

ADR YEARBOOK



ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წელიწდეული 2024

მთავარი რედაქტორი **პროფ. ირაკლი ბურდული**

Editor-in-Chief **Prof. Dr. Irakli Burduli**

ბ ე ლ ი ბ ე ზ ე ლ ი

2024

IVANE JAVAKHISHVILI TBILISI STATE UNIVERSITY
NATIONAL CENTER FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

Yearbook

2024

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
დავის ალტერნატიული გადამყვების ეროვნული ცენტრი

დავის ალტერნატიული გადამყვება

წელწიწი

2024



უნივერსიტეტის
გამომცემლობა

UDC (უაკ)

347.95+341.98

დ – 145

მთავარი რედაქტორი

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

Editor-in-Chief

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

მმართველი რედაქტორი

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

Managing Editor

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

სარედაქციო კოლეგია:

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

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

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

ირაკლი ყანდაშვილი (პროფ., გრიგოლ
რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტი)

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

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

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

Editorial Board:

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

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

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

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

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

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

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

ტექნიკური რედაქტორები:

ირაკლი ლეონიძე (ივ. ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

ანა მღვდელაძე (ივ. ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

Technical Editors:

Irakli Leonidze (Iv. Javakhishvili Tbilisi State
University)

Ana Mgvdeladze (Iv. Javakhishvili Tbilisi State
University)



გამოცემულია ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
საუნივერსიტეტო საგამომცემლო საბჭოს გადაწყვეტილებით
Published by the decision of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing Board

© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2025

© Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, 2025

P-ISSN 1987-9199

E-ISSN: 2720-7854

ს ა რ ჩ ე ვ ი

თამარ მსხვილიძე

კულტურული მემკვიდრეობის საკუთრების დავები საერთაშორისო საარბიტრაჟო სამართალწარმოებაში	7
--	---

Tamar Mskhvilidze

Cultural Heritage Property Disputes In International Arbitration Proceedings	21
--	----

ნანა უზნაძე

შეფასებითი და ხელშეწყობი მედიაციის კონცეპტუალური მოდელები და თანმდევი ეთიკური გამოწვევები	31
--	----

Nana Uznadze

Conceptual Models of Evaluative and Facilitative Mediation and Accompanying Ethical Challenges	54
---	----

ირაკლი მანაგაძე

მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრები: შესაძლო „მორალური რისკი“ და მისი გადაჭრის გზები	72
--	----

Irakli Managadze

The Discussion about Party-Appointed Arbitrators: Addressing “Moral Hazards” with Possible Solutions	81
---	----

თამარ მსხვილიძე*

კულტურული მემკვიდრეობის საკუთრების დავები საერთაშორისო საარბიტრაჟო სამართალწარმოებაში

სტატიის მიზანია განსაზღვროს, რატომ არის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა (ADR) ხელოვნების სამყაროს და კულტურული მემკვიდრეობის საკუთრებისათვის რეკომენდებული მეთოდი. კულტურული მემკვიდრეობის დავების განხილვის მსურველ მხარეთათვის ხელმისაწვდომი საშუალებების ფართო სპექტრის მიუხედავად, ამ საკითხების გადაწყვეტაში არბიტრაჟი ბევრად მომგებიანია. სასამართლო განხილვა პრომატევადი, ძვირადღირებული და საჯარო პროცესია, არბიტრაჟი მომხმარებლებს სთავაზობს გადაწყვეტილების მიღების სწრაფ და კონფიდენციალურ ალტერნატივას. ის იძლევა მეტ მოქნილობასა და კონტროლის შესაძლებლობას შედეგზე, ვიდრე სამართალწარმოება. დაძაბულობა ინვესტორთა უფლებებსა და კულტურული მემკვიდრეობის დაცვას შორის აჩენს რიგ კითხვებს. არის თუ არა გამართლებული სახელმწიფოს განხორციელებული ღონისძიება იმით, რომ მიზნად ისახავს კულტურული მემკვიდრეობის დაცვას? შეუძლიათ თუ არა მთავრობებს გამოიყენონ კულტურული პოლიტიკა ინვესტიციებთან დაკავშირებული ვალდებულებების შეუსრულებლობის ან უცხოელი ინვესტორების დისკრიმინაციის მიზნით? მნიშვნელოვანია იმის გარკვევა, რამდენად აქცევენ საარბიტრაჟო ტრიბუნალები ყურადღებას კულტურულ მემკვიდრეობას და როგორ აბალანსებენ ინვესტორის უფლებებსა და მასპინძელი სახელმწიფოს კულტურულ პოლიტიკას.

საკვანძო სიტყვები: კულტურული მემკვიდრეობა, საერთაშორისო ეკონომიკური სამართალი, საინვესტიციო სამართალი, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა, მედიაცია, არბიტრაჟი, საერთაშორისო საინვესტიციო ხელშეკრულება.

1. შესავალი

გლობალური ვაჭრობისა და პირდაპირი უცხოური ინვესტიციების ზრდამ განაპირობა ეფექტური სამართლებრივი რეჟიმების შექმნა, რომლებიც სახელმწიფოებს აკისრებენ საინვესტიციო საქმიანობისა და ვაჭრობის ხელშეწყობის ვალდებულებას. გაჩნდა „კულტურათა შეჯახება“ საერთაშორისო საინვესტიციო კანონმდებლობასა და საერთაშორისო კულტურულ სამართალს შორის. როცა, ქვეყნები ეკონომიკურ ზრდას ისახავენ მიზნად, შესაძლოა შეასუსტონ კულტურული სტანდარტები ბიზნეს საქმიანობის ხელშესაწყობად. ფინანსური ინტერესის მქონე პროექტში სახელმწიფოს არ სურს ისეთი ქმედების განხორციელება, რომელიც შეამცირებს მომგებიანობას. მაშინაც კი, თუ ოფიციალური პირები გულწრფელად შემოფოთდებიან ხალხებსა და გარემოზე ზემოქმედების ფაქტით, ისინი უფლებამოსილნი არიან განვითარების მიზნებს მიანიჭონ უპირატესობა, და არა კულტურულ მემკვიდრეობას.¹

* სამართლის დოქტორი, კოლიზიური სამართლის მკვლევარი, აკაკი წერეთლის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი, ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის ინსტიტუტის უფროსი მეცნიერთანამშრომელი, ქუთაისის უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი.

¹ თუ სახელმწიფოები მაინც ინარჩუნებენ კულტურული მემკვიდრეობის დაცვის მაღალ სტანდარტს, მაშინ უცხოელ ინვესტორს შეუძლია წამოიწიოს დავა და ამტკიცოს, რომ მსგავსი დამოკიდებულება არღვევს საინვესტიციო ხელშეკრულების დებულებებს და გავლენას ახდენს მათ ეკონომიკურ ინტერესებზე.

კულტურა წარმოადგენს მემკვიდრეობით ღირებულებებს, იდეებს, რწმენას და ტრადიციებს, რომლებიც ახასიათებს სოციალურ ჯგუფებსა და მათ ქცევას. კულტურა არ არის სტატიკური კონცეფცია, ის დინამიური ძალაა, რომელიც დროთა განმავლობაში ვითარდება და აყალიბებს ქვეყნებს, ცივილიზაციებს. გლობალიზაციამ და ეკონომიკურმა მმართველობამ ბოლო დროს ხელი შეუწყო ინტენსიურ ურთიერთობებსა და დიალოგს ერებს შორის. ამდენად, წარმოიშვა კულტურული გაცვლის უპრეცედენტო შესაძლებლობები. ამასთან, პირდაპირ უცხოურ ინვესტიციებს შეუძლია ხელი შეუწყოს კულტურულ მრავალფეროვნებას და უზრუნველყოს კულტურული მემკვიდრეობის აღმოჩენის, აღდგენისა და შენარჩუნებისათვის საჭირო სახსრები.²

დღესდღეობით, კულტურა არ არის მხოლოდ „გონების სიცოცხლე“, ეს არის „ფართო, ინკლუზიური კონცეფცია, რომელიც მოიცავს ადამიანური არსებობის ყველა გამოვლინებას“, როგორიცაა რწმენა, ღირებულებები, ჩვევები, ხელოვნება, ადათები და კონკრეტული ჯგუფებისათვის დამახასიათებელი – თაობიდან თობაზე გადაცემული ცხოვრების წესი. კულტურა არ მოიცავს ინდივიდუალური პრაქტიკების უბრალო ჯამს, ის უთითებს კომპლექსურ მთლიანობაზე, რომლის მეშვეობითაც ინდივიდები და თემები „გამოხატავენ საკუთარ ჰუმანურობას“, მნიშვნელობას ანიჭებენ თავიანთ არსებობას და იყალიბებენ მსოფლმხედველობას.³

21-ე საუკუნეში აქტუალური გახდა მულტიდისციპლინური მიდგომა, როცა კულტურული მემკვიდრეობის დავებს შეიძლება ჰქონდეს განსხვავებული დიაპაზონი იურიდიულ დისციპლინებში, როგორიცაა საინვესტიციო სამართალი, საერთაშორისო ვაჭრობის სამართალი, საერთაშორისო კერძო სამართალი, ინტელექტუალური საკუთრების სამართალი, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალი და საერთაშორისო სისხლის სამართალი. აღნიშნული დისციპლინების კონტექსტში კულტურული მემკვიდრეობის სამართლის შესწავლა ცხადყოფს, რომ ის მრავალმხრივი საგანია და არა მკაცრად გამიჯნული.⁴ ამდენად, საინტერესოა როგორ შეიძლება დარეგულირდეს ამ სფეროებიდან გამომდინარე კულტურული მემკვიდრეობის დავები.

2. კულტურული მემკვიდრეობა, როგორ საკუთრების უფლების ობიექტი

კულტურული მემკვიდრეობის არსი არ გამომდინარეობს მხოლოდ მისი ესთეტიკური ან ეკონომიკური მნიშვნელობიდან. ხელოვნების ნიმუშების არქეტიპული „საკუთრება“ აღნიშნავს მათი ფლობის შესაძლებლობას და უთითებს, რომ ფინანსური ღირებულების მქონე გაყიდვად აქტივებს თან ახლავს კულტურული, არამატერიალური ასპექტი. ეს ისტორიული, სიმბოლური, რელიგიური და სამეცნიერო ფასეულობების მარაგი განასახიერებს კულტურულ ობიექტს, ხელს უწყობს ხალხთა, თემების იდენტურობისა და ღირსების ფორმირებას. რაც უზრუნველყოფს მათი წინაპრებისა და საზოგადოებების ცხოვრების განსაზღვრას. აღნიშნული „ორმაგობა“ ხსნის თუ რატომ არ შეიძლება კულტურული აქტივების გათანაბრება ჩვეულებრივ საქონელთან. საქმე არ ეხება მხოლოდ ხელოვნებისა და კულტურის მატერიალურ განზომილებას. ეს არის ადამიანთა შემოქმედების მნიშვნელოვანი შედეგი, მათი კომერციული ღირებულებისაგან განსხვავებული. კულტურული მემკვიდ-

მრავალფეროვანმა კულტურულმა პოლიტიკამ შესაძლოა გამოიწვიოს კოლიზია მასპინძელი სახელმწიფოს ალბულო კურსსა და საინვესტიციო ხელშეკრულებას შორის. ზოგიერთ შემთხვევაში, უცხოელი ინვესტორები აცხადებენ, რომ კულტურული მემკვიდრეობის პოლიტიკა უარყოფითად მოქმედებს ინვესტიციებზე, რაც არაპირდაპირ ექსპროპრიაციას ინვესტ. *Vadi V., Cultural heritage in international investment law and arbitration* Cambridge University Press, 2014, 1-2.

² ვაჭრობის გაფართოება და პირდაპირი უცხოური ინვესტიციები ხელს უწყობს სხვადასხვა კულტურებს შორის ურთიერთქმედებას და შეიძლება ჩაითვალოს კულტურული თავისუფლების გაფართოების პროცესად. შედეგად, არსებობს ურთიერთკავშირი ვაჭრობის ხელშეწყობას, FDI-სა და კულტურული მემკვიდრეობის დაცვას შორის. *Vadi V., Cultural Heritage in International Economic Law*, Brill | Nijhoff, 2023, 2.

³ UN Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment №21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life, Article 15, para. 1(a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/21, 21 December 2009, para.11,13.

⁴ *Adenekan V. O., An Appraisal of the Existing Legal Frameworks for the Resolution of Cultural Heritage Disputes and the Enforcement of Cultural Heritage Law*, December 2019, 6.

რეობის კანონმდებლობა ყურადღებას ამახვილებს ცივილიზაციის დაცვაზე, ანუ გარკვეული ჯგუფის ან ერის მიღწევებზე, ღირებულებებსა და რწმენაზე. რადგან წარსული ყველა ნამუშევარშია ჩაქსოვილი, იურიდიული და არასამართლებრივი საკითხები ერთმანეთშია გადაჯაჭვული.⁵

საუკუნეების განმავლობაში კულტურული პროდუქტი დაცული იყო, როგორც საკუთრების ფორმა. ამ სტრუქტურის მიხედვით, მოძრავი კულტურული ობიექტი არის კერძო საკუთრება, კულტურული ძეგლები – უძრავი ქონება, არამატერიალური კულტურული სიკეთე შეიძლება არსებობდეს (მაგრამ არ არის აუცილებელი) ინტელექტუალური საკუთრების ფორმით.⁶ კულტურული საკუთრების პარადიგმა კვდის საზღვრებს არა მხოლოდ ქონებათა – უძრავი, მოძრავი და ინტელექტუალური – არამედ საერთაშორისო, რეგიონალურ და შიდა კანონმდებლობებს შორის. რაკი საკუთრების პარადიგმა კარგად არის ჩამოყალიბებული, უმეტეს სამართლებრივ ტრადიციებში კულტურული მემკვიდრეობის ობიექტები ძირითადად რეგულირდება იმავე ნორმებით, როგორც სხვა ტიპის ქონება. მხოლოდ ზოგიერთ შემთხვევაში ექვემდებარება გამონაკლისებს დაცული სიკეთის კულტურული მახასიათებლების გამო.⁷

3. ალტერნატიული გადაწყვეტის მექანიზმების მნიშვნელობა კულტურული მემკვიდრეობის დაცვაში

ხელოვნების სამყარო დიდწილად ეფუძნება ნდობასა და მხარეთა პირად კონტაქტებს. კულტურული მემკვიდრეობის დაცვა ხასიათდება მონაწილეთა განსაკუთრებული სენსიტიურობით. კულტურულ საკუთრებაზე პაექრობა შეიძლება სხვადასხვა სახის იყოს. როგორც წესი, სახელმწიფოთა მთავარი საზრუნავი კულტურული ქონების ერთი ქვეყნიდან მეორეში დაბრუნებაა. შეშფოთების მასშტაბი და ანაზღაურების ეფექტური მეთოდების საჭიროება რამდენიმე ათეული საერთაშორისო დოკუმენტის შექმნით დაკანონდა. შეიარაღებული კონფლიქტის დროს კულტურული ფასეულობების დაცვის შესახებ ჰააგის 1954 წლის; იუნესკოს 1970 წლის კულტურულ ღირებულებათა უკანონო შემოტანის, გატანისა და საკუთრების უფლების გადაცემის აკრძალვისა და აღკვეთის

⁵ კრისტოფერ ბირნმა ხაზგასმით აღნიშნა „არსებობს ფუნდამენტური განსხვავება სტანდარტიზებულ, ადვილად ჩანაცვლებად საქონელსა და ემოციურ, სულიერ ან კულტურულ თვისებებს შორის“, რადგან მხოლოდ ეს უკანასკნელი „ინარჩუნებს უნიკალურ და ტრანსცენდენტურ მნიშვნელობას, რომელიც მათ თანდაყოლილ ღირებულებას ანიჭებს“. *Chechi A., Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013, 36.*

⁶ ძეგლთა სამართლებრივი დეფინიცია განსხვავდება იურიდიულ სისტემებში. პრაქტიკაში, კულტურული ობიექტების განმარტების სხვადასხვა შიდა მექანიზმი არსებობს. აღრიცხვის მეთოდი კონკრეტულად აღნიშნავს იმ თითოეული ნივთის ტიპს, რომელიც დაცულია. კატეგორიზაციის სისტემა იძლევა ზოგადი სახის აღწერას, თუ რა არის დაცული (გერმანია). კლასიფიკაციის სისტემა დაცვას ავრცელებს კონკრეტულ ობიექტზე, მხოლოდ მაშინ, როდესაც ამ მიზნით შესაბამისი ადმინისტრაციული გადაწყვეტილება მიიღება (დიდი ბრიტანეთი). იტალია აერთიანებს კატეგორიზაციას კლასიფიკაციასთან. თურქეთი აკეთებს ვრცელ ჩამონათვალს ზოგიერთი ქონების მიმართ, მაგრამ ახდენს ზოგი მათგანის კატეგორიზაციას. კანადა აერთიანებს ინვენტარზე დაფუძნებულ მიდგომას ადმინისტრაციულ განკარგულებებთან ერთად. ზოგიერთი სახელმწიფო იცავს არტეფაქტების კლასებს, რომლებიც უნიკალურია მათი ეროვნული თვითმყოფადობისათვის და აქვთ მნიშვნელოვანი ისტორიული და მხატვრული ღირებულება. ისინი შეიძლება იყვნენ „კულტურისა და რელიგიების აქტიური ცენტრები, ესთეტიკის ცვალებადი ნიმუშების ილუსტრაციები, წინარე საზოგადოებების ანთროპოლოგიური ჩანაწერები, ლამაზი და სასურველი ნივთები, რომლებიც პრესტიჟს ანიჭებს მათ მფლობელებს, ან უპირატესობას საქონელს ხელოვნების საერთაშორისო ბაზარზე“. *Roodt C., Private International Law, Art and Cultural Heritage, Edward Elgar Publishing Limited 2015, 3, 4.*

⁷ *Vadi V., Cultural heritage in international investment law and arbitration, Cambridge University Press, 2014, 25.* რომელი ინტერესი უნდა იყოს პრიორიტეტული კულტურული მემკვიდრეობის მართვისას – ადგილობრივი მოსახლეობის თუ საერთაშორისო საზოგადოების? როცა ინტერესები ერთმანეთს ეჯახება, ოფიციალური პირები დილემის წინაშე დგანან, საერთაშორისო ინტერესებს მიანიჭონ უპირატესობა ადგილობრივ საზრუნავთან შედარებით, თუ პირიქით. მაშინ როცა ინტერნაციონალისტები კულტურულ მემკვიდრეობას მიიჩნევენ „საერთო ადამიანური კულტურის“ გამოხატულებად, სადაც არ უნდა იყოს მისი ადგილი და მდებარეობა, ნაციონალისტები აღიქვამენ მას, როგორც ეროვნული კულტურის ნაწილს. *Vadi V., Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 58-59.*

ლონისძიებათა შესახებ; 1995 წლის UNIDROIT-ის მოპარული ან უკანონოდ ექსპორტირებული კულტურული ობიექტების შესახებ კონვენციების ფართომასშტაბიანი რატიფიცირების მიუხედავად, კულტურული ფასეულობების დაბრუნება უცხოური იურისდიქციის სასამართლო სისტემის მეშვეობით რთული ამოცანაა. რადგან, საკუთრება ცენტრალური საკითხია კულტურული მემკვიდრეობის დაცვის დროს, მხარეებს შეუძლიათ მოითხოვონ რესტიტუცია უცხო სახელმწიფოს სასამართლო სისტემის მეშვეობით. სამართალწარმოების პროცედურულმა ხარვეზებმა და პოლიტიკურმა სენსიტიურობამ შეიძლება ADR (დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა) უფრო მიმზიდველი გახადოს. ფაქტობრივად, გაძარცვულ კულტურულ საკუთრებასთან დაკავშირებული დავების უმეტესობა, რომელიც წარმოიშვა ბოლო ოთხი ათწლეულის განმავლობაში, სასამართლოს გარეშე გადაწყდა.⁸

სპეციალიზებული ტრიბუნალის შექმნის პირველი მცდელობა 1933 წლით თარიღდება, როდესაც ერთა ლიგის საერთაშორისო მუზეუმების ოფისის ეგიდით მომზადდა კონვენციის პროექტი კულტურულ ობიექტთა რეპატრაციის შესახებ. პროექტი ხელშეწყვერელ სახელმწიფოებს აკისრებდა ad hoc არბიტრაჟისათვის მიმართვის ვალდებულებას, ტრიბუნალის არჩევის შესახებ შეუთანხმებლობისას საერთაშორისო მართლმსაჯულების მუდმივმოქმედ სასამართლოში (PCIJ) დავის დაწყებას, ან თუ არ იყვნენ პროტოკოლის მხარეები, ჰააგის კონვენციის შესაბამისად საერთაშორისო დავების მშვიდობიანი მოგვარების მიზნით შექმნილ საარბიტრაჟო სასამართლოში წასვლას. 1930-იანი წლების ბოლოს ომის დაწყება ნიშნავდა, რომ პროექტი სავალდებულო ხელშეკრულებად ვერ გარდაიქმნა.⁹

მუზეუმებსა და მხარეთა შორის (მუზეუმები, ასოციაციები, მმართველი ორგანოების წარმომადგენლები, ეროვნული საზოგადოებები, კერძო პირები) საკუთრების დავების ზრდა, კერძოდ დაბრუნებისა და რესტიტუციის მოთხოვნები, ინტელექტუალური საკუთრების უფლებები საჭიროებს მოგვარების უფრო ადეკვატურ მექანიზმს, ვიდრე სასამართლო პროცესია. 2006 წლიდან მუზეუმების საერთაშორისო საბჭო (ICOM) ავლენს მზადყოფნას შემუშავდეს ხელოვნებისა და კულტურული მემკვიდრეობის დავების მოგვარების სპეციალიზებული ალტერნატიული პროცედურები. ICOM-მა პარტნიორობის ფარგლებში WIPO-ს (ინტელექტუალური საკუთრების მსოფლიო ორგანიზაცია) არბიტრაჟისა და მედიაციის ცენტრთან დაიწყო თანამშრომლობა, კულტურული საკუთრების დავების განხილვისათვის ადაპტირებული და მორგებული სამედიაციო პროცედურის შესაქმნელად.¹⁰

⁸ Kasteleijn L., Grenfell L., Using arbitration to resolve cultural property disputes, Mar 2023, 15, <<https://www.lexisnexis.co.uk/blog/research-legal-analysis/using-arbitration-to-resolve-cultural-property-disputes>> [02.12.2024].

მკვლევარებმა ხაზგასმით აღნიშნეს, რომ საერთაშორისო საარბიტრაჟო ტრიბუნალი უზრუნველყოფს არტეფაქტების რეპატრაციასთან დაკავშირებული დავების ყველაზე ეფექტურ გადაწყვეტას. ბრუკს და ლიმ განაცხადა, რომ მუდმივმოქმედ საარბიტრაჟო სასამართლოს (PCA) შეუძლია შექმნას სპეციალიზებული ინსტიტუცია კულტურული საკუთრების დავების გადაწყვეტისთვის სახელმწიფოთა, სახელმწიფოებსა და ცალკეულ მოსარჩელებს შორის. მსგავსი შეხედულებები განიხილეს ჟენევის უნივერსიტეტში 1997 წელს ორგანიზებულ სიმპოზიუმზე „ხელოვნებასთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტის მეთოდები“. 2003 წელს გაიმართა მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო სასამართლოს ორგანიზებული სემინარი თემაზე „კულტურული საკუთრების დავების გადაწყვეტა“. მერლინ ფელანი ამტკიცებდა, რომ მუზეუმების საერთაშორისო საბჭომ (ICOM), როგორც მუზეუმების დარგის პროფესიონალთა საერთაშორისო თანამეგობრობის ერთადერთმა დაწესებულებამ უნდა ჩამოაყალიბოს დავების გადაწყვეტის მექანიზმი სამუზეუმო კოლექციებში კულტურულ ობიექტებთან დაკავშირებული საკუთრების საკითხების გადასაჭრელად. 2011 წლის მაისში, ICOM-მა ინტელექტუალური საკუთრების მსოფლიო ორგანიზაციასთან (WIPO) ერთად დაიწყო ხელოვნებისა და კულტურული მემკვიდრეობის მედიაციის პროგრამა. ექსპერტთა მტკიცებით, ინსტიტუციონალიზებული მედიაცია, განსაკუთრებით WIPO-ს არბიტრაჟი და სამედიაციო ცენტრი ყველაზე ეფექტური გზაა ძირძველი და ტრადიციული თემების დავების მოსაგვარებლად. Chechi A., Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013, 38-39.

⁹ Chechi A., Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013, 37.

¹⁰ ICOM აძლიერებს თავის ვალდებულებას ხელი შეუწყოს არალეგალურად შეძენილი კულტურული ფასეულობების დაბრუნებასა და უკანონო ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლას. ხელოვნებისა და კულტურული მემკვიდრეობის მედიაციის იდეა წარმოიშვა 2005 წელს სეულში ICOM-ის იურიდიულ საკითხთა კომი-

კულტურული მემკვიდრეობის დაცვის განხილვისას მედიაციის გამოყენება არ არის ახალი. საერთაშორისო ორგანიზაციები და კერძო ინსტიტუტები წლების განმავლობაში მუშაობდნენ შესაბამისი ADR მექანიზმების შემუშავებაზე, რის შედეგადაც მხარეებს შესთავაზეს შესაძლებლობების ფართო სპექტრი. სასამართლო პროცესისა და არბიტრაჟისაგან განსხვავებით, მედიაციის ძირითადი პრინციპი მომგებიანი შედეგის მიღწევაა. ADR-ი ემყარება დათმობების იდეას, როცა ყოველი მხარე უარს ამბობს თავის ინტერესზე, მეორესაგან კომპრომისის მიღების მიზნით. ფსიქოლოგიური თვალსაზრისით, მედიაციის დასრულების შემდეგ თითოეული მხარე პროცესს ტოვებს დამარცხებულის აურის გარეშე. მედიაცია რეკომენდირებული მექანიზმია კულტურული საკუთრების დაცვის დროს, სადაც მხარეებმა შეიძლება მიაღწიონ კონსენსუსს. ის ნამდვილად ავითარებს კეთილგანწყობილ ატმოსფეროს, რომელიც შეჯიბრებითი პროცესის დროს არ არსებობს.¹¹

ICOM-WIPO-ს ხელოვნებისა და კულტურული მემკვიდრეობის მედიაცია არის არაკომერციული სერვისი, სპეციალურად შექმნილი ამ ტიპის დავებისათვის. ამ ორგანიზაციების მედიატორთა სიიდან მხარეებს შეუძლიათ აირჩიონ მედიატორი, რომელიც გამოცდილია ხელოვნებისა და კულტურული მემკვიდრეობის მედიაციაში. ეს ორი ინსტიტუცია, აღიარებული თავისი სიმკაცრითა და გამოცდილებით, მხარეებს აძლევს პროცედურულ რჩევებს და უწევს მხარდაჭერას. მათ ეკისრებათ დაბალი ადმინისტრაციული მოსაკრებლები და ურთიერთშეთანხმებით განსაზღვრავენ მედიატორის ჰონორარს. მედიაცია იძლევა კონფიდენციალურობისა და მინიმალურ ფასად დავის სწრაფად გადაწყვეტის გარანტიას. მხარეები აღწევენ ურთიერთდამაკმაყოფილებელ შეთანხმებას, რომელიც ორივე ინტერესს აბალანსებს. მათ თავისუფლად შეუძლიათ პროცესი ნებისმიერ ეტაპზე შეწყვიტონ.¹² შესაძლებლობა აქვთ ყველა ეტაპზე გააერთიანონ მედიაციის პროცესი დავების გადაწყვეტის სხვა მექანიზმებთან, როგორცაა WIPO-ს არბიტრაჟი, დაჩქარებული არბიტრაჟი ან ექსპერტიზის განსაზღვრა. კულტურული საკუთრების დავის (დაბრუნების, რესტიტუციის, შეძენის, თხოვნების ან ინტელექტუალური საკუთრების უფლების საკითხები) წამოწყება მოსარჩელეს ICOM-ის სამდივნოში სარჩელის გაგზავნით შეუძლია.¹³

შეერთებულ შტატებში, კულტურული სუბიექტები მხარს უჭერენ კულტურული საკუთრების დავების საარბიტრაჟო განხილვას. თანამედროვე ხელოვნების მუზეუმის დირექტორმა გლენ ლორიმ ითხოვა „მექანიზმი ამ რთული სიტუაციების არაკონფრონტაციული, არაემოციურად დატვირთული გზით გადასაჭრელად.“ ხელოვნების მუზეუმების დირექტორთა ასოციაციის (AAMD) სამუშაო ჯგუფი შეიქმნა, რათა პრინციპების შემუშავებით დაეხმაროს მუზეუმებს ხელოვნებასთან დაკავშირებული სარჩელების გადაჭრაში. ამ ჯგუფმა რეკომენდაცია გაუწია „პრეტენზიების სამარ-

ტეტის მიერ პროექტის შემუშავებით. პროგრამამ დააკმაყოფილა მუზეუმის პროფესიონალთა დიდი ხნის საჭიროება, შექმნილიყო კულტურული საკუთრების დავების ალტერნატიული გადაწყვეტისათვის ადაპტირებული პროცედურები. ICOM, Art and Cultural Heritage Mediation, An alternative litigation resolution method adapted to art and cultural heritage fields, 12 July, 2011 in Paris, 3-4.

¹¹ ICOM-WIPO-ს ერთობლივად შექმნილი სერვისით სარგებლობს, როგორც ინდივიდები, ასევე სახელმწიფოები. ეს ფორუმი ეყრდნობა ორი მაღალსპეციალიზებული პარტნიორი ინსტიტუტის მნიშვნელოვან გამოცდილებას. მაგალითად, Camera Arbitrale di Milano დანამდვილებით გვირჩევს გამოვიყენოთ მისი Fast Track Mediation წესები ხელოვნების დავების დროს. ამ დანესებულებაში, 2015-დან – 2019 წლამდე ხელოვნებისა და კულტურული მემკვიდრეობის დავებში მედიაციის რაოდენობა 55%-მდე გაიზარდა, ხოლო დავის შეთანხმებით დასრულება 75%-ში დაფიქსირდა. აგრეთვე, სიახლეა ხელოვნების საარბიტრაჟო სასამართლო (CAfA), დავების უნიკალური ინსტიტუტი, რომელიც ახორციელებს როგორც მედიაციას, ისე არბიტრაჟს. კულტურული მემკვიდრეობის უკმაყოფილო მესაკუთრეები ხშირად ჩართულნი არიან ისეთ საქმეებში, როგორცაა ხელოვნებით უკანონო ვაჭრობა, ე.წ. 'artnapping'. იუნესკოს კონვენციის 17 (5) მუხლის მიხედვით, მხარეებს შეუძლიათ მოუწოდონ დანესებულებას გააფართოვოს თავისი ოფისები, რათა ხელი შეეწყოს მორიგების პროცესს. მოგვიანებით, იუნესკოს ინსტრუმენტების იმპლემენტაციის მიზნით შეიქმნა სპეციალური სამთავრობათაშორისო კომიტეტი, მისი წესდება მკაფიოდ ეყრდნობა მედიაციისა და მორიგების გამოყენებას. *Arsic M., Mediation in cultural heritage disputes – pro et contra*, 2021, 135-136.

¹² ICOM, Art and Cultural Heritage Mediation, An alternative litigation resolution method adapted to art and cultural heritage fields, 12 July, 2011 in Paris, 5-6.

¹³ იქვე, 7.

თლიანი გადაწყვეტისათვის ისეთი მექანიზმის შექმნას, როგორცაა მედიაცია, არბიტრაჟი ან ალტერნატიული გადაწყვეტის სხვა ფორმები.¹⁴

ისეთ კონკრეტულ და უაღრესად სპეციფიკურ სფეროში, როგორიც კულტურული საკუთრების დაცვია, რომლებიც ჩვეულებრივ მოიცავს სხვადასხვა პარამეტრებს (კულტურული, ეკონომიკური, ეთიკური და ა.შ.) და აყენებს ტექნიკურ კითხვებს (მოცემული ობიექტის კულტურული მნიშვნელობა, ასაკი და ავთენტურობა, წარმოშობა, გათხრების ან/და ექსპორტის თარიღი, სათანადო ექსპერტიზის სტანდარტები, სამართლიანი კომპენსაცია), ექსპერტები ასრულებენ გადამწყვეტ როლს განსაკუთრებით ნივთების კლასიფიკაციასა და შესაბამისად, მოქმედი მატერიალური სამართლის განსაზღვრაში. არბიტრის სპეციფიკურმა გამოცდილებამ, არა მხოლოდ საარბიტრაჟო ტექნიკაში, არამედ დავის კონკრეტულ სფეროში შეიძლება ხელი შეუწყოს საარბიტრაჟო განხილვის სისწრაფის ზრდასა და ხარჯების შემცირებას, რამდენადაც აღარ იქნება საჭირო დამატებითი გარე ექსპერტიზა.¹⁵

სამართალწარმოებისას მოსამართლეების და ნაფიც მსაჯულთა უმეტესობას არ აქვს სიღრმისეული ცოდნა კულტურული ქონების ან ხელოვნების ბაზრის წეს-ჩვეულებებზე. დ. შაპირომ აღნიშნა: „კულტურული მემკვიდრეობის საკითხებში მოსამართლეთა და ნაფიც მსაჯულთა გამოცდილების ნაკლებობის, ხელოვნების ბაზრის საიდუმლო ბუნებისა და წარმოშობილი დავების განხილვისას ხშირად თანმდევი სირთულეების გათვალისწინებით, სასამართლო პროცესის შედეგი არაპროგნოზირებადია.“ მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლო განხილვებში ხელმისაწვდომია ექსპერტები, რომლებიც კულტურული საკუთრების ბუნებას უხსნიან მოსამართლეს, მაინც დიდი განსხვავება არსებობს ექსპერტული ცოდნის მქონე არბიტრსა და სასამართლოს დაკითხვის რეჟიმში მყოფ ექსპერტს შორის. სამართალწარმოება ხშირად გადაიზრდება ექსპერტთა ბრძოლის ადგილად, სადაც ორივე მხარე ცდილობს ისეთის „ყიდვას“, რომელსაც მოსამართლე ან ნაფიცი მსაჯული დაუჯერებს.¹⁶

სასამართლო დავის დროს ექსპერტის ჩვენების მიცემის პრობლემა ხაზგასმული იყო საქმეში *Greenberg v. Bauman*, სადაც კალდერის ერთ-ერთმა გამოჩენილმა ექსპერტმა დაადასტურა, რომ მოსარჩელისათვის მიყიდული სკულპტურა „მოზილი“ არ იყო ცნობილი ამერიკელი მოქანდაკის ალექსანდრე კალდერის ავთენტური ნამუშევარი. მოსამართლის განცხადებით, ექსპერტმა ვერ შეძლო მისი დარწმუნება ნამუშევრის არაავთენტურობაში, თუმცა კალდერის ექსპერტი არბიტრი, რომ ყოფილიყო შედეგი სავარაუდოდ სხვა იქნებოდა. ამრიგად, დიდი განსხვავებაა იმ ექსპერტთა შორის, რომლებიც ერთი მხრივ, იცნობს ხელოვნების ბაზრის საკითხებს და მეორე, ვინც ცდილობს ინფორმაცია მიაწოდოს გადაწყვეტილების მიმღებს. შესაბამისად, ექსპერტის ყოლა არბიტრად არის არბიტრაჟის უპირატესობა კულტურული საკუთრების დავების საქმეებზე.¹⁷

¹⁴ კულტურული საკუთრების დავების არბიტრაჟის კიდევ ერთი სარგებელი ისაა, რომ ჩვეულებრივ ის უფრო სწრაფია, ვიდრე სამართალწარმოება. მხარეებს შეუძლიათ დავების არბიტრირება, როგორც კი შეთანხმდებიან თარიღზე. ამის საპირისპიროდ, საქმეებით გადატვირთულ სასამართლოებში განხილვას შეიძლება რამდენიმე თვე ან წლებიც კი დასჭირდეს. კულტურული მემკვიდრეობის საკუთრება უნიკალურია და ხშირად აღძრავს ემოციებს, რაც იწვევს სასამართლო პროცესის გაჭიანურებას. ადრინდელი პრაქტიკით, კულტურული ფასეულობების შესახებ სასამართლო განხილვა შვიდიდან თორმეტ წლამდე გრძელდებოდა. ამდენად, არბიტრაჟის დაწყებისა და გადაწყვეტილების გამოტანის სისწრაფე სასამართლო პროცესზე მომგებიანია. განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ სადავო კულტურული ქონება უნდა გაიყიდოს, გამოიფინოს ან გავიდეს ქვეყნიდან. დავის სფეროში გამოცდილების მქონე არბიტრების ხელმისაწვდომობა არბიტრაჟის კიდევ ერთი უპირატესობაა. მხარეებს შეუძლიათ აირჩიონ არბიტრები, რომლებიც არიან ექსპერტები კონკრეტული კულტურული საკუთრების დავის სფეროში, იქნება ეს კონსერვაციის, ავთენტურობის თუ ანაზღაურების საკითხები. არბიტრთა ცოდნა ხელოვნების საზოგადოებაში არსებული შეზღუდვების, საჭიროებების, ეთიკისა და პრაქტიკის შესახებ, საშუალებას აძლევს მათ მიიღონ გადაწყვეტილება, რომელიც საუკეთესოდ შეესაბამება ორივე მხარის ინტერესებს. *Varner E., Arbitrating Cultural Property Disputes*, Spring 2012, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, 480, 482.

¹⁵ *Gazzini F.I., Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in resolving Non-Contractual Disputes*, 2004, 118-119.

¹⁶ *Varner E., Arbitrating Cultural Property Disputes*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, Spring 2012, 483.

¹⁷ *Greenberg v. Bauman*, 817 F Supp.167 D.C. 1993 არბიტრაჟის კონფიდენციალურობა იცავს კულტურულ ფასეულობათა ღირებულებას. სამართალწარმოება, თანმხლები ნეგატიური საჯაროობის გამო, „დანავს“ ნამუშევარს, რაც არსებითად ამცირებს მისი გაყიდვის შანსებს ან სხვაგვარად უარყოფითად მოქმედებს

არსებობს მოსაზრება, რომ არბიტრაჟი უკეთ შეეფერება კულტურული მემკვიდრეობის საკუთრების საკითხებს, ვიდრე სასამართლო განხილვა. არბიტრაჟი, როგორც წესი, ნაკლები ღირებულებისაა. კულტურული ფასეულობების შესახებ დავები ხშირად გადაიქცევა „სასამართლო ჩვენებათა შოუდ“, რომლის ღირებულებამ იოლად შეიძლება გადააჭარბოს რამდენიმე მილიონს. შესაძლოა სასამართლო პროცესის ღირებულება სადავო კულტურული საკუთრებისას აღემატებოდეს კიდევ. პროცესის ფისკალური ხარჯი არ არის ერთადერთი გასათვალისწინებელი არგუმენტი. „შოუს“ ნეგატიური საჯაროობა ამცირებს კულტურული ფასეულობების ღირებულებას, განსაკუთრებით მაშინ, თუ ავთენტურობა ან კეთილსინდისიერი შეძენა არის საეჭვო. არბიტრაჟი კონფიდენციალურია მხარეთა რეპუტაციისა და კულტურული ფასეულობის დასაცავად. არბიტრაჟის სახელშეკრულებო ხასიათის გათვალისწინებით, მხარეებს შეუძლიათ შეთანხმდნენ რა დარჩეს კონფიდენციალური, რადგან ასე დაცული იქნება მათი რეპუტაცია. მოპარული, თაღლითური ან დაზიანებული კულტურული საკუთრების მიმართ საზოგადოების უზარმაზარი ინტერესის გათვალისწინებით, მხარეები შეძლებენ ნეგატიური საზოგადოებრივი შემომწების თავიდან აცილებას. შესაბამისად, სასამართლო ხარჯების და ადვოკატის ჰონორართან ერთად გათვალისწინებელია კულტურული საკუთრების გაუფასურებისა და რეპუტაციული ზიანის რისკებიც.¹⁸

გოთური, რენესანსის, ბაროკოსა და კლასიკური შენობების შთამბეჭდავი კომპლექსის ისტორიული ქალაქი ვილნიუსი შეტანილია მსოფლიო მემკვიდრეობის სიაში, როგორც გამორჩეული უნივერსალური ღირებულების კულტურული მემკვიდრეობის ძეგლი. ნორვეგიელი ინვესტორი ვილნიუსის მუნიციპალიტეტთან გაფორმებული ხელშეკრულების შესაბამისად, გეგმავდა ქალაქის ისტორიული ცენტრის ქვეშ პარკინგის ადგილის აშენებას. კანონით განსაზღვრული კულტურული მემკვიდრეობის ზემოქმედების შეფასებებმა აჩვენა, რომ ინვესტორის წარდგენილ პროექტს დაგეგმილი გათხრების გამო, შესაძლოა საფრთხე შეექმნა კულტურული მემკვიდრეობისათვის. ტექნიკური სირთულეებისა და საზოგადოების მხარდი წინააღმდეგობის ფონზე, პროექტი დაიწუნეს და შეარჩიეს სხვა, რომელიც გათხრებს აღარ ითვალისწინებდა. პროექტის დასასრულებლად მუნიციპალიტეტმა გააფორმა ახალი ხელშეკრულება ნიდერლანდურ კომპანიასთან. ნორვეგიის სანარმო Parkerings-მა სარჩელი შეიტანა ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes) ტრიბუნალის წინაშე დისკრიმინაციის მოტივით, რადგან უპირატესობა ნიდერლანდელ კონკურენტს მიენიჭა. ბუნებრივია გაჩნდა კითხვა, იყო თუ არა ლეგიტიმური ვილნიუსის მუნიციპალიტეტის მიერ კულტურული მემკვიდრეობის დაზიანების რისკის შეზღუდვის მიზნით სხვა კონტრაქტორისათვის უპირატესობის მინიჭება? ¹⁹

საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა აღნიშნა, რომ „თითოეული სახელმწიფოს უდაო უფლება და პრივილეგიაა თავისივე სუვერენული საკანონმდებლო ხელისუფლების განხორციელება. არაფერია საკამათო იმ მარეგულირებელ ცვლილებებში, რაც ინვესტიციის განხორციელების დროს არსებობდა. გარდამავალ ქვეყნებში, ანუ სოციალისტური ტიპის ცენტრალიზებული ეკონომიკიდან ბაზარზე დაფუძნებული ეკონომიკისაკენ გადასულ სახელმწიფოებში ინვესტორები ლეგიტიმურად ვერ უნდა ელოდონ სტაბილურ საკანონმდებლო ბაზას; მეტიც, საკანონმდებლო ცვლილებები ნორმალურ ბიზნეს რისკად უნდა განიხილებოდეს. ამ შემთხვევაში, ლიეტუვას, ყოფილ საბჭოთა კავშირის ქვეყნას ენიჭებოდა ევროკავშირის წევრობის კანდიდატობა. მიუხედავად ამისა, ნებისმიერი გადასვლა არ ათავისუფლებს სახელმწიფოებს კეთილსინდისიერებისა და გამჭვირვალობის ზოგადი მოვალეობისაგან. არბიტრაჟმა უარყო პრეტენზია დისკრიმინაციის შესახებ და დაადგინა, რომ Parkerings-

მის ღირებულებაზე“. მაგალითად, როდესაც Calder Mobile-ის მყიდველებმა არაავთენტური ნამუშევრის არგუმენტით სასამართლოში აღძრეს სარჩელი გამყიდველის მიმართ, „მობილის“ ღირებულება შემცირდა, რადგან ხელოვნების ბაზარმა შეიტყო, რომ ამ ნივთის მფლობელს და Calder-ის ექსპერტს არ სჯეროდათ მისი ავთენტურობის. ამრიგად, კონფიდენციალურობა არბიტრაჟის მნიშვნელოვანი სარგებელია, რომელიც არ არის ხელმისაწვდომი სამართალწარმოებაში. *Varner E., Arbitrating Cultural Property Disputes*, Spring 2012, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, 483-485.

¹⁸ *Varner E., Arbitrating Cultural Property Disputes*, Spring 2012, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, 481.

¹⁹ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case №ARB/05/8, Award, 11 September 2007, *Polasek M., Puig S., ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22, Issue 2, Fall 2007, 446-454, <<https://rb.gy/ku8dab>> [02.12.2024].

და მისი ნიდერლანდელი კონკურენტი არ იყვნენ მსგავს მდგომარეობაში. მოსარჩელის პროექტი ითვალისწინებდა საკათედრო ტაძრის ქვეშ გათხრით სამუშაოებს. ტრიბუნალმა არა მხოლოდ სათანადო ყურადღება დაუთმო კულტურული მემკვიდრეობის საკითხებს, არამედ განაცხადა, რომ იუნესკოს 1972 წლის მსოფლიო მემკვიდრეობის კონვენციით (WHC) ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებამ გაამართლა პროექტზე უარის თქმა, „ისტორიული, არქეოლოგიური და გარემოსდაცვითი არგუმენტი ამ შემთხვევაში მოსარჩელის პროექტისათვის უარის თქმის საფუძველი გახდა.“²⁰

კულტურული საკუთრების დავების განხილვა ეფუძნება კულტურული ფასეულობების პროფესიონალების კერძოდ, იურისტების, კურატორების, ხელოვნების დილერებისა და მეცნიერების გამოცდილებას. თუკი ხელშეკრულება ეხება კულტურული ობიექტის შეფასებას ან ავთენტურობას, საარბიტრაჟო შეთანხმებაში შეიძლება მითითებული იყოს შემფასებელი ან ფასეულობის სპეციალისტი. თუ ხელშეკრულება გაფორმებულია კულტურული ფასეულობის გაყიდვის ან საკუთრების უფლების შესახებ, საარბიტრაჟო შეთანხმებით განისაზღვრება ადვოკატი და ხელოვნებით მოვაჭრე. მაგალითად, ერთი აუქციონის სახლის საარბიტრაჟო პუნქტში მითითებულია, „არბიტრი უნდა იყოს პენსიაზე გასული მოსამართლე ან ადვოკატი, რომელიც იცნობს კომერციულ კანონმდებლობას და სპეციალიზებულია საარბიტრაჟო განხილვაში“.²¹

საარბიტრაჟო შეთანხმებებით შესაძლოა განხორციელდეს დაჩქარებული არბიტრაჟი. სწრაფი საარბიტრაჟო განხილვა სასარგებლოა, თუ უკვე არსებობს ურთიერთობა ჩართულ მხარეთა შორის ან დროითი შეზღუდვები, როგორიცაა გასხვისება, უახლოეს მომავალში კულტურული ქონების ექსპორტი და ა.შ. განხილვის დაჩქარება შესაძლებელია: თითოეული მხარისათვის დროის ლიმიტების დაწესებით, დეპონირების რაოდენობისა და ახალი აღმოჩენების შეზღუდვით. შეზღუდვები უნდა იყოს გონივრული, რათა არ მოხდეს ნეგატიური ზემოქმედება საქმის წარმოებასა და შედეგებზე.²²

საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა წარმატებით დაასრულა მარია ალტმანის სარჩელის საქმე, რომელზეც შეერთებული შტატების სასამართლო ჩიხში შევიდა (2001-2004 წწ.). ალტმანმა 1998 წელს წაუყენა პრეტენზია ავსტრიის მთავრობას გუსტავ კლიმტის ექვსი ნახატის დაბრუნების თაობაზე, რომელთა ღირებულება დაახლოებით 150 მილიონ აშშ დოლარს შეადგენდა (მათ შორის ერთ-ერთი ცნობილი, ნაცისტებისაგან დევნილი ქალბატონ ბლოხ-ბაუერის პორტრეტი, იგივე „ოქროს ადელი“). ნახატები გადაეცა ავსტრიის ეროვნულ გალერეას, რომელმაც მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ უარი თქვა ოჯახისათვის დაბრუნებაზე, რადგან ისინი სარგებლობდნენ ეროვნული საგანძურის სტატუსით.²³ მიუხედავად, უცხოური სუვერენული იმუნიტეტის აქტით (FSIA) გათვალისწინებული იმუნიტეტის არსებობისა, აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს 2004 წლის გადაწყვეტილებით, გამოჩაღების აუქციონს იმუნიტეტს, როცა საქმე ეხება საერთაშორისო სამართლის დარღვევით მიღებულ ქონებას და მას ფლობს უცხო სახელმწიფოს ორგანო/ინსტიტუტი, რომელიც კომერციულ საქმიანობას ეწევა შეერთებულ შტატებში. ამერიკული იურისდიქციის დასადასტურებლად აღნიშნული ბოლო პირობა საკმარისად ჩაითვალა, ავსტრიული მუზეუმის კატალოგის აშშ-ში ხელმისაწვდომობის გამო.

²⁰ *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 213.

²¹ Condition of Sale in California, New York, Bonhams & Butterfields; *Varner E.*, Arbitrating Cultural Property Disputes, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, Spring 2012, 514-515.

²² Bonhams აუქციონის სახლის საარბიტრაჟო პუნქტი ითვალისწინებს დაჩქარებულ არბიტრაჟს, რომელშიც მითითებულია: „თითოეულ მხარეს უნდა ჰქონდეს არაუმეტეს რვა საათისა თავისი პოზიციის წარმოსაჩენად. არბიტრის წინაშე მოსმენა არ უნდა გაგრძელდეს ზედიზედ სამ დღეზე მეტ ხანს. გადაწყვეტილება წერილობით მიიღება საქმის წარმოების დასრულებიდან არაუმეტეს 30 დღისა.“ Condition of Sale in California, New York, Bonhams & Butterfields. *Varner E.*, Arbitrating Cultural Property Disputes, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, Spring 2012, 506.

²³ *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F.Supp.2d 1187 (C.D. Cal. 1999) a 443. *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley, and Dr. Nelly Auersperg v. Republic of Austria* (Jan. 15, 2006) (Arbitral award in German), <<http://bslaw.com/altmann/Klimt/award.pdf>> [02.12.2024]; The restitution of the sixth painting, a portrait of Amalie Zuckerkandl, was rejected in a separate arbitration (Majken Hofmann, Anna Lokrantz, Maria Muller, Andreas Muller Hofmann und Lena Muller Hofmann v. Republic of Austria (Nov. 21, 2005) (Arbitral award in German); *Renold C. et al.*, Case Six Klimt Paintings – Maria Altmann and Austria, Platform ArThemis, March 2012, <<http://unige.ch/art-adr>> [02.12.2024].

ასეთი დაბალი ბარიერი ასახავს ამერიკული სასამართლოების მზადყოფნას გაავრცელონ თავისი იურისდიქცია ჰოლოკოსტთან დაკავშირებული საქმეების განსახილველად. 2001 წელს კალიფორნიის რაიონულმა სასამართლომ უარყო ავსტრიული მხარის სარჩელი საქმის ავსტრიაში განხილვის შესახებ. სასამართლომ განაცხადა: „ვენაში ალტმანის სარჩელი უარყოფილი იქნებოდა იქ მოქმედი ოცდაათწლიანი ხანდაზმულობის ვადის გამო. ამდენად, იგი სამართლებრივი დაცვის მექანიზმის გარეშე დარჩებოდა. მაშასადამე, ავსტრია არ არის ადეკვატური ალტერნატიული ფორუმი მოსარჩელის პრეტენზიებისათვის“. შედეგად, ავსტრიის მთავრობა დათანხმდა საარბიტრაჟო სამართალწარმოებას და საბოლოოდ კლიმტის ექვსი ნახატიდან ხუთი დაუბრუნა მარია ალტმანს, ბლოხ-ბაუერის მემკვიდრეს.²⁴

4. კულტურული მემკვიდრეობის საკუთრების დავები საერთაშორისო საინვესტიციო არბიტრაჟში

ინვესტორის უფლებებსა და კულტურულ პოლიტიკას შორის კონფლიქტის სხვადასხვა პოტენციური სფეროა. თუ დავა წარმოიქმნება ინვესტორსა და მასპინძელ სახელმწიფოს შორის, მაშინ რამდენიმე სასამართლოა ხელმისაწვდომი. უცხოურმა კომპანიებმა შესაძლოა არ მიმართონ ლოკალურ სასამართლოებსა და ადამიანის უფლებათა სასამართლოს (რაც მოითხოვს ადგილობრივი სამართლებრივი დაცვის საშუალებების ამონურვას), არამედ საქმე წამოიწიონ საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟში გამარტივებული პროცედურებისა და მეტი დამოუკიდებლობის გამო. საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟი წარმოადგენს დავის გადაწყვეტის დახვეწილ საშუალებას.²⁵ მიუხედავად იმისა, რომ WTO-ს დავების გადაწყვეტის მექანიზმი (DSM) ბოლო დრომდე განიხილებოდა, როგორც ამ ორგანიზაციის „გვირგვინის სამკაული“, ინვესტორ-სახელმწიფო არბიტრაჟი (Investor-State Dispute Settlement) გახდა ყველაზე წარმატებული საშუალება ინვესტიციებთან დაკავშირებული დავების მოსაგვარებლად.²⁶

საინვესტიციო არბიტრაჟი (ISDS) უცხოელ ინვესტორებსა და მასპინძელ სახელმწიფოებს შორის დავის გადაწყვეტის პროცედურაა. საერთაშორისო საინვესტიციო შეთანხმებები დადებულია სახელმწიფოთა შორის ინვესტიციების ხელშეწყობისა და დაცვის მიზნით. ხელშეკრულებათა უმეტესობა შეიცავს პუნქტს, რომელიც ნებას რთავს ინვესტორს სახელმწიფოს წინააღმდეგ დავა წამოიწიოს საინვესტიციო არბიტრაჟში. ამგვარად, უცხოელ ინვესტორებს შეუძლიათ მასპინძელ სახელმწიფოს წაუყენოს პრეტენზიები, რომ ვერ შეძლო მათი ინვესტიციების დაცვა ადგილობრივ თემთა ქმედებებისგან. ყველა არბიტრი ვალდებულია იყოს დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი. საარბიტრაჟო ტრიბუნალები, როგორც წესი, შედგება წევრთა არათანაბარი რაოდენობის, ძირითადად სამი არბიტრისაგან.²⁷ კულტურული საკუთრების ტრანზაქციები და ძვირადღირებული დავები შეიძლება კომპლექსური გახდეს განსახილველად საჭირო სხვადასხვა უნარისა და ცოდნის გამო. ამ კონტექსტში ძნელია იპოვო ერთი პირი, რომელიც იქნება ექსპერტი კულტურული საკუთრებისა და სამართლის მიმართულებით. სამი არბიტრი სასურველია, თუ შეუძლებელია ამ ორ სფეროში კომპეტენტური პერსონის პოვნა.²⁸

²⁴ *Campfens E.*, Restitution of Looted Art: What About Access to Justice? *Santander Art and Culture Law Review* 192, May 2019, 193.

²⁵ *Vadi V.*, *Cultural Heritage in International Investment law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2014, 1-2.

²⁶ *Vadi V.*, *Cultural Heritage in International Economic Law*, Brill | Nijhoff, 2023, 103.

²⁷ *Puig S.*, Social Capital in the Arbitration Market, 2014, *European Journal of International Law*, Vol. 25, Issue 2, 387-424, 397.

²⁸ მაგალითად, ნახატზე თანამფლობელობის შესახებ საარბიტრაჟო ხელშეკრულების პუნქტში მითითებული იყო: „წამუშევართან დაკავშირებით მხარეთა ნებისმიერი პრეტენზია წარედგინება სამი არბიტრის კოლეგიას.“ უფრო მეტიც, ბევრი არბიტრისაგან შემდგარი პანელი მხარეებს შესაძლებლობას აძლევს დაინიშნონ არბიტრი „რომელიც დამოუკიდებელია, მაგრამ ერკვევა მხარეთათვის მნიშვნელოვან საკითხებში“. გარდა ამისა, თუ სადავო კულტურული ქონების ღირებულება დიდია, სამი არბიტრის ხარჯი გამართლებულია. მაგალითად, ამერიკის არბიტრაჟის ასოციაციის (AAA) ერთ-ერთ პუნქტში ნათქვამია: „თუ რომელიმე მხარის პრეტენზიები აღემატება 1 მილიონ დოლარს, ადვოკატის ჰონორარის გამოკლებით, დავა

ზოგიერთი მეცნიერი ამტკიცებს, რომ საინვესტიციო არბიტრაჟის (ISDS) მექანიზმი მიკერძოებულია კორპორატიული ინტერესების სასარგებლოდ და უგულვებელყოფს წმინდა არაეკონომიკურ საკითხებს. რა თქმა უნდა, საარბიტრაჟო პროცესის არქიტექტურის გათვალისწინებით, მნიშვნელოვანი შესწოტება წარმოიქმნება კულტურულ ელემენტებთან დაკავშირებული დავების კონტექსტში. მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრაჟი სტრუქტურულად დავის განხილვის კერძო მოდელია, საინვესტიციო დავები ხასიათდება საჯარო სამართლის ასპექტებით. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები საბოლოოდ აყალიბებს ურთიერთობას ერთი მხრივ სახელმწიფოსა და მეორე მხრივ, კერძო პირებს შორის. არბიტრები განსაზღვრავენ ისეთ საკითხებს, როგორიცაა სამთავრობო საქმიანობის კანონიერება, პიროვნების რეგულირებისგან დაცვის ხარისხი და სახელმწიფოს შესაბამისი როლი.²⁹

არბიტრაჟის საგნობრივი იურისდიქციის დასადგენად გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს უცხოური ინვესტიციით განხორციელებული ეკონომიკური საქმიანობა უკავშირდება თუ არა კულტურულ მემკვიდრეობას. საქმეში *Renée Rose Levy and Gremcitel SA*,³⁰ ფრანგმა ინვესტორებმა შეიტანეს საარბიტრაჟო სარჩელი პერუს რესპუბლიკის წინააღმდეგ, რომელიც ეხებოდა დაცულ ისტორიულ უბანში უძრავი ქონების განვითარებას. ინვესტორებმა ოკეანისპირა მიწა შეიძინეს ლიმას პერიფერიასზე და დაგეგმეს ტურისტული ბიზნესის განვითარება. რამდენიმე წლის შემდეგ კულტურის ეროვნულმა ინსტიტუტმა მიიღო დადგენილება, რომელიც კრძალავდა ამ საკუთრებაში რაიმე სახის მშენებლობას ადგილის ისტორიული მნიშვნელობიდან გამომდინარე. ფაქტობრივად, მიწის ნაკვეთები მდებარეობდა მორო სოლარის მიმდებარედ, წყნარი ოკეანის ომის დროს პერუსა და ჩილეს ძალებს შორის 1881 წელს გამართულ სან-ხუანის ბრძოლის ადგილთან. ინვესტორის თქმით, დადგენილებამ ინვესტიციას ყოველგვარი ღირებულება დაუკარგა. პერუს სახელმწიფო ამტკიცებდა, რომ კორპორატიული რესტრუქტურისა, რომლითაც ფრანგმა მოქალაქემ შეიძინა წილები Gremcitel-ში, პერუს კომპანიში, იყო უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება. პერუს მთავრობა მიუთითებდა, რომ აქციათა ნაჩქარევი გადაცემა რამაც, ინვესტორი Gremcitel-ის მაჟორიტარ აქციონერად წარმოაჩინა, განხორციელდა ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების დაცვის მიზნით. საარბიტრაჟო ტრიბუნალის გადაწყვეტილებით: „უკვე კარგად დამკვიდრებულია, რომ საინვესტიციო ხელშეკრულებით გათვალისწინებული სარგებლის მისაღებად კორპორატიული სტრუქტურის რეორგანიზაცია, ლეგიტიმურია მაშინ, როცა ეს კეთდება ინვესტიციის დასაცავად მასპინძელ სახელმწიფოსთან სავარაუდო დავის თავიდან ასარიდებლად. ამასთან აღინიშნა, როცა დავა არის მოსალოდნელი, მაშინ კორპორატიული რესტრუქტურისა შეიძლება წარმოადგენდეს პროცესის ბოროტად გამოყენებას და მოსარჩელებს უნდა დაეშვათ რეზოლუციის მიღების ვარაუდი. შესაბამისად, ტრიბუნალმა უარი თქვა იურისდიქციის განხორციელებაზე.“

საინტერესო შემთხვევებში, არბიტრაჟმა იურისდიქცია უარყო იმ არგუმენტით, რომ ინვესტორები არ იცავდნენ მასპინძელი სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობას მნიშვნელოვანი კულტურული მემკვიდრეობის დასაცავად.³¹ 2015 წელს, კოსტა რიკული კომპანიისა და რამდენიმე ნიდერლანდელი ინვესტორის შემქნილი ეკოტურიზმის პროექტი სახელწოდებით Cañaveral-ის ყველა აქციონერმა შეიტანა სარჩელი პანამის წინააღმდეგ ICSID-ში. ინვესტორებმა გააპროტესტეს მიწის მართვის ადგილობრივი სააგენტოს მიღებული გადაწყვეტილებები, რომლის მიხედვით მოსარჩელეთა ქონება მდებარეობდა Ngöbe Buglé-ში ძირძველი მოსახლეობით დაცულ ტერიტორიაზე. Ngöbe ტრადიციულად მისდევდა მინათმოქმედებას, თევზაობას და ნადირობას თავის მიწაზე, რომელიც თავდაპირველად ვრცელდებოდა წყნარი ოკეანედან კარიბის ზღვამდე. დღესდღეობით ისინი ცხოვრობენ Comarca Ngöbe Buglé-ში, დასავლეთ პანამის რაიონში, მათი კულტურული და პოლიტიკური ავ-

განიხილება და გადაწყდება სამი არბიტრის მიერ.“ *Varner E.*, Arbitrating Cultural Property Disputes, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, Spring 2012, 475, 476.

²⁹ *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 106.

³⁰ იქვე, 167-168.

³¹ *Álvarez y Marín Corporación S.A. v. Republic of Panama*, ICSID ARB/15/14, Award, 12 October 2018. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 162-163.

ტონომიის დასაცავად სპეციალურად დაწესებულ ტერიტორიაზე.³² სადაო ინვესტიცია მოიცავდა პანამის სანაპიროზე მდებარე ოთხი ფერმის საკუთრებას, რომელთა განვითარება იგეგმებოდა ეკოტურისტულ პროექტად. რადგან პრესა კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებდა შეძენის ლეგიტიმურობას, მინის ადმინისტრაციის ეროვნულმა ორგანომ ინვესტორთა ორი ქონება ამ სპეციალური ზონის გარეთ განათავსა. ამ ფაქტით უკმაყოფილო ძირძველმა მოსახლეობამ ქმედება მათ საკუთრებაში შეჭრად მიიჩნია. მოსარჩელეთა აზრით, მათი ინვესტიციების მიმართ პანამის მოპყრობა წარმოადგენდა არაპირდაპირ ექსპროპრიაციას, სამართლიანი მოპყრობისა და დაცვის სტანდარტების უგულებელყოფას. პანამამ უარყო ხელშეკრულებების დებულებების დარღვევა და წამოაყენა იურისდიქციის შესახებ პრეტენზია, იმ არგუმენტით, რომ ინვესტორთა უძრავი ქონება უკანონოდ იყო შეძენილი. საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უარყო საქმეზე იურისდიქცია ინვესტორების მიერ შიდა კანონმდებლობის დარღვევის გამო. მიუხედავად იმისა, რომ ინვესტორებთან დადებული ორი ხელშეკრულებიდან არც ერთი შეიცავდა შეძენის კანონიერების შესახებ აშკარა მითითებას, ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ ლეგიტიმურობის მოთხოვნა უნდა ჩაითვალოს ნაგულისხმევად ყველა საინვესტიციო ხელშეკრულებაში, რადგან მხოლოდ კანონიერად შეძენილი ინვესტიციები სარგებლობს სახელშეკრულებო დაცვის გარანტიებით. ტრიბუნალის მტკიცებით, კანონი, რომელიც ადგენს კომარკას და პანამის კონსტიტუციას, მიზნად ისახავს მკვიდრი მოსახლეობის კულტურული, ეკონომიკური და სოციალური კეთილდღეობის დაცვას. მინის კოლექტიური საკუთრება კი, განიხილებოდა როგორც ძირძველი ხალხების ეთნიკური იდენტობის გადარჩენისა და უწყვეტობის ფუნდამენტური პირობა.

ბუნებრივია არსებობს კოლიზია ნორმატიული ღირებულებების ორ განსხვავებულ ფენომენს შორის, რაც გამოიხატება შესაბამისი საერთაშორისო დავების ზრდით. შესაძლებელია კულტურის ინტეგრირება საერთაშორისო საინვესტიციო კანონმდებლობასა და არბიტრაჟში? და თუ ასეა, როგორ? მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფომ უნდა შეასრულოს საინვესტიციო ხელშეკრულების ნორმები, გარკვეული კულტურული უფლებები დაკავშირებულია ადამიანის ღირსებასა და სხვა ძირითად უფლებებთან, ამიტომ შესაძლოა მათ დაცვის უფრო მაღალი სტანდარტით ისარგებლონ.

Glamis Gold v. United States of America კანადური სამთო კომპანია გეგმავდა ოქროს მოპოვებას სამხრეთ-აღმოსავლეთ კალიფორნიის ფედერალურ მიწაზე (საიმპერატორო პროექტი). საიმპერატორო პროექტსა და მის მიმდებარე ტერიტორიას, როგორც მომლოცველთა მარშრუტს საუკუნეების განმავლობაში იყენებდნენ ინდიელი ამერიკელები. მათი უფლებები აღიარებული და დაცული იყო კანონმდებლობით. კეჩანი, ადგილობრივი ძირძველი ტომი ეწინააღმდეგებოდა პროექტს, რადგან ის გაანადგურებდა სიზმრების ბილიკს – წმინდა გზას, რომელიც ჯერ კიდევ გამოიყენება საზეიმო, სულიერი პრაქტიკის შესასრულებლად. მიუხედავად იმისა, რომ ტერიტორია არ იყო შეტანილი მსოფლიო მემკვიდრეობის სიაში, ტომისათვის ისეთივე კულტურული მნიშვნელობა გააჩნდა, როგორც მექას ან იერუსალიმს მორწმუნეებისათვის. შინაგან საქმეთა დეპარტამენტმა ამ პროექტით წიაღისეულის მოპოვება 20 წლით აკრძალა ისტორიული ქონების დასაცავად. როდესაც პროექტზე ნებართვა ისევ გაიცა, სამთო გეოლოგიის სახელმწიფო საბჭომ მიიღო გადაუდებელი რეგულაციები, რომლებიც მოითხოვდა ყველა ღია მალაროს შევსებას, რათა აღდგენილიყო მოპოვებამდე არსებული მინის სავარაუდო კონტურები. ინვესტორმა საქმე წამოიწყო საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟში და განაცხადა, რომ სახელმწიფო ზომები *inter alia* წარმოადგენდა მისი ინვესტიციის არაპირდაპირ ექსპროპრიაციას NAFTA-ს 1110-ე მუხლის დარღვევით. მოსარჩელის თქმით, ექ-

³² 1997 წლის კანონი Comarca Ngöbe Buglé-ის დაარსების შესახებ აღიარებდა ძირძველი მოსახლეობის კოლექტიური საკუთრების უფლებას მიწაზე და კრძალავდა კერძო საკუთრებას ამ ზონებში. რეგიონში, ფიზიკურ პირებზე შესაძლებელი იყო მხოლოდ 1997 წლამდე კერძო საკუთრებაში არსებული მიწის ნაკვეთების მიყიდვა. ამასთან, Comarca-ს ხელისუფლება ინარჩუნებდა ნებისმიერ კერძო საკუთრებაში არსებული მიწის უპირატესი შესყიდვის უფლებას. ადამიანის უფლებათა სპეციალისტების განმარტებით, ეს და მსგავსი კანონები წარმოადგენს „მსოფლიოში ერთ-ერთ უპირველეს მიღწევას მკვიდრ მოსახლეთა უფლებების დასაცავად“. Anaya J., Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, UN Human Rights Council, The Status of Indigenous Peoples' Rights in Panama, A/HRC/27/52/Add.1, 3 July 2014, para.13.

სპროპრიაცია დაიწყო მაშინ, როცა ფედერალურმა მთავრობამ უარი თქვა მათი საოპერაციო გეგმის დამტკიცებაზე და მოითხოვა ღია ორმოების შევსება. მათი აზრით, არაეკონომიური ამოვსება სამთო ოპერირებას არამომგებიანს გახდიდა და რაციონალურად არ იქნებოდა დაკავშირებული მის გაცხადებულ მიზანთან – კულტურული რესურსების დაცვასთან. მოსარჩელის მტკიცებით, როცა ოქროს მიწიდან ამოღება ანადგურებს ნებისმიერ კულტურულ რესურსს ზედაპირზე, „ჭუჭყის უკან ორმოში ჩაყრა რეალურად არ იცავს ამ რესურსებს“, შეიძლება გამოიწვიოს მეტი არტეფაქტის დამარხვა და უფრო დიდი კულტურული დანაკარგი. საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ გასაჩივრებული ზომები არ წარმოადგენს არაპირდაპირ ექსპროპრიაციას. არაკომპენსირებადი რეგულაციისა და კომპენსირებადი ექსპროპრიაციის გასასხვავებლად ტრიბუნალმა გამოიყენა ორსაფეხურიანი ტესტი, რათა დაედგინა: (1) რამდენად ერევა გატარებული ზომები გონივრულ ეკონომიკურ მოლოდინებში; (2) სამთავრობო ქმედებების მიზანი და ხასიათი. პირველ რიგში, ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ მოსარჩელის ინვესტიციას მომგებიანობა არ დაუკარგავს და ამოვსების მოთხოვნებს არ მოუხდენია საკმარისი ეკონომიკური ზემოქმედება ინვესტიციაზე, რომ ის ექსპროპრიაციად განხილულიყო. მეორე, ტრიბუნალმა გატარებული ზომები მიიჩნია გონივრულად მითითებულ მიზანთან შესაბამისობაში და აღიარა, რომ „ზოგიერთი კულტურული არტეფაქტი გათხრებისა და ამოვსების პროცესში გარკვეულწილად შესაძლოა დაზიანდეს“, თუმცა ასეთი ზომების გარეშე, მნიშვნელოვანი ორმოები და ნარჩენების გროვა მახლობლად ზიანს მიაყენებდა ლანდშაფტს.³³

*Gosling v. Mauritius*³⁴ ბრიტანელი ინვესტორები გეგმავდნენ კურორტის აშენებას ლე მორნში, რომელიც იუნესკოს მსოფლიო მემკვიდრეობის ძეგლია. კლდოვანი მთა ლე მორნი გადაჰყურებს ინდოეთის ოკეანეს მავრიკიის სამხრეთ-დასავლეთით და გამოიყენებოდა გაქცეული ყოფილი მონების მარუნების თავშესაფრად XVIII-XIX საუკუნეებში. მთის თითქმის მიუწვდომელი კლდეებით დაცულმა მარუნებმა პატარა დასახლებები შექმნეს ლე მორნის მწვერვალზე. ამრიგად, ლანდშაფტი წარმოადგენს მონების თავისუფლებისათვის ბრძოლისა და გმირული წინააღმდეგობის სიმბოლოს. მთავრობამ არ გასცა მშენებლობის ნებართვა ტერიტორიის დაცვის მიზნით, ინვესტორებმა არბიტრაჟში განაცხადეს, რომ ასეთი უარყოფა ინვესტიციის არაპირდაპირ ექსპროპრიაციას უტოლდებოდა, რადგან კომპენსაცია არ იქნა გადახდილი. მოპასუხე მხარე უთითებდა, რომ ინვესტორებს არასოდეს მიუღიათ ტერიტორიის განაშენიანების ნებართვა. მავრიკის სახელმწიფო ამტკიცებდა, რომ კეთილსინდისიერად ახორციელებდა მისი უმთავრესი პოლიტიკის მიზნის უფლებამოსილებას – ლე მორნის მსოფლიო მემკვიდრეობის სიაში შეყვანას. ინვესტორებმა აღიარეს, რომ ეს მიზანი მათთვის ცნობილი იყო ქონების განვითარების გეგმის შედგენამდეც. სახელმწიფომ განმარტა, რომ „შეუძლებელი იყო ერთდროულად ლე მორნის იუნესკოს მსოფლიო მემკვიდრეობის სიაში მოხვედრა და მოსარჩელეთა პროექტის არსებობა“, რადგან მსოფლიო მემკვიდრეობის კომიტეტმა მოითხოვა მთავრობას არ დაეშვა ლე მორნის მეტად განვითარება. და ბოლოს, ხელისუფლების მხრიდან ექსპროპრიაცია არ განხორციელებულა, რადგან ტერიტორიას არ დაუკარგავს მთელი თავისი ეკონომიკური ღირებულება; პირიქით, მან შეინარჩუნა საბაზრო ღირებულების მინიმუმ მეოთხედი. საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ ინვესტორებს არასოდეს მიუღიათ საჭირო ლიცენზიები. შესაბამისად, არ ჰქონდათ ტერიტორიის განაშენიანების უფლება. მოსარჩელებს ნებართვები, რომ მოეპოვებინათ, მაშინ ასეთ უფლებებში ჩარევა წარმოშობდა კომპენსაციის გამართლებულ მოთხოვნას. ტრიბუნალმა უარყო პრეტენზია არაპირდაპირი ექსპროპრიაციის შესახებ.

*Elitech and Razvoj Golf v. Croatia*³⁵ ინვესტორებმა დაგეგმეს მდიდრული კურორტის მშენებლობა გორაზე, რომელიც გადაჰყურებს დუბროვნიკს, მსოფლიო მემკვიდრეობის ძეგლს. პროექტი მო-

³³ Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, Award, 8 June 2009, <<https://shorturl.at/bM367>> [02.12.2024].

³⁴ Thomas Gosling, Property Partnerships Development Managers (UK), Property Partnerships Developments (Mauritius) Ltd, Property Partnerships Holdings (Mauritius) Ltd, and TG Investments Ltd v. Republic of Mauritius (Gosling v. Mauritius) ICSID Case №ARB/16/32, Award, 18 February 2020, *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 175-176.

³⁵ Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia, ICSID Case №ARB/17/32, *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 176.

იცავდა გოლფის მოედნების, სასტუმროებისა და ვილების მშენებლობას. ტურისტული კომპლექსი მნიშვნელოვნად შეცვლიდა ქალაქს და საკუთრივ მასთან შედარებით მასიური ზომა ექნებოდა. ადგილობრივი მოსახლეობა პროექტს ეწინააღმდეგებოდა მტკიცებით, რომ ზიანი ადგებოდა გარემოს და საფრთხე ექმნებოდა დუბროვნიკის მსოფლიო მემკვიდრეობის ძეგლის სტატუსს. მათ მიერ შეტანილი სარჩელის საფუძველზე, ადგილობრივმა ადმინისტრაციულმა სასამართლომ შეაჩერა პროექტი. შედეგად, კომპანიამ შეიტანა საინვესტიციო არბიტრაჟში სარჩელი, ორმხრივი საინვესტიციო ხელშეკრულების ფარგლებში გათვალისწინებული კომპენსაციის მისაღებად.

ისტორიული და კულტურული მნიშვნელობის ადგილების გადარჩენა და/ან აღორძინების პროექტებთან დაკავშირებული საზოგადოებრივი კეთილდღეობისა და ცხოვრების ხარისხის ამაღლება შეიძლება იყოს ლეგიტიმური საჯარო მიზანი, რაც კანონიერი ექსპროპრიაციის ერთ-ერთი წინაპირობაა. საქმეში, *United States v. Gettysburg Electric Railway Co.* შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ისტორიული ადგილის შენარჩუნება ემსახურებოდა ლეგიტიმურ მიზანს. შესაბამისად, შედიოდა მთავრობის განხორციელებული ექსპროპრიაციის უფლებამოსილებაში. სასამართლომ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ „მსოფლიოში ერთ-ერთი უდიდესი გეგმისპირის ბრძოლის ადგილის შენარჩუნება აუცილებელია არა მხოლოდ საჯარო მიზნის გამო, არამედ იმდენად მჭიდრო კავშირშია თავად რესპუბლიკის კეთილდღეობასთან, რომ კონსტიტუციით მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებში კონგრესმა მიიღო მისი დაცვის გადანაცვლებები.“³⁶

5. დასკვნა

კულტურული მემკვიდრეობის დავები, კერძოდ კონსერვაციის, რეპატრიაციის, გამოსახულებათა რეპროდუქციის, ნასყიდობის ხელშეკრულებების, ავთენტურობის, საკუთრების უფლებების შეიძლება განხილულ იქნას არბიტრაჟში. არბიტრაჟი მეტად იაფი და სწრაფია, ვიდრე სამართალწარმოება. მხარეებს შეუძლიათ არბიტრთა არჩევა სფეროს რელევანტური გამოცდილებით. საარბიტრაჟო განხილვა არის კონფიდენციალური, მხარეები ინარჩუნებენ მეტ მოქნილობასა და კონტროლს შედეგზე, ვიდრე სასამართლო დავის დროს. კულტურულ ფასეულობებთან დაკავშირებით დავები ხშირად მოიცავს მრავალწლიან, ძვირადღირებულ, გაჭიანურებულ სამართალწარმოებას და ავითარებს მოსაზრებას იმის შესახებ, დროულად მიმართეს თუ არა მოსარჩელებმა შესაბამის ლონისძიებებს მოპარული ქონების დასაბრუნებლად. ხშირად, ჰოლოკოსტის ან უფრო ადრეული ეპოქის გაძარცვული სიძველეების დაბრუნება ხანდაზმულობის ვადის გასვლის გამო, რთულდება. მდგომარეობა კიდევ უფრო მწვავედება, როცა კულტურული ობიექტები მათი ქურდობიდან დიდი ხნის შემდეგ ჩნდება. ბოლო წლებში, დავების გადანაცვლების ალტერნატიული საშუალებები (ADR), მათ შორის არბიტრაჟი, მედიაცია და მოლაპარაკება გაჩნდა, როგორც პერსპექტიული ვარიანტები ამ დავების მოსაგვარებლად. მართლაც, ბოლო ოთხი ათწლეულია კულტურულ საკუთრებასთან დაკავშირებული დავების უმეტესობა სასამართლოს გარეშე გადაწყდა. საბედნიეროდ, ADR-ის სამყარო, კულტურული საკუთრების დავებში სულ უფრო პოპულარული ხდება, როგორც ალტერნატიული გადანაცვლების მეთოდი და მას მხარს უჭერს არა მხოლოდ მუზეუმების საერთაშორისო საბჭო, ინტელექტუალური საკუთრების მსოფლიო ორგანიზაცია, არამედ სხვა ავტორიტეტული საერთაშორისო ორგანიზაციები.

ბიბლიოგრაფია:

1. შეიარაღებული კონფლიქტის დროს კულტურული ფასეულობების დაცვის შესახებ ჰააგის 1954 წლის კონვენცია.

³⁶ *United States v. Gettysburg Electric Railway Co.*, 160 US 668 (1896); *Berman v. Parker*, 348 US 26 (1954) აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ დაადასტურა, რომ კონგრესს ჰქონდა უფლება, იძულების წესით შეეძინა დაბინძურებული უბანი ვაშინგტონში და განეახლებინა ის, რადგან ადგილობრივების საცხოვრებლად ლამაზი ადგილით უზრუნველყოფა სახელმწიფოს მხრიდან საზოგადოებრივი კეთილდღეობის კონცეფციის ფარგლებში განხორციელდა. *Vadi V.*, *Cultural heritage in international investment law and arbitration*, Cambridge University Press, 2014, 70.

2. იუნესკოს 1970 წლის კულტურულ ღირებულებათა უკანონო შემოტანის, გატანისა და საკუთრების უფლების გადაცემის აკრძალვისა და აღკვეთის ღონისძიებათა შესახებ კონვენცია.
3. UNIDROIT-ის 1995 წლის მოპარული ან უკანონოდ ექსპორტირებული კულტურული ობიექტების შესახებ კონვენცია.
4. იუნესკოს 1972 წლის მსოფლიო მემკვიდრეობის კონვენცია.
5. *Adenekan V.O.*, An Appraisal of the Existing Legal Frameworks for the Resolution of Cultural Heritage Disputes and the Enforcement of Cultural Heritage Law, December 2019, 6.
6. *Arsic M.*, Mediation in cultural heritage disputes – pro et contra, 2021, 135-136.
7. *Campfens E.*, Restitution of Looted Art: What About Access to Justice? Santander Art and Culture Law Review, May 2019, 193.
8. *Chechi A.*, Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013.
9. *Gazzini F.I.*, Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in resolving Non-Contractual Disputes, 2004, 118-119.
10. ICOM, Art and Cultural Heritage Mediation, An alternative litigation resolution method adapted to art and cultural heritage fields, 12 July, 2011 in Paris.
11. *Anaya J.*, Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, UN Human Rights Council, The Status of Indigenous Peoples' Rights in Panama, A/HRC/27/52/Add.1, 3 July 2014, para.13.
12. *Kasteleijn L., Grenfell L.*, Using arbitration to resolve cultural property disputes, Mar 2023, 15, <<https://www.lexisnexis.co.uk/blog/research-legal-analysis/using-arbitration-to-resolve-cultural-property-disputes>> [02.12.2024].
13. *Polasek M., Puig S.*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 22, Issue 2, Fall 2007, 446-454, <<https://rb.gy/ku8dab>> [02.12.2024].
14. *Puig S.*, Social Capital in the Arbitration Market, 2014, European Journal of International Law, Vol. 25, Issue 2, 387-424, 397.
15. *Vadi V.*, Cultural heritage in international investment law and arbitration Cambridge University Press, 2014, 1-2, 25, 70.
16. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 2, 58-59, 103, 106, 167-168, 213, 162-163, 175-176.
17. *Varner E.*, Arbitrating Cultural Property Disputes, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Spring 2012, Vol.13, 480-485, 514-515, 476, 503.
18. UN Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment №21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life, Article 15, para. 1(a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/21, 21 December 2009, para.11,13.
19. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, Award, 8 June 2009.
20. *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F.Supp.2d 1187 (C.D. Cal. 1999) a 443. *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley, and Dr. Nelly Auersperg v. Republic of Austria* (Jan. 15, 2006) (Arbitral award in German). *Majken Hofmann, Anna Lokrantz, Maria Muller, Andreas Muller Hofmann und Lena Muller Hofmann v. Republic of Austria* (Nov. 21, 2005) (Arbitral award in German). *C. Renold et al., Case Six Klimt Paintings – Maria Altmann and Austria*, Platform Ar Themis, March 2012, <<http://unige.ch/art-adr>> [02.12.2024].
21. Condition of Sale in California, New York, Bonhams & Butterfields.

TAMAR MSKHVILIDZE*

CULTURAL HERITAGE PROPERTY DISPUTES IN INTERNATIONAL ARBITRATION PROCEEDINGS

The article's purpose is to argue why arbitration is beneficial for users despite the availability of a wide range of alternative dispute resolution (ADR) means to the parties involved in cultural heritage disputes. While litigation is a time-consuming, expensive, and public process, arbitration offers a speedy and confidential alternative. This offers more flexibility and control over the results than litigation. The tension between investor rights and cultural heritage protection raises several questions. Is the measure implemented by the state justified by the fact that it aims to protect cultural heritage? Can governments use cultural policies to discourage investment or discriminate against foreign investors? It is important to clarify the extent to which arbitral tribunals pay attention to cultural heritage and how they balance the rights of the investor and the cultural policies of the host state.

Keywords: *cultural heritage, international economic law, investment law, alternative dispute resolution, mediation, arbitration, international investment agreement.*

1. Introduction

The growth of global trade and foreign direct investment has led to the creation of effective legal regimes that oblige states to facilitate investment activities and trade. A “clash of cultures” has emerged between international investment law and international cultural law. As countries aim for economic growth, they may loosen cultural norms to facilitate business activity. In a project with a financial interest, the state does not want to take any action that would reduce profitability. Even if officials are genuinely concerned about the impact on people and the environment, they are entitled to prioritize development goals over cultural heritage.¹

Culture is the inherited values, ideas, beliefs, and traditions that characterize social groups and their behavior. Culture is not a static concept, it is a dynamic force that develops over time and shapes countries and civilizations. Globalization and economic governance have recently promoted intense relations and dialogue between nations. Thus, unprecedented opportunities for cultural exchange have arisen. In addition, foreign direct investment can promote cultural diversity and provide funds for the discovery, restoration, and preservation of cultural heritage.²

Nowadays, culture is not only the “life of the mind”, but it is also a “broad, inclusive concept that includes all manifestations of human existence”, such as beliefs, values, habits, arts, customs, and ways of life that feature

* Doctor of Law, researcher of conflict of laws, assistant professor of Akaki Tsereteli State University, senior research fellow of European University Institute of Law, and assistant professor of Kutaisi University.

¹ If states still maintain a high standard of cultural heritage protection, then a foreign investor can initiate a dispute and claim that such treatment violates the provisions of the investment treaty and affects their economic interests. Diverse cultural policies may lead to a conflict between the course taken by the host state and the investment treaty. In some cases, foreign investors claim that cultural heritage policies have a negative impact on investment, leading to indirect expropriation. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration Cambridge University Press, 2014, 1-2.

² The expansion of trade and foreign direct investment promotes interaction between different cultures and can be considered a process of expanding cultural freedom. As a result, there is a relationship between trade promotion, FDI, and cultural heritage protection. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 2.

particular groups – passed down from generation to generation. Culture does not comprise the mere sum of individual practices, It consists the complex whole through which individuals and communities “express their humanity,” give meaning to their existence, and shape their worldviews.³

A multidisciplinary approach has become relevant in the 21st century, when cultural heritage disputes can have a different range of legal disciplines, such as investment law, international trade law, private international law, intellectual property law, international humanitarian law, and international criminal law. The study of cultural heritage law in the context of the mentioned disciplines reveals that it is a multifaceted subject and not strictly separated.⁴

Thus, it is interesting how cultural heritage disputes arising from these areas can be regulated.

2. Cultural Heritage as an Object of Property Rights

The essence of cultural heritage does not derive only from its aesthetic or economic value. The archetypal “property” of works of art refers to the possibility of owning them and suggests that marketable assets with financial value have a cultural, intangible aspect. This stock of historical, symbolic, religious, and scientific values embodies a cultural object and contributes to the formation of the identity and dignity of peoples, and communities. This defines the lives of their ancestors and societies. This ‘duality’ explains why cultural assets cannot be equated to ordinary merchandise. These are the outcomes of human creativity expressing meanings distinct from the commercial value that they may possess. It is an important result of human creativity, apart from its commercial value. Cultural heritage legislation focuses on the protection of civilization, that is, the achievements, values, and beliefs of a particular group or nation. Because the past is woven into all works, legal and non-legal issues are intertwined.⁵

For centuries, the cultural product was protected as a form of property. According to this structure, movable cultural objects are private property, cultural monuments are immovable property, and intangible cultural goods can exist (but not necessarily) in the form of intellectual property.⁶ The cultural property paradigm crosses boundaries not only between property – immovable, movable, and intellectual – but also between international, regional, and domestic laws. Since the property paradigm is well established, in most legal traditions cultural heritage objects are generally governed by the same norms as other types of property. Only in some cases is it subject to exceptions due to the cultural characteristics of the protected good.⁷

³ UN Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment №21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life, Article 15, para. 1(a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/21, 21 December 2009, para.11,13.

⁴ *Adenekan V. O.*, An Appraisal of the Existing Legal Frameworks for the Resolution of Cultural Heritage Disputes and the Enforcement of Cultural Heritage Law, December 2019, 6.

⁵ Christopher Byrne emphasized that “there is a fundamental difference between goods that are standardized and easily replaced and those that are vested with emotional, spiritual, or cultural qualities” as only the latter “retain unique and transcendent cultural significance which imparts inherent value to them”. *Chechi A.*, Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013, 36.

⁶ The legal definition of monuments varies between legal systems. In practice, there are various internal mechanisms for the definition of cultural objects. The accounting method specifies the type of each item that is protected. The categorization system provides a general description of what is protected (Germany). A classification system extends protection to a specific object only when an appropriate administrative decision is made to that effect (UK). Italy combines categorization with classification. Turkey makes an extensive list of some properties yet categorizes some of them. Canada combines an inventory-based approach with administrative regulations. Some states protect classes of artefacts that are unique to their national identity and have significant historical and artistic value. They can be “They can be ‘the centerpieces of active cultures and religions, illustrations of the changing patterns of aesthetics, anthropological records of previous societies, beautiful and desirable items which confer prestige on their owners, or commodities in the international art market.” *Roodt C.*, Private International Law, Art and Cultural Heritage, Edward Elgar Publishing Limited 2015, 3-4.

⁷ *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration Cambridge University Press, 2014, 25. Which interest should be prioritized in the management of cultural heritage – the local population or the international community? When interests collide, officials face the dilemma of whether to prioritize international interests over domestic concerns, or vice versa. While internationalists see cultural heritage as an expression of “common human culture” wherever it may be located, nationalists see it as part of national culture. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 58, 59.

3. Importance of Alternative Resolution Mechanisms in Cultural Heritage Disputes

The art world is largely based on trust and personal contacts. Cultural heritage disputes are characterized by the special sensitivity of the participants. Cultural property infringement can be of different types. As a rule, the main concern of states is the return of cultural property from one country to another. The extent of the concern and the need for effective compensation methods have been legalized by the creation of several dozen international documents. The Hague 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention, The UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, UNIDROIT 1995 Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, Despite the widespread ratification of these conventions, the return of cultural property through the court system of foreign jurisdictions is a difficult task. Because ownership is a central issue in cultural heritage disputes, parties can seek restitution through the foreign court system. Procedural flaws and political sensitivities in litigation can make ADR (alternative dispute resolution) more attractive. In fact, a majority of disputes over looted cultural property that have arisen over the past four decades have been settled out of court.⁸

The first attempt to create a specialized tribunal dates back to 1933, when a draft Convention on repatriation of cultural objects was prepared under the auspices of the League of Nations International Museums Office. The draft obliged the contracting states to apply for ad hoc arbitration, to start a dispute in the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in case of disagreement on the choice of the tribunal, or if they were not parties to the protocol, to go to the arbitration court created for the peaceful settlement of international disputes in accordance with the Hague Convention. The outbreak of war in the late 1930s meant that the draft could not be transformed into a binding treaty.⁹

The increase in ownership disputes between museums and parties (museums, associations, representatives of governing bodies, national societies, private individuals), in particular requests for return and restitution, intellectual property rights, requires a more adequate mechanism of settlement than litigation. Since 2006, the International Council of Museums (ICOM) has been committed to developing specialized alternative dispute resolution procedures for art and cultural heritage. ICOM has started a partnership with the WIPO (World Intellectual Property Organization) Center for Arbitration and Mediation to develop an adapted and customized mediation procedure for dealing with cultural property disputes.¹⁰

The use of mediation in cultural heritage disputes is not new. International organizations and private institutions have worked for years to develop appropriate ADR mechanisms, offering parties a wide range of possibilities. Unlike litigation and arbitration, the basic principle of mediation is to achieve a win-win outcome. ADR is based on the idea of concessions, where each party gives up its interest to get a compromise from the other. From a psychological point of view, after mediation, each party leaves the process without the aura of a

⁸ Kasteleijn L., Grenfell L., Using Arbitration to Resolve Cultural Property Disputes, Mar 2023, 15, <<https://www.lexisnexis.co.uk/blog/research-legal-analysis/using-arbitration-to-resolve-cultural-property-disputes>> [02.12.2024].

The researchers emphasized that the International Arbitration Tribunal provides the most effective resolution of disputes related to the repatriation of artifacts. Brooks Daly mentions that the Permanent Court of Arbitration (PCA) may be able to develop a specialized mechanism for the resolution of cultural property disputes between States and between States and individual claimants. Similar views were discussed during the Symposium on 'Resolution Methods for Art-Related Disputes', organized at the University of Geneva in 1997, and the Seminar on 'Resolution of Cultural Property Disputes' Permanent Court of Arbitration in 2003. Marilyn Phelan argued that the International Council of Museums (ICOM), as the sole body of the international community of museum professionals, should establish a dispute resolution mechanism to resolve ownership issues related to cultural objects in museum collections. In May 2011, ICOM together with the World Intellectual Property Organization (WIPO) launched the Arts and Cultural Heritage Mediation Program. Experts argue that institutionalized mediation, particularly WIPO's Arbitration and Mediation Center, is the most effective way to resolve disputes involving indigenous and traditional communities. *Chechi A.*, Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013, 38-39.

⁹ *Chechi A.*, Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013, 37.

¹⁰ ICOM reinforces its commitment to promoting the return of illegally acquired cultural property and combating illicit trade. The idea of art and cultural heritage mediation arose in 2005 in Seoul from the development of a project by ICOM's Legal Affairs Committee. The program met a long-standing need among museum professionals to develop procedures adapted to the alternative resolution of cultural property disputes. ICOM, Art and Cultural Heritage Mediation, An alternative litigation resolution method adapted to art and cultural heritage fields, 12 July, 2011 in Paris, 3, 4.

loser. Mediation is a recommended mechanism in cultural property disputes where the parties can reach a consensus. It fosters a friendly atmosphere that does not exist during the competitive process.¹¹

ICOM-WIPO Art and Cultural Heritage Mediation is a non-profit service specifically designed for these types of disputes. From the list of mediators of these organizations, the parties can choose a mediator experienced in art and cultural heritage mediation. These two institutions, recognized for their rigor and expertise, provide procedural advice and support to the parties. They charge low administrative fees and determine the mediator's fee by mutual agreement. Mediation guarantees confidentiality and a speedy dispute resolution at a minimal cost. The parties reach a mutually satisfactory agreement that balances both interests. They are free to stop the process at any stage.¹²

They have the option at all stages to combine the mediation process with other dispute resolution mechanisms, such as WIPO arbitration, expedited arbitration, or expert determination. A claimant can initiate a cultural property dispute (return, restitution, acquisition, claim, or intellectual property right issues) by sending a claim to the ICOM Secretariat.¹³

In the United States, cultural entities support the arbitration of cultural property disputes. The Museum of Modern Art director Glenn Lowry the director of the Museum of Modern Art, asked for “a process, a way to resolved these complicated situations in a non-confrontational, non-emotionally charged way.” The Association of Art Museum Directors’ (AAMD) Task Force, that was created to develop principles to assist museums in resolving art claims, recommended “the creation of a mechanism for the fair resolution of these claims, such as mediation, arbitration or other forms of alternate dispute resolution.”¹⁴

In such a highly specific field as cultural property disputes, which usually involve various parameters (cultural, economic, ethical, etc.) and raise technical questions (cultural significance, age and authenticity of a given object, provenance, excavation, and/or export date, due diligence standards, fair compensation), experts play a crucial role, especially in the classification of items and, accordingly, in determining the applicable substantive law. The specific experience of the arbitrator, not only in the arbitration technique but also in the specific area of the dispute can contribute to increasing the speed of the arbitration proceedings and reducing the costs, to the extent that additional external expertise will no longer be required.¹⁵

Most judges and juries in litigation do not have in-depth knowledge of the customs of the cultural property or art market. D. Shapiro noted, “Given the lack of experience of judges and juries in art matters, the arcane nature of art and the art market, and the difficulties often inherent in explaining art-related disputes, the outcome of art litigation is highly unpredictable, which should create hesitancy in bringing a lawsuit.” Even though experts are

¹¹ Both individuals and states benefit from the jointly created ICOM-WIPO service. This forum draws on the significant experience of two highly specialized partner institutions. For example, the Camera Arbitrale di Milano strongly recommends using its Fast Track Mediation rules in art disputes. In this institution, from 2015 to 2019, the number of mediations in art and cultural heritage disputes increased to 55%, and the settlement of disputes by agreement was recorded in 75%. Also new is the Court of Arbitration for Arts (CAfA), a unique dispute institution that provides both mediation and arbitration. Disgruntled owners of cultural heritage are often involved in such things as illegal art trade, the so-called. 'artnapping'. Under Article 17 (5) of the UNESCO Convention, the parties may request the institution to expand its offices to facilitate the settlement process. Later, a special intergovernmental committee was created to implement the UNESCO instruments, its charter clearly relying on the use of mediation and conciliation. Arsic M., 2021. Mediation in cultural heritage disputes – pro et contra, 135-136.

¹² ICOM, Art and Cultural Heritage Mediation, An alternative litigation resolution method adapted to art and cultural heritage fields, 12 July 2011 in Paris, 5-6.

¹³ ICOM, Art and Cultural Heritage Mediation, An alternative litigation resolution method adapted to art and cultural heritage fields, 12 July, 2011 in Paris, 7.

¹⁴ Another benefit of arbitration of cultural property disputes is that it is usually faster than litigation. The parties may arbitrate disputes once they agree on a date. In contrast, cases in overloaded courts can take months or even years to resolve. Cultural heritage ownership is unique and often emotionally charged, leading to lengthy court proceedings. According to earlier practice, judicial review of cultural values lasted from seven to twelve years. Thus, the speed at which arbitration can be initiated and a decision rendered is advantageous over litigation. Especially if the cultural property in question is to be sold, exhibited, or taken out of the country. The availability of arbitrators with experience in the area of dispute is another advantage of arbitration. The parties may choose arbitrators who are experts in the area of the particular cultural property dispute, whether it is issues of conservation, authenticity, or compensation. Arbitrators' knowledge of the constraints, needs, ethics, and practices of the arts community allows them to make a decision that best serves the interests of both parties. *Varner E.*, Arbitrating cultural property disputes, Spring 2012, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol.13, 480, 482.

¹⁵ *Gazzini F. I.*, cultural property disputes: the role of Arbitration in resolving non-contractual disputes 2004, 118, 119.

accessible throughout litigation, there is a big difference between an arbitrator with expert knowledge and an expert in the court's cross-examination mode. Litigation often devolves into a battleground of experts, with both sides trying to "buy" something that a judge or jury will believe.¹⁶

The problem of expert testimony during litigation was highlighted in *Greenberg v. Bauman*, where one of Calder's leading experts testified that the sculpture "Mobile" sold to the claimant was not an authentic work by the famous American sculptor Alexander Calder. According to the judge, the expert was unable to convince him of the work's inauthenticity, although if Calder's expert had been the arbiter, the result would probably have been different. Thus, there is a big difference between experts who, on the one hand, are familiar with art market issues and, on the other, who try to provide information to the decision-makers. Therefore, having an expert as an arbitrator is an advantage of arbitration in cases of cultural property disputes.¹⁷

There is a view that arbitration is better suited to cultural heritage ownership issues than litigation. Arbitrage is usually less expensive. Disputes about cultural property often turn into a "court show", the cost of which can easily exceed several million. The cost of litigation may even exceed that of disputed cultural property. The fiscal cost of the process is not the only argument to consider. The negative publicity of the "show" diminishes the value of cultural assets, especially if the authenticity or bona fide acquisition is questionable. Arbitration is confidential to protect the reputation and cultural value of the parties. Given the contractual nature of arbitration, the parties may agree to remain confidential to protect their reputations. Given the immense public interest in stolen, fraudulent or damaged cultural property, parties will be able to avoid negative public scrutiny. Accordingly, along with court costs and attorney's fees, risks of cultural property devaluation and reputational damage is considered as well.¹⁸

The historic city of Vilnius, an impressive complex of Gothic, Renaissance, Baroque, and Classical buildings, is included in the World Heritage List as a cultural heritage site of outstanding universal value. The Norwegian investor, in accordance with the agreement signed with the Vilnius Municipality, planned to build a parking lot under the historical center of the city. The assessments of the impact of the cultural heritage determined by the law showed that the project presented by the investor may pose a threat to the cultural heritage due to the planned excavation. Amid technical difficulties and growing public opposition, the project was shelved and another was chosen that did not involve excavation. To complete the project, the municipality signed a new contract with a Dutch company. The Norwegian enterprise Parkerings filed a claim before the ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes) tribunal alleging discrimination due to the advantage given to a Dutch competitor. Naturally, the question arose whether it was legitimate for the Vilnius municipality to give preference to another contractor to limit the risk of damage to cultural heritage.¹⁹

The arbitral tribunal noted that "it is the indisputable right and privilege of each state to exercise its sovereign legislative authority. There is nothing controversial about the regulatory changes that existed at the time of the investment. Investors in transition countries, i.e. in states that have moved from a socialist-type centralized economy to a market-based economy, cannot legitimately expect a stable legal framework; Moreover, legislative changes should be considered a normal business risk. In this case, Lithuania, a country of the former Soviet Union, was granted candidacy for EU membership. However, any transition does not absolve states from the general duty of good faith and transparency. The arbitrator rejected the claim of discrimination, finding that Parkerings and its Dutch competitor were not similarly situated. The claimant's project included excavation works under the cathedral. Not only did the Tribunal pay due attention to cultural heritage matters, but it also stated that compliance with the obligations flowing from the UNESCO 1972 World Heritage Convention (WHC) justified

¹⁶ Varner E., *Arbitrating Cultural Property Disputes*, Spring 2012, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.13, 483.

¹⁷ *Greenberg v. Bauman*, 817 F Supp.167 D.C. 1993. Arbitration confidentiality protects the value of cultural assets. Litigation, with the accompanying negative publicity, will 'burn' the work, substantially reducing its chances of sale or otherwise adversely affecting its value." For instance, when buyers of the Calder Mobile sued the seller for inauthenticity, the value of the mobile dropped as the art market learned that the owner and the Calder expert did not believe it was authentic. Thus, confidentiality is an important benefit of arbitration that is not available in litigation. Varner E., *Arbitrating cultural property disputes*, Spring 2012, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.13, 483-485.

¹⁸ Varner E., *Arbitrating cultural property disputes*, Spring 2012, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.13, 481.

¹⁹ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case №ARB/05/8, Award, 11 September 2007. Polasek M., Puig S., *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Volume 22, Issue 2, Fall 2007, 446-454, <<https://rb.gy/ku8dab>> [02.12.2024].

the refusal of the project, concluding that “the historical and archaeological preservation and environmental protection could be, and in this case were, a justification for the refusal of the claimant’s project.”²⁰

The handling of cultural property disputes is based on the experience of cultural property professionals, namely lawyers, curators, art dealers, and scientists. If the contract deals with the valuation or authenticity of a cultural object, the arbitration agreement may specify an appraiser or valuer. If a contract is signed for the sale or ownership of cultural property, the arbitration agreement will determine the lawyer and the art dealer. For example, one auction house’s arbitration clause states, “The arbitrator shall be a retired judge or attorney familiar with commercial law and specialized in arbitration.”²¹

Arbitration agreements may provide for expedited arbitration. Expedited arbitration is useful if there is already a relationship between the parties involved or there are time constraints such as alienation, export of cultural property in the near future, etc. The hearing can be expedited by: setting time limits for each party and limiting the number of depositions and discovery. Limitations must be reasonable so as not to adversely affect the proceedings and outcomes.²²

The arbitral tribunal successfully concluded the case of Maria Altman’s lawsuit, on which the United States court had reached a dead-end (2001-2004). Altman sued the Austrian government in 1998 for the return of six Gustav Klimt paintings valued at around \$150 million (including one of the famous portraits of the Nazi-exiled Madame Bloch-Bauer, aka “Lady in Gold”). The paintings were given to the Austrian National Gallery, which refused to return them to the family after World War II because they enjoyed the status of a national treasure.²³ Despite the existence of immunity under the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), a 2004 decision of the US Supreme Court eliminated immunity when property obtained in violation of international law is held by a foreign government agency/institution engaged in commercial activities in the United States. The latter condition was deemed sufficient to prove American jurisdiction, due to the availability of the Austrian museum catalog in the US. Such a low threshold reflects the willingness of American courts to extend their jurisdiction to handle Holocaust-related cases. In 2001, the California District Court rejected the Austrian party’s request to hear the case in Austria. The court stated: “Altman’s suit in Vienna would have been dismissed because of the thirty-year statute of limitations applicable there. Thus, he would remain without a legal protection mechanism. Therefore, Austria is not an adequate alternative forum for claims.” As a result, the Austrian government agreed to arbitration proceedings and eventually returned five of Klimt’s six paintings to Maria Altmann, Bloch-Bauer’s heir.²⁴

4. Cultural property Disputes in International Investment Arbitration

There are various potential areas of conflict between investor rights and cultural policy. If a dispute arises between the investor and the host state, then several courts are available. Foreign companies may not resort to local courts and human rights tribunals (requiring the exhaustion of local remedies) but instead bring cases in investment treaty arbitration due to simplified procedures and greater independence. Investment treaty arbitration is a sophisticated means of dispute resolution.²⁵ Although the WTO’s Dispute Settlement Mechanism (DSM) was until recently considered the “jewel in the crown” of this organization, Investor-State Dispute Settlement has become the most successful mechanism for settling investment-related disputes.²⁶

²⁰ *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 213.

²¹ Condition of Sale in California, New York, Bonhams & Butterfields; *Varner E.*, Arbitrating cultural property disputes, Spring 2012, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.13, 514-515

²² The arbitration clause of Bonhams Auction House provides for expedited arbitration, stating: “Each party should have no more than eight hours to present its position. The hearing before the arbitrator shall not last more than three consecutive days. The award shall be made in writing no later than 30 days after the end of the proceedings.” Condition of Sale in California, New York, Bonhams & Butterfields; *Varner E.*, Arbitrating cultural property disputes, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.13, Spring 2012, 506.

²³ *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F.Supp.2d 1187 (C.D. Cal. 1999) a 443. *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley, and Dr. Nelly Auersperg v. Republic of Austria* (Jan. 15, 2006) (Arbitral award in German). The restitution of the sixth painting, a portrait of Amalie Zuckerkandl, was rejected in a separate arbitration (*Majken Hofmann, Anna Lokrantz, Maria Muller, Andreas Muller Hofmann und Lena Muller Hofmann v. Republic of Austria* (Nov. 21, 2005) (Arbitral award in German); *Renold C. et al.*, Case Six Klimt Paintings – Maria Altmann and Austria, Platform ArThemis, March 2012.

²⁴ *Campfens E.*, Restitution of Looted Art: What About Access to Justice? May 2019, Santander Art and Culture Law Review 192-193.

²⁵ *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration Cambridge University Press, 2014, 1-2.

²⁶ *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 103.

Investment arbitration (ISDS) is a dispute resolution procedure between foreign investors and host states. International investment agreements are concluded between states to promote and protect investments. Most treaties contain a clause that allows an investor to bring a dispute against a state in investment arbitration. Thus, foreign investors can bring claims against the host state for failing to protect their investments from actions by local communities. All arbitrators are required to be independent and impartial. Arbitral tribunals usually consist of an unequal number of members, usually three arbitrators.²⁷ Cultural property transactions and high-cost disputes can become complex due to the different skills and knowledge required to litigate them. In this context, it is difficult to find a single person who is an expert in cultural property and law. Three arbitrators are preferred if it is not possible to find a competent person in these two areas.²⁸

Some scholars argue that the Investment Arbitration Mechanism (ISDS) is biased in favor of corporate interests and ignores purely non-economic issues. Of course, given the architecture of the arbitration process, significant concerns arise in the context of disputes involving cultural elements. Although arbitration is structurally a private model of dispute resolution, investment disputes are characterized by aspects of public law. Arbitration decisions ultimately shape the relationship between the state on the one hand and private individuals on the other. Arbitrators determine such issues as the legality of government activity, the degree to which individuals are protected from regulation, and the appropriate role of the state.²⁹

Whether the economic activity carried out by foreign investment is related to cultural heritage or not is of decisive importance for determining the subject matter jurisdiction of the arbitration. In *Renée Rose Levy and Gremcitel SA v. Republic of Peru*,³⁰ French investors filed an investor-state arbitration claim under the France–Peru BIT relating to the proposed development of property in a protected historical district. Investors bought oceanfront land on the outskirts of Lima and planned to develop a tourism business. A few years later, the National Institute of Culture passed a decree prohibiting any construction on the property due to the historical significance of the site. The parcels of land were located adjacent to Moro Solar, the site of the 1881 Battle of San Juan between Peruvian and Chilean forces during the War of the Pacific. According to the investor, the resolution caused the investment to lose all value. The Peruvian state argued that the corporate restructuring by which a French national acquired shares in Gremcitel, a Peruvian company, was an abuse of power. The Peruvian government indicated that the hasty transfer of shares, which made the investor the majority shareholder in Gremcitel, was carried out to comply with the bilateral investment treaty. According to the arbitral tribunal's decision: "It is well established that the reorganization of a corporate structure to obtain the benefits of an investment treaty is legitimate when it is done to protect the investment and to avoid a potential dispute with the host state. It noted, however, that when litigation is anticipated, corporate restructuring may constitute an abuse of process, and claimants should have presumed the adoption of the resolution. Accordingly, the Tribunal refused to exercise jurisdiction.

In some interesting cases, arbitrators have declined jurisdiction on the grounds that the investors did not comply with the domestic laws of the host state to protect important cultural heritage.³¹ In 2015, a Costa Rican company and several Dutch investors, all shareholders of an ecotourism project called Cañaveral in Bocas del Toro, Panama, filed a claim against Panama at the ICSID. The investors challenged the domestic land management agency's decision that the claimants' property was located in the Ngöbe Buglé Indigenous Protected Area. The Ngöbe traditionally followed farming, fishing, and hunting on their land, which originally stretched from the Pacific Ocean to the Caribbean Sea. Today, they live in the Comarca Ngöbe Buglé, a district in western

²⁷ Puig S., Social Capital in the Arbitration Market, 2014, European Journal of International Law, Volume 25, Issue 2, 387-424, 397.

²⁸ For instance, a clause in the artwork co-ownership arbitration agreement stated: "Any claim the parties may have regarding the work shall be submitted to a panel of three arbitrators." Moreover, many panels of arbitrators allow the parties to appoint an arbitrator "who is independent but knowledgeable about matters important to the parties." In addition, if the value of the disputed cultural property is large, the cost of three arbitrators is justified. For example, an American Arbitration Association (AAA) clause states: "If either party's claims exceed \$1 million, without attorneys' fees, the dispute shall be heard and decided by three arbitrators." *Varner E., Varner E.*, Arbitrating cultural property disputes, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol.13, Spring 2012, 475-476.

²⁹ *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 106.

³⁰ *Ibid.*, 167-168.

³¹ *Álvarez y Marín Corporación S.A. v. Republic of Panama*, ICSID ARB/15/14, Award, 12 October 2018. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 162, 163.

Panama, in the area specifically established to protect their cultural and political autonomy.³² The disputed investment covered the ownership of four farms on the coast of Panama, which were planned to be developed into an ecotourism project. As the press questioned the legitimacy of the acquisition, the National Land Administration placed two of the investors' properties outside this special zone. Dissatisfied with this fact, the indigenous population considered the action an invasion of their property. According to the claimants, Panama's treatment of their investments constituted an indirect expropriation, a disregard for fair treatment and protection standards. Panama denied any violation of treaty provisions and raised a jurisdictional claim, arguing that the investors' real estate had been illegally acquired. The arbitral tribunal declined jurisdiction over the case due to the investors' violation of domestic law. Although neither of the two investor agreements contained an explicit reference to the legality of the acquisition, the tribunal found that the requirement of legitimacy should be considered implicit in all investment agreements, as only legally acquired investments benefit from contractual protection guarantees. According to the tribunal, the law establishing the Comarca and the Panamanian Constitution aimed at protecting Indigenous peoples' cultural, economic, and social well-being. It also considered the commonality of land as a fundamental condition for the survival and continuity of the ethnic identity of Indigenous peoples.

Naturally, there is a collision between two different phenomena of normative values, which is manifested by the growth of relevant international disputes. Is it possible to integrate culture into international investment law and arbitration? And if so, how? Although the State must comply with the norms of the investment treaty, certain cultural rights are related to human dignity and other fundamental rights, so they may enjoy a higher standard of protection.

Glamis Gold v. The United States of America Canadian Mining Company planned to mine gold on federal land in southeastern California (the Imperial Project). The Imperial Project and the surrounding area had been used as a pilgrimage route by Native Americans for centuries. Their rights were recognized and protected by legislation. The Kechan, a local indigenous tribe, opposed the project because it would destroy the Trail of Dreams – a sacred path still used for ceremonial, spiritual practices. Although the area was not included in the World Heritage List, it had the same cultural significance for the tribe as Mecca or Jerusalem for the believers. The Department of the Interior banned mining for 20 years with this project to protect the historic property. When the project was re-authorized, the State Board of Mountain Geology passed emergency regulations requiring the backfilling of all open pits to restore the approximate contours of the pre-mining land. The investor brought the case in investment treaty arbitration, claiming that the state measures inter alia constituted an indirect expropriation of its investment in violation of Article 1110 of NAFTA. According to the claimant, the expropriation began when the federal government refused to approve their operating plan and continued with the backfilling requirement. In their view, uneconomical backfilling would render the mining operation unprofitable and would not be rationally related to its stated goal of protecting cultural resources. The claimant argued that while extracting gold from the ground destroys any cultural resources on the surface, “putting the dirt back in a pit does not protect those resources,” and could lead to more artifacts being buried, hence greater cultural loss. The arbitral tribunal found that the challenged measures did not constitute indirect expropriation. To distinguish between non-compensable regulation and compensable expropriation, the Tribunal applied a two-step test to determine: (1) the extent to which the measures taken interfere with reasonable economic expectations; and (2) the purpose and nature of governmental actions. First, the tribunal found that the claimant's investment had not lost its profitability and that the reclamation demands had not had a sufficient economic impact on the investment to constitute expropriation. Second, the tribunal considered the measures taken to be reasonably fit for purpose and acknowledged that “some cultural artifacts may be damaged to some extent during excavation and filling”, although, without such measures, significant pits and piles of waste would have damaged the nearby landscape.³³

³² The 1997 law on the establishment of the Comarca Ngöbe Buglé recognized indigenous peoples' collective ownership of land and prohibited private ownership in these areas. In the region, it was only allowed to sell private land plots to individuals, provided that the plots had been a private property until 1997. However, the Comarca authorities retained the right of pre-emption of any privately owned land. According to human rights specialists, this and similar laws represent “one of the first achievements in the world to protect the rights of indigenous peoples.” James Anaya, Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, UN Human Rights Council, The Status of Indigenous Peoples' Rights in Panama, A/HRC/27/52/Add.1, 3 July 2014, para.13.

³³ *Glamis Gold, Ltd. v. United States of America*, Award, 8 June 2009.

*Gosling v. Mauritius*³⁴ British investors planned to build a resort in Le Morne, a UNESCO World Heritage Site. A rocky mountain overlooking the Indian Ocean in the southwest of Mauritius, Le Morne was used as a shelter by runaway slaves, the so-called maroons, through the 18th and the 19th centuries. Protected by the mountain's almost inaccessible cliffs, the maroons formed small settlements on the summit of Le Morne. The landscape thus constitutes a symbol of the slaves' fight for freedom and heroic resistance to slavery. The government did not grant a building permit to protect the area, and the investors argued in arbitration that such a refusal amounted to an indirect expropriation of the investment, as compensation was not paid. The defendant indicated that the investors never received permission to develop the area. The State of Mauritius claimed that it was exercising its authority in good faith over its main policy objective of inscribing Le Morne as a World Heritage Site. The investors admitted that this goal had been known to them even before the development plan for the property was drawn up. The state explained that it was "impossible to have Le Morne on the UNESCO World Heritage List and have the claimants' project at the same time," as the World Heritage Committee had asked the government not to allow Le Morne to be overdeveloped. Finally, the government did not expropriate as the territory did not lose all of its economic value; On the contrary, it retained at least a quarter of its market value. The arbitral tribunal found that the investors never obtained the necessary licenses. Therefore, they did not have the right to develop the territory. If claimants had obtained permits, then the interference with such rights would have given rise to a justifiable claim for compensation. The tribunal rejected the claim of indirect expropriation.

*Elitech and Razvoj Golf v. Croatia*³⁵ Investors planned to build a luxury resort on a hill overlooking Dubrovnik, a World Heritage Site. The project included the construction of golf courses, hotels, and villas. The tourist complex would significantly change the city and be massive in size compared to it. Locals opposed the project, claiming it would damage the environment and threaten Dubrovnik's World Heritage status. Based on their lawsuit, the local administrative court suspended the project. Consequently, the company filed a claim in investment arbitration seeking compensation under the bilateral investment treaty.

The preservation of places of historical and cultural significance and/or the enhancement of public welfare and quality of life associated with revitalization projects may be a legitimate public objective that is one of the prerequisites for lawful expropriation. In *United States v. Gettysburg Electric Railway Co.*, the United States Supreme Court ruled that the preservation of the historic site served a legitimate purpose. Accordingly, it was included in the powers of expropriation of the government. The court emphasized that "the preservation of Gettysburg, one of the greatest battle sites in the world, is necessary not only for a public purpose but is so intimately connected with the well-being of the Republic itself that Congress, within the powers conferred by the Constitution, has decided to protect it."³⁶

5. Conclusion

Cultural heritage disputes, specifically, conservation, repatriation, image reproduction, purchase agreements, authenticity, and property rights can be discussed in arbitration. Arbitration is much cheaper and faster than litigation. The parties may select arbitrators with relevant expertise in the field. Arbitration proceedings are confidential, with the parties retaining more flexibility and control over the outcome than in litigation. Disputes over cultural property often involve years of costly, prolonged litigation, and raise questions about whether claimants have taken timely action to recover stolen property. Often, the return of looted antiquities from the Holocaust or earlier times becomes difficult due to the expiration of the statute of limitations. The situation is further exacerbated when cultural objects turn up long after they have been stolen. In recent years, alternative dispute resolution (ADR), including arbitration, mediation, and negotiation, have emerged as promising options

³⁴ Thomas Gosling, Property Partnerships Development Managers (UK), Property Partnerships Developments (Mauritius) Ltd, Property Partnerships Holdings (Mauritius) Ltd, and TG Investments Ltd v. Republic of Mauritius (*Gosling v. Mauritius*) ICSID Case №ARB/16/32, Award, 18 February 2020, *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 175-176.

³⁵ *Elitech B.V. and Razvoj Golf D.O.O. v. Republic of Croatia*, ICSID Case №ARB/17/32, *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 176.

³⁶ *United States v. Gettysburg Electric Railway Co.*, 160 US 668 (1896); *Berman v. Parker*, 348 US 26 (1954) The United States Supreme Court confirmed that Congress had the right to compulsorily purchase a blighted neighborhood in Washington, D.C., and redevelop it, as providing residents with a nice place to live was part of the state's public welfare concept. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Investment Law and Arbitration Cambridge University Press, 2014, 70.

for resolving these disputes. Indeed, over the past four decades, most cultural property disputes have been settled out of court. Fortunately, the world of ADR is becoming increasingly popular as an alternative resolution method in cultural property disputes and is supported not only by the International Council of Museums, and the World Intellectual Property Organization but also by other authoritative international organizations.

Bibliography:

1. Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention, The Hague, 14.05.1954 <<https://www.unesco.org/>> [02.12.2024].
2. The UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, Paris, 14.11.1970 <<https://www.unesco.org/>> [02.12.2024].
3. UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects Rome, 24 June 1995. <https://www.unidroit.org/instruments/cultural-property/1995-convention/>
4. The UNESCO 1972 World Heritage Convention <<https://whc.unesco.org/en/convention/>> [02.12.2024].
5. *Adenekan V.O.*, An Appraisal of the Existing Legal Frameworks for the Resolution of Cultural Heritage Disputes and the Enforcement of Cultural Heritage Law, December 2019, 6.
6. *Arsic M.*, Mediation in cultural heritage disputes – pro et contra, 2021, 135-136.
7. *Campfens E.*, Restitution of Looted Art: What About Access to Justice? Santander Art and Culture Law Review, May 2019, 193.
8. *Chechi A.*, Evaluating the Establishment of an International Cultural Heritage Court, Vol. XVIII, Issue 1, Art Antiquity and Law, April 2013.
9. *Gazzini F.I.*, Cultural Property Disputes: The Role of Arbitration in resolving Non-Contractual Disputes, 2004, 118-119.
10. ICOM, Art and Cultural Heritage Mediation, An alternative litigation resolution method adapted to art and cultural heritage fields, 12 July, 2011 in Paris.
11. *Anaya J.*, Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, UN Human Rights Council, The Status of Indigenous Peoples' Rights in Panama, A/HRC/27/52/Add.1, 3 July 2014, para.13.
12. *Kasteleijn L., Grenfell L.*, Using arbitration to resolve cultural property disputes, Mar 2023, 15, <<https://www.lexisnexis.co.uk/blog/research-legal-analysis/using-arbitration-to-resolve-cultural-property-disputes>> [02.12.2024].
13. *Polasek M., Puig S.*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 22, Issue 2, Fall 2007, 446–454, <<https://rb.gy/ku8dab>> [02.12.2024].
14. *Puig S.*, Social Capital in the Arbitration Market, 2014, European Journal of International Law, Vol. 25, Issue 2, 387-424, 397.
15. *Vadi V.*, Cultural heritage in international investment law and arbitration Cambridge University Press, 2014, 1-2, 25, 70.
16. *Vadi V.*, Cultural Heritage in International Economic Law, Brill | Nijhoff, 2023, 2, 58-59, 103, 106, 167-168, 213, 162-163, 175-176.
17. *Varner E.*, Arbitrating Cultural Property Disputes, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Spring 2012, Vol.13, 480-485, 514-515, 476, 503.
18. UN Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment №21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life, Article 15, para. 1(a) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/GC/21, 21 December 2009, para.11,13.
19. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, Award, 8 June 2009.
20. *Altmann v. Republic of Austria*, 142 F.Supp.2d 1187 (C.D. Cal. 1999) a 443. *Maria V. Altmann, Francis Gutmann, Trevor Mantle, George Bentley, and Dr. Nelly Auersperg v. Republic of Austria* (Jan. 15, 2006) (Arbitral award in German). *Majken Hofmann, Anna Lokrantz, Maria Muller, Andreas Muller Hofmann und Lena Muller Hofmann v. Republic of Austria* (Nov. 21, 2005) (Arbitral award in German). *C. Renold et al., Case Six Klimt Paintings – Maria Altmann and Austria*, Platform Ar Themis, March 2012, <<http://unige.ch/art-adr>> [02.12.2024].
21. Condition of Sale in California, New York, Bonhams & Butterfields.

ნანა უზნაძე*

შეფასებითი და ხელშეწყობი მედიაციის კონსეპტუალური მოდელები და თანმდევ ეთიკური გამოწვევები

ხელშეწყობი და შეფასებითი მედიაციის მოდელები ყველაზე გავრცელებულ ორ მიდგომას წარმოადგენს მედიაციის თეორიასა და პრაქტიკაში, რომელთა მოქმედების განსხვავებული მექანიზმი მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს მედიაციის პროცესსა და მის შედეგებზე. წინამდებარე ნაშრომი განიხილავს მოდელების თეორიულ საფუძვლებს, მათს მოქმედებას პრაქტიკაში და თანმდევ ეთიკურ გამოწვევებს.

ნაშრომში ყურადღება გამახვილებულია იმაზე, თუ რა ზეგავლენა შეიძლება ჰქონდეს მედიატორის მიერ გამოყენებულ სტილს მხარეთა ავტონომიაზე, მათს პროცედურულ გარანტიებსა და პროცესის შედეგებზე. მედიატორი უამრავ დილემას შეიძლება აწყდებოდეს პროცესის მიმდინარეობისას, რადგანაც იგი ვალდებულია ხელი შეუწყოს მხარეთა ინფორმირებულ გადანაცვეტილებას იმგვარად, რომ მის ნეიტრალობას ჩრდილი არ მიადგეს, იმავდროულად, მედიატორმა უნდა უზრუნველყოს ხარისხიანი პროცესი, მხარეთა მიერ საკუთარი ავტონომიის ფარგლებში მოქმედების შესაძლებლობა და ყველა პროცედურული გარანტიით სარგებლობა, რომელსაც მათ მედიაციის პროცესი სთავაზობს. ყურადღებას იმსახურებს ისიც, თუ როგორ შეესაბამება შეფასებითი და ხელშეწყობი მედიაციის მოდელები მედიაციის ეთიკის კოდექსებით დამკვიდრებულ სტანდარტებს, უთანხმოების გადანაცვეტასა და სამართლიანობის შენარჩუნებას შორის ბალანსის გათვალისწინებით. აღნიშნულის გააზრება არსებითია იმის უზრუნველსაყოფად, რომ მედიატორები შეინარჩუნებენ ეთიკურ სტანდარტებს და, იმავდროულად, ეფექტურად გაუძღვებიან მხარეებს მოლაპარაკებისკენ.

წინამდებარე ნაშრომის მიზანია სწორედ ზემოაღნიშნული საკითხების მიმოხილვა და, აგრეთვე იმის შეფასება, თუ როგორ ჰპასუხობს მედიაციის თანამედროვე პრაქტიკა ამ გამოწვევებს.

საკვანძო სიტყვები: ხელშეწყობი მედიაცია, შეფასებითი მედიაცია, მედიაციის ეთიკა, მედიატორის ნეიტრალობა, მხარეთა ავტონომია, ინფორმირებული გადანაცვეტილება, ხარისხიანი პროცესი.

I. შესავალი

მედიაცია მისთვის დამახასიათებელი მრავალი ღირებულების გამო დღეს დავის გადანაცვეტის ერთ-ერთ ყველაზე ეფექტურ მექანიზმად გვევლინება. იმ უპირატესობათა შორის, რომელიც მედიაციას ყველაზე მიმზიდველს ხდის, აუცილებლად უნდა გამოიყოს ის ფაქტი, რომ მედიაცია არის უსაფრთხო, მხარეების ინტერესებზე მორგებული და მხარეების პროცესი, რომელიც შესაძლებლობას აძლევს მათ მიიღონ ინფორმირებული გადანაცვეტილება სამართლებრივი შედეგების სწორი, ობიექტური გაანალიზებით, ობიექტური გააზრებით, რაც ხელს უწყობს კეთილგონივრულ გამოსავალს თითოეული მათგანისთვის. პროცესის შედეგის კონტროლის შესაძლებლობის მხარეებისთვის

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, „გლობალ ქლინიკალ თრაიალს ჯორჯია“-ს დირექტორის მოადგილე, საქართველოს მედიატორთა ასოციაციის სერტიფიცირებული მედიატორი.

გადაცემა სწორედ ის ფაქტორია, რაც გამოარჩევს მედიაციას დავის გადაწყვეტის სხვა მექანიზმებისაგან.

მედიაციის წარმატება „მნიშვნელოვნად დამოკიდებულია როგორც სისტემის მიერ დადგენილ მედიაციის პროცესის მომწესრიგებელ ნორმებზე, მედიატორის კვალიფიკაციასა და უნარებზე, ასევე, მის მიერ პროცესის მსვლელობისას გამოყენებულ სტილსა და მიდგომებზე.“¹ ცალკეული პროცესი შესაძლოა ინდივიდუალურ მიდგომას მოითხოვდეს მედიატორის მხრიდან, შესაბამისად, მედიატორის ტექნიკები, სტილი და მეთოდები არ არის ფიქსირებული² და იცვლება დავის თავისებურებიდან გამომდინარე.³ მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციის გზაზე მრავალ შეკითხვაზე პასუხის გაცემამ მოუწიათ პროფესიის წარმომადგენლებს, მათ შორის, ერთ-ერთი მთავარი კი ის იყო, თუ რა მოცულობით უნდა მოწესრიგებინა კანონმდებლობას აღნიშნული პროცესი.⁴ ამ შეკითხვაზე პასუხის გაცემა არც თუ მარტივი დავალება იყო გამომდინარე იქიდან, რომ მედიაციის ხიბლი სწორედ იმაში მდგომარეობს, რომ არაფორმალური და მოქნილი პროცესია, ზედმეტმა წესებმა კი შესაძლოა საკანონმდებლო ჩარჩოში მოაქციოს და სასამართლო პროცესს დაამსგავსოს მისი მსვლელობა.⁵ შესაბამისად, მეტწილად, მედიაციის მომწესრიგებელი (მათ შორის, საქართველოს) კანონმდებლობა მხოლოდ პროცესისთვის დამახასიათებელ ძირითად ასპექტებს განსაზღვრავს,⁶ დანარჩენის „რეგულირებას“ კი პროცესის მმართველს, მედიატორს მიანდობს.

სტანდარტული განსაზღვრებით, მედიაცია არის მხარეთა თანამშრომლობაზე დაფუძნებული პროცესი, რომელსაც უძღვება ნეიტრალური მესამე პირი და რომელიც ეხმარება მხარეებს მივიდნენ დავის ისეთ გადაწყვეტამდე, რომელიც თითოეული მათგანისთვის მისაღები იქნება, თანაც იმგვარად, რომ თითოეული მათგანი ფლობდეს ინფორმაციას მათი გადაწყვეტილების სამართლებრივ შედეგებზე. მიუხედავად იმისა, რომ პროცესის მთავარ დანიშნულებასა და მიზნებზე თითოეული მედიატორი ცალსახად თანხმდება, პრაქტიკამ აჩვენა, რომ მედიატორებს განსხვავებული მეთოდები შეიძლება ჰქონდეთ, თუ როგორ უზრუნველყოფენ ამ მიზნების მიღწევას. სწორედ იმ სტილისა და მეთოდების შეფასებით, რომელსაც პრაქტიკოსი მედიატორები იყენებენ, სამეცნიერო ლიტერატურაში გამოყოფენ ხელშემწყობი და შეფასებითი მედიაციის მოდელებს, რომლებიც იმის მიხედვით დიფერენცირდება, თუ რა განსაზღვრავს მედიატორის მიდგომას მედიაციის პროცესის მიმართ და როგორ აღიქვამს საკუთარ როლს, მხარეთა დამხმარედ, რომლის მთავარი დანიშნულებაცაა მხარეთა რეალური ინტერესებისა და საჭიროებების გამოკვლევით ხელი შეუწყოს მოლაპარაკების მიღწევას თუ პირად, რომლის დანიშნულებაცაა სწორი წარმოდგენა შეუქმნას მხარეებს დავის დასრულების პერსპექტივაზე, სამართლებრივი რისკების შეფასებით.

მიუხედავად იმისა, რომ მედიაცია არ ეყრდნობა სამართლებრივ ფაქტებსა და მტკიცებულებებს, არსებითია, რომ მხარეებმა მიიღონ ინფორმირებული გადაწყვეტილება, რაც თავისთავად მოიცავს სამართლებრივი რეალობის სწორად აღქმას, თუმცა გულისხმობს კი ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღების ხელშემწყობა მედიატორის მხრიდან იმას, რომ თვითონ გახდეს სამართლებრივი პროგნოზის მდგენელი ან სამართლებრივი კონსულტანტი, თუნდაც იმ შემთხვევაში, როდესაც ორივე მხარე თანხმდება მისი მხრიდან ასეთი როლის შეთავსებაზე? სად გადის ზღვარი მხარის თვითგამორკვევის ხელშემწყობასა და მედიატორის მიუკერძოებლობისა და ნეიტრალობის

¹ ნულაძე ა., სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 43.

² Kidner, J., The Limits of Mediator Labels: False Debate between Facilitative versus Evaluative Mediator Styles, Windsor Review of Legal and Social Issues, vol. 30, 2011, 167.

³ ნულაძე ა., სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 43.

⁴ Alfini, J.J., Barkai, J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach, K., Liebman, C., Press Sh., Riskin, L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 9:2, 1994, 319.

⁵ ყანდაშვილი ი., მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ეფექტური საშუალება, პრაქტიკული სახელმძღვანელო, თბ., 2022, 51.

⁶ ბათიაშვილი ი., მედიაციის პროცესი, მისი პრინციპები და გამოწვევები საქართველოში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწდეული 2022“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.11, №1, 2022, 14.

ვალდებულებას შორის, მხარის მიერ ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღების უზრუნველყოფასა და მხარის ავტონომიის დაცვას შორის, არსებობს თუ არა მედიაციის პრინციპების იერარქია და როგორ უნდა მოიქცეს მედიატორი, რომ იყოს მხარის ავტონომიაზე დაფუძნებული პროცესის ეთიკური ურღვევობის გარანტი?⁷ ეს დიქტომია მედიაციის მოდელებს შორის რეალურია თუ არსებობს პრაქტიკის სხვაგვარად გაანალიზების გზებიც?⁸

წინამდებარე ნაშრომის მიზანია იმსჯელოს ზემოაღნიშნულ შეკითხვებზე, შეაფასოს ხელშეწყობი და შეფასებითი მედიაციის კონცეპტუალური მოდელები, გაანალიზოს როგორია მათი გავლენა ისეთ მნიშვნელოვან ასპექტებზე, როგორებიცაა მხარის ავტონომია, სამართლიანი პროცესი, მედიატორის ნეიტრალობა და მიუკერძოებლობა და, განზოგადებულად, მედიაციის, როგორც ინსტიტუტის არსი.

II. მოდელების ზოგადი მიმოხილვა

მედიაციის ინსტიტუტის ფორმირების პროცესში დავის გადაწყვეტის ამ მექანიზმის არსის ტრადიციული გაგება მოიაზრებდა მედიატორის, როგორც ნეიტრალური, დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი გარეშე პირის ხელშეწყობა როლს მოლაპარაკების წარმოების პროცესში,⁹ თუმცა დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის მეთოდების განვითარებასთან ერთად უფრო და უფრო მეტი პირი მოითხოვდა სამართლებრივ შეფასებას საკუთარი მედიატორებისგან,¹⁰ რაც, გარკვეული თვალსაზრისით მედიატორებს შორის იურისტების დომინირებული როლითაც იყო განპირობებული,¹¹ შესაბამისად, მხარეებსაც ჰქონდათ განცდა, რომ მედიატორის დანიშნულებას მედიაციის პროცესში სწორედ რომ სამართლებრივი შედეგების ანალიზი წარმოადგენდა. აღნიშნულმა გამოიწვია აცდენა მედიაციისა და მედიატორის როლის თეორიულ იდეალებსა და პრაქტიკას შორის, რამდენადაც თეორიის მიხედვით მედიატორი არ არის პირი, რომელიც გასწევს სამართლებრივ კონსულტაციას და წინასწარ განჭვრეტს დავის სამართლებრივ შედეგებს, ამასთან, მედიაციის მთავარი დანიშნულება მხარეთა ინტერესებისა და საჭიროებების გამოკვლევაზე დაფუძნებული შეთანხმების მიღწევაა და არა სამართლებრივი მოცემულობის გაანალიზებით დავის გადაწყვეტა.¹² შესაბამისად, იმის გათვალისწინებით, თუ როგორ აღიქმებოდა მედიატორის როლი¹³ და მის მიერ განხორციელებული ინტერვენციები, მკვეთრი ხაზი გაივლო მედიაციის ორ მოდელს შორის,¹⁴ რომლებიც შემდგომში ხელშეწყობი და შეფასებითი მედიაციის სახელწოდებით მოგვევლინა, აღნიშნული მოდელების ავტორი კი პროფესორი ლეონარდ რისკინია, რომელმაც პრაქტიკოსებსა და თეორეტიკოსებს შესთავაზა მედიატორის სტილის კლასიფიცირების სისტემა¹⁵ და შეიმუშავა ცხრილი, რომელიც „მედიაციის მიდგომების კატეგორიზაციის ყველაზე გავრცელებულ მეთოდად გადაიქცა, [...] ასევე ათვლის წერტილი გახდა აკადემიური დებატებისთვის მედიაციის ბუნების თაობაზე.“¹⁶

ლეონარდ რისკინი შეეცადა შეეფასებინა მედიატორების მიდგომა პრობლემების მიმართ ფართო უნდა ყოფილიყო თუ ვიწრო, შესაბამისად, მედიატორს უნდა წარმოედგინა შეფასებები და შეთავაზებები თუ ხელი შეეწყო მოლაპარაკებისთვის სამართლებრივი რისკების ანალიზის გარე-

⁷ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადი, მესამე გამოცემა, 2022, 88-95.

⁸ Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 66.

⁹ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 70.

¹⁰ Catanzaro, T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 96-97.

¹¹ წულაძე ა., „სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში“, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 43.

¹² Riskin L. L., Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, Alternatives Vol.21, №4, 2003, 71.

¹³ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 112.

¹⁴ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 70.

¹⁵ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111.

¹⁶ Riskin L. L., Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a “New New Grid System”, Alternatives, Vol.23, №8, 2005, 127.

შე?¹⁷ „ვინრო მიდგომის“ მედიატორი მიიჩნევს, რომ მისი როლია მხარეებს ტექნიკური პრობლემის გადაჭრაში დაეხმაროს, მაშინ, როდესაც „ფართო მიდგომის“ მედიატორი თვლის, რომ მედიაციის დანიშნულება ბევრად მეტია, ვიდრე სამართლებრივი დავის გადაჭრა და ის საკუთარ როლს მხარეთა ხელშეწყობაში ხედავს, რომ გააანალიზონ და სრულყოფილი საკუთარი ინტერესები.¹⁸ სწორედ აღნიშნული მიდგომების დიფერენცირებით ჩამოყალიბდა შეფასებითი და ხელშეწყობითი მედიაციის მოდელები.

თანდათანობით, მედიაციაში მედიატორის მიერ გამოყენებული სტილის განვითარების შესაბამისად თეორიაში ჩამოყალიბდა ე.წ. „ტრანსფორმაციული“ („გარდაქმნითი“) და „ნარატიული“ მედიაციის მოდელები.¹⁹ გარდაქმნითი, ანუ პრობლემის გადაჭრაზე ორიენტირებული მედიაციის მოდელი პროფესორებმა, ბუშმა და ფოლჯერმა განავითარეს,²⁰ რომლის თანახმადაც „მედიაციას აქვს პოტენციალი, რომ შეცვალოს ადამიანები [...] და ადამიანური პრობლემიდან სამართლებრივ პრობლემად გადაქცეული დავა [...] უკან, ისევ ადამიანურ პრობლემად გარდაქმნას“²¹, კონფლიქტის დესტრუქციული ხასიათი კონსტრუქციულ დიალოგად აქციოს,²² აგრეთვე, მხარეთა ინტერესებისა და საჭიროებების არა მარტო გამოკვლევით, არამედ მოდავე მხარეებისთვის ერთმანეთის პერსპექტივით დანახული მოცემულობის წარმოჩენით პირველ რიგში დანმინდოს მძაფრი ნეგატიური დამოკიდებულებები და გარდაქმნას ისინი პოზიტიურ ურთიერთობად, ამასთან, აღჭუროს ისინი პროცესის კონტროლის მაქსიმალური შესაძლებლობით.²³ აღნიშნულის გათვალისწინებით გარდაქმნითი მედიაციის მოდელი თერაპიული ხასიათით გამოირჩევა, ვინაიდან მისი მთავარი დანიშნულება ურთიერთობების შენარჩუნებაა.²⁴ რაც შეეხება ნარატიულ მედიაციას, აღნიშნული მოდელი ჯონ უინსლეიდისა და ჯერალდ მონკის მიერაა შემუშავებული,²⁵ რომლის მიხედვითაც, ვინაიდან შეუძლებელია მხარეთა მონათხრობი სრულიად ობიექტური იყოს,²⁶ „მედიატორი მხარეებს ეხმარება ჩამოაყალიბონ მათი პერსპექტივა დავაზე მათი „მონათხრობის“ ან „მნიშვნელობის“ შეგოების გამოვლენით და არა „ფაქტებზე“ აქცენტირებით.“²⁷

ვინაიდან წინამდებარე ნაშრომის მიზანია ხელშეწყობითი და შეფასებითი მედიაციის მოდელების მიმოხილვა, აქცენტი სწორედ მათს ანალიზს დაეთმობა მედიაციის ეთიკასთან კავშირში.

¹⁷ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111.

¹⁸ იხ. იქვე. იხ. აგრეთვე: წულაძე ა., სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 44.

¹⁹ Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame Law Review, Vol. 79, №1, 2003, 24.

²⁰ იხ. იქვე.

²¹ Alfini, J.J., Barkai, J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach, K., Liebman, C., Press Sh., Riskin, L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 9:2, 1994, 315. „ადამიანების უმრავლესობას არ აქვს სამართლებრივი დავები, არამედ, მათ შეიძლება ჰქონდეთ ფაქტობრივი, ემოციური და პროცედურული დავები. ადვოკატები და სასამართლოები თარგმნიან „ადამიანურ“ დავებს როგორც სამართლებრივს, გადაჭრიან ამ უკანასკნელს და ისე იქცევიან, თითქოს მათი გადანყვეტა „ადამიანურ“ დავასაც წყვეტდეს.“ დამატებით იხ.: Zumeta Z., A Facilitative Mediator Responds, Journal of Dispute Resolution, vol. 2000, no. 2, 2000, 337.

²² Lande J., Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 352

²³ წულაძე ა., „სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში“, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 43.

²⁴ ტყემალაძე ს., მედიაცია საქართველოში: ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბ., 2016, 11.

²⁵ Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame Law Review, Vol. 79, №1, 2003, 24.

²⁶ Hansen T., The Narrative Approach to Mediation, 2003, <<https://mediate.com/the-narrative-approach-to-mediation/>> [07.11.2024].

²⁷ Winslade J., Monk G., Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution, 2000, 125-126, მითითებულია ნაშრომში: Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame Law Review, Vol. 79, №1, 2003, 24.

1. ხელშეწყობი მედიაცია

ხელშეწყობი მედიაცია კლასიკური,²⁸ ყველაზე ფართოდ გავრცელებული მოდელია,²⁹ რომელიც „მედიატორის ფუნდამენტურ როლად მხარეთა შორის კომუნიკაციის ხელშეწყობას მოიაზრებს. ხელშეწყობი მედიატორი ეხმარება მხარეებს გააცნობიერონ თავიანთი დაფარული ინტერესები, [...] განავითარონ და ჩამოაყალიბონ მორიგების ფართო, ინტერესებზე დაფუძნებული შეთავაზებები და შეაფასონ ისინი,³⁰ რის გამოც ამ მოდელს „ინტერესებზე დაფუძნებულ მედიაციასაც (Interest-Based Mediation) უწოდებენ.“³¹ ხელშეწყობი მედიაციის მოდელის თანახმად მედიატორი ეხმარება მხარეებს რომ გაერკვნენ საკუთარ ინტერესებში, რეალური წარმოდგენა შეექმნათ დავის სამართლებრივ ასპექტებსა და მოურიგებლობის შედეგებზე, ხელს უწყობს მხარეებს თავად იფიქრონ დავის შესაძლო გადაწყვეტის გზებზე, რადგან მიიჩნევენ, რომ მხარეებს ყველაზე უკეთ შეუძლიათ გაერკვნენ საკუთარ სურვილებსა და მოლოდინებში, ამის გათვალისწინებით უნარი აქვთ ჩამოაყალიბონ შეთავაზებები, მხოლოდ, მედიატორი ამ ყველაფერს უზრუნველყოფს სხვადასხვა ტექნიკის გამოყენებით, კერძოდ, „რეალობის ტესტზე“ მუშაობით, აქტიური მოსმენით, შეკითხვების გამოყენებით და სხვ.³² ხელშეწყობი სტილის მედიატორი არ გასწევს სამართლებრივ კონსულტაციას, არ სთავაზობს მხარეებს მორიგების ალტერნატივებს,³³ რადგანაც მიიჩნევენ, რომ გადაწყვეტილების ტვირთი მხარეთა პასუხისმგებლობაა და არა მედიატორის.³⁴ როდესაც მხარეებმა იცინ, რომ გადაწყვეტილებას თავად იღებენ, მათი ქმედებები მედიატორის დარწმუნებისკენ კი არ არის მიმართული სამართლებრივ პოზიციებზე დაყრდნობით, არამედ ღიადაა³⁵ და თავისუფლად გამოხატავენ საკუთარ რეალურ ინტერესებს საიმისოდ, რომ „ორმხრივად სასარგებლო შეთანხმებას შეუწყონ ხელი“. ³⁶ „ასეთი შეთანხმება ინფორმირებასა და ურთიერთგაგებას ეფუძნება და არა მედიატორის ზეგავლენას ან იძულებას.“³⁷

ხელშეწყობი მედიაციის სტილის გამოყენებისას მედიატორის მთავარი გამოწვევაა უზრუნველყოს მხარეთა თვითგამორკვევა და მიიყვანოს ისინი ინფორმირებულ გადაწყვეტამდე ოღონდ იმგვარად, რომ არ შეითავსოს სამართლებრივი კონსულტანტის როლი და ისეთი ფორმით, რომ არ გასცეს რჩევები და ამით საფრთხე არ შეუქმნას მედიატორის ნეიტრალურ და მიუკერძოებელ სტატუსს.³⁸

საინტერესოა, რომ იმ სახელმწიფოებში, რომლებშიც მედიაციის ინსტიტუტი ახალგაზრდა და განვითარების დიდი ისტორიით არ ხასიათდება, შესაძლოა საზოგადოების ცნობიერება არ იყოს მაღალი დავის გადაწყვეტის ამ მექანიზმის ღირებულებების სწორად შესაფასებლად. შესაძლოა, მხარეებს ჰქონდეთ ასოციაცია, რომ სასამართლოს მსგავსად მედიაციაც სამართლებრივი მოცემულობის შეფასებას უნდა სთავაზობდეს და მსგავსი მოლოდინი ჰქონდეთ მედიატორისგან.³⁹ ამის ნათელი მაგალითია, რომ „აზიურ საზოგადოებებში მედიატორი აღიქმება ავტორიტეტულ ფიგურად და მისგან მოელიან წინამძღოლობას [სამართლებრივი თვალსაზრისით], მაშინ, როდესაც დასავ-

²⁸ Baksa, G., Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation, Jogi Tanulmanyok, 2012, 250.

²⁹ ტყემალაძე ს., მედიაცია საქართველოში: ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბ., 2016, 11.

³⁰ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 72.

³¹ ნულაძე ა., სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 45.

³² Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111-113.

³³ ნულაძე ა., სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 45.

³⁴ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 112.

³⁵ Brooker P., An Investigation of Evaluative and Facilitative Approaches to Construction Mediation, Structural Survey, Vol. 25 №3/4, 2007, 227.

³⁶ Erbe N., The Global Popularity and Promise of Facilitative ADR, Temple International & Comparative Law Journal, Vol. 18, №2, 2004, 356.

³⁷ Levin, M.S., The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 16, no. 2, 2001, 268.

³⁸ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111.

³⁹ Riskin L. L., Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, Alternatives Vol.21, №4, 2003, 71.

ლურ კონტექსტში მხარეები შეიძლება აღიქვამდნენ მედიატორს, უფრო როგორც პროფესიული მომსახურების მიმწოდებელს.⁴⁰ ასეთ შემთხვევაში დღის წესრიგში დგას მედიატორის ვალდებულება, სათანადოდ განუმარტოს მხარეებს თუ რა მოლოდინი უნდა ჰქონდეთ როგორც პროცესის, ისე მისი წარმმართველი პირის – მედიატორის მიმართ.⁴¹

2. შეფასებითი მედიაცია – მედიაციის პრაგმატული მოდელი

შეფასებითი მედიაციის მოდელმა თეორიაში დიდი ვნებათაღელვა გამოიწვია და საფუძველი ჩაუყარა ხანგრძლივ დისკუსიას მედიაციის არსისა და მედიატორის როლის ხელახალი გააზრების თაობაზე. მეცნიერებმა – კიმბერლი კოვაკმა და ლილა ლავმა შეფასებით მედიაციას ოქსიმორონი უწოდეს,⁴² რის პასუხადაც ლეონარდ რისკინმა განმარტა, რომ მის მიერ შემოთავაზებული მოდელი აღწერდა პრაქტიკას, როგორც ის არის (კიდევ ერთი ხაზგასმა მედიაციის პრაქტიკასა და თეორიას შორის შეუსაბამობაზე), მაშინ, როდესაც მეცნიერები თავიანთ ნაშრომში აანალიზებდნენ მედიაციას, როგორც ის უნდა იყოს.⁴³

როგორც უკვე აღინიშნა, შეფასებითი მედიაციის განვითარება მედიატორის პროფესიის იურისტების მიერ შეთავსებამ განაპირობა, განსაკუთრებით ეს ტენდენცია მოსამართლე მედიატორების მხრიდან გამოიკვეთა, რომლებმაც მიიჩნიეს, რომ მედიაციის პროცესის ფარგლებში მხარეთათვის უნდა განემარტათ არსებული დავის სამართლებრივად ძლიერი და სუსტი ასპექტები, შეეფასებინათ დავის გადაწყვეტის პერსპექტივა სასამართლოში⁴⁴, მხარეებისთვის მიეცათ რეკომენდაციები,⁴⁵ შესაბამისად, „გადაწყვეტილების მიღების პროცესმა მხარეებიდან შემფასებლის ხელში გადაინაცვლა.“⁴⁶ შეფასებითი მედიატორი მიიჩნევს, რომ მხარეები მედიატორისგან მოელიან, რომ ის მათ მიმართულებას მისცემს, გაუწევს კვალიფიციურ იურიდიულ მომსახურებას და გაარკვევს როგორც სამართლებრივ რისკებში, ისე – შესავაზებს დავის გადაწყვეტის ალტერნატივებს.⁴⁷

იმ ფაქტმა, თუ მედიაციის რომელ სტილს იყენებს მედიატორი, შეიძლება ბევრ ფაქტორზე იქონიოს ზეგავლენა, დაწყებული მედიაციის პროცესის დაგეგმვით,⁴⁸ დამთავრებული მედიაციის შედეგით.⁴⁹ თუმცა შეფასებითი მედიაციის კონტექსტში ყველაზე მნიშვნელოვანი მედიაციის არსის

⁴⁰ Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 41.

⁴¹ მაგალითად, ქართული მოწესრიგების თანახმად მედიატორი ვალდებულია, მედიაციის დაწყებამდე განუმარტოს მხარეებს მედიაციის ძირითადი პრინციპები, მედიატორის როლი, მხარეთა უფლება-მოვალეობები და სხვ., რათა ჩანასახშივე თავიდან აიცილოს მცდარი წარმოდგენები და მოლოდინები მედიატორის, პროცესის მიმდინარეობისა და მათ შორის, მისი შედეგის მიმართაც. საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-8 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

⁴² Kovach K.K., Love L.P., “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, Alternatives Vol 14, №3, 1996, 31.

⁴³ Riskin L. L., Mediation Quandries, Florida State University Law Review, vol. 24, no. 4, 1997, 1009.

⁴⁴ ნულაძე ა., „სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში“, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 46-47.

⁴⁵ ტყემალაძე ს., მედიაცია საქართველოში: ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბ., 2016, 11.

⁴⁶ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 72.

⁴⁷ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111-113.

⁴⁸ საინტერესოა, რომ მედიაციის სხვადასხვა სტილმა შესაძლოა ისიც კი განსაზღვროს, თუ როგორ გამოიყენებს მედიატორი პროცედურულ შესაძლებლობებს, მაგალითად, მიიჩნევა, რომ რადგანაც შეფასებითი მედიაცია მოიცავს ძლიერი და სუსტი პოზიციების შეფასებას და შესაბამისად, შეუძლებელია, რომ ნეიტრალურობის სასწორზე მედიატორმა ბალანსი შეინარჩუნოს, ასეთ შემთხვევებში მედიატორი კერძო შეხვედრებს გეგმავს, მაშინ, როდესაც ხელშეწყობს ან გარდაქმნით მედიაციაში, რომლის მთავარი დანიშნულებაც მხარეთა ინტერესების გაცნობიერება და ერთმანეთის პერსპექტივის წარმოჩენაა, ძირითადი აქცენტი საერთო შეხვედრებს შეიძლება დაეთმოს. იხ.: ნულაძე ა., „სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში“, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 47.

⁴⁹ მედიაციის სხვადასხვა სტილი პროცესის განსხვავებულ შედეგს შეიძლება განაპირობებდეს, მაგალითად, როდესაც მედიატორის ორიენტირი სასამართლოში ძლიერი და სუსტი მხარეების შეფასებაზეა, მხედველობის მიღმა შეიძლება დარჩეს მხარის რეალური ინტერესები, რომლის გაანალიზებითაც შესაძლებელი გახდებოდა ორმხრივად სასურველი გადაწყვეტილების მიღება. კერძოდ, მხარე შეიძლება ითხოვდეს კომპენსაციას არა იმ მიზნით, რომ ფინანსური ინტერესები აქვს, არამედ საიმისოდ, რომ დაწესებულებამ

ახლებური გაგება და იმის შეფასება, ეწინააღმდეგება თუ არა აღნიშნული მოდელი მედიაციის ეთიკის ამოსავალ პრინციპებს, კერძოდ, მედიატორის მიერ სამართლებრივი პროგნოზის განსაზღვრა მის ნეიტრალიტეტს ეჭვქვეშ აყენებს, გადაწყვეტილების მიღების მიმართულების მიცემა და წინადადებების შეთავაზება მხარეთა ავტონომიის არეალს მნიშვნელოვნად ავიწროებს, მედიაციას კი უკარგავს იმ მთავარ ღირსებას, რაც მას „მხარეთა პროცესად“ აქცევს.

III. ეთიკის გზაჯვარედინზე: შეფასებითი მედიაციის მოდელის კრიტიკული ანალიზი

„ეთიკის ნორმების განმტკიცება შესაბამისი სფეროს პროფესიად ჩამოყალიბების მანიშნებელია.“⁵⁰ ეთიკის სტანდარტების განმტკიცება მიანიშნებს მედიატორთა მზაობაზე, იკისრონ პასუხისმგებლობა საკუთარ ქმედებებზე.⁵¹ მედიაციის პროცესი არ არსებობს ეთიკური ღირებულებების მიღმა სიბრტყეში. შეუძლებელია მედიაციის წარმატებაზე საუბარი იქ, სადაც სათანადოდ არ არის დაცული ეთიკის პრინციპები, განურჩევლად იმისა, რა შედეგით დასრულდება დავა. მედიაციის პროცესი ეთიკური ღირებულებების გარეშე იგივეა, რაც მუსიკა ჰარმონიის გარეშე.⁵² მედიატორის ქცევის ეთიკის რეგულირების მიზნით არაერთი საერთაშორისო აქტია შექმნილი, რომელთა საფუძველზეც ქვეყნებმა ეროვნულ კანონმდებლობაშიც შეიმუშავეს ეთიკის კოდექსები. საქართველოში მედიატორთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი 2021 წელს დამტკიცდა. ეთიკის კოდექსი განსაზღვრავს პროფესიული ეთიკის სავალდებულო ნორმებს, რომლებიც შეეხება მედიატორის კომპეტენციას, ანაზღაურებას, მიუკერძოებლობასა და დამოუკიდებლობას, მხარეთა თვითგამორკვევის ხელშეწყობის ფარგლებში ნებაყოფლობითი და ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღების ნახალისებას, კონფიდენციალობის გარანტიებსა და სხვა მნიშვნელოვან ასპექტებს.⁵³ საქართველოს კანონი მედიაციის შესახებ, თავის მხრივ განამტკიცებს ამ მნიშვნელოვან პრინციპებს და ზოგადი ნორმატიული დათქმის ფარგლებში მიუთითებს, რომ კანონით მოუწესრიგებელი საკითხები სწორედ ამ პრინციპების (ნებაყოფლობითობა, თვითგამორკვევა, მედიატორის დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა და სხვ.) საფუძველზე უნდა გადაწყდეს.⁵⁴

მედიაცია არის პროცესი, რომელიც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული სხვა მექანიზმებისგან განსხვავებით ორიენტირებულია მხარის როლის წინ ნამოწევასა და გაძლიერებაზე,⁵⁵ შესაბამის

შემდგომში მეტი ყურადღება გამოიჩინოს მომხმარებლების მიმართ. ინტერესების კვლევა შესაძლებელს ხდის შეფასდეს მხარის რეალური მიზნები. მოცემული მაგალითის საფუძველზე შეფასებითი მედიატორი გააანალიზებდა სასამართლოში კომპენსაციის საკითხის დასმას, შესაბამისად, ამ საქმეში იარსებებდა „დამარცხებული“ მხარე, რომელსაც სასამართლო დააკისრებდა თანხის გადახდას. საპირისპიროდ, ხელშემწყობი მედიაციით შესაძლებელი გახდებოდა მედიატორს გაერკვია, რომ მოსარჩელე მხარის ინტერესი თანხის მიღება კი არა, დაწესებულების მხრიდან სამომავლო დაუდევრობის პრევენციაა, შესაბამისად აღნიშნული დავის გადაწყვეტის ალტერნატივად შეიძლებოდა შეთავაზებულიყო მომსახურების ხარისხის კონტროლის პროცედურის გაწერა, CAPA (Corrective Action and Preventive Action) გეგმის დასახვა და სხვ. დამატებით იხ.: *Alfini J., Barkai J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach K., Liebman C., Press Sh., Riskin L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 9:2, 1994, 314-315.

⁵⁰ Kovach K. K., *Mediation, Principles and Practice*, 3rd ed., Thomson West, United States of America, 2004, 395., მითითებულია ნაშრომში: *ჩიტაშვილი ნ.*, სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვევობის საფუძველი, *ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადი 2016“* (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.5, №1, 2016, 14.

⁵¹ *ჩიტაშვილი ნ.*, მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, სამართლის *ჟურნალი* №1, 2016, 25.

⁵² საინტერესოა, რომ ორიგინალი ჩანაფიქრის მიხედვით იურისტები არ მოიაზრებოდნენ მედიატორის პროფესიის შემთავსებლებად იმ მიზეზით, რომ მათ არ ჰქონდათ საკმარისი ცოდნა ქცევის მეცნიერებებში, აგრეთვე არ არსებობდა ეთიკური სტანდარტები, რომლებიც შეზღუდავდა მათს ქმედებებს. დამატებით იხ.: *Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal*, Vol. 43, 1982, 37.

⁵³ სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია“ მედიატორთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, დამტკიცებული 2021 წლის 24 აპრილის საერთო კრების მიერ.

⁵⁴ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მუხლი 3.

⁵⁵ *Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?*, *Asian Journal on Mediation*, 2013, 69

სად, ამ პროცესში არსებითია, რამდენად აქვს მხარეს შესაძლებლობა და თავისუფლება გამოიყენოს პროცედურული მექანიზმები, მიიღოს ნებაყოფლობითი გადაწყვეტილება და თავად აიღოს პასუხისმგებლობა მის შედეგებზე.

იურისტი მედიატორების მიერ ჩატარებული მედიაციის პირობებში ზოგიერთი ეთიკური პრინციპის უზრუნველყოფა გამოწვევად რჩება. განსაკუთრებით, შეფასებითი მედიაციის მოდელის მიმოხილვისას მნიშვნელოვანია გაანალიზდეს როგორ აღიქმება მედიატორის მიერ სამართლებრივი კონსულტაციის გაწევა და რამდენადაა შესაძლებელი ამ პირობებში ნეიტრალური პირის სტატუსის შენარჩუნება. ეთიკის კოდექსები უდგენენ ვალდებულებას მედიატორს არა მხოლოდ არ იყოს მიკერძოებული, არამედ გამორიცხოს მისი ასეთად აღქმა მხარეთა მიერ.⁵⁶ როდესაც მედიატორი იურისტი, რომელსაც შეუძლია შეაფასოს დავის გადაწყვეტის შესაძლო პერსპექტივა სასამართლოში, დიდია ცდუნება იმისა, რომ ეს შანსი არ გამოიყენოს მხარეებზე ზეგავლენისთვის და არ უბიძგოს მორიგებისკენ, თუმცა მედიაციის პროცესის ყველა სიკეთე იკარგება მაშინ, როდესაც მედიატორისთვის თვითმიზანი მორიგების მიღწევა ხდება, რადგანაც პროცესის წარმატება მხოლოდ შეთანხმების მიღწევაში კი არ მდგომარეობს,⁵⁷ ცალკე აღებული, არამედ როდესაც ეს შეთანხმება მიღწეულია მხარეთა ავტონომიის, მათ მიერ ყველა პროცედურულ მექანიზმზე ხელმისაწვდომობის, ნებაყოფლობითი, ინფორმირებული გადაწყვეტილებისა და ხარისხიანი პროცესის უზრუნველყოფის პირობებში. იურისტი მედიატორების მიერ ჩატარებული მედიაციის მსვლელობისას გამოიკვეთა ტენდენცია, რომ მედიატორები მხარეებს უბიძგებდნენ მორიგებისკენ, რაც სცდებოდა ნებაყოფლობითი გადაწყვეტილების ფარგლებს.⁵⁸ მედიაციის ღირებულება ბევრად მეტია, ვიდრე უბრალოდ საქმეების გადაწყვეტა.⁵⁹ მედიაცია თერაპიულ როლს ასრულებს, რამდენადაც ხელს უწყობს არა მხოლოდ უთანხმოების გადაწყვეტას, არამედ ურთიერთობების შენარჩუნებას, მაშასადამე, კონფლიქტის პიროვნულ დონეზე გადაჭრას.⁶⁰

იმ მომენტიდან, როდესაც მედიატორი იწყებს დავის გარემოებების სამართლებრივ შეფასებას, სამი ელემენტი, როგორებიცაა თვითგამორკვევა, პროცესის სამართლიანობა⁶¹ და მედიატორის მიუკერძოებლობა და ნეიტრალობა იმთავითვე საფრთხის ქვეშ ექცევა.⁶² ამ თავის ფარგლებში სწორედ აღნიშნული იქნება განხილული.

1. მხარის ავტონომია

მხარეების უფლებამოსილებათა არსენალში პროცესის კონტროლის მექანიზმების თავმოყრა ის უმთავრესი ელემენტია, რომელიც მედიაციას განასხვავებს დავის გადაწყვეტის სხვა ალტერნატივებისგან, მხარეებს განტვირთავს ფორმალიზმისგან და აძლევს შესაძლებლობას მართონ პროცესის სრული მსვლელობა, განსაზღვრონ განსახილველი საკითხების შინაარსი, შესთავაზონ მორიგების პირობები, მიიღონ გადაწყვეტილება დავის შეთანხმებით დასრულებაზე ან სასამართლოში გადატანაზე. მედიაცია სრულიად ეყრდნობა მხარეთა ავტონომიას.⁶³ „მხარეთა ავტონომიურობა გულისხმობს ნებაყოფლობითობის, მხარეთა თვითგამორკვევისა ინფორმირებული თანხმობის

⁵⁶ Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018, article 2, comment A. <<https://lawcouncil.au/docs/db9bd799-34d8-e911-9400-005056be13b5/Ethical>> [07.11.2024].

⁵⁷ Waldman, E. A., The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence, Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 165.

⁵⁸ Alfani J., Barkai J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach K., Liebman C., Press Sh., Riskin L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 9:2, 1994, 309-310.

⁵⁹ იხ. იქვე, 325.

⁶⁰ Waldman, E. A., The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence, Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 165-166.

⁶¹ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადი, მესამე გამოცემა, 2022, 82.

⁶² Munjal D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 72.

⁶³ UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021, §10, 2, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2107071-meditation-notes.pdf>> [07.11.2024].

პრინციპებს, რომლებიც უმნიშვნელოვანესია მედიაციის პროცესის არსობრივი მიზნის გააზრებისთვის, წარმოადგენს მედიაციის ღირებულებით ფუნდამენტს და განსაზღვრავს მედიატორის ეთიკურ ვალდებულებათა შინაარსს.⁶⁴ „მედიატორთა აკრედიტაციის ეროვნული სისტემის (NMAS) სტანდარტის მიხედვით თვითგამორკვევა მედიაციის დეფინიციის კომპონენტია“,⁶⁵ რაც ხაზს უსვამს მის მნიშვნელობას. მედიატორებისთვის დადგენილი ქცევის მოდელურ სტანდარტებში თვითგამორკვევა პირველ ადგილს იკავებს⁶⁶ და ის განიმარტება, როგორც ნებაყოფლობითი, არაიძულებითი გადაწყვეტილება, რომელსაც თითოეული მხარე იღებს თავისუფლად და ინფორმირებული არჩევანის ფარგლებში; რაც მთავარია, ეს პრინციპი ვრცელდება მედიაციის ნებისმიერ ეტაპზე.⁶⁷ თვითგამორკვევა მოიაზრებს თავისუფლებას არა მხოლოდ მორიგების შეთავაზების მიღებას ან უარყოფში, არამედ მხარეთა მიერ დავის შესაძლო გადაწყვეტის ალტერნატივების ფორმულირებასა და სამართლებრივი პრობლემების დამოუკიდებლად გადაჭრაში.⁶⁸

ბუნებრივია, თვითგამორკვევის პრინციპი ვერ რეალიზდება თუ მხარეს არ ექნება სათანადო ინფორმაცია დავის გადაწყვეტის სამართლებრივ პერსპექტივაზე, სხვაგვარად ის ვერ შეძლებს ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღებას. შეკითხვა იმაში კი არ მდგომარეობს, უნდა აანალიზებდეს თუ არა მხარე სამართლებრივ რისკებს (რადგანაც ცალსახაა, რომ ასე უნდა იყოს), არამედ იმაში, თუ როგორ უნდა უზრუნველყოს მედიატორმა მისი ინფორმირება ისე, რომ ჩრდილი არ მიადგეს მის ნეიტრალურობასა და მიუკერძოებლობას.⁶⁹ გულისხმობს კი აღნიშნული იმას, რომ მედიატორმა უნდა შეითავსოს სამართლებრივი კონსულტანტის როლი?

1.1. ნეიტრალობის საფარველს მიღმა: მედიატორი, როგორც სამართლებრივი მრჩეველი

1.1.1. მედიატორის შეფასებითი როლი

მედიაცია არ არის პროცესი, რომლის დასასრულს „გამარჯვებულს რჩება ყველაფერი“. მედიაცია ემყარება ან ორმხრივ გამარჯვებას,⁷⁰ ან შეთანხმებას იმაზე, რომ მხარეები მედიაციის პროცესში ვერ თანხმდებიან და დავა გადაინაცვლებს სასამართლოში. მედიატორის მიერ სამართლებრივი მრჩეველის როლის მორგება ეთიკურ პრინციპებთან კონფორმაციას სწორედ იმიტომ წარმოადგენს, რომ როგორც კი მედიატორი იწყებს საქმის შეფასებას, შეუძლებელია სამართლებრივ სასწორზე თანაზომიერი სურათი აღმოჩნდეს. ცალსახად იარსებებს ერთი მხარე, სამართლებრივი უპირატესობით და მეორე მხარე – ნაკლებად იმედისმომცემი პროგნოზით. რამდენადაც უნდა სცადოს მედიატორმა, რომ აღნიშნული შინაარსი ნეიტრალურად გადმოსცეს, ერთ-ერთი მხარის მომგებიანი პოზიციის წარმოჩენა უკვე არღვევს ნეიტრალურობისა და მიუკერძოებლობის პრინციპს⁷¹ და რაც ყველაზე უარესია, მხარეთა ნდობას როგორც მედიატორის, ისე – თვითონ პროცესის მიმართ.⁷² გარდა აღნიშნულისა, პროცესის მიმართ მხარეებს უჩნდებათ ალქმა, რომ სასამართლოს მსგავსად აქაც შეჯიბრებითობა მოქმედებს, რაც გაუცნობიერებლად უბიძგებს მათ გააკეთონ ყვე-

⁶⁴ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადური, მესამე გამოცემა, 2022, 83-85.

⁶⁵ Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 71.

⁶⁶ Levin, M.S., The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 16, no. 2, 2001, 274.

⁶⁷ Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, standard I, 3, <<https://www.adr.org/sites/default/files/document-repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf>> [07.11.2024].

⁶⁸ Catanzaro, T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 101.

⁶⁹ Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 72.

⁷⁰ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 69.

⁷¹ Catanzaro, T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 100.

⁷² Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 67.

ლაფერი საიმისოდ, რათა „შემფასებელი“ (მედიატორი) დაარწმუნონ საკუთარი პოზიციის სიძლიერეში და „მოიგონ“ საქმე.⁷³ მხარეები იმთავითვე კარგავენ კონტროლს პროცესის შედეგზეც, რაც მხარის ავტონომიის პრინციპის რეალიზებას ხელს უშლის, ვინაიდან აცნობიერებენ და აღიარებენ რა შემფასებლის კომპეტენციას, უჩნდებათ შეგრძნება იმისა, რომ მის რჩევას უპირობოდ უნდა გაუწიონ ანგარიში.⁷⁴

მედიატორს მუდმივად დილემებს შორის უწევს ბალანსის დაცვა, რაც არც თუ ადვილი დავალებაა შესასრულებლად. ერთი მხრივ, პროცესის არსი მოითხოვს მხარეთა სრული ინფორმაციის აღჭურვას, მეორე მხრივ, აღნიშნულის უზრუნველყოფისას ჩრდილი არ უნდა მიადგეს მედიატორის ნეიტრალურ როლს.⁷⁵ საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით მედიაციის პროცესის კანონისმიერი განმარტება მოიაზრებს, რომ ესაა პროცესი, რომლის ფარგლებშიც ორი ან რამდენიმე მხარე მედიატორის დახმარებით ცდილობს დავის შეთანხმებით დასრულებას,⁷⁶ UNCITRAL-ის მიერ შემუშავებული შენიშვნები მოდელურ წესებთან მიმართებით პირდაპირ აქცენტირებს მხარეების მიერ დავის იმგვარად გადაწყვეტაზე, რომელიც შედეგობრივად გამორიცხავს – მოგება – წაგებას,⁷⁷ „სამოქალაქო და სამენარმეო საკითხებში მედიაციის გარკვეული ასპექტების შესახებ ევროპის პარლამენტისა და საბჭოს 2008 წლის დირექტივა“ ასევე განმარტავს მედიაციას, როგორც სტრუქტურირებულ პროცესს, რომლის ფარგლებშიც მხარეები თავად, საკუთარი ძალებით ცდილობენ დავის მოგვარებას მედიატორის დახმარებით.⁷⁸ თითოეული რეგულაცია აქცენტირებს მედიატორის დამხმარე როლზე. მედიატორმა ხელშეწყობი როლის ფარგლებში უნდა წაახალისოს მხარეები, თავად შეაფასონ შემოთავაზებული ალტერნატივები, მაგრამ ეს თვითონ არ უნდა გააკეთოს.⁷⁹ „შეფასება, განსაზღვრა და გადაწყვეტა სხვების მაგივრად რადიკალურად განსხვავდება სხვების დახმარებისგან, რომ შეაფასონ, განსაზღვრონ და გადაწყვიტონ დამოუკიდებლად.“⁸⁰

უნდა შეფასდეს, როგორ შეიძლება ნეიტრალური სტატუსის დაკარგვის რისკის დაზღვევა იმგვარად, რომ იმავდროულად ხელი არ შეეშალოს ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღებას. ამ თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია, თვითონ პროცესის მთავარი სუბიექტი, ანუ მხარე როგორ აღიქვამს მედიატორის მიერ განხორციელებული ქმედებების გავლენას მიუკერძოებლობასა და ნეიტრალურობაზე. საინტერესოა, მედიატორს სამართლებრივი აზრის გამოხატვა უპირობოდ, ყველა შემთხვევაში ეკრძალება თუ არსებობს გარემოებები, რომლებიც დასაშვებს ხდის მედიატორის მიერ სამართლებრივი კონსულტანტის როლის შეთავსებას?⁸¹ საგულისხმოა, რომ მედიატორთა ქცევის მომწესრიგებელი ზოგიერთი კოდექსი უშვებს შესაძლებლობას, მედიატორმა დააფიქსიროს საკუთარი აზრი გარკვეულ შემთხვევებში, კერძოდ, თუ ამას მხარეები მოითხოვენ, თუ მედიატორი დარწმუნებულია საკუთარ კომპეტენციაში რომ შეუძლია კვალიფიციური კონსულტაცია გასწიოს და იმ

⁷³ *Munjal, D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 73.

⁷⁴ იხ. იქვე, 74.

⁷⁵ ჩიტაშვილი ნ., მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, „სამართლის ჟურნალი“ №1, 2016, 31.

⁷⁶ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-2 მუხლის „ა“ პუნქტი.

⁷⁷ UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021, §4, 1, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2107071-mediation-notes.pdf>> [07.11.2024].

⁷⁸ 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 3, § a., <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052>> [07.11.2024].

⁷⁹ *Kovach K.K., Love L.P.*, „Evaluative“ Mediation is an Oxymoron, Alternatives Vol 14. №3, 1996, 31.

⁸⁰ *Love L.P.*, Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate, Florida State University Law Review 24, 938. მითითებულია: *Munjal, D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 71.

⁸¹ მედიაციის მონაწილე მხარეებს შორის ჩატარდა გამოკითხვა სწორედ აღნიშნულ კითხვაზე პასუხის გასაცემად, რომელიც აფასებდა შემდეგ გარემოებებს: იყო თუ არა შეფასება მკაფიოდ მოთხოვნილი მხარეთა მიერ, როგორი იყო მედიატორის კომპეტენცია, აქცევდა თუ არა მხარეებს წნეხქვეშ მედიატორის მიერ გამოთქმული პოზიცია, პროცესის რა სტადიაზე გამოითქვა შეფასებები, როგორი იყო შესაფასებელ საკითხთა ბუნება და სხვ. დამატებით იხ.: *Lande J.*, Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 353-354.

ფორმით, რომ აღნიშნულმა ჩრდილი არ მიაყენოს მის მიუკერძოებლობას.⁸² აღნიშნული მაგალითი საინტერესო იმ თვალსაზრისითაც არის, რომ საქართველოს მედიატორთა პროფესიული ეთიკის კოდექსიც მსგავს მონესრიგებას შეიცავს, კერძოდ, კოდექსის თანახმად მედიატორს „არ აქვს უფლება, თავისი კომპეტენციის მიღმა, მხარეებს სამართლებრივი ან სხვა პროფესიული რჩევა მისცეს, შეაფასოს დავის გადაწყვეტის ალტერნატივები ან საქმის გარემოებები, გარდა იმ შემთხვევისა, ეს მხარეებმა ითხოვონ. იგი უფლებამოსილია, გაუზიაროს მხარეებს საქმესთან დაკავშირებული ცოდნა და ინფორმაცია“⁸³ მიუკერძოებლობის პრინციპის დაცვით.“⁸⁴ აღნიშნული ნორმის გაანალიზებით ნათელი ხდება, რომ, მართალია, მედიატორს ეკრძალება გასცეს სამართლებრივი რჩევა ან შეაფასოს ალტერნატივები, თუმცა საგამონაკლისო დათქმის სახით მითითებულია მხარეების თანხმობა,⁸⁵ გარდა ამისა, დაშვებულია საქმესთან დაკავშირებული ცოდნის გაზიარების შესაძლებლობა, მხოლოდ, მიუკერძოებლობის პრინციპის დაცვით. მთავარი შეკითხვა სწორედ აქ ჩნდება: სად გადის ზღვარი ცოდნის გაზიარებასა და სამართლებრივ შეფასებას შორის? როგორ უნდა უზრუნველყოს მედიატორმა ინფორმაციის გადაცემა იმგვარად, რომ ამით არ დაირღვეს მიუკერძოებლობის პრინციპის შინაარსი? ამ მხრივ საგულისხმოა, რომ ავსტრალიის მედიატორთა ეთიკის სახელმძღვანელო წესები მედიატორს იმ შემთხვევაშიც კი არ ურჩევს მოსაზრების გამოთქმას, როდესაც აღნიშნული მხარეთა მოთხოვნის საპასუხოდ ხდება, რამდენადაც რისკი იმისა, რომ მედიატორი მიუკერძოებლობას ვერ შეინარჩუნებს, ყოველთვის დიდია.⁸⁶ გარდა აღნიშნულისა, თუ მედიატორებს უფლებას მივცემთ მოირგონ სამართლებრივი მრჩეველის როლი, მაშინ უნდა არსებობდეს ნორმები და სტანდარტები, რომლებითაც იხელმძღვანელებდა ასეთი შეფასებების გაცემისას⁸⁷ და რომელიც შეასრულებდა ფილტრის ფუნქციას, რომ მხარეებისთვის უფრო რაფინირებული და მიკერძოების მინარევებისგან დანმენდილი ინფორმაცია გადაეცა. საზოგადოება მოსამართლეებსა და არბიტრებს აღჭურავს დავის შედეგის მიმართ გადაწყვეტილებაუნარიანობით, შედეგის კონტროლის ფუნქციით, რაც დამყარებულია მათს კვალიფიკაციასა და შესაბამისი სამართლებრივი ჩარჩოს არსებობაზე.⁸⁸ თუ მედიატორიც მსგავს როლს მოირგებს, მაშინ ისიც უნდა მიჰყვეს სამართლებრივ ჩარჩოს, რასაც მედიაციის შინაარსი არ ითვალისწინებს, ხოლო თუ მედიატორიც სამართლის ნორმებს გაჰყვება და შეაფასებს, მაშინ რა განასხვავებს მას მოსამართლისა და არბიტრისგან და სად გადის ზღვარი ფორმალიზებულ სამართალწარმოებასა და არაფორმალურ, მედიაციის პროცესს შორის?

⁸² Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, *Asian Journal on Mediation*, 2013, 42.

⁸³ აშშ-ის მოდელური სტანდარტები ზოგიერთი დავის თავისებურების გათვალისწინებით უშვებს, რომ მედიატორმა გაუზიაროს ინფორმაცია მხარეებს, იმ დათქმით, რომ იგი არ იქნება სამართლებრივი შინაარსის. იხ.: *ჩიტაშვილი ნ.*, მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, სამართლის ჟურნალი №1, 2016, 31.

⁸⁴ სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია“ მედიატორთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, დამტკიცებული 2021 წლის 24 აპრილის საერთო კრების მიერ, §3.3.

⁸⁵ ზოგიერთი მეცნიერის მოსაზრებით, მედიატორი აბსოლუტურად უნდა დაეყრდნოს მხარეთა სურვილებს გამოსაყენებელ სტილთან მიმართებით, კერძოდ, თუ მხარეებს შეფასება სურთ, მედიატორმა უნდა გასწიოს ასეთი კონსულტაცია, ხოლო თუ ხელშემწყობ როლს მოელიან მისგან, შესაბამისად უნდა მოიქცეს. იხ.: *Stulberg, J.B.*, Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid Lock, *Florida State University Law Review*, Vol. 24, no. 4, 1997, 992.

⁸⁶ Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018, article 2, comment C, 3. <<https://lawcouncil.au/docs/db9bd799-34d8-e911-9400-005056be13b5/Ethical>> [07.11.2024]. შეად.: ცალკეულ შემთხვევებში აშშ-ის კანონმდებლობა განქორწინების საქმის იურისტ მედიატორს აძლევს შესაძლებლობას გასცეს სამართლებრივი რჩევა იმ შემთხვევაში თუ განმარტავს, რომ არც ერთ მხარეს არ წარმოადგენს და კონსულტაციას გასწევს ორივე მხარის თანდასწრებით, საერთო შეხვედრაზე. დამატებით იხ.: *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, 1982, 40. შესაძლოა, მოითხოვებოდეს ისიც, რომ ორივე მხარე სათანადოდ აანალიზებდეს იმ რისკებს, რომ მედიატორი არ არის არც ერთი მათგანის წარმომადგენელი: *Riskin L. L.*, Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, *Arizona Law Review*, Vol. 26, 1984, 344.

⁸⁷ *Kovach K.K., Love L.P.*, “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, *Alternatives* Vol 14. №3, 1996, 31.

⁸⁸ იხ. იქვე.

ზემოაღნიშნული გამოწვევების ზედაპირული შეფასება ტოვებს განცდას იმისა, რომ მედიატორისთვის იურიდიული განათლება უფრო მეტად ბარიერია, ვიდრე ხელშემწყობი საშუალება, თუმცა აღნიშნული არ შეესაბამება სიმართლეს. სამართლებრივი მოცემულობის შეფასების უნარი მედიატორისთვის მნიშვნელოვანი დამხმარე შეიძლება იყოს საიმისოდ, რომ დაგეგმოს პროცესი და დაახლოვოს მხარეთა ინტერესები, მხოლოდ, სამართლებრივი შეფასება თვითონ კი არ უნდა გადასცეს მხარეებს,⁸⁹ არამედ გამოიყენოს სხვადასხვა ტექნიკა, წახალისოს ისინი, რომ მიიღონ რჩევა სხვა დამოუკიდებელი პროფესიონალებისგან.⁹⁰ „ნებაყოფლობითობის პრინციპში დაუშვებელ ჩარევად არ განიხილება იმგვარი შეკითხვების დასმის ტექნიკის გამოყენება, რომელიც მიმართულია დაადგინოს რამდენად გაცნობიერებულად, საკუთარი პრიორიტეტული ინტერესების გააზრებით იღებს მხარე კომპრომისულ გადაწყვეტილებას.“⁹¹ მედიაციის პროცესი ითვალისწინებს მხარეთა წარმომადგენლების როლში ადვოკატების მონაწილეობას, რაც მედიატორისთვის ფუფუნებაა იმ თვალსაზრისით, რომ სწორედ მათი როლის აქტიური გამოყენებით უნდა შეუწყოს ხელი ინფორმირებულ გადაწყვეტილებას. ადვოკატი წარმომადგენლები აგრეთვე იღებენ პასუხისმგებლობას სამედიაციო მორიგების ლეგიტიმაციაზეც, მაგრამ რა ხდება იმ შემთხვევაში, თუ მედიაციის პროცესში მხარე არ არის წარმოდგენილი იურისტის მიერ, აძლევს კი აღნიშნული მედიატორს უფლებას, რომ თვითონ შეითავსოს სამართლებრივი კონსულტანტის როლი?⁹² ბუნებრივია, ამ შეკითხვაზე პასუხიც უარყოფითია. „სამართლებრივი რჩევის გაცემა მედიატორს კლიენტის წარმომადგენლად აქცევს, რაც მეორე მხარის თვალში არის მედიატორის მიუკერძოებლობის პრინციპის საუარესო დარღვევა.“⁹³ მედიატორი თავად ვერ აღმოუჩენს სამართლებრივ დახმარებას მხარეებს, მაგრამ უფლებამოსილია მათ მოუწოდოს მიიღონ რჩევა დამოუკიდებელი პროფესიონალებისგან,⁹⁴ როგორც მინიმუმ ერთხელ მაინც, სანამ სამედიაციო მორიგებაზე მოაწერენ ხელს და მის მბოჭავ ძალას ნებაყოფლობით დაექვემდებარებიან.

მედიატორის მიუკერძოებლობის ხატი იმდენად არსებითია მედიაციის პროცესში, რომ აღნიშნულის სარწმუნოების თაობაზე მხარეთა გადმოსახედიდან მცირედი ეჭვის არსებობაც კი საფუძველს აცლის მედიაციის პროცესის და მედიატორის, როგორც მისი წარმმართველი პირის მიმართ საზოგადოების ნდობის ურღვევობას, თავად ინსტიტუტს აყენებს საფრთხის ქვეშ. მედიატორის სტატუსის ხელშეუვალობა იმდენად მნიშვნელოვანია, რომ მედიაციის დასრულების შემდეგაც კი არ შეიძლება მედიატორი მხარეებს მოევილინოს შემფასებლის (მოსამართლის) როლში⁹⁵ და პირიქით, პირს უფლება არ აქვს იყოს მედიატორი საქმეზე, თუ მანამდე ჰქონდა მასთან შემხებლობა მოსამართლის, არბიტრის ან სხვა პროფესიული სტატუსით.⁹⁶ საგულისხმოა, რომ თუ მედიატორი მიიჩნევს, რომ ვერ უზრუნველყოფს პროცესის წარმართვას მიუკერძოებლობის პრინციპის დაცვით, „აშშ-ის მოდელური სტანდარტები მას უფლებამოსილებას ანიჭებს, გავიდეს პროცესიდან.“⁹⁷

⁸⁹ შეად., *Riskin L. L.*, Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, *Arizona Law Review*, Vol. 26, 1984, 336.

⁹⁰ *Kovach K.K., Love L.P.*, “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, *Alternatives* Vol 14. №3, 1996, 31. იხ. აგრეთვე: *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, 1982, 40.

⁹¹ *ჩიტაშვილი ნ.*, მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადიური, მესამე გამოცემა, 2022, 94.

⁹² იხ. იქვე, 85.

⁹³ იხ. იქვე. იხ., აგრეთვე: *ჩიტაშვილი ნ.*, ადვოკატ-მედიატორის ცალკეულ ეთიკურ ვალდებულებათა თავისებურება და რეგულირების აუცილებლობა, სამართლის ჟურნალი N2, 2016, 33.

⁹⁴ სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია“ მედიატორთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, დამტკიცებული 2021 წლის 24 აპრილის საერთო კრების მიერ, § 4.5. იხ., აგრეთვე: *Model Standards of Conduct for Mediators*, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, 2, <<https://www.adr.org/sites/default/files/document-repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf>> [07.11.2024].

⁹⁵ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, 31-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი.

⁹⁶ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-6 მუხლის მე-3 პუნქტი. შეად., *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, 1982, 39.

⁹⁷ *ჩიტაშვილი ნ.*, მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, სამართლის ჟურნალი №1, 2016, 31.

1.1.2. მედიატორის კომპეტენცია

იმ შემთხვევაშიც კი, თუ დასაშვებად მივიჩნევდით მედიატორის მიერ შეფასებითი როლის შეთავსებას, სხვა პრობლემები იჩენს თავს, რომლებიც ძირითადად მედიატორის კომპეტენციას უკავშირდება. გამომდინარე იქიდან, რომ მედიაციის პროცესი ძირითადად მხარის ინტერესებსა და მოვლენების მათ მიერ შემოთავაზებულ სუბიექტურ აღქმას ეფუძნება, შესაბამისად არ ხდება ფაქტებისა და სამართლებრივი მტკიცებულებების შეფასება, მედიატორი მოკლებულია შესაძლებლობას ზედმიწევნით ზუსტად შეაფასოს სამართლებრივი სურათი.⁹⁸ აღნიშნული განხორციელებადიც რომ იყოს, შესაძლოა, მედიატორს არ ჰქონდეს იურიდიული განათლება და არ იცნობდეს სასამართლო პრაქტიკას, რამდენადაც მედიაცია არ არის პროფესია, რომელიც მხოლოდ იურიდიული სფეროს წარმომადგენლებისთვისაა ღია, არამედ, ესაა სრულიად ახალი პროფესია, რომელიც თანაბრად მიესაღება ნებისმიერი პროფესიის წარმომადგენლისთვის მედიატორის მანდატის გადაცემას შესაბამისი გადამზადების პირობებში.⁹⁹ საგულისხმოა ისიც, რომ იურისტ მედიატორსაც კი არ შესწევს უნარი ზედმიწევნით ზუსტად განჭვრიტოს დავის ბედი სასამართლოში. იურისპრუდენცია არ არის ზუსტი მეცნიერება, შესაბამისად, აბსოლუტური სიზუსტით სასამართლოში საქმის ბედის პროგნოზირება პრაქტიკოსი იურისტებისთვისაც კი არ არის შესაძლებელი. იმ შემთხვევაში თუ მხარეები დაეყრდნობიან მხოლოდ სამართლებრივ შეფასებას და საკუთარ თავს ნებაყოფლობით დაუქვემდებარებენ სამედიაციო მორიგების მბოჭავ ძალას, მათ არ ექნებათ მექანიზმი საიმისოდ, რომ დაიცვან თავი იმ შემთხვევაში, თუ სამართლებრივი შეფასება ზუსტი არ აღმოჩნდება.¹⁰⁰

1.2. მედიატორი, როგორც გადანყვევტილების მიმღები – მედიაციის ინსტიტუციური იდენტობის კრიზისი

მედიაციის პროცესის სამართლებრივ აქტებში მოცემული განმარტებები ნათლად წარმოაჩენს მედიაციის ინსტიტუტის არსობრივ-პროცედურულ ელემენტებს და ამ პროცესში მედიატორის, როგორც მხარეთა ნეიტრალური წინამძღოლის ხელშეწყობ, დამხმარე როლს. საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით მედიატორი ეხმარება მხარეებს მორიგების მიღწევაში და არ აქვს უფლება, დავასთან დაკავშირებით გადანყვევტილება თავად მიიღოს.¹⁰¹ „გაერთიანებული ერების კონვენცია მედიაციის შედეგად მიღებული საერთაშორისო შეთანხმებების შესახებ“ („სინგაპურის კონვენცია“) ასევე განმარტავს, რომ მედიაცია არის მედიატორის დახმარებით წარმართული პროცესი, რომელიც არ არის უფლებამოსილი დავის გადანყვევტის გზა თავს მოახვიოს მხარეებს.¹⁰² ზუსტად იდენტურ მოწესრიგებას ითვალისწინებს „UNCITRAL-ის მოდელური კანონი საერთაშორისო სამეწარმეო მედიაციისა და მედიაციის შედეგად მიღებული საერთაშორისო მორიგების შეთანხმებების შესახებ“.¹⁰³ ავსტრალიის ეთიკის სახელმძღვანელო წესები პროცესის განმარტებისას აქცენტირებს, რომ მხარეებმა თვითონ უნდა მიაღწიონ შეთანხმებას, მედიატორი კი კრეატიული მეთოდების გამოყენებით ეხმარება აღნიშნულში.¹⁰⁴ აღნიშნული განმარტებებიდან ნათლად იკვეთება, რომ

⁹⁸ Catanzaro, T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 99. იხ., აგრეთვე: Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111.

⁹⁹ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 76-77.

¹⁰⁰ იხ., იქვე, 78.

¹⁰¹ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-8 მუხლის მე-9 პუნქტი.

¹⁰² United Nations Convention on International Settlement Agreements resulting from Mediation (The “Singapore Convention on Mediation”), article 2 §3, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation – convention – v1900316 – eng.pdf> [07.11.2024].

¹⁰³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018, article 1, §3; 24, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363 – mediation – guide – e – ebook – rev.pdf>> [07.11.2024].

¹⁰⁴ Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018, article 1, <<https://lawcouncil.au/docs/db9bd799-34d8-e911-9400-005056be13b5/Ethical>> [07.11.2024].

მედიატორი მხოლოდ ხელშეწყობი, დამხმარე პირის როლს ითავსებს, რომელსაც პირდაპირ ეკონალება გადანყვეტილების მიღებაში ნებისმიერი ფორმით მონაწილეობა.¹⁰⁵

როგორც უკვე აღინიშნა, თვითგამორკვევის პრინციპი მოიაზრებს რომ გადანყვეტილების მიღების უფლებამოსილება მხარეებს ეკუთვნით, მედიატორის როლი კი მათი ინტერესების გამოკვეთასა და დაახლოებაში ვლინდება.¹⁰⁶ „მედიატორს აქვს ლეგიტიმაცია მხოლოდ პროცესუალურ გადანყვეტილებებზე, თუმცა აღნიშნულიც მხარეთა მიმღებლობის/თანხმობის პირობებში არსებითად უნდა იყოს მოტივირებული მათივე ინტერესებით და გამართლებული პროცესის ლეგიტიმურჭეთიკური მიზნებით.“¹⁰⁷

მედიაციის ცენტრალური სუბიექტი მხარეა, დავის გადანყვეტის ეს მექანიზმი მას უცხადებს სრულ ნდობას და მიიჩნევს, რომ მხარეს აქვს საკმარისი ინტელექტუალური თუ ემოციური რესურსი საიმისოდ, რომ თვითონ უკეთ იპოვოს საკუთარი დავის გადანყვეტის გზები, ვიდრე ამას არბიტრი ან მოსამართლე შეძლებდა.¹⁰⁸ მედიატორის დანიშნულებაა სხვადასხვა მეთოდოლოგიური ტექნიკით დაეხმაროს მხარეებს იფიქრონ კრეატიულად, გასცდნენ სამართლებრივ ჩარჩოებს და დავის გადანყვეტის მრავალფეროვანი ალტერნატივების რანჟირებით მიაღწიონ იმ გადანყვეტას, რომელიც თითოეული მათგანისთვის სასურველი იქნება.¹⁰⁹

სამართლებრივი რეგულაციებით მედიაციის ინსტიტუტისა და მედიატორის როლის განმარტების მიზანი იყო გაემიჯნა მედიაცია დავის გადანყვეტის სხვა მექანიზმებისგან, როგორებიცაა სასამართლო, არბიტრაჟი, ადრეული ნეიტრალური შეფასება თუ სხვა ჰიბრიდული ფორმები. მედიაცია განსხვავდება არბიტრაჟისგან, რადგანაც მხარეებს აქვთ სრული კონტროლი შედეგზე,¹¹⁰ მედიაცია არ არის მოქცეული შეჯიბრებითი პროცესის სამართლებრივ ჩარჩოებში¹¹¹ და მხარეებს უფლება აქვთ გასცდნენ სასარჩელო მოთხოვნებს.¹¹² მედიატორსა და არბიტრს „განსხვავებული ფუნქციონალური როლი“ აქვთ და პროცედურული მექანიზმებიც განსხვავებულია.¹¹³

შეფასებითი მედიატორის მხრიდან მხარეებზე არამართლზომიერი ზეგავლენა გადანყვეტილების მიღების პროცესში არა მხოლოდ ართმევს მედიაციის ინსტიტუტს იმ უმთავრეს უპირატესობას, რითაც გამოირჩევა, არამედ შლის ზღვარს მედიაციასა და დავის გადანყვეტის სხვა მექანიზმებს შორის,¹¹⁴ რამდენადაც მედიაცია მხარეთა თვითგამორკვევის პრინციპის მთავარი გამოვლინების – მხარეთა მიერ დამოუკიდებლად მიღებული გადანყვეტილების გარეშე სხვა არაფერია, თუ არა „ძველი ღვინო ახალ ბოთლში“,¹¹⁵ რამდენადაც საკითხის გადანყვეტის შესაძლებლობას სხვა პირის მიერ დავის გადანყვეტის სხვა საშუალებებიც სთავაზობენ მხარეებს. მედიატორის როლის ამგვარი აღქმა მედიაციის ინსტიტუტის ბუნებას სრულებით ცვლის.¹¹⁶

ერთადერთი პროცედურული შესაძლებლობა, რომელსაც კანონმდებლობა ითვალისწინებს სამედიაციო მორიგებასთან კავშირში არის მედიატორის უფლებამოსილება, შესთავაზოს მხარეებს

¹⁰⁵ Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 29.

¹⁰⁶ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 73-74.

¹⁰⁷ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადულის, მესამე გამოცემა, 2022, 84.

¹⁰⁸ Kovach K.K., Love L.P., “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, Alternatives Vol 14. №3, 1996, 32.

¹⁰⁹ UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021, 15., <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2107071-mediation-notes.pdf>> [07.11.2024].

¹¹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018, 17-24, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363-mediation-guide-e-ebook-rev.pdf>> [07.11.2024].

¹¹¹ Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 34.

¹¹² ბათიაშვილი ი., მედიაციის პროცესი, მისი პრინციპები და გამოწვევები საქართველოში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადანყვეტა – წელიწადულის 2022“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.11, №1, 2022, 10-11.

¹¹³ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 71.

¹¹⁴ Baksa, G., Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation, Jogi Tanulmányok, 2012, 254.

¹¹⁵ Alfani, J.J., Barkai, J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach, K., Liebman, C., Press Sh., Riskin, L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 9:2, 1994, 311.

¹¹⁶ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 72-73.

სამედიაციო მორიგების პირობები, მხოლოდ, მხარეთა თანხმობის არსებობის შემთხვევაში და მათი ინტერესებისა და მათ მიერ გამოხატული პოზიციების გათვალისწინებით.¹¹⁷ აღნიშნული განსხვავდება გადაწყვეტილების მიღებისგან და არ უნდა აღიქმებოდეს, როგორც ფართო დისკრეციის მიმნიჭებელი დებულება დავის შედეგთან მიმართებით. აღნიშნული დანაწესის მიზანია მხარეები აღჭურვოს პროცედურული შესაძლებლობით დაეყრდნონ მედიატორის გამოცდილებას და, ერთგვარად, უზრუნველყოს, რომ სამედიაციო მორიგებას ექნება აღსრულებადი შინაარსი. თუ რომელ ეტაპზე ან რა მოცულობით უნდა შესთავაზოს მედიატორმა მხარეებს მორიგების პირობები, აღნიშნული შეიძლება დამოკიდებული იყოს სხვადასხვა ფაქტორზე,¹¹⁸ თუმცა მიუხედავად მედიატორისთვის კანონმდებლობით გათვალისწინებული ასეთი უფლებამოსილების არსებობისა, მხარის ავტონომიისა და თვითგამორკვევის პრინციპის მაქსიმალური რეალიზებისთვის,¹¹⁹ სასურველია, თუ მედიატორის ინტერვენცია ამ ნაწილშიც მინიმალური იქნება და სანაცვლოდ ის წაახალისებს მხარეებს რომ დამოუკიდებელი პროფესიონალებისგან მიიღოს რჩევა, მათ შორის, მორიგების პირობების შინაარსთან მიმართებითაც.¹²⁰

შეჯამების სახით უნდა ითქვას, რომ ის, რაც მედიაციას მხარეთათვის მიმზიდველს ხდის, თვითგამორკვევის პრინციპის მაქსიმალური რეალიზება, „მედიაციის პროცესის არაფორმალური ბუნება, [მხარეთა] სრული ჩართულობის შესაძლებლობა და სამართლებრივი ტექნიკურობის ნაკლებობაა.“¹²¹ მედიატორის მიერ თუნდაც კეთილშობილური მიზნებით და ინფორმირებული გადაწყვეტილების უზრუნველსაყოფად მხარეთა ავტონომიის მცირედი შეზღუდვაც კი აუფასურებს მედიაციის პროცესის ყოველგვარ ღირებულებას. ამასთან საგულისხმოა, აღინიშნოს, რომ ჩატარებული კვლევის თანახმადაც „შეფასებითი მედიაცია მხარეებს წარმატების ნაკლებ შეგრძნებას უტოვებს“, ვიდრე ხელშემწყობი.¹²² აღნიშნული იმით შეიძლება აიხსნას, რომ როდესაც მედიაციაში აქცენტი კვლავაც სამართლებრივ პერსპექტივაზეა, მხარეს უჩნდება განცდა, რომ შეჯიბრებითი სამართალწარმოების მსგავს პროცესში იმყოფება, რომლის შედეგზე გავლენის მოხდენა თვითონ არ შეუძლია და გადაწყვეტილების მიმღები მედიატორია, რაც თავისთავად არასწორია.

ამდენად, გამოსავალი დამოუკიდებელი იურისტების რესურსის გამოყენებაში მდგომარეობს, აგრეთვე, მხარეებთან რეალობის ტესტზე მუშაობაში, მხოლოდ არა იმგვარად, რომ მედიატორმა თვითონ გამოთქვას სამართლებრივი პროგნოზები, არამედ იმ ფორმით, რომელიც შესაძლებელს გახდის მხარეები თვითონ დაფიქრდნენ დავის გადაწყვეტის სამართლებრივ პერსპექტივაზე. მედიაციის ინსტიტუციონალიზაციის სათავეებთან გამოიკვეთა ტენდენცია, რომ მხარეები წარმომადგენლებს ან შეზღუდული მოცულობით რთავდნენ პროცესში, ან საერთოდ არ მიმართავდნენ მათ კონსულტაციისთვის.¹²³ ეს შეიძლება აიხსნას ცნობიერების ნაკლებობით მედიატორის, იურისტის როლის თაობაზე მედიაციის პროცესში, მათს ხარჯებზე და სხვ. ამიტომაცაა არსებითად მნიშვნელოვანი, რომ მედიატორმა პროცესის დასაწყისშივე განმარტოს ყველა აუცილებელი დეტალი, მათ შორის, აუხსნას მხარეებს რომ სამართლებრივი კონსულტაციის მიღება უსასყიდლოდ, იურიდიული დახმარების *pro bono* მიმწოდებლებისგანაც შეუძლიათ.

¹¹⁷ საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019, მე-8 მუხლის მე-10 პუნქტი. იხ., აგრეთვე: სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია“ მედიატორთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, დამტკიცებული 2021 წლის 24 აპრილის საერთო კრების მიერ, § 5.1.

¹¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018, 40, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363-mediation-guide-e-ebook-rev.pdf>> [07.11.2024].

¹¹⁹ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადულის, მესამე გამოცემა, 2022, 85.

¹²⁰ Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 40.

¹²¹ Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 40.

¹²² McDermott P. E., Discovering the Importance of Mediator Style – An Interdisciplinary Challenge, Negotiation and Conflict Management Research, Vol. 5, №4, 2012, 347.

¹²³ Riskin L. L., Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, Arizona Law Review, Vol. 26, 1984, 334.

2. შეფასებითი და ხელშეწყობი მედიაცია პროცესის სამართლიანობის კონტექსტში

განზოგადებულად, მედიაციის შედეგით კმაყოფილებას ორი ფაქტორი განაპირობებს: როდესაც მხარეები ჩატარებულ პროცესს სამართლიანად მიიჩნევენ და, იმავედროულად, გრძნობენ, რომ მათი მონაწილეობა მნიშვნელოვანია.¹²⁴ ეთიკური პრინციპები ავალდებულებს მედიატორს უზრუნველყოს სამართლიანი პროცესი, რაც, ერთი მხრივ, მოიაზრებს პროცედურულ, მეორე მხრივ კი – არსობრივ სამართლიანობას.¹²⁵

პროცედურული სამართლიანობა გულისხმობს მედიაციის წარმართვას იმ პირობებში, როდესაც მედიატორი უზრუნველყოფს თითოეულ მხარეს პროცესის კონტროლის თანაბარი შესაძლებლობით, ყველა იმ მექანიზმზე თანაბარი წვდომის გარანტირებით, რომელიც ახასიათებს მედიაციას.¹²⁶ „პროცედურული სამართლიანობის შეფასებისას გადამწყვეტ როლს სამი ელემენტი – მონაწილეობა, ღირსება და ნდობა ასრულებს.“¹²⁷ პროცედურული სამართლიანობა ვრცელდება მედიაციის მთელ პროცესზე, პროცედურული მექანიზმებით სარგებლობიდან გადაწყვეტილების დამოუკიდებლად და ნებაყოფლობით მიღების ჩათვლით. სამართლიანობა მიღწეულია, როდესაც მხარეები გადაწყვეტილებას იღებენ დამოუკიდებლად, ნებაყოფლობით,¹²⁸ ზენოლისა და იძულების გარეშე,¹²⁹ ბალანსირებული მოლაპარაკებების სათანადო ხელშეწყობის ფარგლებში.¹³⁰ და ამ თვალსაზრისით, შეფასებითი მედიაციის კონტექსტში უნდა ითქვას, რომ პროცედურული სამართლიანობის გარანტირება რთულდება, როდესაც მედიაციის შედეგი მნიშვნელოვნადაა განპირობებული მედიატორის სამართლებრივი შეფასებებით და დავის გადაწყვეტის თავსმოხვეული ალტერნატივებით. უმთავრესი, რაც შეფასებითი მედიაციის მოდელში პროცედურული სამართლიანობის უზრუნველყოფას უშლის ხელს, მხარისთვის პროცედურული კონტროლის შესაძლებლობის ჩამორთმევა და ამ ფუნქციით მედიატორის აღჭურვაა.

რაც შეეხება არსობრივ სამართლიანობას, აღნიშნული გარკვეულ მოთხოვნებს უწესებს თავად „სამედიაციო მორიგების შინაარსს, რომელიც უნდა აკმაყოფილებდეს სამართლიანობისა და კანონიერების მინიმალურ მოთხოვნებს“, ¹³¹ იძლეოდეს შესაძლებლობას, რომ მხარეებს ინდივიდუალურად ჰქონდეთ სამართლიანობის აღქმა და გადაწყვეტა არ უნდა არღვევდეს სამართლიანობის სტანდარტს იმ მესამე მხარეებისთვის, რომლებიც არ ყოფილან წარმოდგენილი პროცესში.¹³² არსობრივი სამართლიანობის გარანტირება მედიატორისთვის ერთ-ერთი ყველაზე რთული დავალებაა, რადგანაც ღირებულებათა კონკურენციის პირობებში არ არსებობს ეთიკური ორიენტირი, რომელიც განსაზღვრავდა რომელი მათგანის სასიკეთოდ უნდა გაკეთდეს არჩევანი. არსობრივი სამართლიანობის უზრუნველყოფის სირთულეს, მისი მახასიათებლების გათვალისწინებით, განაპირობებს შემდეგი:

¹²⁴ Thibaut J., Walker L., A Theory of Procedure, California Law Review, Vol. 66, №3, 1978, 541 მითითებულია ნაშრომში: Waldman, E. A., The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence, Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 161.

¹²⁵ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადური, მესამე გამოცემა, 2022, 88.

¹²⁶ იხ., იქვე, 83-88.

¹²⁷ Waldman, E. A., The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence, Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 161.

¹²⁸ ჩიტაშვილი ნ., სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვევების საფუძველი, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადური 2016“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.5, №1, 2016, 11.

¹²⁹ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადური, მესამე გამოცემა, 2022, 88.

¹³⁰ Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 74.

¹³¹ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადური, მესამე გამოცემა, 2022, 88.

¹³² Riskin L. L., Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, Arizona Law Review, Vol. 26, 1984, 354. იხ., აგრეთვე: ჩიტაშვილი ნ., მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, სამართლის ჟურნალი №1, 2016, 32.

ა) სამართლიანობის ინდივიდუალური აღქმა

სამართლიანობის უნივერსალური, საყოველთაო განმარტება არ არსებობს, ის სუბიექტური კატეგორიაა და მისი შინაარსი მხარეთა ინდივიდუალური მორალური კომპასის შესაბამისად განისაზღვრება, რომელიც ერთმანეთისგან რადიკალურად შეიძლება განსხვავდებოდეს. გარდა ამისა, მიუხედავად იმისა, რომ მედიატორი მოკლებულია შესაძლებლობას სამართლებრივი კონსულტაცია გაუწიოს მხარეებს ან შეაფასოს სამედიაციო მორიგების მართლზომიერება მხოლოდ იმაზე დაყრდნობით, თუ რამდენად იდენტური იქნებოდა გადაწყვეტა სასამართლოს მიერ, საკანონმდებლო ნორმების გამოყენების პირობებში, მედიატორს თავადაც უნდა ჰქონდეს განცდა, რომ მორიგება აკმაყოფილებს სამართლიანობის მინიმალურ მოთხოვნებს და შედგენილია ეთიკური სტანდარტების შესაბამისად, წინააღმდეგ შემთხვევაში მან უნდა შეწყვიტოს პროცესი და „არ დაუშვას ისეთი შეთანხმების მიღწევა, რომელიც მხარეთათვის გაუცნობიერებლად ხელყოფს რომელიმე მათგანის არსებით ინტერესებს“.¹³³

ბ) მორიგების აღსრულება უნარიანობა კანონიერებასა და სამართლიანობასთან კავშირში

„სამედიაციო მორიგება მედიაციის პროცესის საბოლოო პროდუქტია.“¹³⁴ მხარეებს სწორედ იმიტომ აქვთ მედიაციის პროცესში მონაწილეობის სურვილი, რომ აქვთ მოლოდინი უფრო მოკლე ვადაში გადაწყვიტონ კონფლიქტი და იმავდროულად უზრუნველყოფილი იყვნენ მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულების გარანტიებით. სამედიაციო მორიგება, რომელიც არ აკმაყოფილებს აღსრულება უნარიანობის სტანდარტს არ შეიძლება ჩაითვალოს სამართლიანად. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი მორიგების აღსრულება უნარიანობის წინაპირობად ადგენს კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობის გამორიცხვას.¹³⁵ მოცემულ შემთხვევაში „კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობა გულისხმობს კანონმდებლობით გარანტირებულ, ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებთან შეუსაბამობას. [...] სხვა შემთხვევაში, კანონიერების ელემენტი ისე რომ აღგვექვა, როგორც დავის სამართლის ნორმების შესაბამისად გადაწყვეტა, მაშინ აზრი დაეკარგებოდა მედიაციის სასამართლოსთან განმასხვავებელ ნიშანს. სამედიაციო მორიგების კანონიერების შეფასების კრიტერიუმი არ უნდა იყოს ის ფაქტორი, თუ როგორ გადაწყვეტდა სასამართლო აღნიშნულ დავას.“¹³⁶

გ) ეთიკურ ღირებულებათა კონკურენცია

მედიატორი ვალდებულია მედიაციის პროცესის სრული მსვლელობის განმავლობაში შეინარჩუნოს ნეიტრალიტეტი, მაგრამ მისი „ნეიტრალულობით ბოჭვა სრულდება მორიგების არსებითი შინაარსობრივ-უფლებრივი არათანაზომიერების ზღვარზე.“¹³⁷ ასეთ დროს ერთმანეთს უპირისპირდება, ერთი მხრივ, მიუკერძოებლობის, მეორე მხრივ კი ხარისხიანი პროცესის უზრუნველყოფის ვალდებულება.¹³⁸ აღნიშნული გამოწვეულია იმით, რომ ზოგადი სტანდარტით მედიატორი არ უნდა იყოს დაინტერესებული დავის შედეგით, არ უნდა მოახდინოს ზეგავლენა მორიგების შინაარსზე, როდესაც ის მიღებულია ინფორმირებული გადაწყვეტილების ფარგლებში, თუმცა თუ მორიგების შინა-

¹³³ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადი, მესამე გამოცემა, 2022, 89-90.

¹³⁴ უზნაძე ნ., სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები საქართველოსა და ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოთა კანონმდებლობის მიხედვით, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადი 2020-2021“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.10, №1, 2021, 118.

¹³⁵ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997, მუხლი 363³².

¹³⁶ უზნაძე ნ., სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები საქართველოსა და ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოთა კანონმდებლობის მიხედვით, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – წელიწადი 2020-2021“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.10, №1, 2021, 124-125.

¹³⁷ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადი, მესამე გამოცემა, 2022, 90.

¹³⁸ Riskin L.L., Awareness and Ethics in Dispute Resolution and Law, Why Mindfulness Tends to Foster Ethical Behavior, Tex. L. Rev., Vol. 50, 2009, 501.

არსი აშკარად არათანაბარ მდგომარეობაში აყენებს მხარეებს, იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც მხარეები ნებაყოფლობით გამოხატავენ მზაობას დაექვემდებარონ ასეთ თვითბოჭვას, ასეთ დროს მედიატორის ვალდებულებაა სათანადოდ გამოიკვლიოს რამ განაპირობა მხარის თანხმობა ასეთ არათანაზომიერ პირობებზე, რამდენად მაღალია მისი ინფორმირების ხარისხი, მხოლოდ, ეს უნდა გააკეთოს არა სამართლებრივი კონსულტაციის განვითარების ან გადაწყვეტილებაზე სხვაგვარი, დაუშვებელი ზეგავლენით, არამედ სამედიაციო ტექნიკებით, რეალობის ტესტზე მუშაობით, ხოლო თუ აღნიშნული უშედეგო აღმოჩნდება, მაშინ „მხარეთა ინფორმირებით შეწყვიტოს პროცესი თუ მედიაციის ეთიკური მოთხოვნის, ურღვევობის მიღწევა შეუძლებელია.“¹³⁹

IV. მედიაციის მოდელები დღეს – ხედვის ტრანსფორმაცია, გამოწვევები და რეკომენდაციები

ლეონარდ რისკინის მიერ შემოთავაზებული მოდელი შეფასებითი და ხელშეწყობი მედიაციის მოდელების შესახებ ინოვაციური იყო, რამდენადაც ეს იყო პირველი მცდელობა, ცხრილის სახით დაეჯგუფებინა და შესაბამისი მოდელისთვის მიეკუთვნებინა მედიაციის პროცესი, მედიატორის მიერ გამოყენებული ტექნიკებისა და პრობლემების გადაჭრის მეთოდის მიხედვით. რისკინის პირველადი მოდელი მკვეთრ ზღვარს ავლენდა ორ მოდელს შორის და გამორიცხავდა მედიაციის პროცესში ორივე მათგანის თანადროულ არსებობას. აღნიშნული ხისტი მიდგომისა და უფრო მეტად, შეფასებითი მოდელის შინაარსის გამო ამ ცხრილმა პრაქტიკოსებსა და თეორეტიკოსებს შორის ხანგრძლივი დისკუსია გამოიწვია, კონკრეტულად კი იმან, შეფასებითი მედიაცია მედიაციის სახედ საერთოდ უნდა მოეზრებინათ თუ არა.¹⁴⁰ როდესაც ლეონარდ რისკინმა აღნიშნული მოდელი შესთავაზა მედიაციის პრაქტიკით დაინტერესებულ პირებს, მაშინ არ არსებობდა მსგავსი ეტიკური მოდელები შორის, შესაბამისად, ეს იყო მედიაციის პრაქტიკის სამეცნიერო სტრუქტურის პირველი მცდელობა. დროთა განმავლობაში, პრაქტიკამ აჩვენა, რომ შემოთავაზებული ცხრილი ზედმინდებით, მათემატიკური სიზუსტით¹⁴¹ არ ასახავდა რეალობას,¹⁴² რადგანაც პრაქტიკაში მედიაცია უფრო კომპლექსური¹⁴³ და დინამიკური პროცესია და ამგვარ ხისტ დაყოფას არ ექვემდებარება,¹⁴⁴ მედიატორის სტილი კი შეიძლება მონაცვლეობდეს სხვადასხვა მოდელს შორის სხვადასხვა გარემოების გათვალისწინებით.¹⁴⁵ აღნიშნულის უტყუარობა დაადასტურა ჩატარებულმა კვლევამაც, რომლის ფარგლებშიც მედიაციის იმ მოდელში, რომელიც მოიაზრებოდა ხელშეწყობი მედიაციად, გამოვლინდა შეფასებითი მოდელისთვის დამახასიათებელი გარემოებები და პირობები.¹⁴⁶

დროთა განმავლობაში სამეცნიერო ლიტერატურაში გაბატონებული შეხედულებები გადასინჯვას მოითხოვს, რამდენადაც ისინი ვეღარ ჰპასუხობენ თანამედროვეობის გამოწვევებს და ანომალიებით ხასიათდებიან.¹⁴⁷ ამ მოვლენას თომას კუნმა „პარადიგმების ცვლილება“ უწოდს.¹⁴⁸

¹³⁹ ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადიური, მესამე გამოცემა, 2022, 89.

¹⁴⁰ Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 66.

¹⁴¹ Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame Law Review, Vol. 79, №1, 2003, 50.

¹⁴² Catanzaro T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 98.

¹⁴³ Lande J., Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 352-353.

¹⁴⁴ Riskin L. L., Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, Alternatives Vol.21, №4, 2003, 72.

¹⁴⁵ Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 66.

¹⁴⁶ McDermott P. E., Discovering the Importance of Mediator Style – An Interdisciplinary Challenge, Negotiation and Conflict Management Research, Vol. 5, №4, 2012, 346-350.

¹⁴⁷ Lande J., Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 347.

სწორედ ეს მოხდა ლეონარდ რისკინის მოდელების შემთხვევაშიც. დროთა განმავლობაში თავად ავტორმაც რამდენჯერმე გადასინჯა ორიგინალი თეორია, რადგანაც ის ვერ ჰპასუხობდა გარკვეულ გამოწვევებს.

მოდელის ნაკლოვანებებს შორის პროფესორმა გამოყო ის ფაქტი, რომ ძველი მოდელი ფოკუსირებული იყო მხოლოდ მედიატორზე, მაშინ, როდესაც მნიშვნელოვანია პროცესის ყველა მონაწილეს ექცეოდეს სათანადო ყურადღება.¹⁴⁹ გარდა ამისა, მოდელის მთავარ ნაკლოვანებად ლეონარდ რისკინმა დაასახელა ის ფაქტი, რომ არ არსებობს მკვეთრი და მკაფიო მიჯნა შეფასებით და ხელშემწყობ მიდგომებს შორის და რომ მედიატორი ერთ პროცესში შეიძლება ორივე მათგანს იყენებდეს,¹⁵⁰ მხოლოდ, არსებითი დატვირთვა გამოხატვის ფორმას, დროს და კონტექსტს ენიჭება.¹⁵¹ სწორედ ეს არის ის, რაზეც უნდა იყოს მთავარი აქცენტი მოდელის ხარვეზების შეფასებისას. რეალურად, გამოწვევა ის კი არ არის, მედიატორი პროგნოზირებს თუ არა დავის შედეგებს და აფასებს თუ არა სასამართლო პერსპექტივებს, არამედ ის, თუ როგორ იყენებს ამ შეფასებას პროცესში და აწვდის მხარეებს, შესაბამისად, პრობლემა ამ შეფასების გამოხატვის ფორმაა და არა ცალკე აღებული სამართლებრივი პროგნოზი, როგორც მედიატორის ინდივიდუალური, სუბიექტური განწყობა დავის შედეგის მიმართ. მაშინ, როდესაც სამეცნიერო წრეებში დისკუსიის საგანი ის იყო, „ხელშემწყობი სტილი უნდა გამოყენებულიყო თუ შეფასებითი, სწორი შეკითხვა, რომელიც უნდა დასმულიყო იყო შემდეგი: რომელია სწორი მიდგომა მხარეთა დასახმარებლად, რომ ზუსტად შეაფასონ საკუთარი ალტერნატივები?“¹⁵² პრობლემა სამართლებრივი შეფასება კი არ არის, არამედ მისი ზეგავლენის მომხდენი და მიმართულების მიმცემი ხასიათი, რაც დაუშვებელია.¹⁵³

მედიაციის პროცედურის სტრუქტურის მიხედვით, განერილი სტანდარტი არ არსებობს. კანონმდებლობა არეგულირებს პროცესის ძირითად პრინციპებს, ეთიკურ სტანდარტებს, პროფესიაში შესვლის საფუძვლებს და სხვა არსებით საკითხებს, ხოლო როგორ უნდა დაგეგმოს მედიატორმა პროცესი, ეს მის ინდივიდუალურ მიდგომებსა და ტექნიკებსა დამოკიდებულია, რომელსაც დავის თავისებურების შესაბამისად თვითონვე ირჩევს. მაგალითად, არ არსებობს სტანდარტი, რომელიც მედიატორს განუსაზღვრავს პროცესი ინდივიდუალური შეხვედრებით გახსნას თუ საერთო, რომელი ტექნიკები გამოიყენოს, რა საკითხების გამოკვლევაზე გააკეთოს აქცენტი. ეს ყველაფერი იმპროვიზაციის შედეგად ხდება და პროცესის მსვლელობისას ეტაპობრივად იგეგმება მედიატორის გონებაში. არც იმის მკაფიო ორიენტირი არსებობს კანონმდებლობასა და ეთიკის რეგულაციებში, თუ როგორ უნდა დააზღვიოს მედიატორმა მიკერძოების, ან, როგორც მინიმუმ, მხარეთა მიერ მისი ასეთად აღქმის რისკები იმგვარად, რომ მის მიერ გამოთქმული მოსაზრებები შეფასებად ან მორიგების მიღწევაზე ზეგავლენის მცდელობად არ ჩათვალოს და, იმავდროულად, ხელი შეუწყოს მხარეთა თვითგამორკვევის პრინციპის რეალიზებას და ინფორმირებულ გადაწყვეტილებას. აღნიშნული დამოკიდებულია იმაზე, თუ როგორ დაგეგმავს მედიატორი პროცესს, რა ტექნიკებს გამოიყენებს.

ბუნებრივია, მედიაციის საწყისი ფაზა მნიშვნელოვანია იმისთვის, რომ მედიატორმა მოიპოვოს მხარეების ნდობა, გაეცნოს უთანხმოების შინაარსს და გამოიყენოს შესაძლებლობა მხარეთა

¹⁴⁸ Kuhn T.S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 4th ed. 2012, მითითებულია: Lande J., *Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 24, 2023, 347.

¹⁴⁹ აღნიშნულის გათვალისწინებით პროფესორმა რისკინმა შემოგვთავაზა ახალი მოდელი, რომელიც გადაწყვეტილების მიღების პროცესს სუბსტანციურ, პროცედურულ და მეტა-პროცედურულ გადაწყვეტილების მიღებად აჯგუფებს და ითვალისწინებს ისეთი ფაქტორების ზეგავლენის შეფასებას, როგორებიცაა კონფლიქტის გამომწვევი გარემოებები, მედიაციის პროცედურის დაგეგმვა და სხვ. იხ. Riskin L. L., *Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a “New New Grid System”*, *Alternatives*, Vol.23, №8, 2005, 128.

¹⁵⁰ Riskin L. L., *Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a “New New Grid System”*, *Alternatives*, Vol.23, №8, 2005, 127.

¹⁵¹ Riskin L. L., *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, №1, 2003, 15.

¹⁵² Anderson D. Q., *Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?*, *Asian Journal on Mediation*, 2013, 73.

¹⁵³ იხ., იქვე, 70-71.

ინტერესების კვლევისთვის. „ალტერნატივების შეფასება არ უნდა მოხდეს მედიაციის პროცესის ადრეულ ეტაპზე. მედიაცია პირველ რიგში უნდა ფოკუსირდეს დაეხმაროს მხარეებს ერთმანეთთან კომუნიკაციაში, ერთმანეთის ინტერესების გაგებასა და მოლაპარაკებაში. ალტერნატივებზე ნაადრევმა მსჯელობამ შესაძლოა მხარეთა პოზიციონირება გამოიწვიოს და შექმნას დაძაბულობა, რომელიც გაართულებს მხარეებისთვის მოლაპარაკების გაგრძელებას.“¹⁵⁴ გარდა აღნიშნულისა, იმასაც დიდი მნიშვნელობა აქვს, თუ სად და როგორ ხდება ალტერნატივების შეთავაზება. რაც ყველაზე მთავარია, ალტერნატივები არ უნდა მოდიოდეს მედიატორისგან და მათი განხორციელებადობის განხილვა არ უნდა მიმდინარეობდეს საერთო შეხვედრაზე, რამდენადაც ამან შეიძლება გამოიწვიოს მედიატორისა და თავად პროცესის მიმართ მხარეთა ნდობის რღვევა.¹⁵⁵ პირველ რიგში აუცილებელია, მედიატორმა ინდივიდუალური შეხვედრების ფარგლებში გამოიკვლიოს მხარეთა ინტერესები, შეძლოს მათი გადაკვეთის წერტილების იდენტიფიცირება და დაახლოება, მხოლოდ ამის შემდეგ იქნება შესაძლებელი ალტერნატივებზე მსჯელობა, თუმცა ამ ნაწილშიც მედიატორს სიფრთხილე მართებს, რადგანაც მნიშვნელოვანია, რა ფორმით მიაწოდებს მედიატორი საკუთარ აზრს მხარეებს. ასეთ დროს კარგი ტექნიკაა მხარის დამსწრე წარმომადგენლის ინტელექტუალური რესურსის გამოყენება რეალობის ტესტის განსახორციელებლად. კერძოდ, შესაძლოა, მედიატორმა მხარის წარმომადგენელს ჰკითხოს საკუთარი გამოცდილებით შეაფასოს როგორია სასამართლო პრაქტიკა მსგავსი ტიპის საქმეებზე, როგორი შედეგის დადგომას ვარაუდობს სასამართლოში, შესაბამისად, სამართლებრივი შეფასების ვექტორს მედიატორი წარმომადგენლისკენ მიმართავს და ამ ფორმით ახდენს მხარის ინფორმირებას შეფასების პირადად გამოთქმის გარეშე.¹⁵⁶ ამგვარად, შეფასება ჟღერდება მედიაციის პროცესში, მხოლოდ, არა იმ პირის მიერ, რომელსაც ნეიტრალიტეტის ვალდებულება მართებს, არამედ მხარის წარმომადგენლის მხრიდან, რომლის როლი და დანიშნულება ამ პროცესში სწორედ რომ სამართლებრივი კონსულტაციის განევა. აღნიშნული ტექნიკის გამოყენების მიზანია მხარის ინფორმირება იმგვარად, რომ ჩრდილი არ მიადგეს მედიატორის ნეიტრალურ და მიუკერძოებელ სტატუსს. ისეთ შემთხვევებში, როდესაც მხარეს არ ახლავს წარმომადგენელი მედიაციის პროცესში, მედიატორმა შესაძლოა დავალებად განუთავსდეს მას, რომ მომდევნო შეხვედრისთვის კონსულტაცია გაიაროს იურისტთან და ამის გათვალისწინებით იფიქროს ალტერნატივებზე.¹⁵⁷ პრობლემის ამოსავალი, როგორც უკვე აღინიშნა, ტექნიკებსა და მეთოდოლოგიაშია, რომელსაც მედიატორი იყენებს მხარეთა ინტერესებისა და საჭიროებების გათვალისწინებით.

V. დასკვნა

როგორც შეფასებითი და ხელშეწყობი მედიაციის მოდელების ანალიზით გამოიკვეთა, ამ დიქტომიის თანამედროვე აღქმა ისეთი ხისტი აღარ არის, როგორც ორიგინალ სამეცნიერო ნაშრომში. მიუხედავად აზრთა სხვადასხვაობისა, სამეცნიერო ლიტერატურისა და სამართლებრივი აქტების ანალიზი ცხადყოფს, რომ მეტწილად მაინც რეკომენდებულია, რომ მედიატორს არ ჰქონდეს სამართლებრივი მრჩეველის ან გადანყევტილების მიმღები პირის როლი. ის არა მხოლოდ უნდა იყოს მიუკერძოებელი (სუბიექტური კატეგორია), არამედ უნდა აღიქმებოდეს კიდევაც ასეთად (ობიექტური კატეგორია). მხარეებს ვერ ექნებათ მედიატორისგან იმის მოლოდინი, რომ მისგან მიიღებენ სამართლებრივ მომსახურებას, რადგანაც თავისი როლით და დანიშნულებით მედიაციის პროცესში მედიატორი არსებითად განსხვავდება მოსამართლის, არბიტრის ან ადვოკატისგან. მედიატორის როლის ამგვარი გაგება აუფასურებს მედიაციის ინსტიტუტს, სრულად ცვლის მედიაციის ბუნებას. მედიატორისა და მედიაციის როლის სწორი გაანალიზება და გააზრება არსებითია საიმისოდ, რომ

¹⁵⁴ იბ., იქვე, 74.

¹⁵⁵ Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 42-43.

¹⁵⁶ Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 74.

¹⁵⁷ Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 43.

ამ ინსტიტუტმა შესაბამისი ადგილი დაიმკვიდროს საზოგადოებაში. როგორც საზოგადოების ცნობიერების ამაღლების, ისე – სწორი მოლოდინების ფორმირების ნაწილში უდიდესი დატვირთვა მედიატორს ეკისრება.

„ეთიკური დილემა მაშინ წარმოიშობა, როდესაც „კონკურირებად ღირებულებებს (კეთილდღეობის იდეები) შორის არჩევანია საჭირო,“¹⁵⁸ რომელიც გვთავაზობს „ალტერნატიული და ურთიერთგამომრიცხავი მოქმედებების მრავალფეროვნებას.“^{159,160} მედიაციის პროცესს მუდმივად თან სდევს ეთიკური დილემები. ასე იყო, არის და იქნება. არსებითი ისაა, რომ მედიატორმა ამ ღირებულებათა წესრიგში სწორი ორიენტირი არ დაკარგოს. მედიატორმა „ნეიტრალურობა უნდა შეუთავსოს ეთიკურ მედიაციას.“¹⁶¹ მართალია, ეთიკის კოდექსები და მედიატორის ქცევის წესები შესაბამის საკანონმდებლო აქტებთან ერთად არეგულირებენ ეთიკური ქცევის ძირითად პრინციპებს, თუმცა ისინი ვერ განსაზღვრავენ სამოქმედო სტანდარტს ყველა შესაძლო ეთიკურ დილემაზე საპასუხოდ, ამასთან, არც ეთიკური პრინციპების იერარქიას ადგენენ.¹⁶² „ეთიკური გამოწვევა საქმის ფაქტობრივი გარემოებების კომპლექსური ანალიზითა და ღირებულებათა შეწონვის მეთოდით უნდა გადაიჭრას.“¹⁶³ ამ პროცესში არსებითი დატვირთვა მედიატორის მეთოდოლოგიას, მის მიერ გამოყენებულ ტექნიკებსა და პროცესის სწორ დაგეგმვაზე მოდის, რადგანაც სწორედ მედიატორია როგორც მედიაციის პროცესის, ისე – თავად ამ ინსტიტუტის მიმართ საზოგადოების ნდობის ურღვევობის გარანტი.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს კანონი „მედიაციის შესახებ“, სსმ, 18/09/2019.
2. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 14/11/1997.
3. სსიპ „საქართველოს მედიატორთა ასოციაცია“ მედიატორთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი, დამტკიცებული 2021 წლის 24 აპრილის საერთო კრების მიერ.
4. ბათიაშვილი ი., მედიაციის პროცესი, მისი პრინციპები და გამოწვევები საქართველოში, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – ნელინდეული 2022“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.11, №1, 2022, 10-11,14.
5. უზნაძე ნ., სამედიაციო მორიგების აღსრულების გამომრიცხავი გარემოებები საქართველოსა და ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოთა კანონმდებლობის მიხედვით, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – ნელინდეული 2020-2021“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.10, №1, 2021, 118, 124-125.
6. ყანდაშვილი ი., მედიაცია – დავის გადაწყვეტის ეფექტური საშუალება, პრაქტიკული სახელმძღვანელო, თბ., 2022, 51.
7. ჩიტაშვილი ნ., მედიაციის ეთიკის რეგულირების ფარგლები და ეთიკის სტანდარტით ბოჭვის ადრესატები, სამართლის ჟურნალი №1, 2016, 25, 31, 32.
8. ჩიტაშვილი ნ., სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვევობის საფუძველი, ჟურნ. „დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა – ნელინდეული 2016“ (ორენოვანი გამოცემა), თსუ-ის გამომცემლობა, Vol.5, №1, 2016, 11,14.

¹⁵⁸ Joseph Fletcher, ‘Situation Ethics, Law and Watergate’ (1975-1976) 6 Cumberland Law Review 35, 55., მითითებულია ნაშრომში: *Wolski B.*, An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 65.

¹⁵⁹ Christine Parker and Adrian Evans, *Inside Lawyers’ Ethics* (Cambridge University Press, 2nd ed, 2014) 16., მითითებულია ნაშრომში: *Wolski B.*, An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 65.

¹⁶⁰ *Wolski B.*, An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 65.

¹⁶¹ *Lakhani, M. A.*, Ethical Mediation, Advocate (Vancouver Bar Association), vol. 79, no. 6, 2021, 849.

¹⁶² ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადური, მესამე გამოცემა, 2022, 91, 95. იხ., აგრეთვე: *Riskin L. L.*, Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, Arizona Law Review, Vol, 26, 1984, 337.

¹⁶³ იხ., იქვე.

9. ჩიტაშვილი ნ., ადვოკატ-მედიატორის ცალკეულ ეთიკურ ვალდებულებათა თავისებურება და რეგულირების აუცილებლობა, სამართლის ჟურნალი №2, 2016, 33.
10. ჩიტაშვილი ნ., მედიატორის დილემა მხარეთა ავტონომიისა და სამართლიანობის პრინციპთა ზღვარზე, სამართლისა და ეკონომიკის ცენტრის წელიწადი, მესამე გამოცემა, 2022, 82-95.
11. წულაძე ა., სასამართლო მედიაციის ქართული მოდელი ევრო-ამერიკულ პრიზმაში, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ-ის გამომცემლობა, თბ., 2016, 43-47.
12. ტყემალაძე ს., მედიაცია საქართველოში: ტრადიციიდან თანამედროვეობამდე, თბ., 2016, 11.
13. 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.
14. Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018.
15. Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005.
16. United Nations Convention on International Settlement Agreements resulting from Mediation (The “Singapore Convention on Mediation”).
17. UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018.
18. UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021.
19. Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy? Asian Journal on Mediation, 2013, 66-67, 69-74.
20. Alfini, J.J., Barkai, J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach, K., Liebman, C., Press Sh., Riskin, L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 9:2, 1994, 309-311, 314 -315, 319, 325.
21. Baksa G., Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation, Jogi Tanulmányok, 2012, 250, 254.
22. Brooker P., An Investigation of Evaluative and Facilitative Approaches to Construction Mediation, Structural Survey, Vol. 25 №3/4, 2007, 227.
23. Catanzaro, T., “Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation.” American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 96-101.
24. Erbe N., The Global Popularity and Promise of Facilitative ADR, Temple International & Comparative Law Journal, Vol. 18, №2, 2004, 356.
25. Hansen T., The Narrative Approach to Mediation, 2003.
26. Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 40 -43.
27. Kidner, J., The Limits of Mediator Labels: False Debate between Facilitative versus Evaluative Mediator Styles, Windsor Review of Legal and Social Issues, vol. 30, 2011, 167.
28. Kovach K.K., Love L.P., “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, Alternatives Vol 14. №3, 1996, 31, 32.
29. Lakhani, M. A., “Ethical Mediation.” Advocate (Vancouver Bar Association), vol. 79, no. 6, 2021, 849.
30. Lande J., Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 347, 352- 354.
31. Levin, M.S., The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 16, no. 2, 2001, 268, 274.
32. McDermott P. E., Discovering the Importance of Mediator Style – An Interdisciplinary Challenge, Negotiation and Conflict Management Research, Vol. 5, №4, 2012, 346-350.
33. Munjal, D., “Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator.” Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 69-74, 76-78.
34. Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 29, 34, 37, 39- 40.
35. Riskin L. L., Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, Arizona Law Review, Vol, 26, 1984, 334, 336-337, 344, 354.
36. Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111-113.
37. Riskin, L. L., “Mediation Quandries.” Florida State University Law Review, vol. 24, no. 4, 1997, 1009.
38. Riskin L. L., Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, Alternatives Vol.21, №4, 2003, 71- 72.
39. Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame Law Review, Vol. 79, №1, 2003, 15, 24, 50.
40. Riskin L. L., Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a “New New Grid System”, Alternatives, Vol.23, №8, 2005, 127, 128.

41. *Riskin L.L.*, Awareness and Ethics in Dispute Resolution and Law, Why Mindfulness Tends to Foster Ethical Behavior, *Tex. L. Rev.*, Vol. 50, 2009, 501.
42. *Stulberg, J.B.*, Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid Lock, *Florida State University Law Review*, Vol. 24, no. 4, 1997, 992.
43. *Waldman, E. A.*, "The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence." *Marquette Law Review*, vol. 82, №1, 1998, 161, 165-166.
44. *Wolski B.*, An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, *Law in Context*, Vol. 35, №1, 2017, 65, 71-72, 74.
45. *Zumeta Z.*, "Facilitative Mediator Responds", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2000, no. 2, 2000, 337.

NANA UZNADZE*

CONCEPTUAL MODELS OF EVALUATIVE AND FACILITATIVE MEDIATION AND ACCOMPANYING ETHICAL CHALLENGES

Facilitative and evaluative mediation models represent the two most common approaches in the theory and practice of mediation. Their differing mechanisms significantly influence the mediation process and its outcomes. This paper explores the theoretical foundations of these models, their application in practice, and the accompanying ethical challenges.

The paper focuses on the impact of the mediator's chosen style on the autonomy of the parties, their procedural guarantees, and the outcomes of the process. Mediators may encounter numerous dilemmas during the mediation process, as they are obligated to facilitate informed decision-making by the parties without compromising their neutrality. At the same time, mediators must ensure a quality process where the parties can act within their autonomy and fully benefit from the procedural guarantees offered by mediation. It is also noteworthy how evaluative and facilitative mediation models align with the standards established by the mediation code of ethics, considering the balance between conflict resolution and maintaining fairness. Understanding this is essential to ensure that mediators maintain ethical standards and, at the same time, effectively guide the parties toward negotiations.

The purpose of this paper is to review the above-mentioned issues and evaluate how contemporary mediation practices address these challenges.

Keywords: *Facilitative mediation, evaluative mediation, mediation ethics, mediator neutrality, party autonomy, informed decision-making, quality process.*

I. Introduction

Due to its many unique values, mediation today emerges as one of the most effective mechanisms for dispute resolution. Among the advantages that make mediation especially attractive, it should be noted that mediation is a safe process, tailored to the interests of the parties, and allows them to make informed decisions through correct and objective analysis, an objective understanding of legal outcomes, which fosters a reasonable solution for each party involved. Transferring control over the outcome to the parties is precisely what distinguishes mediation from other dispute resolution mechanisms.

The success of mediation “significantly depends on the regulatory norms established by the system for the mediation process, the qualifications and skills of the mediator, as well as the style and approach used by the mediator during the course of the process.”¹ Each process may require an individual approach from the mediator; consequently, the mediator's techniques, style, and methods are not fixed² and vary depending on the specifics of the dispute.³ On the path to the institutionalization of mediation, professionals in the field had to answer many

* PhD Student of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Faculty of Law, certified mediator of Mediators Association of Georgia, Deputy Director of “Global Clinical Trials Georgia”.

¹ Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi*, 2016, 43 (in Georgian).

² Kidner, J., *The Limits of Mediator Labels: False Debate between Facilitative versus Evaluative Mediator Styles*, Windsor Review of Legal and Social Issues, vol. 30, 2011, 167.

³ Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi*, 2016, 43 (in Georgian).

questions, one of the main ones being the extent to which legislation should regulate this process.⁴ Responding to this question was not an easy task, as the charm of mediation lies precisely in its informal and flexible nature, while excessive regulations could place it within a legislative framework and make its course resemble that of a court proceeding.⁵ Accordingly, in most cases, the legislation regulating mediation (including that of Georgia) defines only the main aspects characteristic of the process,⁶ while leaving the “regulation” of the rest to the process manager, the mediator.

By standard definition, mediation is a process based on the collaboration of the parties, led by a neutral third party, that assists them in reaching a resolution of the dispute that will be acceptable to each of them, ensuring that each party is informed about the legal outcomes of their decisions. While each mediator clearly agrees on the main purposes and objectives of the process, practice has shown that mediators may have different methods for achieving these goals. In the scientific literature, facilitative and evaluative mediation models are distinguished by assessing the style and methods used by practicing mediators, which differ depending on what defines the mediator's approach to the mediation process and how they perceive their role: as the helper of the parties, the main purpose of which is to facilitate reaching an agreement by examining the real interests and needs of the parties, or as the individual whose purpose is to provide the parties with a correct understanding of the prospects for resolving the dispute by assessing legal risks.

Although mediation does not rely on legal facts and evidence, it is essential for the parties to make informed decisions, which inherently involves a proper understanding of legal reality. However, does facilitating informed decision-making by the mediator imply that they should become a creator of a legal prediction or a legal consultant, even if both parties agree to such a role? Where is the line between facilitating a party's self-determination and the mediator's obligation to remain impartial and neutral, and between ensuring a party's informed decision-making and protecting a party's autonomy? Is there a hierarchy of mediation principles, and how should the mediator act to be the guarantor of the ethical integrity of a process based on party autonomy?⁷ Is this dichotomy between mediation models real, or are there alternative ways to analyze practice?⁸

The purpose of the present paper is to discuss the aforementioned questions, evaluate the conceptual models of facilitative and evaluative mediation, and analyze their impact on important aspects such as party autonomy, fair process, neutrality, and impartiality of a mediator, and, in general, the essence of mediation as an institution.

II. General Overview of the Models

In the process of forming the institution of mediation, the traditional understanding of the essence of this dispute resolution mechanism envisioned the mediator's role as a neutral, independent, and impartial facilitator in the negotiation process.⁹ However, with the development of alternative dispute resolution methods, an increasing number of parties demanded legal assessments from their mediators,¹⁰ which, in a certain sense, was conditioned by the dominant role of lawyers among mediators.¹¹ Consequently, the parties also felt that the purpose of the mediator in the mediation process was precisely to analyze legal outcomes. This has led to an inconsistency between the theoretical ideals of mediation and mediator's role and the practice, as theory suggests that the mediator is not a person who provides legal advice or predicts legal outcomes of the dispute. Moreover, the

⁴ *Alfini J.J., Barkai, J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach, K., Liebman, C., Press Sh., Riskin, L. L.*, What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 9:2, 1994, 319.

⁵ *Kandashvili I.*, Mediation – An Effective Means of Dispute Resolution, *Practical Guide*, Tbilisi, 2022, 51 (in Georgian).

⁶ *Batiashvili I.*, The Mediation Process, its Principles and Challenges in Georgia, *Journ.*, “Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2022” (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.11, №1, 2022, 14.

⁷ *Chitashvili N.*, The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, *Yearbook of the Center for Law and Economics*, Third edition, 2022, 88-95 (in Georgian).

⁸ *Anderson D. Q.*, Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, *Asian Journal on Mediation*, 2013, 66.

⁹ *Munjal, D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, *Pretoria Student Law Review*, 6, 2012, 70.

¹⁰ *Catanzaro T.*, Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, *American Journal of Mediation*, Vol. 15, 2022, 96-97.

¹¹ *Tsuladze A.*, *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens*, *Dissertation*, TSU Publishing, Tbilisi, 2016, 43 (in Georgian).

primary purpose of mediation is to reach an agreement based on the exploration of the parties' interests and needs, rather than resolving the dispute through the analysis of legal realities.¹² Consequently, considering how the mediator's role¹³ and interventions were perceived, a clear line was drawn between two models of mediation,¹⁴ which later came to be known as facilitative and evaluative mediation. The author of these models is Professor Leonard Riskin, who proposed a classification system for mediator styles¹⁵ to practitioners and theorists and developed the grid, which „became the most common method for categorizing approaches to mediation. [...] It also provided a starting point for academic debates about the nature of mediation.”¹⁶

Leonard Riskin attempted to assess whether mediators' approaches to problems should be broad or narrow; thus, whether the mediator should present evaluations and suggestions or facilitate negotiations without analyzing legal risks.¹⁷ A “narrow approach” mediator believes their role is to assist the parties in resolving a technical problem, while a “broad approach” mediator considers that the purpose of mediation extends far beyond resolving a legal dispute and sees their role as facilitating the parties in analyzing and refining their interests.¹⁸ It is through the differentiation of these approaches that the evaluative and facilitative mediation models were established.

Gradually, as the styles used by mediators in mediation evolved, the theory developed what are known as “transformative” and “narrative” mediation models.¹⁹ The transformative, or problem-solving-oriented, mediation model was developed by Professors Bush and Folger,²⁰ according to which “mediation has the potential to change people [...] and transform disputes that had been transformed from human problems into legal problems [...] back into human problems”,²¹ to transform the destructive nature of conflict into constructive dialogue,²² as well as to not only explore the parties' interests and needs but also to present the situation as seen from each disputing party's perspective, primarily to cleanse intense negative attitudes and transform them into positive relationships while ensuring the maximum opportunity for the parties to control the process.²³ In this regard, the transformative mediation model is characterized by its therapeutic nature, as its main purpose is to preserve relationships.²⁴ As for narrative mediation, this model was developed by John Winslade and Gerald Monk,²⁵ according to which, since it is impossible for the parties' narratives to be completely objective,²⁶ “the mediator helps shape the parties' perspective on the dispute by eliciting their “stories” or senses of “meaning,” rather than emphasizing “facts.”²⁷

Since the aim of the present paper is to review the facilitative and evaluative mediation models, the focus will be specifically on their analysis in relation to the ethics of mediation.

¹² Riskin L. L., Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, *Alternatives* Vol.21, №4, 2003, 71.

¹³ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, *Alternatives* Vol. 12, №9, 1994, 112.

¹⁴ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, *Pretoria Student Law Review*, 6, 2012, 70.

¹⁵ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, *Alternatives* Vol. 12, №9, 1994, 111.

¹⁶ Riskin L. L., Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a “New New Grid System”, *Alternatives*, Vol.23, №8, 2005, 127.

¹⁷ Riskin L. L., Mediator Orientations, Strategies and Techniques, *Alternatives* Vol. 12, №9, 1994, 111.

¹⁸ Ibid. See also: Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens*, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi, 2016, 44 (in Georgian).

¹⁹ Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, №1, 2003, 24.

²⁰ Ibid.

²¹ Alfini J.J., Barkai, J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach K., Liebman C., Press Sh., Riskin L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 9:2, 1994, 315. „Most people don't have legal disputes. Instead, they have factual, emotional, and procedural disputes. Lawyers and courts translate “people” disputes into legal disputes, resolve the legal disputes and act as if that were the resolution to the “people” disputes.” See additionally: Zumeta Z., A Facilitative Mediator Responds”, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2000, no. 2, 2000, 337.

²² Lande J., Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 24, 2023, 352

²³ Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens*, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi, 2016, 43 (in Georgian).

²⁴ Tkemaladze S., *Mediation in Georgia: From Tradition to Modernity*, Tbilisi, 2016, 11.

²⁵ Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, №1, 2003, 24.

²⁶ Hansen T., The Narrative Approach to Mediation, 2003, <https://mediate.com/the-narrative-approach-to-mediation/> [07.11.2024].

²⁷ Winslade J., Monk G., *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution*, 2000, 125-126, referenced in: Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, №1, 2003, 24.

1. Facilitative Mediation

Facilitative mediation is the classical,²⁸ most widely used model,²⁹ which considers “acting as a facilitator of communication between the parties to be the fundamental role of a mediator. A facilitative mediator helps the parties understand their underlying interests, [...] develop and propose broad, interest based options for settlement, and to evaluate proposals,³⁰ for this reason, this model is also referred to as “Interest-Based Mediation.”³¹ According to the facilitative mediation model, the mediator helps the parties understand their own interests, create a realistic understanding of the legal aspects of the dispute and the consequences of impasse, and encourages the parties to think about possible solutions to the dispute themselves. This is based on the belief that the parties are best equipped to clarify their own desires and expectations. Given this, they have the ability to formulate proposals, while the mediator ensures this process using various techniques, specifically through “reality testing,” active listening, the use of questions, and etc.³² The facilitative-style mediator does not provide legal advice or offer the parties alternatives for settlement,³³ as they believe that the burden of decision-making rests with the parties and not with the mediator.³⁴ When the parties know that they are making the decision themselves, their actions are not aimed at persuading the mediator based on legal positions; instead, they openly³⁵ and freely express their actual interests in order to “facilitate mutually beneficial agreement”.³⁶ “Such agreement is based on information and understanding rather than mediator influence or coercion”.³⁷

When using the facilitative mediation style, the mediator's main challenge is to ensure the parties' self-determination and guide them toward an informed decision without taking on the role of a legal advisor and in a manner that does not provide recommendations, thereby avoiding any risk to the mediator's neutral and impartial status.³⁸

It is interesting to note that in countries where the mediation institution is relatively young and lacks a significant history of development, public awareness may not be high enough to properly assess the values of this dispute resolution mechanism. Parties may associate mediation with the court system and expect it to provide an evaluation of the legal situation in a similar manner, leading to similar expectations from the mediator.³⁹ A clear example of this is that “in Asian societies, a mediator is viewed as an authority figure and may be expected to provide guidance to the parties [in terms of legal perspective]; in contrast, in a Western context, parties may view a mediator as more of a professional service provider.”⁴⁰ In this case, the mediator has the obligation to adequately explain to the parties what expectations they should have regarding both the process and the individual facilitating it – the mediator.⁴¹

²⁸ Baksa, G., *Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation*, Jogi Tanulmányok, 2012, 250.

²⁹ Tkemaladze S., *Mediation in Georgia: From Tradition to Modernity*, Tbilisi, 2016, 11 (in Georgian).

³⁰ Munjal, D., *Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator*, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 72.

³¹ Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi*, 2016, 45 (in Georgian).

³² Riskin L. L., *Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111-113.*

³³ Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi*, 2016, 45 (in Georgian).

³⁴ Riskin L. L., *Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 112.*

³⁵ Brooker P., *An Investigation of Evaluative and Facilitative Approaches to Construction Mediation*, Structural Survey, Vol. 25 №3/4, 2007, 227.

³⁶ Erbe N., *The Global Popularity and Promise of Facilitative ADR*, Temple International & Comparative Law Journal, Vol. 18, №2, 2004, 356.

³⁷ Levin, M.S., *The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 16, no. 2, 2001, 268.

³⁸ Riskin L. L., *Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111.*

³⁹ Riskin L. L., *Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, Alternatives Vol.21, №4, 2003, 71.*

⁴⁰ Hui Han E.C., *Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation*, Asian Journal on Mediation, 2013, 41.

⁴¹ For example, according to Georgian regulations, the mediator is obligated to explain the main principles of mediation, the mediator's role, the rights and responsibilities of the parties, etc., to the parties before the mediation begins, in order to prevent misconceptions and expectations regarding the mediator, the process, and its outcome from arising at the outset. Law of Georgia “on Mediation”, ssm, 18/09/2019, paragraph 1 of article 8.

2. Evaluative Mediation – A Pragmatic Model of Mediation

The evaluative mediation model has generated significant controversy in theory and has laid the groundwork for a prolonged discussion on the reconsideration of the essence of mediation and the role of the mediator. Scholars Kimberlee Kovach and Lela Love have referred to evaluative mediation as an oxymoron,⁴² to which Leonard Riskin responded by explaining that the model he proposed described practice as it is (further emphasizing the mismatch between mediation practice and theory), while scholars were analyzing mediation as it should be.⁴³

As already mentioned, the development of evaluative mediation has been driven by the integration of the legal profession into the role of the mediator, particularly evident among judicial mediators, which have considered that within the mediation process, it is necessary to explain to the parties the strong and weak legal aspects of the existing dispute, assess the prospects of resolving the dispute in court,⁴⁴ and provide recommendations to the parties.⁴⁵ Consequently, “the decision-making process passes from the hands of the parties into those of the evaluator.”⁴⁶ The evaluative mediator believes that the parties expect guidance from the mediator, who will provide qualified legal services, clarify both the legal risks involved, and propose alternatives for resolving the dispute.⁴⁷

The style of mediation employed by the mediator can significantly impact many factors, ranging from the planning of the mediation process⁴⁸ to the eventual outcome of the mediation.⁴⁹ However, within the context of evaluative mediation, the most significant aspect is the new understanding of the essence of mediation and the re-evaluation of whether this model contradicts the fundamental ethical principles of mediation. Specifically, the mediator's ability to determine legal predictions raises doubts about their neutrality, while directing the decision-making process and offering suggestions significantly narrows the realm of party autonomy, ultimately depriving mediation of its primary virtue, which is to be a “party-driven process.”

III. At the Crossroads of Ethics: A Critical Analysis of the Evaluative Mediation Model

“The strengthening of ethical norms is an indication of the establishment of the relevant field as a profession.”⁵⁰ Strengthening ethical standards indicates the readiness of mediators to take responsibility for their

⁴² Kovach K.K., Love L.P., “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, *Alternatives* Vol 14. №3, 1996, 31.

⁴³ Riskin, L. L., “Mediation Quandries.” *Florida State University Law Review*, vol. 24, no. 4, 1997, 1009.

⁴⁴ Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi*, 2016, 46-47 (in Georgian).

⁴⁵ Tkemaladze S., *Mediation in Georgia: From Tradition to Modernity*, Tbilisi, 2016, 11 (in Georgian).

⁴⁶ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, *Pretoria Student Law Review*, 6, 2012, 72.

⁴⁷ Riskin L. L., *Mediator Orientations, Strategies and Techniques*, *Alternatives* Vol. 12, №9, 1994, 111-113.

⁴⁸ It's interesting that different mediation styles can influence how the mediator utilizes procedural opportunities. For example, since evaluative mediation involves assessing strong and weak positions, which makes it impossible for the mediator to maintain a balance on the neutrality scale, in such cases, the mediator tends to schedule private meetings. In contrast, in facilitative or transformative mediation—where the main goal is to help parties recognize their interests and present each other's perspectives—the emphasis may be placed on joint sessions. See.: Tsuladze A., *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi*, 2016, 47 (in Georgian).

⁴⁹ Different mediation styles can lead to distinct outcomes in the process. For instance, when a mediator focuses on assessing the strengths and weaknesses of the parties in a court context, the parties' real interests may be overlooked, which could facilitate a mutually desirable resolution. Specifically, a party might seek compensation not solely for financial reasons, but rather to encourage the institution to pay more attention to its customers in the future. By exploring these interests, the mediator can better understand the true objectives of each party. In this example, an evaluative mediator would analyze the claim for compensation in court, which could lead to a “losing” party being ordered to pay a sum. Conversely, in facilitative mediation, the mediator might discover that the plaintiff's interest is not simply to receive a payment but to prevent future negligence by the institution. Therefore, an alternative resolution could be proposed, such as establishing procedures for monitoring service quality, establishment of a CAPA (Corrective Action and Preventive Action) plan, etc. See additionally: Alfini J., Barkai J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach K., Liebman C., Press Sh., Riskin L. L., *What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 9:2, 1994, 314 – 315.

⁵⁰ Kovach K. K., *Mediation, Principles and Practice*, 3rd ed., Thomson West, United States of America, 2004, 395., referenced in: Chitashvili N., *Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation*, *Journ. „Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2016“* (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.5, №1, 2016, 14.

actions.⁵¹ The mediation process does not exist beyond the realm of ethical values. It is impossible to discuss the success of mediation where ethical principles are not adequately upheld, regardless of the outcome of the dispute. The mediation process without ethical values is like music without harmony.⁵² Several international instruments have been created to regulate the ethics of mediator behavior, based on which countries have also developed ethical codes in their national legislation. In Georgia, the Code of Professional Ethics for Mediators was approved in 2021. The ethical code defines the mandatory norms of professional ethics related to a mediator's competence, remuneration, impartiality, and independence, as well as encouraging voluntary and informed decision-making in support of party self-determination, guarantees of confidentiality, and other important aspects.⁵³ The Law of Georgia on Mediation, in turn, reinforces these significant principles and indicates, within the framework of general normative provisions, that issues not regulated by law should be resolved based on these principles (voluntariness, self-determination, mediator independence and impartiality, etc.).⁵⁴

Mediation is a process that, unlike other alternative dispute resolution mechanisms, focuses on emphasizing and empowering the role of the parties involved.⁵⁵ Therefore, it is essential in this process to consider the extent to which the parties have the opportunity and freedom to utilize procedural mechanisms, make voluntary decisions, and take responsibility for the outcomes of those decisions.

The provision of certain ethical principles in mediation conducted by lawyer-mediators remains a challenge. Especially, when reviewing the evaluative mediation model, it is important to analyze how the provision of legal advice by the mediator is perceived and whether it is possible to maintain the status of a neutral party under these conditions. Ethical codes impose the obligation on mediators not only to remain unbiased but also to eliminate any perception of bias from the perspective of the parties involved.⁵⁶ When the mediator is a lawyer who can assess the potential outcome of the dispute in court, there is a significant temptation to use this opportunity to influence the parties and push them towards a settlement. However, all benefits of the mediation process are lost when the mediator's goal becomes solely achieving an agreement, since the success of the process does not just lie in reaching a settlement,⁵⁷ but in ensuring that this settlement is achieved under conditions of party autonomy, access to all procedural mechanisms, voluntary and informed decision-making, and a quality process. During mediation conducted by lawyer-mediators, a tendency has emerged where mediators encourage parties to settle, which exceeds the boundaries of voluntary decision-making.⁵⁸ The value of mediation extends far beyond merely resolving disputes.⁵⁹ Mediation plays a therapeutic role, as it not only aids in the resolution of disagreements but also helps maintain relationships, thereby resolving conflict on a personal level.⁶⁰

From the moment the mediator begins to legally assess the circumstances of the dispute, three elements – self-determination, fairness of the process,⁶¹ and the mediator's impartiality and neutrality – are immediately placed at risk.⁶² This chapter will specifically address these concerns.

⁵¹ Chitashvili N., Framework for Regulation of Mediation Ethics and Targets of Ethical Binding, Journal of law, №1, 2016, 25.

⁵² It is interesting to note that, according to the original conception, lawyers were not considered suitable candidates for the profession of mediator because they lacked sufficient knowledge in the behavioral sciences, and there were no ethical standards in place to limit their actions. See additionally: *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 37.

⁵³ LEPL “Mediators' Association of Georgia”, Code of Professional Ethics for Mediators, approved by the General Assembly on April 24, 2021.

⁵⁴ Law of Georgia “on Mediation”, ssm,18/09/2019, article 3.

⁵⁵ *Anderson D. Q.*, Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 69

⁵⁶ Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018, article 2, comment A, <<https://lawcouncil.au/docs/db9bd799-34d8-e911-9400-005056be13b5/Ethical>> [07.11.2024].

⁵⁷ *Waldman, E. A.*, “The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence.” Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 165.

⁵⁸ *Alfini J., Barkai J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach K., Liebman C., Press Sh., Riskin L. L.*, What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 9:2, 1994, 309-310.

⁵⁹ *Ibid*, 325.

⁶⁰ *Waldman, E. A.*, “The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence.” Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 165-166.

⁶¹ *Chitashvili N.*, The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 82 (in Georgian).

⁶² *Munjal, D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 72.

1. Party Autonomy

The aggregation of procedural control mechanisms in the arsenal of the parties' rights is the key element that distinguishes mediation from other alternative dispute resolution methods. It relieves the parties of formalism and empowers them to manage the entire course of the process, define the content of the issues to be addressed, propose settlement terms, and make decisions regarding the resolution of the dispute by agreement or by referring the matter to court. Mediation relies entirely on the autonomy of the parties.⁶³ “The autonomy of the parties encompasses the principles of voluntariness, self-determination, and informed consent, which are crucial for understanding the substantive purpose of the mediation process. These principles form the foundational values of mediation and define the content of the mediator's ethical obligations.”⁶⁴ “The National Mediators Accreditation System (NMAS) Practice Standards include self-determination as a component of the definition of mediation”.⁶⁵ This underscores its significance. In the established behavioral standards for mediators, self-determination occupies the foremost position⁶⁶ and is defined as a voluntary, non-coercive decision made freely by each party within the framework of informed choice. Importantly, this principle applies at every stage of the mediation process.⁶⁷ Self-determination encompasses the freedom not only to accept or reject a proposed settlement but also for the parties to formulate alternatives for resolving the dispute and to independently address legal issues.⁶⁸

Obviously, the principle of self-determination cannot be realized if the parties do not have adequate information about the legal prospects of resolving the dispute; otherwise, they will be unable to make an informed decision. The question is not whether the party should analyze the legal risks (as it is clear that they should), but rather how the mediator should ensure that this information is provided without compromising their neutrality and impartiality.⁶⁹ Does this imply that the mediator must assume the role of a legal consultant?

1.1. Beyond the Veil of Neutrality: The Mediator as Legal Advisor

1.1.1. The Evaluative Role of the Mediator

Mediation is not a process where “the winner takes it all.” Mediation is based on either mutual victory⁷⁰ or an agreement that the parties are unable to reach consensus in the mediation process, leading to the dispute moving to court. The assumption of the mediator's role as a legal advisor confronts ethical principles because, as soon as the mediator begins to assess the case, it becomes impossible to present a balanced picture on the legal scale. One party will clearly have a legal advantage, while the other will have a less promising prognosis. No matter how hard the mediator tries to convey this content neutrally, highlighting one party's advantageous position already violates the principles of neutrality and impartiality,⁷¹ and, worst of all, undermines the trust of the parties in both the mediator and the process itself.⁷² In addition, the parties may perceive that, similar to a court, there is competition at play, which unconsciously pushes them to do everything possible to convince the “evaluator” (the

⁶³ UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021, §10, 2, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2107071_mediation_notes.pdf> [07.11.2024].

⁶⁴ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 83-85 (in Georgian).

⁶⁵ Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 71.

⁶⁶ Levin, M.S., The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 16, no. 2, 2001, 274.

⁶⁷ Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, standard I, 3, <https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf> [07.11.2024].

⁶⁸ Catanzaro T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 101.

⁶⁹ Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 72.

⁷⁰ Munjal D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 69.

⁷¹ Catanzaro T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 100.

⁷² Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 67.

mediator) of the strength of their position and to “win” the case.⁷³ The parties lose control over the outcome of the process from the outset, which hinders the realization of the principle of party autonomy, as they become aware of and acknowledge the evaluator's competence, leading them to feel that they must unconditionally heed their advice.⁷⁴

The mediator constantly faces the challenge of maintaining balance, which is not an easy task to accomplish. On one hand, the essence of the process requires equipping the parties with complete information; on the other hand, ensuring this must not cast a shadow on the mediator's neutral role.⁷⁵ According to Georgian legislation, the legal definition of the mediation process implies that it is a process in which two or more parties attempt to reach an agreement to resolve a dispute with the assistance of a mediator.⁷⁶ The notes on model rules developed by UNCITRAL specifically emphasize resolving the dispute in a way that ultimately excludes a win-lose outcome,⁷⁷ “the Directive of the European Parliament and of the Council of 2008, on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters” also defines mediation as a structured process in which the parties themselves, with their own efforts, seek to resolve the dispute with the assistance of a mediator.⁷⁸ Each regulation emphasizes the supportive role of the mediator. Within this facilitating role, the mediator should encourage the parties to assess the proposed alternatives themselves, but the mediator should not do this on their own.⁷⁹ “Evaluating, assessing, and deciding for others is radically different than helping others evaluate, assess, and decide for themselves.”⁸⁰

It should be evaluated how the risk of losing neutral status can be mitigated without hindering informed decision-making. In this regard, it is important to consider how the main subject of the process, namely the party, perceives the impact of the mediator's actions on impartiality and neutrality. It is interesting whether the mediator is unconditionally prohibited from expressing legal opinions in all cases or if there are circumstances that allow the mediator to assume the role of a legal advisor.⁸¹ Notably, some codes of conduct for mediators permit the mediator to express their opinion in certain situations, specifically if the parties request it or if the mediator is confident in their competence to provide qualified advice without compromising their neutrality.⁸² This example is also noteworthy since the Professional Code of Ethics for Mediators of Georgia includes similar regulations. In particular, according to the Code, the mediator “is not allowed to provide legal or other professional advice to the parties beyond their competence, assess the alternatives for resolving the dispute, or the circumstances of the case, except in cases where this is requested by the parties. They are authorized to share knowledge and information⁸³ related to the case while respecting the principle of impartiality.”⁸⁴ Analyzing this provision makes it clear that while the mediator is prohibited from providing legal advice or assessing alternatives, there is an exception for the

⁷³ *Munjal, D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 73.

⁷⁴ *Ibid*, 74.

⁷⁵ *Chitashvili N.*, Framework for Regulation of Mediation Ethics and Targets of Ethical Binding, Journal of law, №1, 2016, 31.

⁷⁶ Law of Georgia “on Mediation”, ssm, 18/09/2019, paragraph „a“of article 2.

⁷⁷ UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021, §4, 1. accessible at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2107071_mediation_notes.pdf [07.11.2024].

⁷⁸ 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 3, § a. accessible at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052> [07.11.2024].

⁷⁹ *Kovach K.K., Love L.P.*, “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, Alternatives Vol 14. №3, 1996, 31.

⁸⁰ *Love L.P.*, Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate, Florida State University Law Review 24, 938. Referenced in: *Munjal, D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 71.

⁸¹ A survey was conducted among the participants in the mediation to address this very question, evaluating the following circumstances: whether the assessment was clearly requested by the parties, the competence of the mediator, whether the position expressed by the mediator put pressure on the parties, at what stage of the process the assessments were made, the nature of the issues being assessed, and more. See additionally.: *Lande J.*, Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 353-354.

⁸² *Hui Han E.C.*, Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 42.

⁸³ The model standards in the United States allow for mediators to share information with the parties, provided that it is not of a legal nature, taking into account certain characteristics of the dispute. See: *Chitashvili N.*, Framework for Regulation of Mediation Ethics and Targets of Ethical Binding, Journal of law, N1, 2016, 31.

⁸⁴ LEPL “Mediators' Association of Georgia”, Code of Professional Ethics for Mediators, approved by the General Assembly on April 24, 2021, §3.3.

consent of the parties.⁸⁵ Additionally, the possibility of sharing knowledge related to the case is permitted, but only while respecting the principle of impartiality. The key question arises here: where is the boundary between knowledge sharing and legal evaluation? How should a mediator convey information in a way that preserves the essence of impartiality? In this regard, Australia's ethical guidelines for mediators discourage even expressing an opinion at the request of the parties, given the high risk of compromising neutrality.⁸⁶ Furthermore, if mediators are permitted to assume the role of legal advisors, there must be norms and standards guiding such evaluations.⁸⁷ These would act as filters, ensuring the parties receive more refined information, free from any trace of bias. Society empowers judges and arbitrators with decision-making authority over case outcomes, with the function of controlling the outcome, a role grounded in their qualifications and the existence of a structured legal framework.⁸⁸ If mediators were to assume a similar role, they too would need to adhere to legal frameworks – a requirement that conflicts with the fundamental nature of mediation. Should mediators follow legal norms and provide evaluations, what would then distinguish them from judges and arbitrators? Where does the boundary lie between formal adjudication and the informal mediation process?

The superficial assessment of the aforementioned challenges might give the impression that legal education is more of a barrier than an advantage for a mediator. However, this is not the case. A mediator's ability to understand the legal landscape can be a valuable tool in planning the process and aligning the parties' interests. Nonetheless, the mediator should not directly provide legal evaluations to the parties;⁸⁹ rather, they should use various techniques to encourage the parties to seek advice from independent professionals.⁹⁰ "Using questioning techniques aimed at understanding whether a party is making a compromise decision with full awareness of their own priority interests does not constitute an undue interference in the principle of voluntariness."⁹¹ The mediation process allows for the involvement of lawyers as representatives of the parties, which is a significant advantage for the mediator. By actively involving these representatives, the mediator can facilitate informed decision-making. Attorney representatives also bear responsibility for legitimizing the mediated agreement. But what happens if a party is not represented by a lawyer in the mediation process? Does this give the mediator the right to take on the role of a legal advisor?⁹² Obviously, the answer to this question is also negative. "Providing legal advice would turn the mediator into a representative of the client, which in the eyes of the other party would constitute a serious breach of the mediator's principle of impartiality."⁹³ The mediator cannot provide legal assistance to the parties but is authorized to encourage them to seek advice from independent professionals⁹⁴ at least once before signing the mediation agreement and voluntarily accepting its binding force.

⁸⁵ According to some scholars, a mediator should completely rely on the parties' preferences regarding the style to be used; specifically, if the parties desire an evaluation, the mediator should provide such consultation, while if they expect a facilitative role, the mediator should act accordingly. See: *Stulberg, J.B.*, Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid Lock, *Florida State University Law Review*, Vol. 24, no. 4, 1997, 992.

⁸⁶ Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018, article 2, comment C, 3. accessible at: <https://lawcouncil.au/docs/db9bd799-34d8-e911-9400-005056be13b5/Ethical> [07.11.2024]. Compare to: In certain cases, U.S. law allows a divorce case mediator, who is also a lawyer, to provide legal advice, provided that they clarify they do not represent either party and offer consultation in the presence of both parties during a joint session. See additionally: *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, 1982, 40. It may also be required that both parties fully understand the risks associated with the fact that the mediator does not represent either of them: *Riskin L. L.*, Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, *Arizona Law Review*, Vol. 26, 1984, 344.

⁸⁷ *Kovach K.K., Love L.P.*, "Evaluative" Mediation is an Oxymoron, *Alternatives* Vol 14. №3, 1996, 31.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Compare to: *Riskin L. L.*, Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, *Arizona Law Review*, Vol. 26, 1984, 336.

⁹⁰ *Kovach K.K., Love L.P.*, "Evaluative" Mediation is an Oxymoron, *Alternatives* Vol 14. №3, 1996, 31. See also: *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, 1982, 40.

⁹¹ *Chitashvili N.*, The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, *Yearbook of the Center for Law and Economics*, Third edition, 2022, 94 (in Georgian).

⁹² Ibid, 85.

⁹³ Ibid., see also: *Chitashvili N.*, Specificity of Some Ethical Duties of Lawyer Mediator and Necessity of Regulation, *Journal of Law* №2, 2016, 33.

⁹⁴ LEPL "Mediators' Association of Georgia", Code of Professional Ethics for Mediators, approved by the General Assembly on April 24, 2021, § 4.5. See also: Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, 2, <https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA-Mediators-Model-Standards-of-Conduct-10-14-2010.pdf> [07.11.2024].

The mediator's impartial image is so essential in the mediation process that even a hint of doubt regarding this credibility from the parties' perspective undermines both the integrity of the process and public trust in the mediator as the individual managing it. This, in turn, puts the entire institution of mediation at risk. The inviolability of the mediator's status is so crucial that even after mediation concludes, the mediator should not assume a role as an evaluator (e.g., as a judge) for the same parties.⁹⁵ Conversely, a person cannot serve as a mediator in a case if they previously had any professional involvement with it as a judge, arbitrator, or in any other professional capacity.⁹⁶ Notably, if the mediator feels they cannot conduct the process while maintaining impartiality, the “U.S. Model Standards” authorize them to withdraw from the process.⁹⁷

1.1.2. Mediator’s Competence

Even if we were to consider it acceptable for the mediator to assume an evaluative role, other issues arise, primarily related to the mediator’s competence. Since the mediation process largely relies on the parties' interests and their subjective perceptions of events, there is no thorough evaluation of facts and legal evidence. Thus, the mediator lacks the ability to accurately assess the legal landscape.⁹⁸ Even if this were feasible, the mediator may lack legal education and familiarity with judicial practice, as mediation is not a profession exclusively open to legal professionals; it is a completely new profession that welcomes individuals from any field to become mediators, provided they undergo appropriate training.⁹⁹ It is also noteworthy that even a lawyer-mediator may not have the ability to predict the outcome of a dispute in court with complete accuracy. Jurisprudence is not an exact science; therefore, predicting the fate of a case in court with absolute certainty is not possible even for practicing lawyers. If the parties rely solely on a legal assessment and voluntarily subject themselves to the binding force of a mediation agreement, they will not have a mechanism to protect themselves in case the legal assessment turns out to be inaccurate.¹⁰⁰

1.2. Mediator as Decision Maker – The Institutional Identity Crisis of Mediation

The legal definitions provided in the acts governing the mediation process clearly highlight the substantive and procedural elements of the mediation institution and the supportive, facilitative role of the mediator as a neutral guide for the parties involved. According to Georgian legislation, the mediator assists the parties in reaching an agreement and is not permitted to make decisions regarding the dispute themselves.¹⁰¹ “The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation” (“the Singapore Convention”) also defines that mediation is a process conducted with the assistance of a mediator, which is not authorized to impose a resolution of the dispute on the parties.¹⁰² Exactly identical regulation is provided by “UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation”.¹⁰³ While explaining the process, Australia’s ethical guidelines emphasize that the parties must reach an agreement themselves, while the mediator assists them in this endeavor using creative

⁹⁵ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette 47-48, 14/11/1997, sub-paragraph “a”, section 1, article 31.

⁹⁶ Law of Georgia “on Mediation”, ssm,18/09/2019, paragraph 3 of article 6. *Compare to: Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 39.

⁹⁷ *Chitashvili N.*, Framework for Regulation of Mediation Ethics and Targets of Ethical Binding, Journal of law, №1, 2016, 31.

⁹⁸ *Catanzaro T.*, Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 99. See also: *Riskin L. L.*, Mediator Orientations, Strategies and Techniques, Alternatives Vol. 12, №9, 1994, 111.

⁹⁹ *Munjal, D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 76-77.

¹⁰⁰ *Ibid*, 78.

¹⁰¹ Law of Georgia “on Mediation”, ssm,18/09/2019, paragraph 9 of article 8.

¹⁰² United Nations Convention on International Settlement Agreements resulting from Mediation (The “Singapore Convention on Mediation”), article 2 §3, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> [07.11.2024].

¹⁰³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018, article 1, §3; 24, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf> [07.11.2024].

methods.¹⁰⁴ From these explanations, it is evident that the mediator only assumes a supportive, facilitating role and is explicitly prohibited from participating in decision-making in any form.¹⁰⁵

As already noted, the principle of self-determination implies that the authority to make decisions belongs to the parties, while the mediator's role is reflected in highlighting and reconciling their interests.¹⁰⁶ “The mediator has legitimacy only over procedural decisions, but even this must essentially be motivated by the parties' interests and justified by the legitimate and ethical goals of the process, provided that there is acceptance/agreement from the parties.”¹⁰⁷

The central subject of mediation is the parties involved; this dispute resolution mechanism grants them complete trust and recognizes that they possess sufficient intellectual and emotional resources to find their own solutions to the dispute, potentially more effectively than an arbitrator or judge could.¹⁰⁸ The mediator's role is to assist the parties in thinking creatively through various methodological techniques, encouraging them to move beyond legal frameworks and achieve a resolution that will be desirable for each of them by ranking the diverse alternatives for resolving the dispute.¹⁰⁹

The aim of the legal regulations regarding the mediation institution and the role of the mediator was to distinguish mediation from other dispute resolution mechanisms, such as court proceedings, arbitration, early neutral evaluation, or other hybrid forms. Mediation differs from arbitration in that the parties have full control over the outcome;¹¹⁰ mediation is not confined within the legal framework of a competitive process,¹¹¹ and the parties are allowed to go beyond the claims made in court.¹¹² The mediator and the arbitrator have “different functional roles,” and the procedural mechanisms are also distinct.¹¹³

The wrongful influence of the evaluative mediator on the parties during the decision-making process not only undermines the primary advantages of the mediation institution but also obscures the distinction between mediation and other dispute resolution mechanisms,¹¹⁴ since mediation without the main expression of the principle of self-determination – decisions made independently by the parties; otherwise, is nothing else but “old wine in new bottles,”¹¹⁵ as other means of dispute resolution provide the parties with the possibility of resolving issues through the intervention of another person. This understanding of the mediator's role fundamentally transforms the essence of the mediation institution.¹¹⁶

The only procedural option provided by legislation in connection with the mediation agreement is the mediator's authority to propose terms of the mediation agreement, but only in the presence of the parties' consent and with consideration of their interests and expressed positions.¹¹⁷ This differs from decision-making and should not be perceived as a provision granting broad discretion regarding the outcome of the dispute. The purpose of this provision is to enable the parties to rely on the mediator's experience procedurally and, in a sense, to ensure that the mediation agreement will have enforceable content. At what stage or to what extent the mediator should

¹⁰⁴ Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018, article 1. Accessible at: <<https://lawcouncil.au/docs/db9bd799-34d8-e911-9400-005056be13b5/Ethical>>[07.11.2024].

¹⁰⁵ Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 29.

¹⁰⁶ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 73-74.

¹⁰⁷ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 84 (in Georgian).

¹⁰⁸ Kovach K.K., Love L.P., “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, Alternatives Vol 14, №3, 1996, 32.

¹⁰⁹ UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021, 15, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v2107071_mediation_notes.pdf> [07.11.2024].

¹¹⁰ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018, 17-24. Accessible at: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_book_rev.pdf> [07.11.2024].

¹¹¹ Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 34.

¹¹² Batiashvili I., The Mediation Process, its Principles and Challenges in Georgia, Journ., “Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2022” (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.11, №1, 2022, 10-11.

¹¹³ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 71.

¹¹⁴ Baksa, G., Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation, Jogi Tanulmányok, 2012, 254.

¹¹⁵ Alfini J.J., Barkai, J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach K., Liebman C., Press Sh., Riskin L. L., What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 9:2, 1994, 311.

¹¹⁶ Munjal, D., Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, Pretoria Student Law Review, 6, 2012, 72-73.

¹¹⁷ Law of Georgia “on Mediation”, ssm, 18/09/2019, paragraph 10 of article 8. See also: LEPL “Mediators' Association of Georgia”, Code of Professional Ethics for Mediators, approved by the General Assembly on April 24, 2021, § 5.1.

propose the terms of the agreement may depend on various factors;¹¹⁸ however, despite the existence of such a power for the mediator under the law, to maximize the realization of party autonomy and the principle of self-determination,¹¹⁹ it is preferable that the mediator's intervention in this aspect be minimal. Instead, the mediator should encourage the parties to seek advice from independent professionals, including regarding the content of the agreement's terms.¹²⁰

As a summary, it should be stated that what makes mediation attractive for the parties is the maximum realization of the principle of self-determination, “informal nature of mediation process, the chance [of parties] to be fully involved, and the lack of legal technicality”.¹²¹ Even a slight restriction of the parties' autonomy by the mediator, even for noble purposes and to ensure informed decision-making, devalues the entire value of the mediation process. Furthermore, it is noteworthy that according to the conducted research “the evaluative mediation can leave parties with a lesser feeling of success in mediation”¹²² than the facilitative one. This can be explained by the fact that when the focus in mediation remains on the legal perspective, the parties may feel that they are in a process similar to adversarial legal proceedings, where they have no influence over the outcome and the decision-maker is the mediator, which is inherently incorrect.

Thus, the solution lies in utilizing the resources of independent lawyers and working with the parties on a reality check – not in such a way that the mediator makes legal predictions, but in a manner that enables the parties to reflect on the legal perspective of resolving the dispute themselves. At the foundation of the institutionalization of mediation, a trend has emerged where parties either involve representatives only to a limited extent in the process or do not consult with them at all.¹²³ This can be explained by a lack of awareness about the mediator's role, the role of lawyers in the mediation process, their costs, and other factors. Therefore, it is fundamentally important for the mediator to clarify all necessary details at the beginning of the process, including explaining to the parties that they can receive legal consultations free of charge from pro bono legal service providers.

2. Evaluative and Facilitative Mediation in the Context of Process Fairness

In general, satisfaction with the outcome of mediation is influenced by two factors: when the parties perceive the process as fair and, at the same time, feel that their participation is important.¹²⁴ Ethical principles obligate the mediator to ensure a fair process, which encompasses both procedural and substantive fairness.¹²⁵

Procedural fairness involves conducting mediation in a manner where the mediator ensures that each party has an equal opportunity to control the process, guaranteeing equal access to all mechanisms characteristic of mediation.¹²⁶ “The three elements-participation, dignity and trust-play a large role in people's assessment of procedural fairness.”¹²⁷ Procedural fairness extends throughout the entire mediation process, from utilizing procedural mechanisms to making decisions independently and voluntarily. Fairness is achieved when parties

¹¹⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018, 40, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/22-01363_mediation_guide_e_ebook_rev.pdf> [07.11.2024].

¹¹⁹ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 85 (in Georgian).

¹²⁰ Riskin L.L., Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43, 1982, 40.

¹²¹ Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 40.

¹²² McDermott P. E., Discovering the Importance of Mediator Style – An Interdisciplinary Challenge, Negotiation and Conflict Management Research, Vol. 5, №4, 2012, 347.

¹²³ Riskin L. L., Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, Arizona Law Review, Vol. 26, 1984, 334.

¹²⁴ Thibaut J., Walker L., A Theory of Procedure, California Law Review, Vol. 66, №3, 1978, 541 referenced in: Waldman, E. A., “The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence.” Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 161.

¹²⁵ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 88 (in Georgian).

¹²⁶ Ibid, 83-88.

¹²⁷ Waldman, E. A., “The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence.” Marquette Law Review, vol. 82, №1, 1998, 161.

make decisions independently and voluntarily,¹²⁸ without coercion or pressure,¹²⁹ within the framework of appropriately facilitated balanced negotiations.¹³⁰ In this regard, it should be noted that guaranteeing procedural fairness in the context of evaluative mediation becomes challenging when the outcome of mediation is significantly influenced by the mediator's legal evaluations and imposed alternatives for dispute resolution. The primary obstacle to ensuring procedural fairness in the evaluative mediation model is the deprivation of the parties' ability to control the process and the mediator being endowed with that function.

As for substantive fairness, it imposes certain requirements on the content of the “mediation agreement itself, which must meet the minimum standards of fairness and legality.”¹³¹ It should allow the parties to have an individual perception of fairness, and the resolution should not violate the standards of fairness for third parties who were not present in the process.¹³² Guaranteeing substantive fairness is one of the most challenging tasks for the mediator, as there is no ethical orientation that defines which competing values should take precedence in conditions of value competition. The difficulty of ensuring substantive fairness, considering its characteristics, is influenced by the following factors:

a) Individual Perception of Fairness

There is no universal or general definition of fairness; it is a subjective category, and its content is determined by the individual moral compass of the parties, which can differ radically from one another. Furthermore, while the mediator is deprived of the opportunity to provide legal advice to the parties or to assess the legitimacy of the mediation agreement solely based on how closely the resolution aligns with a court's decision under legislative norms, the mediator must also have the sense that the agreement meets the minimum standards of fairness and is composed according to ethical standards. Otherwise, they must terminate the process and “prevent the achievement of an agreement that unconsciously violates any of the parties' substantive interests.”¹³³

b) Enforceability of Agreement in Relation to Legality and Fairness

“Mediation settlement is the final product of mediation.”¹³⁴ Parties are motivated to participate in the mediation process primarily because they expect to resolve conflicts in a shorter timeframe while ensuring guarantees for the enforcement of the decisions made. A mediation agreement that does not meet the standards for enforceability cannot be considered fair. According to the Civil Procedure Code of Georgia, a prerequisite for the enforceability of an agreement is the exclusion of contradictions with the law.¹³⁵ In this context, “contradiction to the legislation means unconformity with the fundamental human rights, guaranteed by the legislation. [...] otherwise, if the element of legality was perceived as a resolution of a dispute under the provisions of the legislation, then the main sign, distinguishing mediation from the court would lose its sense. The criterion while assessing the legality of mediation settlement mustn't be the fact, how the court would resolve this dispute.”¹³⁶

¹²⁸ Chitashvili N., Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation, Journ. „Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2016“ (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.5, №1, 2016, 11.

¹²⁹ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 88 (in Georgian).

¹³⁰ Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 74.

¹³¹ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 88 (in Georgian).

¹³² Riskin L. L., Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, Arizona Law Review, Vol, 26, 1984, 354., See also: Chitashvili N., Framework for Regulation of Mediation Ethics and Targets of Ethical Binding, Journal of law, №1, 2016, 32.

¹³³ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 89-90 (in Georgian).

¹³⁴ Uznadze N., Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlements Under the Legislation of Georgia and the Member States of the European Union, Journ., “Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2020-2021“ (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.10, №1, 2021, 118.

¹³⁵ Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997, article 363³².

¹³⁶ Uznadze N., Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlements Under the Legislation of Georgia and the Member States of the European Union, Journ., “Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2020-2021“ (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.10, №1, 2021, 124-125.

c) Competition of Ethical Values

The mediator is obliged to maintain neutrality throughout the entire course of the mediation process. However, “binding them with neutrality ends at the boundary of substantive inequity in the agreement.”¹³⁷ In such cases, the mediator faces a conflict between the obligation of impartiality and the obligation to ensure a quality process.¹³⁸ This tension arises because, according to general standards, the mediator should not be interested in the outcome of the dispute and should not influence the substance of the agreement when it is made within the framework of informed consent. However, if the content of the agreement clearly places the parties in an unequal position, even when they voluntarily express their willingness to accept such a self-imposed limitation, it becomes the mediator's duty to investigate the reasons behind the party's consent to such inequitable terms. The mediator must assess the quality of the party's information without providing legal advice or exerting inappropriate influence on the decision. Instead, this should be achieved through mediation techniques and working on reality testing. If this proves unsuccessful, the mediator “must terminate the process with the parties' informed consent if it is impossible to achieve ethical integrity and fairness in mediation.”¹³⁹

IV. Mediation Models Today – Transformation of Perspectives, Challenges, and Recommendations

The model proposed by Leonard Riskin regarding evaluative and facilitative mediation was innovative in that it was the first attempt to categorize and assign the mediation process to the relevant model in tabular form, based on the techniques used by the mediator and the method of problem-solving. Riskin's initial model established a sharp boundary between the two models and excluded the concurrent existence of both in the mediation process. Due to this rigid approach and, more importantly, the nature of the evaluative model, this table sparked a lengthy discussion among practitioners and theorists, specifically regarding whether evaluative mediation should be considered a form of mediation at all.¹⁴⁰ When Leonard Riskin proposed this model to those interested in mediation practice, there was no such labeling between models; thus, it was the first attempt to scientifically structure mediation practice. Over time, practice has shown that the proposed table did not reflect reality¹⁴¹ with meticulous, mathematical precision,¹⁴² as mediation in practice is a more complex¹⁴³ and dynamic process that does not lend itself to such rigid categorization;¹⁴⁴ the mediator's style may vary between different models depending on various circumstances.¹⁴⁵ This was confirmed by research conducted within the framework of the mediation model that was considered facilitative, which revealed characteristics typical of the evaluative model and vice versa.¹⁴⁶

Over time, the dominant views in the scientific literature require revision, as they no longer respond to the challenges of modernity and are characterized by anomalies.¹⁴⁷ This phenomenon was termed “Paradigm Shift”

¹³⁷ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 90 (in Georgian).

¹³⁸ Riskin L.L., Awareness and Ethics in Dispute Resolution and Law, Why Mindfulness Tends to Foster Ethical Behavior, Tex. L. Rev., Vol. 50, 2009, 501.

¹³⁹ Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 89 (in Georgian).

¹⁴⁰ Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 66.

¹⁴¹ Catanzaro T., Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, American Journal of Mediation, Vol. 15, 2022, 98.

¹⁴² Riskin L. L., Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame Law Review, Vol. 79, №1, 2003, 50.

¹⁴³ Lande J., Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 352-353.

¹⁴⁴ Riskin L. L., Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, Alternatives Vol.21, №4, 2003, 72.

¹⁴⁵ Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 66.

¹⁴⁶ McDermott P. E., Discovering the Importance of Mediator Style – An Interdisciplinary Challenge, Negotiation and Conflict Management Research, Vol. 5, №4, 2012, 346-350.

¹⁴⁷ Lande J., Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, Cardozo Journal of Conflict Resolution, Vol. 24, 2023, 347.

by Thomas Kuhn.¹⁴⁸ This is exactly what happened in the case of Leonard Riskin's models. Over time, the author himself revised the original theory several times because it did not address certain challenges.

Among the model's shortcomings, the professor pointed out the fact that the old model focused solely on the mediator, while it is important for all participants in the process to receive appropriate attention.¹⁴⁹ Additionally, Leonard Riskin identified the main flaw of the model that there is no clear and distinct boundary between evaluative and facilitative approaches, and that the mediator can use both in a single process;¹⁵⁰ only the substantive significance is attributed to the form of expression, time, and context.¹⁵¹ This is precisely what should be the main focus when assessing the model's flaws. In reality, the challenge is not whether the mediator predicts the outcome of the dispute and assesses the judicial prospects, but rather how this assessment is utilized in the process and presented to the parties. Thus, the issue is the form of expression of this assessment, rather than a standalone legal prediction as the mediator's individual, subjective disposition toward the outcome of the dispute. When the topic of discussion in academic circles was whether "a facilitative or evaluative style should be adopted, it was suggested that the right question to ask is: What is the right approach to help the parties accurately evaluate their alternatives?"¹⁵² The problem is not the legal assessment itself, but its influencing and guiding nature, which is unacceptable.¹⁵³

There is no structured, written standard for the mediation procedure. Legislation regulates the basic principles of the process, ethical standards, entry requirements for the profession, and other essential issues, while how a mediator should plan the process depends on their individual approaches and techniques, which they choose based on the specifics of the dispute. For example, there is no standard that dictates whether a mediator should open the process with individual meetings or joint sessions, which techniques to use, or examination of which issues to emphasize. All of this occurs through improvisation and is gradually planned in the mediator's mind as the process unfolds. There is also no clear guideline in the legislation or ethical regulations on how a mediator should mitigate the risks of bias or, at a minimum, the perception of bias by the parties, in such a way that their expressed opinions are not considered evaluative or attempts to influence the achievement of an agreement while simultaneously facilitating the realization of the principle of self-determination for the parties and informed decision-making. This depends on how the mediator plans the process and which techniques they employ.

Obviously, the initial phase of mediation is crucial for the mediator to gain the trust of the parties, understand the content of the disagreement, and utilize the opportunity to explore the interests of the parties. "Assessment of alternatives should not be done at an early stage of the mediation. The mediation should focus first on helping the parties to communicate with each other, understand each other's interests and having a conversation. A premature consideration of alternatives may cause parties to be positional, and may thereby create tension that makes it difficult for parties to continue their negotiations."¹⁵⁴ In addition to this, the location and manner of presenting alternatives hold significant importance. Most importantly, alternatives should not come from the mediator, and their feasibility should not be discussed in a joint meeting, as this could undermine the trust of the parties in the mediator and the process itself.¹⁵⁵ First and foremost, it is essential for the mediator to explore the interests of the parties in individual meetings, identify points of overlap, and bring them closer together. Only after this can discussions about alternatives take place. However, even at this stage, the mediator

¹⁴⁸ Kuhn T.S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 4th ed. 2012, referenced in: Lande J., *Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals*, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 24, 2023, 347.

¹⁴⁹ In light of this, Professor Riskin proposed a new model that categorizes the decision-making process into substantive, procedural, and meta-procedural decision-making and takes into account the assessment of the influence of factors such as the circumstances causing the conflict, the planning of the mediation procedure, etc. See: Riskin L. L., *Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a "New New Grid System"*, *Alternatives*, Vol.23, №8, 2005, 128.

¹⁵⁰ Riskin L. L., *Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a "New New Grid System"*, *Alternatives*, Vol.23, №8, 2005, 127.

¹⁵¹ Riskin L. L., *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, №1, 2003, 15.

¹⁵² Anderson D. Q., *Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?*, *Asian Journal on Mediation*, 2013, 73.

¹⁵³ Ibid, 70-71.

¹⁵⁴ Ibid, 74.

¹⁵⁵ Hui Han E.C., *Moving Beyond the "Facilitative" and "Evaluative" Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation*, *Asian Journal on Mediation*, 2013, 42-43.

must exercise caution regarding how they present their views to the parties. A good technique in this case is to use the intellectual resources of the party's representative to conduct a reality check. Specifically, the mediator might ask the representative to assess, based on their experience, what the judicial practice is like for similar types of cases and what outcome they anticipate in court. This way, the mediator directs the vector of legal assessment towards the representative, thereby informing the party without personally expressing an evaluation.¹⁵⁶ In this manner, the evaluation is heard in the mediation process, but not by the person who is obligated to maintain neutrality; instead, it comes from the party's representative, whose role and purpose in this process is indeed to provide legal consultation. The goal of using this technique is to inform the party in such a way that it does not cast a shadow on the mediator's neutral and impartial status. In cases where a party does not have a representative present in the mediation process, the mediator may assign them the task of consulting with a lawyer before the next meeting and consider alternatives accordingly.¹⁵⁷ The root of the problem, as already mentioned, lies in the techniques and methodologies employed by the mediator, taking into account the interests and needs of the parties.

V. Conclusion

As revealed by the analysis of evaluative and facilitative mediation models, the modern perception of this dichotomy is no longer as rigid as in the original scientific work. Despite differing opinions, the analysis of scientific literature and legal acts indicates that it is largely recommended for the mediator not to assume the role of a legal advisor or decision-maker. They must not only be impartial (a subjective category) but also be perceived as such (an objective category). Parties cannot expect to receive legal services from the mediator, as the mediator's role and purpose in the mediation process fundamentally differ from those of a judge, arbitrator, or attorney. This understanding of the mediator's role undermines the institution of mediation and fundamentally alters its nature. A proper analysis and understanding of the roles of the mediator and mediation are essential for the institution to secure an appropriate place in society. The mediator carries significant responsibility in both raising public awareness and shaping correct expectations.

An ethical dilemma arises when there is a “[c]hoice of competing values (ideas of goodness)”¹⁵⁸ which suggests “a variety of alternative and contradictory courses of action”.¹⁵⁹ “¹⁶⁰ The mediation process is constantly accompanied by ethical dilemmas. This has been, is, and will be the case. What is essential is that the mediator does not lose the correct orientation within this hierarchy of values. The mediator should “reconcile neutrality with ethical mediation.”¹⁶¹ Even though ethical codes and rules of conduct for mediators, along with relevant legislative acts, regulate the basic principles of ethical behavior, they cannot determine a course of action for every possible ethical dilemma, nor do they establish a hierarchy of ethical principles.¹⁶² “The ethical challenge should be addressed through a complex analysis of the factual circumstances of the case and a method of weighing values.”¹⁶³ In this process, significant emphasis is placed on the mediator's methodology, the techniques they use, and the proper planning of the process, as it is the mediator who guarantees the integrity of public trust towards both the mediation process and the institution itself.

¹⁵⁶ Anderson D. Q., Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy?, Asian Journal on Mediation, 2013, 74.

¹⁵⁷ Hui Han E.C., Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, Asian Journal on Mediation, 2013, 43.

¹⁵⁸ Joseph Fletcher, ‘Situation Ethics, Law and Watergate’ (1975-1976) 6 Cumberland Law Review 35, 55., referenced in: Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 65.

¹⁵⁹ Christine Parker and Adrian Evans, *Inside Lawyers’ Ethics* (Cambridge University Press, 2nd ed, 2014) 16., referenced in: Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 65.

¹⁶⁰ Wolski B., An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, Law in Context, Vol. 35, №1, 2017, 65.

¹⁶¹ Lakhani, M. A., “Ethical Mediation.” Advocate (Vancouver Bar Association), vol. 79, no. 6, 2021, 849.

¹⁶² Chitashvili N., The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, Yearbook of the Center for Law and Economics, Third edition, 2022, 91, 95 (in Georgian). See also: Riskin L. L., Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, Arizona Law Review, Vol. 26, 1984, 337.

¹⁶³ Ibid.

Bibliography:

1. Law of Georgia “on Mediation”, ssm, 18/09/2019.
2. Civil Procedure Code of Georgia, Parliamentary Gazette, 47-48, 14/11/1997.
3. LEPL “Mediators' Association of Georgia”, Code of Professional Ethics for Mediators, approved by the General Assembly on April 24, 2021.
4. 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.
5. Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2018.
6. Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005.
7. United Nations Convention on International Settlement Agreements resulting from Mediation (The “Singapore Convention on Mediation”).
8. UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, with Guide to Enactment and Use 2018.
9. UNCITRAL Notes on Mediation, United Nations, Vienna 2021.
10. *Anderson D. Q.*, Facilitative Versus Evaluative Mediation – Is There Necessarily a Dichotomy? *Asian Journal on Mediation*, 2013, 66-67, 69-74.
11. *Alfini J.J., Barkai J., Baruch Bush R., Hermann M., Hyman J., Kovach K., Liebman C., Press Sh., Riskin L. L.*, What Happens When Mediation is Institutionalized?: To the Parties, Practitioners and Host Institutions, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 9:2, 1994, 309-311, 314-315, 319, 325.
12. *Baksa, G.*, Different Mediation Styles and Their Use in Family Mediation, *Jogi Tanulmanyok*, 2012, 250, 254.
13. *Batiashvili I.*, The Mediation Process, its Principles and Challenges in Georgia, *Journ.*, “Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2022” (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.11, №1, 2022, 10-11,14.
14. *Brooker P.*, An Investigation of Evaluative and Facilitative Approaches to Construction Mediation, *Structural Survey*, Vol. 25 №3/4, 2007, 227.
15. *Catanzaro T.*, Improving Evaluation in Mediation: How Predictive Analytics Can Be Used to Improve Evaluative Mediation, *American Journal of Mediation*, Vol. 15, 2022, 96-101.
16. *Chitashvili N.*, Framework for Regulation of Mediation Ethics and Targets of Ethical Binding, *Journal of law*, N1, 2016, 25, 31, 32.
17. *Chitashvili N.*, Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation, *Journ.* “Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2016” (Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.5, №1, 2016, 11,14.
18. *Chitashvili N.*, Specificity of Some Ethical Duties of Lawyer Mediator and Necessity of Regulation, *Journal of Law* N2, 2016, 33.
19. *Chitashvili N.*, The Mediator's Dilemma on the Edge of the Principles of Party Autonomy and Justice, *Yearbook of the Center for Law and Economics*, Third edition, 2022, 82-95 (in Georgian).
20. *Erbe N.*, The Global Popularity and Promise of Facilitative ADR, *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 18, №2, 2004, 356.
21. *Hansen T.*, The Narrative Approach to Mediation, 2003.
22. *Hui Han E.C.*, Moving Beyond the “Facilitative” and “Evaluative” Divide – Considering Techniques That Can Further the Goals of Mediation, *Asian Journal on Mediation*, 2013, 40-43.
23. *Kandashvili I.*, Mediation – An Effective Means of Dispute Resolution, *Practical Guide*, Tbilisi, 2022, 51 (in Georgian).
24. *Kidner J.*, The Limits of Mediator Labels: False Debate between Facilitative versus Evaluative Mediator Styles, *Windsor Review of Legal and Social Issues*, vol. 30, 2011, 167.
25. *Kovach K.K., Love L.P.*, “Evaluative” Mediation is an Oxymoron, *Alternatives* Vol 14. №3, 1996, 31, 32.
26. *Lakhani, M. A.*, “Ethical Mediation.” *Advocate* (Vancouver Bar Association), vol. 79, no. 6, 2021, 849.
27. *Lande J.*, Real Mediation Systems to Help Parties and Mediators Achieve Their Goals, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 24, 2023, 347, 352-354.
28. *Levin M.S.*, The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns about the Nature and Quality of an Evaluative Opinion, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 16, no. 2, 2001, 268, 274.
29. *McDermott P. E.*, Discovering the Importance of Mediator Style – An Interdisciplinary Challenge, *Negotiation and Conflict Management Research*, Vol. 5, №4, 2012, 346-350.
30. *Munjal D.*, Tug of War: Evaluative versus Facilitative Mediator, *Pretoria Student Law Review*, 6, 2012, 69-74, 76-78.
31. *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, *Ohio State Law Journal*, Vol. 43, 1982, 29, 34, 37, 39- 40.

32. *Riskin L. L.*, Towards New Standards for the Neutral Lawyer in Mediation, *Arizona Law Review*, Vol. 26, 1984, 334, 336-337, 344, 354.
33. *Riskin L. L.*, Mediator Orientations, Strategies and Techniques, *Alternatives* Vol. 12, №9, 1994, 111-113.
34. *Riskin, L. L.*, "Mediation Quandries." *Florida State University Law Review*, vol. 24, no. 4, 1997, 1009.
35. *Riskin L. L.*, Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations, *Alternatives* Vol.21, №4, 2003, 71- 72.
36. *Riskin L. L.*, Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79, №1, 2003, 15, 24, 50.
37. *Riskin L. L.*, Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: Proposing a "New New Grid System", *Alternatives*, Vol.23, №8, 2005, 127, 128.
38. *Riskin L.L.*, Awareness and Ethics in Dispute Resolution and Law, Why Mindfulness Tends to Foster Ethical Behavior, *Tex. L. Rev.*, Vol. 50, 2009, 501.
39. *Stulberg, J.B.*, Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the Grid Lock, *Florida State University Law Review*, Vol. 24, no. 4, 1997, 992.
40. *Tkemaladze S.*, Mediation in Georgia: From Tradition to Modernity, Tbilisi, 2016, 11 (in Georgian).
41. *Tsuladze A.*, *The Georgian Model of Court Mediation through the Euro-American Lens, Dissertation, TSU Publishing, Tbilisi*, 2016, 43-47 (in Georgian).
42. *Uznadze N.*, Circumstances Excluding the Enforcement of Mediation Settlements Under the Legislation of Georgia and the Member States of the European Union, *Journ.*, "Alternative Dispute Resolution – Yearbook 2020-2021"(Bilingual edition), TSU Publishing, Vol.10, №1, 2021, 118, 124-125.
43. *Waldman, E. A.*, "The Evaluative-Facilitative Debate in Mediation: Applying the Lens of Therapeutic Jurisprudence." *Marquette Law Review*, vol. 82, №1, 1998, 161, 165-166.
44. *Wolski B.*, An Ethical Evaluation Process for Mediators: A Preliminary Exploration of Factors Which Impact Ethical Decision-Making, *Law in Context*, Vol. 35, №1, 2017, 65, 71-72, 74.
45. *Zumeta Z.*, "A Facilitative Mediator Responds", *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2000, no. 2, 2000, 337.

ირაკლი მანაგაძე*

მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრები: შესაძლო „მორალური რისკი“ და მისი გადაჭრის გზები

არბიტრაჟი დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ფართოდ გავრცელებული მეთოდია, განსაკუთრებით ტრანსნაციონალურ ბიზნეს კონტექსტში. იმისათვის, რომ ის კვლავ დარჩეს დავის გადაწყვეტის ეფექტურ და ხელსაყრელ საშუალებად, გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს არბიტრების მიუკერძოებლობასა და დამოუკიდებლობას.

თუმცა, ზოგიერთი პრაქტიკოსი და მეცნიერი ამტკიცებს, რომ მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნა ეჭვქვეშ აყენებს არბიტრაჟის, როგორც ინსტიტუტის, რეპუტაციას, ვინაიდან კითხვის ნიშნის ქვეშ დგება არბიტრთა დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა. პროფესორი ჟან პაულსონი მხარს უჭერს ამ სისტემის შეცვლას და გვთავაზობს ალტერნატიულ გზებს. მოცემულ ნაშრომში განხილულ იქნება არბიტრთა მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის სტანდარტები, ასევე, პროფესორ პაულსონისა და მის მოწინააღმდეგეთა ხედვები მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების სისტემასთან დაკავშირებით. ბოლოს, ნაშრომი შეეცდება შემოგვთავაზოს პრობლემის გადაჭრის რამდენიმე შესაძლო ალტერნატივა, რომლებმაც პოტენციურად შესაძლოა გააძლიეროს არბიტრაჟის ინსტიტუტის მიუკერძოებლობა და დამოუკიდებლობა, როგორებიცაა – არბიტრთა ერთობლივი შერჩევა მხარეთა მიერ, არბიტრთა ნეიტრალური ორგანოების მიერ დანიშვნა და ხელოვნური ინტელექტის ჩართულობა არბიტრთა დანიშვნის პროცესში.

საკვანძო სიტყვები: არბიტრაჟი, დამოუკიდებლობა, მიუკერძოებლობა, „მორალური რისკი“, მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნა, საარბიტრაჟო პანელი, AI (ხელოვნური ინტელექტი).

1. შესავალი

არბიტრთა დანიშვნა არბიტრაჟის საქმისწარმოების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ნაწილია და ეს გარემოება მას არსებითად განასხვავებს სასამართლოში საქმისწარმოებისაგან. „უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ 1958 წლის ნიუ იორკის კონვენცია“ (შემდეგ „ნიუ-იორკის კონვენცია“) ხაზს უსვამს არბიტრების დანიშვნის პროცედურის მნიშვნელობას. მისი მიხედვით, თუ მხარე არ იყო სათანადოდ ინფორმირებული არბიტრის დანიშვნის წესის შესახებ, ეს შეიძლება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძველი გახდეს.¹

ზოგადად, მხარეებს აქვთ დისკრეცია თავად განსაზღვრონ არბიტრთა შერჩევის წესი.² UNCITRAL-ის საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ მოდალური კანონის (შემდგომში

* სამართლის მაგისტრი გლობალურ ბიზნეს სამართალსა და რეგულირებაში, ცენტრალური ევროპის უნივერსიტეტი (CEU) (ვენა, ავსტრია).

¹ უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ 1958 წლის ნიუ იორკის კონვენცია, მუხლი V, 1(ბ): „გადაწყვეტილების აღიარებასა და აღსრულებაზე შეიძლება უარი ითქვას იმ მხარის მოთხოვნით, რომლის წინააღმდეგაც იგი მიმართულია, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ეს მხარე წარუდგენს კომპეტენტურ ორგანოს, მტკიცებულება იმისა, რომ: (ბ) მხარე, რომლის წინააღმდეგაც არის მიღებული გადაწყვეტილება არ იყო ჯეროვნად ინფორმირებული არბიტრის დანიშვნის თაობაზე...“

² UNCITRAL-ის მოდალური კანონი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ, მუხლი 11, ნაწილი 2.

„მოდალური კანონი“) მიხედვით, თუ მხარეები ვერ შეთანხმდებიან არბიტრის ან არბიტრთა შერჩევის წესზე, მაშინ თითოეულმა უნდა დანიშნოს თითო არბიტრი, ხოლო მათმა არჩეულმა ორმა არბიტრმა უნდა დანიშნონ მესამე.³ სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობაც (მაგ. გერმანული და ქართული) ანალოგიურად აწესრიგებს მოცემულ საკითს, როდესაც არ არსებობს სხვაგვარი შეთანხმება მხარეებს შორის.⁴

მოცემულ სტატიაში, განხილულ იქნება არბიტრთა დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის სტანდარტები. ასევე, კრიტიკულად გავაანალიზებთ პროფესორ ჟან პაულსონის მოსაზრებას და არგუმენტებს, იმის შესახებ, რომ მხარეთა მიერ არბიტრების შერჩევა შეიცავს „მორალურ რისკს“. სტატიაში განხილულ იქნება კონტრაგტუემენტებიც. და ბოლოს, ნაშრომი შეეცდება არსებულ სამეცნიერო წყაროებზე დაყრდნობით შემოგვთავაზოს რამდენიმე პოტენციური გამოსავალი, რაც დააზღვევს მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრთა მიუკერძოებლობასა და დამოუკიდებლობას.

2. არბიტრთა დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის სტანდარტი

არბიტრაჟი შეიძლება განხილულ იქნეს, როგორც კვაზი-იურიდიული პროცესი, სწორედ ამიტომ, ლოგიკურია, რომ არბიტრთა დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა არის მისი ერთ-ერთი ფუნდამენტური პრინციპი.⁵ დამოუკიდებლობის და მიუკერძოებლობის სტანდარტები საკმაოდ ფართოდ განხილული თემაა არბიტრაჟის პრაქტიკოსებსა თუ მკვლევრებში. მოდალური კანონი, პირდაპირ მოითხოვს, რომ არბიტრი იყოს დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი.⁶ არბიტრის ზემოხსენებულ თვისებებთან დაკავშირებით საფუძვლიანი ეჭვი, შეიძლება გახდეს მისი აცილების მიზეზი.⁷ გარდა ამისა, ინსტიტუციურ წესებს – მაგალითად, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის (ICC) საარბიტრაჟო წესებს და ვენის საერთაშორისო საარბიტრაჟო ცენტრის (VIAC) ვენის წესებსაც აქვთ ანალოგიური მოთხოვნა.⁸

არბიტრად დანიშვნისას, როგორც წესი არბიტრებმა ხელი უნდა მოაწერონ და დაადასტურონ მათი დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა.⁹ სტანდარტული ფორმის მიხედვით (რომელიც მოცემულია UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესების დანართში) მათ ასევე უნდა განაცხადონ ნებისმიერი გარემოება, რამაც შეიძლება გამოიწვიოს ეჭვი მათ დამოუკიდებლობასთან მიმართებით.¹⁰

საინტერესოა, რომ ბევრი ქვეყნის კანონმდებლობა ზემოგანხილულ ტერმინებს არასწორად იყენებს ურთიერთშენაცვლებით, ერთი და იმავე მნიშვნელობის აღსანიშნად.¹¹ ეს აჩვენებს რომ მოცემულ ორ სტანდარტს შორის არის ღრმა ურთიერთკავშირი. თუმცა, დამოუკიდებლობის სტან-

³ იქვე, მუხლი 11, ნაწილი 3(ა).

⁴ იხ. დამატებით: გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 1035, ნაწილი 3 – „...სამ არბიტრიანი საარბიტრაჟო პანელის შემთხვევაში, თითოეული მხარე ნიშნავს ერთ არბიტრს, ხოლო ამგვარად დანიშნული ორი არბიტრი ნიშნავს მესამე არბიტრს, რომელიც იქნება საარბიტრაჟო პანელის თავმჯდომარე...“ საქართველოს კანონი არბიტრაჟის შესახებ, მუხლი 11, 3(ა) ქვეოუნქტი – „სამი არბიტრისაგან შემდგარი არბიტრაჟის შემთხვევაში თითოეული მხარე ნიშნავს ერთ არბიტრს და ამ წესით დანიშნული ორი არბიტრი ნიშნავს არბიტრაჟის თავმჯდომარეს...“.

⁵ Bastida B. M., The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, Revista E-Mercatoria, Vol. 6, №1, 2007, 1.

⁶ UNCITRAL-ის მოდალური კანონი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ, მუხლი 12, ნაწილი 1: „როდესაც პირს მიმართავენ არბიტრად მის შესაძლო დანიშვნასთან დაკავშირებით, მან უნდა გაამჟღავნოს ნებისმიერი გარემოება, რომელიც გამოიწვევს მის მიუკერძოებლობასთან ან დამოუკიდებლობასთან დაკავშირებით გონივრულ ეჭვებს. არბიტრმა, დანიშვნის დღიდან და საარბიტრაჟო განხილვის განმავლობაში, დაუყოვნებლივ უნდა გაუმჟღავნოს მხარეებს ასეთი გარემოებები, თუ ისინი უკვე არ იყვნენ ინფორმირებული მის მიერ“.

⁷ იქვე, მუხლი 12(2).

⁸ ICC-ს საარბიტრაჟო წესები, მუხლი 11(2); „ვენის წესები“ (VIAC), მუხლი 16(3).

⁹ Várady T. and others, International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (Seventh edition, West Academic Publishing 2019), 415.

¹⁰ იქვე.

¹¹ Jaffae A. and Dash A., Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, International Journal of Law Management & Humanities, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1858-1861.

დარტი არის ობიექტური შეფასების კრიტერიუმი, რომლის გადამონმებაც შესაძლებელია.¹² მიუკერძოებლობის სტანდარტი კი უფრო სუბიექტური და აბსტრაქტულია, ის მოითხოვს სხვადასხვა გარემოებების შემონმებას, რათა დადგინდეს, რომ სახეზე ნამდვილად არის მიკერძოება.¹³

შეიძლება ითქვას, რომ ეს ორი სტანდარტი არის „ერთი მონეტის სხვადასხვა მხარე“. ¹⁴ ადვოკატთა საერთაშორისო ასოციაციის (IBA) საერთაშორისო არბიტრთა ეთიკის წესების თანახმად, „დამოკიდებულება წარმოიქმნება არბიტრისა და ერთ-ერთი მხარის, ან რომელიმე მხარესთან მჭიდროდ დაკავშირებულ პირთან ურთიერთობიდან“. ¹⁵ დამოუკიდებლობის შეფასებისას, მხდევლობაში მიიღება პიროვნული, სოციალური და საქმიანი კავშირები. ¹⁶ რაც უფრო მჭიდროა კავშირი, მით უფრო ნაკლებად დამოუკიდებელია არბიტრი. ¹⁷

რაც შეეხება მიუკერძოებლობას, იგი დამოკიდებულია არბიტრის შინაგან განწყობაზე მხარეთა, მათ ადვოკატთა ან საქმის სხვა გარემოებათა მიმართ. ¹⁸ მიიჩნევა, რომ მიკერძოებულობა შეიძლება ხილული გახდეს მხოლოდ საქმის წარმოებისა ან გადანყვეტილების გამოტანის დროს. ¹⁹ ეს არის ემოციური მდგომარეობა, რომლის დამტკიცებაც შეუძლებელია, ის მხოლოდ ქცევით ვლინდება. ²⁰ განსხვავებით მიკერძოებულობისა, დამოუკიდებლობის არარსებობა შეიძლება დადასტურდეს დოკუმენტებით ან სხვა მატერიალური მტკიცებულებებით, როგორიცაა ხელშეკრულებები, რომლებიც ადასტურებს არბიტრსა და მხარეს ან მხარის ადვოკატს შორის გარკვეული სახის კავშირებს. ²¹

ზოგიერთი თვლის, რომ მიუკერძოებელი არბიტრი, რომელიც არ არის სრულად დამოუკიდებელი, ნაკლებ პრობლემურია, ვიდრე დამოუკიდებელი არბიტრი, რომელიც მიკერძოებულია. ²² ეს გონივრულია, რადგან მხარესთან რაიმე სახის წინასწარი საქმიანი ან პირადი ურთიერთობის მქონე არბიტრს შეუძლია იყოს პროფესიონალი და გადანყვეტოს დავა ყოველგვარი მიკერძოების გარეშე, მაგრამ როდესაც ის ემოციურად მხარს უჭერს მხარეს, მას არ შეუძლია მიუკერძოებელი და სამართლიანი გადანყვეტილება გამოიტანოს. თუმცა, უნდა აღვნიშნოთ, რომ პრაქტიკაში მსგავსი შემთხვევების გამიჯვნა ძალიან რთულია.

გარდა დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობისა, არბიტრებს ასევე მოეთხოვებათ იყვნენ ნეიტრალურები. ნეიტრალურობა მიჩნეულია როგორც მიუკერძოებლობის გარეგანი გამოხატულება. ²³ მკვლევრები მიიჩნევენ, რომ ამ შემთხვევაში მნიშვნელოვანია, არა არბიტრის კავშირი კონკრეტულ მხარესთან, არამედ მისი დამოკიდებულება დავის საკვანძო საკითხისადმი, რამაც შეიძლება საბოლოო გადანყვეტილებაზე იქონიოს გავლენა. ²⁴

¹² იქვე, 1861.

¹³ *Feebily R.*, Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, a Fine Balance in the Quest for Arbitral Justice, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, Vol. 7, №1, 2019, 90.

¹⁴ *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1861.

¹⁵ ადვოკატთა საერთაშორისო ასოციაცია (IBA), საერთაშორისო არბიტრთა ეთიკის წესები, მუხლი 3(1).

¹⁶ *Bastida B. M.*, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6, №1, 2007, 3.

¹⁷ იქვე, 4.

¹⁸ *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1861.

¹⁹ *Váradý T. and others*, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (Seventh edition, West Academic Publishing 2019), 408.

²⁰ *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1862.

²¹ იქვე.

²² *Bastida B. M.*, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6, №1, 2007, 4, further reference: *Bishop D, Reed L*, Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration *International* 14, 345, 1998.

²³ იქვე, 407.

²⁴ იქვე, 414.

ნეიტრალურობა შეიძლება დაიყოს: პირდაპირად (ოჯახური და საქმიანი კავშირების არარსებობა) და არაპირდაპირად (ჯგუფური კუთვნილება, როგორცაა რელიგია, ეთნიკური წარმომავლობა...)²⁵ პირდაპირი ნეიტრალურობის გარანტირება ინსტიტუციური თუ საკანონმდებლო წესებით შესაძლებელია, თუმცა ინდივიდთა აცილებას ჯგუფური კუთვნილებების გამო „პანდორას ყუთის გახსნის“ მსგავსი ეფექტი შეიძლება ჰქონდეს.²⁶

3. პროფესორ ჟან პაულსონის ხედვები მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების შესახებ

პროფესორი ჟან პაულსონი თავის სტატიაში *“Moral Hazard in International Dispute Resolution”* („მორალური რისკი საერთაშორისო დავების გადაწყვეტაში“) ცდილობს დაგვარწმუნოს, რომ მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრები ძირითად შემთხვევებში არიან მიკერძოებული და არ აკმაყოფილებენ დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის სტანდარტებს. მისი აზრით, საჭიროა მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნა სხვა სისტემით შეიცვალოს და ამბობს რომ მართალია დღეს იგი უმცირესობაშია, თუმცა უმრავლესობის შეხედულება დაფუძნებულია არსებულ სტატუს ქვოზე და არა სიტუაციის სიღრმისეულ, კრიტიკულ ანალიზზე.²⁷ იგი ფიქრობს, რომ 2060 წლისთვის პრაქტიკოსთა და მკვლევართა უმრავლესობა მის პოზიციას გაიზიარებს.²⁸

პროფესორ პაულსონს თავისი მოსაზრების დასადასტურებლად, მოჰყავს რამდენიმე ნათელი მაგალითი, სადაც ჩანს მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების მიკერძოება ან მხარეთა სურვილი გავლენა მოახდინონ მათზე. იგი იხსენებს შემთხვევას, როდესაც მხარის მიერ დანიშნულმა არბიტრმა დაარღვია ტრიბუნალის მსჯელობის საიდუმლოება და აცნობა მხარეს გადაწყვეტილება წინასწარ.²⁹ გადაწყვეტილების წინასწარი ცოდნა, მხარისთვის იყო ცალსახად დიდი უპირატესობა, რადგანაც მხარეები პარალელურად იმყოფებოდნენ მოლაპარაკების პროცესში.³⁰ განსაკუთრებით საყურადღებოა, რომ ასეთი დარღვევების დამტკიცება ან მონიტორინგი რთულია და მოცემულ შემთხვევაში ზემოხსენებული ფაქტი იმიტომ დამტკიცდა, რომ არბიტრმა თავად მაშინვე დაადასტურა გადაწყვეტილების წინასწარ გამჟღავნება.³¹

პაულსონი, ასევე, იხსენებს საქმეს, სადაც ყოფილი მოსამართლე ა.შ.შ.-დან, რომელიც ასევე სხვადასხვა დროს სამთავრობო თანამდებობებზე იკავებდა, 2003 წელს ა.შ.შ.-მ დანიშნა არბიტრად ცნობილ Loewen-ის საქმეზე.³² მოგვიანებით, არბიტრმა აღნიშნა, თუ როგორ ცდილობდა ა.შ.შ. მასზე წეზოლას, სასურველი გადაწყვეტილების მიღების მიზნით.³³ ზემოხსენებული მაგალითები მართლაც გვაჩვენებს, რომ მხარის სურვილი ძირითადად მის მიერ დანიშნულ არბიტრზე გავლენის მოხდენაა.

პაულსონის მტკიცებით საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის ორმა ბოლო დროინდელმა კვლევამ აჩვენა, რომ განსხვავებული მოსაზრებები თითქმის ყოველთვის (შემთხვევების 95%-ზე მეტში) იწერებოდა „დამარცხებული“ მხარის წარდგენილი არბიტრის მიერ.³⁴ ამით მას, სურს გვაჩვენოს, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი, ხშირ შემთხვევაში, მხარის კეთილგანწყობის მოპოვებას ცდილობს. თუმცა, შესაძლოა ეს სტატისტიკა მხოლოდ იმას აჩვენებდეს, რომ მხარემ არბიტრის დანიშვნისას, სწორად განსაზღვრა თუ ნორმების როგორ ინტერპრეტირებას მოახდენდა იგი

²⁵ Várady T. and others, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (Seventh edition, West Academic Publishing 2019), 408.

²⁶ იქვე.

²⁷ Paulsson J., *Moral Hazard in International Dispute Resolution*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 25, Issue 2, 2010, 340, 348.

²⁸ იქვე, 340.

²⁹ იქვე, 344.

³⁰ იქვე.

³¹ იქვე.

³² იქვე.

³³ იქვე, 344-346.

³⁴ იქვე, 348.

საქმის კონკრეტული გარემოებების მიმართ და როგორი შეხედულება ექნებოდა კონკრეტულ ფაქტებთან მიმართებით.³⁵ ასე რომ, ეს მაინც და მაინც იმის უტყუარი მტკიცებულება არ არის, რომ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი ძირითადად მიკერძოებულია. ასევე, უნდა გვახსოვდეს, რომ რთულია ზუსტი ზღვრის გავლება არბიტრებს შორის, რომელიც უბრალოდ კეთილგანწყობილია მხარის მიმართ და რომელიც მართლაც მიკერძოებულია.³⁶

პაულსონის ამბობს, რომ მხარეების აზრით, მისი დანიშნული არბიტრი მას უნდა დაეხმაროს ადვოკატის ანალოგიურად.³⁷ თუმცა, თავადვე აღნიშნავს, რომ გარდა მორალურად გაუმართლებელისა, მსგავსი მსჯელობა ალოგიკურიცაა.³⁸ ვინაიდან ჩნდება კითხვამ, თუ რატომ თვლიან მხარეები, რომ სისტემის მანიპულირებას ოპონენტებზე უკეთ შეძლებენ.³⁹

პროფესორი პაულსონი, ასევე, ეწინააღმდეგება მისი ოპონენტების არგუმენტს – რომ მხარეებს უფრო მეტად აქვთ საარბიტრაჟო ტრიბუნალის ნდობა, როდესაც თავად იღებენ აქტიურ მონაწილეობას მის შედგენაში, ვინაიდან შედეგად არბიტრებს უფრო კარგად ესმით მხარის კულტურა.⁴⁰ იგი ეთანხმება მათ, რომ მართალია ეს არბიტრაჟის უპირატესობაა, მაგრამ თვლის, რომ ამ ეფექტის მიღწევა სხვა გზითაც შეიძლება.⁴¹

პაულსონი ეთანხმება ოპონენტებს იმაში, რომ მხარეებს ეშინიათ არ მოექცნენ როგორც „აუთსაიდერებს“, თუმცა ფიქრობს, რომ მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნამ შესაძლოა ეს პრობლემა პირიქით გააღრმავოს.⁴² იგი ამტკიცებს, რომ როდესაც „დამარცხებული“ მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი წერს განსხვავებულ აზრს, ამ მხარის თვალში ეს გადანყვეტილება ნაკლებად ლეგიტიმურია, ვიდრე იგივე გადანყვეტილება იქნებოდა საქმის ერთი არბიტრის მიერ განხილვის შემთხვევაში.⁴³ მეორე მხრივ, სხვები ამტკიცებენ, რომ მთავარია მხარეები ენდობოდნენ საარბიტრაჟო პანელს და არა თითოეულ ცალკეულ არბიტრს.⁴⁴

ასევე, იმის საჩვენებლად, რომ მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების სისტემა იწვევს პრობლემებს, პაულსონი ხაზს უსვამს უსამართლო გარიგებების არსებობას ერთსულოვანი გადანყვეტილებების მიღების მიზნით, რასაც ხელს უწყობს არბიტრების მხარეთა მიერ დანიშვნა.⁴⁵ იგი გულისხმობს, პრაქტიკას, როდესაც არბიტრები ფარულად მხარს უჭერენ ერთმანეთს ერთსულოვანი გადანყვეტილებების მიღების მიზნით (მაშინ როდესაც, შესაძლოა არ ეთანხმებოდნენ გადანყვეტილებას სრულად), როდესაც ერთმანეთის თანაარბიტრებად მსახურობენ და ამ გზით იღებენ გადანყვეტილებებს ერთსულოვნად, ამ პრაქტიკის გამჟღავნების გარეშე.⁴⁶

შეიძლება ითქვას, რომ პაულსონის არგუმენტები დამაჯერებელია და ის თავის არგუმენტებს მაგალითებითა და სტატისტიკითაც ამტკიცებს. პაულსონის პოზიციის სასარგებლოდ, შეგვიძლია მოვიხმოთ პროფესორ ჰანს სმიტის მოსაზრება, რომ ადვოკატის მოვალეობაა დანიშნოს ადამიანი, რომელიც, სავარაუდოდ, საუკეთესო შედეგს მოიპოვებს მისი კლიენტისთვის, ხოლო არბიტრის სტიმულია უზრუნველყოს მისი კვლავ „დასაქმება“ მხარისთვის მისაღები გადანყვეტილების დაწერით.⁴⁷ სხვები იმასაც კი ამტკიცებს, რომ ზოგიერთი მიკერძოებული არბიტრი, ცდილობს თავისი

³⁵ იქვე, 349.

³⁶ *Oglinda B.*, Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration, *Juridical Tribune*, Vol. 5, №2, 2015, 127.

³⁷ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 349.

³⁸ იქვე.

³⁹ იქვე.

⁴⁰ იქვე, 350.

⁴¹ იქვე, 350.

⁴² იქვე, 351.

⁴³ იქვე.

⁴⁴ *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson–van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 13.

⁴⁵ იქვე, 353.

⁴⁶ იქვე.

⁴⁷ *Narmanian G.*, Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2014, 67.

მიკერძოებულობა მომავალს კლიენტებს ანიშნოს.⁴⁸ საერთო ჯამში, პროფესორი პაულსონი აღიარებს, რომ მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნის სისტემა ადვილად არ შეიცვლება, ამიტომ ის მზად არის გარკვეული პრაგმატული გადაწყვეტილებებისთვის, სანამ მის შეხედულებებს არ გაიზიარებს პრაქტიკოსთა და მკვლევართა უმრავლესობა.⁴⁹

4. მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრების სისტემის მომხრეთა არგუმენტები

მხარეთა კერძო ავტონომია, რაც თავის თავში მოიცავს მხარეთა მიერ არბიტრების შერჩევის პროცედურაზე შეთანხმებას და თავად არბიტრების შერჩევას, მიიჩნევა არბიტრაჟის ქვაკუთხედად.⁵⁰ ჩვენ შეგვიძლია ვთქვათ, რომ მხარეთა დანიშნული არბიტრები სასარგებლოა პროცესისთვის, ვინაიდან მათ უკეთ ესმით კონკრეტული საქმის სამართლებრივი, ფაქტობრივი თუ კულტურული ასპექტები.⁵¹ ზემოაღნიშნული კი იწვევს არბიტრაჟის მიერ უფრო სწრაფი, მართებული და სამართლიანი გადაწყვეტილების გამოტანას, რაც ზოგადად მხარეთა დროს და სარგებელი მოაქვს ზოგადად პროცესისთვის.

მხარეები არბიტრის არჩევისას მხედველობაში იღებენ ბევრ საყოველთაოდ აღიარებულ კრიტერიუმს, მაგრამ რა თქმა უნდა, ისინი პირველ რიგში ზრუნავენ, რომ მიღებულ იქნას მათი სასარგებლო გადაწყვეტილება.⁵² ასე რომ, მხარეები შეეცდებიან აირჩიონ არბიტრი, რომელიც გამოიტანს მათ სასარგებლო გადაწყვეტილებას. როგორც პაულსონი ამბობს, მხარეები ფიქრობენ, რომ მათ თავიანთი დანიშნული არბიტრი საქმის წარმატებით დასრულებაში დაეხმარება.⁵³

თუმცა, იმ სიტუაციაშიც კი, როდესაც ორივე მხარის მიერ დანიშნული არბიტრი არის მიკერძოებული, გადაწყვეტილება მაინც იქნება დამოკიდებული მესამე ნეიტრალურ არბიტრზე, რომელიც არ არის დანიშნული მხარეთა მიერ. ჩვენ შეიძლება მკაფიოდ ვერ ვთქვათ, რომ მხარეთა მიერ დანიშნული არბიტრები პროცესის სამართლიანობას უზრუნველყოფენ, თუმცა, ვერც იმას ვიტყვით რომ ეს აფერხებს პროცესის სამართლიანობას, თუ მხარეები დანიშნავენ არბიტრებს IBA გაიდლაინების, მოდალური კანონისა თუ ადგილობრივი საკანონმდებლო ნორმების დაცვით.

ბევრი მიიჩნევს, რომ მხარეებს ურჩევნიათ დავების გადაწყვეტა არბიტრაჟის გზით, რადგან არბიტრების არჩევისას აქვთ პროცესში აქტიური ჩართულობის შეგრძნება.⁵⁴ ასევე მიიჩნევა, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟის ლეგიტიმურობა დიდწილად დამოკიდებულია მხარეთა აქტიურ ჩართულობაზე არბიტრების დანიშვნის პროცესში.⁵⁵ არბიტრების დანიშვნაში მხარეთა ჩართულობის გამო, პროცესი არ აღიქმება, როგორც მათთვის სრულიად უცხო რამ.⁵⁶ ასე რომ, მხარეთა განცდა, რომ ისინი მონაწილეობენ პროცესში აქტიურად, არბიტრაჟს მათთვის უფრო მიმზიდველს და სანდოს ხდის.

უფრო მეტიც, არბიტრები წარმატებული არიან, როდესაც ისინი იძენენ პროფესიულ რეპუტაციას (რაც ნიშნავს, რომ ისინი არიან კეთილსინდისიერი, დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი) და

⁴⁸ *Schwing M. A.*, Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 498.

⁴⁹ *Paulson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 352.

⁵⁰ *Philip D. A.*, Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1203.

⁵¹ *Tufte-Kristensen J.*, The unilateral appointment of co-arbitrators, *Arbitration International*, Vol. 32, Issue 3, 2016, 503.

⁵² *Oglinda B.*, Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration, *Juridical Tribune*, Vol. 5, №2, 2015, 124.

⁵³ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 349.

⁵⁴ *Philip D. A.*, Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1206.

⁵⁵ *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 9.

⁵⁶ იქვე, 22.

ინარჩუნებენ მას.⁵⁷ ამერიკელი ინვესტორი უორენ ბაფეტის აზრით, „ვარსკვლავური რეპუტაციის აშენებას 20 წელი სჭირდება, ხოლო განადგურებას ხუთი წუთი“.⁵⁸ არაგონივრული იქნება ვიფიქროთ, რომ წარმატებული არბიტრი რისკის ქვეშ დააყენებს თავის რეპუტაციას, რათა მიკერძოებულად დაწეროს განსხვავებული აზრი.

მეცნიერები, რომლებიც არ ეთანხმებიან პაულსონს, ფიქრობენ, რომ არბიტრების მხარეთა მიერ შერჩევა აძლიერებს საერთაშორისო არბიტრაჟის ლეგიტიმურობას და არა პირიქით.⁵⁹ პროფესორი ჯორჯო სასერდოტი მხარს უჭერს მხარეთა მიერ არბიტრების დანიშვნის არსებულ სისტემას და აცხადებს, რომ „ტრიბუნალის არჩევის უფლება განასხვავებს არბიტრაჟს სამართალწარმოებისგან და მხარეებს აძლევს შესაძლებლობას დანიშნონ არბიტრები, რომლებიც ასახავენ მხარის საჭიროებებს ეროვნების, ენის, კულტურის, იურისდიქციისა თუ ტექნიკური ექსპერტიზის მიხედვით.“⁶⁰ ხაზგასმით უნდა აღვნიშნოთ, რომ საარბიტრაჟო პანელის მესამე პირების მიერ არჩევის შემთხვევაში აღმოიფხვრებოდა ერთ-ერთი მთავარი განსხვავება არბიტრაჟსა და სასამართლოს შორის.

ზოგიერთი მკვლევარი თვლის, რომ პაულსონი გადაჭარბებულად აფასებს „მორალურ რისკებს“ მხარეთა მიერ დანიშნულ არბიტრებთან კავშირში.⁶¹ მათი აზრით, არბიტრების მხარეთა მიერ დანიშვნის შეზღუდვა შეაფერხებს საერთაშორისო არბიტრაჟის შემდგომ განვითარებას.⁶² ყოველივე ზემოაღნიშნული ფაქტი და არგუმენტი ნათლად აჩვენებს, თუ რატომ არის დღეს ეს სისტემა პოპულარული. ასევე უნდა გვახსოვდეს, რომ „არბიტრების შემეცნებითი მიკერძოება არ შეიძლება აღმოიფხვრას, თუნდაც მხარის მიერ დანიშნული არბიტრების სისტემის აღმოფხვრით“.⁶³

5. ალტერნატივის ძიება

განვიხილოთ არბიტრთა შერჩევის შესაძლო ალტერნატიული მოდელები, რომლებმაც შეიძლება უზრუნველყონ არბიტრთა მიუკერძოებლობა და დამოუკიდებლობა. პაულსონი ფიქრობს, რომ ერთადერთი ოპტიმალური გამოსავალი იქნება არბიტრთა ერთობლივი არჩევა ან ნეიტრალური ორგანოს მიერ არჩევა.⁶⁴ მაგრამ თუ ვივარაუდებთ, რომ ადვილი არ არის არსებული სისტემისგან თავის დაღწევა, იგი გვთავაზობს რამდენიმე პრაგმატულ გადანაცვლებას. ერთი გამოსავალი იქნება მხარეთა მიერ დანიშვნა, თუმცა შეზღუდვა კონკრეტული სახელშეკრულებო დათქმებით, მაგალითად „როგორიცაა მოთხოვნა, რომ არცერთ არბიტრს არ ჰქონდეს რომელიმე მხარის მოქალაქეობა“.⁶⁵ პაულსონის აზრით, ეს არ მოგვცემს მოუკერძოებლობის გარანტიას, მაგრამ შეიძლება მაინც ეფექტური მექანიზმი იყოს.⁶⁶

იგი ასევე გვთავაზობს ალტერნატივას, რომ არბიტრთა დანიშვნა მოხდეს კვალიფიციური არბიტრების წინასწარ არსებული სიებიდან.⁶⁷ მისი მტკიცებით, რეპუტაციის მქონე ორგანიზაციებმა უნდა შეადგინონ ეს სიები და უნდა არსებობდეს მექანიზმები სიის მონიტორინგისა და განახლებისთვის.⁶⁸ თუმცა არსებობს მსგავსი სისტემის საფუძვლიანი კრიტიკა – რომ „ასეთი სისტემა საბოლოო-

⁵⁷ იქვე, 16.

⁵⁸ იქვე.

⁵⁹ *Schwing M. A.*, Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 495.

⁶⁰ *Narmanian G.*, Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2014, 69.

⁶¹ *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 9.

⁶² იქვე, 44.

⁶³ *Rogers C. A.*, Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality, *Harvard International Law Journal*, Vol. 64, №1, 2023, 137.

⁶⁴ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 352.

⁶⁵ იქვე.

⁶⁶ იქვე.

⁶⁷ იქვე.

⁶⁸ იქვე.

ოდ გააძლიერებს ელიტური არბიტრების ამჟამინდელ, არამრავალფეროვან „კლუბს“, იმ დროს, როდესაც აქცენტი კეთდება არბიტრთა ჯგუფის გაფართოებაზე და არა მის შეზღუდვაზე“.⁶⁹

პაულსონს, ასევე აქვს „ბრმა დანიშვნების“ იდეა (რომ არბიტრებმა არ იცოდნენ ვინ დანიშნა ისინი).⁷⁰ ეს ნამდვილად შეიძლება იყოს ეფექტური ინსტრუმენტი არბიტრის მიუკერძოებლობის უზრუნველსაყოფად, მაგრამ მაინც, ძირითად შემთხვევებში არბიტრი შეძლებს მიხვდეს რომელმაც მხარემ დანიშნა იგი.⁷¹

ჩვენ შეგვიძლია განვიხილოთ საინტერესო ალტერნატივა, საარბიტრაჟო პანელი, რომელიც შედგება 5 არბიტრიგან, სადაც 3 მათგანს ნიშნავს საარბიტრაჟო დანესებულების პრეზიდენტი.⁷² ასეთ შემთხვევაში, შენარჩუნდება მხარის მიერ არბიტრის დანიშვნის სისტემა, მაგრამ ისინი იქნებიან უმცირესობაში, რაც იმას ნიშნავს, რომ გადაწყვეტილებებზე გავლენას ვერ მოახდენენ. ამგვარად, მხარეებს კვლავ ექნებათ მონაწილეობის შესაძლებლობა საარბიტრაჟო კოლეგიის შედგენაში, მაგრამ იმ შემთხვევაში, თუ მათ მიერ დანიშნული არბიტრი მიკერძოებული იქნება, პროცესის სამართლიანობაზე საგრძნობ გავლენას ვერ მოახდენს.

ასევე, შესაძლო გამოსავალი შეიძლება იყოს ერთობლივი დანიშვნები, ამ შემთხვევაში მხარეები შეარჩევენ საარბიტრაჟო პანელის ყველა წევრს ერთად.⁷³ ამგვარად შექმნილი საარბიტრაჟო ტრიბუნალი აუცილებლად იქნება უფრო მიუკერძოებელი, რადგან არბიტრები არ ჩათვლიან, რომ ვალდებული არიან ერთი კონკრეტული მხარის მიმართ. მეორე მხრივ, პრაქტიკაში ასეთი რამ იქნება ძალიან პრომატევადი და ზოგჯერ შეუძლებელიც, რადგან მხარეებს, რომლებიც უკვე კონფლიქტში არიან, გაუჭირდებათ შეთანხმება კონკრეტულ არბიტრზე.

უდავოა, რომ 21-ე საუკუნეში – ტექნოლოგიურ ეპოქაში – არ უნდა შემოვიფარგლოთ ჩვენი წარმოდგენები ტრადიციული მეთოდებით არბიტრების შერჩევის გზებთან დაკავშირებით. მელ ენდრიუ შვინგს აქვს იდეა, გამოვიყენოთ AI (ხელოვნური ინტელექტი) არბიტრების შერჩევის პროცესში, იგი აცხადებს, რომ „არბიტრის შერჩევის AI-ზე დაფუძნებულ სისტემაზე გადასვლამ შეიძლება საერთაშორისო არბიტრაჟის პრაქტიკა უფრო სამართლიანი გახადოს.“⁷⁴ ის გვთავაზობს სისტემას, სადაც ხელოვნური ინტელექტი ავტომატურად დანიშნავს არბიტრებს, მაგრამ არბიტრების შერჩევის პროცესში შესაძლოა მხარეთა ჩართვა, რომ მხარეებს კვლავ ჰქონდეთ ჩართულობის განცდა. ასეთი სისტემის შექმნას, სჭირდება დიდი დრო, მსჯელობა მეცნიერებსა და პრაქტიკოსებს შორის და შემდეგ შექმნილი სისტემის საფუძვლიანი ტესტირება. შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ სამომავლოდ ხელოვნური ინტელექტი, აუცილებლად, იქნება გამოყენებული არბიტრების შერჩევის პროცესში.

6. დასკვნა

როგორც უკვე განვიხილეთ, პროფესორი ჟან პაულსონი ამტკიცებს, რომ მხარეთა მიერ არბიტრების ცალმხრივად არჩევის პრაქტიკაზე უარი უნდა ვთქვათ, რადგან ისინი არიან მიკერძოებულები, რაც ქმნის „მორალურ რისკს“.⁷⁵ მეორე მხრივ, ბევრი მეცნიერი მას არ ეთანხმება და მხარის მიერ დანიშნულ არბიტრებს საარბიტრაჟო პროცესის ქვაკუთხედად განიხილავს.

⁶⁹ Schwing M. A., Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 502.

⁷⁰ Paulsson J., Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 353.

⁷¹ Schwing M. A., Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 502.

⁷² Philip D. A., Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1206.

⁷³ Narmanian G., Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2014, 70.

⁷⁴ Schwing M. A., Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 506.

⁷⁵ Paulsson J., Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 348.

ნაშრომში გამოკვლეულ იქნა პოტენციური ალტერნატივები, რომელთა საშუალებითაც შეიძლება შენარჩუნებულ იქნას მხარეთა მიერ არბიტრთა დანიშვნის სიტემა, არბიტრების მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის მეტი გარანტიით, მათ შორის: არბიტრების ერთობლივი შერჩევა ან ნეიტრალური ორგანოს მიერ შერჩევა; „ბრმა დანიშვნები“ ან თუნდაც არბიტრთა დანიშვნა AI-ს დამხარებით.

პოტენციური „მორალური საფრთხეების“ შესახებ შეშფოთებების მიუხედავად, არბიტრაჟის, როგორც ინსტიტუტის, პოპულარობა დღითიდღე იზრდება, შესაძლოა, ამის ერთ-ერთი მიზეზი არბიტრთა შერჩევაში მხარეთა აქტიური მონაწილეობაცაა. ამრიგად, ამ სისტემაზე უარის თქმის ნაცვლად, შეიძლება უფრო ეფექტური იყოს ინსტიტუციური და საკანონმდებლო გარანტიების შემოღება და არსებული დანაწესების მკაცრი შესრულება საარბიტრაჟო პროცესის სამართლიანობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველსაყოფად.

ბიბლიოგრაფია:

1. საქართველოს კანონი არბიტრაჟის შესახებ, სსმ, 13, 02/07/2009.
2. უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ 1958 წლის ნიუ იორკის კონვენცია, 10/06/1958.
3. გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (Zivilprozessordnung, ZPO), ნიგნი 10, ფედერალური სამართლის ჟურნალი I.
4. UNCITRAL-ის მოდალური კანონი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ, 21/06/1985.
5. ადვოკატთა საერთაშორისო ასოციაცია (IBA), საერთაშორისო არბიტრთა ეთიკის წესები, 1987.
6. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის (ICC) საარბიტრაჟო წესები, 2021.
7. „ვენის წესები“, ვენის საერთაშორისო საარბიტრაჟო ცენტრი (VIAC), 1/07/2021.
8. *Bastida B. M.*, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6, №1, 2007, 1-4.
9. *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson – van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 9, 13.
10. *Feebily R.*, Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, a Fine Balance in the Quest for Arbitral Justice, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, Vol. 7, №1, 2019, 90.
11. *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1858-62.
12. *Narmania G.*, Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2014, 67, 69-70.
13. *Oglinda B.*, Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration, *Juridical Tribune*, Vol. 5, №2, 2015, 124, 127.
14. *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 340, 348-49, 352-53.
15. *Philip D. A.*, Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1203, 1206.
16. *Rogers C. A.*, Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality, *Harvard International Law Journal*, Vol. 64, №1, 2023, 137.
17. *Schwing M. A.*, Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 495, 498, 502, 506.
18. *Tufte-Kristensen J.*, The unilateral appointment of co-arbitrators, *Arbitration International*, Vol. 32, Issue 3, 2016, 503.
19. *Váradý T. and others*, *Commercial Arbitration: A Transnational Perspective*, 6th ed, St. Paul (U.S.), 2019, 408-15.

IRAKLI MANAGADZE*

THE DISCUSSION ABOUT PARTY-APPOINTED ARBITRATORS: ADDRESSING “MORAL HAZARDS” WITH POSSIBLE SOLUTIONS

Arbitration is a widely favored method for resolving disputes, particularly in transnational business contexts. In order it to remain being an effective and favored means of dispute resolution is it crucial to keep arbitrators impartial and independent.

However, some practitioners and scholars argue that the system of party-appointed arbitrators compromises the independence and impartiality of arbitration. Professor Paulsson advocates abandoning this system, citing significant concerns. This article begins with an overview of current practices and the challenges they pose to impartiality. It then analyzes Paulsson's arguments in detail and examines counterpoints from other scholars who view party-appointed arbitrators as integral to the arbitration process. Finally, the article proposes several potential solutions – such as joint selection, appointment by neutral bodies, and AI involvement – to enhance independence and impartiality in party-appointed arbitrator system.

Key words: *AI, arbitration, blind appointments, impartiality, independence, joint appointment, party-appointed arbitrators, “moral hazard”.*

1. Introduction

The appointment of arbitrators is one of the most fundamental steps in arbitration. Some think that “the appointment of arbitrators is the most frequent problem which keeps the arbitration agreement at a certain distance from an established tribunal which would render justice.”¹ New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (afterwards “New York Convention”) highlights the importance of the procedure of appointment of arbitrators. According to it, if the party was not given proper notice about the appointment of the arbitrator it may result in refusing to enforce an award.²

Generally, “the parties are free to agree on a procedure of appointing the arbitrator or arbitrators”.³ According to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (afterwards “Model Law”) if the parties fail to agree on the procedure of appointing the arbitrator/arbitrators “each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator”.⁴ Legislations of different countries (for example German and Georgian) follow Model Law.⁵

* LL.M. in Global Business Law and Regulation, Central European University (CEU).

¹ *Várady T. and others*, International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective (Seventh edition, West Academic Publishing 2019), 541.

² New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Article V, 1(b): “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case.”

³ UNCITRAL Model LAW on International Commercial Arbitration, Article 11, Paragraph 2.

⁴ *Ibid*, Article 11, paragraph 3(a)

⁵ Further information: German Code of Civil Procedure, Article 1035, section 3- “...In an arbitration with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator who shall act as chairman of the arbitral tribunal...”

In this article, we will discuss the requirements of independence and impartiality of arbitrators. Also, explore Professor Paulsson's belief that having arbitrators chosen by one of the parties involved in the dispute carries a “moral hazard”. We will discuss his arguments and reasoning and look at opposing opinions on this matter. Furthermore, we will try to draw potential solutions to avoid the “moral hazard” based on academic discussions surrounding this topic.

2. Independence and Impartiality of Arbitrators

Arbitration can be seen as a quasi-judicial process, so impartiality and independence of arbitrators are one of the fundamental principles of it.⁶ Model Law requires an arbitrator to be independent and impartial.⁷ According to it, justifiable doubts regarding the arbitrator's independence and impartiality can be grounds for challenging him.⁸

Furthermore, institutional rules – for instance International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules and Vienna Rules by Vienna International Arbitration Centre (VIAC) require arbitrators to possess these qualities.⁹ Since, lack of independence and impartiality are grounds for challenging the arbitrators, they are widely discussed by practitioners and scholars of arbitration.

When nominated, arbitrators usually need to sign the declaration of their acceptance along with declaring their impartiality and independence.¹⁰ They must also address any circumstances that could raise doubts about their independence, according to a standard form outlined in the UNCITRAL Arbitration Rules Annex.¹¹

Interestingly, many national laws and international conventions use terms – independent and impartial interchangeably, to indicate the same meaning but it is not the same.¹² Although, we can say, it shows there is a deep linkage between these two terms. Independence is an objective criteria, that can be verified.¹³ On the other hand, impartiality is more subjective and abstract, it requires an investigation to determine whether there is a real bias (lack of impartiality).¹⁴

Practically they are “the two faces of one coin”.¹⁵ According to the International Bar Association (IBA) Rules of Ethics for International Arbitrators, “dependence arises from relationships between an arbitrator and one of the parties, or with someone closely connected with one of the parties”.¹⁶ The concept of independence is connected to personal links or relationships that can be personal, social or financial.¹⁷ The stronger the connection is, the less independent is the arbitrator.¹⁸

Law of Georgia on Arbitration, Article 11, Subparagraph 3, a- “In case of an arbitration consisting of three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator and the two arbitrators appointed under this rule shall appoint the chairman of the arbitration...”

⁶ *Bastida B. M.*, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6, №1, 2007, 1.

⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, article 12, paragraph 1: “When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justify able doubts as to his impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed of them by him.”

⁸ *Ibid*, Article 12(2).

⁹ ICC Rules of Arbitration, Article 11(2), Vienna Rules, VIAC, Article 16(3).

¹⁰ *Várady T. and others*, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (Seventh edition, West Academic Publishing 2019), 415.

¹¹ *Ibid*.

¹² *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1858-1861.

¹³ *Ibid*, 1861.

¹⁴ *Feebily R.*, Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, a Fine Balance in the Quest for Arbitral Justice, *Penn State Journal of Law and International Affairs*, Vol. 7, №1, 2019, 90.

¹⁵ *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1861.

¹⁶ International Bar Association (IBA) Rules of Ethics for International Arbitrators, Article 3(1).

¹⁷ *Bastida B. M.*, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6, №1, 2007, 3.

¹⁸ *Ibid*, 4.

On the other hand, impartiality relates to the arbitrator's mindset towards the parties, their lawyers, or the issues concerning the dispute.¹⁹ IBA Rules of Ethics for Arbitrators states that "partiality arises when an arbitrator favours one of the parties, or where he is prejudiced in relation to the subject matter of the dispute".²⁰

It is said, that impartiality may only become visible during the conduct of the proceedings and in the award.²¹ It is an emotional state that cannot be proven, it only appears through behavior.²² Nevertheless, the lack of independence of an arbitrator can be proven by documents or other material evidence, such as contracts or agreements that show certain kind of relationship between the arbitrator and the party or party's lawyer.²³

Some believe that an impartial arbitrator who is not fully independent can be qualified, but an independent one who is not impartial must be disqualified without question.²⁴ This is reasonable because an arbitrator with some kind of prior relationship with the party can be professional and decide the dispute without any bias, but when he emotionally favors the party, he cannot make an unbiased decision. But once again, it is hard to prove when an arbitrator is independent but partial.

There is also a requirement of neutrality towards arbitrators. Some see it as an "exterior sign" of possible impartiality.²⁵ Scholars say that "what is relevant here, are not links (of the arbitrator) with one of the parties, but links with one of the critical issues that might shape an "inappropriate predisposition".²⁶

Neutrality can be seen as: direct (the absence of family and business connections) and indirect (group affiliation, such as nationality, religion, ethnic background...).²⁷ Direct neutrality is easier to accomplish and easier to translate into rules, while "the exclusion of individuals, because of their group affiliation, opens a Pandora's Box."²⁸

3. Professor Paulsson's Views on Part-Appointed Arbitrators

Professor Paulsson in his article "Moral Hazard in International Dispute Resolution" tries to convince us, that party-appointed arbitrators are often biased and they lack independence and impartiality. He offers to abandon the practice of unilateral appointment, stating that nowadays he is in the minority, but the majority's "reactions are based on the status quo, not analysis".²⁹ Paulsson thinks, that he will be in the majority by 2060.³⁰ Let us now discuss his main arguments and reasoning in this section.

Paulsson starts to prove his opinion by giving some known examples of how party-appointed arbitrators were biased or influenced by the parties. He remembers a case, where a party-appointed arbitrator violated the secrecy of the tribunal's deliberations and let the party that appointed him know the award in advance.³¹ The advance knowledge of the award was an important advantage, as the parties were involved in the negotiations.³² Paulsson also alleges that such breaches are hard to prove or monitor and in a given case it was solved because the arbitrator immediately confirmed that he had disclosed the decision in advance.³³

¹⁹ *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1861.

²⁰ International Bar Association (IBA) Rules of Ethics for International Arbitrators, Article 3(1).

²¹ *Várady T. and others*, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (Seventh edition, West Academic Publishing 2019), 408.

²² *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1862.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Bastida B. M.*, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6, №1, 2007, 4, further reference: *Bishop D, Reed L*, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration* 14, 345, 1998.

²⁵ *Ibid.*, 407.

²⁶ *Ibid.*, 414.

²⁷ *Várady T. and others*, *International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective* (Seventh edition, West Academic Publishing 2019), 408.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 340, 348.

³⁰ *Ibid.*, 340.

³¹ *Ibid.*, 344.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

He also presents a case, where the U.S. former judge, who had also served in other branches of government, was unilaterally appointed by the U.S. as an arbitrator in the *Loewen case*, decided in 2003.³⁴ Later this arbitrator revealed how the U.S. put pressure on him.³⁵ Above mentioned cases, clearly illustrate that very often parties will is to influence unilaterally appointed arbitrators.

Paulsson alleges, that “two recent studies of international commercial arbitration have revealed that dissenting opinions were almost invariably (in more than 95% of the cases) written by an arbitrator nominated by the losing party”.³⁶ He wants to show, that party-appointed arbitrators often try to please the parties that appointed them by writing dissenting opinions. But the dissenting opinion may just mean that “the appointing party has made an accurate reading of how its nominee is likely to review certain propositions of law or circumstances of the fact”.³⁷ So, it does not always mean that the arbitrator was biased. Also, we should keep in mind, that there is always a fine line between an arbitrator who is favorably disposed and someone who could be subject to legitimate challenge.³⁸

Paulsson states, that parties often think their nominee should help them in the case.³⁹ He asserts that, apart from being morally questionable, this mindset is inherently illogical.⁴⁰ Those who adopt this perspective must trust that their opponents will follow rules, and it prompts the question of why they believe they can manipulate the system more proficiently than their opponents.⁴¹

Paulson also does not completely agree with his opponents' arguments that, “parties have greater confidence in arbitrators selected for their special knowledge or skill” and that their nominee will ensure that the tribunal as a whole understands their culture”.⁴² He agrees that it is the advantage of arbitration that an arbitrator can be selected based on his special expertise and knowledge (even sometimes based on understanding specific culture), but alleges that this aim can be achieved without party-appointed arbitrators.⁴³ He acknowledges that parties are afraid of being treated as an outsider, but thinks that unilateral appointments are more likely to deepen the problem than to solve it.⁴⁴ Paulsson alleges that when the arbitrator chosen by the “losing party” writes a dissenting opinion, in the eyes of that party that decision is less legitimate than the same decision would have been in the case of a sole arbitrator.⁴⁵ On the other hand, some argue that it is not problematic if a party-appointed arbitrator is not trusted by both sides, as long as the parties have confidence in the arbitral tribunal as a whole rather than in each individual arbitrator.⁴⁶

Paulsson also highlights the problem of iniquitous bargains and compromises during unanimous decisions, that are militated by unilateral appointment of arbitrators.⁴⁷ He suggests that arbitrators can silently back each other's decisions to form unanimous decisions, when serving as each other's co-arbitrators and that way make unanimous decisions, without this practice being noticed.⁴⁸

We can say that, Paulson's arguments are convincing, and he proves his arguments with examples and statistics. In favor of Paulson's arguments we can state Professor Hans Smit's opinion that the counsel's duty is to appoint someone who is most likely to obtain the best result for the client and the arbitrator's incentive is to guarantee his reemployment by providing its party with a favorable outcome.⁴⁹ Some also claim, “that certain

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid, 344-346.

³⁶ Ibid, 348.

³⁷ Ibid, 349.

³⁸ *Oglinda B.*, Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration, *Juridical Tribune*, Vol. 5, №2, 2015, 127.

³⁹ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 349.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid, 350.

⁴³ Ibid, 350.

⁴⁴ Ibid, 351.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 13.

⁴⁷ Ibid, 353.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ *Narmania G.*, Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2014, 67.

partisan arbitrators are signaling their predispositions to future clients.”⁵⁰ Overall, Paulsson agrees that the practice of party-appointed arbitrators cannot easily be changed, so he is ready for some pragmatic solutions until his view is the prevailing one.⁵¹

4. Discussions in Support of Party-Appointed Arbitrators

Party autonomy, which includes the selection of the arbitrator and agreement on this selection process, is considered by many, as a cornerstone of arbitration.⁵² We can say that, party appointed arbitrators clearly benefit the efficiency of the process, “because of the parties’ knowledge about their own dispute, each party’s control of the appointment may ultimately lead to better tribunals in terms of legal and commercial qualifications, cultural and linguistic comprehension, and availability”.⁵³

It means that the arbitrator will have more specific knowledge of the area of the dispute and probably better understanding of the jurisdiction, that governs the contract. Above mentioned, will lead the arbitral tribunal to render an award faster, so it will save time of parties and will benefit the efficiency of the process in general. As a rule, Parties aim is to settle a dispute faster, so in this aspect, party-appointed arbitrator is clearly a benefit.

Parties take into consideration a lot of widely recognized criteria while choosing an arbitrator (for example: impartiality, independence, honorability, availability) but mostly, they take into consideration feeling comfortable and confident with the judgment of the arbitral tribunal.⁵⁴ So, parties, of course, will try to choose an arbitrator who is more likely to render an award in their favor. As Paulsson says, they think their nominee will help them win the case.⁵⁵

On the other hand, generally, both parties choose an arbitrator and then these two choose the third arbitrator. Even in a situation, where both party-appointed arbitrators are biased, still the decision will depend on the third neutral arbitrator, which will not be appointed by the parties. We cannot say clearly, that party-appointed arbitrators benefit the fairness of the process, but we can argue that, it does not obstruct the fairness of the process *per se* if parties appoint them following IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Model Law and other legislative provisions.

Many believe, that parties prefer to settle disputes through arbitration “due to a sense of participation in the constitution of the tribunal”.⁵⁶ It is also said, that the legitimacy of international arbitration largely depends on the active involvement of the parties in the process of appointing the arbitrators.⁵⁷ Because of party involvement in the appointment of arbitrators, the process is not perceived as something wholly external to them.⁵⁸ So, the feeling of the parties that they are involved in selecting arbitrators, makes arbitration more attractive and trustworthy for them. We can say this is one of the reasons for the prevalence of this system.

Moreover, arbitrators are successful, when they earn a professional reputation (meaning they are honest, independent and impartial) and retain it.⁵⁹ American investor Warren Buffet has said that “a stellar reputation ‘takes 20 years to build... and five minutes to ruin.’”⁶⁰ It will be unreasonable to think, that a successful arbitrator will risk his reputation to please a party that appointed him with a biased decision.

⁵⁰ *Schwing M. A.*, Don’t Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the ‘Moral Hazard’ of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 498.

⁵¹ *Paulson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 352.

⁵² *Philip D. A.*, Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1203.

⁵³ *Tufte-Kristensen J.*, The unilateral appointment of co-arbitrators, *Arbitration International*, Vol. 32, Issue 3, 2016, 503.

⁵⁴ *Oglinda B.*, Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration, *Juridical Tribune*, Vol. 5, №2, 2015, 124.

⁵⁵ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 349.

⁵⁶ *Philip D. A.*, Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1206.

⁵⁷ *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson–van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 9.

⁵⁸ *Ibid.*, 22.

⁵⁹ *Ibid.*, 16.

⁶⁰ *Ibid.*

Scholars, who disagree with Paulsson, think that party selection of arbitrators enhance the legitimacy of international arbitration and not vice versa.⁶¹ Professor Giorgio Sacerdoti defends the existing system of party-appointed arbitrators and states that “the right to select the tribunal distinguishes arbitration from litigation and gives a possibility to appoint arbitrators that would reflect the expectations of the appointing party by nationality, language, culture, legal and technical expertise.”⁶²

We should highlight, that if arbitral tribunal had been constituted by third parties, one of the main differences between arbitration and litigation in courts would have been extinguished. Some scholars believe, that Paulsson overrates the ‘moral hazard’ in association with party-appointed arbitrators.⁶³ They think, that restricting the unilateral appointment of arbitrators will impede the further development of international arbitration.⁶⁴ All the above-mentioned facts and arguments clearly show why this system is prevailing today. We should also remember, that “arbitrators’ cognitive biases cannot be eliminated, even by eliminating party-appointed arbitrators”.⁶⁵

5. Possible Solutions for Preserving Integrity and Fairness of the Process

Let’s now discuss the possible solutions that can guarantee more integrity and fairness of the arbitral process. Paulsson thinks that the only decent solution will be to choose arbitrator jointly or it to be selected by a neutral body.⁶⁶ But assuming, that it is not easy to move away from the practice of party-appointed arbitrators, Paulsson offers some pragmatic solutions. One solution would be, to restrict unilateral appointments by specific contractual limitations, “such as requiring that no arbitrator may have the nationality of any party”.⁶⁷ Paulsson states, that it is not a guarantee but it may still be effective.⁶⁸

Paulsson suggests, making appointments out of preexisting lists of qualified arbitrators.⁶⁹ He suggests that reputable institutions should make these lists and there should be built-in mechanisms to monitor and renew the list, and that such lists will guarantee more impartiality and independence of arbitrators.⁷⁰ Others reasonably argue, that “such a system would end up reinforcing the primacy of the current, non-diverse ‘club’ of elite arbitrators at a time when the emphasis is on expanding the pool of arbitrators, not restricting it.”⁷¹

Paulsson also comes up with the idea of “blind appointments” (“i.e. seeking to ensure that nominees do not know who appointed them”).⁷² This can really be an effective tool to ensure impartiality of the arbitrator, but still, the arbitrator will be able to know which party appointed them in most of the cases.⁷³

We can think of a practical solution, with an arbitral tribunal consisting of 5 arbitrators, where 3 of them are appointed by the president of the arbitration institution.⁷⁴ Such arbitration tribunals would still have party-appointed arbitrators, but they would be in a minority, meaning not be able to impact the decisions alone. That

⁶¹ *Schwing M. A.*, Don’t Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the ‘Moral Hazard’ of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 495.

⁶² *Narmania G.*, Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2014, 69.

⁶³ *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson–van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 9.

⁶⁴ *Ibid.*, 44.

⁶⁵ *Rogers C. A.*, Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality, *Harvard International Law Journal*, Vol. 64, №1, 2023, 137.

⁶⁶ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 352.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Schwing M. A.*, Don’t Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the ‘Moral Hazard’ of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 502.

⁷² *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 353.

⁷³ *Schwing M. A.*, Don’t Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the ‘Moral Hazard’ of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 502.

⁷⁴ *Philip D. A.*, Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, *International Journal of Law Management & Humanities*, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1206.

way parties still would feel the involvement in the constitution of the tribunal, but in the case the arbitrator appointed by them is biased, it will not have that much impact on the fairness of the process.

Also, joint appointments can be a possible solution, in that case, parties will select all panel members together (jointly).⁷⁵ The parties shall conduct the interviews with possible arbitrators together and choose them together.⁷⁶ An arbitral tribunal constituted in such a way will be more impartial because arbitrators would not feel they are obliged to do a favor to one particular party. On the other hand, in practice, such an appointment will be very time-consuming and sometimes even impossible, because parties that are already in conflict will find it hard to agree on the same particular arbitrator.

Moreover, in 21st century – technological era, we should not limit our ideas about ways of selecting arbitrators with traditional methods. Mel Andrew Schwing came up with the idea to use AI (artificial intelligence) in the process of selecting arbitrators, he states that, “shifting to an AI-based system of arbitrator selection could make the practice of international arbitration fairer and less acrimonious.”⁷⁷ He offers a system where AI will automatically appoint the arbitrators, but there can be made a way of party involvement while selecting the arbitrators, so that way the parties will still have a feeling of involvement in the constitution of the arbitral tribunal. How to make such a system needs a lot of time, discussion among scholars and practitioners and then a lot of testing of the created system. We can presume that, in the future, AI will, definitely, somehow get involved in the selection process of the arbitrators.

6. Conclusion

As we have discussed, Professor Paulsson argues that the practice of unilateral party-appointed arbitrators should be abandoned, viewing the resulting biases as a “moral hazard” that needs to be addressed.⁷⁸ On the other hand, some disagree, considering party-appointed arbitrators as the cornerstone of the arbitration process.

We have explored potential solutions that can preserve the system of party-appointed arbitrators, including: joint selection of arbitrators or selection by a neutral body, joint appointments; blind appointments or even appointments by AI.

We should remember a saying, “if it ain't broke, don't fix it.” Despite concerns about potential “moral hazards”, arbitration continues to grow in popularity, possibly due to the unilateral party-appointment system itself. Thus, rather than abandoning this system, it may be more effective to introduce institutional and legislative guarantees to ensure the fairness and impartiality of the arbitration process.

Bibliography:

1. New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, 10/06/1958.
2. German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung, ZPO), Book 10, Federal Law Gazette I.
3. Law of Georgia on Arbitration, LHG, 13, 02/07/2009.
4. UNCITRAL Model LAW on International Commercial Arbitration, United Nations Commission on International Trade Law, 21/06/1985.
5. International Bar Association (IBA) Rules of Ethics for International Arbitrators, 1987.
6. Arbitration Rules of International Chamber of Commerce (ICC), 2021.
7. Vienna Rules, VIAC Rules of Arbitration, 1/07/2021.
8. *Bastida B. M.*, The Independence and Impartiality of Arbitrators in International Commercial Arbitration, *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6, №1, 2007, 1-4.
9. *Brower C. N. and Rosenberg C. B.*, The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson—van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded, *Arbitration International*, Vol. 29, Issue 1, 2013, 9, 13.

⁷⁵ *Narmania G.*, Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, *Alternative Dispute Resolution Yearbook*, 2014, 70.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Schwing M. A.*, Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 4, 2020, 506.

⁷⁸ *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, 348.

10. *Feebily R.*, Neutrality, Independence and Impartiality in International Commercial Arbitration, a Fine Balance in the Quest for Arbitral Justice, Penn State Journal of Law and International Affairs, Vol. 7, №1, 2019, 90.
11. *Jaffae A. and Dash A.*, Grounds of the Challenge of Arbitrators: The Difference between Independence and Impartiality, International Journal of Law Management & Humanities, Vol. 5, Issue 1, 2022, 1858-62.
12. *Narmania G.*, Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future, Alternative Dispute Resolution Yearbook, 2014, 67, 69-70.
13. *Oglinda B.*, Key Criteria in Appointment of Arbitrators in International Arbitration, Juridical Tribune, Vol. 5, №2, 2015, 124, 127.
14. *Paulsson J.*, Moral Hazard in International Dispute Resolution, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 25, Issue 2, 2010, 340, 348-49, 352-53.
15. *Philip D. A.*, Neutrality vis-a-vis Party Autonomy in Appointment of Arbitrators, International Journal of Law Management & Humanities, Vol. 4, Issue 6, 2021, 1203, 1206.
16. *Rogers C. A.*, Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality, Harvard International Law Journal, Vol. 64, №1, 2023, 137.
17. *Schwing M. A.*, Don't Rage Against the Machine: Why AI May Be the Cure for the 'Moral Hazard' of Party Appointments, Arbitration International, Vol. 36, Issue 4, 2020, 495, 498, 502, 506.
18. *Tufte-Kristensen J.*, The unilateral appointment of co-arbitrators, Arbitration International, Vol. 32, Issue 3, 2016, 503.
19. *Várady T.* and others, Commercial Arbitration: A Transnational Perspective, 6th ed, St. Paul (U.S.), 2019, 408-15, 541.

სარედაქციო ჯგუფის წევრები:

ნათია ჩიტაშვილი

ელენე ნოზაძე

გამოცემაზე მუშაობდნენ:

ნინო ვაჩეიშვილი

მარიამ ებრალიძე

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა

0128 თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი 1
1, Ilia Tchavtchavadze Ave., Tbilisi 0128
Tel 995(32) 225 04 84, 6284/6279
<https://www.tsu.ge/ka/publishing-house>

