ერთად BGB-ის §204 ადგენს, რომ ხანდაზმულობის ვადის დენა შეჩერდება, თუ მხარეები მორიგებას ცდილობენ შეთანხმების დადებით, ნებისმიერი სამომრიგებლო ორგანოს მიერ, რომელიც აგვარებს დავას; თუ შეტყობინება გაკეთდა განცხადების წარდგენიდან უმოკლეს ვადაში, ხანდაზმულობის ვადის დენა შეჩერდება დაუყოვნებლივ განცხადების წარდგენისთანავე.⁵⁸ ასეთ შემთხვევაში, ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებისათვის მხარეთა შორის შეთანხმება, მოლაპარაკებებში სამომრიგებლო ორგანოს მონაწილეობა და სასამართლოს შეტყობინების აუცილებლობის საკითხები დგება დღის წესრიგში.

საყურადღებოა, რომ ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის დირექტივა სამოქალაქო და კომერციული მედიაციის ასპექტებთან დაკავშირებით მიუთითებს, რომ, თუ მედიაციის პროცესი უშედეგოდ დასრულდება, წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა უზრუნველყონ მხარეთა მიერ სასამართლოსათვის ან არბიტრაჟისთვის თავისუფლად მიმართვის შესაძლებლობა. ეს შესაძლებლობა უზრუნველყოფილი უნდა იყოს მაშინაც, როცა დირექტივა არ შეესაბამება ეროვნული კანონმდებლობით გათვალისწინებულ სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადებს.⁵⁹ ამ კუთხით, გერმანიის მედიაციის შესახებ ფედერალურმა კანონმა გათვალისწინა ხანდაზმულობის ვადის შეჩერება მედიაციის მიმდინარეობისას.⁶⁰ ბულგარეთშიც ხანდაზმულობის ვადა არ აითვლება, როდესაც მედიაციის პროცესი მიმდინარეობს. თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ განსაზღვრულია მედიაციის დაწყების თარიღის გამოთვლის წესი, ხანდაზმულობის ვადასთან დაკავშირებული ორი მნიშვნელოვანი საკითხი არაა გათვალისწინებული. პირველ რიგში, არ არსებობს ნორმები, რომლებიც მედიაციის დასრულების თარიღს განსაზღვრავენ. იმისათვის, რომ მედიაციის პროცესში მხარეები დაცულნი იყვნენ, კანონის მიხედვით, პროცესი უნდა შეწყდეს 6 თვეში. 6 თვეში ხანდაზმულობის ვადა გაგრძელდება. დროის ასეთი განსაზღვრა ემსახურება მხარეებს, თავიდან აიცილონ ერთმანეთის მხრიდან მედიაციის ბოროტად გამოყენება დავის გაჭიანურების მიზნებისთვის.⁶¹

შესამჩნევია ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების საფუძველად მედიაციაზე შეთანხმების გათვალისწინებისკენ სხვადასხვა ევროპული ქვეყნის კანონმდებლობის სწრაფვა. ამდენად, ურიგო არ უნდა იყოს, ქართველმა კანონმდებელმაც გადაადგას ნაბიჯები ამ მხრივ. ქართული სამართლებრივი კულტურის გათვალისწინებით, მხოლოდ მოლაპარაკებების წარმოება ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების საფუძველად ჯერჯერობით, შესაძლოა, ბევრი საფრთხის შემცველი იყოს, თუმცა, მედიაციის თავისებურებებიდან გამომდინარე, ასევე, მესამე ნეიტრალური პირის პროცესში მონაწილეობის მხედველობაში მიღებით, ამ ინსტიტუტის განვითარებისათვის მეტი შესაძლებლობების მიცემა გამართლებული იქნება.

ამ თვალსაზრისით, საინტერესოა ნებაყოფლობით მედიაციაზე შეთანხმების არსის განხილვა.

⁵⁷ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB), თბ., 2010, 39.

⁵⁸ იქვე, 38-39.

⁵⁹ *ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 49, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> [18.06.15].

⁶⁰ იქვე, 56-57.

⁶¹ იქვე, 171.

3.1. მედიაციაზე შეთანხმება

ალტერნატიული დავების მოგვარების და სხვადასხვა მედიაციის მეთოდის ფუძემდებლური პრინციპია მხარეთა ავტონომია მათი კონფლიქტის მიმართ, ისე, რომ სხვა ავტორიტეტები არ „იპარავენ“ მათგან ამ ავტონომიას.⁶² ამიტომაც მედიაციის პროცესის გამართვის შესახებ მხარეთა შეთანხმებას უდიდესი მნიშვნელობა აქვს. ამ შეთანხმებით მხარეები უარს ამბობენ დავის გაგრძელებაზე და ეს მათ მიერ მიღწეული პირველი შეთანხმებაა, რომელიც სხვა შეთანხმებების მიღწევის პერსპექტივასაც რეალურს ხდის.⁶³ აღსანიშნავია, რომ მედიაციაზე შეთანხმების ხელშეკრულების ნაწილად ქცევა უამრავ კითხვას წარმოშობს, ვინაიდან ამ დროს მედიაცია გარკვეულწილად თავის უმთავრეს ნიშანს – ნებაყოფლობითობას კარგავს. შესაძლოა, ხელშეკრულებაზე ხელმოწერით დადასტურებული მედიაციაზე თანხმობა მხარისთვის გამაღიზიანებელ ვალდებულებად იქცეს. ასეთ მხარესთან მოლაპარაკება თითქმის შეუძლებელი და უპერსპექტივო იქნება. აღნიშნულის გათვალისწინებით, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში მედიაციის შესახებ შეთანხმების ხელშეკრულების ნაწილად ქცევამდე უნდა გაანალიზდეს, რა სახის დავები შეიძლება წარმოიშვას და რამდენად ადეკვატური შეიძლება იყოს მედიაცია ამ სახის დავების მოსაწესრიგებლად.⁶⁴ დავის ხასიათიდან გამომდინარე, საქმეში სასამართლოს ან არბიტრაჟის ჩართვა ზოგჯერ გარდაუვალია. ისიც გასათვალისწინებელია, რომ, თუ მედიაციის შეთანხმებას ფაკულტატიურად ვაღიარებთ, ამით შეთანხმებას სამართლებრივი დანიშნულება საერთოდ დაეკარგება.⁶⁵ ამდენად, ცხადია, რომ მხარეებს შეუძლიათ მედიაციაზე დავის წარმოშობამდე ან მისი წარმოშობის შემდეგაც შეთანხმდნენ. ლოგიკას მოკლებული არ არის მსჯელობა, რომ დავის წარმოშობის შემდეგ მიღწეულ მედიაციაზე შეთანხმებას უფრო რეალური შედეგების მოტანა შეუძლია კონფლიქტის მოგვარების კუთხით, ვინაიდან მხარეები სწორედ არსებული დავის ფარგლებში, დავის სპეციფიკის გათვალისწინებით, გამოხატავენ ნებას დავის საკუთარი ძალებითა და მედიატორის დახმარებით მოგვარებისათვის.

3.1.1. მედიაციაზე შეთანხმების, როგორც ხელშეკრულების, სამართლებრივი ბუნება და შინაარსი

ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2002 წლის რეკომენდაციის მიხედვით, სახელმწიფოებმა უნდა განავითარონ თანამშრომლობა იმ არსებულ სამსახურებთან, რომლებიც ეწევიან მედიაციას სამოქალაქო საქმეებში, რათა ფართოდ გამოიყენონ საერთაშორისო მედიაციის შესაძლებლობები.⁶⁶ მხარეებს შეუძლიათ, მედიაციის პროცესი რომელიმე ორგანიზაციის მიერ შემუშავებულ მედიაციის პროცედურას დაუქვემდებარონ, ან დამოუკიდებლად, თავიანთ შეთანხმებაში გაითვალისწინონ ის წესები, რომელთა დაცვითაც პროცესი უნდა წარიმართოს.^{67,68} *ICC Mediation*

⁶² *Ervasti K.*, *Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 191.

⁶³ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 280-281.

⁶⁴ იქვე, 288-289.

⁶⁵ იქვე, 289.

⁶⁶ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, სამოქალაქო საქმეებში მედიაციის შესახებ წევრ სახელმწიფოთა მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 2002-10, 4, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf> [18.06.15].

⁶⁷ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 281.

⁶⁸ ICC ADR-ის წესები მედიაციის შესახებ შეთანხმების ოთხ შესაძლო ვარიანტს ითვალისწინებს: 1. ფაკულტატიური მედიაცია – მხარეები თანხმდებიან, რომ ორმხრივი სურვილის შემთხვევაში გამოიყენებენ მედიაციას მათ შორის წარმოშობილი დავის გადასაწყვეტად; 2. სავალდებულო მედიაცია – რო-

Rules ითვალისწინებს ორი სახის შემთხვევაში მათი წესების გამოყენებას, როდესაც მხარეებს თავიდანვე ჰქონდათ შეთანხმება და მასში მითითება ამ წესებზე, და როდესაც მხარეებმა დავის წარმოშობის შემდეგ მიმართეს ინსტიტუტს მედიატორის მომსახურებისათვის. ასეთ დროს, ერთი მხარის მიმართვის საფუძველზე, ინსტიტუტი თავად უკავშირდება სხვა მხარეებს და ცდილობს მათ დათანხმებას^{69,70}.

მედიაციის შეთანხმების სამართლებრივი ბუნება სხვადასხვა მართლწესრიგში სხვადასხვაგვარად არის განმარტებული. ავსტრიაში ითვლება, რომ მედიაციის შესახებ ხელშეკრულება მომსახურების ხელშეკრულების ისეთი სახესხვაობაა, რომელიც კანონით პირდაპირ გათვალისწინებული არ არის და მხარეთა კერძო ავტონომიისა და ხელშეკრულების დადების თავისუფლების პრინციპის ერთ-ერთი გამოვლინებაა. ნიდერლანდში მას განმარტავენ როგორც დავალების ხელშეკრულებას; პოლონეთსა და ესპანეთში კი მომსახურებად მიიჩნევენ; შვეიცარიაში მედიაციის შეთანხმება მატერიალურსამართლებრივ ხელშეკრულებად განიხილება. თუმცა, სხვა მოსაზრებით, ის შეიძლება მივიჩნიოთ გარიგებად, რომელსაც მოჰყვება როგორც მატერიალური, ასევე საპროცესოსამართლებრივი შედეგები; ფრანგული დოქტრინა და სასამართლო ერთიან პოზიციაზე და მედიაციის შეთანხმებას ხელშეკრულების ერთ-ერთ სახედ განიხილავს, რომელიც წარმოშობს ამ შეთანხმებით გათვალისწინებული პროცედურის წარმართვის ვალდებულებას.⁷¹ აშშ-ში მედიაციის შეთანხმება სახელშეკრულებო სამართლის ზოგად პრინციპებს მთლიანად ექვემდებარება, თუმცა ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკა ჯერ არ არის ჩამოყალიბებული ამ პრინციპების გამოყენების ფარგლებსა და ფორმასთან დაკავშირებით. მედიაციის შეთანხმება შესაძლოა, ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების შემადგენელ ნაწილად იქცეს. ამ მოსაზრებას განსაკუთრებით მხარს უჭერს ევროკავშირი, როდესაც საქმე მომხმარებელთან წარმოშობილ დავას ეხება.⁷²

მედიაციაზე შეთანხმების ხელშეკრულება, ჩვეულებრივ, მოიცავს ისეთ ძირითად საკითხებს, როგორებიცაა: მედიაციის არსის შესახებ მხარეთა ინფორმირებულობა⁷³, მედიაციის ფარგლები⁷⁴, მედიაციის ნებაყოფლობითობა⁷⁵, კონფიდენციალობა⁷⁶, ინფორმაციის გამჟღავ-

დესაც მხარეები ხელშეკრულებით ითვალისწინებენ მედიაციის გამოყენებას, რაც მხარეთა სახელშეკრულებო ვალდებულების შემადგენელ ნაწილად განიხილება და შესასრულებლად სავალდებულოა; 3. მედიაციის გამოყენების ვალდებულება ვადის ავტომატური ამონაწერის მექანიზმით: მაგალითად, მხარეები თანხმდებიან, რომ მედიაციის დაწყების შესახებ ICC-ისთვის მიმართვიდან 45 დღის გასვლის შემდეგ, თუ შეთანხმება მიღწეული არ არის, მხარეებს აღარ ეკისრებათ პროცედურის გაგრძელების ვალდებულება; 4. როდესაც დათქმული ვადის (იხ. 3) გასვლის შემდეგ მხარეებს ენიჭებათ უფლება, დავის გადაწყვეტა მოითხოვონ ICC-არბიტრაჟის მიერ. *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 281.

⁶⁹ ICC Mediation Rules, 2014, <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>> [18.06.15].

⁷⁰ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 282.

⁷¹ იქვე, 283-284.

⁷² იქვე, 284-285.

⁷³ *Nature of Mediation.*

⁷⁴ *Scope of Mediation.*

⁷⁵ *mediation is voluntary.*

⁷⁶ მედიაციაში კონფიდენციალურობის პრეზუმფცია ყოველთვის არსებობს. მხარეები ინფორმირებულნი უნდა იყვნენ იმის შესახებ, თუ რა ინფორმაცია იქნება კონფიდენციალურობის პრინციპით დაცული მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას. *ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 27, <http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>, [18.06.15].

ნების ვალდებულება⁷⁷, მედიატორის მიუკერძოებლობა⁷⁸, სასამართლოში სამართალწარმოებისგან თავის შეკავების ვალდებულება⁷⁹, მედიაციის ხარჯები, ოდენობა და გადახდის წესები^{80,81}. გვხვდება ასევე ინტერესთა კონფლიქტის⁸², შეთანხმების აღსრულების პუნქტებიც⁸³, როდესაც მხარეებს გამოხატული აქვთ ნება, რომ მიღწეული შეთანხმება იყოს მავალდებულებელი. ნებისმერ მხარეს უფლება აქვს, სასამართლო პროცედურებით აღასრულოს ის.⁸⁴ შეთანხმება უნდა ითვალისწინებდეს მედიაციის ვადებს.⁸⁵

თუ შეთანხმება შინაარსობრივად არ შეიცავს ყველა აუცილებელ რეკვიზიტს, მაშინ მისი მედიაციის შეთანხმებად კვალიფიკაცია შეუძლებელი იქნება. შვეიცარიულ დოქტრინაში აუცილებელ რეკვიზიტებად მიიჩნევა მედიაციის ორგანიზების მიზნით დავის კონკრეტული მესამე პირისათვის გადაცემა. ზოგიერთი მოსაზრებით, მედიაციის შეთანხმების ნამდვილობისათვის აუცილებელია სამი ძირითადი კომპონენტის არსებობა: შეთანხმება უნდა ითვალისწინებდეს მესამე ნეიტრალური პირის მონაწილეობით დავის გადანყვეტას, კონკრეტულად უნდა იყოს განსაზღვრული, რა სამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე დავა უნდა გადაწყდეს მედიაციის გამოყენებით და, ბოლოს, მხარეებმა უნდა დანიშნონ მედიატორი, რომელიც შეთანხმებული პროცედურის შესაბამისად უნდა დაეხმაროს მათ საერთო გამოსავლის ძიებაში.⁸⁶

მედიაციასთან დაკავშირებული ურთიერთობების კონკრეტულად და დეტალურად მოწესრიგება მხოლოდ დადებითად უნდა შეფასდეს.⁸⁷ თანაც იმ პირობებში, როდესაც მედიაცია კანონით რეგლამენტებული არ არის, მხარეებს შეუძლიათ, მოდიფიცირება გაუკეთონ განვითარებულ ქვეყნებში დამკვიდრებულ მოქმედ მედიაციის შეთანხმებებს, აქ მთავარია მხარეთა ნებაყოფლობითობა და ნება.⁸⁸ მედიაციის შეთანხმებასთან დაკავშირებული შეხედულებებისა და სასამართლო პრაქტიკის არაერთგვაროვნების მიუხედავად, შეიძლება ითქვას, რომ ეს შეთანხმება დავის ალტერნატიული გადანყვეტის სამართლებრივი საფუძველია და მის სწორ ფორმულირებაზე ბევრი რამ არის დამოკიდებული.⁸⁹

3.1.2. მედიაციაზე შეთანხმების ფორმა

ნებაყოფლობით მედიაციაზე შეთანხმებისათვის რაიმე განსაკუთრებული ფორმა სახელმწიფოთა უმრავლესობაში გათვალისწინებული არ არის. არსებობს ზოგადი პრინციპი, რომ მედიაციის შესახებ ხელშეკრულება, ორივე მხარის თანხმობის შემთხვევაში, თავისუფლად შეიძლება დაიდოს. ჯერჯერობით არც საქართველოს კანონმდებლობა ითვალისწინებს მედიაციის

⁷⁷ Full Disclosure.

⁷⁸ Mediator Impartiality.

⁷⁹ Litigation.

⁸⁰ Mediation Fees.

⁸¹ Melamed J., Sample Agreement To Mediate, Eugene, 1998, <<http://www.mediate.com/articles/melamed6.cfm#>> [18.06.15].

⁸² Conflicts of Interest.

⁸³ Enforcement of the Settlement Agreement.

⁸⁴ The Law Society, The Agreement to Mediate, <<https://www.lawsociety.com.au/cs/groups/public/documents/internetcontent/026501.pdf>> [20.06.15].

⁸⁵ ცერცვაძე გ., მედიაცია – დავის გადანყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 287-288.

⁸⁶ იქვე, 286-287.

⁸⁷ იქვე, 288.

⁸⁸ The Law Society, The Agreement to Mediate, <<https://www.lawsociety.com.au/cs/groups/public/documents/internetcontent/026501.pdf>> [20.06.15].

⁸⁹ ცერცვაძე გ., მედიაცია – დავის გადანყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 300.

შესახებ მხარეთა შეთანხმების მომწესრიგებელ ნორმებს, ამდენად, გამოყენებულ უნდა იქნეს სახელშეკრულებო სამართლის მომწესრიგებელი ნორმები. სსკ-ის 319-ე მუხლის პირველი ნაწილი განამტკიცებს სახელშეკრულებო თავისუფლების პრინციპს – კერძო სამართლის სუბიექტებს შეუძლიათ, კანონის ფარგლებში თავისუფლად დადონ ხელშეკრულებები და განსაზღვრონ ამ ხელშეკრულებათა შინაარსი. მათ შეუძლიათ, დადონ ისეთი ხელშეკრულებებიც, რომლებიც კანონით გათვალისწინებული არ არის, მაგრამ არ ეწინააღმდეგება მას. სსკ-ის 327-ე მუხლის პირველი ნაწილი ადგენს, რომ ხელშეკრულება დადებულად ითვლება, თუ მხარეები მის ყველა არსებით პირობაზე შეთანხმდნენ საამისოდ გათვალისწინებული ფორმით. ამავე კოდექსის 328-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, თუ მხარეები შეთანხმდნენ წერილობით ფორმაზე, ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს მხარეთა მიერ ხელმოწერილი ერთი დოკუმენტის შედგენით; ფორმის უზრუნველსაყოფად ასევე საკმარისია სატელეგრაფო შეტყობინება, ტელეასლი ან წერილების ურთიერთგაცვლა.⁹⁰

საკანონმდებლო მოთხოვნის არარსებობის მიუხედავად, შეთანხმების დამადასტურებელი რაიმე ობიექტური მტკიცებულების არსებობა რეკომენდებულია, თუ მედიაციის შეთანხმების ნამდვილობის გარკვევა შემდგომ სასამართლოს მოუწევს.⁹¹ ამდენად, მედიაციაზე შეთანხმების ზეპირი ფორმით დადება გამართლებული არ არის, მით უფრო, ქართული სამართლებრივი კულტურისა და მედიაციის ინსტიტუტის სიახლის გათვალისწინებით, მიზანშეწონილია მედიაციაზე შეთანხმებისათვის წერილობითი ფორმის გათვალისწინება. აღსანიშნავია, რომ გერმანიაში ელექტრონული საშუალებების გამოყენებით ამ შეთანხმების დადება და მედიაციის პროცესის წარმართვა დასაშვებად ითვლება. იგივე წესი გამოიყენება მომხმარებლის მონაწილეობით დადებული შეთანხმების მიმართ. ჟენევის კანტონის კანონმდებლობა (შვეიცარია) მედიაციის შეთანხმებისათვის რაიმე სპეციალურ ფორმას ასევე არ ითვალისწინებს. მისი დადება შესაძლებელია როგორც სამოქალაქო პროცესის მიმდინარეობისას, ასევე მის დაწყებამდე მხარეთა ინიციატივით, ან მოსამართლის რეკომენდაციით.⁹²

3.1.3. მედიაციაზე შეთანხმების სამართლებრივი შედეგები

სსკ-ის და BGB-ის მიხედვით, დრო, რომლის განმავლობაშიც ხანდაზმულობის ვადის დენა შეჩერებულია, ხანდაზმულობის ვადაში არ ჩაითვლება.^{93,94} ხანდაზმულობის ვადის შეჩერება გამოიხატება იმით, რომ დრო, რომელიც გავიდა იმ გარემოებათა დადგომამდე, რომლებიც ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას იწვევს, ხანდაზმულობის ვადაში ჩაითვლება; ხოლო დრო, რომლის განმავლობაშიც გრძელდება ხანდაზმულობის ვადის დენის შემაჩერებელი გარემოება, მხედველობაში არ მიიღება. ხანდაზმულობის ვადის შეჩერება გაგრძელდება იმ გარემოების შეწყვეტამდე, რომელიც მისი შეჩერების საფუძველი იყო. მას შემდეგ, რაც ვადის დენის შემაჩერებელი გარემოება შეწყდება, ხანდაზმულობის ვადა განაგრძობს დენას ხანდაზმულობის დარჩენილი დროის განმავლობაში.⁹⁵ როგორც წესი, სასამართლოები ცდილობენ მედიაციის შეთანხმების ეფექტურობის ხელშეწყობას. გერმანელი იურისტების ერთი ნაწილი მი-

⁹⁰ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>, [18.06.15].

⁹¹ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 285.

⁹² იქვე, 286.

⁹³ სსკ-ს 135-ე მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>> [18.06.15].

⁹⁴ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB), თბ., 2010, 40.

⁹⁵ *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 327-328.

ინწევს, რომ მედიაციის შესახებ შეთანხმება ინწევს სარჩელის შეტანის უფლების შეჩერებას მედიაციის პროცესის დასრულებამდე, რის გამოც მედიაციის დასრულებამდე შეტანილი სარჩელი სასამართლომ დასაშვებად არ უნდა ცნოს. ამის საპირისპიროდ, მედიაციის შეთანხმება და მის შესაბამისად მედიაციის პროცედურის წარმოება ავსტრიაში სამოქალაქო პროცესის დაწყების წინაპირობად არ ითვლება. მხარეები არ არიან ვალდებული, აუცილებლად გამოიყენონ მედიაცია როგორც დავის გადაწყვეტის საშუალება მაშინაც კი, როდესაც ამის შესახებ წინასწარი შეთანხმება არსებობს. მედიაციის შეთანხმების დარღვევა ავსტრიაში რაიმე სახის სანქციების გამოყენებას დამრღვევი მხარის მიმართ ვერ გამოიწვევს. მედიაციის შეთანხმების შესრულება შვეიცარიაში ასევე მხარეთა კეთილ ნებაზეა დამოკიდებული. თუ ის არ შედგა, ჩვეულებრივ დაიწყება შეჯიბრებითობაზე დაფუძნებული რომელიმე პროცესი.⁹⁶

ფრანგულ სამართალში მედიაციის შეთანხმება კონკრეტულ ვალდებულებებს წარმოშობს: მხარეები მოვალენი არიან, მედიაციის პროცესი შეთანხმებული პროცედურის შესაბამისად წარმართონ და მხოლოდ მისი წარუმატებლად დასრულების შემთხვევაში მიმართონ სასამართლოს (გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც მედიაციის შეთანხმება ორივე მხარის სურვილის შესაბამისად ძალადაკარგულად იქნება გამოცხადებული).⁹⁷

2002 წელს ინგლისურმა სასამართლომ ასევე დაადგინა, რომ, თუ მხარეებს აქვთ მედიაციაზე შეთანხმება, ისინი ვალდებული არიან, სცადონ ამ მექანიზმის გამოყენება. გერმანიის უზენაესმა სასამართლომ 1998 წელს განმარტა, რომ სასამართლოში საქმის განხილვა დროებით უნდა შეჩერდეს, სანამ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული და მხარეთა მიერ შეთანხმებული პროცედურა არ დასრულდება. ასეთი მონესრიგება მთელ ჩრდილოეთ ამერიკაში აღიარებულად ითვლება. სადავოდ რჩება, აქვს თუ არა მოსამართლეს სარჩელის საკუთარი ინიციატივით დაუშვებლად ცნობის უფლება, თუ მეორე მხარე არ მიუთითებს მედიაციაზე შეთანხმების არსებობაზე.⁹⁸ უფრო სწორი იქნება, ამ დროს მოსამართლემ განიხილოს დავა, რაკი, თუ მეორე მხარე მედიაციის შეთანხმებაზე არ მიუთითებს, იგულისხმება, რომ ორივე მხარემ უარი თქვა მედიაციის პროცესზე.

მედიაციაზე შეთანხმების სამართლებრივ შედეგებზე საუბრისას საინტერესო საკითხია მისი ხანდაზმულობის ვადებთან მიმართება. მაგალითად, ავსტრიელმა კანონმდებელმა კანონით პირდაპირ განსაზღვრა, რომ მედიაციის პროცესის დაწყებისთანავე ჩერდება ყველა იმ მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადის დენა, რომლებთან დაკავშირებითაც ეს პროცესი იმართება და რომლებზეც მხარეებმა მედიაციის მეშვეობით შეთანხმებას უნდა მიაღწიონ. მედიაციაზე შეთანხმება და ამ შეთანხმების შესაბამისად მედიაციის პროცედურის წარმოება საფრანგეთში ასევე აჩერებს ხანდაზმულობის ვადის დენას.⁹⁹

საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით, როგორც ზემოთაც ითქვა, ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების საფუძვლები საკმაოდ იმპერატიულად და ამომწურავად არის ჩამოყალიბებული და მედიაციაზე შეთანხმება და, მით უფრო, მხოლოდ მოლაპარაკებების წარმოება ასეთი საფუძვლების ჩამონათვალში არ გვხვდება.

⁹⁶ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 291-292.

⁹⁷ ფრანგული საკასაციო სასამართლოს დიდმა პალატამ (2003 წ.) საკასაციო სასამართლოს სხვადასხვა პალატის წინააღმდეგობრივი გადაწყვეტილებების შემდეგ მიიღო დადგენილება, რომლის თანახმადაც, მედიაციის შესახებ იურიდიულად ნამდვილი მედიაციის შეთანხმების არსებობა გამორიცხავს სასამართლოსათვის მიმართვის უფლებას მედიაციის პროცედურის დასრულებამდე. ასეთი შეთანხმებისას აღძრული სარჩელი სასამართლომ დაუშვებლად უნდა ცნოს. დაუშვებლად ცნობისთვის აუცილებელია, რომ მეორე მხარემ მიუთითოს მედიაციის შეთანხმების არსებობაზე. *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 291.

⁹⁸ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 293-294.

⁹⁹ იქვე, 299.

დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალების გამოყენება ინგლისში არ იწვევს სარჩელის აღძვრის აკრძალვას პროცესის დასრულებამდე. თუ სარჩელი მედიაციის პროცედურის მიმდინარეობისას აღიძვრება, ამას საქმისწარმოების შეჩერება მოჰყვება. თუ მხარეები სასამართლოს მიმართავენ და პროცესი გადაწყვეტილების გამოტანის გარეშე დამთავრდება, ეს არ გამოიწვევს მანამდე არსებული მედიაციის ხელშეკრულების „გაცოცხლებას“¹⁰⁰. ამ კუთხით საყურადღებოა, რომ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (შემდგომში – სსსკ) ითვალისწინებს სასამართლოს ვალდებულებას, შეაჩეროს საქმისწარმოება: ა) მოქალაქის გარდაცვალებისას, თუ სადავო სამართლებრივი ურთიერთობა დასაშვებად თვლის უფლებამონაცვლეობას, ან იმ იურიდიული პირის არსებობის შეწყვეტისას, რომელიც საქმეში მხარეს წარმოადგენს; ბ) თუ იგი დაადგენს, რომ მხარე არის მხარდაჭერის მიმღები, რომელსაც დაუნესდა მხარდაჭერა საპროცესო წარმომადგენლობის განსახორციელებლად, მაგრამ მხარდაჭერა არ მიუღია; გ) საქართველოს შეიარაღებული ძალების მოქმედ ნაწილში მოპასუხის ყოფნისას ან ასეთსავე ნაწილებში მყოფი მოსარჩელის თხოვნით; დ) თუ საქმის განხილვა შეუძლებელია სხვა საქმის გადაწყვეტამდე, რომელიც განხილულ უნდა იქნეს სამოქალაქო სამართლის ან ადმინისტრაციული წესით; ე) თუ საქმეს განიხილავს რესტიტუციისა და კომპენსაციის კომისია ან კომისიის კომიტეტი; ზ) თუ საქმის განმხილველი სასამართლოს აზრით, კანონი, რომელიც ამ საქმისათვის უნდა იქნეს გამოყენებული, არ შეესაბამება ან ეწინააღმდეგება კონსტიტუციას, სასამართლო შეაჩერებს საქმის განხილვას ამ საკითხზე საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღებამდე, რის შემდეგაც საქმის განხილვა განახლდება; თ) თუ დავა მხარეთა შეთანხმებით დასრულების მიზნით გადაეცა მედიატორს.¹⁰¹ სასამართლოს, მხარეთა განცხადებით ან თავისი ინიციატივით, შეუძლია შეაჩეროს საქმისწარმოება, თუ: ა) მხარე იმყოფება ნამდვილ ვადიან სამხედრო სამსახურში ან განვეულია რაიმე სახელმწიფო მოვალეობის შესასრულებლად; ბ) მხარე იმყოფება ხანგრძლივ სამსახურებრივ მივლინებაში; გ) მხარე იმყოფება სამკურნალო დანესებულებაში, ან ავად არის, რის გამოც საშუალება არა აქვს, გამოცხადდეს სასამართლოში და ეს დასტურდება სამედიცინო დანესებულების ცნობით; დ) გამოცხადებულია მოპასუხის ძებნა კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში; ე) სასამართლომ დანიშნა ექსპერტიზა.¹⁰² როგორც ჩანს, ქართველი კანონმდებელი არც სასამართლოში საქმისწარმოების შეჩერებას ითვალისწინებს მხარეთა შორის ნებაყოფლობით მედიაციაზე შეთანხმების არსებობისას. ცხადია, გამონაკლისია სასამართლო მედიაცია.

შუალედური დასკვნა 1.

სსკ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების საფუძვლად არ ითვალისწინებს მედიაციაზე შეთანხმებას, უფრო მეტიც, ის გამორიცხავს მხარეთა შეთანხმებით ხანდაზმულობის ვადების შეცვლის შესაძლებლობას. სსსკ სასამართლოში საქმისწარმოების შეჩერების საფუძვლებში არ ითვალისწინებს ნებაყოფლობით მედიაციაზე მხარეთა შეთანხმებას, თუმცა სასამართლო მედიაციისათვის საქმის გადაცემა საქმისწარმოების შეჩერების საფუძველია.

3.2 მოლაპარაკებების დაწყებასთან მიმართება

მნიშვნელოვანია, რომ *BGB* მხარეთა შორის მოლაპარაკებების წარმოებისას ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას ითვალისწინებს. შეიძლება ითქვას, მხარეთა შორის მოლაპარაკებები ერთ-ერთ უპირველეს საფუძვლად არის დასახელებული ხანდაზმულობის ვადის დენის

¹⁰⁰ იქვე, 300.

¹⁰¹ სსსკ-ის 279-ე მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>> [18.06.15].

¹⁰² იქვე, სსსკ-ის 280-ე მუხლი.

შეჩერებისათვის. კერძოდ, თუ მოვალესა და კრედიტორს შორის მიმდინარეობს მოლაპარაკებები მოთხოვნის უფლების ან მის საფუძვლად არსებული გარემოებების თაობაზე, ხანდაზმულობის ვადის დენა შეჩერდება მანამდე, სანამ ერთი ან მეორე მხარე უარს არ იტყვის მოლაპარაკებების გაგრძელებაზე. მოთხოვნის უფლება არ არის ხანდაზმული შეჩერების შემდეგ, სულ ცოტა, სამი თვის ვადის გასვლამდე¹⁰³. საყურადღებოა ის გარემოება, რომ ეს ნორმა არ ითვალისწინებს მხარეთა შორის მოლაპარაკებების წარმოებისათვის რაიმე ფორმალურ ჩარჩოებს, მაგალითად, მესამე ნეიტრალური პირის მონაწილეობას ან რაიმე სპეციალური ორგანოს/სასამართლოსათვის შეტყობინების ვალდებულებას მოლაპარაკებების დაწყებასთან დაკავშირებით. არც თავად მხარეთა შორის ხანდაზმულობის კანონით დადგენილი ვადის დენის შეჩერების შესახებ შეთანხმების აუცილებლობის საკითხი არ დგას – მათ შორის მოლაპარაკებების დაწყება სხვა რაიმე სპეციალური შეთანხმების გარეშეც გამოიწვევს ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას. ეს კი გარანტიაა იმისა, რომ არაკეთილსინდისიერი მხარის (მოვალის) მიერ მოლაპარაკებაში მონაწილეობა ხანდაზმულობის ვადის გაყვანისათვის ბოროტად გამოყენებული ვერ იქნება. კრედიტორს მოთხოვნის წასაყენებლად მოლაპარაკებების უშედეგოდ ჩაღლის შემდეგ, სულ მცირე, სამი თვე მაინც ექნება.

ამდენად, ნათელია, რომ ევროპის ერთ-ერთი ყველაზე განვითარებული ქვეყანა – გერმანია საკმაოდ ლოიალურადაა განწყობილი მხარეთა მიერ მოლაპარაკებების წარმოების მიმართ და ამის წასახალისებლად ხანდაზმულობის ვადას მაშინაც კი შეაჩერებს, თუ ამ მოლაპარაკებებს მხარეები მხოლოდ საკუთარი ძალისხმევით, მესამე პირის ჩარევის გარეშე ცდილობენ. ამგვარადვეა საკითხი გადაჭრილი ევროკავშირის მიერ “ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპების“ მიხედვით, რაც ევროკავშირის წევრი ქვეყნებისათვის ერთიანი კერძოსამართლებრივი ხასიათის კანონის მოდელია.¹⁰⁴ ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპების¹⁰⁵ 14:304 მუხლი ადგენს, რომ, თუ მხარეები მოთხოვნის, ან იმ გარემოებების თაობაზე, რომლებმაც შეიძლება მოთხოვნა წარმოშვას, მოლაპარაკებას აწარმოებენ, ხანდაზმულობის ვადა არ ამოიწურება მოლაპარაკების ბოლო კომუნიკაციიდან ერთი წლის გასვლამდე.¹⁰⁶

მხოლოდ მოლაპარაკებები მხარეებს შორის, როგორც ხანდაზმულობის ვადის დენის შემაჩერებელი მიზეზი, თავდაპირველად *UNIDROIT Principles*-შიც იყო, მაგრამ, საბოლოო ჯამში, უარყვეს ორი ძირითადი მიზეზის გამო: პირველი, რთულია მოლაპარაკებების კონცეფციის განსაზღვრა და ასევე იმის, თუ ზუსტად როდის დაიწყო და დასრულდა ის; მეორე, მხარეებისთვის უნდა დატოვებულიყო არჩევანის უფლება, თუ როდის შევიდოდნენ მეტად ან ნაკლებად ფორმალურ მოლაპარაკებებში დავის მოსაგვარებლად, რომ შეთანხმებულიყვნენ, თითოეულ შემთხვევაში შეჩერდებოდა თუ არა ხანდაზმულობის ვადა, და თუ კი, მაშინ – რა ვადით. სწორედ ამ მიზეზების გამო, უფრო მიზანშეწონილად უნდა ჩაითვალოს ქართული კანონმდებლობის მკაცრი მიდგომა, რომელიც ხანდაზმულობის ვადას მხარეთა მოლაპარაკებების წარმოების მიზეზით არ შეაჩერებს.

¹⁰³ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB), თბ., 2010, 38.

¹⁰⁴ ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები, თარგმანი *ე. ბზეკალავას, თ. ჭალიძის, ა. ცერცვაძის და დ. გეგენავას* საერთო რედაქციით, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ., 2014, 12.

¹⁰⁵ PECL - The Principles of European Contract Law 2002 – ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები <http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>.

¹⁰⁶ ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპები, თარგმანი *ე. ბზეკალავას, თ. ჭალიძის, ა. ცერცვაძის და დ. გეგენავას* საერთო რედაქციით, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ., 2014, 82. ორიგინალი: *Article 14:304 Postponement of Expiry in Case of Negotiations: If the parties negotiate about the claim, or about circumstances from which a claim might arise, the period of prescription does not expire before one year has passed since the last communication made in the negotiations.*

3.3. სასამართლო მედიაციასთან მიმართება

დღესდღეობით არსებობს ორი განსხვავებული მეთოდი სასამართლო პროცესში მონაწილე მხარეთა მორიგებისათვის: ერთია მორიგების ნახალისება სამოქალაქო სამართალწარმოებაში და მეორეა სასამართლო მედიაცია.¹⁰⁷ სასამართლო მედიაცია, სასამართლოსთვის მიმართვამდე, მედიატორის მცდელობით, მედიაციისაგან განსხვავებით, უფრო დამატებითი დავის გადაწყვეტის მექანიზმია (*additional*), ვიდრე ალტერნატიული (*alternative*), რადგან ეს მექანიზმი სარჩელის შეტანის შემდეგ იწყება, როცა თითქმის ყველა მოსამზადებელი სამუშაო ჩატარებულია.¹⁰⁸ ამიტომაც, სასამართლო მედიაცია, ზოგი ავტორის მოსაზრებით, ფაქტობრივად, კულტურული შეტაკებაა.¹⁰⁹ მოლაპარაკების მონაწილე მხარეები ნებაყოფლობით თანხმდებიან მედიაციის პროცესს და შეთანხმებას დამოუკიდებლად აღწევენ, ანუ მათი შეთანხმება მთლიანად თვითპასუხისმგებლობაზეა დამყარებული. მედიაციის პროცესის შედეგად მიღწეული შეთანხმების ნებაყოფლობით შესრულება ხელს უწყობს და ინარჩუნებს იმ სოციალურ ურთიერთობებს, რაც მოდავე მხარეთა შორის არსებობს. მიუხედავად ამისა, ხშირ შემთხვევაში, კანონმდებელი მოსამართლეებს უფლებას აძლევს, დაავალოს მხარეებს მედიაციის პროცესში ჩართვა. აქედან გამომდინარე, შეიძლება დაირღვეს მედიაციის უმთავრესი პრინციპი – ნებაყოფლობითობა.¹¹⁰

სასამართლო მედიაციაში იგულისხმება საშუალო პროცედურა, რეკომენდებული ან დანიშნული სასამართლოს მიერ მხარეთა სასამართლოსათვის მიმართვის შემდეგ, რასაც ახორციელებს სასამართლო კონტროლის ქვეშ სასამართლოს ან უშუალოდ მოსამართლის დანიშნული მედიატორი. მედიატორისათვის საქმის გადაცემა, სასამართლო კონტროლი მედიაციის პროცედურის განხორციელებაზე, მისი განახლება, შეწყვეტა, წარმატებით დასრულება და ა.შ. უნდა ხორციელდებოდეს საპროცესო კანონით გათვალისწინებული პროცესუალური ფორმით, რაც იძლევა მედიატორის მიერ დავის მოწესრიგების პროცესუალური გარანტიების უზრუნველყოფის, ხოლო წარუმატებელი მედიაციისას – დავის სასამართლო წესით გადაწყვეტის შესაძლებლობას.¹¹¹

სასამართლო მედიაცია (სავალდებულო მედიაცია) კლასიკური მედიაციის ერთგვარი სახეცვლილებაა. მედიაციის ძირითადი არსი ნებაყოფლობითობაა. მხარეები კერძო ავტონომიის ფარგლებში თანხმდებიან, რომ დავის მორიგებით დასასრულებლად დახმარებისათვის მიმართონ მედიატორს. სავალდებულო მედიაციის დროს კი სასამართლო (სახელმწიფოს სახელით) მხარეებს ავალდებულებს, რომ სასამართლოში საქმის განხილვამდე სცადონ მორიგება. მხარეებს არ აქვთ არჩევანის უფლება და ვალდებულნი არიან, რომ სასამართლო დარბაზიდან მოლაპარაკების ოთახში გადაინაცვლონ. სასამართლო მედიაციის ინსტიტუტის დანერგვით სახელმწიფო იღებს პასუხისმგებლობას იმ მხარეთა წინაშე, რომელთა ნების ავტონომიასაც ზღუდავს. შესაბამისად, იმისათვის, რომ სახელმწიფომ მის მიერ აღებული ვალდებულებები შეასრულოს, საჭიროა, შეიქმნას საკანონმდებლო ბაზა, რითაც მეტ-ნაკლებად სრულყოფილად მოწესრიგდება სასამართლო მედიაციასთან დაკავშირებული საკითხები. სავალდებულო სასამართლო მედიაცია, სასამართლოს შეხედულებით საქმის მედიატორისათვის გადაცემა, ინგლისის სააპელაციო სასამართლოს 2004 წლის გადაწყვეტილებაში მითითებული დასკვნის თანახმად, ეწინა-

¹⁰⁷ *Ervasti K.*, *Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 186.

¹⁰⁸ *Weber L. J.*, *Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom?*, Dallas, 1992-199, 2114.

¹⁰⁹ *Ervasti K.*, *Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 191.

¹¹⁰ *ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 14, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> [18.06.15].

¹¹¹ *კობრიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ. 2013, 27, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].

აღმდეგება ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლს.¹¹² სავალდებულო მედიაცია ასევე ეწინააღმდეგება 2008 წელს ევროპის პარლამენტისა და ევროპის საბჭოს მიერ გამოცემულ დირექტივას „სამოქალაქო და კომერციულ საქმეებში მედიაციის ზოგიერთი ასპექტის შესახებ“, რომლის პირველი მუხლის მე-5 პუნქტი ადგენს, რომ სარჩელის განმხილველ სასამართლოს შეუძლია, თუ ეს მიზანშეწონილია, საქმის ყველა გარემოების გათვალისწინებით, შესთავაზოს მხარეებს, მიმართონ მედიატორს მათი დავის გადაწყვეტის მიზნით.¹¹³ მოქმედი ფრანგული კანონმდებლობა ითვალისწინებს სასამართლოს უფლებას, მხარეთა თანხმობით შეაჩეროს სასამართლოს განხილვა, რათა მედიატორმა სცადოს შეთანხმების მიღწევა. ეს პროცესი არ შეიძლება გაგრძელდეს სამ თვეზე მეტხანს და სრულდება მხარის ან მედიატორის განცხადებით, ან თვით სასამართლოს ინიციატივით, თუ მედიაციას შედეგი არ მოჰყვება.¹¹⁴

სავალდებულო მედიაცია ასევე რეგლამენტებულია აშშ-ის ერთგვაროვან აქტში მედიაციის შესახებ (*Uniform Mediation Act*), რომლის მე-3 მუხლის „ა“ პუნქტი ითვალისწინებს მხარეთა ვალდებულებას კანონის, სასამართლოს, ადმინისტრაციული ორგანოს ან არბიტრის გადაწყვეტილების შესაბამისად გადაწყვიტონ დავა მედიაციის მეშვეობით.¹¹⁵

ყველა სამომრიგებლო მეთოდის საერთო მახასიათებელია ის, რომ გამოსავალი ორივე მხარისთვის მისაღები უნდა იყოს. სასამართლო განხილვა და მართლმსაჯულების გამოსავალი კი აუცილებლად ოფიციალური კანონით უნდა იყოს დადგენილი.¹¹⁶ სასამართლო მედიაციისას მთავარი ფოკუსი მატერიალურსამართლებრივად სწორი გამოსავლის მონახვაზე არ არის, არც პროცედურა შეზღუდული ზოგადი საპროცესო კანონმდებლობით. სასამართლო მედიაციისას პროცედურა შეიძლება ძალიან არაფორმალური იყოს, ხოლო შედეგი – კრეატიული, რომელიც ორივე მხარის ინტერესებს შეესაბამება.¹¹⁷ საფრანგეთის ახალი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 131-1 მუხლის თანახმად, დავის განმხილველ სასამართლოს მხარეთა თანხმობის მიღების შემდეგ შეუძლია დანიშნოს მესამე პირი მხარეთა პრეტენზიების მოსმენისა და გარკვევის მიზნით, რომ მიეცეთ წარმოშობილი დავის გადაჭრის შესაძლებლობა. ამავე კოდექსის 131-10 მუხლის თანახმად, ერთ-ერთი მხარის შუამდგომლობით ან შუამავლის ინიციატივით მოსამართლე უფლებამოსილია, შეწყვიტოს შუამავლობის პროცესი ნებისმიერ დროს.¹¹⁸

ზოგიერთ მართლმსაჯულებაში, სასამართლო მედიაციას თავად მოსამართლეები წარმართავენ, ზოგჯერ კი შესაძლოა, მედიატორი პროფესიით იურისტი არც კი იყოს. მაგალითად, ფინეთში სასამართლო მედიაცია ჩვეულებრივი მედიაციის მსგავსია, აქ მოსამართლე, რომელიც ვალდებულებას იღებს, მედიატორად გამოვიდეს, წინარე სამოსამართლო როლს ივინყებს. სასამართლო მედიაცია არის ნებაყოფლობითი პროცედურა მხარეებისთვის და ორგანიზებულია მოსამართლის მიერ. მისი მიზანია, შექმნას გარემო, სადაც მხარეები თვითონ მონახავენ თავიანთთვის კონფლიქტის მისაღებ გადაწყვეტას.¹¹⁹ ფინეთში სასამართლო მედიაცია თავისი ბუნებით ფასილიტაციური ძალისხმევაა. თუმცა მხარეთა თანხმობით შეთანხმების შეთავაზება

¹¹² *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ. 2013, 27, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15], 28.

¹¹³ იქვე.

¹¹⁴ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 293.

¹¹⁵ *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ. 2013, 22, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].

¹¹⁶ *Ervasti K.*, Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 191.

¹¹⁷ იქვე, 194.

¹¹⁸ *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ., 2013, 22, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].

¹¹⁹ *Ervasti K.*, Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 194.

მედიატორმაც შეიძლება გააკეთოს, ამიტომ ფინეთის სასამართლო მედიაცია ბუნებით შეფასებულია.¹²⁰ აზრთა სხვადასხვაობას მაინც ინვესს საკითხი: როდესაც მოსამართლე სთავაზობს მორიგებას, ის მატერიალურ სამართალს უნდა დაეყრდნოს, თუ მხარეებს უნდა მიუთითოს თავიანთ პროცედურულ პოზიციებზე განსახილველ საქმეში. კვლევების თანახმად, მორიგებათა უმეტესობა მიღწეულია ზეპირი განხილვის დროს.¹²¹ მედიაცია შეიძლება უარყოფილ იქნეს, როდესაც მხარეები არ არიან თანასწორნი, რადგან ამან შეიძლება მიგვიყვანოს ისეთ სიტუაციამდე, როდესაც მხარეს არ შეუძლია, თავისი ინტერესები სათანადოდ დაიცვას. აღსანიშნავია, რომ მედიაციისას მოძებნილი გამოსავალი აუცილებელი არ არის, მოქმედი სამართლის შესაბამისი იყოს. დოქტრინაში მიუთითებენ, რომ სასამართლო მედიაცია ხელს უწყობს სასამართლოსადმი ნდობის ამაღლებასაც.¹²²

საინტერესოა, რომ დანიისა და ნორვეგიისგან განსხვავებით, ფინეთის სასამართლო მედიაცია საჯაროა,¹²³ ეს კი, ზოგადად, მედიაციის უმთავრეს პრინციპს – კონფიდენციალობას ეწინააღმდეგება. ამ მხრივ, დადებითად უნდა შეფასდეს ის ფაქტი, რომ საქართველოში სასამართლო მედიაცია კონფიდენციალურია, თუ მხარეები სხვა რამეზე არ შეთანხმდებიან.¹²⁴ თუმცა არსებობს მოსაზრება, რომ აბსოლუტურმა კონფიდენციალობამ შესაძლოა, უარყოფითი შედეგები გამოიღოს და კონფიდენციალობის დამცავი ღონისძიებით მყოფმა მხარემ არაკეთილსინდისიერად იმოქმედოს იმის იმედით, რომ ეს მაინც არ გახმაურდება და, შესაბამისად, არც დაისჯება. თუკი მედიაცია მკაცრად კონფიდენციალურია, მხარეს, რომელიც მეორე მხარის ფაქტებს ენდობა და ამის გამო ზარალდება, რჩება ძალიან მცირე შესაძლებლობა, დაამტკიცოს მეორე მხარის არაკეთილსინდისიერება. ერთხელ დაზარალებული მხარე კი, სავარაუდოდ, აღარ აირჩევს მედიაციას დავის გადაწყვეტისათვის.¹²⁵

ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის დირექტივა სამოქალაქო და კომერციული მედიაციის ასპექტებთან დაკავშირებით მიუთითებს, რომ მედიაციის პროცესი უნდა იყოს ნებაყოფლობითი. ის ორგანიზებულია მხარეთა სურვილის შესაბამისად და მისი დასრულება შესაძლებელი უნდა იყოს ნებისმიერ ეტაპზე. ამასთან, სასამართლომაც შეიძლება დაანესოს მედიაციის პროცესისთვის განსაზღვრული დრო. სასამართლო უნდა ცდილობდეს, საქმისწარმოების ნებისმიერ ეტაპზე მხარეებს შესაძლებლობების ფარგლებში მოუწოდოს მედიაციის პროცესის გამართვისკენ.¹²⁶ მაგალითად, გერმანიაში მედიაცია ჰარმონიულად მოქმედებს მართლმსაჯულების სისტემაში. შუამავლები მუშაობენ პირდაპირ სასამართლოებში, რის შედეგადაც მნიშვნელოვნად მცირდება სასამართლოს დავების პოტენციური რაოდენობა. დღეს მედიაცია ინტეგრირებულია არა მხოლოდ გერმანიის საოჯახო სასამართლოებში და ა.შ. გერმანიის სამართლის სკოლებში უმეტესწილად ისწავლება მედიაციის კურსი. მაშასადამე, იურიდიული ფაკულტეტის დამთავრებისას ყოველი სტუდენტი გადის მედიაციის კურსს.¹²⁷

¹²⁰ *Ervasti K., Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 196.*

¹²¹ იქვე, 190.

¹²² იქვე, 196-197.

¹²³ იქვე, 196.

¹²⁴ სსსკ-ის 187⁸ მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება, №47-48, 1997 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>> [18.06.15].

¹²⁵ *ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ., მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 31-32, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> [18.06.15].*

¹²⁶ იქვე, 47.

¹²⁷ *კობრეიძე ლ., სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ., 2013, 20, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15].*

უფრო მეტად მისაღება სასამართლო მედიაციის ნებაყოფლობითი მოდელი, როდესაც მოსამართლეს შეუძლია, მხარეთა თანხმობის მიღების შესახებ გადასცეს საქმე მესამე პირს (შუამავალს, მედიატორს) მხარეთა მოსაზრებების მოსასმენად, მათი პრეტენზიების გასარკვევად, მათ შორის არსებული უთანხმოების მოწესრიგების მიზნით. ასეთი მიდგომა მეტად შეესაბამება სამართალწარმოების ძირითად პრინციპებს, სახელდობრ, დისპოზიციურ პრინციპს. მხარეები თავად უნდა წყვეტდნენ, გამოიყენონ თუ არა საპროცესო კანონმდებლობით გათვალისწინებული უფლება მედიაციის გზით კონფლიქტის მოწესრიგებისა, ისევე, როგორც მხარეთა მიერაა გადასაწყვეტი, მიმართონ თუ არა სასამართლოს ამა თუ იმ შინაარსის შუამდგომლობით. სასამართლო მედიაციის ასეთი მოდელი გათვალისწინებულია საფრანგეთის ახალი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით (მუხლები: 131-1, 131-15).¹²⁸

ქართველმა კანონმდებელმა 2011 წლის 20 დეკემბრის კანონით ცვლილებები შეიტანა სსსკ-ში, რომელსაც დაემატა ახალი XXI¹ თავი – სასამართლო მედიაცია. ამ მუხლების შინაარსი ცხადყოფს, რომ სსსკ განამტკიცებს როგორც სავალდებულო, ისე ნებაყოფლობით მედიაციას.¹²⁹ განისაზღვრა დავების კატეგორიები, რომლებიც სარჩელის სასამართლოში წარდგენის შემდეგ შეიძლება სასამართლო მედიაციას დაექვემდებაროს. ესენია: საოჯახოსამართლებრივი დავები, გარდა შვილად აყვანისა, შვილად აყვანის ბათილად ცნობისა, მშობლის უფლების შეზღუდვისა და მშობლის უფლების ჩამორთმევისა; სამემკვიდრეოსამართლებრივი დავები; სამეზობლოსამართლებრივი დავები; ნებისმიერი დავა მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში, დავა მედიატორს საქმის განხილვის ნებისმიერ სტადიაზე შეიძლება გადაეცეს.¹³⁰ სოციალურ ურთიერთობებს ქართულ სინამდვილეში ოდითგანვე სხვადასხვა მტკიცე საფუძველი ჰქონდა (ოჯახი, სამეზობლო ა.შ.). ნებისმიერ კონფლიქტს, იქნება ეს პირადული თუ პროფესიული, თან ახლავს ემოციები. სამართლებრივი პროცედურები აქცენტს ემოციაზე არ აკეთებს, სიტუაციას პროცედურული კუთხით აფასებს. ზემოაღნიშნულის საპირისპიროდ, მედიაცია ყურადღებას ამახვილებს ემოციების გამოხატვასა და მათ აღქმა-გააზრებაზე. მხარეთა ემოციების გამოვლენა და გაგება შესაძლოა მორიგების წინაპირობა და საფუძველი გახდეს, შესაბამისად, ბოდიშის მოხდა თუ მიტევა, მარტივი ადამიანური ბუნების გამოხატულებები, მედიაციისთვის ძალიან მნიშვნელოვანია. ასეთი ემოციური საკითხები განსაკუთრებით ჭარბობს საოჯახო, სამეზობლო, სამემკვიდრეო დავებში და გონივრულია, რომ სასამართლო მედიაციას კანონმდებელმა სწორედ ისინი დაუქვემდებარა. თუმცა ამ ჩამონათვალს შრომითი დავებიც უნდა დაემატოს.¹³¹

ნებისმიერ შემთხვევაში, სასამართლოს განჩინება საქმის მედიატორისთვის გადაცემაზე არ ექვემდებარება გასაჩივრებას.¹³² ასეთ შემთხვევაში სასამართლო მედიაციისათვის დადგენილია 45-დღიანი ვადა, მაგრამ არანაკლებ 2 შეხვედრისა. მხარეთა შეთანხმებით ეს ვადა შეიძლება გაგრძელდეს იმავე ვადით. მედიატორის მიერ დანიშნულ შეხვედრაზე მხარის გამოუცხადებლობისას მას დაეკისრება სასამართლოს ხარჯები სრულად, მიუხედავად დავის დასრულების შედეგისა და ჯარიმა 150 ლარის ოდენობით, თუმცა სასამართლო მედიაციის პროცესში

¹²⁸ კობრიძე ლ., სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ., 2013, 20, <<http://library.court.ge/docs/144/>> [18.06.15], 28.

¹²⁹ იქვე, 27.

¹³⁰ სსსკ-ის 187³ მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>>, [18.06.15].

¹³¹ ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ., მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 15-16, <http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>, [18.06.15].

¹³² სსსკ-ის 187¹ მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება, №47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>>, [18.06.15].

დავის მხარეთა შეთანხმებით დასრულების შემთხვევაში ეს ჯარიმა აღარ გამოიყენება. ეს სანქციები აღარ გამოიყენება მაშინაც, თუ დავა მორიგებით დასრულდა სასამართლოში საქმის განხილვისას.¹³³

სასამართლო მედიაციისათვის საქმე შეიძლება გადაეცეს ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს. კანონი დეტალურად არ აწესრიგებს მედიატორის არჩევის/დანიშვნის საკითხს. სავარაუდოდ, მოსამართლე ამ საკითხზე მსჯელობისას ორივე მხარის აზრს გაითვალისწინებს. კოდექსით მხარეებისათვის გათვალისწინებულია მედიატორის აცილების საერთო საფუძვლები.¹³⁴ კანონში იურიდიული პირის მედიატორად ხსენება გაუმართლებლად შეფასებული ამ დარგის სპეციალისტების მიერ. დავა უნდა გადაეცეს კონკრეტულ ფიზიკურ პირს, რომელიც შეასრულებს მედიატორის როლს მხარეთა მოლაპარაკების პროცესში. იურიდიული პირი ვერ შეასრულებს მედიატორის ფუნქციას. ამერიკის უმრავლეს შტატში კანონითაა დადგენილი მედიატორის საკვალიფიკაციო მოთხოვნები. აბსურდია, მედიატორში მოიაზრებოდეს იურიდიული პირი. კანონში იურიდიულ პირზე მითითება შეიძლება გავიგოთ როგორც მითითება იმ იურიდიულ პირზე, რომელიც პირებს სთავაზობს მედიაციის სერვისს, რომელიც აერთიანებს ფიზიკურ პირებს – მედიატორებს.¹³⁵

სასამართლო მედიაციისათვის კანონით დადგენილ ვადაში მხარეთა შეთანხმების მიღწევისას სასამართლო მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე ამ შეთანხმებას მორიგების განჩინებით ამტკიცებს და წყდება საქმისწარმოება.¹³⁶ ეს განჩინება არ საჩივრდება.¹³⁷ სსსკ-ის 187⁸-ე მუხლის მე-2 ნაწილის შესაბამისად, დადგენილ ვადაში შეთანხმების მიუღწევლობისას მოსარჩელეს შეუძლია, წარადგინოს სარჩელი საერთო წესების დაცვით. აქ აღსანიშნავია, რომ, როდესაც საქმე სასამართლო მედიაციას გადაეცემა, სარჩელი სასამართლოში უკვე შეტანილია და მედიატორისთვის საქმის გადაცემა საქმისწარმოების შეჩერების საფუძველია.¹³⁸ შესაბამისად, ამ მუხლში უნდა იგულისხმებოდეს, რომ საქმისწარმოება განახლდება, თუ კანონით დადგენილ ვადაში სასამართლო მედიაციის შედეგად შეთანხმება არ იქნება მიღწეული. საყურადღებოა სსსკ-ის 187⁹-ე მუხლიც, რომლის მიხედვითაც, სასამართლო უფლებამოსილია, საკუთარი ინიციატივით ან მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე გააუქმოს გამოყენებული სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება, თუ სასამართლო მედიაციის შეთანხმების გარეშე დასრულებიდან 10 დღის ვადაში, სარჩელს საერთო წესების დაცვით არ წარადგენს. აქ კი უნდა იგულისხმებოდეს შემთხვევა, როცა მოსარჩელე საქმისწარმოების განახლებაზე შუამდგომლობას არ შეიტანს 10 დღის ვადაში, ან/და საქმის მედიატორისათვის გადაცემა მანამ, სანამ სარჩელის დასაშვებობა შემოწმდება სასამართლოს მიერ. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 187¹-ე მუხლი ითვალისწინებს სასამართლოში შესაბამისი კატეგორიის სარჩელის წარდგენის შემდეგ, სასამართლოს ინიციატივით, დავის გადაცემას მედიატორისათვის, ანუ გადაცემა დასაშვებია სარჩელის დასაშვებობის შემოწმების ვადის გასვლამდეც, რა დროსაც იგი ჯერ კიდევ არ არის მიღებული წარმოებაში. მითითებული მუხლის შინაარსიდან გამომდინარე, შესაძლებელია, მე-

¹³³ იქვე, სსსკ-ის 187⁵, 187⁶ მუხლები.

¹³⁴ იქვე, სსსკ-ის 187⁴, 31 მუხლები.

¹³⁵ ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ., მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 63 <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> [18.06.15].

¹³⁶ სსსკ-ის 187⁷, 272 მუხლები, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>> [18.06.15].

¹³⁷ იქვე, სსსკ-ის 187⁷ მუხლი.

¹³⁸ სსსკ-ის 279 „ვ“ მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უნწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>> [18.06.15].

დიატორს დავა დაუშვებელი სარჩელის წარმოდგენის შემთხვევაშიც კი გადაეცეს (სარჩელი, რომელიც შეიცავს ისეთ ხარვეზს, რომელიც ამავე კოდექსის 186-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, სარჩელის მიღებაზე უარის თქმის საფუძველია, გარდა წინასწარ სახელმწიფო ბაჟის გადახდის შესახებ ვალდებულებისა, ვინაიდან ამავე კოდექსის 39-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით, „ამ კოდექსის 187³-ე მუხლიდან გამომდინარე, სარჩელებზე სახელმწიფო ბაჟის ოდენობა შეადგენს დავის საგნის ღირებულების 1%-ს, მაგრამ არანაკლებ 50 ლარისა,“ რაც აუცილებელი პირობაა საქმის მედიატორთან გადასაგზავნად), რა დროსაც არ წარმოიშობა წარმოების შეჩერების საკითხი, იმდენად, რამდენადაც წარმოება ჯერ დაწყებული არ არის.¹³⁹ შესაბამისად, არსებული მონესრიგების თანახმად, ხანდაზმულობის ვადის გაშვების საფრთხე სასამართლო მედიაციის წარმოების დროსაც კი შეიძლება დადგეს დღის წესრიგში, მაშინ, როდესაც სარჩელის წარმოებაში მიღებამდე ხდება საქმის მედიატორისათვის გადაცემა.

შუალედური დასკვნა 2.

კლასიკური გაგებით, ნებაყოფლობითი მედიაცია საქართველოში კანონით მონესრიგებული არ არის. ეს ახალი ინსტიტუტია, რომელიც საკანონმდებლო დონეზე ნახალისებას საჭიროებს. ნებაყოფლობითი მედიაციაზე შეთანხმებით ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებამ ნებაყოფლობითი მედიაციის ინსტიტუტის განვითარებაზე დადებითი გავლენა უნდა მოახდინოს, თანაც მაქსიმალურად დაცული იქნება ორივე მხარის ინტერესები.

4. ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების მომენტი

ხანდაზმულობის ვადის სწორად გამოთვლისათვის მნიშვნელოვანია მისი დენის დაწყების მომენტის განსაზღვრა. ხანდაზმულობის ვადის დასაწყისი ეფარდება იმ დღეს, როდესაც წარმოიშვა მოთხოვნის უფლება. მოთხოვნის უფლების წარმოშობამდე არ შეიძლება დაიწყოს ხანდაზმულობის ვადის დენა. ამიტომ, უპირველესად, აუცილებელია მოთხოვნის უფლების წარმოშობის მომენტის დადგენა. ზოგიერთ შემთხვევაში, ხანდაზმულობის ვადის დენის დასაწყისი უშუალოდ კანონითაა განსაზღვრული.¹⁴⁰ თუ კანონში ასეთი პირდაპირი მითითება არ არის, მოთხოვნის უფლება წარმოიშობა იმ დღიდან, როცა პირმა გაიგო ან უნდა გაეგო დარღვეული უფლების შესახებ.¹⁴¹ თუ დადგენილი იქნება, რომ პირმა თავისი დაუდევრობის გამო ვერ გაიგო უფლების დარღვევის შესახებ, მაშინ ხანდაზმულობის ვადის დენა დაიწყება იმ მომენტიდან, როცა, საქმის გარემოებების მიხედვით, პირს უნდა შეეცყო უფლების დარღვევის შესახებ. როცა მოთხოვნის წარმოშობის მომენტზე მითითებულია კანონში ან ხელშეკრულებებში, ითვლება, რომ სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილისათვის ცნობილია მოთხოვნის უფლების წარმოშობის დრო და ამ დროიდან დაიწყება ხანდაზმულობის ვადის დენა. აქ ის შემთხვევაც იგულისხმება, როცა ხელშეკრულება განსაზღვრული ვადითაა დადებული. თუ ხელშეკრულება განუსაზღვრელი ვადითაა დადებული (ან განსაზღვრულია მოთხოვნის მომენტით)

¹³⁹ *კობრეიძე ლ.*, სასამართლო მედიაციის სამართლებრივი ასპექტები, ჟურნ. „მართლმსაჯულება და კანონი“ (4(39)13), თბ., 2013, 29, <http://library.court.ge/docs/144/>, [18.06.15].

¹⁴⁰ (მაგ. სსკ-ის 699-ე მუხლი) *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002; ამასთან, ივარაუდება, რომ ობიექტური მომენტი (თვით უფლების დარღვევის ფაქტი) და სუბიექტური მომენტი (როცა პირმა გაიგო ან უნდა გაეგო ამ ფაქტის შესახებ) ერთმანეთს ემთხვევა. თუმცა ყოველთვის ასე არ არის, ეს მაშინ ხდება, როცა პირი უფრო გვიან იგებს ან შეეძლო გაეგო უფლების დარღვევის შესახებ, ვიდრე დარღვევა მოხდა. თუ დადასტურდება, რომ პირმა გვიან გაიგო უფლების დარღვევის შესახებ, მაშინ დარღვევის გაგებამდე, ბუნებრივია, ვერც უფლების დაცვას მოითხოვს.

¹⁴¹ *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 320.

უფლების დარღვევის შესახებ პირი შეიტყობს მხოლოდ მაშინ, როცა მოითხოვს შესრულებას, ხოლო მეორე მხარე არ შეასრულებს იმ მოქმედებას, რომლის შესრულებაც ევალებოდა. თუ პირს მიცემული აქვს შეღავათიანი ვადა მოთხოვნის შესასრულებლად, მაშინ ხანდაზმულობის ვადა გამოითვლება ამ ვადის გასვლიდან.¹⁴²

მას შემდეგ, რაც დადგინდება, თუ როდიდან დაიწყო ხანდაზმულობის ვადის დენა, ცხადია, მნიშვნელოვანია იმის ზუსტად განსაზღვრაც, თუ როდის დგება მისი დენის შეჩერების მომენტიც. ხანდაზმულობის ვადა ჩერდება იმ შემთხვევაში, თუ სსკ-ით გათვალისწინებული გარემოებები წარმოიშვა ან განაგრძობდა არსებობას ხანდაზმულობის ვადის უკანასკნელი ექვსი თვის ფარგლებში; ხოლო თუ ეს ვადა ექვს თვეზე ნაკლებია, – ხანდაზმულობის ვადის განმავლობაში.¹⁴³

სსკ-ის 132-ე მუხლში ჩამოთვლილი გარემოებები ყოველთვის როდი იწვევენ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას. ისინი ხანდაზმულობის ვადის დენას შეაჩერებენ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ წარმოიშვნენ ან განაგრძობენ არსებობას ხანდაზმულობის ვადის უკანასკნელი ექვსი თვის ფარგლებში. თუ ხანდაზმულობის ვადა ექვს თვეზე ნაკლებია, მაშინ ხანდაზმულობის ვადის დენა შეჩერდება ხანდაზმულობის მთელი ვადის ყოველ მომენტში.¹⁴⁴

დღესდღეობით საქართველოში მოქმედი ხანდაზმულობის ვადების შესახებ ნორმები იმპერატიულია. სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილეებს არ შეუძლიათ, ურთიერთშეთანხმებით გამორიცხონ ხანდაზმულობის ვადების მოქმედება, ან შეცვალონ ისინი (შეთანხმდნენ უფრო მეტ ან ნაკლებ ვადებზე, ვიდრე სამართლის ნორმებითაა დადგენილი), ან მათი გამოთვლის წესი. თუ მხარეები ხანდაზმულობის სხვა ვადებზე შეთანხმდებიან, ვიდრე კანონითაა გათვალისწინებული, მაინც გამოიყენება კანონით დადგენილი ვადები.¹⁴⁵

4.1. მედიაციაზე შეთანხმების მიღწევა

ქართველი კანონმდებლის მიერ განსახილველი საკითხით დაინტერესების შემთხვევაში, ერთ-ერთ მაგალითად შესაძლოა ხანდაზმულობის შესახებ ონტარიოს (კანადა) კანონის¹⁴⁶ გამოყენებაც, ვინაიდან ამ კანონის მე-11 მუხლის თანახმად, მხარეთა შეთანხმება, რომ დავა დამოუკიდებელი მესამე პირის დახმარებით გადაწყვიტონ, ხანდაზმულობის ვადის დენას შეაჩერებს. კანონი საინტერესოდ აწესრიგებს საკითხს მედიაციაზე მხარეთა შეთანხმებისას ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების თაობაზე: პირველი, კანონი მედიაციაზე ეყრდნობა არა

¹⁴² *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 320-321.

¹⁴³ სსკ-ის 136(1)-ე მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>>, [18.06.15].

¹⁴⁴ *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 328-329. იგულისხმება, რომ, თუ ხანდაზმულობის ვადის მიმდინარეობის შემაჩერებელი გარემოებები წარმოიშვა და შეწყდა ადრე (ხანდაზმულობის ვადის ბოლო ექვს თვემდე), პირს მაინც საკმარისი დრო რჩება მოთხოვნის შემაჩერებელი გარემოების შეწყვეტის შემდეგ; პირს (კრედიტორს) უნდა დარჩეს საკმარისი დრო მოთხოვნის წარსადგენად. ამ მიზნით დადგენილია, რომ იმ გარემოების შეწყვეტის დღიდან, რომელიც საფუძვლად დაედო ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას, ვადა გაგრძელდება ექვს თვემდე, ხოლო თუ ხანდაზმულობის ვადა ექვს თვეზე ნაკლებია, ხანდაზმულობის ვადამდე. აქედან გამომდინარეობს, რომ დრო, რომელიც რჩება ვადის დენის შემაჩერებელი გარემოების შეწყვეტის შემდეგ ყოველთვის ექვსი თვის, ხოლო ექვს თვეზე ნაკლები ხანდაზმულობის ვადის არსებობისას თვით ამ ვადის ტოლია.

¹⁴⁵ *ჭანტურია ლ. (მთავ. რედ.), ახვლედიანი ზ., ზოიძე ბ., ჯორბენაძე ს., ნინიძე თ.*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი პირველი, სამოქალაქო კოდექსის ზოგადი დებულებანი, თბ., 2002, 339.

¹⁴⁶ Limitations Act, 2002, Ontario, Canada <http://www.ontario.ca/laws/statute/02124>, [18.06.15].

ხელშეკრულების არსებობას, არამედ საკმარისად მიიჩნევს მედიაციაზე მხოლოდ შეთანხმების არსებობას. შესაბამისად, ასეთ შეთანხმებას არც ხელშეკრულების ნამდვილობისათვის დადგენილი წინაპირობების დაცვა მოეთხოვება.¹⁴⁷ ე.ი., აუცილებელი არ არის, მხარეებმა მაინცდამაინც ხელშეკრულება გააფორმონ, არამედ საკმარისია მხოლოდ მათი შეთანხმება, რომ სურთ, დავის გადაწყვეტაში მესამე პირის დახმარებით ისარგებლონ; მეორე, შეთანხმებისათვის რაიმე კონკრეტული ფორმა დადგენილი არ არის.¹⁴⁸ ანუ არ არის აუცილებელი, მხარეები შეთანხმებას მაინცდამაინც წერილობითი ფორმით გამოხატავდნენ. შესაძლოა, ისინი ზეპირად შეთანხმდნენ, ან ელექტრონულად ერთმანეთისთვის გაგზავნილი შეტყობინებით; მესამე, კანონი ადგენს სამ *ობიექტურად განსაზღვრად* მოვლენას, რომელთა დადგომის დროსაც ხანდაზმულობის ვადის დენა გრძელდება. აღსანიშნავია, რომ სუბიექტური მომენტი, როგორცაა, მაგალითად, „მხარის კეთილსინდისიერი მცდელობა“, კანონში გამოყენებული არ არის.¹⁴⁹ ეს კი მხოლოდ დადებითად უნდა შეფასდეს, ვინაიდან ძალიან რთული იქნებოდა იმის მტკიცება, ეცადა თუ არა მხარე კეთილსინდისიერად დავის მოგვარებას. ასეთი სუბიექტური კრიტერიუმის არსებობა ბევრ პასუხგაუცემელ შეკითხვას წამოჭრიდა და სასამართლო პრაქტიკაში არაერთგვაროვან მიდგომებსაც გააჩენდა; მეოთხე, როდესაც კანონით გათვალისწინებული დაცვა – ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერება – სრულდება, მოთხოვნის უფლების წაყენების მსურველმა მხარემ მოთხოვნა უნდა წარადგინოს გაგრძელებული ხანდაზმულობის ვადის ფარგლებში, მიუხედავად იმისა, თუ მედიაციის შესახებ ვალდებულება არსებობას განაგრძობს;¹⁵⁰ მეხუთე, კანონით გათვალისწინებული დაცვა მოქმედებს, მიუხედავად იმისა, თუ რა ეტაპზე მოხდა მედიაციაზე შეთანხმება. მნიშვნელობა არ აქვს, მედიაციაზე შეთანხმება გათვალისწინებული იყო თუ არა იმ ხელშეკრულებაში, რომლის საფუძველზეც დავა წარმოიშვა. ასევე, კანონის გამოყენება შესაძლებელია დელიქტიდან გამომდინარე ან სხვა არასახელშეკრულებო მოთხოვნის მიმართ.¹⁵¹

საქართველოს შემთხვევაში უფრო გამართლებული იქნება, თუ მხოლოდ მედიაციაზე მხარეთა შეთანხმება საკმარისი არ იქნება ხანდაზმულობის ვადის დენის შესაჩერებლად. უმჯობესი იქნება, უპირატესობა მიენიჭოს მედიაციის შესახებ მხარეთა მიერ ხელშეკრულების (წერილობით) გაფორმებას (იხ. 2.1.2).

4.2. მედიაციის შესახებ ხელშეკრულების გაფორმება

ხანდაზმულობის შესახებ ონტარიოს კანონის მე-11 მუხლი, რომელიც დასათაურებულია როგორც „შეთანხმების მცდელობა“¹⁵², ადგენს: თუ მოთხოვნის მქონე პირი და პირი, რომლის მიმართაც არსებობს მოთხოვნა, შეთანხმდებიან, რომ მათ შორის არსებული დავა დამოუკიდებელმა მესამე პირმა გადაწყვიტოს, ან დავის გადაწყვეტისას ასეთი პირის დახმარებით ისარგებლონ, ამ კანონის მე-4-მე-15 მუხლებით დადგენილი ხანდაზმულობის ვადები შეჩერდება: შეთანხმების მიღწევის თარიღიდან (ა) დავის გადაწყვეტის თარიღამდე; (ბ) შეთანხმების მცდელობის პროცესის დასრულების თარიღამდე; (გ) მხარის მიერ შეთანხმების დასრულების ან შეთანხმებიდან გასვლის თარიღამდე. ამავე მუხლის მე-2 პუნქტში განმარტებულია, რომ დამოუკიდებელ მესამე პირად ჩაითვლება პირი ან ორგანიზაცია, რომელიც დავის გადაწყვეტას ან

¹⁴⁷ Heintzman T. G., Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running?, Toronto, 2014, http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf, [18.06.15].

¹⁴⁸ იქვე.

¹⁴⁹ იქვე.

¹⁵⁰ იქვე.

¹⁵¹ იქვე.

¹⁵² *Attempted Resolution*.

მასში დახმარებას უზრუნველყოფს მიუკერძოებელ საწყისებზე, მნიშვნელობა არ აქვს, თუ საიდან ფინანსდება ის.¹⁵³

მოყვანილი მუხლიდან ნათელია, ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების უპირობო საფუძველია მოდავე მხარეთა შეთანხმება, რომ ისინი მესამე პირის დახმარებით შეეცდებიან დავის მოგვარებას. ამასთან, ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების ათვლის წერტილად სწორედ ამ შეთანხმების მიღწევა მიიჩნევა და არა ხელშეკრულების გაფორმება. აღსანიშნავია, ონტარიოს სააპელაციო სასამართლომ საქმეზე – *Sandro Steel Fabrication Ltd. v. Chiesa* – განმარტა, რომ ხანდაზმულობის შესახებ ონტარიოს კანონის მე-11 მუხლი გამოიყენება, თუ სახეზეა მედიატორის დანიშვნაზე შეთანხმება, მიუხედავად იმისა, შეთანხმება ფორმალურია თუ არაფორმალური.¹⁵⁴ უფრო მეტიც, სასამართლომ დაადგინა, რომ კანონის 11(1) მუხლი გამოიყენება მაშინაც კი, როდესაც შეთანხმება საექჯოა.¹⁵⁵ მსგავსი პოზიცია გასაზიარებელია, ვინაიდან მუხლი კეთილსინდისიერი მხარის დაცვას ემსახურება, თუმცა, სადავოობისას, შეთანხმების რაიმე ობიექტური ფორმით დადასტურების აუცილებლობის საკითხი, ალბათ, მაინც დადგება.

4.3. მედიაციის პროცესის დაწყება

ყურადღება უნდა გამახვილდეს იმ საკითხზეც, საკმარისია თუ არა ხანდაზმულობის ვადის დენის შესაჩერებლად მხარეთა მხოლოდ შეთანხმება (თუნდაც წერილობით, ხელშეკრულების სახით), თუ ასევე აუცილებელია მედიაციის პროცესის უშუალოდ დაწყება. ამასთან დაკავშირებით, საყურადღებოა ონტარიოს სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე – *L-3 Communication SPAR Aerospace Ltd. v. CAE Inc.*, – რომელშიც სასამართლომ დაადგინა, რომ, განსახილველი ხელშეკრულების თანახმად, მედიაცია წამოწყებული ქმედების (სასამართლო დავის) წინაპირობა იყო, ამიტომ მედიაციის დასრულებამდე ხანდაზმულობის ვადის დენა არც დაწყებულა.¹⁵⁶ ეს იმას ნიშნავს, რომ მხარეებს ხელშეკრულებაში, რომლის საფუძველზეც დავა წარმოიშვა, გათვალისწინებული ჰქონდათ, დავის შემთხვევაში, ისინი ჯერ მედიაციას მიმართავდნენ და სასამართლოსთვის მიმართვის უფლება მხოლოდ ამის მერე ექნებოდათ.

4.4. სასამართლოს ინფორმირება

მედიაციის პროცესის გამართვის თაობაზე შეთანხმების არსებობისას, როგორც წესი, დამატებით სასამართლოს წინასწარ ინფორმირების ვალდებულებას იმისათვის, რომ ხანდაზმულობის ვადის დენა შეჩერდეს, არცერთი ქვეყნის კანონმდებლობა, რომლებიც მედიაციაზე შეთანხმებას ხანდაზმულობის ვადის დენის შემაჩერებელ საფუძველად აღიარებენ, არ ითვალისწინებს.

¹⁵³ 11. (1) If a person with a claim and a person against whom the claim is made have agreed to have an independent third party resolve the claim or assist them in resolving it, the limitation periods established by sections 4 and 15 do not run from the date the agreement is made until, (a) the date the claim is resolved; (b) the date the attempted resolution process is terminated; or (c) the date a party terminates or withdraws from the agreement. 2002, c. 24, Sched. B, s. 11. Same (2) For greater certainty, a person or entity that provides resolution of claims or assistance in resolving claims, on an impartial basis, is an independent third party no matter how it is funded. 2006, c. 21, Sched. D, s.1.

¹⁵⁴ *Heintzman T. G.*, Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running?, Toronto, 2014, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf> [18.06.15].

¹⁵⁵ *Rock N.*, There's a Right Way and Wrong Way to Stop the Litigation Clock, Toronto, 2014, <<http://www.practicepro.ca/information/doc/Stopping-the-litigation-clock.pdf>> [18.06.15].

¹⁵⁶ *Heintzman T. G.*, Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running?, Toronto, 2014, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf> [18.06.15].

მნიშვნელოვანია, ონტარიოს სასამართლოს პრაქტიკა ცალსახად იქითკენ მიდის, რომ ხანდაზმულობის შესახებ ონტარიოს კანონის მე-11 მუხლის გამოყენებისათვის აუცილებელია, მხარეთა მიერ დავის გადანყვეტის/შეთანხმების მიღწევის მცდელობაში მესამე ნეიტრალური პირი მონაწილეობდეს. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ეს მუხლი არარელევანტურად მიიჩნევა. მაგალითად, საქმეში – *Markel Insurance Company of Canada v. ING Insurance Company of Canada* – მხარეებმა დაიწყეს მოლაპარაკებების წარმოება საკუთარი ძალებით. მოპასუხე აცხადებდა, რომ ხანდაზმულობის ვადის დენა დაიწყო, როდესაც მოსარჩელემ მოთხოვნა წაუყენა, მოსარჩელე კი ამბობდა, რომ ხანდაზმულობის ვადის დენა დაიწყო მაშინ, როდესაც მოპასუხემ საბოლოოდ უარყო მოთხოვნა მოლაპარაკებების შემდეგ. ონტარიოს სააპელაციო სასამართლომ მოპასუხის პოზიცია გაიზიარა. მან აღნიშნა, რომ ხანდაზმულობის ვადა მოლაპარაკებების განმავლობაში გავიდა. მოცემულ შემთხვევაში, მხარეებს მედიაცია არ გაუმართავთ და ამიტომ მე-11 მუხლი არ გამოიყენებოდა.¹⁵⁷

5. ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების ხანგრძლივობა

ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2002 წლის რეკომენდაციის მიხედვით, მედიაციის პროცესი უნდა ითვალისწინებდეს, რომ მხარეებს სადავო საკითხების განსახილველად საკმარისი დრო ან დავის გადაჭრის სხვა შესაძლებლობა მიეცეთ.¹⁵⁸ სსკ-ის მიხედვით, იმ გარემოებების შეწყვეტის დღიდან, რომლებიც საფუძვლად დაედო ხანდაზმულობის ვადის შეჩერებას, ხანდაზმულობა გაგრძელდება ექვს თვემდე; ხოლო, თუ ხანდაზმულობის ვადა ექვს თვეზე ნაკლებია, – ხანდაზმულობის ვადამდე.¹⁵⁹

ხანდაზმულობის შესახებ ონტარიოს კანონის მიხედვით, ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერების ხანგრძლივობა განისაზღვრება სამ მოვლენასთან მიმართებით, კერძოდ: 1. შეთანხმების მიღწევიდან დავის გადანყვეტამდე პერიოდი; 2. შეთანხმების მიღწევიდან შეთანხმების მცდელობის პროცესის დასრულებამდე პერიოდი; 3. შეთანხმების მიღწევიდან მხარის მიერ შეთანხმების დასრულებამდე ან შეთანხმებიდან გასვლამდე პერიოდი. ეს ჩამონათვალი ამომწურავად უნდა შეფასდეს და ერთ-ერთ სანიმუშო მაგალითად შეიძლება გამოიყენოს ქართულმა კანონმდებელმა. თუ რამდენ ხანს შეიძლება გრძელდებოდეს მედიაციის პროცესი, ეს, დავის სპეციფიკიდან გამომდინარე, სხვადასხვა შეიძლება იყოს. მედიაციის პროცესისათვის საჭირო ვადა უნდა იყოს გონივრული. საქართველოს კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს რაიმე მაქსიმალურ ვადას ხანდაზმულობის ვადის შეჩერებისათვის, ვინაიდან ის მხარეთა შეთანხმებით ხანდაზმულობის ვადის შეცვლის შესაძლებლობას საერთოდ გამორიცხავს.

5.1. მედიაციის გაჭიანურების ტაქტიკად გამოყენების საფრთხე

ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2002 წლის რეკომენდაციის მიხედვით, მედიაციის ორგანიზებისას სახელმწიფოებმა ყურადღება უნდა მიაპყრონ იმას, რომ თავიდან იქნეს აცილებული

¹⁵⁷ *Heintzman T. G.*, Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running?, Toronto, 2014, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf> [18.06.15].

¹⁵⁸ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, სამოქალაქო საქმეებში მედიაციის შესახებ წევრ სახელმწიფოთა მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 2002-10, 3 <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf>, [18.06.15].

¹⁵⁹ სსკ-ის 136-ე II მუხლი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გამოცემა, „უწყებანი“, საკანონმდებლო დამატება №31, 1997, <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>, [18.06.15].

უსარგებლო ხარჯები და საქმის გაჭიანურების ტაქტიკად გამოყენება.¹⁶⁰ მხარემ შესაძლოა, მედიაციის ვადები გამოიყენოს მხოლოდ იმისათვის, რომ გააჭიანუროს სასამართლო პროცესის დანიშვნა, მაგალითად, მონაწილეობდეს პროცესში და შემდგომ უარი თქვას შეთანხმებაზე, ან საერთოდ არ წავიდეს მოლაპარაკებაზე. ასევე, გავრცელებული და ნაცადი ხერხია ფაქტების დამახინჯება, არასწორი ინფორმაციის მიწოდება, მოლაპარაკებისათვის ხელის შეშლა და ა.შ. ამით დაზარალებულ მხარეს კი ექნება ძალიან მცირე შანსი, რომ მეორე მხარის არაკეთილსინდისიერება დაამტკიცოს. ასეთი პრეცედენტების დაფიქსირებამ კი შესაძლოა მედიაციის დაწერვასა და შემდგომ განვითარებას ხელი შეუშალოს.¹⁶¹

მედიაციის პროცესი პირდაპირ კავშირშია მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადებთან. დავის წარმოშობის შემდეგ მედიაციის პროცესის დაწყება გულისხმობს, რომ მხარე დროებით აჩერებს მოთხოვნის რეალიზაციის სამართლებრივი საშუალების გამოყენებას, ამას კი შესაძლოა, ხანდაზმულობის ვადის გასვლა მოჰყვეს.¹⁶² სავსებით შესაძლებელია, მედიაციის პროცესში მონაწილეობა მოვალემ სწორედ იმ მიზნით მიიღოს, რომ მხარემ ხანდაზმულობის ვადა გაუშვას. მოვლენათა ასეთი განვითარება მედიაციას წარმოაჩენს როგორც დროის გაყვანის საუკეთესო მექანიზმს არაკეთილსინდისიერი მოვალისათვის.¹⁶³ ამიტომაცაა აუცილებელი, რომ არსებობდეს სამართლის ნორმა, რომელიც ასეთ დროს კრედიტორს არაკეთილსინდისიერი მხარისაგან დაიცავს და თანაც ისეთი გონივრული ბალანსი იქნება დაცული, რომ მხარეები მედიაციის პროცესის დადებით თვისებებზე უარს ხანდაზმულობის ვადის გაშვების შიშით არ იტყვიან.

5.2. კეთილსინდისიერების პრინციპის დაცვის ვალდებულება მხარეებისათვის

ხანდაზმულობის ვადის გასვლის შემდეგ მოვალე უფლებამოსილია, უარი თქვას ვალდებულების შესრულებაზე.¹⁶⁴ ამიტომაცაა მნიშვნელოვანი, რომ კეთილსინდისიერი მხარისათვის (კრედიტორისათვის) არსებობდეს ისეთი გარანტიები, რომლებიც მას დაიცავს არაკეთილსინდისიერი მოვალისაგან, რომელიც ვალდებულების შესრულების თავიდან არიდებას ცდილობს და მხოლოდ დროის გასაყვანად მონაწილეობს მოლაპარაკებებსა თუ სხვაგვარ სამომრიგებლო პროცესებში.

მედიაციაზე შეთანხმებაში „კეთილსინდისიერად მოლაპარაკების ვალდებულების“ (*negotiate in good faith*) გათვალისწინება დოქტრინაში მიზანშეწონილად არ არის მიჩნეული, ვინაიდან მისი არსებობა ისედაც იგულისხმება, ხოლო შეთანხმებაში დაკონკრეტება წარმოშობს შეკითხვას, როგორ უნდა დადგინდეს, დაარღვია თუ არა მხარემ ეს ვალდებულება მედიაციის პროცესის მსვლელობისას. ცხადია, ამ საკითხის განსაზღვრა საკმაოდ ძნელია, ან შეუძლებელია ითქვას, რომ შეუძლებელიც არის. მით უმეტეს, რომ მედიაციის პროცესის წარუმატებლობა შეფასების კრიტერიუმად ვერ გამოდგება. მხარეს სრული უფლება აქვს, უარი თქვას მოლაპარაკებაზე და ეს როცა მოესურვება, მაშინ გააკეთოს.¹⁶⁵ თუმცა პრაქტიკაში, როგორც წესი, მე-

¹⁶⁰ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, სამოქალაქო საქმეებში მედიაციის შესახებ ნევრ სახელმწიფოთა მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 2002-10, 3 http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf, [18.06.15].

¹⁶¹ *ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ჟიჟიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 32, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

¹⁶² *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 298.

¹⁶³ იქვე, 299.

¹⁶⁴ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB), თბ., 2010, 41.

¹⁶⁵ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 287.

დიაციის შესახებ შეთანხმებაში მითითებულია მხარეთა კეთილსინდისიერების ვალდებულებაზე, რომ ისინი, მიუხედავად უფლებისა, ნებისმიერ დროს მიატოვონ მედიაციის პროცესი და უარი თქვან მედიატორის მომსახურებაზე, აცხადებენ თანხმობას მედიაციის პროცესში კეთილსინდისიერად მონაწილეობის განზრახვაზე.¹⁶⁶ კეთილსინდისიერების ვალდებულება მოიცავს მხარეთა ნებას, რომ კეთილსინდისიერად გამოიყენონ სრული ძალისხმევა გონივრული შეთანხმების მისაღწევად მედიაციის გზით, ითანამშრომლონ მედიატორთან და ერთმანეთთან, ხელშემლის გარეშე მისცენ ერთმანეთს მოსაზრებების და პოზიციების წარმოჩენის შესაძლებლობა და გამოხატონ ღიაობა და მზაობა შეთანხმების მისაღწევად.¹⁶⁷

მედიაციის პროცესის სათანადოდ წარმართვის ვალდებულება გულისხმობს მხარეთა მოვალეობას, ისე გაუწიონ ორგანიზება მედიაციის პროცესს, რომ შესაძლებელი იყოს მისი წარმატებული დასრულება. მხარეებმა კეთილსინდისიერად უნდა მიიღონ მასში მონაწილეობა და ასევე კეთილსინდისიერად ეცადონ ყველასთვის მისაღები შეთანხმების ვარიანტის მოძებნას. ამ ვალდებულების შეუსრულებლობისათვის მხარე პასუხს აგებს საერთო საფუძველზე, სამოქალაქო სამართლით დადგენილი წესით.¹⁶⁸

ფრანგულ დოქტრინაში აღნიშნავენ, რომ რთულია მედიაციის პროცესის მიმართ მხარის არაკეთილსინდისიერი დამოკიდებულების მტკიცება, ასევე იმ თანხის განსაზღვრა, რომელიც შეთანხმების მიუღწევლობის გამო ზიანის სახით დაფიქსირდა.¹⁶⁹

აღნიშნულის მიუხედავად, უდავოა, რომ კეთილსინდისიერების ვალდებულების დაცვა არსებითია მედიაციის პროცესის წარმატებულობისათვის, ვინაიდან მედიაცია, მიუხედავად მისი პოზიტიური ბუნებისა, მხარისათვის საფრთხის შემცველია. მხარემ, რომელიც მედიაციის პროცესზე თანხმობას აცხადებს, შესაძლოა, ხანდაზმულობის ვადა გაუშვას.¹⁷⁰ ხანდაზმულობის ვადის გასვლა სპობს უფლების იძულებითი განხორციელების შესაძლებლობას.¹⁷¹ სასარჩელო ხანდაზმულობა – ეს არის კანონით დადგენილი დრო, რომლის განმავლობაშიც პირს, რომლის უფლებაც შელახულია, შეუძლია მოითხოვოს იძულებითი აღსრულება ან უფლების დაცვა სასამართლოში სარჩელის შეტანის გზით. [...] სასარჩელო ხანდაზმულობა ხელს უწყობს სამოქალაქო ურთიერთობათა სტაბილიზაციას, რითაც, ამავდროულად, ემსახურება სახელშეკრულებო დისციპლინის სიმყარეს და ეხმარება სამოქალაქო ურთიერთობის მონაწილეებს თავიანთი უფლებებისა და ვალდებულებების აქტიურად და დროულად განხორციელებაში.¹⁷² ამ მიზნების მისაღწევად სსკ კონკრეტულ ხანდაზმულობის ვადებს ითვალისწინებს, მაგრამ არ იქნება გამართლებული, თუ ეს ვადები კეთილსინდისიერი მხარის სანაღმდევოდ მხოლოდ იმიტომ ამუშავდება, რომ მან მოლაპარაკებებზე ან მედიაციის პროცესზე თანხმობა განაცხადა და შეეცადა, დავა სასამართლოს გარეშე გადაეწყვიტა.

6. დასკვნა

ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2002 წლის რეკომენდაცია ხაზს უსვამს, ყოველი იურისდიქციის ცალკეულ თავისებურებათა გათვალისწინებით, დავის გადაჭრაში მეთოდების სრულ-

¹⁶⁶ Melamed J., Sample Agreement To Mediate, Eugene, 1998, <http://www.mediate.com/articles/melamed6.cfm#>, [18.06.15].

¹⁶⁷ Agreement to Mediate in Good Faith, <http://www.dod.mil/dodgc/doha/adr/mediate-faith.doc>, [18.06.15].

¹⁶⁸ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 292.

¹⁶⁹ იქვე, 293.

¹⁷⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2005 წლის 4 მარტის გადაწყვეტილება საქმეზე: ას-1267-1398-04, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>, [20.06.15].

¹⁷¹ იქვე.

¹⁷² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2011 წლის 15 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე: ას-988-1021-2011, <http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>, [20.06.15].

ყოფისათვის მუდმივი ძალისხმევის აუცილებლობას.¹⁷³ ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის დირექტივა სამოქალაქო და კომერციული მედიაციის ასპექტებთან დაკავშირებით მიუთითებს, რომ იმისათვის, რათა მოხდეს მედიაციის ხელშეწყობა და არსებობდეს შესაბამისი სამართლებრივი ბაზა, მედიაციის ძირითადი ასპექტები გათვალისწინებული უნდა იქნეს სახელმწიფოთა სამოქალაქო საპროცესო სამართალში.¹⁷⁴

თანამედროვე სამართლის განვითარების პირობებში ცალკეული ქვეყნების კანონმდებლობა ცდილობს შექმნას საკანონმდებლო მექანიზმები, რომლებიც მხარეებს შესაძლებლობას მისცემს, თავიანთი დავა სასამართლოს, როგორც მართლმსაჯულების განმარტოვებელი ერთადერთი ორგანოს, გვერდის ავლით გადაწყვიტონ ისე, რომ არ გასცდნენ სამართლით დადგენილ სივრცეს და საფრთხე არ შეუქმნან ადამიანთა შორის არსებულ სოციალურ ურთიერთობებს.¹⁷⁵ დავების გადასაწყვეტად სასამართლო სისტემისაგან დამოუკიდებელი ერთ-ერთი საშუალება სწორედ ნებაყოფლობითი მედიაციაა, რომელიც განვითარებულ ქვეყნებში დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ეფექტიანი მექანიზმია, თუმცა იგი საქართველოში ნახალისებას საჭიროებს, რაც, უპირველესად, საკანონმდებლო დონეზე გარკვეული ცვლილებებისა და დამატებების განხორციელებას გულისხმობს. ერთ-ერთი ასეთი გონივრული ცვლილება/დამატება იქნება, თუ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას ქართველი კანონმდებელი ნებაყოფლობით მედიაციაზე შეთანხმების არსებობას დაუკავშირებს. ამისათვის ორი გზა არსებობს: ერთი, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 132-ე მუხლს დაემატოს ქვეპუნქტი, რომლის მიხედვითაც, თუ მოთხოვნის მქონე პირი და პირი, რომლის მიმართაც არსებობს მოთხოვნა, (წერილობით) შეთანხმდებიან, რომ მათ შორის არსებული დავა დამოუკიდებელმა პირმა (მედიატორმა) გადაწყვიტოს, ხანდაზმულობის ვადა შეჩერდება შეთანხმების მიღწევის თარიღიდან ა) დავის გადაწყვეტის თარიღამდე; ბ) შეთანხმების მცდელობის პროცესის დასრულების თარიღამდე; გ) მხარის მიერ შეთანხმების დასრულების ან შეთანხმებიდან გასვლის თარიღამდე; მეორე ალტერნატივაა, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 132-ე მუხლის „დ“ ქვეპუნქტის გათვალისწინებით, ეს საკითხი ცალკე კანონით მოწესრიგდეს. ეს უკანასკნელი უფრო რთული იქნება და ამ მხრივ ნაჩქარევი ნაბიჯების გადადგმა გამართლებული არაა, მით უფრო, რომ ნებაყოფლობითი მედიაცია სახელმწიფოთა უმრავლესობის კანონმდებლობით მოწესრიგებული არ არის.

თუ ხანდაზმულობის ვადა შეჩერებული იქნება, ეს მეტად ნაახალისებს ადვოკატებსაც, ხელი შეუწყონ მედიაციას. მედიაცია ადვოკატებისთვის „სტანდარტული პროფესიიდან“ გადახვევაა, ეს არის მნიშვნელოვანი ცვლილება სამართლებრივ პროფესიაში.¹⁷⁶ ადვოკატების აზროვნება, როგორც წესი, მოწყობილია შემდეგნაირად: მოგება ყველაფრის ფასად (*win at all cost*), რაც ორივე მხარისთვის სასარგებლო (*win-win solution*) გამოსავლის ძიებისაკენაა შესაცვლელი,¹⁷⁷ ვინაიდან, ადვოკატებს შეუძლიათ, მედიაციის პროცესზე მოახდინონ როგორც პოზიტიური, ისე ნეგატიური გავლენა.¹⁷⁸ ადვოკატთა ვალდებულებაა, ასევე ინფორმაცია მიანო-

¹⁷³ ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტი, სამოქალაქო საქმეებში მედიაციის შესახებ ნევრ სახელმწიფოთა მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაცია, 2002-10, 1, http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf, [18.06.15].

¹⁷⁴ ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ., მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 46, <http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>, [18.06.15].

¹⁷⁵ იქვე, 16-17.

¹⁷⁶ Weber L. J., Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom?, Dallas, 1992-1993, 2114.

¹⁷⁷ იქვე, 2116.

¹⁷⁸ ცერცვაძე გ. (რედ.), არევაძე მ., ვასაძე ე., თვაური რ., ივანიძე გ., მახაური პ., ყიფიაშვილი თ., ტაკაშვილი ს., ხუჭუა თ., ჯიბლაძე ბ., მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 236, <http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>, [18.06.15].

დონ მხარეებს უშუალოდ მედიაციის პროცესის დაწყებამდე. ეს შესაძლოა, იყოს ის პერიოდი, როდესაც მხარეებს ჯერ კიდევ არ აქვთ ურთიერთშორის რაიმე სახის დავა და მათი საქმიანი ურთიერთობა ჯერ მხოლოდ ხელშეკრულების დადების სტადიაზეა, ანუ ამ შემთხვევაშიც ადვოკატები ვალდებულნი არიან, ხელშეკრულებაში გაითვალისწინონ პირობები, სამომავლოდ შესაძლო დავის შემთხვევაში, რა სახის წარმოება იქნება მხარეთა შორის გამოყენებული.¹⁷⁹ ამ მხრივ, რთული გზა გაიარა აშშ-მაც – თავიდან მედიაციისადმი ყველა კეთილგანწყობილი არ იყო. სავარაუდოა, რომ საქართველოშიც მოიძებნებიან იურისტები, რომელთაც ამგვარი წამახალისებელი ნორმების არსებობა დასჭირდებათ, რათა მედიაციას, როგორც ნოვაციას, მხარი დაუჭირონ და მხარეებსაც მოუწოდონ მისი გამოყენებისაკენ.

¹⁷⁹ იქვე, 236-237.

Suspension of Limitation Period by an Agreement to Mediate

The subject of the article is whether the limitation period can be suspended according to Georgian legislation by an agreement between parties on voluntary mediation, on the basis of which normative act/acts and from which date and for what duration.

Discussing developed countries practice and experience in relation to this issue the article offers recommendations for improving the regulation connected with this issue existed in Georgian legislation or implementing the new regulation.

Key words: *Mediation, Agreement to mediate, court mediation, voluntary mediation limitations period, suspension of limitation period.*

1. Introduction

In post-modern society conflict resolution becomes a significant function of civil procedure.¹ Though there is the necessity of traditional court procedures in cases where both parties clearly wish to have a judicial resolution of their dispute and/or there is a public interest in the case being decided in this way there is also a need for different mediation processes as court mediation, as well as voluntary mediation, i.e. mediation out-of-court.² Just considering this necessity the Committee of Ministers of the Council of Europe in 2002 gave the following recommendation to the governments of the member states: to support mediation in civil cases, where it is necessary; to take or strengthen all the necessary measures in order “to carry out guidelines connected with mediation in civil cases”, which are worked out in the same recommendation.³ In the recommendation it is noted that states can organize and establish mediation in civil cases by the appropriate rule by means of a state as well as a private sector. Mediation can be carried out within the scope of court proceeding or beyond it.⁴ Mediation as other alternative means and methods of conflicts resolution is very significant for settlement of controversies between the parties of civil turnover. Mediation promotes to reach an agreement without intervention of those bodies, which have authority of settling disputes, granted by law or the agreement between parties.⁵ Alternative dispute resolution is “bargaining in the shadow of law”.⁶ Alternative methods of

* Master of Law, TSU Faculty of Law.

¹ *Ervasti K.*, *Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, *Scandinavian Studies in Law*, Helsinki, 1999-2012, 200.

² *Ibid*, 199.

³ The Committee of Ministers of the Council of Europe; Recommendation of the Committee of Ministers of the State members about Mediation in Civil Cases, 2002-10, 2, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf>, [18.06.15].

⁴ *Ibid*.

⁵ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhauri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, *Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia*, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi., 2013, 14, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

⁶ *Ervasti K.*, *Conflicts before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, *Scandinavian Studies In Law*, Helsinki, 1999-2012, 199.

dispute resolution have quite a big potential and capability, as their objective⁷ is to settle public and individual conflicts before they turn into lawsuits.⁸

Promotion of mediation development is justified, because it is distinguished from alternative forms of disputes resolution with flexibility and effectiveness. High effectiveness of mediation is defined first of all by its fundamental principles – main initials determining its essence. By functional purposes principles are divided into two groups: 1. principles, which characterize peculiarities of organization of carrying out of mediation and the status of its participants (organizational principles) and 2. principles, which characterize the rule of realization of mediation (procedural principles). To the first group belong principles of Voluntariness and Neutrality, to the second group – principles of Confidentiality, Independence, Cooperation and Equality of Parties.⁹ The task of mediators is not a guarantee of verdict. The decision depending on the parties of the conflict shall be optimally corresponding to their interests. As a result of the reached agreement all the parties shall remain “victorious”.¹⁰

In spite of the positive character of mediation according to the recommendation of 2002 of the Committee of Ministers of the Council of Europe even in case when the parties are using mediation accessibility to the court must be provided for, as it gives a final guarantee of defense of the parties’ rights.¹¹ Article 42 of the Constitution of Georgia is establishing this principle – everybody has the right to apply to court to protect his rights and freedoms.¹² Accordingly in every law-and-order court and the forms of alternative dispute resolution must have mutually balanced position¹³.

Mediation, as an alternative form of dispute resolution, provides relief to court system and real and final resolution of the existed disputes. Advantages of mediation are: saving expenditures for the parties and the state, time-saving for the parties and the court system, decreasing court overloading, granting power to the parties, so that they will decide their own “differences” themselves and not judges, juries or even their lawyers.¹⁴ Reconciliation procedures are often informal and unrestricted while the parties in civil

⁷ In the doctrine five main objectives of mediation are distinguished: 1. *Service Delivery* – fast and final settlement of a concrete conflict; 2. *Access to Justice* – consideration of interests of the weaker party and settlement of conflict in favor of both parties; 3. *Individual Autonomy* – searching for ways of conflict resolution with close cooperation with the parties and taking decision considering future perspectives; 4. *Reconciliation* – conflict resolution by peaceful and conflict-free way that will promote to strengthen relations between parties; 5. *Social Transformation* – resolution of one concrete conflict can generally contribute in settling social problems, *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, Justice and Law (#4(39)13), 2013, <<http://library.court.ge/docs/144/>>

⁸ *Weber L. J.*, Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom? Dallas, 1992-1993, 2113.

⁹ *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, Journal Justice and Law (#4(39)13), Tbilisi 2013, 21, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹⁰ *Ibid*, 18.

¹¹ The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers of member states on mediation in civil cases, 2002-10, 2, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf>, [18.06.15].

¹² The Constitution of Georgia, the official issue of the Parliament of Georgia, “Bulletin”, Legislative supplement, № 31-33, 1995, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346>>, [18.06.15].

¹³ In 2004 by the European Commission was accepted European Code of Mediators, but in 2008 the European Parliament and Council issued the directive “About Some Aspects of Mediation in Civil and Commercial Cases”. This directive according to the EU Agreement is dedicated to regulation of transboundary, though also establishes minimal standards and principles of mediation, requirements to mediators, obligations of states about informing their population on mediation and development of appropriate organizations services. What is important is that member states of the European Union were obliged to accept the relevant national legislation about mediation by 2011. So today mediation is a necessary element of disputes resolution practice in every European country *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, Journal “ Justice and Law” (#4(39)13), Tbilisi 2013, 20, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹⁴ *Weber L. J.*, Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom?, Dallas, 1992-1993, 2113.

litigation are obliged with formalities and procedures.¹⁵ Especially it should be noted that in family disputes and the disputes, where disputing parties are business partners, settlement is more providing the maintenance of good relations than full-scale court litigation.^{16 17}

Mediation has been used successfully for decades and is very popular in western developed countries. Accordingly in a progressive part of the world a big experience and rich practice have been accumulated in this sphere, but for Georgia it is still novelty and is not regulated enough at a legislative level, which must be considered as gap of legislation. If the legal regulation of mediation reaches the standards existed in the developed part of the world, it will be a good service for Georgian justice and will play a significant role in increasing of legal awareness of the nation.¹⁸ It should be said that in this sphere a Georgian legislator is still only confined by episodic regulation. Considering that most new norms have not carried out in practice yet, of course discussion connected with mediation regulation is only just beginning in Georgia.¹⁹ Furthermore this issue has been less studied in Georgian jurisdiction.²⁰

Thus from the vacuums existed in Georgian legislation one of the important issues is Suspension of Limitation Period by an Agreement to Mediate, as the mediation process is directly connected with the limitation period. After originating a dispute the start of the mediation process implies itself the party is temporarily ceasing the use of legal means of realization of its demand, which might be followed by expiration of the limitation period.²¹ The subject of study of the present work is connected with this problem, particularly whether the limitation period can be suspended according to Georgian legislation by agreement between parties on voluntary mediation, on the basis of which normative act/acts and from which date and for what duration. The objective of the present work is to offer concrete recommendations for improving the regulation connected with this issue existed in Georgian legislation or implementing the new regulation.

For achieving the aims of research in the present work norms of regulating of mediation and limitation period are studied by using a comparative legal method.

2. The Concept of Limitation Period and Its Role in Civil Law

Limitation period is a term, during which a person, whose right is violated, can demand carrying out forcibly or defend his right.²² With expiration of the limitation period is terminated the possibility of

¹⁵ *Ervasti K.*, *Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 19.

¹⁶ *Ibid*, 190.

¹⁷ *Kokhreidze L.*, *Legal Aspects of Court Mediation*, Journal "Justice and Law" (#4(39)13), Tbilisi, 2013, 20, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹⁸ *Tsertsvadze G.*, *Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General review)*, Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 11-12.

¹⁹ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhauri P., Jjiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, *Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia*, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 18, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

²⁰ *Kokhreidze L.*, *Legal Aspects of Court Mediation*, Journal Justice and Law (#4(39)13), Tbilisi, 2013, 18, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

²¹ *Tsertsvadze G.*, *Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review)*, Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 298-299.

²² In most cases for realization of the abolished right and defending it people are applying to court with an action, though in cases envisaged by normative acts realization and restoration of the violated right can be carried out by other authority. So defense of rights can be carried out by action proceeding, as well as ex parte proceeding. Hence a concept "limitation" does not only include limitation of action, but also includes terms, during which the right must be defended by ex parte proceeding. *Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T.*, *Note to Civil Code of Georgia*, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house Law, Tbilisi, 2002, 316-317.

realization of the person's demand by court or some other agency, but not the right of applying to court or some other agency.²³

The word "limitation" in civil law implies that relations, state, event took place so long ago that passing a long period has influence on persons' rights and obligations. The necessity of stating a limitation period is conditioned by the cause that after passing a long period it is sometimes impossible to restore the disputable circumstances and persons don't have evidences to defend themselves any longer. At the same time the existence of the limitation period compels participants of legal relationship to take care timely for realization of their rights and defense.²⁴

According to the Georgian Civil Code (thereinafter – GCC) limitation period is spread on the legal claim from the other person to perform an action or constrain from doing it.²⁵ By the same Code it is stated that the *general limitation period* is ten years²⁶, but for contractual requirements it is *three years*, however, for contractual requirements connected with real estate it is *six years*.²⁷ In addition tile limitation period for those demands, which are rising from periodical obligations, is *three years*.²⁸ Of course the agreement might foresee the performance of obligations not at the same time but periodically. In such a case violation of fulfillment of each obligation originates a legal claim and the limitation period of such demand is *three years*.²⁹ According to GCC other limitation periods might be also foreseen by law³⁰ (for example, Article 920 of GCC), though it clearly excludes changing limitation periods and a rule of calculation them by the agreement between parties³¹.

By the Civil Code of Germany (thereinafter BGB) imperatively states that in case of responsibility for intention the rules of running of a limitation period must not be mitigated by bargaining in advance³². Generally the BGB does not exclude an agreement of the parties on mediation, but determines *maximal* limitation period – by bargaining the limitation period must not exceed a 30-year limitation period from the start of the legal limitation period³³. Accordingly the parties can come to agreement on a period different (more or less) from the limitation period stated by law, but must consider that maximal term is 30 years.

²³ The latter is not time limited – the person can always submit a demand, even after expiration of the limitation period. Expiration of the limitation period excludes the possibility of realization of the right by compulsion from the material and non-procedural point of view. In spite of expiration of the limitation period the demand must be investigated and if it turns out that there is no ground of stopping or ceasing of limitation period the demand will not be satisfied. *Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T.*, Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house "Law, Tbilisi, 2002, 317.

²⁴ *Ibid*, 316.

²⁵ Article 128 of Georgian Civil Code, official issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation Annex, №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>>, it should be noted that in Georgia spreading of the limitation period is not allowed by law on those demands, which ensue from violation of non-property rights. These are demands for protection respect and, dignity, name, author's non-property rights and other personal non-property rights. The exception from this rule can be specially foreseen by the law. Besides the circumstances that limitation period does not spread on depositors' demands because of depositing money in banks and other credit institutions is caused by these long relationships. *Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T.*, Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house "Law", Tbilisi, 2002, 316-317.

²⁶ Article 128, § III of Civil Code of Georgia, the official issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation annex №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>>, [18.06.15].

²⁷ *Ibid*, Article 129 of Civil Code of Georgia, I §.

²⁸ *Ibid*, Article 129 of Civil Code of Georgia, II §.

²⁹ *Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T.*, Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house Law, Tbilisi, 2002, 319.

³⁰ Article 129, § III of Civil Code of Georgia, the official issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation annex №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>>, [18.06.15].

³¹ *Ibid*, Article 146 of Civil Code of Georgia.

³² Civil Code of Germany (BGB), Publishing house Siesta, GTZ, Tbilisi, 38.

³³ *Ibid*.

According to BGB the standard limitation period is three years³⁴, but in some cases it is ten years, for example, a limitation period of demand as for transferring of land into private ownership, as well as for establishing, transferring or demolition of a right on land, also for changing the contents of such right or the right of demand of the opposite fulfillment is ten years.³⁵ Besides except the cases when there is established a different rule for some demands a limitation period is thirty years, for example, rights of demand resulting from reconcilable acts subjected to fulfillment or the documents within the scopes in which rights of demand concern the actions to be performed on a periodic basis, which will have terms in the future, a 30-year limitation period will take place of the standard limitation period.³⁶

An issue of limitation period in some legal system is admitted as a part of procedural law, but in those legal systems, where it is a part of material law, regulating norms are mainly of strict imperative character.³⁷ Despite this from the viewpoint of the limitation period the “international tendencies”³⁸ can be formulated in the following way: unified limitation periods for all kinds of demand, at least within the scope of contractual law; sufficiently short “general” limitation period (3-4 years), the running of which starts from learning about the demand by creditor or from that time when he/she could have learned about the violation of the right, “maximal” or restriction period (usually 10 years) from rising the demand and after passing of which the demand is very old and finally a wide freedom of the parties to modify the limitation regime by agreement.³⁹ Generally the principal elements of the limitation regime are the following: duration of the limitation periods, when they are starting, the circumstances of suspending or renewing of them and whether it is possible to decrease or prolong them by agreement between the parties. It is doubtless that these elements are closely interrelated and they must not be discussed independently.⁴⁰ No wonder that according to recommendation of 2002 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on organizing mediation the member states must provide balance between the necessity and results of the limitation period and the support to the fastest and the most accessible procedures of mediation.⁴¹

Thus considering the legal results resulting from expiration of the limitation period and taking into account “trends” characteristic for legislation of the contemporary developed countries, it becomes clear that legislation of Georgia must keep up with contemporaneity.⁴²

3. The Ground of Suspension of Limitation Period

Limitation rules, as it was mentioned, is traditionally considered to be of obligatory nature but only lately there has been observed the increasing tendency at the national level to give significant freedom to the parties to increase or decrease the limitation period themselves.⁴³ The attitude to increasing the

³⁴ Civil Code of Germany (BGB), Publishing house Siesta, GTZ, Tbilisi, 37.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ Towards a European Civil Code, Edited by: *Hartkamp A.S., Hesselink M.*, Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 518.

³⁸ International Trends.

³⁹ Towards a European Civil Code, Edited by: *Hartkamp A.S., Hesselink M.*, Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 519.

⁴⁰ Ibid, 522.

⁴¹ The Committee of Ministers of the Council of Europe; Recommendation of the Committee of Ministers of the State members about Mediation in Civil Cases, 2002 – 10, 3, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf>, [18.06.15].

⁴² Resulting from the Objectives of the Work there will be only Emphasized Stopping of Running of the Limitation Period and not Changing the Legally Established Limitation Period by Agreement Between the Parties.

⁴³ Towards a European Civil Code, Edited by: *Hartkamp A.S., Hesselink M.*, Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 524.

autonomy of the parties is also noticeable at the international level.⁴⁴ While the Convention of the United Nations on the Limitation Period in the International Trade (New York 1974)⁴⁵ excludes any possibility of modifying the limitation period by the parties, both, the Principles of the International Institute for the Unification of Private Law on agreements of international commerce (UNIDROIT Principles)⁴⁶ and the Principles of European Contract Law (PECL)⁴⁷ give quite enough freedom to the parties to increase or decrease the general, as well as maximal limitation periods. According to UNIDROIT Principles restriction is only that the first one must not be less than 1 year and the other one less than 4 years or more than 15 years. PECL is regulating the issue similarly, but the difference is only that the limitation period can be increased up to 30 years; in addition PECL includes non-contractual obligations too.⁴⁸

It is important that there is observed a wide approaching of the international instruments to each other on the issue concerning the reasons causing suspension of the limitation period.⁴⁹ UNIDROIT Principles and PECL in connection with the basics of suspension of limitation are granting power to the autonomy of the parties. According to UNIDROIT Principles limitation will also be suspended when the parties come to agreement to participate in alternative dispute resolution, such as a process, when the parties demand the assistance of the third party for completing the dispute with conciliation. PECL goes farther and states that for suspension of the limitation period it is sufficient for the parties to make negotiations about the demand and the circumstances, from which the demand was originated.^{50, 51}

Suspension of the limitation period is very important, because a person, whose right was violated, can demand to restore his violated right during the whole limitation period and he loses this right by elapsing this limitation period. Georgian legislation connects suspension of the limitation period with such cases, when the party cannot objectively submit a demand and does not consider subjective will, desire of the parties to suspend the limitation period by agreement or to participate in such alternative processes, as negotiations or mediation. In the comments of Civil Code it is remarked that sometimes a person is not able to submit a demand because of independent from him reasons. As the person does not have the possibility of submitting a demand, running of the limitation period might be suspended when there are circumstances foreseen by law.⁵²

As it was said the GCC does not offer a diverse list of bases of suspension of the limitation period; particularly running of the limitation period is suspended, if fulfillment of the obligation is postponed by an executive authority (moratorium); submission of the claim is impeded by a special force, which is invincible and indivertible in the present conditions; a creditor or a debtor is in the part of the armed forces, which is transferred into the war condition; in other cases foreseen by law⁵³. By the Code it is established suspension of

⁴⁴ Towards a European Civil Code, Edited by: *Hartkamp A.S., Hesselink M.*, Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 524.

⁴⁵ Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 1974) – Convention of the United Nations About the Limitation Period in the International Commerce (New York, 1974) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/limit/limit_conv_E_Ebook.pdf>.

⁴⁶ UNIDROIT Principles – UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts 2010 – Principles on International Commercial Agreements of the International Institute of Unification of Private Law, <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>> .

⁴⁷ PECL - The Principles of European Contract Law 2002, <<http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>>.

⁴⁸ Towards a European Civil Code, Edited by: *Hartkamp A.S., Hesselink M.*, Kluwer Law International, Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 524.

⁴⁹ *Ibid*, 525.

⁵⁰ *Ibid*, 525-526.

⁵¹ *Ibid*, 526.

⁵² *Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T.*, Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-House Law, Tbilisi, 2002, 323.

⁵³ Article 132 of the Civil Code of Georgia, an Official Issue of the Parliament of Georgia Bulletin, Legislation Annex №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>>, [18.06.15].

the limitation period for demands between spouses during marriage until the end of marriage, in the same way between parents and children until a lawful age of children, guardians (caretakers) and persons under guardianship during the whole period of guardianship. Running of the limitation period is suspended in case of participation of a disabled and support receiver until this person becomes completely able-bodied or a legal representative or a supporter is appointed to him/her.⁵⁴ In these latter cases running of the limitation period is suspended not because of the fact that a person does not have the possibility of submission of the claim, but the reason is that a peculiar relationship is developed between spouses, parents and children, guardians (caretakers) and persons under guardianship.⁵⁵ Except the listed above there might be also foreseen by law other cases of suspension of the limitation period. For example, in connection with shipping relationships by Article 700 of the GCC it is envisaged that the limitation period is suspended on the basis of a written reclamation for the day, when a hauler rejects the reclamation and returns the enclosed papers.⁵⁶ It is clear that in this list, in contrast to BGB, there is not mentioned either a case of negotiations between the parties or for the purpose of conciliation cases of participation of the third neutral person.

Limitation period is suspended by the term, for which term a debtor on the basis of the agreement with a creditor is temporarily authorized to refuse to fulfill his/her obligations⁵⁷. In addition to the other bases of suspension of the limitation period Paragraph 204 of BGB states that running of the limitation period will be suspended, if parties are trying conciliation by making an agreement, by any conciliation authority, which is settling disputes; if notification message is done in the shortest period of time from the submission of the application, running of the limitation period will be suspended immediately on submitting the application⁵⁸. In such a case for suspension of the limitation period there are necessary negotiations between the parties, participation of the conciliation authority in the negotiation and court notification message.

It is important that the directive of the European Parliament and the Council of Europe connected with civil and commercial aspects of mediation, dated 21 May, 2008, points that if the mediation process finishes without any result, member states must provide the parties with the possibility of accessibility to court or arbitration. This possibility must be provided even when the directive does not correspond to the limitation of action foreseen by the national legislation.⁵⁹ From this point of view the federal law about mediation of Germany envisaged suspension of the limitation period in the process of mediation.⁶⁰ In Bulgaria the limitation period is not calculated during the mediation process. Though two significant rules of calculating the starting date of mediation are defined, two important issues connected with the limitation period are not foreseen. First of all there are not norms determining the completion date of mediation. In order to protect the parties by law in the process of mediation the process must be ceased in 6 months. The limitation period will be continued in 6 months. Such determination of the time is good for the parties in order to avoid misusing of mediation from each other for lingering the dispute.⁶¹

It is noticeable that legislation of different European countries is striving to foresee negotiations on mediation as a basis of suspension of limitation period. So it is reasonable for Georgian legislation to take

⁵⁴ Ibid, Articles 133-134 of the Civil Code of Georgia.

⁵⁵ Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T., Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house Law, Tbilisi, 2002, 325.

⁵⁶ Ibid, 323-324.

⁵⁷ The Civil Code of Germany (BGB), Publishing-House Siesta, Gtz, Tbilisi, 2010, 39.

⁵⁸ Ibid, 38-39.

⁵⁹ Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhauri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B., Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 49, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

⁶⁰ Ibid, 56-57.

⁶¹ Ibid, 171.

steps in this direction. Considering Georgian legal culture conducting only negotiations as a basis of suspension of limitation period might have some risks so far, though from peculiarities of mediation taking into account participation of the third person in the process giving more opportunities for the development of this institution will be justified.

From this point of view it is interesting to discuss the substance of the agreement on voluntary mediation.

3.1. Agreement to Mediate

The fundamental principle of alternative dispute resolution and different mediation method is the parties' autonomy to their conflict so that other authorities "don't steal" this autonomy from them.⁶² For this reason the agreement between the parties on conducting mediation is very important. By this agreement the parties refuse to continue the dispute it is the first agreement reached by them, which makes real the perspective of reaching other agreements too.⁶³ It should be noted that turning the agreement on mediation into a part of a contract causes lots of questions, because at this time mediation somehow loses its main feature – voluntariness. Consent on mediation confirmed by signing the agreement might become an irritating obligation. Negotiation with such party will be almost impossible and without any perspective. Considering the above mentioned in each concrete case before becoming the consent on mediation a part of the agreement it should be analyzed what kind of disputes can be originated and how much adequate can be mediation for regulating these disputes.⁶⁴ Depending on the nature of a dispute sometimes it is inevitable to involve court or arbitration. It should be also foreseen that recognizing the mediation agreement optionally the agreement will lose its legal purpose.⁶⁵ So the parties can agree on mediation before or even after starting a dispute. It is logical that the consent on mediation reached after starting a dispute can give more real results from the point of view of dispute resolution, because the parties just within the scope of the existed dispute, considering the specifics of the dispute are expressing their will to resolve the dispute by their own possibilities and a mediator's assistance.

3.1.1. Legal Nature and Contents of the Agreement to Mediate as a Contract

According to the recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, of 2002 states must develop cooperation with those services, which are conducting mediation in civil cases in order to use widely international mediation opportunities.⁶⁶ The parties can subject the mediation process to the procedure worked up by some organization or independently in their own agreement foresee those rules, observing of which the process must be conducted.^{67,68} ICC Mediation Rules foresee using these rules in two cases –when the parties from

⁶² *Ervasti K.*, Conflicts Before the Courts and Court-Annexed Mediation in Finland, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 191.

⁶³ *Tsertsvadze G.*, Mediation – Alternative Form of Dispute Resolution (General Review), Publishing-House Meridian, Tbilisi, 2010, 280-281.

⁶⁴ *Ibid*, 288-289.

⁶⁵ *Ibid*, 289.

⁶⁶ The Committee of Ministers of the Council of Europe; Recommendation of the Committee of Ministers of the State members about Mediation in Civil Cases, 2002-10, 4, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf> ,[18.06.15] .

⁶⁷ *Tsertsvadze G.*, Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 281.

⁶⁸ ICC ADR rules about mediation foresee four possible versions: 1. Facultative Mediation – parties agree that in case of mutual desire they will use mediation for settling a dispute, 2. Obligatory Mediation – when parties foresee using mediation that is considered as a constituent of a contractual obligation and is obligatory for fulfillment, 3. Obligatory of using Mediation by a Mechanism of Automatic Expiration of the Term, for Example Parties are

the very start had agreement and instructions in it to these rules and when the parties applied to the institute for mediator's service after starting the dispute. In such a case on the basis of applying of one party the institute is connecting with the other parties itself and is trying to persuade them^{69 70}.

Legal nature of the mediation agreement in different law and order is differently explained. In Austria it is admitted that the agreement about mediation is such kind of service agreement, which is not directly foreseen by law and expresses private autonomy of the parties and a principle of freedom of agreement conclusion. In the Netherlands it is defined as a contract of agency. In Poland and Spain it is admitted as service. In Switzerland mediation agreement is considered as a material legal agreement, though in other opinion it can be considered as bargaining, which is followed by material, as well as procedural-legal results. The French doctrine and court have one and the same position and consider the mediation agreement as one of the types of agreement which gives obligation of conducting the procedure envisaged by this agreement.⁷¹ In the USA the mediation agreement is completely subjected to general principles of contractual law, though in connection with the scopes and forms of using these principles homogeneous court practice has not been established yet. Assent to mediation might become a constituent part of the standard conditions of agreement. This opinion is supported by the European Union, when a case concerns a dispute originated with a consumer.⁷²

An agreement of consent to mediation usually includes such main issues as awareness of the parties about the principle of mediation,⁷³ scopes of mediation⁷⁴, voluntariness of mediation⁷⁵, confidentiality⁷⁶, obligation to disclose information⁷⁷, impartiality of a mediator⁷⁸, obligation to refrain from legal procedure in court⁷⁹, mediation expenses, amount and payment rules^{80 81}. There are also paragraphs of conflict of interests⁸², paragraphs of fulfillment of agreement⁸³, when parties express will that the reached agreement

Agreeing that if Agreement is not Reached after 45 days from Applying to ICC about Starting Mediation, the Parties are no Longer Obligated to Continue the Procedure, 4. When after Expiration of the Set Term (see 3), the Parties are Granted the Right to ask for Dispute Resolution by ICC Arbitration *Tsertsvadze G.*, Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 281.

⁶⁹ ICC Mediation Rules, 2014, <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>>, [18.06.15].

Tsertsvadze G., Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 282.

⁷¹ *Tsertsvadze G.*, Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 283-284.

⁷² Ibid, 284-285.

⁷³ *Nature of Mediation.*

⁷⁴ *Scope of Mediation.*

⁷⁵ *Mediation is voluntary.*

⁷⁶ In Mediation Confidentiality Presumption Always Exists. Parties must be Aware What Kind of Information will be Protected by the Confidentiality Principle in the Process of Mediation, *Tsertsvadze G.(ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhauri P., Jijashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Jibladze B.*, Legal Regulation Perspectives of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Dispute Resolution, Tbilisi, 2013, 27, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> ,[18.06.15].

⁷⁷ *Full Disclosure.*

⁷⁸ *Mediator Impartiality.*

⁷⁹ *Litigation.*

⁸⁰ *Mediation Fees.*

⁸¹ *Melamed J.*, Sample Agreement To Mediate, Eugene, 1998, <<http://www.mediate.com/articles/melamed6.cfm#>>, [18.06.15].

⁸² *Conflicts of Interest.*

⁸³ *Enforcement of the Settlement Agreement.*

must be obligatory, any party has the right to fulfill it by court procedures.⁸⁴ Agreement must envisage mediation terms.⁸⁵

If the agreement does not contain all the necessary meaningful requisites, it cannot be qualified as an agreement to mediation. In the Swiss doctrine the necessary requisite is referring the dispute to a concrete third person for the purpose of organizing mediation. In some opinion for the authenticity of mediation agreement three main components are necessary: the agreement should foresee the dispute resolution by participation of the third neutral person, it should be defined definitely from which legal relationship the dispute must be resolved by mediation and finally the parties must appoint a mediator, which according to the consent procedure must assist them to find a common outcome.⁸⁶

Concrete and detailed regulation of relationships connected with mediation must be only positively estimated.⁸⁷ Moreover in the conditions, when mediation is not restricted by law, the parties can modify current mediation agreements established in the developed countries, the main things here are voluntariness and the will of the parties.⁸⁸ In spite of the differences existed in opinions and court practice connected with the mediation agreement it can be said that this agreement is a legal ground of alternative resolution and much depends on its correct formulation.⁸⁹

3.1.2. Form of Agreement to Mediate

In most states there is not envisaged any special form for the agreement to voluntary mediation, there is a general principle that in case of consent of both parties an agreement about mediation can be made freely. So far legislation of Georgia has not envisaged regulating norms of mediation agreement either. Thus there must be used regulating norms of contractual law. Part one of Article 319 of GCC consolidates a contractual freedom principle; subjects of private law within the scope of law can freely make agreements and define the contents of this agreement. They can make such agreements, which are not foreseen by law but don't contradict it. Part one of Article 327 of the GCC states that the agreement is admitted to be concluded, if the parties agree on all its main conditions in the form foreseen for it. According to Part two of Article 328 of the GCC if parties have agreed on a written form, the agreement can be concluded by drawing up one document signed by both parties; for providing a form it is also enough telegraphic notification, telecopy or exchange of letters.⁹⁰

In spite of not existence of legislative demand objective evidence confirming the agreement is recommended, if the authenticity of the agreement is to be clarified by court.⁹¹ So oral agreement to mediation is not approved; moreover considering Georgian legal culture and the novelty of mediation institute it is reasonable to envisage a written form for the mediation agreement. It should be noted that in Germany it is acceptable to conclude this agreement and conduct the mediation process by using electronic means. The same rule is used to the agreement concluded by participation of a consumer. The Canton

⁸⁴ The Law Society, The Agreement to Mediate, <<https://www.lawsociety.com.au/cs/groups/public/documents/internetcontent/026501.pdf>>, [20.06.15]

⁸⁵ *Tsertsvadze G.*, Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 287-288.

⁸⁶ *Ibid*, 286-287.

⁸⁷ *Ibid*, 288 .

⁸⁸ The Law Society, The Agreement to Mediate, <<https://www.lawsociety.com.au/cs/groups/public/documents/internetcontent/026501.pdf>> [20.06.15]

⁸⁹ *Tsertsvadze G.*, Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 300.

⁹⁰ The Civil Code of Georgia, the official issue of the Parliament of Georgia, "Bulletin", legislation annex №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>> , [18.06.15].

⁹¹ *Tsertsvadze G.*, Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 285.

legislation of Geneva (Switzerland) does not envisage any special form for the mediation agreement either. It can be concluded as in the course of the civil process, as well as before starting it, by the initiative of parties, as well as by recommendation of a judge.⁹²

3.1.3. Legal Results of Agreement to Mediate

According to the GCC and BGB the time, during which running of the limitation period is suspended, will not be considered as a limitation period^{93,94}. The limitation period is the time passed before starting of those circumstances, which cause suspension of the limitation period; but the time, during which the circumstance suspending the limitation period is continuing, is not taken into account. Suspension of the limitation period will be continued until ceasing the circumstance, which was the basis of its suspension. After the circumstance suspending running of the limitation period has been ceased, the limitation period continues running during the rest of the limitation time.⁹⁵ As a rule, courts are trying to support the effectiveness of mediation. One part of legal experts thinks that agreement about mediation is causing suspension of the right to file an action until the end of the mediation process, because of which the action filed before the end of mediation must not be recognized admissible by court. On the contrary in Austria mediation agreement and conducting the mediation procedure in accordance with it is not considered as a precondition of starting a civil procedure. The parties are not obliged to use mediation inevitably as a means of resolution of the dispute even when there is a preliminary agreement about it. Violation of the mediation agreement will not cause using any kind of sanction to the violating party. In Switzerland fulfillment of the mediation agreement also depends on good will of the parties. If it is not done, there will be started an adversary proceeding.⁹⁶

In French Law mediation agreement originates concrete obligations: parties are obliged to conduct a mediation process in conformity with the agreed procedure and apply to court only in case of completing the process unsuccessfully (except the case, when the mediation agreement according to the desire of both parties is announced invalid).⁹⁷

In 2002 English court stated that if parties have the mediation agreement, they are obliged to try to use this mechanism. In 1998 the supreme court of Germany explained, that legal proceeding must be temporarily suspended until the alternative and agreed procedure of dispute resolution is finished. Such regulation is recognized in the whole North America. A disputable issue is whether a judge has the right to recognize the action as inadmissible by own initiative, if the second party is not pointing to the existence of the mediation agreement.⁹⁸ It will be more correct for a judge to consider the dispute, because as the second party does not point to the existence of the mediation agreement, it is meant that the both parties have rejected the mediation process.

⁹² *Tsertsvadze G.*, *Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review)*, Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 286.

⁹³ Article 115 of the Georgian Civil Code, the official issue of the Parliament of Georgia, "Bulletin", legislation annex №31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>> ,[18.06.15].

⁹⁴ The Civil Code of Germany (BGB), Publishing-House Siesta, Gtz, Tbilisi, 2010, 40.

⁹⁵ *Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T.*, Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house Law, Tbilisi, 2002, 327-328.

⁹⁶ *Tsertsvadze G.*, *Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General review)*, Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 291-292.

⁹⁷ Grand Chamber of the French Appellate Court (in 2003) after contradictory resolution of different chambers of the Appellate Court adopted a resolution, according to which the existence of juridically real mediation agreement excludes the right to apply to court before the end of the procedure. The action arisen on this agreement must be recognized inadmissible by the court. For being it recognized inadmissible the second party must point to the existence of the mediation agreement. *Tsertsvadze G.*, *Mediation – Alternative Form of Dispute Resolution (General Review)*, Publishing-House Meridian, Tbilisi, 2010, 291.

⁹⁸ *Tsertsvadze G.*, *Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General review)*, Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 293-294.

When talking about legal results of the mediation agreement an interesting issue is its relation to its limitation period, for example, the Austrian legislator defined directly by law that running of the limitation period of all the demands, in connection with which this process is being conducted and on which the parties must come to agreement by means of mediation, is suspended from the very start of the mediation process. Mediation agreement and in conformity with this agreement conducting of the mediation procedure in France also suspends running of the limitation period.⁹⁹

According to Georgian legislation, as it was mentioned above, the principles of suspending running of the limitation period quite imperatively and exhaustively are established and in the list of these principles there is not observed the mediation agreement and moreover conducting only negotiations

The usage of alternative means of dispute resolution in England does not cause the prohibition of bringing of action until the end of the process. If the action is brought in the process of mediation, it will be followed by stopping the proceeding. If parties are applying to court and the process is finished without making resolution, it will not cause “revival”¹⁰⁰ of the mediation, which existed before. From this point of view it is important that the Georgian Civil Procedure Code (hereinafter GCPC) envisages the court obligation to stop proceedings a) in case of a person’s death, if the natural succession is regarded admissible by disputable legal relations or when the legal entity, which is the party in the case, stops existence; b) if it states that the party is a receiver of the support, for which the support was set for carrying out procedural representation, but has not received the support; c) when a defendant is in the operating unit of the armed forces of Georgia or at request of a plaintiff being in the similar units; d) if the case investigation is impossible until the resolution of the other case, which has to be investigated by civil law or administration rule; e) if the case is investigated by the commission of restitution and compensation or commission committee; f) if in the opinion of the case investigating court a law which is to be used for this case does not correspond or is against the Constitution, the court will suspend the investigation of the case until taking decision by the Constitutional Court on this issue, after which investigation of the case will be renewed; g) if the matter for the purpose of completing it by mutual agreement of the parties is transferred to a mediator.¹⁰¹

The court according to the application of the parties or of its own motion can suspend proceeding, if: a) a party is in actual military service or called up to perform some state duty; b) the party is in long business trip; c) the party is in some patient care institution or is ill and is unable to appear in court that is confirmed by a note from the medical institution; d) the defendant is announced to be wanted in cases foreseen by law; e) the court set expertise.¹⁰² As it is seen a Georgian legislator does not envisage suspension of proceeding in court either when exists an agreement between the parties on voluntary mediation; of course exception is court mediation.

Interim Statement 1

The Georgian Civil Code does not envisage the mediation agreement as a basis of suspending of the limitation period; moreover, it excludes the possibility of changing of the limitation period by the agreement of the parties. Civil Procedure Code of Georgia does not envisage the agreement between the parties on voluntary mediation as a basis of suspension of proceedings of a court, though transferring the case to the court mediation is a ground of suspension of proceedings.

⁹⁹ Tsertsvadze G., *Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General review)*, Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 299.

¹⁰⁰ *Ibid*, 300.

¹⁰¹ Article 279 of the Georgian Civil Code, the official issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation Annex № 47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>>, [18.06.15].

¹⁰² *Ibid*, Article 280 of GCPC.

3.2 In respect to Starting Negotiations

It is important that BGB in conducting negotiations between parties is stipulating suspension of the limitation period. It can be said that one of the main basis for suspension of the limitation period is negotiations between parties, particularly when a debtor and a creditor are negotiating about the right of demand or around the circumstances of its ground, the limitation period running will be suspended until one or the other party refuses to continue negotiations. The right of demand is not limited after suspension at least for three months until expiring the term¹⁰³. It should be noted that the mentioned norm does not require any formal framework for conducting negotiations, for example, participation of the third neutral person or obligation of sending an official notification to a special authority/court in connection with starting the negotiations. There is neither an issue concerning the necessity of the agreement about suspension of the limitation period stated by law – starting negotiations between them about any other special agreement will cause suspension of the limitation period. It will be a guarantee that unconscientious party's (debtor's) participation in the negotiations cannot be abused for passing the limitation period. In case of finishing the negotiations with no result the creditor will have at least three month for submitting the demand.

So it is clear that one of the most developed countries of Europe – Germany is quite loyally in relation to conducting negotiations by parties and for encouraging it will suspend the limitation period even when the parties are trying to conduct these negotiations with their own effort without the third person. The issue is settled in the same way by the European Union according to “The principles of European Contractual Law”, which for member states of the European Union is a model of the united private law.¹⁰⁴ According to 14:304 Article of Principles of European Contractual Law¹⁰⁵ if parties are conducting negotiations on the demand or on those circumstances which might cause the demand, the limitation period will not be exhausted for a year from the last communication of the negotiations.¹⁰⁶

Only negotiations between parties, as a reason of suspension of limitation period originally was in UNIDROIT Principles, but finally it was denied because of two main reasons: firstly, it is hard to define the concept of negotiations and precisely when it started and finished; secondly, for the parties must have been left the right of choice when they would enter into more or less formal negotiations for resolution of the dispute in order to come to agreement whether the limitation period would be suspended, and it would, for which term. For these reasons it must be reasonable strict approach to Georgian legislation, which will not suspend the limitation period because of conducting negotiations between parties.

3.3. In respect to Court Mediation

Nowadays there are two different methods for conciliation of the parties participating in court process: one is encouragement of conciliation in civil justice and the other one – court mediation.¹⁰⁷ Court mediation, unlike the mediation with a mediator's attempt before applying to the court, is more additional

¹⁰³ The Civil Code of Germany (BGB), Publishing – House Siesta. Gtz., Tbilisi, Siesta, 2010, 38.

¹⁰⁴ The Principles of European Contract Law, translation edited by E. *Bzekalava*, T. *Chalidze*, A. *Tsertsvadze* and D. *Gegenava*, The David Batonishvili Institute of Law, Tbilisi, 2014, 12.

¹⁰⁵ PECL - The Principles of European Contract Law 2002, <<http://www.transnational.deusto.es/emttl/documentos/Principles%20of%20European%20Contract%20Law.pdf>>.

¹⁰⁶ Principles of European Contractual Law, Translation edited by E. *Bzekalava*, T. *Chalidze*, A. *Tsertsvadze* and D. *Gegenava*, The David Batonishvili Institute of Law, Tbilisi, 2014, 82, in the original: *Article 14:304 Postponement of Expiry in Case of Negotiations*: If the parties negotiate about the claim, or about circumstances from which a claim might arise, the period of prescription does not expire before one year has passed since the last communication made in the negotiations.

¹⁰⁷ *Ervasti K.*, *Conflicts before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland*, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 186.

mechanism of dispute resolution, than alternative, because this mechanism starts after registering a claim, when all the preparatory work is performed.¹⁰⁸ Hence court mediation in the opinion of some authors is factually a cultural attack.¹⁰⁹ Negotiating parties voluntarily agree the mediation process and come to agreement independently, i.e. their agreement is based completely on their responsibility. Voluntarily fulfillment of the agreement achieved as a result of the mediation process supports and maintains social relations between the disputing parties. In spite of this a legislator often gives judges the right to charge the parties to be involved in the mediation process. Because of it the main principle of mediation – voluntariness might be violated.¹¹⁰

By court mediation is meant an intermediary procedure, recommended or set by court after applying of parties to court, which is carried out under court control by a mediator appointed by court or directly by a judge. Transferring a case to the mediator, court control over the mediation procedure, its renewal, terminating, finishing successfully and so on must be done in the form of action, envisaged by procedural law, which gives procedural guarantees, but in case of unsuccessful mediation – the possibility of dispute resolution by court rule.¹¹¹

Court mediation (obligatory mediation) is some modification of classical mediation. The main point of mediation its voluntariness. Parties within the scopes of private autonomy are agreeing to apply to a mediator for help to settle the dispute. In obligatory mediation court (in the name of state) is obliging parties to try conciliation before proceedings. Parties have no right of choice and are obliged to move from the court room to the conciliation room. Implementing the court mediation institute the state takes responsibility before those parties, whose autonomy of will it confines. For fulfillment of the responsibilities taken by the state, it is necessary to create a legislative base, by which the issues connected with the court mediation will be more or less perfectly regulated. According to the conclusion of the resolution of the appellate court of England taken in 2004 obligatory court mediation, transferring the case to the mediator in the opinion of court contradicts Article 6 of the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.¹¹² Obligatory mediation also contradicts the directive of the European Parliament and the European Council, issued in 2008, “About Some Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters”, the paragraph 5 of Article 1 of which states that taking into account all the circumstances of case a claim considering court can offer the parties to apply to a mediator for the purpose of settling their dispute.¹¹³ The current French legislation foresees the court right, by the consent of the parties, to suspend litigation so that a mediator will try to reach an agreement. This process must not be continued for more than three months and is finished with an application of the party or the mediator or initiative of the court itself if mediation does not have any result.¹¹⁴

¹⁰⁸ *Weber L. J.*, Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom, Dallas, 1992-199, 2114.

¹⁰⁹ *Ervasti K.*, Conflicts before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 191.

¹¹⁰ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhaouri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 14, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

¹¹¹ *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, Journal “Justice and Law” (№4(39)13), Tbilisi, 2013, 27, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹¹² *Ibid.*, 28.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Tsertsvadze G.*, Mediation Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing House Meridian, Tbilisi, 2010, 293.

Obligatory mediation is also regulated in the Uniform Mediation Act of the USA, paragraph “a” of Article 3 of which foresees the obligation to settle the dispute by mediation according to the law, decision of court, administration authority or arbitrator.¹¹⁵

The general feature of all conciliation methods is that outcome must be admissible for both parties, but judicial examination and justice outcome must be officially established by law.¹¹⁶ In court mediation the main focus is not on finding substantively right outcome, neither the procedure is confined by general procedural legislation. In court mediation the procedure might be very informal, the result – creative and corresponding to both parties’ interests.¹¹⁷ According to Article 131-1 of French new Civil the dispute investigating court can after receiving the consent of the parties can assign a third person for hearing and clearing up parties claims in order to have the opportunity of settling the risen dispute. According to Article 131-10 of the same code by solicitation of one of the parties or at the initiative of the mediator a judge is authorized to bring the mediation process to a stop anytime.¹¹⁸

In some law and order court mediation is governed by judges themselves, in other law and order a mediator might not be a lawyer by profession, for example, in Finland, court mediation is like an ordinary mediation, there a judge, which takes responsibility as a mediator, forgets the previous role of judge. Court mediation is a voluntary procedure for parties, organized by a judge; its aim is to create such circumstance, where parties will find themselves the agreeable solution of their dispute.¹¹⁹ In Finland court mediation by its nature is facilitative effort, though at the parties’ consent the agreement can be offered by the mediator too; so court mediation of Finland is estimative by nature.¹²⁰ The diversity of opinions is caused by the issue, when a judge is offering conciliation he/she either must be based on substantive law or must point the parties to their procedural positions in the case. According to researches most conciliation is achieved in oral investigation.¹²¹ Mediation can be rejected when the parties are not equal, because it might cause such situation, when the party does not defend its own interests properly. It should be noted that the outcome found in mediation is not obligatory to be corresponding to the current law. In the doctrine it is pointed out that court mediation favors to increase confidence to the court.¹²²

It is interesting that in contrast to Denmark and Norway court mediation of Finland is public,¹²³ and this generally is in contradiction with the main principle of mediation – confidentiality. On this point it should be positively estimated the fact that in Georgia court mediation is confidential, if parties don’t agree otherwise.¹²⁴ Though the absolute confidentiality might cause negative results and the party behind the confidentiality protecting fence might act in bad faith hoping that it will not be divulged and punished accordingly. If mediation is strictly confidential, the party confiding the facts of the second party and

¹¹⁵ *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, Journal Justice and Law (№4(39)13), Tbilisi, 2013, 22, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹¹⁶ *Ervasti K.*, Conflicts Before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 191.

¹¹⁷ *Ibid*, 194.

¹¹⁸ *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, journal Justice and Law (№4(39)13), Tbilisi, 2013, 22, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹¹⁹ *Ervasti K.*, Conflicts before the Courts and Court-Annexed Mediation in Finland, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 194.

¹²⁰ *Ervasti K.*, Conflicts before the Courts and Court-annexed Mediation in Finland, Scandinavian Studies In Law, Helsinki, 1999-2012, 196.

¹²¹ *Ibid*, 190.

¹²² *Ibid*, 196-197.

¹²³ *Ibid*, 196.

¹²⁴ Article 187⁸ of the Civil Procedure Code of Georgia, the Civil Procedure Code of Georgia, the Official Issue of the Parliament of Georgia , “Bulletin”, Legislation annex № 47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>> , [18.06.15].

suffers for this reason has very little possibilities to prove bad faith of the second party. The party suffered once, presumably will not choose mediation for dispute resolution.¹²⁵

According to the directive of the European Parliament and the European Council of the 21st of May, 2008 in connection with the civil and commercial mediation aspects the mediation process must be voluntary. It is organized in conformity with the desire of the parties and can be finished at any stage. In addition court might also set the definite time for the mediation process. Court must try at any stage of proceeding to urge the parties within the scope of possibilities to conduct the mediation process.¹²⁶ For example, in Germany mediation is harmonically acting in justice. Mediators are working just in courts and as a result potential number of court disputes is decreasing significantly. Today mediation is integrated not only in family courts of Germany and etc. In law schools of Germany mediation course is mostly taught. So on finishing the faculty of law each student has learned mediation course.¹²⁷

More admissible is a voluntary model of court mediation, when a judge having received the consent of the parties transfer the case to the third person (facilitator, mediator) for hearing the parties opinions, clearing up their claims in order to regulate the disputes existed between them. Such approach is more corresponding to main principles of proceedings, namely the dispositional principle. The parties must decide themselves whether to use the right envisaged by procedural legislation to regulate a conflict by mediation as well as decide whether to apply or not to court with some solicitation. Such model is foreseen by the new civil procedural code of France (Articles 131-1-131-15).¹²⁸

On the 20th of December of 2011a Georgian legislator made some amendments to the Civil Procedure Code of Georgia, a new chapter XXI¹ – Court Mediation was added. The content of the given articles shows that the Civil Procedure Code of Georgia consolidates as obligatory, as well as voluntary mediation.¹²⁹ There were defined dispute categories, which can be subjected to court mediation after submission of claim to the court. These categories are: family legal disputes, except adoption, invalidation of adoption, limitation and depriving of parent's right; hereditary legal disputes; neighbor disputes; any dispute when approved by the parties. In this last case the dispute can be transferred to a mediator at any stage.¹³⁰ Social relations in Georgian reality have had a strong basis since the old times (family, neighborhood and etc.). Any kind of conflict, personal or professional, is accompanied by emotions. Legal procedures don't emphasize emotions; the situation is estimated from the procedural point of view. On the contrary of the above-mentioned mediation emphasizes expressing emotions and their perception. Revealing and understanding emotions might become the precondition and basis of conciliation, accordingly apology or forgiveness, simple expressions of human nature, are very important for mediation. Such emotional issues

¹²⁵ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhauri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 31-32, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

¹²⁶ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhauri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 47, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

¹²⁷ *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, Journal, Justice and Law (#4(39)13), Tbilisi 2013, 20, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹²⁸ *Ibid*, 28.

¹²⁹ *Ibid*, 27.

¹³⁰ Article 187⁸ of the Civil Procedure Code of Georgia, the Civil Procedure Code of Georgia, the Official Issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation Annex № 47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>>, [18.06.15].

are mostly in family, neighbor and hereditary disputes and it is reasonable that a legislator just them subjected to mediation, though labor disputes must be also added to this list.¹³¹

In any case court decision on transferring the case to a mediator is not subjected to appeal.¹³² In such a case for court mediation is set a 45-day term, but no less than two meetings. If parties agree, this term can be extended by the same period. If the party does not appear at the meeting appointed by the mediator, it will be charged with court expenses completely regardless of the result of the dispute completion and a fine in the amount of 150 GEL, though in the court mediation process in case of completing the dispute with parties' agreement, this fine is not used any more. These sanctions are not used, if the dispute is completed with conciliation in legal proceeding.¹³³

For court mediation the case can be transferred to a physical or legal entity. The law does not regulate the issue of choosing/appointing a mediator. Presumably a judge must consider both parties' opinions. By Code it is foreseen general principles of challenging to the mediator.¹³⁴ Mentioning of a juridical person as a mediator in law is not justified by specialists of this field. The dispute must be transferred to a concrete physical person, which will perform a role of a mediator in the negotiations process of the parties. A juridical person will not perform the mediator's role. In the United States of America qualification requirements of a mediator is established by law. It is nonsense a juridical person being in the role of a mediator. Pointing to a juridical person in the law can be understood as pointing to the juridical person offering mediation service, which combines physical persons-mediators.¹³⁵

When parties come to agreement court basing on court solicitation in the term established by law for mediation proves this agreement with conciliation decision and proceeding is ceased.¹³⁶ This decision is not appealed.¹³⁷ According to Part 2 of Article 187⁸ of the Georgian Civil Procedure Code in case of failure of coming to agreement in the stated term a plaintiff can submit an action with the observance of the general rules. It should be noted here that when the case is transferred to court mediation, the action is already brought in the court and transferring of the case to the mediator is a ground of ceasing the proceeding¹³⁸, accordingly by this article must be meant that proceedings will be resumed, if agreement as a consequence of court mediation is not reached in the set term. It is also important Article 187⁹ of the GCPC, according to which court is authorized on its own initiative or basing on solicitation of the party to abrogate a measure of provision of the used decision, if the court without agreeing with court mediation does not submit the action within 10 days after completion with the observance of the general rules. Here must be meant a case, when a plaintiff does not submit the solicitation on resuming proceeding within 10 days or/and transferring the case to a mediator before checking up the admissibility of the action by court. Article 187¹ of Civil

¹³¹ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tsvauri R., Ivanidze G., Makhaouri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B., Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 15-16, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].*

¹³² Article 187¹ of the Civil Procedure Code of Georgia, the Civil Procedure Code of Georgia, the Official Issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation Annex № 47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>>, [18.06.15].

¹³³ *Ibid*, Articles 187⁵, 187⁶ of GCPC.

¹³⁴ *Ibid*, Articles 187⁴, 31 of GCPC.

¹³⁵ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tsvauri R., Ivanidze G., Makhaouri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B., Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 63, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].*

¹³⁶ Articles 187⁷, 272, Civil Procedure Code of Georgia, the official issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation Annex № 47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>>, [18.06.15].

¹³⁷ *Ibid*, Article 187⁷ of Civil Procedure Code of Georgia.

¹³⁸ Article 279, § "f", Civil Procedure Code of Georgia, the Official Issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, Legislation Annex № 47-48, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962>>, [18.06.15].

Procedure Code of Georgia envisages transferring the dispute to a mediator on the initiative of court after submitting an action of the corresponding category to court, i.e. transferring is also admissible before expiring the term of checking up the admissibility of the action, when it is not still received in proceedings. Based on the content of this article it is possible that even in case of submitting an inadmissible claim the dispute might be transferred to a mediator (claim containing such defects, which according to Part one, of Article 186 of the same code is a ground of rejecting its acceptance, except the obligation about paying state tax in advance, as by paragraph “a” of Article 39 of the same code “on claims resulting from Article 187³ of this code the amount of the state tax makes up 1% of the dispute subject value, but no less than 50 GEL”, which is the necessary condition for transferring the case to a mediator), when an issue of suspension of proceeding is not arisen, as proceeding has not started yet.¹³⁹ So according to the existed regulation a risk of running of the limitation period might be raised even in the process of court mediation, when the action is transferred to a mediator before accepting the claim in proceedings.

Interim Statement 2

By classical sense voluntary mediation in Georgia is not regulated by law. It is a new institute, which needs encouragement at the legislation level. Suspension of the limitation period by agreement on voluntary mediation must have a positive influence on the development of the voluntary mediation institute, besides the interests of the both parties will be maximally protected.

4. Moment of Suspension of Limitation Period

For calculation the limitation period correctly it is important to define a moment of starting it. This moment is in conformity with the day, when a legal claim was originated. Running of the limitation period cannot start before the origin of a legal claim. Hence it is necessary to define the moment of origin of a legal claim. In some cases the start of running of the limitation period is directly defined by law.¹⁴⁰ If it is not directly pointed out in the law a legal claim will be originated, when a person heard or must have heard about the violated right.¹⁴¹ If it is cleared up that a person because of his carelessness could not hear of violation of the right, running of the limitation period will be started from the moment, when by the circumstances of the case the person must have heard about violation of the right. When a moment of origin of the legal claim is referred to in the law or agreements, it is admitted that a participant of legal relations is aware of the time of origin of a legal claim and running of the limitation period will start from this moment. Here is also meant a case when the agreement is concluded for a definite term. If the agreement is concluded for indefinite term (or is defined by claim moment), a person will learn about violation of the right only when he/she asks for fulfillment of the demand and the second party does not carry out the action which it was obliged to. If a person is given a referential term for fulfillment of the demand, the limitation period will be calculated from the expiration of this term.¹⁴²

When the start of running of the limitation period is defined, it will be important to define precisely the moment of suspension its running. The limitation period is suspended, if circumstances envisaged by GCC

¹³⁹ *Kokhreidze L.*, Legal Aspects of Court Mediation, Journal, Justice and Law (№4(39)13), Tbilisi, 2013, 29, <<http://library.court.ge/docs/144/>>, [18.06.15].

¹⁴⁰ (For example, Article 699) *Chanturia L.*, (chief ed.), *Akhvlediani Z.*, *Zoidze B.*, *Jorbenadze S.*, *Ninidze T.*, Comment of the Civil Code of Georgia, Book one, General Regulations of Civil Code, Publishing-house Justice, Tbilisi, 2002; it is supposed that an objective moment (the fact of the violation of the right itself) coincides with a subjective moment (when a person learnt or must have learnt about this fact), though it is not always so. It happens when a person learns or could have learnt about the violation of the right later than the violation happened. If it is confirmed that a person learnt about the violation of the right late, it is natural that he/she cannot ask for defense of the right before learning about violation either.

¹⁴¹ *Chanturia L.*, (chief ed.), *Akhvlediani Z.*, *Zoidze B.*, *Jorbenadze S.*, *Ninidze T.*, Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-House Law, Tbilisi, 2002, 320.

¹⁴² *Ibid.*, 320-321.

rose or continued existence for the last six months of the limitation period; but if this term is less than six months – during the limitation period¹⁴³.

Circumstances listed in Article 132 of GCC don't always cause suspension of the limitation period. They will suspend the limitation period only if they rose or continued existence for the last six months of the limitation period. If the limitation period is less than six months, running of the limitation period will be suspended at each moment of the whole period.¹⁴⁴

Today norms about current limitation periods in Georgia are imperative. Participants of legal relations by mutual agreement can't exclude or change the effect of the limitation periods (come to agreement on more or less terms than established by legal norms) or the rule of calculation them. If parties agree on other limitation periods, different from those foreseen by law, yet there will be used norms established by law.¹⁴⁵

4.1. Reach an Agreement to Mediate

In case of becoming interested by the issue to be discussed by a Georgian legislator, it might be possible to use for example, law of ONTARIO (Canada) about the limitation period¹⁴⁶, because according to Article 11 of this law agreement between parties to settle the dispute by the assistance of the third independent person, will suspend the limitation period from running. The law regulates the issue on suspension the limitation period from running when parties consent with each other. First, the law does not depend on the contract to mediate; it admits sufficient only the existence of an agreement to mediate. Accordingly such agreement does not need proving preconditions stated for authenticity of the contract.¹⁴⁷ It means that it is not necessary for the parties to enter into contract with each other; it is enough for them to agree to have an independent third party resolve the claim or assist them in resolving it. Second, the agreement need not be in any particular form. It need not be a formal written agreement.¹⁴⁸ I.e. it is not necessary for the parties to express agreement in writing. They can reach agreement orally or by means of sending e-mails. Third, the law states three *objectively definable* events, on rising of which running of the limitation period is keeping on. It should be noted that a subjective moment, such as, for example, "good faith effort of the party" is not used in the law.¹⁴⁹ It must be estimated positively. As it would be hard to prove that whether the party attempted to settle a dispute in good faith, the existence of such subjective criterion would rise many unanswerable questions and cause different approaches in court practice. Fourth, when running of the limitation period foreseen by law is protected, the party wanting to submit a legal

¹⁴³ Article 136 (1) of the Civil Code of Georgia, the official issue of the Parliament of Georgia, "Bulletin", legislation annex № 31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>>, [18.06.15].

¹⁴⁴ Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T., Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house "Law", Tbilisi, 2002, 328-329. It is meant that if circumstances of stopping the running of the limitation period are arisen and ceased earlier (before the last six months of the limitation period), a person still has enough time after ceasing the circumstance of stopping the demand, there must be left enough time for a person (creditor) to submit a demand. For this purpose it is established that from the day of ceasing the circumstance, which was a basis of stopping of running of the limitation period, the term will be extended up to six months, but if the limitation period is less than six months, then it will be extended up to the limitation period. As a result of it the time left after ceasing of the circumstance stopping of running the limitation period is always six months, but when the limitation period is less than six months, it equals to this period.

¹⁴⁵ Chanturia L. (chief ed.), Akhvlediani Z., Zoidze B., Jorbenadze S., Ninidze T., Note to Civil Code of Georgia, Book I, General Statutes of Civil Code, Publishing-house Law, Tbilisi, 2002, 2002, 339.

¹⁴⁶ Limitations Act, 2002, Ontario, Canada <<http://www.ontario.ca/laws/statute/02l24>>, [18.06.15].

¹⁴⁷ Heintzman T.G., Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running? Toronto, 2014, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf>, [18.06.15].

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

claim must submit the claim within the scope of the extended limitation period, regardless of the existence of the obligation on mediation.¹⁵⁰ Fifth, provides protection that can be used whenever a decision to mediate is made. It does not matter whether agreement to mediate was envisaged in the contract, under which the dispute arises. The usage of the law is also possible on the basis of the delict or other non-contractual agreement.¹⁵¹

In case of Georgia it will be more justified if only understanding of the parties on mediation will not be enough for suspension the limitation period. It will be better if parties enter into agreement in writing (see 2.1.2).

4.2. Formation of a Contract to Mediate

Article 11 of Ontario Law under the title “Agreement Attempt¹⁵²” states as follows: If a person with a claim and a person against whom the claim is made have agreed to have an independent third party resolve the claim or assist them in resolving it, the limitation periods established by Articles 4 and 15 do not run from the date the agreement is made until

- (a) the date the claim is resolved;
- (b) the date the attempted resolution process is terminated; or
- (c) the date a party terminates or withdraws from the agreement .

According to paragraph 2 of the same Article an independent third person is considered to be a person or organization which provides resolution of the claim or assistance in solving it impartially, it does not matter from where it is financed.¹⁵³

From the presented Article it is clear that the unconditional base of suspension the limitation period is the agreement of disputing parties that they by assistance of the third person will attempt to resolve the dispute. Besides the starting point of suspension the limitation period from running is just reach the agreement and not formation of a contract. It should be noted that on the case Sandro Steel Fabrication Ltd. v. Chiesa the Ontario Court of Appeal held that Article 11 applies whenever there is an agreement to appoint a mediator, whether the agreement is formal or informal.¹⁵⁴ Moreover, the court stated that Article 11(1) is used even when the agreement is doubtful.¹⁵⁵ Similar position is to be shared, as the Article serves to protect honest party, though in case of disputable issue confirmation of the agreement by any objective form might become necessary.

¹⁵⁰ *Heintzman T.G.*, Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running? Toronto, 2014, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf>, [18.06.15].

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Attempted Resolution.*

¹⁵³ 11. (1) If a person with a claim and a person against whom the claim is made have agreed to have an independent third party resolve the claim or assist them in resolving it, the limitation periods established (a) the date the claim is resolved.

(b) the date the attempted resolution process is terminated; or (c) the date a party terminates or withdraws from the agreement. 2002, c. 24, Sched. B, s. 11. Same. (2) For greater certainty, a person or entity that provides resolution of claims or assistance in resolving claims, on an impartial basis, is an independent third party no matter how it is funded. 2006, c. 21, Sched. D, s.1.

¹⁵⁴ *Heintzman T.G.*, Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running? Toronto, 2014, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf>, [18.06.15].

¹⁵⁵ *Rock N.*, There’s a Right Way and Wrong Way to Stop the Litigation Clock, Toronto, 2014, <<http://www.practicepro.ca/information/doc/Stopping-the-litigation-clock.pdf>>, [18.06.15].

4.3. Starting of the Mediation Process

Attention should be directed to an issue whether only the agreement of parties is sufficient for suspension the limitation period from running (even in writing, in kind of contract) or it is also necessary to start mediation process immediately. It should be noted that in connection with it the Ontario Court of Appeal on case L-3 Communication SPAR Aerospace Ltd. v. CAE Inc., held that under the contract in question, mediation was a pre-condition to a cause of action arising, so the limitation period did not commence until the mediation was concluded.¹⁵⁶ It means that the parties in the contract, on the ground of which the dispute arises had foreseen that in case of dispute they would apply first to mediation and only after that they would have the right to apply to court.

4.4. Court Informing

Under the agreement about holding a mediation process legislation of neither of the countries recognizing mediation agreement as a main basis for suspension the limitation period, foresees the obligation of informing court additionally in order to suspend the limitation period.

It is important that Ontario court practice shows that for applying Article 11 of Ontario law in attempting to resolve/come to agreement a dispute between the parties it is inevitable the participation of the third person. Otherwise this article would not be relevant, for example, in case Markel Insurance Company of Canada v. ING Insurance Company of Canada parties started negotiations independently on their own. The defendant was saying that running of the limitation period started when the plaintiff raised a claim, while the plaintiff was saying that the limitation period started running when the defendant finally denied the claim. The Ontario Court of Appeal shared the position of the defendant saying that the limitation period expired during the negotiations. In this concrete case the parties did not conduct mediation, hence Article 11 was not used.¹⁵⁷

5. Duration of Suspension of Limitation Period

According to the recommendation of the Commission of Ministers of the Council of Europe of 2002 the mediation process must envisage that parties must be given enough time for consideration of disputable questions or other means of solving disputes. According to the GCC from the day of terminating of those circumstances, which were the ground of suspension the limitation period, the limitation period will be extended up to six months, but if the limitation period is less than six months – up to the limitation term¹⁵⁸.

According to Ontario Law duration of suspension the limitation period from running is defined in relation of three events: 1) from the date the agreement is made until the date the claim is resolved; 2) from the date the agreement is made until the date the attempted resolution process is terminated; 3) from the date the agreement is made until the date a party terminates or withdraws from the agreement. This list of events might be considered as exhaustive one and as a model can be used by the Georgian legislator. Duration of the mediation process depends on the specifics of the dispute. The term for the mediation

¹⁵⁶ Heintzman T. G., Does an Informal Agreement to Mediate Stop the Limitation Period from Running? Toronto, 2014, <http://www.adrcanada.ca/resources/documents/HeintzmanTom_DoesAnInformalAgreementToMediateStopTheLimitationPeriodFromRunning_000.pdf>, [18.06.15].

¹⁵⁷ Ibid. The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers of the Member States about mediation in civil cases, 2002-10, 3, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf>, [18.06.15].

¹⁵⁸ Article 136 (II) of the Civil Code of Georgia, the official issue of the Parliament of Georgia, Bulletin, legislation annex, № 31, 1997, <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702>>, [18.06.15].

process must be reasonable. Georgian legislation does not envisage any maximal term for suspension the limitation period, as it generally excludes the possibility of changing the limitation period by the agreement of the parties.

5.1. Danger of Using of Mediation as Lingering Tactics

According to the recommendation of the Commission of Ministers of the Council of Europe of 2002 when organizing mediation states must pay attention to avoid useless expenses and using the case as lingering tactics.¹⁵⁹ The party might use the mediation term only for lingering setting a court process, for example, might be participating in the process and then refuse the agreement or does not enter into negotiations. There are also very spread and tried methods, such as distortion of facts, giving incorrect information, hindering negotiations and etc. Because of these facts the offended party will have a very little chance to prove unfairness of the second party. Observation of such precedents might be hindrance for implementation and further development of mediation.¹⁶⁰

The mediation process is in direct connection with the limitation period of claim. Starting of mediation process after arising a dispute means that the party temporarily ceases using of legal means of claim realization. It might be followed by the expiration of the limitation period.¹⁶¹ It is quite possible that a debtor will take part in the mediation process just for the purpose to get the limitation period passed. Such development of events shows that mediation is the best mechanism of passing time for an unfair debtor.¹⁶² Just for this reason a legal norm is necessary to be existed, which will protect a creditor against the unfair party and besides there will be such reasonable balance, that the parties will not reject the positive sides of mediation process for fear of running of the limitation period.

5.2. Obligation of Parties to Obey Principle of Good Fair

After expiring the limitation period the debtor is entitled to reject the performance of obligations¹⁶³. Just for this reason it is important for a fair party to be such guarantees, which will protect it from the unfair debtor, which is trying to avoid the performance of obligations and participates in negotiations and other conciliating processes only for passing the time.

In the agreement to envisage negotiation in good faith is not considered reasonable, as its existence (negotiate in good faith) is meant anyway and concretizing it in the agreement will cause a question how can be stated whether the party violated this obligation. This question is very hard to be defined in the process of mediation or can be said is impossible. Moreover, failure of the mediation process cannot be the estimation criterion. The party is entitled to reject to take part in negotiations and any time when he wants he can do it.¹⁶⁴ Though in practice, as a rule, in the agreement on mediation there is referred to the obligation of consciousness, that they despite the right that they can leave the mediation process at any time and reject the mediator's service, they express their consent on participating faithfully in the mediation

¹⁵⁹ The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers of the Member States about mediation in civil cases, 2002-10, 3, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf>, [18.06.15].

¹⁶⁰ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauri R., Ivanidze G., Makhauri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 32, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

¹⁶¹ *Tsertsvadze G.*, Mediation - Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing-House Meridiani, Tbilisi, 2010, 298.

¹⁶² *Ibid*, 299.

¹⁶³ The Civil Code of Germany (BGB), Publishing-House Siesta, Gtz., Tbilisi, 2010, 41.

¹⁶⁴ *Tsertsvadze G.*, Mediation - Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing-House Meridiani, Tbilisi, 2010, 287.

process.¹⁶⁵ The obligation of good faith includes the parties' will to make effort faithfully to reach a reasonable agreement by means of mediation, to cooperate with a mediator and with each other, without hindrance to give each other the possibility of expressing their opinions and positions and express openness and readiness to reach agreement.¹⁶⁶

Obligation of conducting the mediation process properly implies parties' duties to organize the mediation process in such a way that it can be possible to complete it successfully. Parties must participate in it in good faith and try to find an agreement version admissible for everybody. For non-fulfillment of this obligation the party is liable on a general basis according to the rule established by civil law.¹⁶⁷

In the French doctrine it is remarked that it is hard to prove the dishonest attitude of the party to the mediation process, also to define the amount, which was fixed as damage because of inaccessibility of the agreement.¹⁶⁸

Regardless of the above mentioned it is certainly essential to observe the obligation of conscientiousness for successfulness of the mediation process, because mediation regardless of its positive nature is hazardous. The party, which agrees on mediation, might miss the expiration of the limitation period.¹⁶⁹ Expiration of the limitation period terminates the possibility of the forced realization of the right¹⁷⁰. Limitation period of claim is the time stated by law, during which a person whose right is violated can demand the forced realization of the right or defense it by bringing a case before a court. The limitation supports stabilization of civil relationships, at the same time it strengthens contractual discipline and helps participants of civil relationship carry out their rights actively and timely.¹⁷¹ For accomplishing these goals the GCC foresees concrete limitation periods, but it won't be justified if these periods will be directed against the honest party only because it gave the consent on negotiations or the mediation process and tried to resolve the dispute without court.

6. Conclusion

The recommendation of the Commission of Ministers of the Council of Europe of 2002 considering individual peculiarities of each jurisdiction emphasizes the necessity of constant efforts for perfection of dispute resolution methods.¹⁷² The directive of the European Parliament and the European Council of the 21st of May, 2008 in connection with the aspects of civil and commercial mediation remarks that in order to favor mediation and to have the corresponding legal base main aspects of mediation must be envisaged in the civil procedural code of the state.¹⁷³

¹⁶⁵ *Melamed J.*, Sample Agreement To Mediate, Eugene, 1998, <<http://www.mediate.com/articles/melamed6.cfm#>>, [18.06.15].

¹⁶⁶ Agreement to Mediate in Good Faith, <<http://www.dod.mil/dodge/doha/adr/mediate-faith.doc>>, [18.06.15].

¹⁶⁷ *Tsertsvadze G.*, Mediation - Alternative Form of Disputes Resolution (General Review), Publishing-House Meridiani, Tbilisi, 2010, 292.

¹⁶⁸ *Ibid*, 293.

¹⁶⁹ Resolution of the Supreme Court of Georgia dated on the 4th of March, 2005 on case: № 1267-1398-04, <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>, [20.06.15].

¹⁷⁰ *Ibid*.

¹⁷¹ Resolution of the Supreme Court of Georgia dated on the 15th of November, 2011 on case: № 988-1021-2011, <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>, [20.06.15].

¹⁷² The Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation of the Committee of Ministers of Member States about mediation in civil cases, 2002-10, 1, <http://www.library.court.ge/upload/mediation_on_civil_matters.pdf>, [18.06.15].

¹⁷³ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauro R., Ivanidze G., Makhauri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 46, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

In conditions of development of contemporary law legislation of individual countries is trying to create such legislative mechanisms, which will allow the parties to resolve their dispute within the scope of law and not jeopardize social relations between people without court as a sole authority realizing justice.¹⁷⁴ One of the means for resolution of disputes, independent from the court system is voluntary mediation, which in developed countries is an effective mechanism of alternative dispute resolution, though in Georgia it needs encouraging, which means carrying out concrete changes and additions at legislation level. One of such reasonable changes/additions will be if a Georgian legislator connects suspending the limitation period with the existence of the agreement on voluntary mediation. For this purpose there are two alternatives: one – to Article 132 of Georgian Civil Code must be added a subparagraph, according to which if a person with a claim and a person against whom the claim is made have agreed to have an independent third party (mediator) resolve the claim the limitation period will not run from the date the agreement is made (a) until the date the claim is resolved; (b) until the date the attempted resolution process is terminated; (c) until the date a party terminates or withdraws from the agreement. The second alternative would be: taking into account subparagraph “d” of Article 132 of the Civil Code of Georgia to regulate the mentioned issue as a separate law. This alternative will be more difficult and taking rush measures are not justified, as voluntary mediation in most countries is not regulated by legislation.

If the limitation period will be suspended, it will encourage attorneys to support mediation. Mediation for attorneys means deviation “from standard profession”, it is a significant change in legal profession.¹⁷⁵ attorneys’ thinking is directed to win at all cost, which useful for both parties – win-win solution – must be changed,¹⁷⁶ because attorneys might have as positive, as well as negative influence on the mediation process.¹⁷⁷ The obligation of attorneys is also to inform the parties directly before starting the mediation process. This might be a period, when parties don’t have any kind of dispute between themselves and their business relation is only at the stage of concluding a contract, so attorneys must foresee conditions of the possible future dispute, what kind of proceeding will be used between the parties.¹⁷⁸ Such hard situation has been overcome by the USA; from the very start not everybody was benevolent to mediation. Presumably in Georgia will be lawyers, who will need such encouraging norms in order to support mediation, as novelty, and to advise the parties to use it.

¹⁷⁴ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauro R., Ivanidze G., Makhaouri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 46, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

¹⁷⁵ *Weber L.J.*, Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: in Service of Whom? Dallas, 1992-1993, 2114.

¹⁷⁶ *Ibid*, 2116.

¹⁷⁷ *Tsertsvadze G. (ed.), Arevadze M., Vasadze E., Tvauro R., Ivanidze G., Makhaouri P., Jijiashvili T., Takashvili S., Khuchua T., Djibladze B.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 236, <<http://www.library.court.ge/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [18.06.15].

¹⁷⁸ *Ibid*, 236-237.

გამომცემლობის რედაქტორი	თამარ გაბელაია
გარეკანის დიზაინერი	მარიამ ებრალიძე
დამკაბადონებელი	ხათუთა ბადრიძე

TSU Press Editor	Tamar Gabelaia
Cover Designer	Mariam Ebralidze
Compositor	Khatuta Badridze

0179, თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი, 14
14, Ilia Tchavtchavadze Ave., Tbilisi 0179
Tel.: 995(32) 225 14 32
www.press.tsu.ge

ISSN 1987-9199



9 771987 919005